



Protection contre l'appropriation illicite des secrets d'affaires et des informations commerciales confidentielles

Rapport pour la **Commission Européenne**,
remis par la **Fondation pour le droit continental**
et rédigé par :

Florence G'SELL, professeur de droit privé à l'Université de Bretagne Occidentale
Pascal DURAND-BARTHEZ, avocat à la Cour

Septembre 2013

Sommaire

<i>Introduction</i>	1
1. Eléments de définition du secret d'affaire	6
2. Les modes de protection du secret	8
2.1. Protection du secret fondé sur un contrat	9
a. Les accords de confidentialité	10
1) <i>La protection des secrets dans le cadre des négociations</i> ...	10
2) <i>La détermination des informations protégées</i>	12
3) <i>La détermination des obligations du débiteur</i>	13
b. La particularité des contrats de travail	15
2.2. La protection du secret hors du contrat	21
a. Les actes de concurrence déloyale.....	22
b. Le parasitisme	24
3. La protection du secret des affaires sur le plan procédural	28
3.1. Aspects procéduraux de l'établissement de la violation.....	28
3.2. La protection du secret dans certaines procédures contentieuses	32
a. La procédure menée devant l'Autorité de la concurrence	33
b. L'exemple de la « loi de blocage »	35

4. La sanction de la violation du secret	37
4.1. Les dommages et intérêts : l'établissement et l'évaluation du préjudice	37
a. Conditions portant sur la nature du préjudice	38
b. Les méthodes d'évaluation du préjudice.....	41
c. Le pouvoir d'appréciation souverain du juge.....	43
4.2. La réparation en nature : la cessation du trouble.....	43
a. Fondements.....	44
b. Le pouvoir souverain du juge et ses limites	44
c. L'utilisation de la procédure du référé.....	45
 <i>Conclusion</i>	 47

Les points 1, 2 et 3 ont été rédigés par Florence G'ssell, à l'exception du point 3.2(b). Les points 3.2(b) et 4 ont été rédigés par Pascal Durand-Barthez, Of Counsel, Linklaters.

La protection des secrets d'affaires constitue un enjeu stratégique dans le contexte d'une compétition économique intense où un certain nombre d'informations ne peuvent faire l'objet d'un droit privatif au titre de la propriété industrielle ou intellectuelle tout en constituant un avantage concurrentiel pour l'entreprise. Ces informations peuvent être de nature financière, commerciale, technique ou même stratégique. Elles font partie du patrimoine vital de l'entreprise dans la mesure où leur appropriation et leur exploitation indues par un tiers peuvent obérer la compétitivité de l'entreprise, son avantage concurrentiel et, par conséquent, son avenir. Voilà pourquoi, sans doute, un lien direct est de plus en plus établi aujourd'hui entre la protection des informations confidentielles et la croissance économique¹, croissance qui doit reposer sur une compétition dont la loyauté est garantie et qui préserve les efforts et innovations des plus faibles. En effet, la plupart des opérations de l'entreprise conduisent ses partenaires à entrer dans son intimité, partiellement (contrat de travail, contrats de recherche-développement, de transfert de technologie...) ou largement (négociations de fusion ou de cession/acquisition). En outre, le développement des technologies de l'information a multiplié les possibilités pour les tiers d'entrer en possession des informations confidentielles de manière indirecte, fortuite ou malveillante. Dans ce contexte, une protection juridique efficace de ces informations s'avère cruciale. C'est la raison pour laquelle la question de savoir si la réglementation applicable à cette protection se révèle satisfaisante constitue un sujet fondamental.

La Commission Européenne, en exécution du mandat qui lui a été donné dans le cadre de son programme de travail pour 2013², prépare une initiative (Règlement ou Directive) sur la question de la lutte contre les détournements de secrets commerciaux³. Cette démarche a été précédée d'un certain nombre d'études et de consultations.

En 2011, une étude comparative a ainsi été réalisée, à la demande de la Commission, par le cabinet Hogan Lovells afin de dresser un état des lieux de la

¹ *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, cabinet Baker McKenzie, avril 2013.

² 2013/MARKT/002

³ "Proposal for a Directive [or Regulation] on the protection of trade secrets and confidential business information from misappropriation and misuse by third parties: This proposal aims at providing protection to companies which have developed trade secrets/confidential business information which are valuable to their business. It will ensure that companies which saw their trade secrets misappropriated by third parties can seek adequate and comparable redress within the EU. This redress could include blocking the marketing of the goods/services supplied by misusing those trade secrets; obtaining compensation for the prejudice caused (damages) etc..."

législation des Etats membres dans ce domaine⁴. Cette étude Hogan Lovells s'est principalement penchée sur les dispositions civiles. Elle s'est conclue par le double constat de la nécessité impérieuse de garantir une protection effective des secrets d'affaires au sein de l'Union et du caractère insatisfaisant de la législation existante, en raison à la fois de la disparité des réglementations étatiques et du caractère insuffisant du régime de protection des secrets dans nombre de législations nationales. Plus précisément, la disparité des outils juridiques disponibles à l'intérieur de l'Union (concurrence déloyale, *law of confidence*, responsabilité quasi-délictuelle, etc.) est une source d'insatisfaction, et sans aucun doute un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur.

En juin 2012, la Commission a organisé une conférence intitulée « Les secrets d'affaires soutenir l'innovation, protéger le savoir-faire », qui avait pour objet la protection légale des secrets d'affaires et des informations confidentielles ainsi que le raisonnement économique qui la motive à la lumière des objectifs d'innovation et de compétitivité.

Les services de la Commission ont, par la suite, lancé une consultation en ligne sur la protection contre l'appropriation illicite des secrets d'affaires et des informations commerciales confidentielles. Cette consultation a eu lieu du 11 décembre 2012 au 8 mars 2013 et a recensé les opinions de 386 répondants (entreprises, citoyens, organisations diverses).

Enfin, le cabinet Baker & McKenzie s'est vu confier une nouvelle étude sur le rôle des secrets d'affaires et des informations commerciales confidentielles comme moteur pour l'innovation, la compétitivité et la croissance économique dans l'Union européenne⁵. Le rapport, finalisé en avril 2013, présente le cadre juridique gouvernant les secrets d'affaires dans les 27 Etats membres de l'Union, les Etats-Unis, le Japon et la Suisse. Il inclut également une enquête menée fin 2012 auprès de 537 entreprises, dont 323 PME de moins de 250 employés. Le rapport indique que les études économiques disponibles et le sondage réalisé auprès des entreprises militent en faveur d'une législation européenne permettant d'assurer une protection efficace des secrets d'affaires. En effet, une réglementation uniforme, qui compléterait la protection assurée par les droits de propriété intellectuelle, serait déterminante pour la croissance, la compétitivité et l'innovation des entreprises européennes. Dans cette

⁴ *Report on Trade Secrets for the European Commission*, Hogan Lovells International LLP, septembre 2011.

⁵ *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, cabinet Baker McKenzie, avril 2013.

perspective, le rapport formule une série de recommandations concernant une éventuelle réglementation européenne.

En premier lieu, le rapport se prononce en faveur d'une définition uniforme du secret des affaires qui déterminerait clairement les informations susceptibles d'être protégées à ce titre. Le rapport suggère également, dans le même esprit, une définition précise des conduites susceptibles d'être sanctionnées. Cette recommandation est notable dans la mesure où le rapport Hogan Lovells avait, en son temps, souligné l'inutilité d'une définition des secrets d'affaires protégés.

En deuxième lieu, le rapport se prononce en faveur d'une action spécifique sanctionnant la violation d'un secret d'affaires. Il plaide notamment en faveur d'une procédure simplifiée, propre à la sanction d'une violation du secret, qui se déroulerait devant des juridictions spécialisées. Une telle action serait ouverte à partir de certaines conditions préalables qui devraient être précisées par la loi et déboucherait sur des sanctions, temporaires ou définitives, inspirées de la Directive relative aux droits de propriété intellectuelle. La réglementation devrait prévoir une procédure organisant et facilitant la preuve d'une violation du secret tout en garantissant la confidentialité des informations protégées de manière à ne pas dissuader les victimes d'agir. Elle devrait également comporter une harmonisation et une clarification des modes d'évaluation des dommages subis et de calcul de la réparation.

Enfin, le rapport énonce une série de recommandations plus spécifiques : procédures applicables aux douanes et permettant de bloquer aux frontières les produits fabriqués en violation du secret des affaires, harmonisation du cadre légal applicable aux salariés en matière de confidentialité et de non concurrence (pendant et après l'exécution du contrat de travail), harmonisation des incriminations pénales existantes, meilleure articulation entre les règles relatives à la protection du secret et les règles de concurrence.

Les propositions formulées seront, sans aucun doute, prises en compte dans le cadre de l'intervention législative européenne prévue afin d'assurer une protection renforcée et harmonisée des secrets d'affaires. Cette intervention serait fondée sur l'article 114 1° TFUE qui prévoit le rapprochement des législations ayant pour objet « l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». Dans ce cadre, les mesures d'harmonisation adoptées seraient nécessairement de nature civile dans la mesure où l'article 83 §2 TFUE ne prévoit la possibilité d'établir par directive « des règles minimales relatives à la

définition des infractions pénales et des sanctions » que « dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation ».

Il paraît peu douteux que l'élaboration d'un corpus de règles uniformes visant à la protection du secret des affaires s'impose comme une nécessité au simple regard du fonctionnement équitable du marché. Si les grands groupes industriels ou financiers sont en mesure de mobiliser des moyens d'assistance interne ou externe expérimentés pour élaborer des accords de confidentialité sophistiqués, il n'en reste pas moins que la sanction de leur violation se heurte bien souvent à la difficulté d'établir la preuve de la violation ou de l'origine de la divulgation abusive. En outre, les entreprises de moindre taille n'ont, de leur côté, pas toujours les moyens de négocier et établir des accords élaborés pour tenter de se préserver de manœuvres déloyales ou anti-concurrentielles. C'est la raison pour laquelle l'existence d'une réglementation uniforme serait un secours et un encouragement précieux. Les entreprises interrogées dans le cadre de l'enquête européenne⁶ ont ainsi manifesté leur souhait de disposer de règles européennes communes pour des motifs qui tiennent largement à l'effet dissuasif lié à une telle réglementation. Ces personnes interrogées ont également souligné l'intérêt de disposer d'une définition des informations protégées et de règles uniformes relatives aux clauses de confidentialité et de non concurrence ainsi qu'au calcul des dommages-intérêts.

Dans ce contexte, la présente étude a pour objet de présenter les mécanismes disponibles en droit civil français de manière à permettre à la Commission de mesurer plus précisément la faisabilité d'une initiative dans le domaine de la protection civile du secret des affaires. En effet, tout en reconnaissant qu'il revient aux Etats membres d'améliorer, de façon aussi harmonisée que possible, leur législation pénale, la Commission européenne peut valablement s'interroger sur la pertinence et la faisabilité d'un instrument législatif pour les amener à se doter d'un appareil de protection minimum en matière civile.

Certes, le droit français ne comporte pas de régime de protection spécifique dédié aux secrets d'affaires. La Convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle, qui oblige les Etats signataires à mettre en place un régime juridique de protection « effective » contre la concurrence déloyale, ne cite pas explicitement la violation de secrets d'affaires au nombre des actes devant être interdits⁷. L'accord de 1994 sur les aspects des droits de

⁶ Rapport Baker & McKenzie, op. cit. p. 150.

⁷ « (1) Les pays de l'Union [pour la protection de la propriété industrielle] sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale. (2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. (3) Notamment devront être interdits: (i) tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec

propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) conclu dans le cadre de l'OMC, comble cette lacune⁸, mais la France n'a pas introduit dans sa législation de disposition spécifique au secret des affaires.

L'insuffisance de la législation française sur ce point est régulièrement pointée du doigt et on s'interroge sur l'opportunité d'introduire une nouvelle incrimination pénale. De nombreuses études ont été menées sur le sujet au cours des dernières années. Plusieurs rapports ont, en particulier, formulé des propositions d'amélioration du droit français afin de renforcer la protection existante. C'est ainsi qu'en 2009, le rapport du groupe de travail interministériel sur le secret des affaires présidé par M. Claude Mathon, avocat général à la Cour de cassation⁹ a fait part d'un certain nombre de recommandations au gouvernement français. En 2012, le député Bernard Carayon a, pour sa part, présenté un rapport parlementaire¹⁰ qui a abouti au vote, par l'Assemblée nationale, d'une proposition de loi visant à sanctionner pénalement la violation du secret des affaires¹¹. Si ce texte n'a pu, depuis lors, faire l'objet d'un vote définitif en raison d'un changement de majorité politique, les différents rapports publiés ont mis en lumière l'ardeur des attentes des entreprises à l'égard d'une meilleure protection, attentes qui se portent surtout sur le droit pénal.

Il n'en reste pas moins que certains mécanismes originaux du droit français peuvent être mis en évidence de manière à éclairer les travaux qui ne manqueront pas d'être entrepris à la suite des propositions formulées par les rapports Hogan Lovells et Baker & McKenzie. Le droit français constitue, à cet égard, un exemple d'autant plus pertinent qu'il relève, comme la majorité des Etats membres de l'Union, de la tradition dite civiliste ou « continentale ». Cette caractéristique n'est pas totalement anodine dès lors que la question envisagée comporte des aspects procéduraux relatifs à l'exercice de l'action civile, dont le

l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; (ii) les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; (iii) les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises » (Article 10bis - Concurrence déloyale).

⁸ « En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 » (art. 39, § 1).

⁹ *La protection du secret des affaires : enjeux et propositions*, Mission du Haut responsable chargé de l'intelligence économique, rapport du groupe de travail présidé par M. Claude Mathon, avocat général à la Cour de cassation, 17 avril 2009.

¹⁰ B. Carayon, *Rapport n°4159 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n°3985) de M. Bernard Carayon visant à sanctionner la violation du secret des affaires*, Assemblée Nationale, janvier 2012. Le même auteur avait publié antérieurement trois rapports sur le sujet : *À armes égales*, Rapport remis au Premier ministre en septembre 2006, La Documentation française ; *Rapport d'information n° 1664 de la commission des finances, de l'économie générale et du plan, sur la stratégie de sécurité économique nationale*, 9 juin 2004 ; *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale*, Rapport remis au Premier ministre en juin 2003, La Documentation française.

¹¹ Prop. loi AN n° 3103, 13 janv. 2012, votée en première lecture à l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012.

fonctionnement est très différent dans les pays de droit civil et les droits de *Common Law*. Il existe, en effet, une différence d'approche nette entre les systèmes de droit « continental » et ceux de *Common Law*, non à propos de la définition du secret d'affaires ou des principes fondamentaux de la responsabilité contractuelle et quasi-délictuelle, mais au sujet de certains instruments procéduraux : établissement et évaluation du préjudice, mesures probatoires, mesures conservatoires, injonctions.

La présente étude décrira donc les éléments disponibles en droit français pour contribuer à une définition du secret des affaires, avant d'évoquer les outils juridiques utilisables pour la protection du secret, les moyens procéduraux de la constatation de l'infraction et les moyens de réparation.

1. Eléments de définition du secret des affaires

Le rapport Hogan Lovells avait reconnu l'utilité d'une détermination des catégories d'information pouvant donner lieu à protection tout en estimant qu'il n'était pas nécessaire de se lancer dans une définition précise et détaillée de la notion de « secret d'affaires »¹². Le rapport faisait état de l'avis général des praticiens interrogés dans les différents Etats membres pour qui la définition de l'OMC, figurant à l'art. 39-2 de l'accord sur les ADPIC, est satisfaisante¹³.

Le rapport Baker & McKenzie plaide aujourd'hui pour une définition uniforme qui permettrait d'identifier clairement les types d'information devant faire l'objet d'une protection¹⁴. Il relaie le souhait des parties prenantes de voir les informations commerciales protégées au même titre que les données d'ordre technique, tout en reconnaissant que le champ de la protection ne doit pas être excessivement élargi. Il renvoie, comme le rapport précédent, à l'article 39-2 de l'accord ADPIC qui a inspiré, à ce jour, certaines législations nationales, telle la réglementation suédoise.

En France, la question de l'adoption d'une définition légale de la notion de « secret des affaires » et du contenu éventuel d'une telle définition a été largement débattue. Toute la difficulté résulte de l'éventail très large des

¹² Rapport Hogan Lovells, préc. §291.

¹³ « Renseignements (a) secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles; (b) ayant une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; et (c) ayant fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets ».

¹⁴ Rapport Baker & McKenzie, préc., p. 154.

catégories d'informations que l'on peut souhaité vouloir garder confidentielles. Il convient, en outre, d'articuler la protection des secrets d'affaires avec la protection résultant du droit de la propriété industrielle et intellectuelle, en tenant compte du fait que les opérateurs renoncent parfois à la protection résultant d'un droit privatif, tel un brevet, pour préférer la confidentialité propre au secret des affaires qui n'implique pas de divulguer le contenu de l'innovation protégée.

A ce jour, la notion de secret des affaires est présente dans différents textes de droit positif ainsi que dans la jurisprudence civile et administrative, sans pour autant faire l'objet d'une définition¹⁵. Cette absence de définition est jugée insatisfaisante par certains¹⁶. D'autres ont souligné la qualité de la définition figurant dans l'accord ADPIC, tout en doutant de l'opportunité de circonscrire la notion de « secret des affaires » par une définition générale dans la mesure où cette notion est en constante évolution¹⁷.

De fait, c'est à l'occasion des débats relatifs à la création éventuelle d'un délit de violation du secret des affaires qu'une proposition de définition a été formulée, une telle incrimination devant nécessairement reposer sur une notion précise¹⁸. C'est ainsi que la proposition de loi votée à l'Assemblée Nationale le 23 janvier 2012 prévoyait d'introduire dans le Code pénal un article 325-1 dont le premier alinéa aurait été ainsi formulé : « *constituent des informations protégées relevant du secret des affaires d'une entreprise, quel que soit leur support, les procédés, objets, documents, données ou fichiers de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique ne présentant pas un caractère public dont la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle et qui ont, en conséquence, fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci.* » Autrement dit, relèvent du secret des affaires les informations non publiques dont la divulgation non autorisée cause un préjudice à leur détenteur légitime. En cela, la définition adoptée rappelle celle de la jurisprudence européenne selon qui « *les secrets d'affaires sont des informations dont non seulement la divulgation*

¹⁵ Rapport Mathon, préc. p. 8 et s.

¹⁶ B. Carayon, Rapp. Parlementaire n°4159 préc., p. 10 et s.

¹⁷ Rapport Mathon, préc. pp. 36-37.

¹⁸ V. not. B. Carayon, Rapp. Parlementaire n°4159 préc., pp. 51-54.

au public, mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information, peut gravement léser les intérêts de celui-ci »¹⁹.

Cette proposition dite Carayon a fait l'objet de critiques, notamment pour son imprécision²⁰. En effet, cette définition conduisait à laisser aux victimes (ou victimes potentielles) elles-mêmes le soin de déterminer, par l'adoption de mesures spécifiques, les informations confidentielles protégées par l'incrimination. En outre, les informations visées n'étaient pas celles ayant circulé entre des personnes ayant normalement accès à ces informations, comme dans l'accord ADPIC, mais des informations "non publiques". La référence à la « gravité » de l'atteinte aux intérêts de l'entreprise lésée a, par ailleurs, été critiquée par les parties prenantes²¹. Enfin, la définition retenue ajoutait aux éléments retenus par le juge européen la nécessité de prendre des mesures de protection spécifiques, et les modalités pratiques de cette condition, qui devaient être déterminées par décret, ont donné lieu à de vifs débats²². Il reste que cette définition n'avait, de toutes les façons, pas vocation à jouer en dehors de la sanction du délit pénal concerné.

La question reste donc posée de savoir si une réglementation civile telle qu'envisagée par la Commission européenne devrait nécessairement comporter une définition générale du secret des affaires. Il est à noter que les entreprises françaises consultées lors du débat sur la proposition Carayon se sont généralement déclarées favorables à la définition figurant à l'art. 39-2 de l'accord sur les ADPIC. L'état du débat en France sur ces questions conduirait donc, à cet égard, à se ranger à l'avis exprimé dans le Rapport Baker & McKenzie.

2. Les modes de protection du secret

Les différents rapports publiés en France sur le sujet soulignent l'insuffisance de la protection des secrets d'affaire en l'état actuel du droit positif français. Pour autant, le droit civil français n'est pas totalement dépourvu d'outils permettant d'assurer une telle protection. Certains d'entre eux peuvent ainsi être mis en évidence et servir de source d'inspiration dans le cadre d'une future

¹⁹ Trib. UE, 18 sept. 1996, aff. T-353/94, Postbank c/ Commission, Rec. CJUE, II, p. 921, point 87, RTD eur. 1997, 459, chron. J.-B. Blaise et L. Idot

²⁰ M. Malaurie-Vignal, « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », D. 2012, 1415, spéc. n°37 et s.

²¹ Observations du Mouvement des Entreprises de France (Medef) et de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (CCIP), entre autres.

²² V. les observations du Medef.

législation européenne. De même, les propositions formulées en France, telles celles qui figurent dans le rapport Mathon, peuvent être prises en considération.

A l'heure actuelle, l'absence de réglementation générale protégeant, en droit français, le secret des affaires fait en sorte que les principaux outils protégeant celui-ci dans la vie des affaires sont les stipulations contractuelles et le droit commun de la responsabilité civile²³.

2.1. La protection du secret fondée sur le contrat

Il peut paraître étonnant d'examiner les outils permettant de protéger par contrat le secret des affaires dans la perspective d'une éventuelle intervention législative européenne. Les stipulations contractuelles sont, en effet, le fruit de la liberté des parties et de leur choix de s'entendre sur des clauses plus ou moins élaborées.

Pourtant, s'arrêter sur la technique contractuelle n'est ici pas dépourvu de pertinence. Si, en effet, les entreprises disposant de juristes internes suffisamment formés ou des moyens de recourir à des conseils de qualité sont en mesure de rédiger des accords de confidentialité élaborés, il n'en va pas de même des entreprises de moindre taille qui ne disposent pas des mêmes ressources. Il ne serait donc pas inutile que la réglementation applicable permette de pallier les éventuelles lacunes techniques des intéressés par le biais, par exemple, de dispositions supplétives.

Une telle perspective suppose de faire le point sur les différents types d'accords contractuels aujourd'hui utilisés en vue de protéger les secrets²⁴. Il convient, à cet égard, de souligner que ces outils dépendent largement des circonstances dans lesquelles les informations confidentielles sont susceptibles d'être divulguées: opérations de fusion ou de cession-acquisition d'entreprise, accords de licence de technologie ou de recherche-développement en commun, accords de distribution etc.

Plus encore, deux cas de figure peuvent être distingués selon la qualité des personnes susceptibles d'être à l'origine d'une divulgation préjudiciable. D'une part, la divulgation peut être commise par un partenaire ayant, pour une raison ou pour une autre, eu connaissance d'informations stratégiques. D'autre part, cette divulgation est le fait de personnes ayant eu accès à des informations

²³ M. Malaurie-Vignal, « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », D. 2012, 1415.

²⁴ M. Behar-Touchais, « Le contenu du contrat », RDC, avril 2013, n°2, p. 756.

confidentielles en raison de leur appartenance à l'entreprise. La protection est donc réalisée soit par des accords de confidentialité conclus avec les partenaires de l'entreprise (a), soit dans le cadre de la réglementation propre au contrat de travail ou au statut des dirigeants (b).

a. Les accords de confidentialité

La confidentialité doit en général être expressément stipulée, même si certains contrats sont parfois interprétés comme comportant des clauses implicites de confidentialité. Tel est le cas de certains contrats de transport, dans lesquels le voyageur ne doit pas communiquer la destination et le nom des accompagnants de son client²⁵. Cependant, le plus souvent, la confidentialité fait l'objet d'un accord exprès.

Les accords ou clauses de confidentialité sont généralement conclus à l'occasion d'opérations dans lesquelles les entreprises sont amenées à communiquer avec des tiers qui sont parfois des concurrents²⁶. Tel est le cas lors d'opérations de fusion ou de cession-acquisition d'entreprise, ou lorsqu'une entreprise industrielle partage son savoir-faire dans le cadre d'accords de licence de technologie ou de recherche-développement en commun. Les accords de distribution peuvent également donner lieu à la communication de données sensibles, si par exemple des informations sont communiquées sur la clientèle, les marges ou la pratique tarifaire.

Dans ce contexte, différentes difficultés se posent qui pourraient probablement être envisagées dans le cadre d'une législation sur ce point.

1- La protection des secrets dans le cadre des négociations

Quelle que soit l'opération envisagée, la période de négociation qui précède la conclusion du contrat se révèle particulièrement risquée en termes de divulgation d'informations sensibles. C'est la raison pour laquelle l'essentiel du contentieux concerne la diffusion d'informations obtenues lors des pourparlers²⁷. Deux hypothèses doivent, à cet égard, être envisagées. Soit les parties n'ont pas organisé par des stipulations expresses la confidentialité des

²⁵ CA Riom, 30 mars 1995 : Juris-Data, n°044456, JCP G 1995, IV, 2595.

²⁶ F.-X. Testu « La confidentialité conventionnelle », Droit et patrim, 2002, n°102, p. 84.

²⁷ A. Latreille, art. préc.

informations qu'elles échangent dans le cadre des négociations : tel est le cas, très fréquent, d'entreprises négociant sans être nécessairement assistés de conseils juridiques. Soit les parties ont pris la peine d'organiser le cadre de leurs discussions en concluant un véritable accord de confidentialité : tel sera le cas à propos d'opérations d'envergure impliquant des entreprises disposant de juristes expérimentés.

La première hypothèse est, en pratique, problématique. En l'absence d'accord, on peut s'interroger sur le caractère confidentiel des informations échangées, voire sur la portée d'une éventuelle confidentialité implicite relative aux négociations. Si la nature de la responsabilité engagée est, de ce fait, incertaine en l'absence d'accord exprès, c'est bien souvent la concurrence déloyale qui permet d'engager la responsabilité de celui qui utilise à son profit les informations obtenues dans le cadre des négociations (v. infra).

Une disposition générale sur ce point aurait le mérite de préciser et clarifier les choses. Elle pourrait, en tout état de cause, comporter une disposition supplétive à ce sujet. Il serait possible de s'inspirer, à cet égard, des Principes Unidroit qui prévoient dans l'article 2.1.16: *“Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours de négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon indue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie”*. Les Principes européens de droit des contrats proposent, de leur côté, un article 2:103 consacré au devoir de confidentialité : *« Lorsque'une information confidentielle est donnée par une partie au cours des négociations, l'autre est tenue de ne pas la divulguer ni de l'utiliser à ses propres fins, qu'il y ait ou non conclusion du contrat. Le manquement à ce devoir peut ouvrir droit à la réparation du préjudice souffert et à la restitution du profit qu'en aurait retiré l'autre. »* Ces deux textes se contentent de protéger des informations expressément présentées comme confidentielles. Le projet de Cadre Commun de Référence est allé un peu plus loin en prévoyant une confidentialité implicite dès lors que l'information peut être raisonnablement considérée comme confidentielle compte-tenu de sa nature ou des circonstances de sa divulgation²⁸. Il serait peut-être envisageable d'aller plus loin encore et de prévoir que la confidentialité recouvre systématiquement certains types d'informations, même s'il n'a pas été précisé que celles-ci sont transmises à titre confidentiel. Il s'agirait notamment des informations constituant un

²⁸ V. Draft Common Frame of Reference II.-3 :302.

avantage concurrentiel pour l'entreprise les ayant divulguées dans le cadre des pourparlers (caractéristiques de la prestation proposée par exemple).

Dans la seconde hypothèse, les pourparlers sont l'occasion de la conclusion d'accords dont la confidentialité constitue le principal objet. En cela, ces accords diffèrent des simples clauses intégrées dans un contrat dont l'objet est autre. Il est d'ailleurs fréquent que ces deux situations se succèdent dans le temps. Par exemple, un accord de confidentialité (*Non-Disclosure Agreement*) est signé à l'ouverture des pourparlers, suivi d'un protocole d'accord provisoire (*Memorandum of Understanding, Heads of Agreement, etc.*) qui expose les grands principes convenus et reprend par référence les dispositions de l'accord de confidentialité, puis des accords définitifs. Lorsque l'opération envisagée est ainsi nouée, la confidentialité fait l'objet d'une simple clause de ces accords définitifs, qui vise alors la période d'exécution du contrat ou la période postérieure à l'extinction du contrat. On parle de clause de confidentialité ou de clause de secret²⁹. Dans tous les cas se pose le problème de la détermination des informations protégées.

2- La détermination des informations protégées

La détermination des informations protégées est délicate lors de la rédaction d'un accord ou d'une clause de confidentialité. Cette difficulté, qui se pose au rédacteur du contrat, constitue le prolongement du problème de définition des secrets d'affaires évoqué plus haut.

Il ne paraît, en effet, pas possible de se contenter de se référer de manière générale aux « informations confidentielles » ou aux « informations stratégiques ». Même si l'on s'accorde sur le fait que ce sont les données procurant un avantage concurrentiel à l'entreprise qui doivent faire l'objet d'une protection³⁰, l'accord de confidentialité doit désigner clairement les informations protégées. Le contrat doit-il lister de manière précise et exhaustive les informations réputées confidentielles ? Désigner des types d'informations protégées ? Stipuler que toute information transmise est protégée à l'exception de certaines d'entre elles ? L'étude des pratiques sur ce point montre que ces

²⁹ On a proposé la distinction suivante : « la clause de secret vise une information que personne ne connaît en dehors des parties signataires ; la clause de confidentialité vise une information divulguée et connue au-delà des seuls contractants » : V. Les principales clauses des contrats d'affaires, ss. la dir. de J. Mestre et J.-C. Roda, LGDJ, 2011.

³⁰ V. pour l'exemple d'une clause prévoyant que le secret ne vise que « les informations susceptibles de favoriser une entreprise concurrente », W. Dross, *Clausier : Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec professionnel, Lexis Nexis, 2^e éd., 2011, p. 161.

différentes options sont alternativement retenues³¹. Il peut également arriver que les parties désignent les informations confidentielles au fur et à mesure de leur communication ou procèdent à des déclarations expresses de confidentialité à propos de certaines informations spécifiques.

En tout état de cause, la détermination des secrets protégés par le contrat pourrait faire l'objet de dispositions supplétives dans une future législation. Il serait, en effet, possible d'envisager des dispositions précisant les types d'information faisant nécessairement l'objet d'une protection même si ces données ne sont pas spécifiquement visées par l'accord. De telles dispositions permettraient de lutter contre une tendance naturelle consistant à croire que tout ce qui n'est pas expressément visé n'est pas protégé.

3- La détermination des obligations du débiteur

Dans un accord ou une clause de confidentialité, l'obligation du débiteur est de ne pas divulguer à un tiers les informations qui lui sont transmises. Dans la pratique, certains contrats comportent des clauses prévoyant que le débiteur « *doit prendre toute mesure pour assurer la stricte confidentialité des informations couvertes par le présent contrat* ». Ce type de stipulation a pour objectif d'alléger la charge de la preuve d'une éventuelle violation de la clause de confidentialité. Il est, en effet, souvent difficile d'établir, en cas de diffusion, que la divulgation a été le fait du débiteur. S'il s'avère que l'information a circulé, il sera plus aisé d'affirmer que la divulgation résulte du fait que le débiteur n'a pas pris toutes les mesures appropriées. Certains doutent de l'efficacité d'une telle stipulation³². En tout état de cause, il serait sans doute souhaitable qu'une éventuelle facilitation de la preuve provienne de la loi elle-même (v. infra).

Par ailleurs, une stricte obligation de confidentialité peut ne pas se révéler suffisante, en particulier en présence d'un savoir-faire communiqué par l'entreprise à son partenaire dans le cadre du contrat (franchise, par exemple). Il faut pouvoir protéger l'entreprise non seulement d'une divulgation auprès des tiers mais aussi d'une utilisation préjudiciable de l'information transmise par le partenaire lui-même. C'est ainsi que l'obligation de confidentialité au sens strict est souvent doublée d'une obligation de non exploitation, telle une clause de

³¹ A. Latreille, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », LPA 7 août 2006, n°156, p. 4 et s., et 8 août 2006, n°157, p. 4 et s.

³² V. W. Dross, *Clausier*, op. cit., p. 159.

non-utilisation du savoir-faire communiqué. De telles clauses vont parfois jusqu'à préciser que le destinataire de l'information ne peut revendiquer aucun droit, notamment de propriété intellectuelle, sur les informations transmises.

Plus délicate encore est la détermination des obligations du débiteur en présence d'une clause insérée dans un contrat principal parvenu à son terme. Des clauses réglementant la période post-contractuelle doivent être prévues, qui interdisent la divulgation des informations obtenues ou l'utilisation du savoir-faire transmis. Il est permis de s'interroger sur la portée de ces clauses. Les interdictions pesant sur le débiteur doivent-elles être maintenues avec la même force? Une interdiction absolue de divulguer une information stratégique ou d'utiliser un savoir-faire acquis pendant l'exécution du contrat serait-elle justifiée? Elle risque d'être jugée excessive³³. Une future législation pourrait en tout état de cause encadrer les clauses post-contractuelles en s'efforçant de trouver un équilibre entre l'intérêt de l'entreprise ayant divulgué des secrets et la liberté d'agir de celle ayant bénéficié de la transmission de tels secrets³⁴.

Il faudrait en outre articuler ces règles avec le régime applicable à la clause de non concurrence proprement dite. Il est de règle en jurisprudence que les clauses de non concurrence doivent être non seulement limitées dans le temps et dans l'espace mais aussi proportionnées. Par ailleurs, l'article 5-3 du Règlement européen n° 330/2010 du 20 avril 2010 sur les accords de distribution encadre strictement les clauses de non-concurrence post-contractuelles pourtant justifiées par la protection d'un savoir-faire. Il existe donc un enjeu de qualification : il faut pouvoir distinguer les clauses de confidentialité de la clause de non-concurrence proprement dite puisque de cette qualification dépend le régime applicable à de telles clauses, compte tenu des conditions de validité strictes de l'obligation de non concurrence. Certains estiment que la combinaison des obligations de confidentialité et de non exploitation aboutit à une autre qualification, dans la mesure où la clause de non concurrence elle-même n'emporte pas d'obligation de confidentialité³⁵. D'autres estiment que la clause de non concurrence implique la non divulgation, tout en insistant sur la distinction à tracer entre obligation de non-divulgation ou de confidentialité et obligation de non-concurrence³⁶. Il serait sans doute souhaitable, dans le cadre

³³ M. Mauraie-Vignal, art. préc..

³⁴ M. Mauraie-Vignal, art. préc.,

³⁵ W. Dross, *Clausier*, op. cit., p. 155.

³⁶ Y. Serra, obs. sous CA Versailles, 27 septembre 1994, D. 1995, somm., p. 205. La lettre d'engagement du salarié prévoyait que ce dernier « est tenu au secret professionnel le plus complet... sans limite de temps et même s'il est appelé à quitter la société » et qu'il s'engageait « à considérer comme strictement confidentielles et à ne pas divulguer au sein de la société ou en dehors, toutes les informations de toute nature : techniques, commerciales, financières ou comptables, dont il aurait connaissance de quelque façon que ce soit, du fait de l'exercice de ses fonctions au sein de la société... ». La Cour d'appel a jugé que cette clause de secret « ne

d'une intervention législative, que ces difficultés de qualification soient tranchées et que les règles de validité des différentes clauses soient harmonisées.

b. La particularité des contrats de travail³⁷

Le rapport Baker & McKenzie fait état d'un souhait d'une grande partie des entreprises interrogées de disposer d'une réglementation européenne relative aux clauses de confidentialité et aux clauses de non concurrence insérées dans les contrats de travail³⁸. L'étude a, en effet, montré que les Etats membres recourent à des mécanismes très différents pour prévenir ou faire cesser la divulgation des secrets d'affaire par les salariés ou anciens salariés³⁹, d'où l'importance d'une réglementation uniforme en la matière⁴⁰.

Le droit français protégeant les secrets d'affaires dans le contexte de la relation de travail comporte des règles de nature variée.

1- Il existe, en premier lieu, un délit pénal sanctionnant la divulgation des informations assimilables à un secret de fabrication. L'article L. 1227-1 du Code du travail prévoit que « *le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros* ». Ce texte est peu appliqué si l'on en juge par le peu d'arrêts rendus⁴¹. Il est, en outre, relativement restrictif puisqu'il ne vise que les procédés de fabrication⁴². Le secret de fabrique est défini par la jurisprudence comme tout procédé de fabrication, offrant un intérêt pratique ou commercial, mis en œuvre par un industriel et tenu caché à ses concurrents⁴³. Le secret de fabrique peut être une invention brevetable mais dont le brevet n'a pas été déposé ou une innovation non brevetable mais révélant

*constitue pas une clause de non-concurrence dès lors qu'elle ne place pas le salarié dans l'impossibilité d'utiliser sa qualification professionnelle et ne porte pas atteinte à la liberté du travail... ». L'objet des différentes clauses est, en effet, différent : « une clause de secret n'oblige qu'à la non-divulgence mais son débiteur conserve la liberté d'exercer son activité en concurrence avec le créancier de l'obligation de confidentialité alors qu'une clause de non-concurrence implique non seulement la non-divulgence mais encore et surtout l'interdiction de mettre en œuvre ces connaissances dans le cadre d'une activité concurrentielle » (Y. Serra, *ibid.*).*

³⁷ Les textes relatifs au secret professionnel lié à l'exercice de certaines professions (banquiers, experts-comptables, avocats...) ne seront pas évoqués ici.

³⁸ Rapport Baker & McKenzie, *op. cit.*, p. 160.

³⁹ Rapport Baker & McKenzie, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁰ *Ibid.* p. 151.

⁴¹ Pour un exemple toutefois : Cass. crim. 19 septembre 2006, n°05-85360, RTD com. 2007, p. 529, obs. J.-Ch. Galloux.

⁴² Il vise les procédés de fabrication, de préparation, ou de transformation des matières premières en produits finis, offrant un intérêt pratique et commercial et tenu caché aux entreprises concurrentes, v. J. Lasserre Capdeville, « Le délit de violation du secret de fabrique », AJ Pénal 2011, p. 459.

⁴³ Cass. crim., 29 mars 1935, Gaz. Pal. 1935, 1, p. 928; Cass. crim., 12 juin 1974, n° 90-724.73, Bull. crim., n° 218. V. récemment CA Grenoble 19 mars 2012, 1^{er} ch. corr., n° 11/1328.

une expérience ou un savoir-faire (par exemple, utilisation de certains dosages, de certains dispositifs...). C'est ainsi que le *know how* peut être protégé à ce titre à condition de présenter une certaine originalité. En revanche, les renseignements d'ordre commercial, financier ou stratégique ne sont pas protégés. Par ailleurs, la divulgation n'est sanctionnée que si la volonté de révéler un procédé secret est établie ce qui exclut les simples négligences ou imprudences. Il reste qu'il n'est pas nécessaire « *que soit révélé la totalité des éléments servant à la fabrication d'un produit, la prise en compte de l'importance quantitative et qualitative de la révélation n'intervenant que pour apprécier le degré de la culpabilité ainsi encourue, et ainsi déterminer la répression à y appliquer* »⁴⁴. Quoiqu'il en soit, seule la divulgation est punissable: l'employé qui exploite un procédé secret pour son propre compte ne peut être poursuivi sur ce fondement.

2- En deuxième lieu, le droit du travail fait découler une obligation de confidentialité de l'existence même d'un contrat de travail. Les salariés d'une entreprise sont tenus – y compris pendant les périodes de suspension de leur contrat de travail – à une obligation de loyauté, en application des articles L1222-1 (« *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ») et L1222-5 (« *le salarié [qui met fin au contrat de travail pour créer ou reprendre une entreprise] reste soumis à l'obligation de loyauté à l'égard de son employeur* ») du code du travail. Cette obligation de loyauté est également fondée sur l'article 1134, alinéa 3, du code civil (« *les conventions légalement formées [...] doivent être exécutées de bonne foi* »).

La divulgation d'informations confidentielles est considérée comme constituant un manquement à l'obligation de bonne foi⁴⁵. Autrement dit, le salarié est tenu d'une obligation de discrétion concernant les informations auxquelles il a accès dans le cadre de ses fonctions. La violation de cette obligation peut, à cet égard, constituer une faute grave comme ce fut le cas pour un directeur administratif et comptable qui fait part de difficultés financières de l'entreprise⁴⁶. L'obligation est fonction des responsabilités assumées dans l'entreprise et semble concerner tant les échanges avec les tiers à l'entreprise⁴⁷ que les communications

⁴⁴ CA Paris 5 juin 2012, ch. 6-1, n° 11/8851.

⁴⁵ Cass. soc., 30 mars 2005, n° 03-16167 ; Cass. soc., 22 octobre 2008, n° 07-41.792 et 01-42.020.

⁴⁶ Cass. soc. 30 juin 1982, n°80-41.114, Bull. civ. IV, n° 314. Soc. 15 mars 2000, n° 98-46.096: "*l'activité professionnelle exercée par le salarié à l'insu de son employeur dans une entreprise potentiellement concurrente de la sienne constituait un manquement à l'obligation de loyauté et à la clause de secret des affaires ; qu'en l'état de ces seules constatations, elle a pu décider que le comportement du salarié rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constituait une faute grave*".

⁴⁷ Cass. soc., 13 juill. 1989, n° 86-44.995: faute grave d'un comptable ayant pris l'initiative d'écrire à un fournisseur que la société n'aura pas les moyens d'assurer la prochaine échéance.

internes⁴⁸. Compte-tenu du faible nombre de décisions prises en la matière, il existe toutefois une incertitude quant à la portée de cette obligation légale de confidentialité. En tout état de cause, la sanction de l'obligation relève du droit du travail: celui qui ne respecte pas la confidentialité s'expose à un licenciement, le cas échéant pour faute grave. La responsabilité civile du salarié ne peut être mise en œuvre que si l'indiscrétion portant préjudice à l'entreprise peut être qualifiée de faute lourde.

Il faut souligner que certaines catégories de salariés sont soumises à une obligation de confidentialité spécifique. Les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à la discrétion pour les informations présentant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur (art. L. 2325-5 C. trav.)⁴⁹. On notera tout d'abord qu'il s'agit de « discrétion » et non de « secret », terme employé quand il s'agit d'une obligation assortie de sanctions pénales, par exemple celle qui s'applique à certaines professions (avocats, médecins, etc.), à certaines activités (secret de la défense nationale) ou en matière judiciaire (secret de l'instruction, de l'enquête et du délibéré) ou au secret de fabrication visé plus haut. La jurisprudence sur ce point est instructive. Les tribunaux s'assurent non seulement que les informations considérées ne sont pas connues, en particulier du reste des salariés, mais aussi qu'une divulgation est de nature à nuire à l'intérêt de l'entreprise⁵⁰, ce qui renvoie à des éléments déjà évoqués à propos de la définition du secret d'affaires. Le juge vérifie, par ailleurs, que l'employeur a expressément précisé le caractère confidentiel des informations concernées avant ou au moment de les divulguer⁵¹. Certaines informations sont toutefois présumées confidentielles, telles certaines analyses financières communiquées avec les comptes⁵². Pour le reste, l'employeur ne peut pas abuser de cette qualification⁵³. La violation de l'obligation de discrétion donne le plus souvent lieu à un licenciement pour faute grave⁵⁴.

On rappellera aussi que les délibérations du conseil d'administration ou de surveillance, ainsi que les informations échangées pour leur préparation, font l'objet d'une obligation similaire de « discrétion », formulée en termes moins

⁴⁸ Cass. soc. 5 juillet 2011, n° 10-17.284, D. 2012, 902, obs. J. Porta; RDT 2011, 708, obs. M. Kocher: faute grave d'un salarié qui avait permis à un collègue d'utiliser son code d'accès pour télécharger des informations confidentielles.

⁴⁹ "Les membres du comité d'entreprise sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication. Les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur."

⁵⁰ TGI Lyon, 11 déc. 1984, Dr. soc. 1985, p. 115.

⁵¹ CA Limoges, 12 sept. 2005, n° 04-1330

⁵² TGI Bobigny, 11 janv. 2005, n° 04/13069

⁵³ Cass. soc., 17 juin 1982, n° 81-10.823

⁵⁴ Cass. soc., 11 oct. 1972, n° 71-40.509 a ainsi pris en considération la propagation dans le public d'informations susceptibles de compromettre la survie de l'entreprise.

absolus qu'on ne pourrait s'y attendre : l'article L.225-37 du Code de Commerce dispose que « *les administrateurs, ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions du conseil d'administration, sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président du conseil d'administration* », et les mêmes termes sont utilisés concernant le conseil de surveillance et son président (art. L.225-92). L'obligation de discrétion ne porte donc que sur les informations expressément identifiées comme confidentielles par le président du conseil. Il existe très peu de jurisprudence sur ce sujet, probablement en raison de la difficulté d'identifier la source d'une « fuite » et le préjudice en résultant pour la société, sauf éventuellement si l'indiscrétion débouche sur un délit ou manquement d'initié⁵⁵.

3- En troisième lieu, l'obligation légale de confidentialité peut être précisée et renforcée par des stipulations contractuelles⁵⁶. Certes, une clause de confidentialité insérée dans un contrat de travail paraît juridiquement inutile compte-tenu de l'obligation légale évoquée plus haut. Une telle clause a néanmoins le mérite de rappeler au salarié son devoir de discrétion. On trouve, pour cette raison, la confidentialité dans les contrats de travail, mais aussi dans les règlements intérieurs⁵⁷ ou dans des chartes éthiques qui prévoient une telle obligation de confidentialité. Ces clauses ou dispositions peuvent aussi présenter l'intérêt de désigner les informations ou les types d'information devant rester confidentiels⁵⁸.

La question de la portée et de la licéité de ces stipulations s'est posée compte-tenu, notamment des restrictions à la liberté d'expression des salariés qu'elles impliquent. En effet, l'article L. 1121-1 du Code du travail dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche*

⁵⁵ L'affaire la plus connue concerne un délit d'initié présumé, mais n'a pas donné lieu à condamnation. Il s'agit d'un arrêt du T.G.I. de Paris (13 février 2002), faisant suite à un dépôt de plainte pour diffusion d'information privilégiée : un représentant des salariés au Conseil de surveillance d'Aérospatiale-Matra était soupçonné d'avoir transmis à un journaliste les états financiers semestriels de la société, dont la diffusion prématurée a entraîné une chute significative du cours de l'action ; mais le tribunal, respectant scrupuleusement le droit des journalistes à ne pas révéler leurs sources, a relaxé l'intéressé faute de preuves, tout en reconnaissant que « *quelle que soit l'étendue et la portée de ses droits et obligations de membre de ce conseil, il ne pouvait communiquer à quiconque le contenu de ces informations* ». On peut citer à titre de comparaison un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes (C-384/02, 22 novembre 2005, Groenegaard et Bang) selon lequel la communication d'une information privilégiée n'est pas répréhensible dès lors qu'elle est strictement nécessaire et proportionnée à l'exercice d'une fonction (en l'espèce celle d'un salarié membre du conseil d'administration) ou d'une profession.

⁵⁶ O. Leclerc, « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », Dr. soc. 2005. 173 ; D. Poracchia, « Secret et confidentialité dans les rapports de travail », Sem. soc. Lamy 2008, n° 1352

⁵⁷ CE 26 nov. 1990, n° 96.564 : licéité d'un règlement intérieur rappelant « *l'obligation de discrétion professionnelle qui s'oppose à la divulgation de renseignements confidentiels* ».

⁵⁸ CE, 26 sept. 1990, n° 108.279 : licéité d'un règlement intérieur prévoyant la confidentialité des documents de toute nature, détenus par les salariés et nécessaires à leur activité.

à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Les tribunaux opèrent donc un contrôle sur la rédaction de ces clauses, en s'assurant en particulier, de leur proportionnalité. Dans une affaire célèbre, le « Code de conduite des affaires » de la société Dassault Systèmes⁵⁹, qui soumettait les salariés employés en France à une obligation de réserve très contraignante en prévoyant notamment que, au-delà de l'interdiction classique de divulgation d'informations « confidentielles » (processus, recherches, contrats en discussion, etc.), un salarié ne pouvait diffuser des « informations à caractère interne » qu'après « autorisation préalable » de la direction, a été jugé irrégulier par la Cour de cassation. La difficulté principale était que ces informations à usage interne ne faisaient pas l'objet d'une définition précise, donc qu'il était impossible de vérifier si la restriction à la liberté d'expression était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Il en résulte qu'une clause de confidentialité doit, en droit du travail, être suffisamment précise, justifiée et proportionnée. En particulier, elle détermine les informations protégées. Il faut également souligner que, dans cette même affaire, la Cour de cassation a précisé que l'exercice du droit d'expression visé par l'article L. 2281-1 du code du travail ne saurait être soumis à une quelconque autorisation préalable.

4- Enfin, si les clauses de confidentialité visant la période d'exécution du contrat peuvent paraître superflues, il n'en va pas de même des clauses visant l'après-contrat. Ces clauses de confidentialité peuvent valablement prévoir qu'elles s'appliqueront après la fin du contrat de travail et que leur inexécution par le salarié postérieurement à son départ de l'entreprise le rendra responsable du préjudice qui en résulte pour celle-ci. Cette responsabilité sera, cette fois, engagée pour toute violation de l'obligation de confidentialité, sans qu'il soit nécessaire de prouver la faute lourde⁶⁰.

Ce n'est plus, cette fois, la liberté d'expression qui est restreinte par les clauses de confidentialité post-contractuelles mais la liberté pour le salarié de se rétablir. En effet, une obligation de non-exploitation vient souvent compléter à ce stade l'obligation de discrétion stricto sensu. L'ancien salarié ne peut divulguer les informations qu'il détient et ne peut pas non plus les utiliser à son profit. La combinaison de ces deux obligations rapproche cet engagement de la clause de non concurrence. Là encore, la question de la qualification se pose et ce d'autant plus qu'en droit du travail, la clause de non-concurrence doit s'accompagner d'une contrepartie financière. L'arrêt Nikon de 2001 a décidé

⁵⁹ Cass. soc. 8 déc. 2009, *Dassault Systèmes*, n° 08-17.191, Bull. civ. V, n° 276 ; JCP S 2010, 1091, note P.-H. Antonmattéi, D. 2010, 548, note I. Desbarats, et 676, obs. O. Leclerc; Rev. sociétés 2010, 483, étude F. Barrière, RDT 2010, 171, obs. R. de Quenaudon.

⁶⁰ Cass. soc. 19 mars 2008 n° 06-45.322, *Remy c/ Sté Manufacture française des pneumatiques Michelin*, inédit.

qu'un simple accord de confidentialité, dont les termes sont clairs et précis n'est pas assimilable à une clause de non-concurrence⁶¹. En tout état de cause, la rédaction confuse d'une clause incite le juge à n'y voir qu'une clause organisant la confidentialité⁶². Là encore, un texte aurait le mérite de clarifier les définitions et les conditions de validité des différentes clauses.

On peut enfin relever que les entreprises entretenant des liens privilégiés, par exemple un prestataire et son client, concluent souvent entre elles des accords de non sollicitation par lesquels elles s'engagent réciproquement à ne pas embaucher les salariés de l'autre. La protection du secret est ici obtenue de manière très détournée au moyen d'une stipulation ne pesant pas sur les détenteurs de l'information et dont l'objet est sans rapport aucun avec la confidentialité. La Cour de cassation a jugé qu'une telle clause ne peut être qualifiée de clause de non concurrence⁶³. Il est notable qu'un salarié a récemment obtenu une indemnisation de son employeur signataire d'un tel accord au motif qu'il n'avait pu être embauché par l'entreprise qu'il convoitait⁶⁴.

Conclusion sur la protection contractuelle du secret. Qu'il s'agisse des relations d'affaires ou du droit du travail, un texte européen précisant et définissant le régime applicable aux clauses de confidentialité serait certainement justifié. Un tel texte devrait articuler une liberté de principe avec une confidentialité justifiée par la nécessité d'assurer une concurrence saine entre les agents économiques. Le besoin de confidentialité est d'ores et déjà reconnu par certains textes européens⁶⁵. Une législation sur ce point pourrait apporter une aide substantielle aux négociateurs en fixant les limites, dans le contenu ou la durée, d'une obligation de confidentialité dont certains pourraient

⁶¹ « Attendu, cependant, que l'accord de confidentialité conclu le 7 septembre 1992 entre le salarié et les sociétés Nikon Corporation et Nikon BV interdisait seulement au salarié de divulguer des informations, portées à sa connaissance par ces deux sociétés, expressément identifiées comme confidentielles et de nature à permettre le développement d'un programme spécifique ; que, contrairement à la clause de non-concurrence prévue par l'article 28 de la Convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie applicable en l'espèce, l'accord n'interdisait pas au salarié de s'engager au service d'une entreprise concurrente après avoir quitté la société ». Cass. soc., 2 octobre 2001, pourvoi n°99-42.942, Juris-Data n°2001-011137, Bull. civ. V, n°291, p. 233, D. 2001, jur., p. 3148, JCP E 2001, n48, p. 1918-1922, note C. Puigelier, JCP G 2002. I. 102, note M. Bourrie-Quenillet et F. Rodhain, RTD civ. 2002, p. 72-73, note J. Hauser, RJPF 2002, n1, p. 10-11, note B. Bossu, RJS 2001, chron., p. 940-946, note F. Favennec-Héry. V. également CA Dijon, 6 avril 2000, D. 2002, p. 1271, obs. S. Robinne. Contra CA Paris, 18^e ch., sect. A, 22 mars 1999, Juris-Data n°1999-156180.

⁶² « C'est par une interprétation rendue nécessaire par le caractère ni clair ni précis de la clause litigieuse, que la cour d'appel a estimé que la seule interdiction imposée au salarié était de faire bénéficier son nouvel employeur des connaissances appartenant au précédent et constituait une obligation de confidentialité ou de secret » (clause insérée dans un avenant intitulé : « non concurrence), Cass. soc., 13 juillet 1999, pourvoi n°96-45.42.

⁶³ Cass. com. 11 juillet 2006, n°04-20438, RTDciv. 2007, note J. Mestre et B. Fages.

⁶⁴ Cass. soc. 2 mars 2011, n°09-40547, cont. conc. cons. 2011, n°6, comm. 139, M. Malaurie-Vignal.

⁶⁵ V. article 2.1 du règlement CE n°240/96 de la Commission du 31 janvier 1996 concernant l'application de l'article 85 du paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (JOCE du 9 février 1996) et règlement CE n°556/89 du 30 novembre 1988 (JOCE du 4 mars 1989, L. 61), concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de licence de savoir-faire.

être tentés d'abuser.

Cela étant dit, l'efficacité des clauses de confidentialité reste limitée en raison à la fois de la difficulté de prouver la violation et d'évaluer la réparation, et du caractère éventuellement très lucratif d'une telle violation pour son auteur (v. infra). On peut, par ailleurs, douter, lorsque l'obligation de confidentialité est violée par un salarié ou un ancien salarié, que la victime soit confrontée à un adversaire solvable. C'est la raison pour laquelle l'entreprise victime sera sans doute mieux inspirée d'agir directement contre le concurrent ayant bénéficié de l'indiscrétion dudit salarié sur le fondement de la concurrence déloyale (v. infra). En tout état de cause, l'obligation juridique de ne pas divulguer une information protégée ne peut être efficace si elle ne s'accompagne pas d'une véritable stratégie de protection concrète des données confidentielles.

2.2. La protection du secret hors du contrat

Lorsqu'aucune stipulation contractuelle n'impose la confidentialité, et en l'absence de dispositions légales générales garantissant la protection du secret des affaires, le seul recours consiste à invoquer la responsabilité délictuelle de droit commun fondée sur l'article 1382 C. civ. Il faut alors établir que la divulgation préjudiciable à l'entreprise peut être qualifiée de faute délictuelle, ce qui n'est pas aisé lorsqu'aucune obligation de confidentialité ne pesait au préalable sur le défendeur. La liberté d'expression, y compris pour les salariés, constitue, en effet, la règle. Dans ce contexte, seul le recours à la notion de concurrence déloyale permet aux victimes de faire sanctionner les divulgations intempestives d'informations confidentielles.

En droit français, la sanction de la concurrence déloyale est fondée sur le principe général édicté par l'article 1382 C. civ. La concurrence déloyale a constitué, jusqu'à une période récente, un développement purement jurisprudentiel, contrairement à la plupart des législations européennes. La loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, a toutefois transposé en droit interne la directive communautaire sur les pratiques commerciales déloyales du 11 mai 2005⁶⁶. Ce texte a pris la peine de définir les pratiques considérées comme fautives⁶⁷, et de

⁶⁶ Dir. Parl. et Cons. CE n° 2005/29, 11 mai 2005, JOUE 11 juin, n° L 149; Remy-Corlay P., RTD civ. 2005, p. 746, obs. Berrebi J. ; Commentaire de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, *RLDC* 2005/19, n° 765

⁶⁷ "Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service" (art. L120-1 C. cons.).

réprimer pénalement celles qui constituent des "pratiques trompeuses"⁶⁸. Cependant, la détermination des agissements considérés comme déloyaux résulte principalement de la jurisprudence. S'agissant de la violation des secrets d'affaires, il convient ici d'évoquer les types de comportements susceptibles d'engager la responsabilité en référence aux catégories classique d'actes déloyaux (a) puis de s'intéresser à la notion plus récente de parasitisme (b).

a. Les actes de concurrence déloyale

La typologie classique des actes de concurrence déloyale renvoie à plusieurs types de comportements : le dénigrement, les actes engendrant la confusion, la désorganisation du marché ou d'une entreprise concurrente. La violation de certains secrets d'affaires, comme l'appropriation d'un savoir-faire ou le détournement d'informations relatives à la clientèle, est généralement sanctionnée au titre de la désorganisation subie par l'entreprise lésée.

En effet, obtenir et divulguer ou exploiter les secrets de fabrication et le savoir-faire d'une entreprise concurrente est considéré comme un cas de désorganisation⁶⁹. C'est ainsi que la concurrence déloyale offre un recours aux détenteurs d'un secret de fabrication ou d'un savoir-faire qui ne peuvent invoquer la contrefaçon. Plus généralement la responsabilité civile peut être engagée sur le fondement de la concurrence déloyale dans tous les cas où le secret n'a pas fait l'objet d'une protection par le contrat, par exemple si aucune clause de confidentialité n'a pris soin d'encadrer l'après-contrat. La responsabilité de l'ancien salarié ayant mis le savoir-faire de l'entreprise à la disposition d'un employeur concurrent pourra être engagée sur ce fondement⁷⁰. Il en ira de même si l'action est dirigée non contre l'auteur de la divulgation mais contre l'entreprise qui en bénéficie. Par exemple, le nouvel employeur bénéficiant des connaissances du salarié est jugé fautif dès lors que son attitude peut être qualifiée d' "espionnage commercial"⁷¹.

L'absence de clause de non-exploitation visant la période post-contractuelle n'empêche pas non plus l'action en concurrence déloyale contre l'ancien employé utilisant le savoir-faire de l'entreprise à son profit⁷². Le savoir-faire

⁶⁸ Art. L. 121-1 C. cons.

⁶⁹ Com. 25 mars 1969, D. 1969. Somm. 86

⁷⁰ CA Paris, 4^e ch., 27 sept. 2000, D. 2001, p. 1309, obs. Y. Auguet Y. ; Cass. com., 19 déc. 2000, n° 98-22.596.

⁷¹ Cass. com., 12 déc. 1995, n° 94-14.003; CA Paris, 4^e ch., 15 janv. 1997, LPA 10 avr. 1998, p. 13, obs. X. Daverat.

⁷² Cass. com., 8 janv. 1979, n° 77-12.450, Bull. civ. IV, n° 6.

doit, à cet égard, être distingué de la simple expérience acquise par le salarié, qu'il peut exploiter à sa guise⁷³.

S'agissant des informations relatives aux clients, il a, par exemple, été jugé que l'ancien salarié peut conserver les "tarifs clients" de son ancien employeur compte-tenu de l'absence de caractère confidentiel desdits tarifs dont la clientèle avait connaissance⁷⁴. De la même façon, le salarié peut garder la liste des clients avec qui il s'est trouvé en relation⁷⁵. A dire vrai, la frontière de l'illicite est ici délicate à tracer. Par exemple, le fait, pour un ancien salarié, de démarcher les clients de son ancien employeur n'est pas sanctionné dès lors que des « procédés déloyaux » n'ont pas été employés⁷⁶. En revanche, si une obligation de discrétion avait été stipulée, le démarchage est déloyal⁷⁷. Utiliser les renseignements recueillis en raison des fonctions antérieures est également déloyal lorsque l'ancien salarié laisse entendre aux clients qu'il reprend le fonds de commerce⁷⁸. Tout dépend, bien évidemment, des caractéristiques de l'espèce : la Cour de cassation a jugé que le fait, pour un mandataire de conserver le fichier de la clientèle constitue une faute en raison des caractéristiques du contrat de mandat, peu important l'absence de clause de non concurrence régissant l'après-contrat⁷⁹.

Par ailleurs, l'absence de clause de non sollicitation n'empêche pas de sanctionner l'entreprise qui s'est livrée à une action de débauchage de salariés motivée par le désir d'exploiter les connaissances acquises dans le cadre de leurs fonctions⁸⁰. Encore faut-il établir que les connaissances utilisées avaient réellement un caractère confidentiel⁸¹.

⁷³ Cass. com., 11 févr. 2003, n° 00-15.149, Bull. civ. IV, n° 17, D. 2003, p. 602, obs. Chevrier E.; Cass. com., 26 nov. 1996, n° 94-15.403, Bull. civ. IV, n° 284, JCP E 1997, pan., n° 66; CA Paris, 4^e ch., 2 févr. 2000, D. 2002, p. 1260, obs. Y. Serra; CA Paris, 4^e ch., 25 sept. 2000, D. 2001, p. 1313, obs. Y. Serra.

⁷⁴ Cass. com., 8 février 1982, n° 81-10.331.

⁷⁵ Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-14.220.

⁷⁶ Cass. com., 9 nov. 1987, n° 86-10.644, D. 1988, som. p. 213.

⁷⁷ CA Versailles, 12^e ch., 17 avr. 1985, Gaz. Pal. 1986, 1, som., p. 27 : l'ancien gérant d'une société astreint à une « obligation de discrétion » ne devait pas « utiliser ses relations professionnelles avec les clients (...) de son employeur (...) en vue d'un détournement ultérieur »...).

⁷⁸ Cass. com., 18 janv. 1966, n° 64-10.988, Bull. civ. III, n° 31.

⁷⁹ Cass. com., 25 juin 1991, n° 89-20.506, Bull. civ. IV, n° 236, D. 1992, jur., p. 249, note Bateau, D. 1993, som., p. 156, obs. Picod Y., JCP E 1992, II, n° 303, note Virassamy G., JCP N 1993, II, p. 210, note Virassamy G., RTD civ. 1992, p. 391, obs. Mestre J.

⁸⁰ Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21.362, Contrats, conc., consom. 2010, comm. 76, note M. Malaurie-Vignal: recours aux services d'un agent commercial double pour avoir connaissance des produits et de la stratégie commerciale d'une entreprise concurrente; Cass. com., 29 nov. 2011, n° 10-25.027, RJDA 2012, n° 356, Contrats, conc., consom. 2012, comm. 46, obs. M. Malaurie-Vignal: débauchage de salariés disposant d'un savoir-faire spécialisé, désorganisant l'entreprise.

⁸¹ Cass. com., 11 févr. 2003, n° 00-15.149, Bull. civ. IV, n° 17, JCP E 2003, n° 514, p. 588, D. 2003, p. 692, n'établir pas le caractère confidentiel des informations qui auraient été détenues par la salariée et qui auraient relevé d'un savoir-faire propre à l'employeur qu'elle avait quitté la Cour d'appel qui relève les faits suivants: lettres aux clients proposant des voyages au nom de son nouvel employeur en remplacement des services qu'elle leur proposait lorsqu'elle travaillait pour l'ancien employeur, prise de contact avec des correspondants locaux à l'étranger afin de reprendre dans les mêmes conditions les produits touristiques élaborés par l'ancien

Enfin, la divulgation d'informations peut dans certains cas, être qualifiée de dénigrement. Certes, le dénigrement est en général caractérisé par l'affirmation d'un fait inexact⁸² mais la divulgation de la vérité peut être jugée déloyale, comme par exemple l'affirmation que les normes en vigueur n'ont pas été respectées par une entreprise⁸³. Encore faut-il établir le caractère fautif de la divulgation. La faute sera sans aucun doute établie si le caractère malveillant de la divulgation est avéré. Il est difficile de déterminer, en l'état de la jurisprudence, si l'on pourrait aller plus loin et sanctionner la divulgation injustifiée de certaines informations si aucune intention malveillante n'est établie ni confidentialité stipulée⁸⁴.

b. Le parasitisme

Ce que l'on appelle la concurrence parasitaire vise le cas où l'auteur des agissements déloyaux tente de profiter de la notoriété ou des réalisations d'un concurrent sans pour autant chercher à créer la confusion dans l'esprit du public⁸⁵. C'est en cela que la qualification de parasitisme permet de sanctionner la violation d'un secret : le parasite peut chercher à profiter d'informations qui ne sont pas nécessairement publiques.

La Cour de cassation définit le parasitisme comme « *l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire* »⁸⁶. Le parasitisme a, par ailleurs, été ainsi défini en doctrine : « *Quiconque, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire sensiblement ou copie une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements commet un agissement parasitaire fautif. Car cet acte, contraire aux usages du commerce, notamment en ce qu'il rompt l'égalité entre les divers intervenants, même non*

employeur, diffusion d'un nouveau catalogue ressemblant au catalogue habituellement diffusé par l'ancien employeur.

⁸²CA Rennes, 29 sept. 2009, SAS Hygé Conseils c/ Sté Ocene, Contrats, conc., consom. 2010, comm. 136, obs. M. Malaurie-Vignal: affirmation fautive qu'un produit est le seul à être conforme à une réglementation.

⁸³ Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-15.583, Contrats, conc., consom. 2010, comm. 275; *contra* cep. CA Toulouse, 24 janv. 2012, Contrats, conc., consom. 2012, comm. 172, obs. Malaurie-Vignal M. : le fait d'informer le public de l'absence d'agrément d'un produit concurrent n'est pas déloyal

⁸⁴ Cass. com., 26 oct. 1981, n° 80-10.558, , Bull. civ. IV, n° 370, JCP G 1982, IV, p. 23: envoi, jugé justifié, par un ancien associé d'une société en participation, d'une lettre informant ses destinataires de la cessation de sa collaboration avec son autre associé et affirmant ses droits de propriété sur une marque que ledit associé avait utilisée postérieurement à la dissolution de la société,.

⁸⁵ Y. Saint-Gal, "Concurrence déloyale et agissements parasitaires", RIPIA 1956, p. 19.

⁸⁶ Cass. com., 26 janv. 1999, n° 96-22.457, BRDA 1999, n° 6, p. 10, LPA 1999, n° 58, p. 9, LPA 1999, n° 220, p. 19, obs. Petitier M., D. aff. 1999, p. 508, obs. Emery C., Cah. D. aff. 2000, AJ, p. 87, note Serra Y.

concurrents, fausse le jeu normal du marché et provoque ainsi un trouble commercial. Celui-ci est, en soi, un préjudice certain dont la victime peut demander en justice la cessation et la réparation, s'il ne dispose pas d'une autre action spécifique »⁸⁷.

La notion de parasitisme présente donc l'avantage de permettre la protection de données confidentielles qui ne font pas ou ne peuvent pas faire l'objet d'une protection par les droits de propriété intellectuelle ou industrielle⁸⁸. La Cour de cassation a par exemple jugé que l'absence de droit privatif n'exclut pas la concurrence déloyale dans le cas où une société avait réalisé et exploité une "imitation servile" d'un modèle développé par un prestataire, après rupture de leurs relations contractuelles⁸⁹. Cela étant dit, la seule commercialisation de produits identiques n'est pas fautive: encore faut-il que cette commercialisation soit précédée de la création ou la fabrication desdits produits⁹⁰.

Ainsi, lorsque les parties n'ont pas pris la peine d'organiser par contrat la confidentialité de leurs échanges au stade des négociations, la divulgation des informations obtenues dans ce cadre peut néanmoins être sanctionnée sur le fondement du parasitisme. Il arrive fréquemment que le contenu d'une offre personnalisée comportant une étude ou un projet précis soit utilisé par le destinataire de l'offre qui n'y a pas donné suite. Il y a là une faute⁹¹. De même, si l'offre figurant dans une proposition commerciale personnalisée est transmise, copiée puis exploitée par un concurrent, ce dernier engage sa responsabilité⁹². Encore faut-il, bien évidemment, que l'offre comporte des aspects suffisamment caractéristiques pour que le parasitisme puisse être mis en évidence⁹³.

L'exemple des pourparlers précontractuels illustre l'évolution de la jurisprudence relative au parasitisme qui a progressivement admis que la notion puisse être invoquée en dehors de tout rapport de concurrence. Cette évolution a, en effet, permis de sanctionner celui qui est à l'origine de la divulgation préjudiciable à l'entreprise. Tel fut le cas de l'annonceur qui, après avoir mis en

⁸⁷ Ph. Le Tourneau, « Le parasitisme dans tous ses états », D. 1993, chr., p. 310, spéc. n° 13

⁸⁸ J.-M. Garinot, *Le secret des affaires*, préf. E. Loquin, LexisNexis 2013, n°49-50.

⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2007, n° 06-11.522, Bull. I, n°119; D. 2007, p. 1138, obs. Chevrier E.

⁹⁰ Cass. com., 9 juin 2004, n° 03-10.136, JCP E 2004, n° 1739, obs. Caron Ch. : « *en l'absence de tout droit privatif, le seul fait de commercialiser des produits identiques à ceux distribués par un concurrent n'est pas fautif* ».

⁹¹ Cass. com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915, Bull. civ. IV, n° 208, D. 1980, jur., p. 55, note Schmidt-Szalewski J. : un procédé novateur permettant la construction d'ouvrages en béton avait été proposé à un entrepreneur qui n'avait pas retenu l'offre mais utilisé le procédé, dont le brevet n'était pas encore délivré ; Cass. com., 3 juin 1986, n° 84-16.971, Bull. civ. IV, n° 110.

⁹² Cass. com., 5 juill. 2006, n° 05-12.193, Bull. civ. IV, n° 360, Contrats, conc., consom. 2006, comm. 196, obs. Malaurie-Vignal M.; CA Versailles, 8 juin 2011, RJDA 2012, n° 358

⁹³ CA Versailles, 14 janv. 2010, SARL Pélican et SARL Wyse Productios c/ SFR, Contrats, conc., consom. 2010, comm. 133, comm. Malaurie-Vignal M.

concurrency plusieurs agences de publicité sur un projet de plaquette publicitaire, a révélé et fait exploiter, par l'agence qu'il avait choisie, le thème autour duquel était construit le projet d'une agence concurrente qu'il n'avait pas retenue⁹⁴.

La théorie des agissements parasitaires a même permis de sanctionner la divulgation du travail d'autrui sans qu'il y ait, à proprement parler, appropriation de ce travail dans la mesure où le parasite n'en a tiré aucun profit. C'est ainsi qu'une entreprise a été sanctionnée pour avoir publié sur son site Internet le contenu de l'ouvrage d'un tiers qui se trouvait ainsi proposé gratuitement au public⁹⁵.

Conclusion sur la concurrence déloyale. Le rapport Baker & McKenzie a mis en évidence le fait que, parmi les Etats membres, la protection des secrets d'affaire s'opère davantage au travers des règles du droit commun de la responsabilité que par la sanction de pratiques restrictives de concurrence⁹⁶. Le droit français ne fait pas exception. En revanche, contrairement aux autres droits européens, le droit français de la concurrence déloyale reste largement jurisprudentiel.

La jurisprudence relative à la concurrence déloyale est touffue et difficile à analyser. Il y est difficile de distinguer la sanction de la divulgation proprement dite de la sanction d'agissements positifs constitutifs d'actes de concurrence déloyale. En effet la divulgation n'est pas, dans ce cadre, sanctionnée pour elle-même mais parce qu'elle permet des actes déloyaux. Dans le même temps, ces agissements sont, bien souvent, jugés déloyaux parce qu'ils reposent précisément sur une divulgation dont on estime qu'elle n'aurait pas dû intervenir malgré l'absence d'obligation légale ou contractuelle de discrétion.

On peut, par ailleurs, observer que la concurrence déloyale, de nature délictuelle, se greffe souvent sur la violation d'une obligation contractuelle. Une entreprise engage sa responsabilité civile délictuelle si elle bénéficie d'informations transmises par un salarié en cours de contrat, en violation de sa propre obligation de discrétion⁹⁷. Il y a faute, en effet à s'associer à la violation

⁹⁴ CA Paris, 4^e ch., 30 avr. 1997, Gaz. Pal. 7-8 juin 1998, p. 30.

⁹⁵ T. com. Nanterre, 9^e ch., 27 janv. 1998, D. 1998, I.R., p. 102 : « en le proposant gratuitement au public, [l'entreprise] prive l'auteur d'une source de revenus qu'il s'est constituée par son travail et ses investissements ».

⁹⁶ Baker & McKenzie, op. cit. p. 51.

⁹⁷ Cass. com. 20 mars 2007, n°05-16540.

d'un contrat, par exemple en faisant fi d'une clause de confidentialité stipulée dans contrat auquel on n'est pas partie⁹⁸.

En tout état de cause, une intervention législative pourrait présenter l'intérêt de prévoir de manière générale que la violation d'un secret d'affaire constitue une faute. C'est ainsi que le rapport Mathon⁹⁹ avait suggéré l'introduction d'une nouvelle disposition dans le Code civil ainsi rédigée : «*Toute personne physique ou morale ayant eu connaissance directement ou indirectement d'une information confidentielle concernant l'activité d'une entreprise et l'utilisant à son profit personnel ou pour le compte de tiers, viole le secret des affaires et commet une faute au sens de l'article 1382 du Code Civil qu'il lui appartient de réparer* ». Une telle disposition permettrait de clarifier le droit positif. La difficulté resterait alors de déterminer les informations réputées confidentielles, ce qui renvoie une fois de plus à la question délicate de la définition du secret.

On pourrait peut-être imaginer une disposition législative plus spécifique qui s'inspirerait de la définition du parasitisme pour sanctionner les divulgations ayant pour conséquence de priver le détenteur d'une information d'un avantage concurrentiel. Le fait de s'approprier ou de tirer profit d'une information dotée d'une valeur économique pour celui qui la détenait serait réputé constituer une faute civile.

Un texte législatif pourrait également avoir pour objectif d'assainir la période pré-contractuelle en encadrant le régime applicable aux offres transmises durant la phase des pourparlers. On pourrait tenir compte, pour déterminer le champ d'application de la protection, des dispositions actuellement applicables aux passations de marchés publics concernant la communication des offres présentées aux candidats non retenus. Le III de l'article 80 du code des marchés publics dispose que « *le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation: a) Serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial [...] c) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.* ». Cette disposition conduit à s'interroger sur l'éventuelle présence d'un avantage compétitif dont la divulgation nuirait à la loyauté de la concurrence pour déterminer le champ d'application de la protection¹⁰⁰. Ce dernier critère pourrait sans nul doute inspirer un texte sur ce sujet.

⁹⁸ Cas d'un hebdomadaire qui avait révélé le contenu d'un projet d'ouvrage transmis sous le sceau du secret par son auteur à ses éditeurs : Cass. Civ. 1^{re}, 17 octobre 2000, n°97-22498, D. 2001, p. 952, obs. M. Billiau et J. Moury.

⁹⁹ Rapport Mathon, op. cit. p. 26.

¹⁰⁰ Le Conseil d'Etat a ainsi récemment jugé que le prix et les délais d'exécution de l'offre d'une société concurrente ne constituaient pas des éléments confidentiels. CE, 29 mai 2013, n° 364827, Ministère de la défense c/ Sté Aeromécanic.

3. La protection du secret des affaires sur le plan procédural

L'entreprise victime de la violation d'un secret d'affaire est confrontée, sur le plan procédural, à deux difficultés. Il lui faut, d'une part, établir la violation. Il lui faut, d'autre part, pouvoir obtenir la sanction de cette violation sans être, dans le même temps, obligée de diffuser davantage d'informations risquant de devenir publique, comme par exemple divulguer des informations détaillées relativement à son chiffre d'affaires en vue de fixer le montant la réparation.

3.1. Aspects procéduraux de l'établissement de la violation

Il revient, en principe, à la victime de la violation du secret de prouver la faute délictuelle ou l'inexécution contractuelle du défendeur ainsi que d'établir le préjudice découlant de cette faute. Il convient donc, au premier chef, d'établir que le défendeur avait connaissance de l'information litigieuse et qu'il l'a divulguée.

Cette preuve n'est pas aisée. Les victimes ne disposent pas, à cet égard, des outils puissants et dévastateurs que sont la *discovery* et la *disclosure* des systèmes de *Common Law*. En droit français, la victime rassemble les éléments de preuve par ses propres moyens. Le litige ayant souvent une nature commerciale, la preuve de l'acte est libre et la victime peut produire en justice tous documents. Elle peut également demander au juge de prononcer différentes mesures d'instruction (expertise, production de document, audition de témoins etc...).

Dans certains cas, la divulgation est évidente. La distribution de produits similaires par le débiteur établit la divulgation fautive¹⁰¹. De même, le préposé qui travaille concomitamment pour un concurrent potentiel viole la « clause de secret des affaires »¹⁰². Le juge peut être plus souple et recourir aux présomptions : un cadre commet une faute en autorisant une visite approfondie

¹⁰¹ Le fournisseur chargé de transférer le système informatique qui propose à la vente des logiciels similaires à ceux de son client viole son obligation de confidentialité : CA Versailles, 7 novembre 1991, D. 1992, inf. rap. p. 15.

¹⁰² Cass. soc., 15 mars 2000, pourvoi n^o 98-46.096, inédit (faute grave)

de l'entreprise¹⁰³. Il n'en reste pas moins qu'en présence du moindre doute sur l'origine de la divulgation, l'incertitude bénéficie au débiteur. Le fait que le salarié soit à l'origine matérielle du document confidentiel dévoilé n'a, par exemple, pas été jugé suffisant¹⁰⁴.

Il est tentant, face à cette difficulté probatoire, d'organiser par contrat une forme d'allègement de la charge de la preuve. La confidentialité conventionnelle constitue alors une obligation de moyens renforcée, en prévoyant que le débiteur doit tout mettre en œuvre pour éviter la divulgation. En cas de divulgation, le débiteur s'exonérera par son absence de faute. Ce renversement contractuel de la charge de la preuve est parfois retenu en jurisprudence¹⁰⁵. On l'a parfois utilisé hors de toute clause contractuelle¹⁰⁶.

Le plus souvent, on tentera d'établir la divulgation fautive en demandant au juge d'ordonner une mesure d'instruction. En droit français, certaines mesures d'instruction présentent une véritable efficacité pour la preuve d'une violation du secret : il s'agit des mesures d'instruction *in futurum* prévues par l'article 145 CPC. L'article 145 du Code de procédure civile permet au juge d'ordonner, avant tout procès, les mesures d'instruction permettant d'établir les faits dont pourrait dépendre la résolution d'un litige à venir¹⁰⁷. Ces mesures d'instruction *in futurum* peuvent être demandées sur requête (demande formulée au juge hors procédure contradictoire) ou en référé (voir ci-dessous paragraphe 4.2) et permettent de recueillir des éléments qui pourront ensuite être exploités en tant que preuves.

Il convient, pour obtenir du juge une telle mesure d'instruction, d'établir un « *motif légitime* » autorisant l'établissement judiciaire de la preuve avant tout procès. Tel est le cas lorsque le demandeur ne peut conserver ou établir des éléments de preuve portant sur des faits susceptibles de constituer une concurrence déloyale. En revanche, ces mesures ne peuvent être ordonnées

¹⁰³ Cass. soc., 25 mars 1981, Bull. civ. V, p. 253. 55.

¹⁰⁴ d'où un licenciement sans cause réelle et sérieuse, CA Paris, 21e ch., sect. C, 5 octobre 1999, Juris-Data n°1999-024998

¹⁰⁵ clause de confidentialité encadrant la diffusion d'informations rendue nécessaire par un projet de cession d'actions : TC Paris, 26 avril 1993, Juris-Data n°1993-040653

¹⁰⁶ «Même si la source des informations de l'auteur du livre demeure imprécise et qu'il ne peut être exclu que la société Point de vue n'ait pas eu besoin du livre pour y avoir accès, la Cour ne peut que constater que l'intimée reconnaît la communication du livre qui contenait des informations inédites, n'apporte aucune preuve que celles-ci aient circulé dans des conditions lui permettant d'y avoir accès, alors qu'elle devait en avoir la faculté si l'explication fournie était sincère» : CA Paris, 14 février 1997, aff. Diana, préc. note 249

¹⁰⁷ Art. 145 CPC : « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ».

lorsque le demandeur est en état de se procurer, par lui-même, la preuve de l'existence de ces faits¹⁰⁸.

L'efficacité du recours à l'article 145 CPC est incontestable. Un employeur peut obtenir une mesure d'instruction *in futurum* consistant à accéder aux données informatiques du salarié qu'il suspecte de concurrence déloyale¹⁰⁹. Il arrive que le juge donne mission à un expert de se pencher sur les livres comptables d'une société¹¹⁰. La Cour de cassation ordonne parfois une communication large des éléments de preuve¹¹¹. Cependant, l'article 145 CPC comporte le risque de voir dévoilées certaines informations confidentielles alors même qu'aucune instance n'a été introduite et que le procès pourrait ne jamais avoir lieu. On pourrait même craindre que certaines entreprises utilisent ce fondement en vue de se procurer des informations relatives à un concurrent.

A cet égard, une jurisprudence constante énonce que le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 CPC, dès lors que le juge a constaté que les mesures qu'il a ordonnées « *procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* »¹¹². Le juge ordonne donc sans difficulté la production de documents de nature à établir d'éventuels actes de sollicitation ou de prospection dans le cadre d'une action en concurrence déloyale¹¹³. Cela étant dit, le juge refuse d'ordonner la mesure si elle aboutirait à mettre le demandeur en possession de secrets techniques de fabrication du groupe concurrent, avec des conséquences d'une « *gravité extrême* »¹¹⁴. La demande d'expertise comptable qui aurait permis de connaître « *malgré le secret des affaires, la structure commerciale de sa concurrente* » a également été rejetée¹¹⁵. En outre, la jurisprudence a précisé que « *tout usage ou divulgation par la société requérante des informations collatérales touchant au secret des affaires, sans rapport avec le litige, serait constitutif d'une faute ouvrant droit pour la victime à de légitimes dommages et intérêts en rapport*

¹⁰⁸ Cass. com., 18 févr. 1986, n° 84-10.620, Bull. civ. IV, n° 26.

¹⁰⁹ Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, Bull. civ. V, n° 84, D. 2007, p. 1590, note Fabre A., JCP E 2007, n° 2228, note Raynaud J. ; Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229, Bull. civ. V, n° 129, Contrats, conc., consom. 2008, comm. 212, obs. Malaurie-Vignal M.

¹¹⁰ Cass. com., 6 mai 1986, n° 84-16.160.

¹¹¹ Cass. com., 8 déc. 2009, n° 08-21.225, inédit. Cass. 2^e civ., 21 janv. 2010, n° 09-10.618, D. 2010, p. 2671, chron. Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Gelbart-Le Dauphin (levée des scellés et désignation d'un expert).

¹¹² Cass. 2^e civ., 7 janv. 1999, n° 95-21.934, Bull. civ. II, n° 4, BJS 1999, n° 6, p. 666, note F.-X. Lucas. V. égal. S. Pierre-Maurice, « Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum* », D. 2002, p. 3131.

¹¹³ Cass. 2^e civ., 8 févr. 2006, n° 05-14.198, Bull. civ. II, n° 44, D. 2006, p. 532 et p. 2931 obs. Auguet Y.

¹¹⁴ CA Aix-en-Provence, 1^{er} ch., 15 sept. 1982, Bull. Aix 1982/80, n° 3.

¹¹⁵ Cass. com., 5 janv. 1988, n° 86-15.322, Bull. civ. IV, n° 7, JCP G 1988, IV, p. 92, D. 1989, jur., p. 354, note Virassamy G.: rejet de la demande de désignation d'un expert-comptable pour déterminer « *tous faits susceptibles de caractériser des actes de concurrence déloyale* ».

*étroit avec le préjudice causé »*¹¹⁶. Il reste que la portée de l'argument tiré du secret des affaires paraît bien limitée. Tout récemment, la Cour de cassation a jugé que l'on pouvait valablement communiquer à des salariés, avant tout procès et sous astreinte, certains documents relatifs à d'autres salariés (contrats de travail, avenants, bulletins de paie, montant des primes distribuées, tableaux d'avancement et de promotion). Elle a souligné que « *le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées »*¹¹⁷. Le juge civil français s'accorde donc une grande liberté dans le prononcé des mesures d'instruction qu'il ordonne hors de tout procès.

Conclusion sur les mesures d'instruction. Les mesures d'instruction *in futurum* prévues par l'article 145 CPC constituent un outil probatoire extrêmement efficace. Cet outil présente toutefois des risques en termes de confidentialité. Il est permis de penser ici que la jurisprudence relative à l'art. 145 CPC est trop restrictive et de souhaiter une protection plus effective des secrets d'affaire dans le cadre des mesures d'instruction. Il serait peut-être possible de réformer le système pour adopter un mécanisme inspiré de l'actuelle procédure de saisie-contrefaçon. Cette procédure est introduite sur requête afin d'établir la preuve d'un acte portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle, avant l'exercice d'une action au fond. L'article L. 716-7-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit qu'un empêchement légitime peut faire échec à la production d'informations lors d'une telle saisie. Les tribunaux exigent, à cet égard, que celui qui invoque le secret des affaires précise en quoi la saisie contrefaçon serait de nature à lui porter atteinte. La seule affirmation d'une atteinte au secret des affaires, « *sans plus de précision quant aux pièces spécifiquement concernées, ne constitue pas un empêchement légitime au sens de l'article L. 716-7-1 du Code de la propriété intellectuelle »*¹¹⁸. Pour autant, la confidentialité ici assurée par la notion d'empêchement légitime permet une

¹¹⁶ CA Lyon, 10 mai 2011, n° 10/01502, Gaz. Pal. 15 oct. 2011, n° 288, p. 35 et s., spéc. p. 39, note Boubry E. et Mercadi C.

¹¹⁷ Cass. soc. 19 décembre 2012, n°10-20526, Bull. IV, n°2711.

¹¹⁸ TGI Paris, ord. mise en état, n° RG 06/09722, 21 mars 2008, Comm. com. électr. 2008, comm. 66, obs. Caron Ch. V. égal. sur le refus de la Cour de cassation de consacrer la « sécabilité » des échanges électroniques (Cass. crim. 11-1-2012 n°10-88.193, 10-88.194 et 10-88.197, Bull. crim. n° 10) permettant ainsi des saisies informatiques massives : A. Pézard et F. Karila, « Le secret des affaires en droit de la propriété industrielle, un outil pour renforcer la compétitivité des entreprises », RJDA N° 07/13 p. 535-537.

protection plus importante que celle qui résulte de l'actuelle jurisprudence relative à l'article 145 CPC¹¹⁹.

La question de la protection des secrets d'affaires se pose, du reste, de manière plus large dans le cadre du procès civil. La difficulté est ici de trouver un juste équilibre entre la nécessité de réunir des preuves et celle de protéger le patrimoine informationnel de l'entreprise. Un auteur a suggéré d'introduire des règles procédurales garantissant la confidentialité¹²⁰. Par exemple, le juge civil pourrait décider que l'audience se tiendra à huis clos lorsque le secret des affaires est en jeu. En effet, le huis clos en matière civile est à ce jour limité à certaines hypothèses particulières comme en matière de procédures collectives¹²¹, ou lorsque la vie privée des personnes physiques est en jeu¹²². Par ailleurs, il a été proposé que le juge prononce, à l'image du juge américain, des injonctions de confidentialité (*orders to preserve confidentiality*) astreignant au secret toute personne intervenant à la procédure¹²³. Enfin, on pourrait envisager d'anonymiser certains documents ou de confier les pièces à un expert chargé d'apprécier leur valeur probatoire et de répondre aux questions des parties sur celles-ci¹²⁴.

Une autre optique serait de s'inspirer de la protection du secret actuellement garantie dans certaines procédures spécifiques telles les procédures menées devant l'Autorité de la concurrence ou la procédure issue de la loi n°68-678 du 26 juillet 1968 dite « de blocage »¹²⁵.

3.2. La protection du secret dans certaines procédures contentieuses

Le droit français connaît certains mécanismes procéduraux spéciaux qui tiennent compte de la nécessité de protéger les secrets d'affaire.

¹¹⁹ Le juge français s'est déjà fondé sur le principe de proportionnalité entre la mesure prise et les nécessités d'obtenir une preuve de la contrefaçon : CA Paris 6 décembre 2011, Sté ,Cipla Ltd c/ Sté Astra Zeneca, PIBD 2012, n° 957, III p. 150. V. A. Pézard et F. Karila, art. préc.

¹²⁰ J.-M. Garinot, « Secret des affaires : une avancée en perspective ? », Droit et Patrimoine, 2012, p. 211,

¹²¹ V. not. les articles L. 611-15 et L. 662-3 du Code de commerce

¹²² art 435 CPC

¹²³ EEA, § 1835.

¹²⁴ Garinot, art. préc.

¹²⁵ Garinot, art. préc.

a. La procédure menée devant l’Autorité de la concurrence

L’ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 avait confié au Président du Conseil de la concurrence le pouvoir de refuser « *la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires, sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l’exercice des droits des parties* » (art. 23). En pratique, le Conseil de la Concurrence accordait une primauté quasi systématique à la transparence¹²⁶.

Par la suite, l’ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 et son décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005¹²⁷ ont introduit de nouvelles dispositions protégeant le secret des affaires. En particulier, le nouvel article L. 463-4 du Code de commerce avait permis au Président du Conseil de refuser la communication ou la consultation de documents mettant en jeu le secret des affaires en présence d’une demande de classement desdits documents, à moins que lesdits documents apparaissent nécessaires à la procédure ou à l’exercice des droits des parties mises en cause. Dans ce cas, ces documents étaient placés dans une annexe confidentielle au dossier.

Pour finir, l’ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 et son décret d’application n° 2009-142 du 10 février 2009 ont assoupli les lourdeurs procédurales générées par le mécanisme¹²⁸. L’alinéa 1 de l’article L. 463-4 du Code de commerce dispose désormais que « *sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l’exercice des droits de la défense d’une partie mise en cause, le rapporteur général de l’Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d’autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles* ». Le décret n°2009-142 du 10 février 2009 pris en application de l’article L. 463-4 du code de commerce a précisé les modalités d’application de cette disposition, aux articles R. 463-13 à R. 463-15-1 du même code. Ce nouveau mécanisme s’inspire de celui pratiqué dans les procédures devant la Cour de justice de l’Union européenne, et tout particulièrement devant le Tribunal de l’Union européenne¹²⁹.

¹²⁶ R. Dumas, « Transparence du patrimoine et protection du secret de affaires », RLDA, 2012, p. 68, spéc. n°21.

¹²⁷ Ch. Lemaire “La protection du secret des affaires devant le Conseil de la concurrence: une évolution bienvenue”, JCP E 2006, n° 1161

¹²⁸ B. Cheynel, “Protection du secret des affaires. Nouvelle mouture”, RLC 2009/19, n° 1363

¹²⁹ Article 93, paragraphe 3, du règlement de procédure de la CJUE et de l’article 116, paragraphe 2, du règlement de procédure du TPIUE.

Désormais, le contrôle de toute demande de classement de documents est confié au Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence ou son adjoint, et non plus au Président. En cas de demande de confidentialité émise par l'une des parties, il est possible de procéder à la communication de versions non confidentielles et de résumés, établis par le demandeur, dans lesquels les informations confidentielles sont masquées. Les demandes de classement confidentiel doivent être motivées pour chaque document. et le demandeur doit fournir une version non confidentielle des pièces dont il demande le classement. Si l'Autorité de la concurrence décide de retenir la confidentialité, cette confidentialité sera opposable à tous les stades de la procédure. Le classement des documents pourra éventuellement être levé sur le fondement de l'exercice des droits de la défense à l'initiative du rapporteur général ou bien d'une partie sur requête motivée.

Les débats devant l'Autorité ne sont pas publics (art. L. 463-7 C. com.). Lors des débats oraux, le président de séance peut inviter une ou plusieurs parties à sortir de la salle durant le temps de l'intervention d'une personne évoquant des informations protégées¹³⁰. Lors de la notification ou de la publication des décisions de l'Autorité, plusieurs versions, confidentielles et non confidentielles, sont établies, si nécessaire. En particulier, les décisions de l'Autorité de la concurrence sont mises en ligne sur son site Internet expurgées des données confidentielles¹³¹.

Cette procédure jugée satisfaisante présente toutefois une difficulté liée à l'absence de recours autonome contre les décisions de classement/déclassement des documents couverts par le secret des affaires. Aux termes de l'article R. 464-29 du Code de commerce, ces décisions ne feront l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris qu'avec l'éventuel recours formé contre la décision au fond. La jurisprudence applique scrupuleusement ce texte¹³², ce qui peut impliquer des conséquences graves pour l'entreprise concernée s'il a été décidé de divulguer les éléments dont elle réclame la confidentialité. Par le passé, le Conseil de la concurrence a jugé nécessaire de divulguer des fourchettes de prix au lieu d'occulter toute donnée chiffrée, dans un objectif de bonne compréhension du dossier¹³³. Par ailleurs, le secret des affaires est, a priori, inopposable aux agents de la DGCCRF et de l'Autorité de la

¹³⁰ Autorité de la conc., 22 févr. 2010, D. 2010, p. 493, obs. Chevrier É.

¹³¹ Décrets n° 2009-185 et n° 2009-186, 17 févr. 2009 relatifs à la publicité des décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles

¹³² CA Paris, 2 déc. 2010 ; Contrats, conc., consom. 2011, comm. 41, obs. Decocq G.

¹³³ Cons. conc., 20 déc. 2007, n°07-D-50.

concurrence¹³⁴. Enfin, il suffit qu'un appel soit interjeté contre la décision de première instance pour que le litige soit mis entre les mains de la Cour d'appel de Paris, auprès de qui cette procédure protectrice n'est pas applicable.

Conclusion sur la procédure spéciale devant l'Autorité de la concurrence.

Le rapport Mathon¹³⁵ a proposé de s'inspirer de la procédure applicable devant l'Autorité de la concurrence et les juridictions de l'Union Européenne pour réformer la procédure civile française. Il est toutefois évident que la généralisation de la protection du secret des affaires devant les juridictions de droit commun poserait des difficultés délicates au regard du principe du contradictoire, de l'égalité des armes et du respect des droits de la défense¹³⁶. On pourrait craindre, en outre, que les parties abusent de la demande de confidentialité dans une optique dilatoire.

A l'échelle européenne, la question reste posée de savoir s'il convient d'adopter un principe général de protection du secret des affaires en matière procédurale. La réponse à cette question doit tenir compte de la grande diversité des procédures applicables dans les différents Etats de l'Union. En particulier, les pays de tradition civiliste ne connaissent pas de procédure équivalente à la *discovery* ou la *disclosure* des pays de *Common Law*, même si les risques de divulgation sont incontestables. La pertinence d'une réglementation uniforme sur ce point peut, dans tous les cas, être mise en question.

b. L'exemple de la « loi de blocage »

Une forme très spécifique de protection du secret dans le cadre d'une procédure contentieuse résulte d'une disposition législative qui fait l'objet de beaucoup de controverses et de peu d'application pratique : l'article 1bis de la Loi n°68-678 du 26 juillet 1968, dit « loi de blocage ». Cet article résulte d'une modification législative en date du 16 juillet 1980, qui « *interdit, sous réserve de l'application des traités internationaux, à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, financier*

¹³⁴ Cass. crim., 13 janv. 2010, n° 07-86.228 et n° 07.-86.229.

¹³⁵ Rapport Mathon, pp. 24-25.

¹³⁶ A propos de la procédure devant les juridictions administratives v. D. de Béchillon, « Principe du contradictoire et protection du secret des affaires, Plaidoyer pour le maintien de la jurisprudence en vigueur », RFDA 2011, p. 1107.

ou industriel tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives ou dans le cadre de celles-ci ». Cette interdiction est assortie de sanctions pénales (emprisonnement de six mois et/ou amende de 18 000 euros (pouvant aller jusqu'à 90 000 euros pour une personne morale). Il s'agissait de lutter contre les collectes d'informations par des autorités étrangères, notamment américaines, en dehors des formes de la procédure internationale. En effet, la France, comme de nombreux autres Etats, avait fait application d'une faculté ouverte aux Etats contractants de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 relative à la coopération judiciaire internationale : l'article 23 les autorise à déclarer « qu'ils n'exécutent pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les Etats de *Common Law* sous le nom de *pre-trial discovery of documents* ». La portée de cette déclaration, et par conséquent de la sanction pénale attachée aux infractions à la procédure internationale, a cependant été atténuée par une déclaration modificative en date du 19 janvier 1987 précisant qu'une procédure de *discovery* pourrait être exécutée « *lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige* » (déclaration modificative en date du 19 janvier 1987).

Or, la loi de blocage a fait très peu l'objet d'une application pratique. Les cours américaines l'ignorent systématiquement, à la suite d'une décision de principe de la Cour Suprême qui a considéré qu'elle ne prive pas une juridiction américaine du pouvoir d'ordonner à une partie soumise à sa juridiction de produire des preuves, même si cette procédure peut constituer une violation à la loi de blocage¹³⁷. Cette position a été facilitée par le fait que les autorités judiciaires françaises elles-mêmes n'ont pratiquement pas fait usage de la loi, à l'exception remarquée d'une sanction infligée à un avocat dans le cadre de l'affaire *Executive Life*¹³⁸. Cela place les entreprises françaises dans une situation embarrassante, et la proposition Carayon susmentionnée comportait la suppression de l'article 1bis de la Loi du 26 juillet 1968, mesure radicale elle-même très contestée.

En tout état de cause, cet élément de l'appareil juridique français ne doit à notre avis pas entrer dans le champ de réflexion de la Commission, d'une part parce qu'il s'agit d'une disposition pénale, et d'autre part parce qu'elle se rattache exclusivement à l'exercice de la souveraineté nationale.

¹³⁷ Société Industrielle Aérospatiale c. US District Court, U.S. 522, 15 juin 1987.

¹³⁸ Cass. Crim. 12 décembre 2007, n 07-83.228.

4. La sanction de la violation du secret

4.1. Les dommages et intérêts : l'établissement et l'évaluation du préjudice

Comme on l'a rappelé plus haut, la mise en œuvre de la responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou quasi-délictuelle, suppose l'établissement de la faute, du préjudice et du lien de causalité entre faute et préjudice. Cela implique entre autres l'obligation d'établir l'existence d'un préjudice, et de prouver son existence, faute de quoi la demande de la victime est rejetée, quelles que soient la gravité de la faute¹³⁹, la gravité du dommage et la fragilité éventuelle de la victime : *idem est non esse et non probari*.

Cela tient naturellement à ce que la sanction de la responsabilité, surtout en matière quasi-délictuelle, est la réparation. En effet, comme rappelé par la Cour de Cassation, « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »¹⁴⁰. En matière contractuelle, la réparation peut ou non s'accompagner de la résiliation du contrat, et donner lieu à dommages et intérêts. La Cour de cassation, en application de l'article 1149 du Code civil (« *les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé* »), refuse depuis longtemps d'allouer des dommages et intérêts si l'inexécution n'a causé aucun dommage¹⁴¹. Il s'agit là d'un principe important du droit continental, et cette formulation a notamment été reprise, dans un autre domaine, par le Conseil de l'Europe¹⁴².

Or, de même qu'il n'y a pas de présomption de la faute résultant de l'utilisation d'un savoir-faire ou autre information confidentielle, de même le préjudice ne se déduit pas automatiquement de la faute quand celle-ci est établie. En particulier, la Cour de cassation considère « qu'une faute contractuelle n'implique pas nécessairement par elle-même l'existence d'un dommage en

¹³⁹ Cass. 2e civ. 8 mai 1964, JCP G 1965 II 14140, n. Esmein.

¹⁴⁰ Cass. 2e civ. 28 oct. 1954, JCP G 1955 II 8765, n. Savatier.

¹⁴¹ Cass. Req. 5 mars 1913, DP 1914 I p.61.

¹⁴² « *Compte tenu des règles concernant la responsabilité, la personne qui a subi un préjudice a droit à la réparation de celui-ci, en ce sens qu'elle doit être replacée dans une situation aussi proche que possible de celle qui aurait été la sienne si le fait dommageable ne s'était pas produit* » (Résolution n° (75)7 du 14 mars 1975 relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès, art. 1.1).

relation de cause à effet avec cette faute »¹⁴³. L'exception prévue par l'article 1153 (« ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte ») pour les obligations de paiement pures, n'est évidemment pas transposable à la violation d'une obligation de secret. Mais on peut s'appuyer sur l'article 1145 (« si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention » si l'on admet que l'engagement de confidentialité est une « obligation de ne pas faire »).

On conçoit qu'en matière de violation du secret des affaires, s'agissant de la protection des intérêts d'entreprises dans des marchés en constante évolution et gouvernés par des facteurs complexes, la preuve du préjudice est particulièrement difficile à rapporter.

La preuve de l'existence du préjudice va de pair avec son évaluation. Celle-ci pose des problèmes d'une autre nature que ceux liés à l'établissement de la faute. Ici, la difficulté principale n'est pas d'obtenir des informations détenues par le fautif, mais de fournir une mesure crédible d'un dommage en partie hypothétique, puisqu'il s'agit généralement d'un manque à gagner. Naturellement, cette difficulté n'est pas propre aux violations du secret des affaires et le droit français y apporte des réponses.

a. Conditions portant sur la nature du préjudice

La règle bien connue est que le préjudice n'est indemnisable que s'il est « certain ». Cela signifie qu'il doit être prouvé, comme on vient de le dire. La difficulté est ici qu'il ne s'agit pas de la privation d'un bien matériel dont il suffirait d'évaluer le prix pour établir le montant du dommage. En effet, sauf lorsqu'elles remplissent les conditions des divers droits de propriété intellectuelle (notamment la publication), les idées ne sont pas susceptibles d'appropriation : « s'agissant de choses incorporelles, l'usage commun est la règle et la propriété l'exception »¹⁴⁴. Cela est particulièrement vrai pour cette forme de secret d'affaires que constitue le savoir-faire : « toute idée de propriété et a fortiori de copropriété du *know-how* doit être écartée et le suggérer revient à réinventer le droit de brevet et à proposer une extension de son domaine »¹⁴⁵. En d'autres termes, « la protection n'est pas fondée sur l'atteinte à un droit privatif

¹⁴³ Cass. Com. 11 févr. 2013, n° 11-26.253, inédit.

¹⁴⁴ Joanna SCHMIDT-SLAZEWSKI, Dalloz Commercial, v° *Savoir-faire* (2009).

¹⁴⁵ J. M. MOUSSERON, *Ibid.* (1977)

mais sur la faute commise par ceux qui ont trahi le secret ou qui y ont eu accès par des moyens déloyaux »¹⁴⁶. Cette protection n'en est pas moins indispensable : « à la différence des biens corporels qui présentent une valeur économique aisément identifiable, les informations et connaissances vitales de l'entreprise constituent des actifs immatériels fragiles, dont l'évaluation est difficilement perceptible, mais dont la perte constitue le plus souvent un sinistre dommageable sérieux pour sa compétitivité »¹⁴⁷.

En matière quasi-délictuelle, l'absence de protection liée à la défense du droit de propriété conduit donc à privilégier l'approche de la concurrence déloyale, le cas échéant en s'appuyant sur la construction jurisprudentielle évoquée plus haut du « parasitisme », comme moyen de réparation des dommages subis du fait de la violation de secrets d'affaires. Or, l'établissement du dommage dans ce cadre n'est pas aisée, puisque le propre de la concurrence est justement de causer un préjudice aux rivaux dont on ampute les parts de marché existantes ou qu'on prive de parts de marché futures dans un marché évolutif. Un tel préjudice « est en principe licite et ne devient réparable que s'il est causé par des moyens déloyaux »¹⁴⁸. Sous cette réserve, le dommage est effectivement indemnifiable. En ce qui concerne la perte de parts de marché existantes (si l'on admet une approche statique du marché), il s'agira alors d'établir le profit perdu par la victime : l'indemnisation du gain manqué (*lucrum cessans*) est un principe fondamental du droit civil¹⁴⁹. En ce qui concerne la perte de parts de marché futures, dans une perspective dynamique du marché (par exemple si les secrets d'affaires détournés portaient sur un nouveau produit), il s'agit d'établir un profit perdu hypothétique.

Cela est possible, puisque règle selon laquelle le préjudice n'est indemnifiable que s'il est certain n'implique nullement que la « perte d'une chance » est exclue. En effet, le principe de l'éligibilité à réparation d'une perte de chance est établi depuis longtemps en droit français : on trouve des décisions en ce sens depuis 1889¹⁵⁰. Cette théorie est tout à fait applicable en matière de protection des secrets d'affaires¹⁵¹.

Encore faut-il que la chance perdue soit « réelle et sérieuse », ce qui implique que les tribunaux analysent les faits au cas par cas pour écarter les opportunités purement hypothétiques ou virtuelles. En outre, l'évaluation doit prendre en

¹⁴⁶ F. POLLAND-DULIAN, *Droit de la Propriété Intellectuelle*, Montchrestien, 1999, n°750).

¹⁴⁷ *La protection du secret des affaires : enjeux et propositions*, rapport du Groupe de travail présidé par M. Claude Mathon, Mission du Haut Responsable chargé de l'intelligence économique, avril 2009, p. 7.

¹⁴⁸ J. SCHMIDT, *loc. cit.*

¹⁴⁹ Voir par exemple Cass. 2e civ. 15 déc. 2011, 11-11.159.

¹⁵⁰ Cass. Req., 17 juil. 1889, S. 1889, 1 p. 599.

¹⁵¹ C.A. Versailles, 9 oct. 2003, 2000-07995.

compte l'aléa : « la réparation de la chance perdue doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »¹⁵².

En matière contractuelle, la théorie de la perte de chance est moins aisément transposable, encore qu'elle semble utilisée régulièrement dans le cadre de la responsabilité médicale. Les tribunaux l'appliquent cependant avec circonspection, et la Cour de cassation a pu juger « qu'un risque, fût-il certain, ne suffit pas à caractériser la perte certaine d'une chance et que le préjudice en résultant était purement éventuel »¹⁵³.

Dans les affaires de concurrence déloyale, la jurisprudence utilise la notion de « trouble commercial »¹⁵⁴, tel que la dégradation de l'image d'une entreprise ou d'une profession. Quoique cela soit moins probable que dans le cas des pratiques de dénigrement, on peut aussi l'imaginer en matière de violation du secret des affaires (perte de l'image d'une entreprise « pionnière » par exemple). Les tribunaux se sont donc éloignés d'une interprétation trop absolue de l'obligation de prouver le préjudice, allant jusqu'à noter « qu'il s'infère nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice résultant des procédés fautifs »¹⁵⁵. Le dommage tend donc à être présumé¹⁵⁶, à la condition, toutefois, d'en établir l'étendue¹⁵⁷. On pourrait d'ailleurs aussi concevoir qu'ils s'appuient sur la notion d'enrichissement sans cause.

La notion de préjudice moral est également utilisée par les juges. La Cour de cassation a, en effet, récemment rappelé, dans une affaire de concurrence déloyale, qu'une personne morale peut obtenir réparation d'un préjudice moral en sus de l'indemnisation pour préjudice financier qui lui est accordé¹⁵⁸. Il s'agit là, notamment, de tenir compte de la fonction punitive de la responsabilité en admettant qu'un acte déloyal cause nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral.

¹⁵² Cass. 3e ch. civ., 19 avr. 2000, Resp. Civ. Ass. 2000, comm. 234.

¹⁵³ Cass. 1ère Ch. civ., 16 juin 1998, JCP E 1999 p. 2077 n. Leveueur

¹⁵⁴ Voir par exemple Cass. Com. 22 mai 1984, n° 82-13.482, C.A. Paris 1ère ch., D. 1994 som. p. 223, obs. Y. Serra.

¹⁵⁵ Cass. Com., 22 oct. 1985, JCP G 1986.IV.11; 'Com. 9 oct. 2001, n° 99-16.512 ; RTD. civ. 2002. 304, note P. Jourdain (« un trouble commercial s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyal ») ; voir également Cass. Com., 2 déc. 2008, n°07-19.861 et Cass. Com.28, sept. 2010, n° 09-69.272.

¹⁵⁶ L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », RTD civ. 2013, p. 275.

¹⁵⁷ Dans un arrêt rendu le 10 janvier 1989, la chambre commerciale juge que « si les faits de concurrence déloyale, générateurs d'un trouble commercial, impliquent l'existence d'un préjudice, la cour d'appel a retenu souverainement que la société Roblot, ne rapportait pas la preuve qui lui incombait de l'étendue de son préjudice », Com. 10 janv. 1989, Bull. civ. IV, n° 12.

¹⁵⁸ Cass. com. 15 mai 2012, F-P+B, n° 11-10.278 D. 2012. 2285, obs. X. Delpech, note B. Dondero; JCP G 2012. 1012, note V. Wester-Ouisse, Rev. Sociétés 2012, p. 620, note Ph. Stoffel-Munck.

b. Les méthodes d'évaluation du préjudice

Comme on l'a dit, la nécessité d'établir un préjudice d'une nature recevable va de pair avec la nécessité de le mesurer. Cette mesure est naturellement difficile, et ne repose pas sur des critères établis comme en matière de propriété intellectuelle proprement dite. Dans ce dernier domaine en effet, le juge peut trouver une certaine orientation méthodologique, si l'on peut dire, dans la loi du 29 octobre 2007 qui a transposé en droit français la Directive européenne n° 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Ce texte lui offre une alternative entre d'une part la prise en considération des conséquences économiques négatives de la contrefaçon (dont le manque à gagner) pour la partie lésée, du bénéfice tiré du détournement par le contrefacteur et du préjudice moral ; et d'autre part la fixation d'une somme forfaitaire par référence aux redevances auxquelles la partie lésée aurait pu prétendre si le contrefacteur avait dûment obtenu une licence des droits détournés¹⁵⁹. Il y a là deux éléments qui ne se rattachent pas directement à l'application traditionnelle des principes de réparation de la responsabilité civile du droit français : le bénéfice du contrefacteur et la référence à des redevances « fictives ». On notera que le juge français semble peu enclin à faire usage du premier, et qu'en revanche il pratiquait le second, d'ailleurs conforme aux usages internationaux (*reasonable royalty*), dès avant sa consécration législative¹⁶⁰. Ce n'est pas ici le lieu de s'interroger sur la portée philosophique de ces changements, où certains ont vu « l'abandon de la responsabilité civile » et un rapprochement avec la notion de dommages et intérêts punitifs, ni sur les écarts ou nuances entre le texte de la directive et sa transposition en droit français.

Le juge confronté à l'évaluation du dommage causé par le secret des affaires, où il ne s'agit pas de la violation d'un droit privatif, ne bénéficie pas des indications données par la loi en matière de contrefaçon et ne peut s'en remettre qu'aux principes généraux de la réparation de la responsabilité civile. Cependant, on peut relever diverses méthodes qui sont appliquées par les tribunaux, notamment dans le cadre de la sanction de la concurrence déloyale :

¹⁵⁹ « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé au titulaire des droits du fait de l'atteinte. Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte » : art. 615-7 du Code de la Propriété intellectuelle relatif aux brevets ; rédactions similaires pour les dessins et modèles, topographies de semi-conducteurs, obtentions végétales, marques et propriété artistique et littéraire.

¹⁶⁰ Sur l'ensemble de cette question, voir C. Maréchal, *L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon*, RTD Com. 2012 p. 245.

- la diminution du chiffre d'affaires est le préjudice qui paraît le plus clairement imputable à un acte de concurrence déloyale ; les tribunaux l'accueillent fréquemment, en s'efforçant d'écarter les causes conjoncturelles ou propres à l'entreprise victime, de façon à respecter leur obligation d'établir le lien de causalité entre la faute et le dommage ;
- on peut aussi s'appuyer sur les nouveaux investissements que la victime doit engager pour pallier le dommage résultant de la pratique délictuelle¹⁶¹ ;
- inversement, l'économie injustement réalisée par le « parasite » peut servir de base à l'indemnisation de la victime¹⁶².

Généralement, le juge a recours à l'expertise, mais il peut s'en affranchir et fixer une indemnisation forfaitaire, voire attribuer à la victime un euro symbolique (plus facilement en matière purement commerciale qu'industrielle).

En matière contractuelle, la sanction des fautes est souvent traitée par des pénalités, ou fait l'objet de limitations. Or, il est très rare que les accords de confidentialité, et plus encore que les clauses de confidentialité insérées à titre accessoire dans les contrats ayant un objet plus vaste, comportent des pénalités. On aura donc recours aux mêmes procédés d'évaluation qu'en matière quasi-délictuelle. Il est rare aussi qu'on prévoie une limitation contractuelle de responsabilité, sauf par le jeu d'une clause générale de l'accord qui trouverait à s'appliquer à l'engagement accessoire de confidentialité. Les restrictions que la jurisprudence apporte à la validité de telles limitations pour des raisons d'ordre public (responsabilité des constructeurs, protection des consommateurs) ne concernent a priori pas les obligations de secret.

On notera aussi que le droit français prend en compte la notion de prévisibilité, même s'il lui donne sans doute moins d'importance que ne le fait la *common law*. L'article 1150 du Code civil dispose en effet que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». La jurisprudence considère que cette règle ne s'applique qu'à la quotité du dommage et non à l'établissement de son existence¹⁶³ ; on peut penser d'ailleurs que si les parties ont pris la peine de conclure un accord ou une clause de confidentialité, c'est bien parce qu'elles prévoyaient que la violation causerait un dommage. Il peut arriver en outre qu'une des parties ait conclu l'accord comportant une clause de confidentialité, ou engagé des pourparlers protégés

¹⁶¹ Par exemple, Cass. Com. 17 mars 2004, JurisData 2004 – 023161.

¹⁶² Cass. 1ère ch. civ., 19 oct. 2004, JurisData 2004 – 025340.

¹⁶³ Cass. Civ. 7 juil. 1924, DP 1927 I p. 119.

par un accord de confidentialité, dans le seul but de s'approprier des informations, et on a alors affaire à un dol.

c. Le pouvoir d'appréciation souverain du juge

Le juge exerce sur l'appréciation de la nature et de l'évaluation du dommage un pouvoir souverain. Ce pouvoir connaît cependant quelques limitations, qui là encore ne sont pas propres au domaine des secrets d'affaires mais s'appliquent en matière de responsabilité civile en général. Outre la nécessité qui s'impose au juge de rechercher l'équivalence entre le dommage et la réparation et l'adéquation la plus exacte avec la situation où la victime se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu :

- l'allocation ne peut excéder les prétentions formulées par le demandeur ;
- la décision du tribunal doit être motivée : la Cour de Cassation exerce un contrôle sur les décisions des juges du fond et utilise notamment le moyen de la « contradiction de motifs » pour réformer les arrêts dont la motivation est défailante.

4.2. La réparation en nature : la cessation du trouble

En pratique, les entreprises victimes d'une violation de leurs secrets d'affaires sont plus préoccupées par la recherche d'une cessation du trouble qu'elles subissent que par une indemnisation monétaire de leur préjudice. Il est plus important de faire cesser rapidement l'activité d'un concurrent déloyal avant qu'il ait causé une détérioration irréversible de la place de la victime sur le marché (par exemple par la « migration » de distributeurs, ou la perte prématurée d'un avantage concurrentiel) que de poursuivre l'attribution judiciaire, forcément lente et aléatoire, d'un montant compensatoire.

a. Fondements

Le principe de la réparation en nature est admis depuis longtemps, tant en responsabilité contractuelle qu'en responsabilité quasi-délictuelle, et avec lui le pouvoir souverain du juge de choisir entre réparation en nature et réparation pécuniaire. La distinction entre cessation de l'usage illicite et réparation en nature suscite des débats doctrinaux, mais cela n'a pas de conséquences sur la

pratique jurisprudentielle. Les tribunaux considèrent que leur pouvoir d'ordonner la réparation en nature les autorise bien à faire cesser le trouble, et il existe une jurisprudence abondante en ce sens notamment dans le domaine des troubles de voisinage. En matière de propriété intellectuelle proprement dite (brevets, marques, etc.), la cessation forcée de l'usage illicite, fondée sur la défense du droit de propriété (« inviolable et sacré »), et consacrée par l'art. 11 de la Directive européenne n° 2004-48 du 29 avril 2004, ne pose pas de question. En matière de violation des secrets d'affaires, même si le fondement est différent (l'obligation de réprimer la fraude), le juge dispose naturellement des mêmes pouvoirs. Encore faut-il reconnaître que dans ce domaine la cessation du trouble est souvent impossible en pratique : la divulgation du secret est irréversible

b. Le pouvoir souverain du juge et ses limites

Si le juge dispose du pouvoir souverain d'opter entre réparation en nature et réparation pécuniaire, il en est de même quant au choix des mesures de cessation du trouble, sous réserve de certaines limites.

En particulier, il doit prendre en compte l'intérêt des tiers de bonne foi, notamment du détenteur de bonne foi du secret ou du produit commercialisé suite à la violation du secret. Par exemple (à vrai dire emprunté à un cas de violation de droits d'auteur), un tribunal a pu se refuser à ordonner le retrait de la vente à l'étranger de traductions d'un ouvrage littéraire établies de manière illicite, d'une part parce que cela aurait été très malcommode mais aussi pour ne pas priver le public étranger de l'accès à l'œuvre¹⁶⁴. De même, il doit prendre en compte l'intérêt général : par exemple, autoriser le maintien de l'exploitation d'une installation d'intérêt général établie en violation d'un secret d'affaires.

Toutefois, sans doute pour la raison invoquée plus haut du caractère irréversible de la divulgation fautive, les cas jurisprudentiels d'injonctions en matière de protection des secrets d'affaires demeurent très rares, et portent surtout sur des situations où le fautif exploite lui-même l'information détournée¹⁶⁵. Une législation européenne faciliterait sûrement la mise en œuvre de cette faculté donnée aux tribunaux.

¹⁶⁴C.A. Paris, 10 juin 1986, D 1987, somm. p. 153.

¹⁶⁵ Voir les cas cités par A. LATREILLE, loc. cit., 8 août 2006, n°157, p. 9.

Ajoutons qu'en matière contractuelle, le juge peut admettre la suspension par l'une parties de l'exécution de ses obligations en raison de l'inexécution des siennes par l'autre partie (c'est « l'exception d'inexécution »), voire sa rupture unilatérale avant terme si l'obligation de secret est considérée comme un élément substantiel de celui-ci¹⁶⁶, ou encore sans doute prononcer la résiliation judiciaire en application de l'art. 1184 du code civil.

Inversement, ce pouvoir souverain peut permettre au tribunal d'imposer à la victime des mesures destinées à supprimer ou réduire le dommage. Cette obligation est fréquemment prévue dans les contrats eux-mêmes, notamment dans la pratique internationale (*duty of mitigation*) et aussi fréquemment utilisée en matière de troubles de voisinage, mais rien ne devrait empêcher sa transposition en droit (extra-contractuel) des secrets d'affaires.

c. L'utilisation de la procédure du référé

Le droit français dispose d'un procédé particulièrement adapté pour imposer la cessation du trouble causé par la violation du secret d'affaires : la procédure de référé. Très ancienne en matière civile (on la fait remonter au XVIIe siècle), elle est à la disposition du juge commercial depuis 1924 et se trouve actuellement régie par les articles 872 à 876 du Code de procédure civile, réplique commerciale des articles 808 et 809 en matière civile. Le président du Tribunal de commerce peut rendre des « ordonnances de référé » (après un débat contradictoire) ou des « ordonnances sur requête » (sans débat contradictoire).

Rappelons qu'il s'agit d'une décision de justice rapide mais provisoire, qui peut être susceptible d'appel, et qui ne préjuge pas de la décision de fond ultérieure. Elle est assortie de trois conditions qui se déduisent du texte même de l'article 872 du Code de procédure civile : « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ». Ces conditions paraissent compatibles avec les nécessités d'une action intentée pour faire cesser le trouble résultant d'une violation du secret des affaires :

¹⁶⁶ Ainsi la Cour d'appel de Rennes a-t-elle reconnu qu'en raison de la violation de la clause de confidentialité, un franchiseur a pu rompre de façon unilatérale et immédiate un contrat de franchise (C.A. Rennes, 19 oct. 2010, n° 09-5428, Valoris Développement, obs. M.MALAUURIE-VIGNAL.

- l'urgence : on a pu écrire que celle-ci « résulte de la nature même du contentieux de droit des affaires »¹⁶⁷ en général ;
- l'existence d'un différend (sans lequel évidemment il serait inutile de recourir au tribunal) ;
- l'absence de contestation sérieuse : le juge du référé ne peut intervenir s'il est contraint de trancher une question de fond pour octroyer la mesure sollicitée ; c'est naturellement au demandeur d'établir l'existence du droit qu'il invoque, mais c'est au défendeur de prouver que ce droit est « sérieusement » contestable¹⁶⁸.

Les dispositions de l'article 873 du même code facilitent l'utilisation du référé pour obtenir une injonction nécessaire à la cessation du trouble : « le président peut, dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut [...] ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ». Là encore, le juge est souverain pour apprécier la double condition du « dommage imminent » (c'est-à-dire qui se produira sûrement si le trouble continue) et du « trouble manifestement illicite ».

Ajoutons que les obligations de faire (ou de ne pas faire) imposées par le juge peuvent être assorties de l'astreinte, c'est-à-dire « la condamnation à une somme d'argent, à raison de tant par jour (ou semaine, ou mois) de retard, prononcée par le juge du fond, le juge des référés ou, postérieurement, par le juge de l'exécution, contre un débiteur récalcitrant, en vue de l'amener à exécuter en nature son obligation »¹⁶⁹. Celle-ci est actuellement régie par la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : c'est un moyen puissant, laissé au pouvoir souverain du juge, d'assurer la cessation du trouble illicite.

¹⁶⁷ J.J. BOURDILLAT, *Le référé dans le contentieux de droit des affaires*, thèse Montpellier I, 1996.

¹⁶⁸ Voir par exemple Cass. Civ. 4 nov. 1987, Bull. civ. I n°282.

¹⁶⁹ Lexique de termes juridiques, Dalloz, 8^e édition, p. 49.

Conclusion

Cette brève analyse des dispositions du droit civil et de la procédure civile français montre que, si la Commission choisit de proposer un instrument législatif pour inciter les Etats-membres à adopter une législation minimum tendant à protéger le secret des affaires, le droit positif français peut en constituer une source d'inspiration. En tout état de cause, les principes de la responsabilité civile et de la procédure civile, que l'on retrouve largement dans les autres pays de droit continental, ne constituent pas un obstacle à une telle démarche.

L'harmonisation qui en résulterait serait grandement facilitée par l'adoption d'une définition de la notion de secret des affaires, soit reprenant celle de la Convention ADPIC soit inspirée par elle.

L'institution d'une responsabilité civile en cas de violation des secrets d'affaires est tout à fait cohérente avec les principes de la responsabilité contractuelle (et d'autant plus facile à mettre en œuvre que le bénéficiaire de la protection a précisé les mesures qui doivent être prises, et donc imposé à son cocontractant une responsabilité de moyens). Elle est aussi compatible avec les principes de la responsabilité quasi-délictuelle, qu'il s'agisse des principes fondamentaux des articles 1382 et 1383 du Code civil ou des applications jurisprudentielles de ceux-ci par le jeu des notions de concurrence déloyale et de parasitisme. Une législation sur ce point pourrait à la fois préciser le régime applicable aux accords de confidentialité et prévoir les conditions auxquelles une divulgation d'information serait constitutive d'une faute civile. Un tel texte pourrait, en particulier, s'inspirer de la jurisprudence relative au parasitisme pour encadrer l'échange des informations dans le cadre des négociations.

La responsabilité civile de droit commun peut être complétée par les dispositions propres au droit du travail de chaque Etat membre pour prévenir les violations du secret des affaires par les salariés ou les anciens salariés, puisqu'en pratique ceux-ci sont la source d'une part importante de ces violations. On peut douter ici qu'une réglementation uniforme relativement aux contrats de travail puisse être adoptée compte-tenu des fortes disparités des

législations étatiques en la matière. En France, en particulier, le droit du travail fait l'objet d'une réglementation d'ordre public.

Le droit français dispose par ailleurs, avec l'article 145 du code de procédure civile, d'outils permettant l'établissement de la preuve des violations tout en respectant les droits de la défense. La question reste posée de savoir si une législation uniforme en matière de procédure civile devrait être adoptée de manière à organiser une protection des secrets devant les juridictions de droit commun. La procédure actuellement applicable devant l'Autorité de la concurrence, qui se rapproche de la procédure menée devant les juridictions européennes, pourrait probablement être adaptée de manière à ce que les justiciables puisse bénéficier d'une certaine confidentialité dans les procédures de droit commun.

En ce qui concerne la réparation du dommage, il est possible de rapporter la preuve du préjudice et d'évaluer celui-ci tout en évitant les abus. Il est aussi possible d'ordonner la cessation du trouble, tant en matière contractuelle que quasi-délictuelle, et de renforcer l'injonction par le procédé de l'astreinte. Enfin, ces mesures de réparation et de cessation du trouble peuvent intervenir avec le degré de rapidité exigé par le monde des affaires, tout en respectant les droits de la défense et ceux des tiers, grâce au procédé du référé.

Une initiative européenne, de nature législative ou non législative, pour renforcer la lutte contre les détournements de secrets commerciaux en Europe est, en tout état de cause, hautement envisageable et probablement nécessaire.