

« Lors d’une requête judiciaire, il est possible de porter atteinte au secret des affaires. En pareil cas le DPO doit être absolument consulté afin de demander au juge la garantie de la protection des données concernées ».

Ceci est le compte-rendu de l’atelier « Droit des données personnelles et secret des affaires » délivré par [Nicolas COURTIER](#), Avocat spécialiste en Droit de la Propriété Intellectuelle et en Droit des Nouvelles Technologies, de l’Informatique et de la Communication, [Laura BECHADERGUE](#), Consultante en Droit des données de [DPOsystem](#), et [Vincent FERRARA](#), Consultant en transformation digitale et Président de [Dposystem](#), dans le cadre de la 14ème Université des DPO organisée le 14 janvier à Paris.

N’hésitez pas – en commentaire – à réagir à l’intervention !

Rappel : Jour après jour, l’intégralité des supports et des comptes-rendus seront publiés dans AGORA AFCDP.

L’atelier était ainsi présenté dans le programme : « La Loi qui transposait la Directive du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d’affaires) contre l’obtention, l’utilisation et la divulgation illicites a été votée le 30 juillet 2018. Probablement du fait du RGPD, qui était encore au cœur de toutes les discussions, ce nouvel outil de protection des actifs immatériels n’a pas eu la publicité qu’il méritait et les organisations, en conséquence, ne s’en sont pas suffisamment emparées. Ce texte contient-il des contradictions avec le RGPD (car ces secrets peuvent contenir des données à caractère personnel), alors que le RGPD impose d’en informer les personnes concernées ? La prise en compte et le traitement de cette contradiction doivent être envisagés par le DPO dont le rôle d’une façon plus générale est aussi de connaître toutes les législations connexes qui s’appliquent au patrimoine immatériel des organisations. Malgré tout, les deux concepts attachent une importance particulière à la confidentialité et favorisent la protection de la sécurité ainsi que la valorisation du patrimoine informationnel. C’est de ce point de vue et avec cette synergie que l’on pourrait appréhender davantage leurs apparentes contradictions. »

La loi relative à la protection du secret des affaires pose l’obligation comme son nom l’indique, de préserver le secret. De l’autre côté, le RGPD consacre le principe de transparence. De prime abord, ces deux textes semblent contradictoires. Pourtant, ils font tous deux parties d’une démarche de *compliance* et impliquent de la part de leurs titulaires une parfaite maîtrise de leurs informations.

Le secret des affaires est issu de la [loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires](#) et transpose la [Directive 2016/943 du 8 juin 2016](#) du même nom. Cette loi très attendue, arrive après plus de 15 ans de tentatives de codification, mais elle a également fait couler beaucoup d’encre en raison, selon les points de vue, de son caractère attentatoire à d’autres droits et libertés fondamentaux telle que la liberté de la presse ou la liberté d’expression¹.



Toutefois, cette loi **définit pour la première fois la notion de « secret des affaires »** et clarifie le régime juridique applicable. A l’origine, on parlait de « secret de fabrication » (1810), puis de secret « industriel et commercial » (1978). Dans tous ces cas, les protections mises en place étaient limitées en raison de leur disparité, d’abord d’un Etat à un autre, ensuite en raison de leur protection partielle, mettant de côtés certains aspects ne pouvant faire l’objet d’une protection (par exemple, les informations stratégiques d’une entreprise). **Aujourd’hui, ce texte est intégré au Code de commerce² et rend inopposable le secret d’une information pour exercer certains droits fondamentaux.**

Les objectifs de ce nouveau corpus juridique sont de trois ordres : **protéger le patrimoine informationnel, faciliter les actions judiciaires et protéger le secret des affaires durant un procès.**

¹ Voir également, la question des [lanceurs d’alerte](#)

² [Code de commerce](#), titre V

Si la notion de « secret » est connue du grand public, son appréhension juridique n'est pas quant à elle chose aisée. La loi pose en effet **trois critères cumulatifs** pour que l'information soit protégée au titre du secret des affaires : celle-ci **ne doit pas être généralement connue ou aisément accessible**, elle doit revêtir une **valeur commerciale** (effective ou potentielle) du fait de son caractère secret et elle doit faire l'objet de **mesures de protection raisonnables** pour préserver le secret³.

A priori l'expression « mesures de protection raisonnables⁴ » est difficile à appréhender car il est hasardeux d'apporter une appréciation sur le caractère dit « raisonnable », toutefois, elle rappelle sans nul doute les grands principes de la protection des données au titre « des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour protéger les données⁵ ». Les mesures telles que définies dans le texte européen peuvent être un appui utile dans l'appréciation des mesures raisonnables que le responsable d'une entreprise peut prendre pour protéger une information. *Les intervenants reviendront plus loin sur cette notion.*

La mise en œuvre de la protection nécessite de prouver le caractère secret d'une information ce qui implique, une identification de l'information confidentielle jusqu'à la documentation nécessaire pour prouver la protection de cette information importante. En ce sens, le secret des affaires repose sur le principe **d'accountability**.



Par ailleurs, le secret des affaires est susceptible de faire l'objet d'atteintes, illicites⁶ mais également **réglementées** afin de mettre en balance d'autres droits fondamentaux. Tel est le cas lors d'un procès, où le secret peut être levé en vertu du principe du contradictoire, selon lequel les éléments doivent être échangés⁷. Dans ce cas, des aménagements sont prévus afin de préserver l'information secrète. Force est de constater que cette décision est strictement encadrée par le juge, et des mesures de protection sont discrétionnairement choisies par celui-ci afin de préserver le caractère secret d'une information. Par exemple, le juge peut décider de prendre connaissance des pièces seul, décider ou non du caractère public de l'audience, ou encore adapter son jugement afin d'éviter toute publication du secret. En d'autres termes, le juge dispose de pouvoirs élargis. Au titre de ses pouvoirs, il peut en effet prendre des mesures comme ordonner la destruction totale de tout objet concernant le secret des affaires ou la remise au demandeur.

Pour ce qui concerne les mesures de protection raisonnables, les intervenants apportent quelques précisions :

- D'un point de vue technique, on traitera la protection des actifs et la sécurité des réseaux (environ 80% des mesures prises). Les principes à l'état de l'art de la sécurité des données comme la gestion des accès et des habilitations aux systèmes d'information sont également indispensables pour préserver l'information. Il en va de même pour le chiffrement. Les interlocuteurs mentionnent également la mise en place de technologies innovantes, comme l'utilisation des *blockchains* : cette technologie reposant sur l'horodatage et la certification permettrait de préserver l'intégrité du secret des affaires.
- D'un point de vue *gouvernance*, une procédure d'encadrement du secret des affaires est intégrée dans d'autres procédures ou activités de l'entreprise (*privacy by design / accountability*) comme lors de la mise en place d'un « référentiel sécurité » (PSSI, SMSI, Politique d'habilitation, charte utilisateur, charte administrateur, la Politique de durée de conservation des données et d'archivage ou encore la Politique de gestion des incidents liés aux systèmes d'information.)

³ [Article L.151-1](#) du Code de commerce

⁴ *In fine* l'évaluation du caractère raisonnable de ces mesures relève de l'appréciation des juges du fond. Afin de démontrer le caractère raisonnable des mesures mises en place, il est essentiel de se référer au principe d'*accountability*, en mettant en place **une cartographie des éléments que l'entreprise souhaite protéger** au titre du secret des affaires.

⁵ Article 32 du RGPD

⁶ Obtention illicite, utilisation illicite, divulgation illicite.

⁷ [Fiche pratique](#) sur le principe du contradictoire disponible sur le site [vie-publique.fr](#)

Enfin, tout cela devrait être orchestré par un **référént nommé « Gestionnaire du secret des affaires »** dans l'entreprise, comme le DPO pour la protection des données.

A la suite de l'exposé des points de convergences et des similarités entre les deux textes, les intervenants insistent sur **la mise en œuvre judiciaire de la protection, point principal de confrontation avec le RGPD**. Dans le cas d'une action pour prouver l'atteinte au secret, il est possible de passer par le constat d'huissier (sur requête auprès du président de la juridiction compétente). Contrairement aux requêtes classiques, celle-ci n'est pas contradictoire et provoque donc un effet de surprise ; la propriété privée ni la confidentialité ne peuvent être opposables. **Cette action met en exergue de façon évidente, une confrontation avec la vie privée et les principes de la protection des données.**

Quid des données à caractère personnel en pareil cas ? Les intervenants apportent des réponses à cette action afin de protéger les données : **le DPO doit être consulté lorsqu'une telle action est subie par son organisation. Il doit faire valoir la protection des données et leur existence lors du périmètre du constat et doit demander leur garantie de protection au juge.**

En synthèse, on constate que le secret des affaires peut faire l'objet d'une atteinte réglementée, c'est-à-dire encadrée par une personne de loi. Cet élément est primordial dans la mesure où le RGPD lui-même reconnaît qu'il ne peut être porté atteinte à ce principe⁸. Finalement, seule la démarche de *compliance* permettrait en toute hypothèse de protéger efficacement le patrimoine informationnel – englobant, l'information dite secrète, et les données à caractère personnel par effet de ricochet.



Pour aller plus loin :

- Pour en savoir plus sur le contexte de la loi sur le secret des affaires : <https://www.village-justice.com/articles/secret-des-affaires-une-loi-meconnue-protecteant-les-informations-sensibles-des,30922.html> ;
- Le rapport annuel de 2010 de la Cour de cassation sur la notion du secret : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/etude_droit_3872/e_droit_3876/reconnu_interet_3877/face_secrets_19406.html ;
- La décision N°2018-768 DC du 26 juillet 2018 du Conseil Constitutionnel validant la loi relative au secret des affaires : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018768DC.htm> ;
- Le dossier législatif, disponible sur le site de l'Assemblée nationale : www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/protection_savoir-faire_informations_commerciales ;
- Le rappel des limites posées au droit d'accès sur le site de la CNIL, incluant le secret des affaires : <https://www.cnil.fr/en/node/23655> ; et également dans [un article](#) sur AGORA AFCDP ;
- Le périmètre de la loi résumé en 3 minutes (vidéo) par LexisNexis : <https://www.youtube.com/watch?v=GroumsWKgZ0>
- Interview de Nicolas Courtier, Sécurité & Défense magazine, [La protection du secret des affaires : une mise en conformité nécessaire](#)

⁸ Le droit d'accès est ainsi limité et ne peut porter atteinte au secret des affaires.