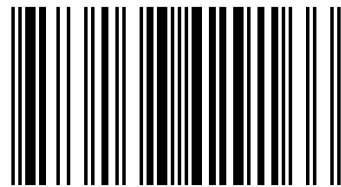


L'obligation ou le devoir de confidentialité peut être défini comme l'obligation qui est faite à une personne, en vertu soit de la loi, soit d'un contrat, de s'abstenir de divulguer et de communiquer certaines informations sensibles (techniques, commerciales, financières, voire l'existence de négociations ou d'une relation contractuelle), précisément définies et identifiées comme telles, au public ou à des tiers, sous peine d'encourir diverses sanctions (civiles et pénales essentiellement). L'obligation de confidentialité peut donc s'analyser en une obligation de ne pas faire ou d'abstention (ne pas divulguer, ne pas révéler ou communiquer une information sensible), de résultat, le plus souvent insusceptible d'exécution forcée et dont l'inexécution se résout donc principalement en dommages et intérêts. Cette étude a pour objet de présenter les sources et le régime de l'obligation de confidentialité (§1), ses principaux débiteurs au sein de l'entreprise en droit des affaires (§2), les sanctions attachées à sa violation (§3) ainsi que le nouveau régime et les apports de la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 sur la protection du secret des affaires (§4).



Diplômé du master DJCE et doctorant en droit à l'Université de Cergy Pontoise, par ailleurs certifié en droit des sociétés et Avocat au Barreau de Paris, François Sauvageot exerce actuellement en tant que collaborateur au sein du cabinet parisien Villey Girard Grolleaud où il pratique au quotidien le droit des affaires et le droit des sociétés.



978-613-8-42916-6



François Sauvageot

L'entreprise et l'obligation de confidentialité

François Sauvageot

L'entreprise et l'obligation de confidentialité

François Sauvageot

**L'entreprise et l'obligation de
confidentialité**

Éditions universitaires européennes

Imprint

Any brand names and product names mentioned in this book are subject to trademark, brand or patent protection and are trademarks or registered trademarks of their respective holders. The use of brand names, product names, common names, trade names, product descriptions etc. even without a particular marking in this work is in no way to be construed to mean that such names may be regarded as unrestricted in respect of trademark and brand protection legislation and could thus be used by anyone.

Cover image: www.ingimage.com

Publisher:

Éditions universitaires européennes

is a trademark of

International Book Market Service Ltd., member of OmniScriptum Publishing Group

17 Meldrum Street, Beau Bassin 71504, Mauritius

Printed at: see last page

ISBN: 978-613-8-42916-6

Copyright © François Sauvageot

Copyright © 2018 International Book Market Service Ltd., member of
OmniScriptum Publishing Group

All rights reserved. Beau Bassin 2018

L'entreprise et l'obligation de confidentialité

Etude

Sommaire

Introduction	6
§1 Les sources et le régime de l'obligation de confidentialité	11
§2 Le régime et les principaux débiteurs de l'obligation de confidentialité.....	13
I. Le devoir de confidentialité du salarié	13
A) Le régime de l'obligation et du devoir de confidentialité du salarié : le contenu et les contours de l'obligation de confidentialité.....	13
1) L'existence et l'application de plein droit d'un devoir de loyauté et de confidentialité ...	13
2) La matérialisation de l'obligation de confidentialité par la stipulation d'une clause de confidentialité.....	14
a) L'intérêt limité de la stipulation d'une clause de confidentialité	14
b) L'étendue et la portée de l'obligation de la clause de confidentialité : enjeux et intérêt d'une clause comportant une obligation post-contractuelle de confidentialité.....	16
B) Les sanctions encourues par le salarié en cas de violation d'une clause de confidentialité ..	17
1) Les sanctions civiles.....	17
a) La responsabilité civile contractuelle pour inexécution de la clause et de son obligation de confidentialité.....	17
b) La responsabilité délictuelle du salarié pour acte de concurrence déloyale	19
2) Les sanctions pénales	19
a) Le droit pénal spécial.....	19
b) Le droit pénal général : le vol et l'abus de confiance	20
II. Le devoir de confidentialité du dirigeant	21
III. Le devoir de confidentialité de l'associé	22
IV. La société débitrice d'une clause de confidentialité.....	23
V. L'utilisation d'informations confidentielles par un tiers et la sanction du tiers complice de l'auteur de la violation et de la divulgation de l'information	23
A) Les sanctions civiles : la responsabilité civile délictuelle du tiers selon plusieurs fondements possibles	23
1) La responsabilité civile délictuelle du tiers complice de la violation de l'engagement ou de la clause de confidentialité par le débiteur	23
2) La responsabilité civile délictuelle du tiers sur le fondement de la violation du devoir général de bonne foi, de loyauté et de confidentialité	24
3) La responsabilité civile délictuelle du tiers sur le fondement de la concurrence déloyale ..	24
B) Les sanctions pénales envisageables : le recel et la complicité	24
1) Le recel d'informations confidentielles	24
2) La complicité.....	25
§3 Les sanctions de la violation de l'obligation de confidentialité	27
I. Les sanctions possibles de la divulgation d'informations confidentielles	27

A) Les sanctions civiles : l’octroi de dommages et intérêts	27
1) En présence d’une clause de confidentialité ou d’une obligation implicite rattachée au contrat : la violation d’une obligation contractuelle de ne pas faire et de résultat	27
2) En l’absence d’une clause de confidentialité.....	27
a) La violation d’une norme générale de bonne foi, de loyauté et de confidentialité constitutive d’une faute civile délictuelle.....	27
b) Un acte de concurrence déloyale.....	28
B) Les sanctions pénales	28
1) Le vol d’informations (le « contenu ») et/ou du support matériel (le « contenant »).....	28
2) L’abus de confiance.....	30
II. La procédure à suivre : le référé commercial de l’article 873 du Code de procédure civile	31
A) Les conditions du référé commercial	31
B) Les pouvoirs du juge des référés en matière de référé commercial (articles 872 et 873 du Code de procédure civile).....	32
§4 La création et l’unification d’un régime de l’obligation de confidentialité en droit des affaires : la loi relative à la protection du secret des affaires.....	34
• Définition de l’information protégée.....	35
• La détention légitime de l’information et l’obtention licite d’un secret des affaires.....	35
• Les cas d’obtention, d’utilisation et de divulgation illicite du secret des affaires.....	36
• Les exceptions à la protection du secret des affaires.....	36
• Les sanctions de l’atteinte au secret des affaires	37
• Les mesures possibles pour prévenir et faire cesser une atteinte au secret des affaires	37
• La réparation d’une atteinte au secret des affaires.....	38
• Les mesures de publicité de la décision et de la sanction.....	39
• Les sanctions en cas de procédure dilatoire ou abusive	39
• Les mesures de protection du secret des affaires devant les juridictions civiles ou commerciales en cours d’instance.....	39
Conclusion.....	41

L'entreprise et l'obligation de confidentialité

Introduction

L'obligation de confidentialité a pour objet d'imposer au partenaire le silence autour des informations qui lui sont communiquées, telles des informations techniques, commerciales, financières, voire le silence sur l'existence de négociations ou d'une relation contractuelle. Elle met principalement à la charge de son débiteur une obligation de ne pas faire.¹

Les informations sur la vie de l'entreprise constituent indiscutablement un bien précieux. Certaines d'entre elles présentent une valeur économique ; d'autres participent à l'image de marque de l'entreprise. Leur divulgation non maîtrisée peut s'avérer fort préjudiciable pour l'entreprise soucieuse de conserver sa compétitivité, de mener à bien certains projets ou de préserver sa réputation à une époque où les considérations éthiques et de responsabilité sociale tendent à représenter un atout commercial ou, à tout le moins, un argument de vente.²

Aujourd'hui, l'information est en effet devenue un véritable actif pour les entreprises et fait l'objet d'importants investissements de recherche et développement ce qui en fait une préoccupation constante pour l'entreprise quel que soit son secteur d'activité ou sa taille. À ce titre, le détournement de l'information est un risque majeur contre lequel chaque entreprise doit lutter puisque la victime du détournement pourra être atteinte dans sa compétitivité et perdre des parts de marché.

Le détournement peut être défini comme « l'utilisation hors de sa destination d'un bien »³, c'est-à-dire l'utilisation d'un bien à des fins autres que celles initialement prévues. Les informations d'une entreprise ont toujours un objectif spécifique et sont au service de l'organisation pour laquelle elles sont produites. Ainsi, détourner une information signifie que l'information est utilisée pour servir un autre but et traduit un conflit d'intérêts entre l'entreprise et le bénéficiaire du détournement. Face à ce constat, les sociétés doivent connaître et comprendre le cadre juridique régissant ces détournements.

De même, quand l'information est partagée (par exemple et notamment avec un ou plusieurs salariés pris individuellement ou avec les représentants du personnel), se pose la question de sa protection contre une divulgation susceptible de porter atteinte aux intérêts légitimes de l'entreprise. Il convient alors de concilier protection de l'information et liberté d'entreprendre.

De ce fait, l'obligation (ou le devoir, selon le cas) de confidentialité, est aujourd'hui devenue une notion centrale en droit des affaires et on la retrouve dans presque toutes les branches du droit des affaires. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut notamment citer le droit commercial, le droit civil, le droit pénal, le droit social, le droit des sociétés, le droit de la concurrence et bien sûr le droit de la propriété intellectuelle et industrielle. Le droit des affaires constitue en effet son champ d'application privilégié et c'est sans doute dans ce domaine que l'obligation de confidentialité est la plus présente et trouve le plus souvent à s'appliquer.

Pourtant, cette notion qui semblait à la fois partagée et relativement homogène sinon uniforme dans son acception, sa définition et son contenu malgré l'extrême diversité des matières qu'elle recouvre,

¹ Lamy Droit du contrat, §339-9, Octobre 2013

² « La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants », Etude par Marion Del Sol, La Semaine juridique social n°52, 23 Décembre 2008, 1666

³ G. Cornu, voir « Détournement », Vocabulaire juridique : PUF, 8^{ème} édition

apparaissait en même temps polymorphe et protéiforme, éclatée entre celles-ci et parfois au sein même de celles-ci.

Ceci s'explique aisément. En effet, si l'idée, la notion ou le concept était relativement homogène et uniforme, son régime juridique, lui, ne l'était pas et la protection des informations de l'entreprise n'était pas organisée par un régime juridique unifié.

De fait, s'il existe de multiples, textes, règles et sanctions qui se recoupent en tout ou partie, et qui tantôt envisagent, évoquent, définissent ou sanctionnent la violation du devoir de confidentialité (ou de cette obligation de confidentialité, notamment lorsque celle-ci est stipulée et fait l'objet d'une clause de confidentialité), il n'existait cependant en droit français aucun instrument légal dédié spécifiquement à la protection des informations de l'entreprise.

C'est la raison pour laquelle le devoir ou l'obligation de confidentialité, s'ils pouvaient faire l'objet d'une même définition, ne pouvaient en revanche être réduits à celle-ci car ils étaient et sont toujours en partie régis et appréhendés différemment par les différentes branches du droit et parfois au sein même de celle-ci. Ceux-ci font en effet l'objet d'un régime multiple, éclaté, dispersé entre les différentes branches du droit mais aussi entre les différents textes de celles-ci.

Aussi, en l'absence de dispositions spécifiques au niveau européen et/ou interne, les entreprises devaient-elles se référer au droit commun et se reposer sur certains mécanismes de droit civil et de droit pénal.

La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires tend à créer au sein du Code de commerce un régime, non pas unique, mais unifié de l'obligation de confidentialité en droit des affaires.

Avant de l'évoquer plus en détail, il convient préalablement de commencer par tenter de définir et de cerner plus précisément cette notion d'obligation de confidentialité afin de pouvoir centrer l'analyse sur le régime, éclaté et multiple, de celle-ci.

L'obligation, comme le devoir de confidentialité, peuvent être définis comme l'obligation qui est faite à une personne, en vertu soit de la loi, soit d'un contrat, de s'abstenir de divulguer et de communiquer certaines informations précisément définies, identifiées comme confidentielles et considérées comme telles, et le plus souvent sensibles, au public ou à des tiers, sous peine d'encourir diverses sanctions (civiles et pénales essentiellement).

L'obligation de confidentialité peut donc s'analyser en une obligation de ne pas faire ou d'abstention (ne pas divulguer, ne pas révéler ou communiquer une information précise définie comme confidentielle), de résultat, le plus souvent insusceptible d'exécution forcée et dont l'inexécution se résout donc principalement et quasi-exclusivement par l'octroi de dommages et intérêts.

L'obligation de confidentialité peut trouver sa source dans le contrat et/ou la loi, auquel cas on parlera plus volontiers de devoir de confidentialité pour mieux le distinguer d'une obligation contractuelle. Sa nature peut donc être tantôt légale, tantôt contractuelle, et tantôt les deux à la fois.

Bien souvent, la source de l'obligation de confidentialité est légale et contractuelle à la fois. D'une part, la clause de confidentialité peut se contenter de reproduire ou au contraire s'attacher à préciser ou développer une obligation légale préexistante. D'autre part, certaines obligations de confidentialité peuvent se rattacher tout autant au contrat qu'à un devoir général de bonne foi ou encore une obligation directement prévue par la loi ou identifiée par la jurisprudence pour certains contrats (contrat de travail et contrat de sociétés notamment).

Selon une première analyse, il n'y aurait donc pas véritablement de différence entre l'obligation et le devoir de confidentialité qui désigneraient finalement une même obligation, quelles que soient par

ailleurs sa source et sa nature (légale ou contractuelle). Un même devoir pourrait être également et tout à la fois une obligation et réciproquement, une obligation serait ou pourrait être aussi et en même temps un devoir.

D'abord parce que les deux sources peuvent éventuellement se cumuler. Ensuite, parce que cela dépend de la qualification que l'on en retient, selon l'analyse juridique qui en est faite et selon le point de vue de l'observateur. En effet, soit l'on met l'accent sur les aspects contractuels et notamment la source (souvent conventionnelle) d'une telle obligation, auquel cas on parlera le plus souvent d'« obligation » ; soit l'on insiste au contraire sur les aspects « institutionnels » qui découlent d'un statut légal préfini et qui se rattachent à la qualité d'une personne, le plus souvent professionnelle (salarié, associé, dirigeant...), mais également sur la source de celle-ci (le plus souvent légale ou du moins et en tous les cas toujours préexistante à l'obligation et donc à tout le moins précontractuelle), auquel cas on parlera plus volontiers de « devoir » (que d'obligation), les deux pouvant encore une fois se cumuler.

Dans les deux cas, le contenu de l'obligation ou du devoir est le même et la source est toujours également à peu près identique : elle est soit légale, soit contractuelle. Par ailleurs, ces deux sources (légale et contractuelle) peuvent, encore une fois, se cumuler et ne sont pas donc pas contradictoires ni incompatibles, le contrat et les obligations contractuelles pouvant également découler, directement ou indirectement, de la loi et notamment de l'article 1101 du Code civil ou même s'ajouter à celle-ci. Seule la nature de l'obligation et donc le fondement et la source de la responsabilité peuvent varier. Elle sera tantôt contractuelle, tantôt délictuelle, selon qu'il s'agira d'une véritable obligation (au sens de lien droit, « *vinculum juris* ») ou d'un devoir qui existait *ab initio* en l'absence et indépendamment de tout contrat.

Mais, selon une seconde analyse, le contenu même de ces deux notions ne serait pas tout à fait identique, chacune de ces notions ayant sa définition propre et chacune ayant ses spécificités, de sorte que ces deux notions ne se recoupent et ne se recouvrent pas totalement. Ainsi, l'obligation de confidentialité, que celle-ci résulte uniquement du contrat ou directement (voire également) de son régime et d'un texte légal régissant ledit contrat peut être considérée comme plus spéciale que celle résultant d'un devoir général de bonne foi ou d'une norme générale de comportement, l'existence d'une obligation plus spéciale devant alors l'emporter sur celui d'un devoir ou d'un texte de portée plus générale.

Toutefois et plus vraisemblablement, il semble possible que ces différents régimes et ces différents fondements puissent être invoqués et même parfois se cumuler à l'occasion d'une même instance, dès lors du moins que la nature de la responsabilité est identique et sous réserve du principe de non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle (qui n'interdit toutefois pas d'invoquer plusieurs moyens ou fondements possibles, l'un à titre principal et l'autre à titre subsidiaire par exemple).

Ainsi, la loi sur la protection du secret des affaires, texte large de portée générale en droit des affaires, ne devrait pas faire obstacle à l'application d'obligations contractuelles spécifiques ni à celle d'autres régimes ou de textes plus spéciaux qui continuent d'exister. Inversement, ces régimes particuliers ne devraient pas non plus empêcher la victime d'une divulgation illicite de pouvoir invoquer les dispositions plus générales de cette loi ayant une portée plus large.

Nous envisagerons et présenterons successivement les sources et le régime de l'obligation de confidentialité (§1), ses principaux débiteurs en droit des affaires (§2), les sanctions attachées à sa violation (§3) ainsi que le nouveau régime et les apports de la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 sur la protection du secret des affaires (§4).

1^{ère} partie

Les sources et le régime de l'obligation de confidentialité

§1 Les sources et le régime de l'obligation de confidentialité

Souvent dans les affaires, les négociations impliquent, pour qu'elles soient sérieuses, que des informations confidentielles et des connaissances, voire des éléments d'un savoir-faire, soient échangés entre les parties. Certaines de ces données, qui doivent parfois être obligatoirement transmises en vertu de l'obligation d'information pesant sur le sachant⁴, peuvent procurer un avantage concurrentiel à son bénéficiaire. En l'absence même d'une clause ad hoc de confidentialité pouvant être prévue par les négociateurs, fréquente lorsque les révélations sont importantes⁵, la jurisprudence estimait déjà que la bonne foi imposait de ne pas les divulguer et de ne pas les utiliser, que le contrat soit conclu ou non.⁶ Ainsi, la conduite des pourparlers impose une obligation « de réserve et de discrétion »⁷, visant à sécuriser la divulgation d'informations rendue nécessaire en raison de la perspective d'un contrat.⁸

L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a consacré cette jurisprudence dans un nouvel article L. 1112-2 du Code civil. Le texte prévoit que « *Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun.* »

L'ordonnance va plus loin encore en prévoyant que l'obligation de confidentialité survit à la résolution (et donc sans doute aussi à la nullité) du contrat (C. Civ, art. 1230). Les nouvelles dispositions de cet article 1230 du Code civil prévoient que « *La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence.* »

Plus largement, ce devoir général et précontractuel de bonne foi a été consacré par les nouvelles dispositions de l'article 1104 du Code civil, tel que modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Ce texte dispose que :

« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public. »

Il résulte de ce qui précède que l'obligation ou le devoir de confidentialité peut procéder tout à la fois de la loi et du contrat et plus généralement se rattache au devoir général de bonne foi qui régit désormais tout à la fois les relations contractuelles, précontractuelles et post-contractuelles mais aussi et plus largement toutes les situations non contractuelles dans lesquelles la bonne foi est érigée en norme générale de comportement, en l'absence et indépendamment de tout contrat.

⁴ C. Civ, art. 1112-1 (modifié par ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016) : « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.* »

⁵ V. A. LATREILLE, Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat, LPA 7 et 8 août 2006, n°156 et 157

⁶ V. Com. 3 juin 1986, n°84-16.971, Bull. civ. IV, n°110 ; CA Paris, 5 mai 1991, Expertises 1994. 234 ; addé : Principes d'UNIDROIT, art. 2.1.16 : « *Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon induue 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* » ; Principes du droit européen du contrat, art. 2 : 302 ; ministère de la Justice, Projet de réforme du droit des contrats, juill. 2008, art. 21 : « *Indépendamment de toute rupture, celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité délictuelle.* »

⁷ CA Paris, 1^{er} février 1989, Juris-Data, n°1989-02-0420

⁸ comp. toutefois, D. PORACCHIA, La protection juridique des secrets de l'entreprise, Dr. et patr. 2000, n°85, p. 20, pour lequel « *on peut considérer que la révélation exclut le caractère secret de l'information* ».

2^{ème} partie

Le régime et les principaux débiteurs de l'obligation de confidentialité

§2 Le régime et les principaux débiteurs de l'obligation de confidentialité

Il convient à présent d'envisager les principaux débiteurs de cette obligation de confidentialité que sont le salarié (I), le dirigeant d'une société (II), l'associé de celle-ci (III) la société en sa qualité de partie ou toute autre partie contractante à un contrat stipulant une telle obligation (IV) et le tiers qui s'est rendu complice de la violation d'une telle obligation (V).

I. Le devoir de confidentialité du salarié

Il convient de commencer par évoquer le régime de l'obligation de confidentialité (A) afin d'envisager les sanctions encourues par le salarié en cas de violation de son obligation de confidentialité (B).

A) Le régime de l'obligation et du devoir de confidentialité du salarié : le contenu et les contours de l'obligation de confidentialité

L'obligation de loyauté s'applique dès le recrutement, jusqu'à la fin de la relation contractuelle de travail, y compris pendant les périodes de suspension du contrat. En revanche, on peut poser que l'obligation de confidentialité prend naissance dès lors que le salarié possède des connaissances sur la vie ou le fonctionnement de l'entreprise, ce qui laisse supposer, selon les cas, un minimum d'ancienneté. L'obligation de confidentialité, visant à protéger l'entreprise contre la divulgation d'informations susceptible de lui porter préjudice, s'applique donc de plein droit (1). Cependant, elle peut faire l'objet d'une matérialisation par une clause expresse du contrat de travail (2).

1) L'existence et l'application de plein droit d'un devoir de loyauté et de confidentialité

En application de l'article 1134 du Code civil, le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi par le salarié. Le salarié doit s'abstenir de tout acte contraire à l'intérêt de l'entreprise. Il doit également se garder de commettre un acte moralement et/ou pénalement répréhensible à l'égard de l'entreprise ou de ses collègues, tel que tromperie, manœuvre indécate ou frauduleuse, vol ou malversation.

Aux termes des dispositions de l'article L. 1221-1 du Code du travail, « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun ». L'engagement relève donc des dispositions de l'article 1134 du Code civil selon lequel les conventions légalement formées doivent être exécutées de bonne foi, ce que reprend l'article L. 1222-1 du Code du travail. L'exécution de bonne foi découle de l'existence du lien de confiance réciproque devant nécessairement unir l'employeur et ses salariés. Il constitue le fondement de l'obligation de loyauté incombant aux parties. Cette obligation présente de multiples facettes. On parle d'obligation de non-concurrence, de secret, de discrétion, de confidentialité ou encore de non-divulgateion.⁹

Le salarié a donc une obligation générale de discrétion qui lui interdit de divulguer à des tiers des informations dont il a connaissance du fait de ses fonctions et dont la révélation à autrui est susceptible de nuire à l'entreprise. Toutefois certains contrats de travail peuvent prévoir des clauses de confidentialité ou de secret professionnel qui ne se confondent pas avec les clauses de non-concurrence.

Ainsi, le salarié est tenu de ne pas divulguer les informations confidentielles dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions, ni à l'extérieur ni à l'intérieur de l'entreprise, cette obligation s'appliquant avec une particulière acuité aux cadres dirigeants.

L'obligation de loyauté incombe tant au salarié qu'à l'employeur. Par suite, ce dernier est tenu de s'abstenir de dévoiler des informations relatives à la vie privée des membres de son personnel. Du côté

⁹ « La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants », Etude par Marion Del Sol, La Semaine juridique social n°52, 23 Décembre 2008, 1666

du salarié, l'obligation de confidentialité se rapproche de l'obligation générale et implicite de non-concurrence. Toutes les deux sont inhérentes à la qualité de cocontractant loyal. Pour autant, elles ne doivent pas nécessairement faire l'objet d'une assimilation. En effet, l'obligation de non-concurrence interdit à tout salarié d'exercer une activité concurrente de celle de son employeur, que ce soit pour son compte ou pour celui d'un tiers, durant l'exécution de son contrat de travail. L'obligation de confidentialité lui impose de ne pas divulguer certaines informations auxquelles ses fonctions ou ses responsabilités lui donnent accès sous peine de commettre une faute grave.¹⁰ Elle vise particulièrement les techniques, les savoir-faire, les secrets de fabrication.¹¹ Sous cet angle, elle est très proche de l'obligation de non-concurrence. Mais l'obligation de confidentialité concerne également l'organisation de l'entreprise, les conditions de travail, la situation financière de l'entreprise.¹² À cet égard, elle s'apparente plutôt à l'obligation de réserve qui impose au personnel d'encadrement de s'abstenir d'afficher toute désapprobation quant aux orientations stratégiques et aux décisions de la direction.¹³

La principale question qui se pose est celle de savoir si l'obligation de confidentialité est limitée aux informations expressément présentées par l'employeur comme étant confidentielles ou si elle vise tous les éléments économiques, sociaux ou humains se rapportant au fonctionnement de l'entreprise. Un projet de restructuration entraînant des licenciements semble constituer un document confidentiel ne pouvant être communiqué en raison de l'importance qu'il revêt et des incidences qu'il peut avoir sur la vie de l'entreprise. Une cour d'appel ayant constaté que le salarié n'avait pas été avisé du caractère confidentiel de l'information litigieuse « a pu en déduire l'absence de gravité de la faute ». Ainsi, l'absence de précision de la part de l'employeur quant au contenu de l'obligation de confidentialité est susceptible de conduire à une déqualification de la faute grave en une faute simple, mais ne supprime pas le caractère fautif de l'indiscrétion commise par le salarié. Bien que les décisions soient rares sur le sujet, il peut être soutenu que la jurisprudence paraît s'inscrire dans une voie d'admission d'informations secrètes par nature, comme en témoigne un arrêt de la chambre criminelle.¹⁴ Il en ressort que « l'article L. 152-7 (nouvel article L. 1227-1 en vertu duquel le fait 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 €) s'applique à la divulgation d'un procédé de fabrication connu d'un petit nombre d'industriels et tenu caché à leurs concurrents ». L'argument du salarié, condamné par le tribunal correctionnel, selon lequel le délit de révélation d'un secret de fabrication « présuppose l'existence d'une information » et rend nécessaire « un acte manifestant une volonté particulière de tenir caché le procédé de fabrication » n'a pas prospéré.¹⁵

2) La matérialisation de l'obligation de confidentialité par la stipulation d'une clause de confidentialité

S'il est possible de prévoir et d'insérer une clause de confidentialité dans le contrat de travail du salarié, une telle clause ne présente souvent qu'un intérêt limité dès lors qu'existe un devoir de général de loyauté (a). Il peut en revanche être plus opportun de prévoir une clause comportant une obligation post-contractuelle de confidentialité (b).

a) L'intérêt limité de la stipulation d'une clause de confidentialité

Dans le silence du contrat, l'obligation de secret peut être reconnue comme résultant implicitement de l'objet du contrat. Il en est ainsi, par exemple, dans les communications de savoir-faire.

¹⁰ Cass. soc., 15 mars 2000, n° 98-46.096. – J.-M. Bermond de Vaulx, Le secret des affaires à l'épreuve des mesures de prévention des difficultés des entreprises : JCP E 1995, I, 493.

¹¹ M. Malaurie-Vignal, La protection des informations privilégiées et du savoir-faire : D. 1997, chron. p. 207

¹² Cass. soc., 30 juin 1982 : Bull. civ. 1982, V, n° 425

¹³ Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-42.943 : JurisData n° 2000-001367

¹⁴ Cass. crim., 19 sept. 2006, n° 05-85.360 : JurisData n° 2006-035553

¹⁵ Cass. crim., 19 sept. 2006, précité

Dès lors, l'obligation de confidentialité étant inhérente à l'exécution de bonne foi du contrat de travail à laquelle le salarié est tenu en application de l'article 1134 du Code civil, relayé par l'article L. 1222-1 du Code du travail, on peut s'interroger sur l'intérêt de l'insertion dans le contrat d'une clause expresse de confidentialité. La clause qui interdirait à un salarié de faire profiter directement ou indirectement, sous quelque forme que ce soit, une entreprise concurrente des connaissances acquises à l'occasion de ses fonctions s'analyserait en une simple réitération de l'obligation légale visant à s'abstenir d'actes de concurrence fautifs. De la même façon, celle qui ferait interdiction à un salarié de révéler des informations relatives au fonctionnement de l'entreprise qui l'emploie ne ferait que rappeler son obligation implicite de discrétion.

Ainsi, même en l'absence d'une telle clause, le salarié est tenu à une obligation générale de discrétion lui interdisant de divulguer, à l'extérieur comme à l'intérieur de l'entreprise, les informations à caractère confidentiel dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions. En cas de non-respect de cette obligation, il s'expose à des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave ou lourde et il peut en outre engager sa responsabilité civile envers l'employeur.

C'est surtout en matière de protection des innovations que la clause de confidentialité est susceptible d'offrir un avantage non négligeable aux fins de préserver des avancées technologiques de l'entreprise ou des savoir-faire. « Par la stipulation de clauses de confidentialité, l'employeur exerce ainsi un contrôle sur la diffusion des informations sensibles de l'entreprise ». ¹⁶ Il peut, en effet, trouver un intérêt à insérer une telle clause dans les contrats des cadres dont les fonctions impliquent la connaissance d'informations stratégiques d'un point de vue commercial, social ou technique. Afin d'éviter le « doublon » avec l'obligation générale de secret ou de non-révélation, il peut apparaître opportun que l'employeur indique expressément, dans la clause, quelles sont les informations qu'il entend particulièrement protéger contre les indiscretions. Toutefois, « de telles clauses peuvent avoir pour effet paradoxal de faire croire au salarié que les informations qui ne figurent pas sur la liste ne sont pas confidentielles ». ¹⁷ L'objet de l'obligation devant être déterminé de façon précise, « il est permis de douter de la validité d'une clause de confidentialité qui s'étendrait à l'ensemble des informations recueillies, sur l'entreprise, par un salarié, à l'occasion de son activité professionnelle, et qui ne viserait pas spécifiquement des informations de nature confidentielle ». ¹⁸ Par ailleurs, une telle clause, en ce qu'elle porte atteinte à la liberté fondamentale d'expression, ne serait licite qu'à la double condition d'être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché, conformément aux dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail. L'introduction d'une clause de confidentialité ôterait toute incertitude, en cas de litige, quant au caractère confidentiel de l'information ou du type d'information expressément visé.

Outre la matérialisation de l'obligation de confidentialité par une clause contractuelle, l'employeur pourrait opter pour un rappel dans le règlement intérieur, au titre des règles disciplinaires, du devoir de non-divulgaration incombant aux salariés. Enfin, une charte de confidentialité peut être utilement mise en place, notamment dans les entreprises innovantes. Elle joue un rôle d'annonce en faisant connaître aux salariés de l'entreprise les enjeux liés à la confidentialité des informations de l'entreprise tant sur le plan juridique, en particulier en matière de propriété intellectuelle, que sur le plan économique.

L'insertion d'une clause de confidentialité dans le contrat de travail ne présente donc qu'un intérêt limité compte tenu de l'existence du devoir d'exécution de bonne foi des contrats. En revanche, elle peut fournir un avantage beaucoup plus évident si elle est d'application post-contractuelle. Plusieurs arguments militent en ce sens.

¹⁶ O. Leclerc, Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail : Dr. soc. 2005, p. 173.

¹⁷ D. Poracchia, Secret et confidentialité dans les rapports de travail : Semaine sociale Lamy 2008, n° 1352

¹⁸ O. Leclerc, article précité, spécialement p. 176

b) L'étendue et la portée de l'obligation de la clause de confidentialité : enjeux et intérêt d'une clause comportant une obligation post-contractuelle de confidentialité

À l'expiration du contrat de travail, le salarié retrouve en principe sa liberté de parole. Il peut librement utiliser les connaissances qu'il a acquises durant l'exercice de son activité professionnelle. L'obligation inscrite aux articles 1134 du Code civil et L. 1121-1 du Code du travail ne peut plus s'appliquer en dehors de tout contexte contractuel. Cependant, l'indépendance recouvrée par le salarié à la fin de son engagement de travail ne l'autorise pas à exercer la même activité dans des conditions déloyales.

La liberté de l'ancien salarié n'est donc pas absolue puisque limitée par l'interdiction de se livrer à des actes déloyaux à l'égard de son ancien employeur. Cependant, en dehors de tout acte fautif, l'employeur ne saurait reprocher à ses anciens salariés de ne pas avoir subitement perdu la mémoire au moment où ils ont quitté l'entreprise. Parce qu'il vaut toujours mieux prévenir que guérir, l'employeur peut alors trouver un intérêt à faire perdurer l'obligation de confidentialité au-delà du terme du contrat, sous la double réserve de ne pas porter une atteinte injustifiée et disproportionnée à la liberté individuelle.

À ce jour, la Cour de cassation n'a pas soumis les clauses de confidentialité ou de non-divulgateur à effet post-contractuel aux conditions de licéité des clauses de non-concurrence. Bien qu'elles soient proches, la validité des premières n'est pas subordonnée à l'existence d'une contrepartie pécuniaire. Seules les clauses portant atteinte à la liberté du travail ont vocation à être compensées financièrement. « Doivent donc a priori être exclues, les clauses de confidentialité qui ne portent atteinte qu'à la liberté d'expression du salarié et, d'une manière générale, toutes les clauses qui ne concernent que les modalités d'exécution du contrat de travail, comme la clause de mobilité ».¹⁹

Enfin, à défaut de clause expresse de confidentialité ou en présence d'une clause qui serait frappée de nullité en raison de l'absence de compensation financière (bien que la Cour de cassation ne semble pas s'inscrire dans cette voie pour l'instant), l'employeur n'est pas dépourvu de tout moyen de défense. En énonçant qu'« une clause de confidentialité, destinée à protéger le savoir-faire propre à l'entreprise peut valablement prévoir qu'elle s'appliquera après la fin du contrat de travail, et que l'inexécution, par le salarié, de l'obligation de confidentialité postérieurement à son départ de l'entreprise le rend responsable du préjudice qui en résulte pour celle-ci, même en l'absence de faute lourde »²⁰, la Cour de cassation a confirmé que le devoir de discrétion survivait à la cessation du contrat de travail. En l'espèce, un salarié lié par une telle clause et licencié pour faute grave par une société éditant un guide gastronomique avait fait publier, après ce licenciement, un ouvrage dans lequel il révélait les procédés d'élaboration de ce guide. Prenant argument de la règle selon laquelle la responsabilité civile du salarié ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde²¹, la cour d'appel avait estimé que l'ancien salarié ne pouvait être condamné à réparer le préjudice subi par l'employeur. Mais de la même manière qu'elle admet l'indemnisation de l'employeur en cas de violation de la clause de non-concurrence, la Cour de cassation précise que le salarié peut être condamné au versement de dommages-intérêts à son ancien employeur même en l'absence d'une telle faute.

Cet arrêt livre deux enseignements. D'abord, la licéité de la clause de confidentialité se prolonge après le contrat de travail, et l'absence de compensation pécuniaire est sans incidence. Ensuite, la responsabilité pécuniaire de l'ancien salarié peut être mise en jeu en dehors de toute faute lourde commise par lui, même si vu les faits de l'espèce, l'intention de nuire n'était pas loin...

¹⁹ Ch. Radé, Faut-il rémunérer toutes les clauses restreignant la liberté d'exercice professionnel du salarié ? : Lexbase Hebdo, éd. soc. n° 258, 3 mai 2007

²⁰ Cass. soc, 19 mars 2008, précité

²¹ Cass. soc. 5 décembre 1996 : RJS 1/97 n° 17, Bull. civ. V n° 424

Lorsque l'obligation de respecter le secret se prolonge au-delà de l'expiration du contrat, il est donc possible et préférable de préciser que cette obligation existe quelle que soit la cause d'extinction du contrat. A défaut de clause pénale, la violation du secret oblige d'elle-même le contrevenant au paiement de dommages-intérêts.

Une clause de confidentialité destinée à protéger le savoir-faire propre à l'entreprise peut donc valablement prévoir qu'elle s'appliquera après la fin du contrat de travail et l'inexécution par le salarié de l'obligation de confidentialité postérieurement à son départ de l'entreprise le rend responsable du préjudice qui en résulte pour celle-ci, et ce même en l'absence de faute lourde.²²

Cet arrêt va à l'encontre de la jurisprudence exigeant une faute lourde pour la mise en jeu de la responsabilité civile du salarié. La jurisprudence impose en effet au salarié une obligation générale de discrétion lui interdisant de divulguer à des tiers des informations dont il a connaissance du fait de ses fonctions et dont la révélation à autrui est susceptible de nuire à l'entreprise. Toutefois certains contrats de travail vont au-delà de cette obligation et contiennent des clauses de confidentialité qui peuvent valablement s'appliquer après la cessation du contrat, si elles le prévoient expressément. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation en cassant l'arrêt de la cour d'appel qui affirmait le contraire. Il s'agit là d'un exemple de clause contractuelle imposant des obligations au salarié même après la rupture du contrat comme c'est le cas pour les clauses de non-concurrence qui obligent le salarié à ne pas entrer au service d'une entreprise concurrente.

On le voit, la disparition du contrat n'entraîne pas nécessairement celle de la clause de confidentialité qui peut lui survivre dès lors que les parties l'ont prévu.

B) Les sanctions encourues par le salarié en cas de violation d'une clause de confidentialité

Le salarié qui ne respecterait pas son obligation de confidentialité s'expose à des sanctions civiles (1) et pénales (2).

1) Les sanctions civiles

La violation de son obligation de confidentialité engage sa responsabilité civile contractuelle (a) et peut également être constitutive d'un acte de concurrence déloyale (b).

a) La responsabilité civile contractuelle pour inexécution de la clause et de son obligation de confidentialité

L'obligation de secret professionnel ou de confidentialité peut faire l'objet d'une clause contractuelle, généralement souscrite lors de l'embauche du salarié et susceptible, le cas échéant, d'imposer le secret sur toutes les activités de l'entreprise.²³

Ont ainsi été considérés comme une violation de l'obligation de discrétion : la divulgation de renseignements sur les difficultés financières de l'entreprise²⁴, le fait de faire visiter les locaux de l'entreprise au membre du personnel d'une société concurrente, facilitant ainsi la connaissance par cette dernière des procédés de fabrication de l'entreprise²⁵, la divulgation à des tiers de documents appartenant à l'entreprise.²⁶

C'est ainsi qu'ayant retenu que le salarié avait, après la cessation de son contrat de travail et en violation d'une clause de confidentialité stipulée dans ce contrat, porté à la connaissance du public une thèse

²² Cass. soc. 19 mars 2008 n° 06-45.322 (n° 580 F-D), Remy c/ Sté Manufacture française des pneumatiques Michelin ; RJS 6/08 n° 631

²³ Cass. soc. 26 avril 1963

²⁴ Cass. soc. 30 juin 1982

²⁵ Cass. soc. 25 mars 1981

²⁶ Cass. soc. 21 juin 1989

contenant des informations obtenues dans l'exécution de son contrat de travail et dont la confidentialité était nécessaire à la protection des intérêts de l'entreprise, une cour d'appel, statuant en référé, a ainsi caractérisé un trouble manifestement illicite dont elle a pu ordonner la cessation en prenant les mesures nécessaires et appropriées pour y mettre fin.

De même, le salarié qui tente de transférer vers l'extérieur des fichiers contenant des informations confidentielles sur l'entreprise, en violation du règlement intérieur et de la clause de confidentialité contenue dans son contrat de travail, commet une faute constitutive d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.²⁷

Ainsi, en installant des informations confidentielles sur un ordinateur dont le client avait l'usage direct, le salarié a méconnu les engagements qu'il avait pris envers son employeur et dont l'importance ne pouvait lui échapper compte tenu de la nature de son activité. Dans ces conditions, la violation de l'engagement de confidentialité par le salarié caractérise à elle seule la cause réelle et sérieuse de licenciement prononcé.²⁸

De même encore, commet une faute grave justifiant son licenciement le salarié qui, en violation de son obligation de confidentialité, transfère de sa messagerie professionnelle vers sa messagerie personnelle un nombre important de courriers et documents contenant des informations techniques hautement confidentielles, et les conserve par-devers lui, même sans les divulguer, alors qu'il ne justifie pas en quoi ces documents peuvent être utiles à sa défense dans le cadre d'un contentieux prud'homal.²⁹

La cour d'appel de Bordeaux fournit un autre exemple de violation par le salarié de son obligation de confidentialité résultant du contrat de travail et du règlement intérieur. Dans cette affaire, l'intéressé avait transféré vers sa messagerie électronique personnelle un nombre important de mails et de documents hautement confidentiels contenant des informations sensibles pour l'entreprise. Bien qu'il ne soit pas établi qu'il ait divulgué ces informations, il était susceptible de le faire. Par ailleurs, il n'était pas exclu que d'autres personnes puissent accéder à sa messagerie électronique personnelle, laquelle ne présente sans doute pas les garanties de sécurité que requièrent le caractère hautement confidentiel des informations transférées.

Si le salarié prétendait que ces documents étaient nécessaires à l'exercice de sa défense dans le cadre d'un contentieux prud'homal, les juges relèvent qu'il ne justifie pas en quoi les informations techniques détournées pouvaient être utiles à cette fin.

Dans la mesure où les documents que le salarié a appréhendés par le biais de la messagerie électronique n'étaient pas strictement nécessaires à l'exercice de sa défense dans un litige prud'homal, l'intéressé pourrait également être reconnu coupable de vol, en application de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation.³⁰

Les pouvoirs du juge du fond n'excluent pas ceux du juge des référés pour allouer une provision sur dommages et intérêts. C'est ainsi que ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui déboute en référé l'employeur de sa demande de provision, en procédant par simples affirmations quant au caractère sérieusement contestable de l'existence de l'obligation.³¹

²⁷ CA Paris 22 janvier 2009 n° 07-2127, 21e ch. C, Fassy c/ SA Exane

²⁸ CA Toulouse 2 avril 2004 n° 99-5726, 4e ch. section 2, Martorell c/ SA Techno Sud Industries et a

²⁹ Cour d'appel de Bordeaux, 27 mars 2012, n°10-06433

³⁰ Cass. crim. 11 mai 2004 n° 03-80.254 ; RJS 8-9/04 n° 887 ; Cass. crim. 21 juin 2011 n° 10-87.671 : RJS 2/12 n°109

³¹ Cass. soc. 12 février 2014 n° 11-27.899 (n° 330 FS-D), C. c/ Sté Intel corporation : RJS 4/14 n° 345

b) La responsabilité délictuelle du salarié pour acte de concurrence déloyale

Les tribunaux admettent aussi que la violation d'un secret peut donner lieu à réparation lorsqu'elle constitue une faute au sens de l'article 1240 du Code civil.³²

La Cour de cassation estime en effet que « la nullité de la clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à l'action en responsabilité engagée par l'employeur contre son ancien salarié, dès lors qu'il démontre que ce dernier s'est livré à des actes de concurrence déloyale à son égard ».³³

En travaillant, les salariés et les associés ont accès à des informations sensibles, notamment relatives à la clientèle ou au savoir-faire de l'entreprise. En la matière, le principe est la liberté d'utilisation des informations acquises par l'associé ou le salarié dans le cadre de ses fonctions. En revanche, tout abus expose son auteur à une action en responsabilité sur le fondement de la concurrence déloyale. En ce sens, la Cour de cassation a estimé que les anciens salariés d'une société sont libres d'utiliser le savoir-faire acquis auprès de leur ancien employeur tant qu'ils ne commettent pas d'abus.³⁴ Ainsi, l'auteur d'un détournement du fichier client³⁵, du répertoire des prestataires et des rendez-vous clients³⁶ ou encore de programmes sources et d'outils informatiques³⁷ engage sa responsabilité civile. S'agissant des salariés et associés, la protection contre le détournement d'informations de l'entreprise se manifeste donc par la sanction des actes de concurrence déloyale.

2) Les sanctions pénales

Le salarié qui détourne des informations de l'entreprise encourent des sanctions qui relèvent à la fois du droit pénal général (a) et du droit pénal spécial (b).

a) Le droit pénal spécial

Le législateur a pris soin de protéger spécifiquement certaines informations. Les infractions les plus utilisées en la matière seront évoquées pour mettre en relief leurs principales caractéristiques et carences.

Tout d'abord, l'information peut être protégée par un droit de propriété intellectuelle dont toute atteinte, par exemple à un brevet³⁸, un dessin ou un modèle³⁹, constitue une infraction pénale. Cette protection n'est donc effective que pour un nombre restreint d'informations, celles qui peuvent être protégées par les règles de propriété intellectuelle.

Ensuite, l'article L. 1127-1 du Code du travail protège le secret de fabrique, constitué de tout procédé de fabrication original gardé secret et offrant un intérêt pratique ou commercial. Ce texte n'appréhende que la transmission du secret à un tiers par les directeurs et salariés.

L'infraction d'espionnage économique au profit d'une puissance ou d'une entreprise étrangère⁴⁰ est un autre mécanisme de protection mis en place par le législateur. Celle-ci a toutefois une application restreinte puisque sont seuls concernés les actes atteignant les intérêts fondamentaux de la Nation.

Enfin, on peut aussi faire référence à l'intrusion et au maintien dans un système automatisé de données, pratique incriminée à l'article 323-1 du Code pénal. Là encore, la sanction du piratage informatique ne

³² CA Paris 1-3-1978 : Ann. prop. ind. 1980.150 ; CA Rouen 13-1-1981 : D. 1982.som.233 ; Cass. com. 22-3-1971

³³ Cass. soc., 28 janv. 2005, n° 02-47.527 : JurisData n° 2005-026609

³⁴ Voir par exemple, CA Paris, 5 mai 2004 : JurisData n° 2004-241243

³⁵ Cass. com., 25 juin 1991, n° 89-20.506 : Bull. civ. 1991, IV, n° 236

³⁶ Cass. com., 21 févr. 1995, n° 93-10.754

³⁷ CA Paris, 12 sept. 2001 : JurisData n° 2001-170883

³⁸ Articles L. 615-12 et suivants du Code de la propriété intellectuelle

³⁹ Articles L. 521-10 et suivants du Code de la propriété intellectuelle

⁴⁰ Article 411-6 du Code pénal

permet pas d'assurer une protection effective des entreprises contre le détournement d'informations puisque l'infraction suppose l'existence d'une intrusion avérée et ne permet donc pas de prendre en compte d'autres phénomènes comme la captation de données.

Ainsi, si ces textes permettent de protéger l'entreprise contre le détournement de certaines informations, ils n'offrent pas une protection générale. Seule l'introduction d'une infraction de violation du secret des affaires offrirait un outil pénal de lutte contre toutes les atteintes à l'information appartenant à l'entreprise.

b) Le droit pénal général : le vol et l'abus de confiance

En l'absence d'incrimination spéciale, se pose la question de l'appréhension du détournement d'informations par le droit pénal général.

Dans les cas où le détournement se traduit par la disparition de documents ou de fichiers, celui-ci semble pouvoir être assimilé à un vol, défini par l'article 311-1 du Code pénal comme « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Cependant, admettre qu'une information puisse faire l'objet d'un vol impose de considérer, en amont, que l'information est une chose. Or, en l'absence de réalité corporelle⁴¹, la jurisprudence refuse majoritairement l'application de la notion de vol à une information, indépendamment de tout support matériel.

Dès lors, comme le confirme une tendance jurisprudentielle récente, l'infraction la plus adaptée pour appréhender le détournement et la soustraction d'informations est l'abus de confiance, défini par l'article 314-1 du Code pénal comme « le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs, ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ». Une telle qualification présente en effet un double avantage.

D'abord, le terme « bien quelconque » permet une souplesse d'appréciation dont la Cour de cassation s'est emparée pour faire entrer dans le champ de l'abus de confiance le détournement d'une information en l'absence de tout support matériel.⁴² Ensuite, la définition de l'abus de confiance est centrée sur la notion de détournement, c'est-à-dire l'utilisation d'un bien à des fins étrangères à celles pour lesquelles il a été remis.

À condition de considérer l'information comme un « bien quelconque », l'abus de confiance englobe donc le détournement d'informations. C'est d'ailleurs sur ce fondement que les auteurs du détournement ont été condamnés dans les jugements « Michelin »⁴³ et « Valéo ».⁴⁴

Cependant, en dépit d'une interprétation jurisprudentielle souple, l'infraction d'abus de confiance ne correspond pas exactement aux situations de détournement du patrimoine informationnel de l'entreprise, et ne permet qu'une protection embryonnaire. L'éventuelle adoption d'une infraction spécifique concernant la protection des informations sensibles de l'entreprise semblerait dès lors opportune.

Néanmoins, le salarié engage sa responsabilité lorsqu'il commet une infraction de droit commun dans le cadre de l'exécution de son travail.

⁴¹ Voir par exemple, CA Paris, 13e ch., 25 nov. 1992, n° 92/4690 : JurisData n° 1992-023511

⁴² Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : Bull. crim. 2011, n° 233

⁴³ TGI Clermont Ferrand, ch. corr., 21 juin 2010 : Dr. pén. 2010, comm. 116

⁴⁴ TGI Versailles, ch. corr., 18 déc. 2007 : Comm. com. électr. 2008, comm. 62

Est ainsi constitutif de vol et d'abus de confiance le fait pour une ancienne salariée de transférer des données informatiques confidentielles, le jour de son départ de l'entreprise, afin de les utiliser à des fins personnelles.⁴⁵

Toutefois, le salarié qui, sans autorisation de l'employeur, s'approprie ou reproduit des documents de l'entreprise, ne commet pas de vol lorsqu'il en a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions et que leur production est strictement nécessaire à l'exercice de sa défense dans le litige prud'homal l'opposant à l'employeur⁴⁶, même si l'action en justice n'est engagée qu'après l'appropriation des documents.⁴⁷

C'est ainsi que justifie sa décision de relaxer le salarié poursuivi pour soustraction frauduleuse de deux bulletins de paie et de la photocopie de divers documents appartenant à l'entreprise, la cour d'appel ayant relevé que ces documents, dont l'intéressé avait eu connaissance à l'occasion de ses fonctions et qu'il avait appréhendés ou reproduits sans l'autorisation de son employeur, étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier.⁴⁸

Mais encore faut-il que ces documents soient tous destinés à être produits en justice.

Ne justifie donc pas sa décision la cour d'appel ayant relaxé un salarié poursuivi pour avoir soustrait par photocopies des documents de l'entreprise qu'il avait produits devant le conseil de prud'hommes sans avoir recherché, comme ils le devaient, si ces documents étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense de l'intéressé dans le litige l'opposant à son employeur.⁴⁹

C'est encore ainsi qu'une cour d'appel justifie sa décision de déclarer coupable de vol un salarié qui, au moment de sa démission pour rejoindre une société concurrente, a conservé des dossiers de l'employeur, dès lors qu'il ressort de ses énonciations que ces documents n'ont pas été emportés pour assurer sa défense dans un litige prud'homal⁵⁰, à propos d'une affaire où le salarié, démissionnant pour intégrer une entreprise concurrente, avait emporté avec lui des documents de l'employeur. Examinant leur contenu, la cour d'appel, approuvée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, avait relevé que, parmi les nombreux documents découverts en la possession du salarié, un seul était susceptible d'éclairer le conseil de prud'hommes sur les difficultés rencontrées avec l'employeur. Il en résulte que non seulement ils n'étaient pas nécessaires à l'exercice de sa défense, mais, fait-elle ressortir, ils n'y étaient pas destinés. Bien que l'arrêt ne le dise pas explicitement, les circonstances de l'espèce peuvent laisser penser qu'ils ont été subtilisés en vue d'être communiqués à l'entreprise concurrente rejointe par le salarié.

II. Le devoir de confidentialité du dirigeant

En raison de son rôle au sein de la société, le dirigeant a une obligation de loyauté envers celle-ci, en vertu de laquelle il doit s'abstenir de tout comportement pouvant aller à l'encontre de l'intérêt de la société et de ses associés. Cette obligation impose au dirigeant de ne pas utiliser une information de l'entreprise dans son propre intérêt ou pour un but contraire aux intérêts auxquels il doit être fidèle.⁵¹

En effet, même si la loi est muette sur ce point, la jurisprudence fait peser sur le dirigeant une obligation de loyauté. Ce devoir de loyauté a été instauré, d'abord envers les associés, par l'arrêt « Vilgrain » rendu

⁴⁵ En ce sens TGI Clermont-Ferrand, chambre correctionnelle, 26 septembre 2011, « Condamnation pour vol et abus de confiance d'une ex-salariée ayant transféré des fichiers sur une clé USB », Vol d'informations de l'entreprise, Commentaire par Eric A Caprioli, Communication Commerce électronique n°3, Mars 2012, comm. 36

⁴⁶ Cass. crim. 11 mai 2004 : RJS 8-9/04 n° 887, Bull. crim. n° 117 ; Cass. crim. 9 juin 2009 : RJS 1/10 n° 9, Bull. crim. n° 119

⁴⁷ Cass. soc. 16 juin 2011 : RJS 8-9/11 n° 658

⁴⁸ Cass. crim. 11 mai 2004 n° 2877 FS-PFI, Sté Paumier et fils

⁴⁹ Cass. crim. 11 mai 2004 n° 2878 FS-PFI, Sté Pierson

⁵⁰ Cass. crim. 21 juin 2011 n° 10-87.671 n°3813 F-PB

⁵¹ Le détournement des informations de l'entreprise, Etude dirigée par Arthur Millerand, La Semaine juridique Entreprise et Affaires n°48, 27 novembre 2014, 1607

par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 février 1996⁵² puis envers la société par un autre arrêt de la Cour de cassation en date du 24 février 1998.⁵³ Il découle de la mission même du dirigeant qui, en tant que mandataire social, doit exercer ses pouvoirs dans l'intérêt de la société et conformément à l'intérêt social.⁵⁴ Il s'ensuit qu'il ne peut profiter de sa situation pour exercer ses pouvoirs dans un autre intérêt, le sien ou celui d'une société concurrente. Cela se traduit encore par l'obligation qui lui est faite de ne pas concurrencer de façon fautive la société qu'il dirige.

Ce devoir de loyauté s'impose donc à l'administrateur de par sa qualité de dirigeant. Le contenu du devoir de loyauté est à la fois très large mais quelque peu imprécis et le devoir d'information ne représente qu'un aspect de ce devoir qui commande au dirigeant d'agir conformément à l'intérêt social de la société.

Ainsi, en cours de mandat social, le dirigeant est tenu en cette seule qualité et même en l'absence de prévision contractuelle, d'une obligation de loyauté et de fidélité qui lui interdit de conclure des affaires et de négocier, pour le compte d'une autre société dont il est également dirigeant, un marché dans le même domaine d'activité. La solution a été posée avec force dans une affaire où un gérant de SARL avait, en qualité de gérant d'une autre société, négocié un marché dans le même domaine d'activité ; l'arrêt d'appel ayant écarté sa responsabilité a été cassé au motif qu'il était « tenu d'une obligation de loyauté et de fidélité pesant sur lui en raison de sa qualité de gérant de la société(...) lui interdisant de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité ».⁵⁵

La jurisprudence sanctionne le non-respect de cette obligation et la violation de ce devoir par le dirigeant. Ainsi, dans une espèce où un dirigeant avait été chargé par un associé de trouver un acquéreur à ses titres, la Cour de cassation a jugé que celui-ci s'était rendu coupable de réticence dolosive en achetant lui-même les parts sans informer l'associé de l'existence de négociations menées parallèlement avec un autre acquéreur à un prix supérieur.⁵⁶ Cette solution a ensuite été étendue au dirigeant qui, sans être directement acquéreur, était actionnaire de la société dont les parts étaient cédées ou de la société cessionnaire.⁵⁷

La lutte contre le détournement d'informations s'opère donc, s'agissant du dirigeant, à travers l'obligation générale de loyauté qui est « indépendante de toute autre circonstance ».⁵⁸

III. Le devoir de confidentialité de l'associé

En travaillant, les associés ont accès à des informations sensibles, notamment relatives à la clientèle ou au savoir-faire de l'entreprise. En la matière, le principe est la liberté d'utilisation des informations acquises par l'associé dans le cadre de ses fonctions. En revanche, tout abus expose son auteur à une action en responsabilité sur le fondement de la concurrence déloyale.⁵⁹

⁵² Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241 : Bull. civ. 1996, IV, n° 65, JCP G 1996 II 22 665, n Ghestin ; D. Schmidt et N Dion, n. sous Cass. Com, JCP éd. E 1996.II. n° 838, p. 168, D. affaires 1996, J. 518

⁵³ Cass. Com, 24 février 1998, n°96-12638 ; JCP E 1998, n. 17, p. 637, Bull. Joly 1998 p. 815

⁵⁴ J. Mestre et I. Grossi, L'éthique du dirigeant d'entreprise, in Ethique en entreprise, Librairie de l'Université d'Aix en Provence, 2001 p. 241, B. Daille Duclos, Le devoir de loyauté du dirigeant JCP éd. E 1998, n° 39, p. 1486 ; Jean-Jacques Caussain, Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français, La Gazette du Palais, n° 338, 03/12/2000, pages 66-68

⁵⁵ Cour de cassation, chambre commerciale, 15 novembre 2011, n°10-15.049

⁵⁶ Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241 : Bull. civ. 1996, IV, n° 65, JCP G 1996 II 22 665, n Ghestin ; D. Schmidt et N Dion, n. sous Cass. Com, 27.02.1996, JCP éd. E 1996.II. n° 838, p. 168 ; D. affaires 1996, J. 518, précités

⁵⁷ Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618 : Bull. civ. 2004, IV n° 94 (il s'agissait en l'espèce de négociations avec un tiers).

⁵⁸ F.-G. Trébulle, Devoir de loyauté du dirigeant à l'égard des associés : JCP E 2004, 1393.

⁵⁹ Voir en ce sens, Le détournement des informations de l'entreprise, Etude dirigée par Arthur Millerand, La Semaine juridique Entreprise et Affaires n°48, 27 novembre 2014, 1607, précité

En ce sens, la Cour de cassation juge de manière constante que l'associé d'une SARL⁶⁰, ou d'une SAS⁶¹, n'est pas tenu, sauf stipulations contraires, d'informer la société du fait qu'il exerce des activités concurrentes à celles de l'entreprise, à condition qu'il ne réalise pas d'actes de concurrence déloyale.

S'agissant des associés, la protection contre le détournement d'informations de l'entreprise se manifeste donc par la sanction des actes de concurrence déloyale.

Face à ce risque d'abus, les stipulations contractuelles constituent un moyen de protection efficace. La rédaction des contrats et des documents internes à l'entreprise doit donc être minutieuse en ce qui concerne le sort des informations, en prévoyant par exemple des clauses de discrétion ou de secret. De même, les statuts ou le règlement intérieur peuvent fixer des règles concernant l'emport de documents. Toute violation de ces stipulations spécifiques ouvrira la voie à une action sur le fondement contractuel.

IV. La société débitrice d'une clause de confidentialité

Il peut arriver qu'une entreprise soit elle-même débitrice d'une clause de confidentialité qu'elle aurait souscrite au sujet d'informations confidentielles échangées et communiquées par une autre entreprise dans le cadre d'une négociation contractuelle.

V. L'utilisation d'informations confidentielles par un tiers et la sanction du tiers complice de l'auteur de la violation et de la divulgation de l'information

Le tiers complice de la violation d'une obligation de confidentialité encourt à la fois des sanctions civiles (A) et pénales (B).

A) Les sanctions civiles : la responsabilité civile délictuelle du tiers selon plusieurs fondements possibles

Le tiers complice de la violation d'une obligation de confidentialité engage sa responsabilité civile délictuelle qui peut être recherchée sur le fondement soit de sa complicité dans la violation d'une obligation contractuelle par le débiteur (a), soit sur le fondement de la violation d'un devoir général de bonne foi, de loyauté et de confidentialité (b), soit sur celui de la concurrence déloyale (c).

1) La responsabilité civile délictuelle du tiers complice de la violation de l'engagement ou de la clause de confidentialité par le débiteur

Les tiers doivent respecter la situation juridique née du contrat et celui-ci leur est opposable (article 1200 du Code civil). Ainsi, il est de jurisprudence constante que le tiers qui aide en connaissance de cause le débiteur à ne pas respecter ou à violer son engagement (ici la clause ou l'engagement de confidentialité) se rend complice de la violation par celui-ci de ses obligations contractuelles et commet une faute qui engage sa responsabilité civile délictuelle.⁶² Mais encore faut-il, pour que la responsabilité du tiers puisse être engagée, qu'il connaisse l'existence de l'engagement ou de la clause de confidentialité au moment où il reçoit et utilise l'information divulguée en méconnaissance de ceux-ci. Or, cette connaissance ne se présume pas et doit être prouvée.⁶³

⁶⁰ Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049 : Bull. civ. 2011, IV, n° 188.

⁶¹ Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-14.407.

⁶² Cass, 1^{ère} civ, 26 janvier 1999

⁶³ Cass, Com, 12 mars 1963

2) La responsabilité civile délictuelle du tiers sur le fondement de la violation du devoir général de bonne foi, de loyauté et de confidentialité

En outre et de même que pour l'auteur de la divulgation, la responsabilité civile délictuelle du tiers peut également être recherchée sur le fondement de la violation du devoir général de bonne foi, de loyauté et de confidentialité, mais toujours à cette même condition que le tiers connaisse l'existence de la clause ou de l'engagement de confidentialité.

3) La responsabilité civile délictuelle du tiers sur le fondement de la concurrence déloyale

Le détournement d'informations peut aussi être réalisé à l'initiative ou par un tiers à l'entreprise. Quel que soit le moyen d'accès à l'information mis en œuvre par le tiers, la défense des intérêts de l'entreprise réside également dans les règles de la concurrence déloyale. Deux situations sont ici envisageables.

En premier lieu, l'accès par le tiers à l'information peut être indirect, comme c'est le cas en présence du débouchage d'un salarié.⁶⁴ Dans ce cas, la jurisprudence sanctionne de manière constante le débouchage lorsque celui-ci est décidé dans le but d'obtenir des informations appartenant à l'ancien employeur⁶⁵ ou lorsqu'il conduit à affecter le salarié à des opérations qu'il ne peut réaliser qu'à l'aide de renseignements pris dans les archives de son ancien employeur.⁶⁶

En second lieu, l'accès à l'information peut être direct, notamment dans le cadre de négociations entre des entreprises ou d'une coopération industrielle impliquant un partage d'informations. Dans cette hypothèse, les entreprises pourront prévenir la diffusion des informations, notamment en stipulant un engagement de confidentialité. En l'absence de stipulation contractuelle spécifique, la doctrine souligne que « constitue un acte de concurrence déloyale l'exploitation de connaissances techniques apprises lors de pourparlers précontractuels ayant échoué ».⁶⁷ Cette solution, qui a été consacrée par la jurisprudence⁶⁸, suppose néanmoins que les renseignements confidentiels aient été utilisés à des fins déloyales, ce qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.⁶⁹

La responsabilité d'un tiers auteur de détournement d'informations est donc principalement délictuelle, sauf à ce qu'un contrat ait été spécifiquement conclu à ce sujet.

Les stipulations contractuelles demeurent un moyen de protection efficace.

B) Les sanctions pénales envisageables : le recel et la complicité

Deux sanctions pénales du tiers sont envisageables : le recel d'informations confidentielles (a) et la complicité de vol ou d'abus de confiance (b).

1) Le recel d'informations confidentielles

Le recel suppose toutefois la connaissance de l'origine délictueuse de l'information, il faut donc que le receleur ait eu connaissance du fait délictueux à l'origine de l'obtention des informations.

⁶⁴ Le détournement des informations de l'entreprise, Etude dirigée par Arthur Millerand, La Semaine juridique Entreprise et Affaires n°48, 27 novembre 2014, 1607

⁶⁵ Cass. com., 18 janv. 1966 : Bull. civ. 1966, IV, n° 31

⁶⁶ CA Paris, 17 janv. 2003 : JurisData n° 2003-204954

⁶⁷ J. Schmidt-Szalewski, Utilisation du savoir-faire acquis auprès de leur ancien employeur par des salariés : Propr. industr. 2005, comm. 15

⁶⁸ Cass. com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915 : Bull. civ. 1978, IV, n° 208

⁶⁹ Cass. com., 21 nov. 2000, n° 98-17.783

Mais le même flottement que pour le vol et l'abus de confiance se retrouve à propos du recel puisque l'article 321-1, alinéa 1^{er} du Code pénal fait aussi référence à la notion de « chose ». Si certains arrêts admettent le recel de certaines informations en l'absence de tout support matériel (par exemple en matière d'information privilégiée⁷⁰ ou d'information couverte par le secret professionnel⁷¹, d'autres arrêts adoptent une vision plus traditionnelle et refusent de faire application du recel en présence d'une information.⁷²

Ainsi, en matière de recel de choses, infraction très proche du vol dont elle est le prolongement naturel, la Cour de cassation a par exemple exclu une information du domaine du recel, plus précisément une information fiscale provenant d'une violation du secret professionnel.⁷³ Et une autre décision a jugé que le recel de délit d'initié est caractérisé non par la détention d'informations privilégiées, mais par le fait de bénéficier du produit de leur exploitation sur le marché, avant qu'elles soient connues du public.⁷⁴

2) La complicité

La complicité de vol ou d'abus de confiance est également envisageable en présence d'un acte préalable, antérieur ou concomitant à l'infraction, notamment si le tiers est à l'origine de l'infraction ou en facilité l'accomplissement par la fourniture d'aides ou d'instructions.

En revanche, la complicité (de vol ou d'abus de confiance) est exclue en l'absence d'un acte préalable, antérieur ou concomitant à l'infraction, notamment si le tiers n'est pas l'instigateur de cette violation ou de cette divulgation et n'en est pas l'origine bien qu'il en soit le bénéficiaire final. Ainsi, il ne saurait y avoir complicité, mais éventuellement recel, si le tiers n'a pas connaissance de l'infraction et de la divulgation des informations confidentielles au moment de la commission de l'infraction ou s'il n'en a connaissance qu'après, une fois celle-ci commise et les informations transmises, auquel cas il y aura recel mais non complicité.

Ainsi, le tiers peut être complice d'une violation contractuelle et de la divulgation, tant au regard du droit civil que du droit pénal.

⁷⁰ Cass. crim., 26 oct. 1995, n° 94-83.780 : Bull. crim. 1995, n° 324.

⁷¹ Voir, par exemple, Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-83.659 : Bull. crim. 2006, n° 183.

⁷² Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 93-81.569 : Bull. crim. 1995, n° 142.

⁷³ Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 93-81.569 : JurisData n° 1995-000928 ; Bull. crim. 1995, n° 142 ; JCP G 1995, II, 22429, note E. Derieux ; Rev. sc. crim. 1995, p. 599, obs. J. Francillon et 821, obs. R. Ottenhof. – V. aussi pour une information provenant de la violation du secret professionnel ou du secret de l'instruction, Cass. crim., 19 juin 2001, n° 99-85.188 : JurisData n° 2001-010499 ; Bull. crim. 2001, n° 149 ; JCP G 2002, II, 10 064, concl. D. Commaret et note A. Lepage ; Rev. sc. crim. 2002, p. 119, obs. J. Francillon et p. 592, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire. – Cass. crim., 12 juin 2007, n° 06-87.361 : JurisData n° 2007-039752 ; Bull. crim. 2007, n° 157 ; Dr. pén. 2007, comm. 143, obs. M. Véron ; JCP G 2007, II, 10159, note F. Fourment, C. Michalski et P. Piot ; Rev. sc. crim. 2008, p. 95, obs. J. Francillon

⁷⁴ Cass. crim., 26 oct. 1995, n° 94-83.780 : Bull. crim. 1995, n° 324 ; Rev. soc. 1996, p. 326, note B. Bouloc

3^{ème} partie

Les sanctions de la violation de l'obligation de confidentialité

§3 Les sanctions de la violation de l'obligation de confidentialité

Après avoir rappelé brièvement les sanctions encourues par l'auteur de la violation d'une obligation de confidentialité (I), il conviendra d'envisager la procédure à suivre pour faire cesser le manquement reproché (II).

I. Les sanctions possibles de la divulgation d'informations confidentielles

La divulgation d'informations confidentielles fait l'objet de sanctions civiles (A) et pénales (B).

A) Les sanctions civiles : l'octroi de dommages et intérêts

Différents fondements sont possibles selon la nature de l'obligation et selon qu'il existe ou non une clause de confidentialité : en présence d'une clause expresse de confidentialité ou d'une obligation implicite de confidentialité rattachée au contrat, sa violation sera sanctionnée sur le fondement de la responsabilité contractuelle du débiteur (1) tandis qu'en l'absence d'une telle clause, la divulgation d'informations confidentielles sera sanctionnée sur un fondement délictuel (2).

1) En présence d'une clause de confidentialité ou d'une obligation implicite rattachée au contrat : la violation d'une obligation contractuelle de ne pas faire et de résultat

L'engagement de confidentialité s'analyse en une obligation contractuelle de ne pas faire et de résultat dont la violation par le débiteur constitue une faute susceptible de mettre en jeu sa responsabilité civile contractuelle sur le fondement combiné des articles 1231 et suivants du Code civil.

2) En l'absence d'une clause de confidentialité

En l'absence de clause de confidentialité, la divulgation d'information confidentielle constitue une faute délictuelle qui pourra être sanctionnée selon deux fondements possibles : soit sur le fondement de la violation d'une norme générale de bonne foi, de loyauté et de confidentialité (a), soit sur le fondement de la concurrence déloyale (b), toutes deux constitutives d'une faute civile délictuelle sur le fondement de l'article 1240 du Code civil.

a) La violation d'une norme générale de bonne foi, de loyauté et de confidentialité constitutive d'une faute civile délictuelle

La divulgation d'informations confidentielles ou sensibles révélées à l'occasion de pourparlers ou de négociations précontractuelles est constitutive d'un manquement à la bonne foi et au devoir général de loyauté et de confidentialité et constitue de ce fait une faute délictuelle susceptible de donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.

S'agissant du préjudice, celui-ci peut notamment consister en un manque à gagner du fait de la révélation et de l'utilisation de l'information révélée ou encore une atteinte à l'image de marque.⁷⁵

⁷⁵ Sur ce point voir notamment CA Paris, 5^{ème} chambre, 14 février 1997 ; « Société de droit anglais Michel O'Mara Books Limited c/SARL Point de Vue et a »).

b) Un acte de concurrence déloyale

Cette faute peut d'ailleurs être constitutive d'un acte de concurrence déloyale.⁷⁶ Chacun doit en effet garder secrètes et confidentielles les informations échangées lors de la négociation.⁷⁷ L'obligation est fondée sur le secret des affaires. Chaque partie doit rester discrète sur les motifs de la rupture et de l'échec des pourparlers.

Ainsi, en l'absence de stipulation contractuelle spécifique, la doctrine souligne que « constitue un acte de concurrence déloyale l'exploitation de connaissances techniques apprises lors de pourparlers précontractuels ayant échoué ».⁷⁸

B) Les sanctions pénales

Les sanctions pénales envisageables sont le vol (1) et l'abus de confiance (2).

1) Le vol d'informations (le « contenu ») et/ou du support matériel (le « contenant »)

Comme cela a déjà été dit précédemment, la doctrine et la jurisprudence sont divisées sur la reconnaissance et l'admission du vol d'un bien immatériel et en l'occurrence d'une information confidentielle.⁷⁹ En effet, le vol qui est définie comme étant la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui »⁸⁰ par l'article 311-1 du Code pénal, suppose en principe une appropriation par l'appréhension physique de la chose d'autrui.

Le premier sens du concept de soustraction est matériel et il a été parfaitement exposé par la jurisprudence : il y a vol « lorsque la chose objet du délit passe de la possession du légitime détenteur dans celle de l'auteur du délit, à l'insu et contre le gré du premier ; pour soustraire, il faut prendre, enlever, ravir ».⁸¹ La soustraction est le rapt de la chose. Elle ne se conçoit donc pas sans un déplacement matériel de l'objet, du moins lorsqu'il s'agit d'une chose corporelle. Tout cela évoque peu ou prou une certaine violence physique. Mais la soustraction frauduleuse, le vol peut également concerner la soustraction d'une information (son contenu) sans déplacement de son support matériel (« le contenant »). Il s'agit alors de soustraire et de voler non pas le support, le contenant de l'information, mais seulement son contenu. Dans ce cas de figure, illustré par un unique arrêt, l'acte de soustraction s'opère par une simple copie des données informationnelles, faite en l'occurrence par une personne étrangère à la société victime, sur les instructions d'une autre personne également étrangère à cette

⁷⁶ Voir Com. 3 oct. 1978, communication d'une demande de brevet à un tiers pour envisager la fabrication ; Com. 3 juin 1986, n°84-16.971, Bull. civ. IV, n°110 : fabrication, pour le compte d'un tiers, d'articles de robinetterie identiques à ceux qui ont été commandés ; CA Paris, 8 juill. 1972, JCP 1973. II. 17509, note Leloup, idée de chanson ; CA Paris, 1^{ère} févr. 1989, Juris-Data n°1989-02-0420, remise à quelqu'un d'un scénario en vue de sa réalisation ; CA Paris, 5 mai 1991, Expertises 1994. 234 ; CA Paris, 15 mars 2000, PIBD 2000. III. 350 ; contra Civ. 1^{ère}, 5 oct. 1994, n°92-17.697, RIDA 1995. 205, pour l'idée d'un scénario pour la télévision ; TGI Paris, 27 juin 1997, PIBD 1997. III. 661, utilisation d'idées émises par un concepteur au cours de réunions de travail) ou d'agissements parasitaires, ce qui permettrait d'engager la responsabilité de tout tiers ayant utilisé l'information confidentielle (V. Ph. le TOURNEAU, Parasitisme - Notion de parasitisme, J.-Cl. Concurrence consommation, fasc. 227, 2006).

⁷⁷ Cass. com., 3 oct. 1978, n°77-10.915 : Bull. civ. 1978, IV, n° 208 ; D. 1980, p. 55, J. Schmidt-Szalewski, au cours de négociations, une entreprise se voit communiquer par une autre entreprise des informations relatives à un procédé technique non encore breveté. La première rompt les négociations et utilise par la suite le savoir-faire dont elle a eu connaissance pendant la négociation. La décision admet le bien-fondé de l'action en concurrence déloyale que la seconde entreprise intente contre la première.

⁷⁸ J. Schmidt-Szalewski). Cette solution a été consacrée par la jurisprudence (Cass com, 3 octobre 1978

⁷⁹ Wilfrid Jeandidier, Jurisclasseur, fasc 20 « Vol », n°25, 26 et 27 ; Le détournement des informations de l'entreprise, Etude dirigée par Arthur Millerand, La Semaine juridique Entreprise et Affaires n°48, 27 novembre 2014, 1607

⁸⁰ Article 311-1 du Code pénal

⁸¹ Cass. crim., 18 nov. 1837 : Bull. crim. 1837

société. Le phénomène de dématérialisation dans cette espèce ne concerne donc pas seulement l'objet du vol, mais aussi sa réalisation.⁸²

Toutefois, ce concept classique de la soustraction s'avère insuffisant dans la mesure où il se révèle totalement inefficace pour sanctionner la soustraction ou le détournement d'informations confidentielles qui sont des biens incorporels insusceptibles d'appropriation physique ou des agissements frauduleux qui ont pour particularité de ne pas comporter de rapt, d'enlèvement de la chose d'autrui, le délinquant l'ayant déjà préalablement à sa disposition. Soucieuse d'une répression optimale, la jurisprudence a dès lors eu recours à un second concept de soustraction frauduleuse, plus à même de réprimer le vol d'informations confidentielles.

Ce second concept de soustraction peut être qualifié de moderne dans la mesure où, pour donner à l'article 311-1 du Code pénal une dimension maximale, il s'est superposé au premier sens d'enlèvement matériel de la chose.

Ainsi comprise la soustraction devient une prise de possession à l'insu ou contre le gré du propriétaire ou précédent possesseur de l'information. L'agent n'a initialement sur la chose (l'information) que des pouvoirs très limités, très exactement la simple détention précaire de celle-ci. Il ne lui a été en aucun cas consenti une véritable possession, supposant un élément matériel (corpus) de jouissance et un élément psychologique (animus) qui est la volonté de se comporter en maître exclusif de l'objet et donc de l'information. Profitant de cette mainmise sur la chose, consentie dans des limites très précises par son maître juridique, l'agent va alors usurper la possession de la chose et la soustraire au sens large. La soustraction se réalise ici par un simple manquement juridique, l'agent convertissant indûment sa détention précaire en une véritable possession qu'il usurpe. Selon cette seconde acception, la soustraction frauduleuse et le vol semblent pouvoir concerner le vol et la soustraction d'informations confidentielles, et ce quand bien même le détenteur de l'information en aurait été mis en possession puis l'aurait détourné à d'autres fins que celles pour lesquelles il en avait initialement connaissance, ce qui n'est pas sans rappeler l'abus de confiance (voir infra).

S'agissant du vol d'informations, la question est de savoir s'il est possible, ou plutôt concevable, de voler une information, qui est par définition une chose incorporelle. Une doctrine minoritaire l'a pensé⁸³ mais cette position a été critiquée.⁸⁴ Dans un arrêt relatif à l'abus de confiance, la Cour de cassation⁸⁵ a marqué son attachement à la thèse classique. Elle a en effet jugé que le détournement n'est punissable que s'il porte sur l'écrit constatant le contrat, mais non sur les stipulations qui en constituent la substance juridique⁸⁶.

Cependant, deux décisions ultérieures de la chambre criminelle révèlent une évolution du concept et de la notion de soustraction. La première rejette le pourvoi contre un arrêt qui avait déclaré les prévenus coupables d'une part du vol d'un certain nombre de disquettes, et d'autre part du vol du contenu informationnel de certaines de ces disquettes, durant le temps nécessaire à la reproduction des informations.⁸⁷ Le deuxième arrêt⁸⁸ a approuvé une cour d'appel qui avait jugé que l'employé d'une entreprise qui avait utilisé à l'insu de son employeur des documents comptables pour établir des tableaux et graphiques communiqués à un concurrent, avait commis une soustraction frauduleuse, les données

⁸² Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002 : D. 2008, p. 2213, note S. Detraz

⁸³ M.-P. Lucas de Leyssac, Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? : D. 1985, chron. p. 43

⁸⁴ J. Devèze, Le vol de "biens informatiques" : JCP G 1985, I, 3210

⁸⁵ Cass. crim., 9 mars 1987, n° 84-91.977 : JurisData n° 1987-000676 ; Bull. crim. 1987, n° 111 ; JCP G 1988, II, 20913, note J. Devèze

⁸⁶ Actuel article 311-1 du Code pénal

⁸⁷ Cass. crim., 12 janv. 1989, n° 87-82.265 : JurisData n° 1989-700634 ; Bull. crim. 1989, n°14

⁸⁸ Cass. crim., 1er mars 1989, n° 88-82.815 : JurisData n° 1989-001418 ; Bull. crim. 1989, n° 100

figurant sur ces documents constituant des biens incorporels, propriété exclusive de l'entreprise.⁸⁹ Ces deux décisions marquent une évolution, le vol n'étant plus cantonné à des choses corporelles, dès lors qu'une information est réellement incorporelle et impalpable.

De même, certains juges du fond ont appliqué la qualification de vol à la soustraction de formules de mélanges chimiques⁹⁰ ou du contenu de documents⁹¹ alors que d'autres continuent de faire prévaloir la thèse traditionnelle.⁹²

La Cour de cassation a rendu deux autres arrêts sur la question. Le premier approuve une cour d'appel ayant condamné pour vol un prévenu au motif que le simple fait d'avoir en sa possession à son domicile, après avoir démissionné de son emploi pour rejoindre une entreprise concurrente, le contenu informationnel d'une disquette support du logiciel Self Card, sans pouvoir justifier d'une autorisation de reproduction et d'usage du légitime propriétaire.⁹³ Le second approuve une cour d'appel d'avoir condamné un prévenu pour vol du contenu informationnel qu'il avait chargé un subordonné de copier sur des supports matériels, se rapportant aux plans de base et aux plans de découpe appartenant à une autre société, revêtus de son sigle et de la marque de sa propriété, pour les utiliser dans le cadre d'une nouvelle société dont il allait être le dirigeant.⁹⁴ Cette décision se distingue des deux arrêts de 1989 dans la mesure où aucun support n'avait été soustrait, « l'agent accaparant le contenu des fichiers informatiques, sans manipulation du contenant ».⁹⁵ Ces deux décisions, qui n'ont pas été publiées au Bulletin, traduisent un indéniable rapprochement avec la jurisprudence rendue en matière d'abus de confiance. Mais pour les deux infractions, les termes légaux ne sont pas identiques, le vol concernant des « choses » alors que l'abus de confiance s'applique à des « biens ». Or, si un bien peut être indiscutablement incorporel, il n'en va pas forcément de même pour une chose qui est par essence un objet matériel.

C'est pourquoi selon la première conception, classique, le vol ne peut donc en principe porter que sur des biens matériels, corporels susceptibles d'appropriation et d'appréhension physique, contrairement à l'abus de confiance qui vise le détournement d'un bien (qui peut donc être immatériel et incorporel) et non la soustraction d'une chose (qui vise un bien matériel par essence).

2) L'abus de confiance

De fait, la jurisprudence semble plus favorable à la reconnaissance d'un abus de confiance dans le cas du détournement d'un bien immatériel, plus particulièrement s'agissant d'une information confidentielle.⁹⁶ L'article 314-1 du Code pénal définit l'abus de confiance de la façon suivante : « *L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.* »⁹⁷

En effet, rien dans la lettre de la loi n'accrédite vraiment l'exclusion des biens incorporels du champ de l'abus de confiance. Contrairement à l'article 311-1 du Code pénal relatif au vol et à l'article 321-1 du

⁸⁹ Sur cette jurisprudence, V. M.-P. Lucas de Leyssac, L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons : Rev. sc. crim. 1990, p. 507

⁹⁰ CA Paris, 12 avr. 2002, n° 01/02703 : JurisData n° 2002-181519

⁹¹ CA Montpellier, 16 mars 2000, n° 98/01476-MM/PB : JurisData n° 2000-114615. – CA Bordeaux, 14 mai 2004 : JurisData n° 2004-250993

⁹² CA Grenoble, 4 mai 2000, n° 99/01731 : JurisData n° 2000-122622 ; JCP G 2001, IV, 1473

⁹³ Cass. crim., 9 sept. 2003, n° 02-87.098

⁹⁴ Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002 : D. 2008, p. 2213, note S. Detraz

⁹⁵ S. Detraz, note préc.

⁹⁶ Wilfrid Jeandier, Jurisclasseur, fasc 20 « Abus de confiance »

⁹⁷ Article 314-1 du Code pénal

même code relatif au recel qui visent une « chose », l'article 314-1 fait seulement référence à un « bien », concept autrement plus large. Et un arrêt important de la Cour de cassation a effectivement fini par admettre que l'abus de confiance puisse porter sur un bien meuble incorporel.⁹⁸ Commet dès lors le délit de l'abus de confiance le prévenu qui, en connaissance de cause, détourne le numéro de carte bancaire communiqué par la cliente pour le seul paiement d'une commande, dans le cadre d'une vente par correspondance, et ainsi, n'en fait pas l'usage convenu entre les parties. Cette décision essentielle inaugure une série d'autres arrêts faisant jouer le délit d'abus de confiance dans le cas de détournement : d'une connexion internet à un site pornographique⁹⁹ ou à un site professionnel¹⁰⁰ ; d'un projet industriel, en l'occurrence un projet de borne informatique¹⁰¹ ; d'informations relatives à la clientèle d'une entreprise¹⁰² ; de codes d'accès informatiques.¹⁰³ Une cour d'appel a par ailleurs sanctionné le détournement par un salarié d'un projet de contrat de service personnalisé.¹⁰⁴ Pour une autre cour d'appel, un droit de nature personnelle, procédant d'un contrat de crédit-bail, est également un bien quelconque.¹⁰⁵

II. La procédure à suivre : le référé commercial de l'article 873 du Code de procédure civile

Lorsque les conditions du référé commercial sont remplies, c'est-à-dire en présence d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite (A), le juge des référés dispose de pouvoirs étendus, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite (B).

A) Les conditions du référé commercial

En matière de référé commercial, l'article 873 du Code de procédure civile prévoit que « 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 accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire. »

Les pouvoirs généraux du président du tribunal de commerce en matière de référés sont définis, comme ceux du président du TGI, par deux textes (articles 872 et 873 du CPC) répertoriant quatre cas d'ouverture distincts. En pratique cependant, ces fondements se recoupent assez largement, un même litige pouvant relever de l'un ou l'autre des quatre cas. On dit en doctrine que le juge des référés est saisi d'une situation plus que d'une demande.¹⁰⁶

⁹⁸ Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522 : JurisData n° 2000-007519 ; Bull. crim. 2000, n° 338 ; Dr. pén. 2001, comm. 28, obs. M. Véron et chron. 16, obs. S. Jacopin ; Rev. sc. crim. 2001, p. 385, obs. R. Ottenhof ; D. 2001, p. 1423, note B. de Lamy

⁹⁹ Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.953 : JurisData n° 2004-024120 ; Bull. crim. 2004, n° 126 ; D. 2004, p. 2748, obs. B. de Lamy ; RTD com. 2004, p. 824, obs. B. Bouloc ; Dr. pén. 2004, comm. 129, obs. M. Véron

¹⁰⁰ Cass. crim., 21 sept. 2011, n° 11-80.305 : JurisData n° 2011-022406

¹⁰¹ Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285 : JurisData n° 2004-025176 ; Bull. crim. 2004, n° 218 ; Dr. pén. 2004, comm. 179, obs. M. Véron ; JCP G 2005, II, 10 034, note A. Mendoza-Caminade ; D. 2005, p. 411, note B. de Lamy et p. 961, obs. J. Raynard ; AJP 2005, p. 22, obs. J. Leblois-Happe

¹⁰² Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : JurisData n° 2011-025156 ; Bull. crim. 2011, n° 233 ; D. 2012, p. 137, note G. Beaussonie ; Dr. pén. 2012, comm. 1, obs. M. Véron ; JCP G 2012, 322, note S. Detraz ; RPD 2011, p. 914, obs. V. Malabat

¹⁰³ Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87.416

¹⁰⁴ CA Paris, 16 avr. 2008 : JurisData n° 2008-363402

¹⁰⁵ CA Bordeaux, 3 nov. 2009 : JurisData n° 2009-015968

¹⁰⁶ J. et X. Vuitton, Les référés : Litec 2003, n° 301

L'examen littéral du contenu de ces deux textes ne révèle en rien l'existence de l'urgence comme condition de recevabilité de l'action du demandeur. La recevabilité de tels référés dépendra donc de la preuve d'un dommage imminent qui doit être prévenu, d'un trouble manifestement illicite qui doit cesser et enfin de l'existence d'une obligation qui doit posséder certaines qualités pour être exécutée.

S'agissant de la violation d'une obligation de confidentialité, le « trouble manifestement illicite » pourrait notamment consister en la divulgation d'une information confidentielle ou résulter de la communication de celle-ci à un tiers, et le « dommage imminent » de l'irréversibilité de la divulgation et de la communication de l'information à un tiers, et par conséquent de l'utilisation ultérieure qui pourrait en être faite par l'auteur de la divulgation ou par un tiers complice ou receleur. En effet, il est manifestement impossible de revenir sur la divulgation et la communication d'une information (confidentielle) et de l'utilisation qui pourrait en être fait ultérieurement.

Le dommage s'apprécie souverainement par le juge des référés.¹⁰⁷

L'existence d'une contestation sérieuse constatée par le juge des référés ne fait pas obstacle à ce que celui-ci prescrive toutes mesures provisoires destinées à prévenir les dommages qui pourraient résulter pour les parties de la situation dont il est saisi, ni à ce qu'il ordonne des mesures destinées à prévenir un dommage imminent.¹⁰⁸

Ainsi, le référé commercial peut donc s'appliquer même si la clause ou l'engagement de confidentialité est ou était sérieusement contestable.

B) Les pouvoirs du juge des référés en matière de référé commercial (articles 872 et 873 du Code de procédure civile)

L'article 873, alinéa 1^{er}, du nouveau code de procédure civile donne un pouvoir étendu au président ; il peut librement puiser dans l'arsenal mis à sa disposition par le code pour répondre au mieux aux difficultés soulevées par cette situation.

L'article 873 permet au juge des référés de prescrire certaines mesures définies par la loi, à savoir des mesures conservatoires ou de remise en état (alinéa 1^{er}) ou bien encore pour accorder une condamnation pécuniaire provisionnelle (alinéa 2), voire enfin ordonner l'exécution forcée d'une obligation de faire.

Le juge des référés, après avoir constaté l'existence d'une difficulté sérieuse ne fait qu'user de ses pouvoirs en ordonnant à titre conservatoire les mesures qu'il continue d'imposer pour prévenir un dommage imminent. Ces mesures peuvent consister en l'exécution d'un contrat, en l'espèce la livraison des appareils par une partie à son cocontractant.¹⁰⁹ Pour ordonner ou refuser des mesures conservatoires ou de remise en état, le juge des référés doit se placer, tant en première instance qu'en appel, à la date à laquelle il prononce sa décision.¹¹⁰

Le juge des référés peut prendre des mesures d'interdiction. Il peut d'abord interdire à une société de diffuser, jusqu'à la décision du fond, un journal d'annonces ayant pour titre le surnom d'une entreprise concurrente.¹¹¹

Le juge peut aussi interdire à un commerçant de revendre des marchandises à des prix inférieurs à ses prix d'achat ou ordonner la cessation de l'activité entreprise par un débiteur d'une clause de non-

¹⁰⁷ Cass. 2e civ. 27 juin 1979, Bull. civ. II, n°199 ; Cass. com. 21 mars 1984, *ibid.* IV, n°115 ; Cass. 2ème civ. 16 juin 1993, D. 1993. 590, note J.-M. Coulon

¹⁰⁸ Cass. com. 24 mars 1981, Bull. civ. IV, n°161

¹⁰⁹ Cass. com. 26 janv. 1991, Bull. civ. IV, n°87, JCP 1992. II. 21914, note L. Lévy

¹¹⁰ Cass. com. 23 oct. 1990, Bull. civ. IV, n°252

¹¹¹ Cass. 2ème civ. 4 mars 1978, JCP 1978. IV. 152

concurrence au mépris de celle-ci, ou encore ordonner la restitution de marchandises non payées, vendues avec une clause de réserve de propriété.

Afin d'assurer l'exécution effective des ordonnances de référé et ce, dans un bref délai, celles-ci sont généralement assorties d'une astreinte provisoire d'un montant suffisamment élevé pour être efficace. Ainsi le juge des référés peut, pour faire cesser un trouble manifestement illicite, ordonner le respect d'un contrat, sous astreinte par infraction constatée.¹¹² Ainsi, toutes les mesures que le juge prend, conservatoires ou de remise en état, pourront donc être assorties par le juge d'une astreinte, destinée à leur garantir une plus grande efficacité.

¹¹² CA Aix-en-Provence, 22 janv. 2004, Bull. Aix 2004-2, p. 56, note L. Weiller

4^{ème} partie

La création et l'unification d'un régime de l'obligation de confidentialité en droit des affaires : la loi relative à la protection du secret des affaires

§4 La création et l'unification d'un régime de l'obligation de confidentialité en droit des affaires : la loi relative à la protection du secret des affaires

La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires crée au sein du Code de commerce un régime unifié, sinon unique de l'obligation de confidentialité en droit des affaires.

La loi a également pour objet d'assurer la transposition en droit interne des objectifs définis par la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués.

Elle introduit un nouveau titre V relatif à la protection du secret des affaires au sein du livre Ier du code de commerce.

Les principales dispositions de la loi sont les suivantes :

- **Définition de l'information protégée**

Pour la première fois, et c'est sans doute l'un des principaux apports du texte, la loi commence par définir l'information protégée au titre du secret des affaires. Une définition nous est donc fournie par le texte. Aux termes de celui-ci, constitue une information protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux 3 critères cumulatifs suivants :

- 1- elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;
- 2- elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;
- 3- elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret (. Com, art. L151-1).

- **La détention légitime de l'information et l'obtention licite d'un secret des affaires**

Le détenteur légitime d'un secret et celui qui la contrôle de manière licite et son obtention doit survenir par une découverte ou une création indépendante, ou tout autre moyen licite (articles L151-2 ; L151-3 du code de commerce).

Constituent des modes d'obtention licite d'un secret des affaires :

- 1- Une découverte ou une création indépendante ;
- 2- L'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtient l'information, sauf stipulation contractuelle interdisant ou limitant l'obtention du secret (C. Com, art. L. 151-3).

Le code prévoit les cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicites d'un secret des affaires et précise qu'il s'agit des cas où cela se fait sans le consentement du détenteur légitime : accès non autorisé à tout document, matériau, fichier... ; tout comportement déloyal et contraire aux usages commerciaux au regard des circonstances... (articles L151-4 à L.151-6 du code de commerce).

Les éléments envisagés se veulent naturellement très larges afin de ne pas restreindre le recours à la protection.

- **Les cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicite du secret des affaires**

L'obtention d'un secret des affaires est ainsi illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte :

- 1- d'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments ;
- 2- de tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale (C. Com, art. L. 151-4).

De même, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime par une personne qui a obtenu le secret dans les conditions mentionnées à l'article L. 151-4 ou qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation (C. Com, art. L. 151-5, al. 1^{er}).

La production, l'offre ou la mise sur le marché, de même que l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret des affaires sont également considérés comme une utilisation illicite lorsque la personne qui exerce ces activités savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret était utilisé de façon illicite au sens du premier alinéa du présent article (C. Com, art. L. 151-5, al. 2).

Enfin, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret, une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du premier alinéa de l'article L. 151-5 (C. Com, art. L. 151-6).

- **Les exceptions à la protection du secret des affaires**

Le code vient émettre quelques exceptions à la protection du secret des affaires :

- Situation où l'obtention, la divulgation ou l'utilisation est autorisée par le droit de l'UE, un traité ou accord international ou le droit interne ;
- Dans le cadre d'une instance notamment en vertu de la protection de la liberté d'expression, protection de l'intérêt général et divulgation d'une activité illégale (en articulation avec les dispositions de la loi Sapin II concernant le lanceur d'alerte), protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'UE ou le droit national ;
- Dans le cadre de l'exercice du droit à l'information et à la consultation des salariés ou de leurs représentants (Article L151-7 à L151-9 du code de commerce).

La loi prévoit ainsi que le secret des affaires n'est pas opposable lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux en vigueur ou le droit national, notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives (C. Com, art. L. 151-7).

Le secret n'est pas davantage opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires :

- 1- Pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la presse, et à la liberté d'information telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

- 2- Pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ;
- 3- Pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national (C. Com, art. L. 151-8).

Toujours à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas non plus opposable lorsque :

- 1- L'obtention du secret des affaires est intervenue dans le cadre de l'exercice du droit à l'information et à la consultation des salariés ou de leurs représentants ;
- 2- La divulgation du secret des affaires par des salariés à leurs représentants est intervenue dans le cadre de l'exercice légitime par ces derniers de leurs fonctions, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice.

L'information ainsi obtenue ou divulguée demeure protégée au titre du secret des affaires à l'égard des personnes autres que les salariés ou leurs représentants qui en ont eu connaissance (C. Com, art. L. 151-9).

- **Les sanctions de l'atteinte au secret des affaires**

Afin de protéger le secret des affaires, la loi prévoit que toute atteinte à celui-ci engage la responsabilité civile de son auteur (C. Com, art. L152-1).

Les actions relatives à une atteinte au secret des affaires sont prescrites par cinq ans à compter des faits qui en sont la cause (C. Com, art. L152-2).

- **Les mesures possibles pour prévenir et faire cesser une atteinte au secret des affaires**

Le code prévoit également plusieurs mesures à la disposition de la justice en vue de prévenir et d'empêcher l'atteinte :

- Pouvoir du juge pour prendre toutes mesures proportionnées en vue de la cessation de l'atteinte (par exemple : interdiction des actes d'utilisation ou de divulgation ; interdiction des actes de production, d'offre de mise sur le marché ; Ordre de détruire les documents contenant le secret...)
- Rappel de produits résultant de l'atteinte au secret
- Mesures provisoires et conservatoires sur référé ou sur requête
- Dommages et intérêts (manque à gagner, perte subie, perte de chance, préjudice moral, bénéfices tirés par l'auteur de l'atteinte).
- La publication de la décision de la juridiction quant à l'atteinte au secret (articles L152-3 à L152-7 du code de commerce).

Loi prévoit ainsi que dans le cadre d'une action relative à la prévention ou la cessation d'une atteinte à un secret des affaires, la juridiction peut, sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts, prescrire, y compris sous astreinte, toute mesure proportionnée de nature à empêcher ou à faire cesser une telle atteinte. Elle peut notamment :

- 1- Interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires ;

- 2- Interdire les actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation des produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires ou l'importation, l'exportation ou le stockage de tels produits à ces fins ;
- 3- Ordonner la destruction totale ou partielle de tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique contenant le secret des affaires concerné ou dont il peut être déduit ou, selon le cas, ordonner leur remise totale ou partielle au demandeur.

La juridiction peut également ordonner que les produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, modifiés afin de supprimer l'atteinte au secret des affaires, détruits ou, selon le cas, confisqués au profit de la partie lésée.

Il est prévu que lorsque la juridiction limite la durée des mesures mentionnées ci-dessus, la durée fixée doit être suffisante pour éliminer tout avantage commercial ou économique que l'auteur de l'atteinte au secret des affaires aurait pu tirer de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret des affaires.

Sauf circonstances particulières et sans préjudice des dommages et intérêts qui pourraient être réclamés, les mesures mentionnées ci-dessus sont ordonnées aux frais de l'auteur de l'atteinte.

Il peut y être mis fin à la demande de l'auteur de l'atteinte lorsque les informations concernées ne peuvent plus être qualifiées de secret des affaires au sens de l'article L. 151-1 pour des raisons qui ne dépendent pas, directement ou indirectement, de lui (C. Com, art. L. 152-3).

La loi prévoit que pour prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, la juridiction peut, sur requête ou en référé, ordonner des mesures provisoires et conservatoires (C. Com, art. L. 152-4). Les modalités de ces mesures provisoires et conservatoires doivent être fixées par un décret en Conseil d'Etat à paraître.

Le texte prévoit également que la juridiction peut ordonner, à la demande de l'auteur de l'atteinte, le versement d'une indemnité à la partie lésée au lieu des mesures d'interdiction, de rappel ou de destruction mentionnées aux I à III de l'article L. 152-3 lorsque sont réunies les conditions suivantes :

- 1- Au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret des affaires, l'auteur de l'atteinte ne savait pas, ni ne pouvait savoir au regard des circonstances, que le secret des affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite ;
- 2- L'exécution des mesures mentionnées aux I à III de l'article L. 152-3 causerait à cet auteur un dommage disproportionné ;
- 3- Le versement d'une indemnité à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant.

Enfin, lorsque le versement de cette indemnité est ordonné en lieu et place des mesures prévues aux 1° et 2° du I du même article L. 152-3, cette indemnité ne peut être fixée à une somme supérieure au montant des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret des affaires pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret des affaires aurait pu être interdite (C. Com, art. L. 152-5).

- **La réparation d'une atteinte au secret des affaires**

La loi prévoit que pour fixer les dommages et intérêts dus en réparation du préjudice effectivement subi, la juridiction doit prendre en considération distinctement :

- 1- Les conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret des affaires, dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, y compris la perte de chance ;
- 2- Le préjudice moral causé à la partie lésée ;
- 3- Les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte.

La juridiction peut aussi, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui tient notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée (C. Com, art. L. 152-6).

- **Les mesures de publicité de la décision et de la sanction**

La juridiction peut ordonner toute mesure de publicité de la décision relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret des affaires, notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits dans les journaux ou sur les services de communication au public en ligne qu'elle désigne, selon les modalités qu'elle précise.

La loi prévoit que lorsqu'elle ordonne une telle mesure, la juridiction veille à protéger le secret des affaires dans les conditions prévues à l'article L. 153-1 du Code de commerce précité.

Les mesures sont ordonnées aux frais de l'auteur de l'atteinte (C. Com. art. L. 152-7).

- **Les sanctions en cas de procédure dilatoire ou abusive**

Le texte prévoit que toute personne physique ou morale qui agit de manière dilatoire ou abusive sur le fondement du présent chapitre peut être condamnée au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 €.

L'amende civile peut être prononcée sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts à la partie victime de la procédure dilatoire ou abusive (C. Com, art. L. 152-8).

- **Les mesures de protection du secret des affaires devant les juridictions civiles ou commerciales en cours d'instance**

Le code prévoit également des mesures de protection du secret dans le cadre d'une instance devant les juridictions civiles ou commerciales.

Dans le cas où un élément risquant de porter atteinte au secret fait l'objet d'une demande de communication ou de production durant l'instance, le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers prendre certaines mesures pour assurer la protection.

Ainsi, la loi prévoit que lorsque, à l'occasion d'une instance civile ou commerciale ayant pour objet une mesure d'instruction sollicitée avant tout procès au fond ou à l'occasion d'une instance au fond, il est fait état ou est demandée la communication ou la production d'une pièce dont il est allégué par une partie ou un tiers ou dont il a été jugé qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense :

- 1- Prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou la représenter, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection prévues au présent article ;
- 2- Décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter ;
- 3- Décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil ;
- 4- Adapter la motivation de sa décision et les modalités de la publication de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires (C. Com, art. L. 153-1).

De surcroît, les personnes ayant accès à un élément couvert par un secret des affaires sont tenues à une obligation de confidentialité allant au-delà de la procédure (articles L153-1 ; L153-2 du code de commerce).

La loi prévoit en effet que toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires est tenue à une obligation de confidentialité lui interdisant toute utilisation ou divulgation des informations qu'elle contient.

Dans le cas d'une personne morale, l'obligation s'applique à ses représentants légaux ou statutaires et aux personnes qui la représentent devant la juridiction.

Les personnes ayant accès à la pièce ou à son contenu ne sont liées par cette obligation ni dans leurs rapports entre elles ni à l'égard des représentants légaux ou statutaires de la personne morale partie à la procédure.

La loi prévoit que les personnes habilitées à assister ou représenter les parties ne sont pas liées par cette obligation de confidentialité à l'égard de celles-ci, sauf dans le cas prévu au 1° de l'article L. 153-1.

Enfin, la loi précise que l'obligation de confidentialité perdure à l'issue de la procédure. Toutefois, elle prend fin si une juridiction décide, par une décision non susceptible de recours, qu'il n'existe pas de secret des affaires ou si les informations en cause ont entre-temps cessé de constituer un secret des affaires ou sont devenues aisément accessibles (C. Com, art. L. 153-2).

Les conditions d'application de la loi seront fixées par un décret en Conseil d'Etat à paraître.

* *

*

Conclusion

Aux termes de cette étude, il apparaît que le secret et la confidentialité de l'information en droit des affaires étaient déjà largement protégés à de nombreux titres et par de nombreux textes de notre législation, avant même l'entrée en vigueur de la loi relative à la protection du secret des affaires mais que sa protection faisait l'objet de dispositions éparses et largement éclatées au sein de notre droit et que les fondements de cette protection étaient pour le moins divers.

Il ressort également de cette analyse que les manifestations et les contours de l'obligation de confidentialité sont multiples et que les sanctions de sa violation le sont également. De fait, il n'existait pas, avant la loi sur la protection du secret des affaires, un régime unifié de l'obligation de confidentialité mais une multitude de textes épars et, à l'issue de cette étude, l'on serait presque tenté d'en conclure qu'il existait pratiquement autant de régime qu'il y avait de textes, autrement dit qu'il n'y en avait finalement aucun. Un tel constat aurait été toutefois excessif dans la mesure où le régime variait et différait principalement selon le débiteur de l'obligation de confidentialité en cause et la qualité de celui-ci, aussi serait-il plus exact de dire qu'il y avait autant de régimes qu'il y a de débiteurs possibles et qu'à chaque catégorie ou type de débiteurs (salariés, dirigeants, associés, simple cocontractant, tiers) correspondait un régime particulier.

Néanmoins et par-delà ces différences, on remarque que le contenu d'une telle obligation est quant à lui relativement homogène. Il s'agit toujours de protéger des informations confidentielles (et qui doivent le rester) importantes et sensibles pour celui qui les détient (généralement l'entreprise) au moyen soit d'une clause expresse de confidentialité sanctionnée sur le fondement de la responsabilité civile contractuelle de l'auteur de la violation, soit d'un devoir de loyauté, de confidentialité et de discrétion qui est rattaché à la qualité de la personne débitrice de l'obligation et qui est également sanctionné sur le fondement de la bonne foi et de la responsabilité civile délictuelle de son auteur.

La loi sur la protection du secret des affaires consacre ces solutions en prévoyant que l'auteur d'une atteinte au secret des affaires (et donc de la violation d'une obligation ou d'un devoir de confidentialité) engage sa responsabilité civile de droit commun, ce qui était déjà le cas avant l'entrée en vigueur de la loi. Le texte ne précise pas la nature de cette responsabilité mais il nous semble que celle-ci devrait toujours être contractuelle en présence d'une relation contractuelle (ou précontractuelle) et d'une obligation de confidentialité expressément stipulée, ou délictuelle, en dehors de tout contrat, selon le cas.

La loi sur la protection du secret des affaires ne modifie donc pas vraiment la source et la nature de cette obligation ni les sanctions attachées à sa violation. Elle consacre plutôt les solutions appliquées jusqu'alors par la jurisprudence. Elle tend en revanche à élargir les débiteurs de cette obligation en consacrant pour la première fois une interdiction générale de divulgation d'une information secrète, fortement valorisée et raisonnablement protégée par son détenteur. Elle tend d'autre part à définir et unifier le régime de l'obligation de confidentialité ainsi que les sanctions attachées à sa violation afin de mieux protéger les entreprises. Surtout, elle commence par définir précisément l'information protégée au titre du secret, laquelle doit remplir trois critères cumulatifs pour bénéficier de la protection. Il s'agit sans doute de l'un des principaux apports de la loi.

Enfin, elle tend également à renforcer les sanctions encourues par l'auteur de la divulgation illicite afin de les rendre plus dissuasives et de rendre la protection du secret plus efficace.

* *

*

**More
Books!** 



yes Oui, je veux morebooks!
I want morebooks!

Buy your books fast and straightforward online - at one of the world's fastest growing online book stores! Environmentally sound due to Print-on-Demand technologies.

Buy your books online at
www.get-morebooks.com

Achetez vos livres en ligne, vite et bien, sur l'une des librairies en ligne les plus performantes au monde!

En protégeant nos ressources et notre environnement grâce à l'impression à la demande.

La librairie en ligne pour acheter plus vite
www.morebooks.fr

SIA OmniScriptum Publishing
Brivibas gatve 197
LV-103 9 Riga, Latvia
Telefax: +371 68620455

info@omniscryptum.com
www.omniscryptum.com

OMNIscriptum



