

# S O M M A I R E

AVANT PROPOS

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : LA CONCEPTION DE L'INFORMATION ET LE SECRET DES AFFAIRES

CHAPITRE I : L'INFORMATION FAIT PARTIE DU PATRIMOINE IMMATERIEL DE L'ENTREPRISE

Section 1 : Le problème sur la conception de l'information

Section 2 : Les informations couvertes par le secret des affaires

CHAPITRE II : LE SECRET DES AFFAIRES DELIMITE LA COMMUNICATION DES INFORMATIONS

Section 1 : L'évolution du secret des affaires

Section 2 : Les mesures prises pour préserver le secret des affaires

Section 3 : La violation du secret des affaires

CHAPITRE III : LE SECRET DES AFFAIRES MERITE PROTECTION

Section 1 : L'utilité de la protection

Section 2 : La protection s'inspire du droit de la propriété intellectuelle

Section 3 : L'existence d'un paradoxe avec le droit sur la propriété intellectuelle

DEUXIEME PARTIE : LA PORTEE ET LIMITES DU REGIME DU SECRET DES AFFAIRES

CHAPITRE I : SUR LA TRANSPARENCE DE L'ENTREPRISE

Section 1 : Le domaine de l'application de la transparence

Section 2 : Les limites du secret des affaires

Section 3 : La lutte contre les fraudes et les comportements illicites

CHAPITRE II : LE SECRET DES AFFAIRES POSSEDE DES RECOURS

Section 1 : Le fondement du recours : la concurrence déloyale

Section 2 : Les voies de recours possible

CHAPITRE III : L'EVOLUTION DU SECRET DES AFFAIRES

Section 1 : Les critiques sur le contenu du projet de loi

Section 2 : Constat et propositions

CONCLUSION

ANNEXE

BIBLIOGRAPHIE

## LISTE DES ABBREVIATIONS

CPF	: Code pénal français
CPM	: Code pénal malgache
Art.	: Article
Cour Cass	: Cour de cassation
BIANCO	: Bureau Indépendant Anti-corruption
SAMIFIN	: «Sampan-draharaha Malagasy Iadiana amin'ny Famotsiam-bola»
ALENA	: Accords de Libre Echanges Nord-Américain
ADPIC	: Accord sur les Droits des Propriétés Intellectuelles qui touche au Commerce
OMAPI	: Office National Malgache pour la Protection des Propriétés Intellectuelles
CADA	: Commission d'Accès aux Documents Administratifs
CGI	: Code Général des Impôts
NTIC	: Nouvelle technologie d'information et de télécommunication
RTD com	: Revue Trimestriel du Droit Commercial
C.Com	: Code de Commerce Français
CTF	: Code de travail français
Bull.	: Bulletin des arrêts
Bull .Crim	: Bulletin criminelle
PME	: Petites et moyennes entreprises
CEE	: Communauté européenne
C.A	: Cour d'Appel

## AVANT PROPOS

Le monde des affaires est soumis à ses propres impératifs économiques qui est de réaliser des profits. Pour y parvenir toutes les opportunités doivent être saisies rapidement aucun moyen ne peut être négligé ; mais les contraintes sont multiples. Parmi celles-ci, il y a celle de savoir protéger les informations confidentielles. En effet, la nécessité absolue de protéger le secret en affaires est particulièrement sensible aujourd'hui au regard des risques convergeant découlant de la mondialisation.

Face à ce contexte, l'entreprise cherche des moyens pour préserver leurs informations confidentielles puisque leurs révélations engendreraient des conséquences dommageables pour cette dernière. De ce fait, l'entreprise évoque la notion de secrets des affaires au moment où on essaie de lui soutirer quelques renseignements le concernant ;

Néanmoins, l'exigence de transparence limite son champ d'application. Certes oui, le secret des affaires ne peut être opposé au puissance public, par contre, le chef d'entreprise pourrait l'opposer à ses salariés et des tiers contractants, il pourrait ainsi bénéficier des actions contre ces derniers en cas des divulgations de ces secrets et en se référant aux législations en vigueur parce qu'il n'y a pas encore des lois spécifiques qui traitent le régime de secret des affaires.

En raison de cette lacune, le projet de loi française sur le délit de secret des affaires apporterait de nouvel espoir pour l'entreprise.

## INTRODUCTION

La montée en puissance des nouvelles technologies d'informations et des communications a un impact dans la vie de la société actuelle. Surtout que l'information est désormais à la portée de tous et chaque individu constitue une source d'information. Grâce à cette évolution rapide que vit la mondialisation, la diffusion de l'information est devenu très rapide, les hommes de nos jours acquièrent cette information par tous les moyens mais le plus facile est celui acquise et diffuser par internet<sup>1</sup>. Le développement de certains moteurs de recherche permet de collecter les informations à partir de micro-ordinateurs distribués en réseau et de reconstituer relativement facilement le détail des informations.

De cette manière, toutes sortes d'informations utiles pour les besoins intellectuelles quotidiens, peuvent être trouvées, que ce soit économique ou scientifique ou social peu importe sa nature, vraie ou fausse.

En effet, la vitesse de diffusion de l'information s'est considérablement accélérée. Plusieurs informations sont désormais disponibles in real time<sup>2</sup>. Internet ainsi que toutes les nouvelles technologies de l'information et de la communication contribuent puissamment à ce phénomène.

D'autant plus que les pratiques individuelles d'accès et de production d'information se développent et se diversifient, rendant plus urgente encore la nécessité d'établir un cadre et des règles ; ce phénomène touche de nombreux domaines et n'en épargne aucun. Ici, le plus concerné est l'entreprise en soi qui possède des informations, qu'elles collectent, qu'elles émettent et qui circulent à l'intérieur qu'à l'extérieur. Sans oublier que le patrimoine des entreprises est aujourd'hui composé en grande majorité par des biens immatériels et l'information en fait partie intégrantes de ces composantes, ce dernier étant considéré comme un actif de l'entreprise et sa survie en dépend.

Force est de constater que l'immatériel a pris de l'ampleur sur le monde économique et l'information est considéré comme un bien qu'autant un capital immatériel de l'entreprise que tout le monde s'en préoccupe en utilisant des moyens en leur possession afin de pouvoir s'informer d'où la nécessité d'organiser sa protection. L'information est devenue dès lors, un élément essentiel pour la croissance économique.

---

<sup>1</sup> Sur ce point V. Tahina Fabrice RAKOTOARISON, du secret des affaires au bien informationnel, extrait du : « Regards sur le droit malgache » Mélanges en l'honneur du professeur Alisaonina RAHARINARIVONIRINA, édition jurid'ika l'harmattan 2010, p. 293.

<sup>2</sup> DENIS KESSLER, L'entreprise entre transparence et secret, Pouvoirs 97,2000.p35.

Ce qui fait que l'information a de la valeur. Quelle est vraiment la valeur de cette information ? Quand est-ce qu'on peut dire qu'une information a de la valeur ?

Pour éclaircir à ces quelques questions on va se livrer d'abord à donner une classification des informations (I), ensuite, développer la place du secret dans le monde des affaires (II) avant de disséquer la notion du secret des affaires (III).

## **TITRE PRELIMINAIRE : LA CONCEPTION DE L'INFORMATION ET LE SECRET DES AFFAIRES**

### **§1 – CLASSIFICATION DES INFORMATIONS**

Par cette classification, on peut concevoir déjà la place que tient l'information au sein d'une entreprise. On ne peut toutefois donner une classification (B) sans tenir compte de la notion d'information (A) envisagée par les doctrines.

#### **A - La notion d'information**

L'information est une notion complexe et difficilement protégeable si l'on part du principe qu'en droit, on ne sait pas encadrer ce qu'est une information. Le droit est flou et ne se prononce pas d'une manière claire sur le sujet. On peut même se demander si le flou juridique n'est pas entretenu afin de justifier des pratiques à la limite de la légitimité de cette notion qui revêt pourtant un caractère économique considérable<sup>3</sup>.

Ce qui exige en effet plus d'attention de la part du législateur et même s'il n'en a pas donnée une définition de la notion, les doctrines eux, n'en a pas oubliés d'en définir, sur ce point, selon M. le professeur CATALA : «l'information consiste en tout message formulé pour être transmis à autrui»<sup>4</sup>. En revanche, M. le professeur GALLOUX définit l'information comme étant toute «forme ou (...) état particulier de la matière ou de l'énergie susceptible d'une signification»<sup>5</sup>. L'objet de l'information est dans ce cas destiné à être transmis, et à être circuler. Cependant toute information n'a pas à être communiquée, selon son destinataire ou son importance et sa valeur au sein de l'entreprise, ce qui nous mène à discuter brièvement sur la classification des informations.

---

<sup>3</sup>Garance Mathias et Charlene Gabillat, Avocat à la Cour, « L'information, capital immatériel de l'entreprise. Comment concilier sécurité, enjeux économiques et libertés fondamentales ? », SSTIC 2012, p.168.

<sup>4</sup> P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », Dalloz, chronique, 1984, p.97 ss).

<sup>5</sup> J-C. GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », Dalloz, chronique, 1984, p.229.

## **B - La classification**

En général, les informations d'une entreprise se classifient selon trois niveaux : la première, l'information générale, ouverte à l'ensemble du personnel, et en cas de divulgation en dehors de l'entreprise les conséquences sont nulles ou minimales. Ensuite vient l'information restreinte car sa divulgation peut nuire de façon importante à l'entreprise et enfin la troisième, celle de l'information strictement confidentielle car sa divulgation porterait lourdement préjudice à l'entreprise<sup>6</sup>.

C'est ce dernier point qui nous intéresse puisque ce sont ceux qui sont désormais couverts par le secret des affaires. Ces informations sont considérées comme particulièrement sensibles et parmi ces trois niveaux elles paraissent les plus « fragiles » et leurs divulgations pourraient engendrer un risque dommageable et irrémédiable pour l'entreprise, voilà pourquoi elles nécessitent des protections spécifiques et satisfaisantes. Ces informations sont protégées par le secret des affaires.

Ce qui fait que le secret des affaires est devenu comme mode de réservation des informations confidentielles et considéré comme garant de la non divulgation qui est souvent menacé. Pour pouvoir entrer dans le vif du sujet allons d'abord expliciter la place du secret dans le monde des affaires, de là on pourra définir la signification du secret (A) et ensuite évoquer que le secret est une éthique des affaires(B).

## **§2 – LA PLACE DU SECRET DANS LE MONDE DES AFFAIRES**

### **A - La définition**

Historiquement et jusqu'à une époque relativement récente, le monde de l'entreprise pouvait sembler se caractériser d'avantage par le secret, voire par une certaine opacité, que par la transparence<sup>7</sup>.

Généralement, est considéré comme « secret », tout fait destiné à demeurer caché<sup>8</sup>. Le secret désigne un engagement unilatéral ou réciproque de conserver certaines informations secrètes et de n'en faire usage que dans le cadre d'un accord<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup>Sur ce point, voir Le service de coordination de l'intelligence économique, « Valorisation des informations en entreprises », juillet 2010.

<sup>7</sup>DENIS KESSLER, « l'entreprise : entre transparence et secret » POUVOIRS 97,2001.

<sup>8</sup>FRANCOIS WARREN BOURG-AUQUE, Réflexions sur le secret professionnel, RSC 1978-345.

<sup>9</sup>Xavier Leclercq, Les contrats commerciaux, glossaire/index, éditeur 2002.

Ces deux définitions montrent que le secret est une information à l'abri de la connaissance du public et concernant les entreprises alors, le secret est tout ce qui devrait être ignoré par les concurrents vu que cela confère un avantage concurrentiel pour l'entreprise en cause. Il demeure jusqu'à présent une notion pertinente. L'information, en vue de sa protection, voire de sa réservation, doit-elle suivre le même sort ? Encore faut-il pouvoir juger de manière stratégique de ce que l'on divulgue et de ce que l'on garde secret<sup>10</sup>.

Certes, le secret est vital aux affaires<sup>11</sup>, c'est un élément essentiel pour la bonne marche des affaires, ce qui nécessite un besoin de la protéger face aux dangers réels qu'apporte l'évolution de nouvelles technologies de communication et des informations. De même, dans les contrats en affaires, la discrétion absolue comme règle à suivre ne devrait pas être négligées pour que tout se déroule comme prévue.

## **B - La valeur du secret en affaires**

Le mot affaires laisse penser à des réalités comme le commerce, le négoce, le business. D'une manière ou d'une autre, il renvoie à des montants de capitaux importantes ainsi que de pertes et de bénéfices mise en jeu qui suscitent de grands intérêts. Le monde des affaires est marqué par la concurrence, la célérité, l'innovation. Toutes ces situations regroupées ensemble fait entrevoir la nécessité du secret.

Il a été depuis longtemps une éthique des affaires. L'institution du secret tend à renforcer la protection de la sphère de la vie privée et de la négociation ainsi que les contrats en affaires. Cette protection peut être voulue pour des raisons très diverses, sur le plan juridique, elle dote de sanctions les rapports de confiance qui se nouent entre cocontractant ou les relations des entreprises avec d'autres entités. Raymond FAHRAT a écrit à ce propos : «Les préceptes de discrétion et de confiance faisaient partie d'une morale des affaires qui commençait à s'élaborer au Moyen âge<sup>12</sup> ». L'auteur rajoute en disant : «Ainsi nous constatons que la notion du secret des affaires, et celle de la discrétion bancaire, ont fait leur chemin dans l'esprit du Moyen âge. Elles constituent déjà un élément de base d'une éthique des affaires». Ceci confirme alors l'existence du secret depuis la formation des relations d'affaires et que les hommes d'affaires savaient déjà quelle précautions à adopter lors de la mise en circulation des informations.

---

<sup>10</sup>Garance Mathias et Charlene Gabillat, Avocat à la cour, « L'information capital immatériel de l'entreprise. Comment concilier sécurité et enjeux économiques et libertés fondamentales ? » Cabinet d'Avocats MATHIAS, SSTIC.

<sup>11</sup>Xavier Leclercq, Les contrats commerciaux, Chiron éditeur 2002.

<sup>12</sup> Raymond FARHAT, Le secret bancaire, étude du droit comparé, (préface Michelle VASSEUR), Paris LGDJ, p.19

Par la suite, avec l'avènement de la personnalité morale des sociétés qui masquait la personne des actionnaires, la négociation ainsi que la spéculation des titres, le secret était devenu indispensable pour permettre cette spéculation. Divers facteurs se tiennent rassemblés afin d'élaborer, maintenir le régime de discrétion au monde des affaires et les opérations qui s'y effectuent, dont le secret concernant les activités de l'entreprise qui sont tenu confidentielles constitue une manifestation spéciale et significative.

Aujourd'hui, cette évolution sur le secret continue lorsque nous évoquons le contenu du patrimoine des entreprises, qui est composé en grande majorité par des biens immatériels que sont les informations telles que des fichiers fournisseurs et/ou clients, des organigrammes, des procédés de fabrication, des informations de stratégie économique, du savoir-faire, des recettes, des méthodes de commercialisation, des informations financières, et des accords économiques secrets... L'ensemble de ces informations présente un intérêt économique particulièrement élevé dès lors qu'elles sont propres à chaque entreprise et qu'elles représentent leur faculté à se distinguer de leurs concurrents et à survivre sur un marché donné. Ces informations présentent le plus souvent un caractère secret qui doit être maintenu au sein de l'entreprise. Alors le régime du secret intervient ici pour les préserver afin qu'ils ne perdent pas de leur valeur. Puisqu'une fois divulgué la valeur de ces informations disparaît.

En effet, l'information est devenue un bien immatériel de l'entreprise, et suite à la mondialisation, l'accès rapide des informations avec le développement de l'internet et de la télécommunication, la concurrence fait rage et les facteurs de différenciation des produits et services sont de plus en plus ténus. Plus que jamais, la capacité de l'entreprise à gérer l'information comme un actif lui confère un sérieux avantage concurrentiel.

Mais quand est-il donc de ces informations qui sont classés secret des affaires au sein de l'entreprise ? si on pouvait donner une définition exacte de ce qu' est un secret des affaires vue que toutes les entreprises s'empressent de se réfugier dedans au moment où l'on décide de lui soutirer quelques renseignements ou pour se défendre contre ceux qui veulent s'emparer de ces informations considérés comme secret ou confidentielles.

### **§3 – LA NOTION DU SECRET DES AFFAIRES**

Dès lors, il est opportun d'essayer de donner une définition du secret des affaires (A), avant d'évoquer le type d'information en entreprise qui concerne notre sujet (B).

## A - Définition

La notion «secret des affaires» n'est pas définie par le droit applicable aujourd'hui. De nombreuses législations existent, mais aucun ne fournit la définition de cette matière nouvelle qu'est le secret d'affaires, même si la loi malgache sur le droit de la concurrence le reconnaît et en mentionne<sup>13</sup> mais ne donne pas une définition exacte de ce que c'est un secret des affaires.

De prime abord, il faudrait entendre par «secret commercial» (trade secret ou commercial secret) les expressions suivantes : secret d'affaires<sup>14</sup> (business secret), secret industriel (industrial secret) et information confidentielle (confidential information). La langue anglaise emploie en plus les expressions private information, restricted information et commercial confidences<sup>15</sup>. Ces secrets commerciaux sont ainsi dire des informations commerciales, privées, confidentielles et restrictif. Le secret des affaires concernant notre sujet fait partie en ce sens des secrets de commerce.

En droit français, plusieurs dispositions<sup>16</sup>, notamment pénales, y renvoient sous un autre vocable, tel que le secret professionnel dans tout secteur d'activité, l'information privilégiée dans le domaine des marchés financiers, le secret de fabrication dans le domaine industriel notamment. Chercher à définir juridiquement cette notion présenterait des inconvénients sans améliorer nécessairement la protection recherchée par les entreprises. Non seulement cette notion fait depuis longtemps l'objet d'incertitudes. Il est bien difficile d'en donner une définition précise. En l'absence de définition légale du «secret des affaires », la pratique tend à considérer que cette notion recouvre les informations dont la divulgation ou la transmission à des tiers peut gravement léser les intérêts de l'entreprise<sup>17</sup>.

La définition de la notion elle-même apparaît délicate car extrêmement large et recouvrant des situations très diverses. Un projet d'article 325-1 du Code pénal français précise ce que sont les informations protégées par le secret des affaires mais n'en donne pas une définition exacte. Il s'agit des «procédés, objets, documents, données ou fichiers, de nature

---

<sup>13</sup> Voir en ce sens le Décret n°2008-771 fixant les conditions d'application de la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence dans ses articles 25, 57 et 65.

<sup>14</sup> Les secrets d'affaires entendus comme étant les informations couvertes par le secret des affaires.

<sup>15</sup> Judith ROBINSON et Sébastien JETTE, La protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur employé, p.4.

<sup>16</sup> C'est le cas, notamment, en matière de régulation bancaire et financière aux articles L. 612-24 et L. 621-15 du Code monétaire et financier. De même, en droit de la concurrence, l'article L. 463-4 du Code de commerce concernant l'autorité de la concurrence y fait référence.

<sup>17</sup> M. Claude MATHON, La protection du secret des affaires : enjeux et propositions, Rapport du groupe de travail, 17 avril 2009, p.9

commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique, ne présentant pas un caractère public dont la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle, et qui ont, en conséquence, fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci ». Leur support importe peu en revanche<sup>18</sup>.

Un secret d'affaires est une information de n'importe quel genre qui est ou qui peut être précieuse pour son détenteur, qui n'est en général pas connue du public et que celui-ci ne peut pas facilement vérifier et pour laquelle le détenteur a fait des efforts raisonnables aux fins de la conserver secrète. En général, un secret d'affaires a coûté quelque chose et n'est pas de notoriété publique dans l'entreprise.

Sauf si le contexte dans chaque entreprise indique le contraire, considéré comme équivalent au secret des affaires les informations confidentielles que possède une entreprise. Et la règle générale est que toute information non disponible gratuitement est réputée confidentielle<sup>19</sup>.

De ce point de vue, le secret des affaires protège toutes les informations sensibles et d'ordre commercial qui pourraient affecter la situation de l'entreprise sur un marché. La notion de secret des affaires paraît couvrir à la fois «les secrets de production «qui représentent un investissement de la part de l'entreprise : secret de fabrication, secret d'organisation interne et externe, secret de l'activité commerciale et financière , mais aussi «les secrets de situation «qui n'offrent pas un avantage économique direct mais qui présentent un intérêt du point de vue concurrentiel, en raison de leur caractère stratégique<sup>20</sup>.

## **B - Le secret des affaires de l'entreprise**

Les connaissances des informations sur une entreprise permettent de la déstabiliser<sup>21</sup>. Afin d'échapper à toutes ses détracteurs à saisir les informations, il faudrait alors trouver des moyens spécifiques et légaux pour pouvoir protéger leurs informations confidentielles.

---

<sup>18</sup> Jérôme Lasserre CAPDEVILLE, La reconnaissance légale du secret des affaires, Janvier 2013.

<sup>19</sup> M. Claude MATHON, La protection du secret des affaires : enjeux et propositions, Rapport du groupe de travail, 17 avril 2009, p.48.

<sup>20</sup> M. Claude MATHON, La protection du secret des affaires : enjeux et propositions, Rapport du groupe de travail, 17 avril 2009, p.64.

<sup>21</sup> M. Claude MATHON, La protection du secret des affaires : enjeux et propositions, Rapport du groupe de travail, 17 avril 2009, p.59.

Par ailleurs, il n'entre pas dans notre propos d'étudier ici les nombreuses difficultés auxquelles donnent lieu l'information face au droit de l'intelligence économique qui s'évolue beaucoup dans le droit français. Remarquons simplement que le secret des affaires et ce droit à l'intelligence économique<sup>22</sup> participent ensemble à la protection des informations que détient une entreprise en laissant le choix à l'entreprise de ce qui est judicieux pour stabiliser leurs situations face à la guerre économique. Seulement, l'entreprise a le choix entre les deux fondements de base pour protéger leurs informations. Et notre sujet opte plutôt vers la protection des informations par le secret des affaires.

Ainsi conçu et se présentant sous cet aspect très particulier, un tel régime suscite notre intérêt principalement sur des points essentiels :

De quelle manière est-il constitué, comment fonctionne-t-il et par quel effet se maintient-il, en dépit des divers heurts auxquels il est constamment exposé ? De là, l'intérêt à étudier la structure de ce secret des affaires ainsi que les modalités de son application et le régime approprié de protection élaboré pour la sauvegarder. C'est ce que nous essayerons d'entreprendre dans la première partie de notre développement.

Ce régime paraît instaurer une discrétion de portée très étendue à un tel point qu'on se demande si elle peut s'exercer en dehors de toutes limites ou exceptions ? Cela fera l'objet de notre deuxième partie.

Il est évident, à cet égard qu'un tel système ne pourra fonctionner d'une façon adéquate sans admettre l'existence de cas donnés où le secret ne devra plus s'appliquer. Soit que le besoin d'informer l'activité de l'entreprise impose la limite à la portée du secret des affaires, soit que la loi elle-même prévoit ses propres exceptions.

Ce qui nous mène à poser la question : «le secret des affaires offre-t-il une assurance de sécurité pour les informations confidentielles d'une entreprise» ? L'objet du secret des affaires est très large mais le présent mémoire est limité à l'étude des informations confidentielles au sein d'une entreprise en matière de secrets de production et les secrets de situation.

Il fera place cependant à l'examen de diverses règles concernant le système de diffusion et de la gestion des informations. Il est possible cependant de donner à leur étude une plus grande unité en prenant comme postulat ; dans cette perspective qui bien entendu ne doit pas déformer l'étude du droit positif, on pourra procéder à un jugement de commun sur la

---

<sup>22</sup> Le droit à l'intelligence économique est structuré selon trois piliers : la collecte d'information, la protection de l'information et les opérations d'influence.

situation du secret des affaires en droit français et en droit malgache et en donner des constats et propositions.

Pour ces raisons, le régime de la protection des informations confidentielles d'une entreprise par le secret des affaires est soumise à régime juridique complexe que l'on étudie dans le présent mémoire en exposant successivement : la conception de l'information et le secret des affaires (partie 1), la réalité du secret des affaires dans la vie de l'entreprise (partie 2).

## **PREMIERE PARTIE**

### **LA CONCEPTION DE L'INFORMATION ET LE SECRET DES AFFAIRES**

Concevoir l'étude de l'information et le secret des affaires paraît une étude complexe, vue que l'information a vocation à être communiquée alors que le secret, lui, oblige à ne pas faire circuler l'information.

Cependant, il existe une relation que l'on ne peut pas ignorer entre ces deux notions. L'avenue du secret des affaires dans le monde des affaires a apporté par conséquent une innovation majeure : l'existence d'une relation stricte de l'information avec le secret, en plus l'information confidentielle étant l'origine du secret des affaires, or ce dernier sert de couverture afin que l'entreprise puisse sauvegarder ses informations.

Le repérage des sources d'information n'échappe pas à l'évolution des technologies et un peu fastidieuse mais l'élément essentiel est l'importance de la spécificité des sources en fonction des différentes finalités d'utilisation dans l'entreprise ainsi que les choix à effectuer entre utilisation des informations de l'entreprise et accès aux sources extérieures.

La diffusion des informations doit étudier les différentes opérations élémentaires et indique la méthodologie des différentes étapes pour la gestion de l'information au sein de l'entreprise.

Cette partie comportera trois chapitres correspondant à des approches essentielles entre la relation qui existe entre le secret des affaires et l'information. Dans un chapitre premier, on étudiera que l'information fait partie du patrimoine immatériel de l'entreprise. Le chapitre deuxième sera consacré à la délimitation de la communication de l'information par le secret des affaires, et ensuite dans le troisième chapitre, on évoquera que le secret des affaires mérite protection.

## CHAPITRE I

### L'INFORMATION FAIT PARTIE DU PATRIMOINE IMMATÉRIEL DE L'ENTREPRISE

«L'économie de l'immatériel»<sup>23</sup> comme l'appelle l'auteur Marc Halévy ; cette nouvelle économie mondiale celle de la connaissance, de l'information, du sens, des valeurs, de l'intelligence, de la créativité. L'information participe de ce fait à l'évolution du phénomène qui touche l'économie.

A la différence des biens corporels qui présentent une valeur économique aisément identifiable, les informations et connaissances vitales de l'entreprise constituent des actifs immatériels fragiles, dont l'évaluation est difficilement perceptible, mais dont la perte constitue le plus souvent un sinistre dommageable sérieux pour sa compétitivité.

L'information comme actif immatériel de l'entreprise suppose la nécessité d'établir un système de sécurité, laquelle devra être efficace et spécifique adaptée aux dispositions légales existants.

Les stratégies de différenciation entre concurrent de plus en plus complexes et précises obligent les entreprises à considérer l'information comme une valeur, une ressource à part entière. L'information est intégrée comme bien immatériel, elle est à ce titre une source collective de profit et une garantie de la pérennité de l'entreprise.

Il conviendra tout d'abord de s'interroger sur la manière dont l'entreprise fait pour que l'information acquière la qualité d'un «bien» et la volonté des entreprises de protéger leur patrimoine informationnel.

Après avoir fait une présentation générale sur le problème de la conception de l'information (section 1), nous traiterons de ceux qui sont couvertes par le secret des affaires (section 2).

---

<sup>23</sup> Marc HALEVY, Que vaut une idée ? Introduction à l'économie de l'immatériel, Editions Edipro.p.15.

## **SECTION 1 : LE PROBLÈME SUR LA CONCEPTION DE L'INFORMATION**

Le vocable patrimoine signifie l'existence d'un bien, or considéré l'information comme un bien immatériel nécessite une justification. Cette section première comportera l'appréhension juridique de l'information (§1) et la valeur de l'information au sein d'une entreprise (§2).

### **§1 – L'APPRÉHENSION JURIDIQUE DE L'INFORMATION**

Sur ce plan, nous allons voir le contexte de l'information appréhendé par les législations et les doctrines, comment ils conçoivent l'importance de l'information pour que celle-ci deviennent des biens informationnelles même s'ils n'en donnent pas une définition exacte, ils en reconnaissent sa valeur parmi ces dispositions. Ainsi nous allons disséquer les généralités sur l'information (A) avant d'entamer la question de l'appréhension de l'information par le droit (B).

#### **A – Généralités**

##### **1 - Contexte**

La maîtrise de l'information, véritable capital immatériel de l'entreprise est stratégique. En effet, la vitesse de croissance de «l'immatériel» est rapide et illimitée. Elle profite du fait que l'information est une ressource dont le stock augmente du fait de son utilisation. Selon l'auteur Pierre BONNET<sup>24</sup> : «(...) l'information est fragile, il ne suffit pas de posséder de l'information, il faut savoir l'exploiter» et l'auteur rajoute : «La masse d'information peut atteindre un haut niveau de complexité et une évolution rapide, ce qui rend difficile sa gestion».

Ce qui explique donc pour nous que la considération de l'information comme capital immatériel commence par le fait de son exploitation qui est une base stratégique pour l'entreprise, malgré les innovations apportés par les différents facteurs notamment l'évolution de la technologie ainsi que la mondialisation actuelle.

Puisqu'avec l'avènement de l'internet, puissant amplificateur informationnel, l'entreprise doit toujours tenir compte des informations déjà mis en circulation sur les réseaux sociaux ou les sites web pour savoir les détails concernant les informations disponibles.

---

<sup>24</sup> Pierre BONNET, Mesures de la valeur des actifs immatériels du système d'informations : Valeur, Lavoisier Librairie, p. 23.

## 2 - Les types d'actifs immatériels

L'auteur Pierre BONNET<sup>25</sup> continue d'insister sur le fait que : «Le capital immatériel de l'entreprise est incarné par l'information dont elle dispose». Ensuite, il a énuméré les différents types d'actifs immatériels que sont : les connaissances des clients, qualité de sa relation avec ses fournisseurs, attractivité de sa marque, brevets disponibles.

Ainsi, on peut en ressortir que le capital matériel de l'entreprise ne se réduit pas à ses biens matériels, à ses contrats en cours et sa trésorerie. Il existe aussi une part relative aux immatériels c'est-à-dire au gisement d'information dont elle dispose et la manière dont elle est en mesure d'en tirer profit. Ces informations devraient être fiables et déterminées pour démontrer sa valeur.

### B - L'appréhension de l'information par le droit

Pour être qualifié de bien juridique, une chose corporelle ou incorporelle, doit avoir de la valeur être appropriable dans le commerce juridique c'est-à-dire cessible<sup>26</sup>. En outre, les choses incorporelles sont «le fruit d'une conception en esprit» elles émergent néanmoins à la considération du droit des biens «par la sanction du marché économique c'est-à-dire par la valeur qui leur est conférée»<sup>27</sup>. Il s'agit en effet de la chose intellectuelle, création de l'esprit ou de l'information.

L'acceptation de l'appropriation de la chose incorporelle en droit passe par une sorte d'aménagement de la notion classique de bien<sup>28</sup>, conduisant à l'appellation de propriété intellectuelle.

Ce qui signifie donc que le droit reconnaît la qualité juridique de l'information à travers le droit de la propriété intellectuelle, le seul droit privatif qui contient des dispositions concernant l'immatériel.

---

<sup>25</sup>Pierre BONNET, Mesures de la valeur des actifs immatériels du système d'informations : Valeur, Lavoisier Librairie, p. 25.

<sup>26</sup> FREDERIC Zenati-Castaing et Thierry Revet, Les biens, PUF Paris, 2008, n°2.

<sup>27</sup> ALAIN PEDELIVRE, Le matériel et l'immatériel : essai d'approche de la notion de bien, in, Les aspects du droit privée en fin du 20<sup>e</sup> siècle , Mélanges Juglart, 1986, p.55.

<sup>28</sup>Zenati-Castaing et Thierry Revet, Les biens, PUF Paris, 2008, n°83.

## **§2 - LA VALEUR DE L'INFORMATION**

L'information, actif immatériel est un élément essentiel pour l'entreprise, par conséquent, nécessite un système de sécurisation particulier (A) nous allons expliquer cette valeur par rapport au contexte existant avant d'envisager que cette valeur peut avoir une incidence avec la maîtrise de la diffusion de l'information (B).

### **A - Contexte**

L'origine de l'information est un critère pour déterminer sa valeur. Un bien informationnel dont la composante «information» représente une part importante : de la valeur. Cependant l'information ne peut acquérir cette valeur qu'à condition de présenter tout à la fois une utilité pour les hommes et de se retrouver en quantité rare sur le marché<sup>29</sup>. Pour circuler sur le marché il faudrait qu'il soit un produit d'information capitalisable différent de ce qu'on appelle un service.

#### **1 - L'information comme service**

Pour expliquer cela, prenons comme illustration le cas d'un médecin, lorsqu'il donne une consultation à un malade il délivre une information ponctuelle, importante pour son destinataire immédiat, mais qui ne s'objective pas pour devenir «quelque chose» de permanent, de durable.

Il est en est de même de l'avocat ou de l'architecte, l'information communiquée à leur client n'est pas capitalisable car elle n'a pas de valeur objective, elle ne présente un intérêt éphémère du reste, que pour ce dernier.

Dans ces hypothèses, l'information fournie ne peut pas être vue comme un bien à vocation à circuler sur le marché. Lorsque les personnes concernées fournissent des informations dans le cadre normal de leur profession, on n'est pas en présence d'un produit d'information mais d'un service.

C'est donc en tant que prestataire de service qu'ils engageront, le cas échéant leur responsabilité, et non au titre de producteurs qui ont mis en circulation des produits défectueux. Ces services échappent à notre avis à notre phénomène d'objectivation sur la

---

<sup>29</sup> Tahina Fabrice RAKOTOARISON, du secret des affaires au bien informationnel, extrait du : « Regards sur le droit malgache » mélanges en l'honneur du professeur Alisaonina RAHANARIVONIRINA, édition jurid'ika, l'harmattan 2010, p.297.

qualification de l'information qui présente un avantage concurrentiel pour l'entreprise sur le marché.

## **2 - l'information comme produit**

Dès l'instant où un savoir un tant soit un peu rassemblé, ordonné, structuré, prend la forme d'un livre, d'un système expert, d'une base de données, il entre dans la durée et acquiert certaine pérennité. Dans ce cas l'information se capitalise : il n'est plus question du simple transfert de l'information dans l'instant soit d'un service on a affaire alors à un bien appelé à circuler soit à un produit<sup>30</sup>.

### **B - La diffusion de l'information**

#### **1- La gestion de l'information**

L'information qu'elle soit stratégique ou commerciale est une puissance. Le livre, la lettre, une conférence, un journal contiennent de l'information. En fait, le concept de l'information est statique seuls le support ou le contenant change dans le temps. Tout ce qui peut contenir l'information est un support. La presse, les disquettes, les logiciels, ou même des mémoires d'ordinateurs sont des supports incontestés d'information.

La gestion de l'information en entreprise appellerait non seulement la précaution sur les systèmes de sécurisations et le support mais aussi le choix du destinataire de l'information.

#### **2 - Le destinataire de l'information**

##### **a - Le salarié**

Le premier destinataire de l'information est le salarié, en effet, il existe depuis longtemps de multiples obligations d'information des collaborateurs de l'entreprise et des organisations représentatives des salariés<sup>31</sup>. La nouvelle politique du personnel oblige l'employeur d'informer et de consulter l'instance représentative du personnel sur toutes les questions intéressant l'organisation économique et juridique de l'entreprise.

Ceci nous paraît être une évidence puisque l'entreprise moderne doit privilégier l'information de ses collaborateurs. De cette manière, il procéderait à la communication des informations

---

<sup>30</sup> Etienne MONTERO, « La responsabilité civile du fait des bases de données », Amazon France, p.235.

<sup>31</sup> Art. L.432-4 et 5 CTF : « toutes les décisions touchant à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail et aux techniques de production, doivent être précédées par une consultation du comité d'entreprise ».

nécessaire pour l'activité de l'entreprise et afin de maintenir les rapports entre le chef d'entreprise avec ses salariés.

L'information est destinée au salarié et devrait être à la connaissance des personnes de l'entreprise malgré le système de protection. Il faudrait savoir juste mettre une limite concernant sa diffusion parce qu'il y a des informations qui nécessitent une réelle communication pour ne pas mettre les personnels dans la confusion.

### **b - Les tiers**

Comme l'a bien expliqué Robert Savy : «Tout n'est pas à dire à tout le monde. Mais dans la mesure où l'accès à l'information confère du pouvoir, le cercle des destinataires ne doit pas être abusivement restreint»<sup>32</sup>. Il faudrait donc dans ce cas organiser le système de diffusion d'information pour éviter une fuite d'information.

Cela ne veut pas dire pourtant que toute vérité est bonne à dire et qu'il faut tout dire à n'importe qui à n'importe quand, il ne faut pas pourtant oublier que dans le monde des affaires l'information est omniprésente et permanente au sein d'une entreprise mais aussi avec ses relations avec l'extérieur.

C'est pour cela qu'il faudrait bien prendre des mesures appropriées pour la sauvegarder et pour qu'elle ne perde pas de sa valeur face à la demande des tiers ; puisqu'elles constituent un actif de l'entreprise ce qui suscite chez son détenteur un besoin de protection en vue de s'en assurer l'exclusivité<sup>33</sup>. A défaut, des tiers de mauvaise foi pourront s'en approprier et l'inertie pourrait engendrer une perte conséquente pour l'entreprise en cause.

### **3 - Conséquence**

La communication des informations présente un avantage mais non seulement que des inconvénients puisque certaines informations doivent être en la connaissance de ceux comme le justifiait un article sur la valorisation des informations en entreprises : «pour permettre à son entreprise de fonctionner efficacement il faudrait éviter la divulgation d'informations sensibles, faire disposer ses collaborateurs des «bonnes informations au bon moment», le chef d'entreprise doit identifier les personnes qui doivent avoir accès aux différentes informations afin de les valoriser au mieux. Les différents canaux de transmission

---

<sup>32</sup>Robert SAVY, « L'épreuve du temps autour de droit public », Amazon France, 1966-2006, p.156.

<sup>33</sup> Sur ce point V. Tahina Fabrice RAKOTOARISON, du secret des affaires au bien informationnel, extrait du : « Regards sur le droit malgache » Mélanges en l'honneur du professeur Alisaonina RAHANARIVONIRINA, édition jurid'ika l'harmattan 2010, p.294.

de l'information peuvent permettre au chef d'entreprise de diffuser vers des personnes identifiées : listes de destinataires prédéfinies dans la messagerie, niveau d'accès informatique restrictif ou non donné aux collaborateurs »<sup>34</sup>.

## **C - La participation du régime du secret**

### **1 - Comme moyen de conservation**

Nulle organisation ne songerait à contester le fait que la gestion de l'information est une donnée essentielle pour la compétitivité d'une entreprise, voire pour sa survie. Pourtant très peu l'abordent de façon globale et aucune, ou presque, ne va jusqu'à créer un poste dédié à cette activité avec des responsabilités, définis, légitimes et reconnus.

#### **a - La définition d'une information à caractère économique**

A cette occasion, une définition des informations à caractère économique protégées a été donnée par le législateur. Ainsi, il s'agit d'informations «ne constituant pas des connaissances générales pouvant être facilement et directement constatées par le public, susceptibles d'être source, directement ou indirectement, d'une valeur économique pour l'entreprise, et pour la protection desquelles leur détenteur légitime a pris, après consultation du comité d'entreprise et information des salariés de l'entreprise, des mesures substantielles conformes aux usages ».<sup>35</sup>

#### **b - Les phénomènes qui influencent le régime du secret des affaires**

##### **i - Le nombre divers de flux d'informations**

Face au nombreux flux d'informations, l'entreprise peut adopter des attitudes très différentes. Il peut vouloir en faire ostentation pour prouver son importance et son image. Il peut au contraire, et c'est ce qui se produit dans la généralité des cas, à être porté à cacher ces informations pour mieux la préserver et en disposer à sa guise. Cela favorise en général toute réglementation de la discrétion.

---

<sup>34</sup> Service de coordination à l'intelligence économique, La valorisation de l'information, Juillet 2010.

<sup>35</sup> Mathias GARANCE, Charlene GABILLAT, L'information capital immatériel de l'entreprise. Comment concilier sécurité, enjeux économiques et libertés fondamentales, SSTIC 2012, p.171

## **ii - Les faits économiques**

Jean Paul COURTHEOUX explique : « Les faits économiques particulièrement ceux de répartition, sont fréquemment considérés comme des faits privés. Les malentendus sociaux, les ambiguïtés et mystifications politiques ne prêtent pas en effet à la transparence politique. Le mythe du secret des affaires constituent une sorte de rempart sont souvent à l'origine de ces conflits au niveau de la concurrence. Aussi les entreprises qui prospèrent s'efforcent d'entourer leur supériorité économique de la discrétion nécessaire. Si elles ne sont pas déjouées dans ce projet il leur suffit en quelque sorte pour maintenir leur situation de s'effacer, d'exclure toute ostentation, de ne pas avancer leurs privilèges face aux faibles entreprises, des économistes et de tous autres <sup>36</sup> ».

Cette attitude impose une certaine stratégie pour l'entreprise. Puisqu'il ne faut pas seulement invoquer la légitimité du secret des affaires mais aussi adapté des moyens en possession pour les appliquer dans tous les domaines de l'entreprise.

## **iii - La nature de l'information**

L'information peut être de nature commerciale, financière, industrielle, technique ou scientifique. Concrètement, il peut s'agir d'une formule chimique, d'une recette, d'une liste de fournisseurs, de distributeurs ou de clients, d'un procédé de fabrication ou d'un mécanisme quelconque, d'une méthode de vente ou de distribution, d'un profil des consommateurs, des états financiers d'une compagnie à capitalisation privée, de stratégies publicitaires.

## **iiii - L'impact de la NTIC**

Mais ce qui importe c'est la portée de la discrétion en affaire. C'est le bastion du secret, le donjon de la forteresse. C'est le savoir de garder ce secret pour que d'autre personne ou concurrents ne s'en accapare instantanément. L'une des raisons qui pousse à nous dire sur le danger de l'internet car le développement de technologie de communication a un impact sur la vie des affaires que l'entreprise ne peut y échapper comme dans le terrible affaire de VALEO : la célèbre stagiaire chinoise de Valeo était condamnée pour abus de confiance que le Code pénal français définit 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.

En effet, on assiste à un développement sans précédent de la communication, et il est évident que les flux et les stocks d'information internes aux entreprises s'intensifient dans

---

<sup>36</sup> Jean Paul COURTHEOUX, « Les secrets économiques », Revue économique, n° 4, juillet 1958, p.555.

tous les domaines, que l'accès à ces informations se diffuse plus rapidement. Cela influe aisément sur la qualité et les quantités des informations détenues au sein et en dehors de l'entreprise. Par conséquent, accélère la circulation des informations à l'extérieur.

### **§3 – LE PROBLÈME SUR LA VALORISATION DE L'INFORMATION**

Hormis, ces impacts par la nouvelle technologie d'information et de la télécommunication, la difficulté se présente aussi sur la valorisation l'information dans l'entreprise, les actifs immatériels ne sont pas correctement évalués. Cet aspect ne devrait pas sous-estimer si elle veut trouver une solution pour protection du secret des affaires.

La dématérialisation de l'information rend cette délimitation encore plus complexe et pose le problème de la protection matérielle de l'information afin d'en protéger l'accès.

### **§4 - L'INFORMATION CONSIDÉRÉE COMME BIEN IMMATÉRIEL DE L'ENTREPRISE**

Nous examinerons la conception de ce bien immatériel, ensuite nous évoquerons une interprétation de ce bien immatériel

#### **A - Bien immatériel : patrimoine de l'entreprise**

L'information est à la fois un bien immatériel et un capital immatériel de l'entreprise. L'information, considérée comme étant une chose (informationnelle), ne peut accéder à la qualité de «bien informationnel qu'autant qu'elle ait acquis une certaine valeur, sinon une valeur certaine»<sup>37</sup>.

Mais on en retiendra la définition donné par C.BOURRET, par capital immatériel, on entend «tout ce qui n'est pas matériel ni quantifiable dans les comptes de l'entreprise, mais participe à la richesse matérielle de celle-ci. La reconnaissance de cette notion permet de prendre en considération des éléments non tangibles, sans réalité physique ni même financière immédiate, dans la richesse globale de l'entreprise»<sup>38</sup>. Ainsi donc tout ce qui n'est pas concret et qu'on ne peut saisir dans l'entreprise est considéré comme capital immatériel et procure

---

<sup>37</sup> Tahina Fabrice RAKOTOARISON du secret des affaires au bien informationnel, extrait du : Regards sur le droit malgache, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaonina RAHARINARIVONIRINA, édition jurid'ika l'harmattan 2010, p 297

<sup>38</sup> C.BOURRET et al... « Capital immatériel et information professionnelle. L'émergence d'un concept nouveau : l'information durable », Documentaliste-Sciences de l'information, 2008/4 Vol.45, p.4-12.DOI : 10.3917/docsi.454.0004

une avantage concurrentielle pour cette dernière. Il faudrait cependant rajouter que toute idées ou renseignements ou informations sont toutes considéré comme un « bien ou capital immatériel », une information ne peut acquérir le caractère d'un bien que s'il a de la valeur. Mais on se pose encore la question sur la valeur de cette information.

Le programmeur d'ordinateur est un exemple d'un bien incorporel.

### **B – L'interprétation de ce bien immatériel**

Dans certains cas de ces jurisprudences depuis les années 2000, la Cour de Cassation s'approche d'une reconnaissance de l'immatériel en disant que c'est un bien comme les autres<sup>39</sup>. Dans ce contexte, on peut tenter une action pour pouvoir en réclamer la propriété en se fondant sur les dispositions des textes législatifs en vigueur concernant les biens appartiendra dès lors au juge d'en apprécier la nature de ce bien immatériel.

## **SECTION 2 – LES INFORMATIONS COUVERTES PAR LE SECRET DES AFFAIRES**

On vient de définir dans notre introduction ce qu'est le secret des affaires, cependant on n'en a pas donné quelles sont les conditions nécessaires. Presque tous les types d'informations technique ou commerciale peuvent être protégés en tant que secrets d'affaires, sous réserve qu'ils remplissent quelques conditions.

Quelle information est « digne » d'être protégée à ce titre ?

Selon la doctrine, le secret des affaires protège « les informations tenant à la rentabilité de l'entreprise, à son chiffre d'affaires, à sa clientèle, à ses pratiques commerciales, à ses coûts, à ses prix ou à sa part de marché, ainsi qu'à d'autres données sensibles, d'ordre commercial ».

Un secret des affaires ne peut être protégé que si l'entreprise l'a en sa possession. Il ne suffit pas d'appeler une information un secret, pour qu'il en soit un mais cela nécessite des conditions.

---

<sup>39</sup> Bernard CARAYON, et al., « La protection juridique des informations à caractère économique : enjeux et perspectives », Actes du colloque de la fondation Prometheus, assemblée nationale du 18 octobre 2010, p.18

Nous allons d'abord évoquer les informations concernées (§1) avant de donner les conditions nécessaires (§2) pour que des informations soient réputées comme secret des affaires.

## **§ 1 - LES INFORMATIONS CONCERNÉES**

Avant de faire une distinction entre secret de production (B) et secret de situation (C), allons parler des généralités (A) et enfin nous citerons les exclusions (D) c'est-à-dire les informations qui ne sont pas couverts par le secret des affaires

### **A- Généralités**

La pratique de l'Autorité de la Concurrence en droit positif français fait apparaître que les informations relevant du «secret des affaires» correspondent à celles dont la divulgation ou la transmission à un tiers peut gravement léser les intérêts des entreprises.

Dans une décision du 9 mai 2001, l'Autorité a considéré que : «L'article 23 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence fait référence au «secret des affaires «en disposant que le Président du Conseil de la concurrence peut refuser la communication de pièces mettant en jeu ledit secret des affaires ».

Le Code du Commerce dans son article L 463-4, évoque le secret des affaires sans jamais le définir rigoureusement.

En pratique, ces informations relevant du «secret des affaires «selon les entreprises, sont généralement : le savoir-faire, les données financières (chiffre d'affaires, résultat d'exploitation), les données économiques (fichiers clients...), ainsi que des données sur les caractéristiques de l'offre présente dans le contrat. La loi française ne protège qu'indirectement ces informations, grâce à divers textes particuliers, sans qu'il n'existe de disposition d'ordre général.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> M. Claude MATHON, La protection du secret des affaires : enjeux et propositions, Rapport du groupe de travail, 17 avril 2009, p.78

## **B- Les secrets de productions**

Cette partie concerne les inventions brevetables au sein de l'entreprise au sens du droit de la propriété industrielle<sup>41</sup>, il s'agit des informations susceptibles d'appropriation mais que l'entreprise prenne des mesures pour les sauvegarder secrètes afin d'éviter toute appropriation illicite. Ces informations participent entièrement au développement de l'entreprise c'est pourquoi le besoin de les mettre à l'abri de toute divulgation.

## **C- Les secrets de situations**

Ce point concerne les informations qui sans pouvoir être qualifiés d'invention parmi les inventions du droit de la propriété industrielle n'offre pas un avantage économique direct mais plutôt lui offre un savoir-faire qui lui est propre permettant de lui différencier de ses concurrentes sur le marché par exemple.

Néanmoins, les fichiers clientèles, dans certaine entreprise, ont une valeur absolument considérable c'est ce qu'on a pu voir dans l'affaire Michelin en droit positif français. Dans d'autres, la valeur du fichier clientèle est nulle. Par exemple, on connaît les clients d'une entreprise donc le fichier clientèle ne vaut rien. Ici encore se présente la difficulté pour le législateur de protéger de manière objective un élément subjectif.

## **D – Les exclusions**

Ne sont pas considérées comme des informations confidentielles<sup>42</sup> :

- Les informations qui sont dans le domaine public et donc pas susceptibles d'appropriation en raison de leur appartenance ou de leur destination en usage public ;
- Les informations déjà connues par le récipiendaire avant qu'elles ne lui étaient communiquées par le transmetteur ;
- Les informations reçues d'un tiers non soumis lui-même à une obligation du secret les concernant ;
- Les informations que le récipiendaire aurait développé indépendamment, de son côté, avant qu'elles ne lui aient été communiquées par le transmetteur.

---

<sup>41</sup> Ordonnance du 31 juillet 1989 instituant un régime pour la protection de la propriété industrielle en République de Madagascar en son article 4 dispose que : « dans tout les genres d'industrie est brevetable toute invention nouvelle résultant d'une activité inventive et susceptible d'une application industrielle

<sup>42</sup> Anne BESSONNET, Philippe Edouard LAMY, « Contrats d'affaires internationaux », Guide pratique, Pearson éducation France, Paris 2005, p.143

## § 2 - LES CONDITIONS

Alors pour qu'une information puisse être considérée comme un secret des affaires, elle doit remplir certaines conditions que celles accordées pour les secrets commerciaux c'est-à-dire : une information doit être cachée du public (A), avec une valeur commerciale certaine ou potentielle (B) qui est protégée par des mesures de confidentialité(C).

Beaucoup d'accord international et quelques traités énoncent ces conditions pour qu'une information ait la qualité du secret des affaires. On en retiendra les dispositions de l'ALENA et du traité ADPIC.

### **A - L'information doit être cachée du public**

Avec cette première condition elle ne doit pas être connue du public<sup>43</sup> en général du concurrent. Ainsi donc ces informations ne doivent pas être librement accessibles au public.

### **B - L'information doit avoir une valeur commerciale**

Elle doit conférer à son propriétaire un avantage concurrentiel, ou être susceptible de générer un bénéfice économique c'est-à-dire une valeur commerciale<sup>44</sup> réelle ou potentielle. Parce que la divulgation non autorisée de ces informations serait de nature à compromettre gravement les intérêts de l'entreprise concernée en portant atteinte à son potentiel scientifique et techniques, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers à sa capacité concurrentielle.

Cette condition est absolument indispensable à retenir puisque c'est le seul qui puisse justifier qu'un élément informationnel, S'il n'y a aucune valeur économique, ce sont des simples idées, des simples informations que tout le monde peut partager.

---

<sup>43</sup> L'accord de libre-échange nord-américain (ALENA) dispose dans son article 1711 : a) Les renseignements sont secrets en ce sens que dans leur globalité et dans configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments ils ne sont pas généralement connus des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent du genre de renseignements en questions ou ne leurs sont pas aisément accessible.

<sup>44</sup> Accord sur les Droits des Propriétés Intellectuelles qui touchent au commerce (ADPIC) article 39 2 b) « aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets... »

## **C - L'information est préservé par des mesures de confidentialité**

Le propriétaire doit adopter des mesures raisonnables afin de protéger la confidentialité<sup>45</sup> de l'information. Précisons que ces mesures de protections spécifiques doivent être prises après une information préalable du personnel par le représentant légal de l'entreprise ou par toute autre personne qu'il aura préalablement désignée par écrit. Cette dernière condition permette d'éviter que n'importe quelle information relative à l'entreprise ne soit déclarée par ses dirigeants comme protégée par le secret des affaires.

Ces trois critères doivent se rencontrer pour bénéficier de la protection du secret des affaires.

### **§ 3 – LES PERSONNES TENUES AU SECRET**

Quelles sont les personnes qui engagent leur responsabilité du fait d'une violation de l'obligation de discrétion ? La loi a-t-elle voulu frapper de certaines peines, des personnes déterminées ou bien a-t-elle simplement édicté une présomption générale à l'encontre de toute personne quel que soit sa fonction ou son rang ? Pour répondre à ces questions allons d'abord parler le régime du secret dans le cadre du droit de travail (A), avant d'évoquer les secrets dans les obligations purement contractuelles (B).

#### **A - Dans le cadre du droit de travail**

##### **1 - Le salarié**

La responsabilité sera encourue à l'encontre des personnes qui, indépendamment de toute autre considération, aura enfreint l'obligation de discrétion : le secret à observer n'est pas seulement une obligation personnelle mais une obligation collective à la charge de ceux qui, dans l'entreprise, pourront être appelés à collaborer à la réalisation d'un projet de savoir-faire ou d'une négociation contractuelle ou d'une stratégie de l'entreprise.

Cette obligation s'étend aux personnes qui, sans faire partie du personnel, ont eu connaissance de par leurs qualités ou leurs fonctions des secrets de l'entreprise. Cette hypothèse vise les membres du conseil d'administration, les commissaires aux comptes, les conseillers fiscaux ou juridiques, les avocats, les experts et même les juges.

---

<sup>45</sup> Accord sur les Droits des Propriétés intellectuelles qui touchent au commerce (ADPIC) article 39 2 c) « aient fait l'objet de la part de la personne qui en a licitement le contrôle des dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances destinées à les garder secrets. »

Le salarié est donc tenu d'une obligation de garder secrets les « informations confidentielles » ayant rapports aux relations d'affaires qu'il a reçu au sein de l'entreprise.

Ici, les auteurs proposent un système de distinction à base de critères objectif et subjectif. Sont considérés comme information confidentielles et bénéficieront dès lors la protection spéciale prévu par le régime du secret des affaires, les informations qui répondent au double caractère suivant :

#### **a - Critère de nature objectif**

Peuvent constituer l'objet des informations confidentielles, les seules informations ayant leur source ou leur origine dans « le rapport internes d'affaires » que le salarié entretient ou entretenu avec l'entreprise conditions. Ceci implique deux conditions : tout d'abord il faut que les informations soient véritablement ignorées du public. Ensuite, il faut que le salarié en ait eu connaissance durant l'exécution de son contrat de travail. L'objet du secret doit nécessairement avoir sa source dans le rapport d'affaires de l'entreprise en question. En conséquence, échapperont à la règle, les faits que le salarié a pu connaître en une autre qualité notamment : ami, parent, et les informations qu'il aurait appris d'un tiers.

#### **b - Critère de nature subjectif**

Il résulte de la volonté du chef d'entreprise ou de l'employeur lui-même de tenir cachés les informations se rapportant aux affaires de l'entreprise. Elle est toujours présumée exister dès l'entrée du salarié au sein de l'entreprise, avant même qu'un contrat ou accord particulier à ce sujet soit intervenu.

### **2 - Le Secret professionnel**

#### **a – Notion**

L'exemple typique sur ce plan est celui d'un banquier tenu au secret professionnel, SAVARY, lors du commentaire de l'ordonnance de 1673 sur le commerce étudie la question de plus près. Dans son livre Parfait négociant il s'adresse au banquier en ses termes : « la première chose que doit observer un agent de banque est de tout voir, tout entendre et rien dire, n'y a-t-il rien de si important que le secret des affaires des négociants <sup>46</sup> ». Le banquier est de ce fait tenu de rien révéler.

---

<sup>46</sup>Savary, Le parfait négociant, 11ème partie, liv.3, chap.VII, p.285.

C'est pourquoi la doctrine avait fait la dissociation des deux prescriptions de la théorie générale du secret professionnel : la défense de révéler le secret de la défense et de témoigner en justice

«La confiance n'est protégé par la loi du secret professionnel que si elle est obligatoire. Le malade est bien forcé de s'adresser à un médecin, le plaideur à un avocat ou à un avoué. La loi, les mœurs, les traditions ont investi certaines personnes d'une mission de confiance. C'est à elles que s'applique les interdictions de révéler le secret professionnel, mais ce n'est qu'à ces personnes<sup>47</sup>.

Pour qu'elle puisse s'établir, il est nécessaire de bien la protéger en sanctionnant sévèrement tout manquement à son égard. Perraud-Charmantier, invoquant les motifs qui justifient l'obligation de discrétion imposée au professionnel, cite en premier «la sauvegarde de la confiance », ainsi que «la garantie de la discrétion »<sup>48</sup>.

En effet, étant donné la communication intime qui s'établira entre l'entreprise et ses salariés, il est tout à fait normal de protéger l'échange de confidences sans lequel certaines activités ne peuvent s'exercer librement.

Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé ainsi que les pharmaciens et les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou professions ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets seront punis d'un emprisonnement d'un mois et d'une amende de cinq cent à trois mille francs<sup>49</sup> »

#### **b - La présomption de discrétion**

Il est efficace dans la mesure où il fait planer une présomption de discrétion sur tout ce qui a été non seulement révélé, mais appris ou soupçonné. En effet, si l'on contente de limiter l'obligation à ce qui a été expressément révélé dans les relations de travail, c'est réduire sensiblement sa portée. C'est donc le rapport qui existe dans les relations de travail qui est l'origine de la connaissance du secret. Puisque sont soumises au secret professionnel les écritures et opérations connues par les directeurs ou les employés et tous ceux qui «du chef de leurs qualités ou fonctions» peuvent avoir accès à ces informations (écritures ou opérations).

---

<sup>47</sup> GARRAUD, Traité du droit pénal français, 11e édition, p.361

<sup>48</sup> Perraud-Charmantier, Les secrets professionnels. Ses limites, ses abus. Paris, 1926

<sup>49</sup> V. Art. 378 CPF.

Pour pallier aux excès auxquels peuvent conduire une telle présomption, il est admis qu'elle ne sera pas irréfutable, et qu'elle peut être combattue par des preuves contraires soumises à la libre appréciation du juge.

### **c - Le confident nécessaire**

La doctrine et la jurisprudence ont élaboré le critère de «confident nécessaire », cas de celui qui exerce une profession le destinant à recevoir des secrets confiés nécessairement à lui et sans lesquels ne peut être entreprise la profession en question<sup>50</sup>.

## **3- Les clauses dans le contrat de travail**

### **a - La clause de confidentialité**

#### **i - Fondement**

Le salarié est tenu de garder le secret sur tous les faits et informations qui rentrent dans le domaine de l'activité de l'entreprise et qu'il a pu connaître à l'occasion de l'exercice de sa profession.

Si on prenait le cas d'un banquier qui est réputé comme débiteur de la clause dite confidentielle dans son travail, alors on pourrait retenir la définition de la clause de confidentialité selon la formule de la Cour de Nîmes<sup>51</sup> : une «recommandation de tenir confidentiel les renseignements fournis inscrits sur la fiche de renseignements et fournis par le banquier au demandeur».

Solveche en suggère la formule : «ces renseignements nous (demandeurs) sont fournies confidentiellement et de bonne foi. Nous nous considérons comme responsables des conséquences de toutes indiscretions».

#### **ii - Raisons**

En effet, la démarche à la recherche d'une nouvelle investissement pour le meilleur développement de l'entreprise et en raison des faibles financements en leur possession ils doivent solliciter les financements d'autres entreprises privées et pour les convaincre de financer en partie ou en totalité leurs recherches ils doivent se plier en partie à leurs

---

<sup>50</sup> Raymond FARHAT, Le secret bancaire, étude de droit comparé (préface Michelle VASSEUR), Paris LGDJ, p.24

<sup>51</sup> Nîmes, 22 juin 1914, S.1914- II - 675

exigences, outre la possible réorientation sur la stratégie de l'entreprise mais l'entreprise investisseur en question exigera que des renseignements concernant le secret des affaires lui soit dévoilé bien sûr avec une précaution de mettre des clauses de confidentialité dans le contrat des deux protagonistes.

### **b - La clause de non concurrence**

Art. 21 du code du travail : «Le travailleur ne peut engager ses services que pour un employeur. Toutefois, il lui est loisible d'exercer en dehors de son temps de travail, toute activité à caractère professionnel non susceptible de concurrencer l'entreprise ou de nuire à la bonne exécution des services convenus. Est nul de plein droit, toute clause d'un contrat portant interdiction pour le travailleur d'exercer une activité quelconque à l'expiration du contrat ».

Loi malgache N° 2005-020 du 17 octobre 2005 sur la Concurrence Article 14: «La clause de non concurrence est celle par laquelle une partie à un contrat promet à son cocontractant de ne pas exercer une ou des activités déterminées. La clause de non concurrence, pour être valable, doit être limitée dans son objet ainsi que dans le temps et dans l'espace ».

Pour être valable, cette clause doit remplir certaines conditions : à commencer par la contrepartie financière que l'employeur doit verser au salarié<sup>52</sup> pour compenser la liberté fondamentale du salarié de ne pas pouvoir exercer une activité professionnelle. Ensuite, la clause doit être limitée dans le temps et dans l'espace, sinon sera considéré comme abusif de la part de l'employeur. Cependant, cette clause doit laisser au salarié la possibilité d'exercer l'activité qui lui est propre<sup>53</sup>. Et la dernière condition exige que la clause doit être justifiée par l'intérêt légitime de l'employeur<sup>54</sup> à défaut la clause ne sera pas valable selon les juges. En raison de cette clause, l'employeur peut être certain de ne pas voir ses secrets d'affaires divulgués par ses salariés car la clause permettra de poursuivre le salarié en justice.

---

<sup>52</sup> Cour de cass.10 juillet 2010.

<sup>53</sup> Cass Soc., 18 octobre 1952, Bull.civ.IV, n°736.

<sup>54</sup> Arrêt LAVEAU, cass, 24 octobre 1995.

## **B - Dans les obligations contractuelles**

### **1 - Les contrats d'affaires**

#### **a - Le contexte**

A part les textes juridiques et la jurisprudence, le droit des obligations participe à la sécurisation des informations en matière de contrat. En dehors de toute réglementation, les parties sont ainsi libres d'inclure lors de la conclusion d'un contrat les clauses ou accords de confidentialité relative à la protection de la confidentialité de leurs propres informations confidentielles.

Même sans faire référence à la notion du secret des affaires, cette pratique s'est considérablement développée dans les relations d'affaires entre entreprises sur plan national qu'international. Par ailleurs, l'ensemble de ces clauses n'offre une protection spécifique du domaine que de manière limitée.

En Droit Français, seules quelques dispositions du Droit du travail et du Droit de la Défense s'y réfèrent, en s'appuyant sur certains principes du Droit Européen des Contrats et du Droit International.

#### **b - La difficulté**

La difficulté se présente lorsqu'on n'arrive pas à imposer au débiteur l'opposabilité de ces obligations de confidentialité. Dans ce contexte, il sera difficile pour le créancier de prouver la violation de ces obligations.

Face à cette situation pour la sauvegarde de ses informations confidentielles lors de la conclusion d'un contrat, les entreprises préfèrent insérer quelques clauses et accords dont ci-après.

### **2 - Les clauses du contrat**

Pour établir une relation durable avec ses partenaires, ses clients, fournisseurs, l'entreprise doit prendre quelques précautions à commencer par faire signer des clauses<sup>55</sup> par son cocontractant.

---

<sup>55</sup> Anne BESSONNET, Philippe Edouard LAMY, Contrats d'affaires internationaux, guide pratique, Pearson Education France, Paris 2005, p143

### **a - Les clauses de détermination de la nature confidentielle des informations**

Enumération dans les détails les informations qui seront couverts par le secret ; le cas échéant, préciser la procédure de transcription ou de transfert de l'information confidentielle au cocontractant.

### **b - Les clauses d'exclusion standard**

La confidentialité ne devra pas porter sur : les informations qui sont considéré comme exclues du secret des affaires

### **c - La clause de propriété**

Cette clause énonce les informations confidentielles qui sont la propriété exclusive de l'entreprise transmettant. Elle prévoit ainsi la possibilité d'une divulgation au membre du personnel du récipiendaire qui en a besoin pour réaliser l'objet du contrat. Et incite de même à prendre des mesures nécessaires qui sont déjà prévues d'avance afin d'empêcher toute divulgation par le personnel. Des mesures concrètes liant le personnel du cocontractant, par exemple, par avenant du contrat de travail.

Elle prévoit aussi la responsabilité du cocontractant. A cet effet, par son opposabilité, elle prohibe les copies et la restitution de celle-ci à la première demande de l'entreprise. Remarquons que dans la pratique, pour l'application de cette clause, les pays anglo-saxons prennent soin eux-mêmes la destruction pure et simple des documents et des éléments confidentiels communiqués.

### **d - la clause de non concurrence**

Le professeur Henry LESGUILLONS<sup>56</sup> définit les clauses de non concurrence comme «des clauses pour équilibriste : elles jouent dans la vie économique le rôle d'accessoire nécessaire d'une opération principale». Et l'auteur continue en évoquant sa force probante : «Leur vertu est de rendre possible, grâce à un engagement d'abstention ou de renonciation émanant d'une ou plusieurs parties, l'existence d'un accord en rendant le fonctionnement crédible». Ce qui justifie donc leur utilité dans le contrat, c'est ce qu'elles prévoient un équilibre et une équité dans les engagements des deux parties durant l'exécution du contrat. Chacun est tenu de respecter le contenu de cette clause

---

<sup>56</sup> HENRY LEGUILLONS, Les clauses de non concurrence, in Les grandes clauses des contrats internationaux, Séminaire de la Commission Droit et Vie des affaires, Bruxelles, Mars 2005.p.349.

### **3 - Les différents accords**

#### **a - L'accord de non divulgation**

##### **i - Le contenu**

Lorsque les négociations atteignent un certain stade, les deux parties ont intérêt à signer un protocole d'accord décrivant la structure de la transaction envisagée, les informations qui seront partagées et les obligations de non-divulgation respectives des parties. Ensuite, lorsqu'un accord a été trouvé, le contrat final devra identifier clairement les informations et leurs propriétaires, celles qui seront échangées, et les obligations respectives de non-divulgation.

L'entreprise en question devra arguer qu'elle a pour principe de mettre en place un accord de non-divulgation avant toute négociation. Il est également utile d'avoir un accord de confidentialité tout prêt, afin de réaliser les négociations rapidement.

##### **ii - Le problème**

Nombreux sont les entreprises qui ont du mal à exiger un accord de non-divulgation préalable aux négociations. Ceci, de peur de perdre une affaire potentielle pour un problème qui semble mineur - en particulier pour une société qui vient de se monter - conduit souvent des PME à engager les négociations en l'absence de tout accord de non-divulgation.

##### **iii - L'utilité de cet accord**

Faute de cet accord de non divulgation, l'entreprise pourrait se voir l'utilisation illicite de leurs informations sur le marché concurrentiel.

Par ailleurs, un cocontractant qui refuse de signer un accord de non-divulgation réciproque pourrait faire courir un risque ou même un danger pour l'entreprise, parce qu'il va les utiliser à ses fins et les conséquences pourraient être préjudiciables pour l'entreprise propriétaire de l'information.

## **b - L'accord de confidentialité**

### **i -raison**

Le secret des affaires sont également fréquemment divulgués à l'occasion de négociations commerciales avec des tiers, notamment des partenaires potentiels, des fournisseurs, sous-traitants, licenciés ou clients. Les règles de protection des secrets des affaires doivent contenir des instructions claires sur la procédure à suivre en traitant avec des tiers. De manière générale, il faudrait insister pour que les deux parties signent un accord de confidentialité mutuelle avant d'entamer toute discussion et de transférer tout document.

### **ii - Le contenu**

Cet accord se traduit par une obligation de ne pas faire, incombant à la charge du titulaire ou à celui qui est à nouveau le détenteur du secret après qu'on l'ait partagé à travers un contrat ou un accord, ce qui veut dire : défense de révéler, de communiquer, de laisser révéler ou communiquer ou de divulguer, à cette obligation correspond un droit au respect du secret.

La vocation de cet accord est également de maintenir le lien direct et l'alignement permanent avec la stratégie de l'entreprise. La finalité est bien de servir les objectifs stratégiques et la vision de l'entreprise.

### **iii - Portée**

Elle permet d'éviter que des informations sensibles, confidentielles soient diffusées volontairement ou non à l'extérieur de l'entreprise ce qui pourrait porter préjudice à son activité.

## **C - L'appréciation des juges**

Ils statuent rarement sur la question vue que les entreprises qui s'estiment lésées préfèrent ne pas ébruiter le bruit et s'abstiennent de porter l'affaire devant la justice.

### **1 - En droit positif français**

Le Droit Français ne donne aucune définition générale, ni n'encadre spécifiquement la pratique des clauses de confidentialité relative aux secrets des affaires. Seulement, ces clauses ne s'appliquent que lorsque les informations relèvent de la protection de la Défense

nationale ou lorsqu'il existe un secret de fabrique que tout salarié est tenu de respecter au titre de son contrat de travail.

## **2 - En droit communautaire**

À la différence du Droit français, le Droit Communautaire et le Droit International reconnaissent de manière explicite l'existence et la validité des clauses de confidentialité, quel que soit le domaine de l'information protégée par ces clauses. Cependant, en raison du flux d'information, le problème de la nature aléatoire du receveur de l'information confidentielle peut mettre en échec l'efficacité de ces clauses quel que soit le droit applicable.

## **CHAPITRE 2**

### **LE SECRET DES AFFAIRES DÉLIMITE LA COMMUNICATION DES INFORMATIONS**

Presque toutes les entreprises, et ce quel que soit le secteur, possèdent des secrets des affaires. Ceux-ci constituent un type de droit de propriété intellectuelle de grande valeur et très utile. Il est fortement recommandé de prendre les mesures appropriées pour assurer leur protection, puisque ces secrets des affaires procurent à une entreprise un avantage décisif sur la concurrence. Allons mettre en exergue que le secret des affaires joue son rôle en délimitant la circulation des informations d'une entreprise avec tous les mesures mis en œuvre pour en garder leur caractère secret afin de défendre son droit contre ceux qui en auraient fait une appropriation illicite.

#### **SECTION 1 – L'ÉVOLUTION DU SECRET DES AFFAIRES**

Le secret des affaires procède du principe général selon lequel toute personne a un droit au secret. Ce droit implique non seulement la possibilité pour son titulaire de le préserver de toute ingérence extérieure mais aussi qu'il puisse empêcher, dans les cas où il est obligé de se confier à une autre personne, toute possibilité de divulgation de la part de cette dernière considéré comme confident. Le problème d'un droit relatif au secret n'a pas fini de susciter le plus vif intérêt. Et l'unanimité est loin d'être faite quant aux solutions à donner aux multiples problèmes qui se posent à son égard. Nous nous contenterons d'étudier le dernier état de la doctrine et de la jurisprudence face à la question.

#### **§1 - INCIDENCE AVEC LE DROIT AU SECRET DE LA VIE PRIVÉE**

##### **A - Sur le plan international**

Ce droit au respect de la vie privée est même consacré dans la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme en son article 8 qui dispose que : «Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

Le législateur n'en demeure pas étranger à cette évolution vue les difficultés qui se posent en face d'une législation globale réglementant le principe du droit au secret, il se contente de consacrer, chaque fois que l'occasion se présente, les différentes manifestations de ce principe. L'institution du secret des affaires d'une entreprise paraît à cet égard comme une

illustration de cette politique législative. Puisque certaine information confidentielle est comme l'image qui reflète la sphère de la vie privée des entreprises.

### **B - Sur le plan national**

Le droit malgache en a fait référence dans le code pénal parmi les infractions punissable en son article 378 qui dispose en ce sens que : «Les médecins, chirurgiens ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 100 000 Ariary à 900 000 Ariary ». Etant donné que les secrets de ce genre de métiers touchent particulièrement la vie privée de toutes personnes physiques en général.

### **C - Le point de vue doctrinal**

Selon le doyen CARBONNIER, «la notion de vie privée peut se définir comme étant «la sphère secrète de la vie où l'individu aura le pouvoir d'écarter les tiers. C'est le droit à être laissé tranquille»<sup>57</sup>.

Le secret de la vie privée constitue-t-il l'objet d'un véritable droit ? Un arrêt de la cour d'Appel de Paris du 16 mars 1955 reconnaît expressément le droit au secret. En effet : « considérant que les souvenirs de la vie privée de chaque individu appartiennent à son patrimoine moral, sans l'autorisation expresse; que nul n'a le droit de le publier, même sans intention malveillante, sans l'autorisation et non équivoque de celui dont on raconte la vie. Considérant sans doute que la vie publique de l'individu obéit à des règles différentes, sans quoi l'œuvre de l'historien serait impossible ; mais que les anecdotes et les récits de la vie privée surtout ceux touchant de la vie intime ne peuvent être écrits qu'avec le consentement de l'intéressé »<sup>58</sup>.

Aucune contestation sur cette jurisprudence n'a été remarqué, toute opposition à l'existence d'un droit positif ou secret n'étant pas levée cependant en l'état actuel vue les dispositions textuels en vigueur<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> J. CARBONNIER, Droit civil, Tome I, PUF 1999

<sup>58</sup> Cour d'appel de Paris, 16mars 1955, p.295, J.C.P.1955, p .8656

<sup>59</sup> Code pénal français, en son article 226-1 : « est puni d'emprisonnement de 45000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à la vie privée d'autrui : 1° En captant ou

De ce fait, les juges du fond français ont reconnu ce droit au respect de la vie privée tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales<sup>60</sup>.

De nos jours, beaucoup d'individus sont victimes de l'atteinte à la vie privée venant du développement de la technologie sans parler des violations de la vie privée par certains réseaux sociaux qui sont devenu très célèbres dont le nombre des abonnés augmentent notamment sur facebook ou twitter. Tel est le cas d'un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux<sup>61</sup>, Lionel X et David Y fondateurs du groupe Auvergne qui ont été victime d'une atteinte à la vie privée à cause des publications de certaines personnes identifiées sur leur profil facebook de David Z et sur le compte Twitter de Muriel Z ;

M. Gavalda lui, faisait remarquer que le droit à l'intimité est en train de faire son chemin pour son admission en droit positif. L'exemple du droit comparé contribue à accentuer le sens de l'évolution : «L'américanisation de notre mode de vie, écrit l'auteur incline peut-être aujourd'hui les juristes des pays européens à se préoccuper un peu plus de ce droit «right to be left alone », de ce droit à l'intimité<sup>62</sup>. Ainsi, si l'existence d'un droit général au secret avec la «possibilité pour l'intéressé de s'opposer préventivement à sa divulgation<sup>63</sup> » n'est peut-être pas encore acquise, il est tout de même intéressant de signaler la nette tendance de la doctrine, suivie par une jurisprudence qui se confirme de jour en jour, de le faire admettre en tant que tel en droit positif.

On ne doit toutefois minimiser que le secret des affaires a un lien direct avec le respect du secret de la vie privée vue que toutes personnes ont le droit que sa vie privée ne soit pas divulgué au public. En effet, la protection du secret des affaires d'une entreprise trouve son fondement sur le respect de secret de la vie privée d'une personne physique, autant, on peut appliquer ce respect pour le cas d'une personne morale.

Dans son arrêt du 19 septembre 2007, la Cour constitutionnelle le reconnaît expressément : «Le respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations au-delà de son cercle intime, y compris sur le plan professionnel ou commercial. Dès lors, il peut être admis que le droit au respect de la vie privée des personnes morales englobe la protection de leurs secrets d'affaires »<sup>64</sup>.

---

enregistrant ou transmettant sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privée ou confidentiel.

<sup>60</sup> Cour d'appel Aix en Provence, 10 mai 2001

<sup>61</sup> Cour s'appel de Bordeaux, 20 décembre 2010

<sup>62</sup> C. GAVALDA, « Le secret des affaires », Mélanges offerts à René SAVATIER, Paris, 1965, p. 316

<sup>63</sup> C. GAVALDA, « Le secret des affaires », Mélanges offerts à René SAVATIER, Paris, 1955, p.316

<sup>64</sup> Cour Constitutionnelle du 19 septembre 2007.

## §2 - LA RECONNAISSANCE DU DROIT AU SECRET DES AFFAIRES

### A- Vers une reconnaissance par les législations

La grande ordonnance sur le commerce de 1773, elle dispose dans son titre III, paragraphe 9, «la représentation ou la communication des livres, journaux, registres, ou inventaires ne pourra être requise ni ordonnée en justice sinon pour succession, communauté et partage de société en cas de faillite».

Le règlement d'octobre 1706<sup>65</sup>, qui fut rédigée ensuite de l'édit de décembre 1705 consacre à une réforme des offices de changes, formula le secret dans son article 8 : attendu que le secret est absolument nécessaire dans les négociations de banque, changes , commerce et finances, qu'elles se consomment la plupart en ville sur des carnets ou portatifs, qu' il n'est pas possible de tenir un forme régulière et sue souvent plusieurs agents se présentent confusément pour faire de négociations il a été convenu que le secret des négociations ne pourra être révélé, que la représentation ou communication des registres ne pourra être accordée pour quelque cause et prétexte que ce soit conformément à l'article 9 du titre II de l'édit du mois d mars 1706.

Le droit de l'entreprise au secret de ses affaires apparaît ainsi comme un principe général consacré par un ensemble de dispositions légales, qui le consacrent dans un ensemble de cas particuliers, et qui viennent ainsi limiter le droit à l'information dont les tiers bénéficieraient en vertu d'autres dispositions. Une doctrine et une jurisprudence abondantes confirment ce droit de l'entreprise à la non-divulgateion de ses secrets d'affaires<sup>66</sup>.

### B – L'évolution de la jurisprudence

Si Domat se contente de signaler rapidement dans ses Lois civiles que : «comme les médecins, les chirurgiens et les apothicaires ont souvent des occasions où le secret des malades ou de leurs familles leur sont découverts, soit par la confiance qu'on peut avoir en eux ou par les conjonctures qui rendent leur présence nécessaire dans le temps où l'on traite des affaires ou d'autres choses qui demandent le secret, c'est un de leurs devoirs de ne pas

---

<sup>65</sup> Le règlement d'octobre 1706 donné par lettre patentes constitue une sorte de Code contenant tous les statuts et règlements applicables aux conseillers du roi, agents de banques, commerce et finances de la ville de Paris

<sup>66</sup> Pour une application jurisprudentielle récente, Cour d'appel de Bruxelles, 9 décembre 2005, qui fonde expressément le droit de l'entreprise au respect de ses secrets d'affaires sur le droit constitutionnel au respect de sa vie privée.

abuser de la confiance qu'on leur a faite et de garder exactement et fidèlement le secret des choses qui sont venues à leur connaissance et qui demeurent secrètes<sup>67</sup>».

La situation en droit positif français n'est pas que le secret des affaires n'existe pas, il y a diverses dispositions qui permettent de l'appréhender, y compris dans le domaine du droit de la concurrence. Le célèbre arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes, l'arrêt AKZO du 24 juin 1986, a ainsi reconnu qu'une entreprise pouvait, sous certaines conditions et dans certaines limites, opposer le secret des affaires aux investigations en matière de droit de la concurrence. Actuellement, le Code de commerce français dans articles L463-4 et R463-13 à R463-15-1 contient des dispositions similaires qui encadrent les conditions, dans lesquelles une entreprise qui fait l'objet d'une action, devant ce qu'est aujourd'hui l'Autorité de la concurrence, peut invoquer le secret des affaires.

On observe ce même constat en droit malgache notamment dans les articles 25 et 57 du décret d'application de la loi 2005-020 sur la concurrence qui énoncent que le président du conseil de la concurrence peut refuser la communication des dossiers classés secret des affaires et que l'entreprise peut opposer l'application de la notion pour les dossiers lors de la procédure devant le conseil de la concurrence malgache.

### **C – L'évolution de la procédure devant les juridictions**

Le secret des affaires n'est donc pas absent totalement de notre droit. Certes, Il y a différentes dispositions qui peuvent permettre à une entreprise ayant des éléments confidentiels à protéger d'en requérir la protection ou d'en sanctionner la violation par exemple par la violation du secret de fabrique par le code pénal ou la sanction de la violation du secret professionnel par un salarié ou un employé de l'entreprise. Et ce sera par les droits privatifs en matière de propriété industrielle concernant les brevets qui lui confère la protection.

Cependant, il est difficile de démontrer la preuve de l'existence du secret des affaires en raison de la nature de ces éléments qui sont d'une part relativement disparates, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'homogénéité, ni de dispositions ni de qualifications, d'autant plus qu'il manque de spécificité concernant leur sanction et rien n'est encore sur lorsque les juges trancheront sur la question. Or, il faut un certain niveau de prévisibilité en droit des affaires. Avoir à la fois une infraction qui soit clairement définie et dont la sanction soit assez prévisible aurait notamment un effet dissuasif que ne remplit par notre droit positif actuel.

---

<sup>67</sup>Domat, Lois civiles, IIe partie, p.129

## **1 - La reconnaissance par la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)**

En Droit administratif français, la CADA<sup>68</sup> dispose en ce sens, de définitions extrêmement utiles et pertinentes, suite à un arrêt du Conseil d'État de 2004 dans lequel la Haute Assemblée a sanctionné un agent d'un établissement public qui avait communiqué la totalité des pièces d'un dossier à des entreprises candidates à un marché public. La Commission a retenu une définition large de la notion de secret des affaires qu'elle définit «*comme un élément susceptible de fausser la concurrence* ». Ainsi, sont exclus de la communication les éléments financiers, économiques et commerciaux, y compris la liste des clients, ainsi que les techniques et, plus généralement, tout ce qui se rapporte au "savoir-faire".

Une remarque peut être faite ici que cette commission est adoptée pour la réglementation des marchés publics mais ne concerne même pas le domaine du droit de la concurrence.

La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) est une autorité administrative indépendante et peut dans certains cas refuser de communiquer le document administratif sollicité. Tel est le cas de la communication susceptibles de porter atteinte aux intérêts privés protégés par la loi concernant par exemple, la communication interdite à des tierces personnes à l'exception des intéressés ou s'agissant de secrets en matière industrielle et commerciale notamment les procédés de fabrication, informations économiques et financières, stratégies commerciales.

## **2 - La loi dite «de blocage» du 26 juillet 1968**

Ce texte interdit aux ressortissants français de fournir à des autorités publiques étrangères, administratives ou judiciaires, des informations pouvant porter atteinte aux intérêts économiques essentiels de la France.

Cette loi a été adoptée dans un contexte moins propice qu'aujourd'hui à la libre circulation des capitaux, des marchandises et des informations, avec le souci de défendre les intérêts généraux de sécurité publique du pays.

---

<sup>68</sup> La commission d'accès aux documents administratifs instaurée par la loi n°78-753 du 18 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, prévoit et garantit le droit des administrés à l'information en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs.

Mais, au-delà de ces préoccupations régaliennes, elle peut offrir un outil aux entreprises confrontées à une demande de communication d'informations émanant d'une autorité publique étrangère, lorsqu'elles craignent un détournement des données au profit de concurrents.

Un cas d'application récemment présenté aux autorités françaises concerne une action « in futurum » ("discovery" dans le droit des États-Unis) engagée par un concurrent américain à l'encontre d'une entreprise française de haute technologie, accusée d'avoir contrefait des brevets du plaignant. L'entreprise française a demandé à l'administration d'opposer la loi de 1968 à la requête du juge américain.

Cette affaire a cependant révélé les limites de l'application de la loi de blocage, dont la portée extraterritoriale n'est pas toujours reconnue, en particulier aux États-Unis.

### **3 - En Droit Communautaire**

Il est indispensable et intéressant d'observer comment le secret des affaires est abordé par les juridictions européennes, Il apparaît d'emblée que leur approche est radicalement différente de celle précitée des juridictions françaises. Le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes précise dans une ordonnance rendue le 10 février 2000 dans l'affaire Galileo et Galileo International que, relèvent du secret des affaires «les données sensibles et détaillées, qui ne sont normalement accessibles ni au grand public, ni même aux milieux spécialisés ». Il reconnaît de ce fait que la divulgation des secrets, que ce soit aux plaignantes ou autres entreprises poursuivies, peut causer des dommages irréparables

Cette évolution a commencé par l'ordonnance du 4 avril 1990 que le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes a donné suite à une procédure à respecter, désormais appelée «test Hilti » : pour chaque pièce, le président examine dans quelle mesure seront effectivement conciliés le souci légitime de la requérante d'éviter que ne soit communiqué certain dossier confidentielle qui pourrait porter atteinte à ses intérêts commerciaux. Ensuite, il y aura lieu de rechercher si elle est utile, nécessaire ou indispensable à la compréhension du litige.

En effet, les règles de procédure devant la communauté européenne concernant l'accès au dossier des entreprises poursuivies est devenu une question essentielle. Le principe est désormais la discussion des documents à charges ou à charges reconnus. Il existe de ce fait

trois exceptions<sup>69</sup> : les documents internes, les documents dits confidentiels, et les documents qui sont considérés comme comprenant des secrets d'affaires par l'entreprise.

La procédure a été complétée par une ordonnance du 3 juin 1997 relatif au traitement confidentiel de pièces concernant un tiers au litige, le Tribunal n'étant pas lié par l'accord de confidentialité passé par la partie au litige et ce dernier.

#### **4 - En Droit américain : l'Economic Espionage Act ou «Cohen Act»**

Le Cohen Act de 1996 assure une protection renforcée des entreprises et des particuliers contre le vol du secret des affaires en prévoyant de lourdes sanctions à l'égard des contrevenants, qui vise à renforcer la protection du secret des affaires en portant les sanctions de 15 à 20 ans.

Cette loi établit un système juridique répressif inédit qui réprime le vol d'information confidentielle à valeur économique et qui consacre la notion de secret d'affaires. Son article 1839 édicte une définition du «secret d'affaires». Il s'agit de «toute information confidentielle, quels que soient sa forme, sa nature et son support, qui présente une valeur économique propre, réelle ou potentielle et qui ne consiste pas en des connaissances générales susceptibles d'être facilement et directement constatées par le public ».

Ce même article énonce aussi une condition supplémentaire qui doit cependant être remplie pour que la protection de l'information soit valable : «Le titulaire de l'information doit avoir pris des mesures raisonnables pour maintenir le secret ».

Cependant il faut tenir compte de certains critères pour l'application de cette condition : le secteur d'activité de l'entreprise, la valeur de l'information et les conséquences du vol de l'information. Le Cohen Act assure une protection réelle du patrimoine informationnel de l'entreprise. En plus, La procédure est rapide et peu coûteuse, le Ministère public supportant les frais de justice et d'investigation.

---

<sup>69</sup>Christian GAVALDA et Gilbert PARLEANI, Droit des affaires de l'Union Européenne, 2<sup>ème</sup> édition, Edition LITEC, 1998.p. 373.

## **SECTION 2 – LES MESURES PRISES POUR PRÉSERVER LE SECRET DES AFFAIRES**

L'entreprise a pris le soin de prendre des mesures appropriées pour assurer le respect, et renforcer l'obligation du secret des affaires aux personnes appelées à en connaître. Elle a été obligée suivant les circonstances de prendre telle ou telle mesures appropriés. Son principal souci fut de préserver l'application du secret en dépit de la diversité des situations qui se présentaient. Il fut obligé de prendre des préventions techniques, physiques et des précautions vis-à-vis des salariés. Des mesures de coordination qui ont de caractère restrictives et coercitives.

### **§1 – LES PRÉVENTIONS**

A la différence des biens matériels précieux, le secret des affaires d'une entreprise n'a pas forcément une forme tangible. Toutefois, comme pour tout objet de valeur, il doit être préservé au secret et en sécurité.

#### **A - Les préventions techniques**

Elles consistent à utiliser les technologies de l'information pour protéger les secrets de l'entreprise qui sont stockés dans des fichiers électroniques sur les ordinateurs ou dans les serveurs de l'entreprise. La règle de base en matière de sécurité informatique est que plus l'information est précieuse, plus sa protection est compliquée, onéreuse et difficile.

L'alinéa 2 de l'article 1711 de l'ALENA prévoit cette possibilité selon laquelle : «un État membre peut exiger que, pour faire l'objet d'une protection, un secret commercial soit établi par des documents, des médias électroniques ou magnétiques, des disques optiques, des microfilms, des films ou autres supports analogues».

L'entreprise peut recourir l'aide d'un spécialiste informatique pour concevoir un système de sécurité à un coût maîtrisé. Toutefois, des mesures simples et efficaces peuvent également être prises, comme l'utilisation opportune de mots de passe, de systèmes de cryptage disponibles dans le commerce et de paramètres de connexion.

De plus, il est important d'avoir des règles d'utilisation de la technologie par écrit et de s'assurer que ces règles sont bien respectées par le personnel. Par exemple, les employés peuvent facilement transférer des documents confidentiels par voie électronique à des tiers,

ou des fichiers à l'aide de cartes mémoires USB ou de CD/DVD. Il est donc judicieux d'envisager de limiter la possibilité d'utiliser des cartes USB ou de graver des CD/DVD.

## **B - Les préventions physiques**

La protection physique relève du domaine de l'entreprise : il s'agit de mettre en place des procédures limitant physiquement l'accès aux informations sensibles par exemple : protection des locaux, accréditation des personnes habilitées à y accéder : employés, personnel d'entretien, fournisseurs.

Ces mesures peuvent être tout simplement d'apposer la mention «CONFIDENTIELS », sur les documents, de conserver les documents sensibles dans un lieu sûr et secret, et de mettre les documents sous clé aux heures de fermeture des bureaux. En outre, l'accès aux zones où sont conservés les documents commerciaux sensibles devra être restreint à certains salariés. Limitez l'accès et le droit de prendre des copies aux membres du personnel qui en ont réellement besoin. Tous les visiteurs pénétrant dans l'entreprise doivent s'enregistrer, signer un accord de confidentialité avant de pouvoir accéder aux zones sensibles de l'entreprise, et être accompagnés en permanence par un membre du personnel.

## **C – Par rapport aux salariés**

### **1- Les salariés de l'entreprise**

La meilleure manière d'éviter une telle situation est d'insérer dans le contrat de travail des clauses de confidentialité. Concernant les employés recrutés, il faudrait les faire signer un accord de confidentialité, Il peut être utile de mettre en place une clause de non-concurrence avec les employés, qui ont une connaissance approfondie sur l'activité de l'entreprise; la clause devra cependant être d'une durée raisonnable et avec une contrepartie financière.

### **2 - Les anciens employés**

Pour les employés quittant la société, il faudrait organiser un entretien de départ et veiller à ce qu'ils restituent les documents, matériels, ordinateurs et fichiers. Et les rappeler sur les dispositions de l'accord de non-divulgateion qu'ils ont signé lorsqu'ils étaient encore salariés de ladite entreprise.

### **3 - Les mesures contractuelles**

Elles consistent généralement en la préparation de contrats de non-divulgence ou de confidentialité. Ces contrats sont d'ailleurs généralement considérés comme le meilleur moyen de protéger les informations confidentielles. L'entreprise en question devrait inciter ses employés actuels, ainsi qu'à tout nouvel employé, de signer un contrat de travail contenant des clauses de confidentialité ou de non-divulgence.

Il est également capital de garder une trace suffisante du flux d'information entrant et sortant au sein de l'entreprise, y compris des réunions, discussions, courriers électroniques, correspondances écrites, et le transfert des fichiers électroniques, afin de pouvoir mener une enquête et détenir des preuves, si jamais il y a une doute ou un soupçon que l'entreprise a été victime d'une appropriation illicite de ses secrets.

### **D - Dans ses rapports avec les tiers**

Le législateur reconnaît la valeur du secret des affaires de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle il a laissé aux entreprises le choix de gérer eux-mêmes les protections de leurs secrets dans leurs rapports avec les tiers.

#### **1 - Les contrats**

L'entreprise est amenée à conclure avec des tiers des contrats ayant pour objet principal le transfert de leur savoir-faire, par exemple un contrat de licence d'exploitation d'un droit, un contrat de communication de savoir-faire. Ces contrats décrivent et contiennent la valeur économique du savoir-faire propre à l'entreprise.

Il est donc indispensable de préserver la confidentialité de ces informations confidentielles échangées, qui représentent un caractère essentiel pour l'entreprise, à toutes les phases de la procédure : pourparlers précontractuels, exécution du contrat et conséquences s'y rattachant.

#### **2- Les clauses**

À cet effet, les parties ratifient des conventions de confidentialité au stade des pourparlers et insèrent des clauses de confidentialité dans le contrat. Toutefois, la définition du contenu de l'information à protéger et l'étendue de l'obligation ne sont pas aisées à identifier avec

précision. Et cela implique une description, cependant décrire en détails les informations que l'on cherche à protéger dans le contrat, revient à divulguer. En plus, le caractère des informations s'y rapportant doit être pris en compte dans la délimitation de la sphère de la protection au fur et à mesure de l'exécution dudit contrat.

«A contrario, moins le secret sera décrit avec précision dans le contrat, plus la preuve de sa violation sera difficile à apporter, sujette à discussion et source de conflit. La rédaction de ces contrats ou clauses de confidentialité apparaît délicate et aléatoire»<sup>70</sup> .

Sur le plan pratique, malgré l'existence de ces paradoxes, les entreprises optent souvent à la signature de ces contrats ou de ces clauses, puisqu'ils leurs offrent sécurité et assurance, afin que chacune des parties puissent exiger de l'autre la prestation de ces obligations dans la convention.

### **SECTION 3 - LA VIOLATION DU SECRET DES AFFAIRES**

Nous venons de voir quels ont été les accommodements entrepris par l'entreprise pour sauvegarder le régime du secret en lui confirmant son caractère d'opposabilité dans la vie de l'entreprise. Il s'agit maintenant de voir sur le plan pratique, de voir la violation du secret des affaires malgré ces mesures prises.

En effet, tout ce qui relève du secret a l'attrait de l'inconnu .Jamais la curiosité des hommes n'est plus grande qu'à l'égard de ce qui se présente à leurs yeux enveloppés de mystère<sup>71</sup>. Voilà pourquoi en dépit de toute discrétion, les informations sont divulguées. Mais comment elle se manifeste cette violation du secret des affaires au sein de l'entreprise. Nous allons expliciter brièvement les infractions pénales existantes, ensuite, expliquer la nécessité de l'instauration d'un délit de la violation du secret des affaires et pour finir, on dégagera les cas de violations.

---

<sup>70</sup> Claude MATHON, La protection du secret des affaires : enjeux et propositions », Rapport du groupe de travail, 17 avril 2009, p.11.

<sup>71</sup> RAYMOND FARHAT, « Le secret bancaire », étude de droit comparé, (préface MICHEL Vasseur), Paris, librairie générale de droite et de jurisprudence, 1970, p9

## **§1 - GÉNÉRALITÉS**

### **A - La violation du secret professionnel**

#### **1 - Appréciation**

L'incrimination de la violation du secret professionnel, prévue par l'article 226-13 du Code pénal français<sup>72</sup>, s'explique par l'intolérable atteinte que cette infraction porte à la confiance placée en la personne dépositaire du secret. Mais ne contient aucune désignation expresse de certaines professions concernées. Le code pénal malgache s'y réfère aussi en son article 378<sup>73</sup> et précise cependant le nombre limité de professions qui sont concernés.

#### **2 - Les conditions**

Pour être commise, l'infraction d'une violation de secret professionnel suppose d'abord réunies deux conditions préalables : une personne tenue au secret et un fait couvert par le secret. C'est alors que peut se concrétiser l'élément matériel du délit qui est la révélation du secret, sur lequel se greffe l'élément moral, la révélation étant intentionnelle.

##### **a - Une personne tenue au secret**

Pour avoir une idée de celle-ci, il convient ainsi de se reporter à certains textes extérieurs au code pénal qui font référence au secret professionnel. Se voient astreints par exemple au secret professionnel à raison de leur statut les membres de la profession médicale et paramédicale<sup>74</sup>, les agents du fisc<sup>75</sup>, les agents de douanes<sup>76</sup>, et toute personne qui a un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employé par celui-ci<sup>77</sup>. Le secret de l'enquête et de l'instruction énoncé par l'article 353

---

<sup>72</sup> Art 226-13 CPF: « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission est punie d'un an et d'emprisonnement de 15.000 euros d'amende. »

<sup>73</sup> Art 378 CPM: « les médecins, chirurgiens, ainsi que les pharmaciens, les sages femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois de 100.000 Ariary à 900.000 Ariary »

<sup>74</sup> Voir Art 378 CPM qu'on vient de cité.

<sup>75</sup> Art. 20.06.09 CGI : « Les agents des services des Impôts et, d'une façon générale, toute personne appelée à l'occasion de ses fonctions ou attributions à intervenir dans l'établissement, la perception, le contentieux ou la confection matérielle des titres de perception des impôts basés sur les revenus, les bénéfices ou le chiffre d'affaires, sont soumis au secret professionnel. »

<sup>76</sup> Art.54-1 Al.2 Cd des douanes : « Les agents ayant qualité pour exercer le droit de communication prévu par le paragraphe 1° ci-dessus peuvent se faire assister par des fonctionnaires d'un grade moins élevé, astreints comme eux et sous les mêmes sanctions au secret professionnel. »

<sup>77</sup> Voir en ce sens la loi n°96-004 du 14 juin 1994 portant Statut de la banque Centrale de Madagascar.

du code de procédure pénale malgache<sup>78</sup> est aussi une variété de secret professionnel et concerne toutes les personnes qui concourent à la procédure notamment les magistrats, policiers, avocats et greffier et exclues cependant les personnes qui sont appelés à témoigner ou les parties.

Par ailleurs, d'autres dispositions visent à prévenir les divulgations intempestives. Des obligations de discrétion sont ainsi imposées aux membres d'un conseil d'administration<sup>79</sup> ou de surveillance<sup>80</sup> y compris les membres représentants des salariés<sup>81</sup>, aux commissaires aux comptes<sup>82</sup>.

### **b - Le fait couvert par le secret**

De ce fait, il faut que l'on se trouve en présence d'un véritable secret, c'est-à-dire une information essentiellement confidentielle et qui ne soit pas destinée à être divulguée. «Le mot secret vise non seulement les faits confiés sous sceau du secret ou encore confié avec une convention ». Mais aussi une information qui est intimement liée à l'activité du récipiendaire<sup>83</sup>. Un tel critère est difficile à déterminer. Un même fait pourra, selon les circonstances, être considéré comme confidentiel ou non. Mais l'on exagérerait le sens et la portée de du secret en voulant l'étendre à tout ce qui a été appris par le salarié sans distinction de nature. Par ailleurs, l'obligation de non révélation ne s'impose que dans les relations entre le professionnel et son client<sup>84</sup>.

### **c - La révélation**

La révélation, un aspect matériel et intentionnel. L'information est parvenue à la connaissance du public ou d'un tiers. Le secret étant connu à l'occasion dans le cadre de relation de travail. A ce propos le professeur Chavanne fait remarquer dans son étude sur la violation du secret professionnel en droit français que « la loi n'a pas entendu frapper la révélation de n'importe quel secret, mais d'un secret rentrant dans le cadre des professions protégées »<sup>85</sup>.

---

<sup>78</sup> Art. 353 CPM : « Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête préliminaire ou de l'information est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines de l'article 378 du Code pénal.

<sup>79</sup> Art. L 225-37 C. Com.

<sup>80</sup> Art. L 225-92 C. Com.

<sup>81</sup> Art. L 432-6 CT.

<sup>82</sup> Art. L 822-18 C. Com.

<sup>83</sup> Chambre criminelle de la cour de cassation du 6 février 1997, B. n°55.

<sup>84</sup> Chambre criminelle de la cour de cassation du 23 janvier 1996, B. n° 37.

<sup>85</sup> A- CHAVANNE Albert, Le délit de révélation, Juris-classeur pénal, art 378

Révéler un secret, c'est le faire connaître. L'acte de révélation est tout à fait volontaire qui a pour conséquence directe ou indirecte de divulguer, en tout ou en partie, un fait confidentiel<sup>86</sup>. Il n'est pas nécessaire que le secret soit punissable, le dépositaire d'une confiance professionnelle qui l'aurait dévoilée en partie, peut-il eut soin de se taire sur d'autres points<sup>87</sup>.

Et il n'y aura pas cependant de violation s'il est démontré que le secret a été connu par une autre source ou d'autre moyen.

## **B - La violation du secret des fabriques**

### **1- Définition du secret de fabrique**

Le secret de fabrique est toute procédé de fabrication qui présente un intérêt pratique et commercial, qui est mis en œuvre par un industriel et caché par lui à ses concurrents qui ne le connaissent pas avant la communication délictueuse<sup>88</sup>.

Le législateur n'a pas donné une définition exacte du secret de fabrique mais la jurisprudence en a ressorti une définition par un arrêt de la cour d'appel de Paris<sup>89</sup> et que sont considérée comme des secrets de fabrique : «des procédés de fabrication d'une certaine originalité, bien que d'une hauteur inventive modeste, qui offrent un intérêt pratique et commercial pour celui qui les met en œuvre, en ce qu'ils permettent une amélioration de la production et une diminution du prix de revient »

«Les caractéristiques techniques originales de machines créées par un industriel, permettant de mettre en œuvre un procédé de fabrication qui offre un intérêt pratique et commercial et qui ont été cachées aux entreprises concurrentes »<sup>90</sup>.

### **2 - Les personnes concernées**

La révélation de secrets de fabrique ne concerne que les salariés et les directeurs, et seuls sont visés les procédés de fabrication industriels.

---

<sup>86</sup> Voir notamment : P. Verseils, Les grands principes relatifs au secret professionnel et leur application au ministre du culte, Thèse, Aix-en-Provence, 1959, p.111.

<sup>87</sup> Garçon, code pénal annoté, op.citée, art 378

<sup>88</sup> Jean Didier Wilfried, « Le droit pénal des affaires », précis Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 1998.p.436.

<sup>89</sup> Cour d'appel de Paris 13juin 1972

<sup>90</sup> Cour d'appel de Paris, 2 février 1973

D'autre part, les informations protégées sont cantonnées aux procédés de fabrication, de préparation voire de transformation des matières premières en produits finis. En résumé, seuls les procédés industriels sont concernés. En revanche, et *a contrario*, la jurisprudence estime que des procédés de commercialisation ou de gestion ne sont pas protégés par l'infraction étudiée. Il en va de même de la simple habileté personnelle d'un salarié.

### **3 - Champs d'application**

Cette infraction ne peut être retenue que si les faits ont été commis par un dirigeant ou un salarié d'une entreprise. Notons cependant que, depuis l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, il n'est plus nécessaire que le prévenu soit le salarié de l'entreprise victime des révélations au moment de ces dernières. Désormais, peut être sanctionné le salarié ayant communiqué un procédé de fabrication secret ne concernant pas l'entreprise qui l'emploie. Le seul fait que le prévenu ait eu connaissance, en qualité de salarié, des informations par la suite dénoncées, suffit à caractériser le délit<sup>91</sup>. C'est à dire qu'il n'est pas exigé que le secret soit détenu exclusivement par l'entreprise.

Les informations protégées sont cantonnées aux procédés de fabrication, de préparation voire de transformation des matières premières en produits finis. En effet, seuls les procédés industriels sont concernés.

### **4 - La révélation**

Le code pénal malgache en son article 418 : « Tout directeur, commis, ouvrier de fabrique, qui aura communiqué ou tenté de communiquer à des étrangers ou à des malgaches résidant en pays étrangers des secrets de la fabrique où il est employé, sera puni d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de 360 000 Ariary à 21 600 000 Ariary ».

La révélation c'est la communication à autrui du secret<sup>92</sup>. S'il n'y a pas de communication il n'y aurait pas d'infraction.

Le Code du travail, en son article L512-7<sup>93</sup>, sanctionne la révélation d'un secret de fabrique, mais n'est opposable qu'aux seuls salariés et dirigeants de l'entreprise.

---

<sup>91</sup> Chambre criminelle de la cour de cassation du 12 juin 1974, n° 73-90.724 : Bull. crim. 1974, n° 218.

<sup>92</sup> Jean Didier Wilfried, « Le droit pénal des affaires », précis Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 1998.p.438.

Prenons l'exemple du délit de violation du secret de fabrique. Celui-ci fait l'objet de certaines limites légales en réduisant nettement le champ d'application. D'une part, cette infraction ne peut être retenue que si les faits ont été commis par un dirigeant ou un salarié d'une entreprise. Notons cependant que, depuis l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, il n'est plus nécessaire que le prévenu soit le salarié de l'entreprise victime des révélations au moment de ces dernières.

La tentative est punissable, ainsi dans une affaire célèbre le départ d'un directeur de fabrique de chocolat pour l'étranger a été qualifié de tentative de révélation au vu de certaines circonstances, et notamment d'une demande de rendez-vous auprès d'industriel belges<sup>94</sup>.

## **C- Le vol**

### **1 - Notion**

Selon l'article 311-1 du code pénal français : «Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol» et l'article 379 du code pénal malgache reprend les mêmes dispositions».

En effet, la notion chose suppose que l'objet du vol est un bien meuble. Cependant un débat jurisprudentiel a déjà fait son apparition concernant les informations sur un logiciel<sup>95</sup>. Mais cette jurisprudence a ainsi décidé que : »le détournement, n'est pas pénalement punissable en vertu de l'article 408 du code pénal que s'il porte sur l'écrit constatant le contrat mais non sur les stipulations qui en constituent les substances juridiques »en effet, le vol ne saurait s'appliquer à des choses incorporelles.

### **2 – L'infraction**

L'élément moral est ici la volonté de soustraire la chose d'autrui et de s'approprier de cette chose. La volonté de soustraire n'étant que la volonté d'en devenir maître de la chose. On est donc en présence de dépossession du propriétaire de la chose.

---

<sup>93</sup> Article L. 152-7 du code du travail : « Le fait, par tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal ».

<sup>94</sup> Chambre criminelle de la cour de cassation du 4 juillet 1903, S, 1904, 105, Note Roux.

<sup>95</sup> Chambre criminelle de la cour de cassation. 9 mars 1987, B .n°111 ; J.C.P.1988, II, 20 913, note Devèze.

## **D – L’abus de confiance**

Selon l'article 314 -1 du code pénal français : «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 est ont été remis et qu'elle a accepté à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé » et poursuit dans son alinéa 2 : «L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende».

En droit malgache, l'article 408 du code pénal malgache dispose que : «Quiconque aura détourné ou dissipé au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'article 406. »

L'abus de confiance nécessite, pour être caractérisé, que son auteur ait préalablement reçu le bien par la suite détourné. Le délinquant ayant de ce fait l'objet en sa possession.

## **§2 - LES CAS DE VIOLATION DU SECRET DES AFFAIRES**

### **A - Appréciations**

Révéler le secret c'est le divulguer, que ce soit en totalité ou en partie, que ce soit par écrit ou par oral, que ce soit à un seul individu ou à un large public. Pour être punissable, la divulgation de l'information doit évidemment revêtir une certaine précision ou, si l'on préfère, toucher directement l'information confidentielle protégée.

En entreprise, les indiscrétions dans les rares cas où elles sont commises, sont le plus souvent non par les directeurs et les gérants, mais par des employés les subalternes. A concevoir la manière dont se déroule l'activité d'une entreprise, la majeure partie du travail étant effectuée par ses employées, on peut juger l'importance du problème et son aspect pratique.

La plupart des vols du secret des affaires sont le fait d'un employé actuel ou ancien, mécontent ou avec d'autres motivations. C'est le plus souvent de cette manière que les secrets des affaires s'envolent.

## **B - Les illustrations**

En 2005<sup>96</sup>, une étudiante de nationalité chinoise ayant effectué un stage au sein de l'équipementier Valeo a exporté plusieurs fichiers informatiques confidentiels de cette société sur son disque dur personnel.

Le schéma typique est celui où un employé quitte la société et s'empresse de vendre le secret au concurrent. Comme c'était le cas de l'affaire de l'entreprise Michelin en France, en janvier 2008<sup>97</sup>, un salarié M.Arbach a tenté de vendre un secret de Michelin à un de ses concurrent l'entreprise Bridgestone, le concurrent avertissant l'employeur de l'indélicat. Les poursuites se basaient sur le vol de secret de fabrique et atteinte au secret de la défense nationale.

Pareil cas pour Coca cola aux Etats Unies, victime de vol de secret d'affaires par une de ses secrétaires qui a proposé la formule de la célèbre boisson à Pepsi Cola. Une fois appréhendé, la secrétaire a encourue une peine de huit ans de prison et cinq ans pour son complice, la décision du juge a été fondée sur le Cohen Act Américain de 1996.

Toujours sur le mois de janvier 2008, une personne est arrêtée à la demande de la société Dassault à qui elle aurait volé des secrets industriels à la suite d'une intrusion informatique.

On voit donc là trois affaires en France qui semblent identiques et pourtant, à chaque fois, des fondements juridiques différents pour poursuivre le vol de secrets d'affaires. Ces multiples fondements témoignent de la difficulté pour les juges de déterminer les textes applicables.

### **§3 - L'INSTAURATION D'UN DÉLIT D'UNE VIOLATION DU SECRET DES AFFAIRES**

Ces incriminations qu'on vient de citer n'ont pas été conçues, cependant, pour sanctionner d'une façon générale les atteintes au secret des affaires. Des difficultés se présentent alors en raison de l'absence de texte réprimant le secret des affaires.

En effet, il n'existe pas encore en droit français comme en droit malgache un délit de violation du secret des affaires puisqu'il n'y a pas de loi spécifique qui définit une infraction sur la violation du secret des affaires. Cependant, une entreprise peut se référer sur certaines dispositions en général pour défendre leur secret des affaires. Par exemple se

---

<sup>96</sup>TGI Versailles, 18 décembre 2007.

<sup>97</sup> TGI Clermont-Ferrand, 21 Juin 2010.

baser sur le vol ou l'abus de confiance ou prouver d'être victime d'une violation du secret professionnel par le fait d'un de ses salariés.

## **A - Une proposition de loi en droit Français**

### **1- Les dispositions**

Un projet d'article 325-1 du Code pénal précise ce que sont les informations protégées par le secret des affaires.

*Il s'agit des «procédés, objets, documents, données ou fichiers, de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique, ne présentant pas un caractère public dont la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle, et qui ont, en conséquence, fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci ».*

### **2 - Un projet de loi inspiré de Cohen Act américain**

Cette proposition de loi est directement inspirée de l'*Economic Espionage Act* américain de 1996 également appelé Cohen Act. Le principe de la loi (énoncé de façon sommaire et sans nuance est le suivant : *«Toute personne qui a accès ou s'approprie sans autorisation des informations représentant une valeur économique, qui ne sont pas dans le domaine public et pour lesquelles une entreprise a pris des mesures de protection substantielles est passible de sanctions pénales et civiles ».*

Ce n'est en aucun cas l'entreprise qui déterminera le champ de l'infraction : l'adoption de mesures de protection n'est en effet qu'un critère, certes indispensable, mais secondaire. Elle ne suffira pas à conférer la nature d'informations protégées à l'information en cause. Il n'en sera ainsi que si toutes les autres conditions sont réunies, et c'est le juge pénal, et lui seul, qui sera compétent sur ce point. C'est un élément clé selon l'avis du Conseil d'État ;

#### **a - L'inopposabilité du secret des affaires**

A la différence du secret de la défense nationale, le secret des affaires sera inopposable à la justice, de même qu'aux autorités administratives dans l'exercice de leur mission de

surveillance, de contrôle ou de sanction, ce qui inclut notamment les services de police, de douane, de renseignement, et les autorités administratives indépendantes.

#### **b - Trois faits justificatifs sont prévus**

Aucune sanction n'est applicable si la divulgation répond à un ordre ou à une permission de la loi, à la dénonciation de faits susceptibles de constituer une infraction ou un manquement, ou si le juge a ordonné ou autorisé la production de la pièce concernée ;

Aucune sanction disciplinaire ne pourra être prononcée en cas de signalement aux autorités compétentes dans ces conditions. Pour illustrer l'importance de ces garanties: un salarié d'une entreprise qui dénoncerait des pratiques contraires au code de la santé publique n'encourra aucune sanction, ni pénale, ni disciplinaire, même si l'entreprise considérait que le procédé de fabrication de ses prothèses médicales, par exemple, relevait du secret des affaires.

### **3 - Les peines prévues**

Dans le texte initial sont celles prévues en cas de violation du secret professionnel: un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. Une peine qui apparaît insuffisant de ces peines mais plutôt devrait se préconiser leur alignement sur celles prévues en cas d'abus de confiance 3 ans et 375 000 euros ou dans d'autres peines plus strictes.

#### **B - Raisons**

Cette proposition de loi vise à combler une lacune en droit positif français, en effet, face à la multiplication des atteintes au secret des affaires l'arsenal juridique est inadapte<sup>98</sup>.

La proposition de loi énonce les informations protégées par le secret des affaires, mais aussi, le délit de violation de ce même secret.

Ce projet est aussi adopté en raison de la diversité des secrets aujourd'hui visés par de nombreux textes et l'absence d'homogénéité des statuts juridiques qui s'y attachent.

---

<sup>98</sup> BSA, trimestre 3, « Protéger le secret des affaires, un enjeu national, novembre 2010, p.3

## **C - Les éléments constitutifs de l'infraction**

Le délit de violation du secret des affaires suppose le concours de trois éléments en matière d'infraction : l'élément matériel, moral et légal. Il faut tout d'abord, l'existence d'un secret. En second lieu, le secret doit avoir été connu dans l'exercice de la profession du salarié de l'entreprise ou qui touche l'activité de l'entreprise. Enfin il faut un acte de révélation.

### **1 - L'élément matériel**

#### **a - Un acte secret**

Secret connu dans l'exercice de l'activité de l'entreprise : l'obligation couvre-t-elle toute confiance faite durant l'exercice de profession ou bien faudrait-il en plus que cette confiance ait un autre rapport avec (l'activité de l'entreprise ou la profession du salarié). Nous pensons qu'il faudrait tenir comme secret le fait qui répond à la double exigence : qu'il soit connu durant l'exercice de l'activité de la profession et qu'il soit en relation avec la profession elle-même. Même dans le cas où le secret a été reçu dans le cadre de l'exercice de la profession, il faut qu'il soit en relation avec cette profession. La notion de «relation avec la profession» est à prendre dans son acception au sens large. En outre, même les faits connus en partie seulement, dans l'exercice des fonctions, seraient couverts par le secret. En effet, il sera souvent «impossible de ventiler un secret et c'est l'obligation au secret qui devra prévaloir.<sup>99</sup>»

#### **b - Un acte de révélation**

Les moyens les plus classiques de révélation sont la parole et l'écrit. «La parole, qu'elle soit faite en public ou en privé, d'une façon spontanée ou même par allusion, constituera une violation du secret des affaires. Toutefois il faudrait que le fait ait été communiqué avec un minimum de précision capable de rendre identifiable. «On ne révèle pas un secret en donnant des réponses évasives à une interrogation indirecte<sup>100</sup>».

La révélation peut également avoir lieu par écrit, qu'il s'agisse d'une publication ou bien d'une simple écrit privé. Il faut cependant que cet écrit soit adressé à une personne autre que le chef d'entreprise en cause.

---

<sup>99</sup> A.Chavanne, *ibid.*

<sup>100</sup> Garçon, *Code pénal annoté*, Paris, 17 novembre 1953, *Gaz. Pal.*, 1954, I, art 378.

### **c - Le caractère confidentiel de l'écrit**

Le fait qu'il soit communiqué sous le sceau du secret n'enlève en rien l'aspect délictuel de la divulgation. « Il y aura encore révélation, même si elle est faite à une seule personne, même à titre confidentiel, même si cette personne est elle-même tenue au secret<sup>101</sup> ». Parfois le moyen de divulgation pourra être moins classique comme la production d'une photocopie, ou d'un document confidentiel. Soulignons enfin le caractère illicite de que doit avoir l'acte de révélation pour qu'il puisse constituer un élément constitutif de l'infraction. En effet, la loi a prévu des cas où la révélation est permise et ne peut de ce fait revêtir aucun caractère délictuel. C'est l'hypothèse des exceptions prévues à l'application de l'obligation du secret que nous étudierons dans la deuxième partie.

## **2 - L'élément moral ou intentionnel**

### **a – L'intention criminelle**

L'intention de révélation consiste dans la volonté consciente et réfléchie de vouloir divulguer le secret. Pendant longtemps on avait cru que la révélation d'un secret n'était un délit que si le dépositaire avait, en ce faisant, l'intention de nuire à celui qui lui avait confié son secret. Actuellement, dans le code pénal annoté, on peut s'en rendre compte, l'intention délictuelle est réalisée lorsque l'agent a commis le fait défendu avec connaissance « sachant faire ce que la loi défend, dans les conditions où elle le défend<sup>102</sup> ». Ainsi, l'intention sera réalisée lorsque le dépositaire du secret « le révélera sciemment, ayant conscience de communiquer une confiance qui lui a été confié ou qu'il a connue dans l'exercice de la profession. Celui qui sait révéler un secret ne peut pas être considéré comme n'ayant pas l'intention de révéler<sup>103</sup>. Ainsi, donc peu importe le mobile, « il suffit de constater chez l'inculpé la connaissance et la volonté ».

### **b - La négligence**

Le cas de la violation par inadvertance même si la loi n'en précise pas sur ce point.

---

<sup>101</sup> Chavanne, Le délit de la révélation, n°134 et Paris, 1<sup>er</sup> mars 1935, D.H. 1935, p.256.

<sup>102</sup> Garçon, code pénal annoté, op.cit.112

<sup>103</sup> Chavanne, op.cit.

### **3 - L'élément légal**

L'adoption d'une nouvelle loi spécifique par la législation qui réprime la violation du secret des affaires des entreprises avec des dispositions contenant des peines applicables correspondant à la dite violation.

#### **D – Les conséquences de cette violation**

##### **1 - Des dommages et préjudices**

La violation d'un secret d'entreprise ou la divulgation de procédés de fabrication et de formules confidentielles a des incidences préjudiciables irrémédiables : perte d'un contrat à l'international, prise de contrôle inamicale d'une entreprise française, mise en œuvre d'une stratégie de destruction d'une entreprise concurrente, etc. Les conséquences qui en résultent s'apprécient généralement en termes de perte d'emplois, de parts de marchés, d'actifs financiers, et en définitive, de croissance.

##### **2 - Retards des recours devant la justice**

Cette différence d'appréciation pénalise véritablement les entreprises qui en sont victimes de la violation du secret des affaires. Force est de constater que l'avantage est pour l'instant à celui qui s'est approprié illicitement de l'information confidentielle, car il est souvent trop tard pour les entreprises victimes d'atteinte au secret des affaires de recourir à la justice pour défendre leur patrimoine. Ceci à cause de la longueur des procédures, à cause de la difficulté des juges sur l'appréciation des faits à étudier le suivi technique des dossiers d'atteinte au secret des affaires.

Dans plusieurs affaires bien connues, c'est la vengeance d'un ancien employé éconduit ou les ambitions déçues d'un responsable qui conduiront à soustraire des documents confidentiels et stratégiques. Ceux-ci seront alors diffusés à la justice ou aux médias pour nuire à la réputation de l'entreprise concernée, à moins qu'ils ne bénéficient directement à ses concurrents.

Le secret des affaires est un élément fondamental pour la survie de l'entreprise. En effet, dans de nombreux cas, les entreprises préfèrent ne pas porter plainte, pour ne pas ébruiter l'attaque dont elles ont été victimes. C'est toujours tardivement qu'ils sont conscients qu'ils auraient dû porter l'affaire devant la justice.

### **CHAPITRE 3**

## **LE SECRET DES AFFAIRES MÉRITE PROTECTION**

Le problème n'est plus de savoir quelles sont les informations couvertes par le secret des affaires ou non, il s'agit plutôt de savoir comment et jusqu'à quel point il l'est.

Il est exact qu'à l'heure actuelle, aucun texte législatif ou réglementaire n'encadre la définition de la notion du «secret des affaires». Le droit ne protège pas le secret des affaires de façon spécifique mais sa protection est indirectement assurée par des dispositions variées et par le juge. Pour se faire, l'entreprise doit se doter des meilleurs instruments, des meilleures pratiques, des meilleures méthodes que ses concurrents. Il faudrait dans ce cas se défendre à armes égales avec ses compétiteurs sur le marché.

A priori, on ne pourrait pas amené à fournir une réponse catégorique en faveur d'une couverture complète et totale. Toutefois, dans la mesure où la loi peut d'une part, se plier à une forme ou à une autre interprétation, et que d'autre part, elle prévoit expressément une hypothèse spéciale de secret renforcé, on est amené à nuancer les réponses.

Une simple révélation concernant un élément, d'importance si minime soit il entraînerait une violation du secret des affaires. Parce que non seulement le récipiendaire est tenu de garder les informations confidentielles secrètes mais aussi son contenu et tous ses éléments.

Protéger les entreprises vulnérables aux attaques déloyales de prédateurs économiques et financiers, constitue un impératif de défense des intérêts de l'entreprise et une préoccupation permanente de cette dernière.

Deux façons nous permettront de mieux cerner cette question sur la protection du secret des affaires. D'abord, nous examinerons l'utilité de cette protection (section 1), parce qu'ils illustrent un certain consensus. Ensuite, nous comparerons ce mode de protection à un mode apparenté de la propriété intellectuelle, le brevet (section2).

## **SECTION 1 – L'UTILITÉ DE LA PROTECTION**

### **§1 - FONDEMENT**

L'analyse et la pratique convergent vers un même constat : l'inadaptation de notre dispositif juridique et technique actuel pour lutter contre les déviations observées dans les relations commerciales, et l'impuissance des services de l'État comme de l'institution judiciaire, l'absence de législation même, pour accompagner et soutenir avec succès les entreprises dans le domaine de la sécurité et de la protection des informations qu'elles détiennent. Nous allons voir dans ce paragraphe que la nature des informations confidentielles (A), la protection des emplois (B) et la protection de rapport de confiance (C) sont les raisons qui ont poussé les entreprises à vouloir cette protection.

#### **A – En raison de la nature des informations confidentielles**

On voit que le principe d'efficacité économique conduit à dire que l'innovation doit être et rendue publique par le dépôt d'un brevet et protégée les utilisateurs du brevet devant payer une redevance pour rémunérer l'inventeur. Quant aux copieurs, ils sont à l'évidence susceptible d'être condamnés par le délit de contrefaçon.

Cependant, certaines entreprises détenant des secrets de fabrication, qui constituent un avantage concurrentiel évident, ne souhaitent pas breveter même au risque d'être devancées. Ce choix revient peut être du fait que beaucoup d'aspects de l'entreprise tels que les stratégies commerciales à venir ne soient pas rendus publics, ni aux actionnaires ni aux partenaires de l'entreprise.

Les produits ou procédés qui ne sont pas brevetables peuvent être protégés par la législation sur le secret des affaires. Toutefois, les entreprises comptent sur cette législation, qui n'exige pas d'enregistrement, pour conserver le détail de leurs activités de recherche-développement, y compris les projets de demandes de brevet et les demandes de brevet avant leur publication. Même après la délivrance d'un brevet, le savoir connexe peut être protégé en tant que secret des affaires.

Comme l'écrit un auteur : «Les problèmes de terminologie, de définition et d'étendue de la réservation des secrets dépendent en effet grandement du fondement juridique de la protection ». <sup>104</sup> «Un secret, une fois découvert, n'est plus un secret ». <sup>105</sup> .

---

<sup>104</sup> Olivier WENIGER, « La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how) », Étude comparative des droits allemand, français et suisse, Genève, Librairie Droz, 1994, p. 18.

## **B – Pour la protection des emplois**

Protéger le secret des affaires, c'est protéger des emplois, des technologies sensibles, des investissements, et lutter contre la désindustrialisation.

Puisqu'une fois que le secret des affaires d'une entreprise est dévoilé, il pourrait perdre sa place sur le marché concurrentiel ; par conséquent, diminuerait ses rendements. L'entreprise sera obligée par la suite de licencier ses salariés, de réduire le nombre des effectifs du personnel, jusqu'à la fermeture de l'entreprise en raison de la perte considérable que l'entreprise a subie. De ce fait, il y aura une hausse de pourcentage de nombre de chômeurs.

## **C - Protection de rapport de confiance**

Il arrive souvent que l'on soit obligé de confier son secret à un autre. C'est le cas du recours nécessaire aux professionnels pour se faire assister, aider ou guérir. La confiance est alors indispensable. Elle constitue une condition fondamentale pour atteindre le résultat escompté. Il est vrai que les certaines professions sont marquées plus que d'autres par cette nécessité de communication, tels les prêtres, les médecins et les avocats. Il paraît normal que la loi ait commencé par accorder sa protection aux secrets se rapportant à des intérêts moraux (ministre du culte) ou sociaux (médecin, avocat...) Et qui de toute façon, sont extra-patrimoniaux. Mais on peut constater que le besoin de protection résulte généralement de la nécessité de faire des confidences avec la communication des dossiers ou de savoir-faire de l'entreprise, dès lors cette protection doit être étendue aux salariés une fois que celui-ci accède au rang du confident une fois intégrée dans l'entreprise.

Le but de ces mesures supplémentaires de protection est de réduire autant que possible les risques de révélations des informations confidentielles, et de garder le rapport de confiance qui se noue entre l'entreprise et le tiers ou entre l'entreprise et le salarié.

---

<sup>105</sup> Judith ROBINSON et Sébastien JETTE, « La protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur employé ».p.3.

## **§2 – SUR LE JEU DE LA CONCURRENCE**

Les secrets d'affaires peuvent procurer un avantage sur les concurrentes de nombreuses façons, Des informations confidentielles, des savoirs et des connaissances spécialisées authentiques constituent un atout concurrentiel unique qui aide les entreprises à attirer des clients<sup>106</sup> et leur détention accorde une meilleure place sur le jeu de la concurrence.

Faire de la concurrence est permise mais à condition qu'elle soit loyale. En effet, certaines entreprises seront tentées d'espionner leurs concurrents en s'ingérant dans leurs affaires. Or, cette ingérence extérieure dans la sphère des affaires de l'entreprise pourrait avoir une conséquence pour l'entreprise. Puisque les questions financières et les relations d'affaires appartiennent essentiellement à l'entreprise, il en a entièrement l'exclusivité, et il trouvera ca détestable qu'un jour ou l'autre, toutes ses informations confidentielles puissent être connues de n'importe qui surtout de ses concurrents. Enfin, pour lutter contre les concurrents de demain. Il peut s'agir d'anciens employés ou clients qui ont acquis des savoirs et pourraient de ce fait étaler les informations sur le marché concurrentiel. Une personne qui a bénéficiée de licence ou de cession, du fait de son exploitation, pourrait devenir un futur concurrent pour l'entreprise.

## **SECTION 2 - LA PROTECTION S'INSPIRE DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

Dans cette section, nous allons expliquer le propriétaire du secret (§1), ensuite on évoquera les lois de référence (§2) avant d'entamer la question concernant la protection au sein de l'entreprise (§3)

### **§1 - LE PROPRIÉTAIRE DU SECRET**

En matière de secret et d'utilisation de l'information, il n'y a pas de propriété au sens strict. Autrement dit, si une entreprise développe une technique qu'elle garde secrète, rien n'interdit à ses concurrents ou à des tiers de développer les mêmes techniques de manière indépendante. Ce que les économistes appellent : l'information est «un bien non rival ».

Il peut être utilisé simultanément par deux sociétés et de façon tout à fait licite. Si on commence à entrer dans une logique d'assurance et de protection, il faut quand même

---

<sup>106</sup> Revue de l'OMPI « Les secrets d'affaires n'ont pas de prix protégez-les », Avril 2010, p.12

garder en tête cette réalité et la nature juridique particulière du secret, qui le différencie des droits privatifs, comme le brevet ou la marque.

## §2 - LOIS DE RÉFÉRENCE

Peut-on également considérer que les lois de compétence et les traités sur la propriété intellectuelle seront applicables à un éventuel secret des affaires ?

En effet, la propriété intellectuelle est souvent invoquée pour protéger le patrimoine de l'entreprise.

En cas de violation des droits, la mise en œuvre de la protection passe nécessairement par une procédure judiciaire. A cet égard, le Code de la Propriété Intellectuelle français a récemment fait l'objet de modifications législatives et réglementaires essentielles et déterminantes pour la sécurité économique des entreprises :

- La loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon : cette loi a pour objet d'unifier les différents aspects procéduraux de la propriété intellectuelle (droit d'auteur, dessins et modèles, marques, brevets). Les dispositions de cette loi renforcent les mesures provisoires et probatoires mises à la disposition de l'entreprise copiée (saisie contrefaçon, droit à l'information) et instaurent une meilleure réparation du préjudice de la victime.
- Le décret n°2008-522 du 2 juin 2008 portant refonte de la partie réglementaire du code de l'organisation judiciaire : ce décret est essentiellement relatif à la modification de la carte judiciaire. Néanmoins, l'article R211-7 inséré dans ce décret attribue compétence exclusive au Tribunal de Grande Instance de Paris en matière de marques, dessins et modèles communautaires
- Le décret n°2008-624 du 27 juin 2008 pris pour l'application de la loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon et portant modification du code de la propriété intellectuelle : celui-ci établit le délai dans lequel doit intervenir une assignation en contrefaçon, suite à des opérations de saisie contrefaçon. Ce délai est le même dans toutes les matières de la propriété intellectuelle, à l'exception du droit d'auteur, matière où aucun délai n'est prévu.
- La loi n°2008-776 du 4 août 2008 de Modernisation de l'Economie : il s'agit d'une loi relative au statut de l'entrepreneur individuel, aux PME, aux baux commerciaux, à la

protection du consommateur, au numérique, à la finance... Le chapitre III intitulé «développer l'économie de l'immatériel «instaure un transfert de compétence, en matière de propriété littéraire et artistique et de concurrence déloyale, des Tribunaux de Commerce au profit des Tribunaux de Grande Instance. La liste de ces TGI appelés à connaître du contentieux du droit d'auteur doit être déterminée par décret. Celui-ci n'est à ce jour pas intervenu.

### **§3 – LA PROTECTION PAR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

Nous allons expliquer la difficulté (A) qui se présente, avant de développer le régime de la protection

#### **A - La difficulté**

La loi protégeant le secret en matière de propriété intellectuelle qui concerne la protection par la propriété industrielle se limite au seul secret de fabrique.

En effet, les dispositions de l'article L152-7 du code du travail français repris par l'article L621-1 du Code de la Propriété Intellectuelle, érige en délit pénal le fait, pour un salarié, de révéler aux tiers un secret de fabrique. La violation du secret de fabrique est réprimée et punie de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende. Cette disposition paraît insuffisante, car limitée aux seuls rapports entre l'entreprise et ses employés.

La propriété intellectuelle permet aussi le droit d'interdire<sup>107</sup>, c'est le droit d'autoriser en imposant des conditions : c'est ainsi que l'on concède le plus souvent en échange d'un cache et de royalties et de quelques conditions. Or le secret ne peut pas être cédé par contre il a besoin de ce droit d'interdire du fait de sa divulgation

#### **B – Régime de la protection**

##### **1 - L'objet de la protection**

Alors même que les droits de propriété intellectuelle reposent sur un système de divulgation, le secret peut être l'objet même de la protection ou encore être appréhendé. Vu que l'objet de la protection est l'information. L'octroi de droits exclusifs d'exploitation implique la divulgation de la création au public. .

---

<sup>107</sup> Xavier Leclercq, les contrats commerciaux, éditeur 2002, p. 91.

Seules quelques dispositions protègent le secret des affaires en matière de propriété intellectuelle. Il est dès lors indispensable de protéger l'accès à leur patrimoine intellectuel, élément fondamental de leurs actifs et cible essentielle du secret des affaires.

C'est notamment le cas pour certains secrets des situations et de productions d'une entreprise, parce que la protection, obtenue par les demandes de brevets est limitée à 20ans et ces informations doivent être divulguées.

## **2 - Les avantages de la protection**

La mise en œuvre de la protection des droits de propriété intellectuelle permet au demandeur d'appréhender des informations relevant du secret des affaires du défendeur, notamment au moyen de la procédure de saisie contrefaçon.

Par le biais de cette procédure, le saisissant cherche à caractériser tout à la fois, la matérialité des actes de contrefaçon, leur traçabilité et les éléments du préjudice généré en aval de la production et de la commercialisation. Cela faciliterait la preuve de l'existence du secret des affaires et permettra d'identifier le propriétaire.

A cette fin, l'huissier de justice mandaté est autorisé à saisir divers documents pouvant relever du secret des affaires.

Il est primordial que l'exercice et la protection de ces droits ne soient pas détournés de leur finalité pour devenir un simple outil d'espionnage industriel, permettant l'obtention déloyale de données stratégiques au profit du concurrent. La saisie contrefaçon est autorisée par une ordonnance sur requête présentée au Président du Tribunal du lieu du saisi.

### **a - la saisie-contrefaçon en matière de secrets**

Une saisie-contrefaçon, c'est une ordonnance du juge qui s'appuie sur l'existence préalable d'un titre, ce qui veut dire qu'il existe une protection définie. Le Code de procédure français prévoit la demande d'informations, qu'une partie peut adresser au tribunal pour obtenir de l'autre partie la communication d'informations pertinentes si cela est nécessaire pour l'objet du litige. Il s'agit de l'article 145 du Code de Procédure Civile : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. »

### **b - Extension du champ de la saisie-contrefaçon**

La nouvelle loi du 27 octobre 2007 unifie la procédure et, conformément à la pratique actuelle, étend le champ de la saisie contrefaçon à «tout document s'y rapportant» et à la «saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour fabriquer ou distribuer les produits ou fournir les services prétendus contrefaisants.

Cette extension du champ de saisie vise directement des éléments relevant du secret des affaires.

### **3 - Le méfait de cette procédure**

L'utilisation de cette procédure peut ainsi permettre à un saisissant déloyal de capter des secrets appartenant à son concurrent sans offrir de garantie de défense et de protection du secret à ce dernier.

La difficulté dans le cadre du secret, c'est qu'au départ, il n'y a pas de titre et qu'il appartient à celui qui introduit l'action de faire la preuve qu'il existe un secret protégeable. De même, la difficulté se présente lors de la publicité des débats. Ce que le détenteur du secret veut éviter, lorsqu'il introduit une action, c'est de révéler le secret à travers cette action.

Il y a donc une espèce de contradiction, un dilemme, à devoir défendre une information sans la révéler dans son détail. La protection ne dure que 20 ans, elle est donc temporaire et est par nature limitée dans le temps, pourtant le secret est permanente

## **SECTION 3 - L'EXISTENCE D'UN PARADOXE AVEC LE DROIT SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

Dans cette section nous allons démontrer la protection par le secret des affaires (§1) et la différence entre la protection par le droit de la propriété intellectuelle (§2).

### **§1 - LE SECRET DES AFFAIRES INTERDISE LA DIVULGATION**

Contrairement à certains autres types de droits de propriété intellectuelle dont la durée est limitée, telles que les brevets et le droit d'auteur, les secrets des affaires bénéficient en théorie d'une protection illimitée, tant qu'ils restent, précisément, secrets.

La protection avec le secret des affaires est perpétuelle. Un secret des affaires peut durer indéfiniment, tant que les mesures de confidentialité qui le protègent continuent à produire leurs effets. Toutefois, la protection juridique sur le secret des affaires est fragile : une fois que l'information est révélée, le régime du secret n'a plus à s'appliquer. En conséquence, la prévention est une règle pour toute conservation de secret, une fois que le secret est dévoilé, il n'y a plus grand-chose à faire car ce sera encore difficile d'établir la preuve de ce secret.

L'alinéa 3 de l'article 1711 de l'ALENA empêche les États membres de limiter la durée de protection des secrets commerciaux, qui sont ainsi perpétuels jusqu'à ce qu'ils soient divulgués ou autrement découverts.

La protection par le secret des affaires n'expire jamais contrairement aux brevets, aux dessins et modèles industriels ou au droit d'auteur.

## **§2 - LE DROIT SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE NÉCESSITE LA DIVULGATION**

La principale différence entre protéger un savoir par un brevet, et le protéger par le biais d'un secret des affaires est que le brevet révèle l'information au public, tandis que le secret des affaires la dissimule au contraire et la garde cachée.

L'octroi d'un brevet pour un nouveau procédé, machine, fabrication ou composition de matière accorde au breveté la faculté et le privilège exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres l'objet de l'invention. Cette exclusivité existe pour une période de vingt ans après le dépôt de la demande de brevet auprès du Bureau des brevets en France ou de l'OMAPI pour le droit malgache. A l'inverse, un brevet d'invention expire généralement au bout de 20 ans.

Ceci étant dit, l'obtention d'un brevet et le monopole limité qui en découle nécessite la divulgation et la publication de la nouvelle invention pour que le public puisse s'en servir par voie d'une licence volontaire ou pour poursuivre des améliorations, avec la libre exploitation suite à l'expiration du brevet.

## DEUXIEME PARTIE

### LA PORTEE ET LIMITES DU REGIME DU SECRET DES AFFAIRES

Le secret constitue une satisfaction morale, et un élément positif de captation dans la mesure où il répond à un souci de protection et de dissimulation des situations économiques.

Le secret des affaires ne se justifie pas seulement par des considérations juridiques mais sur du point de vue économiques. La discrétion est à la base de toutes activités dans le monde des affaires. Pour qu'une entreprise puisse progresser dans leurs affaires, il faut qu'il établisse un système de discrétion et gagne la confiance de ces investisseurs et leurs cocontractants. Cela suppose qu'ils sont en mesure d'assurer la confidentialité des informations qu'ils estiment cruciale et aura un impact sur le jeu de la concurrence. Ainsi le secret des affaires constitue-t-il une clé de voûte des informations confidentielles de l'entreprise ?

Enfin, l'obligation juridique porte sur un objet, à savoir un fait à garder caché. Il se voit protéger d'une manière exceptionnelle grâce au renforcement des mesures de protections. Ainsi conçue, cette obligation au secret est appelée dans un domaine donné où elle produit des conséquences particulières.

Le régime du secret des affaires s'exerce dans un domaine donné et produit des effets qui se caractérisent par une opposabilité assez large qui exclut la mainmise des personnes privées mais n'exclut pas pour autant de celui de la puissance publique. Malgré qu'il se dote d'un système de protection qui n'est pas conçu spécialement mais qui paraît suffisant pour lui garantir d'une façon adéquate le fonctionnement du régime de discrétion.

Ce fléchissement dans la rigueur du secret des affaires s'explique par le souci de s'accommoder des mesures coercitives des pouvoirs publics. Ainsi, en vue même de sauvegarder l'essence même du secret des affaires, fallait-il se plier aux exigences primordiales relevant de l'imposition et du juge d'instruction.

Dans cette deuxième partie nous allons étudier dans un chapitre premier que le principe de la transparence s'impose aux entreprises (chapitre 1) et que malgré l'exigence pressant venant des tiers et des pouvoirs publics, le secret des affaires possède des recours (chapitre 2)

## CHAPITRE I

### LA TRANSPARENCE DE L'ENTREPRISE

Les facteurs concourant à accroître la transparence dans le monde de l'entreprise sont multiples.

Traditionnellement, le secret des affaires était de principe. Il s'en déduisait de nombreuses conséquences. Le secret est opposable à toute personne quels que soit sa qualité ou son rang. C'est un droit tout à fait personnel qui relève du patrimoine moral. L'entreprise est le seul maître de son secret. Les entreprises n'avaient pas à se communiquer leurs activités et leurs manières de développer leurs chiffres d'affaires.

La règle du secret des affaires, peut, cependant favoriser la fraude. Le secret bancaire a ainsi favorisé la fraude fiscale, le blanchiment de l'argent sale. Ensuite, le secret constitue une entrave au jeu de la libre concurrence.

En plus, le secret a aujourd'hui mauvaise presse en entreprise<sup>108</sup>.

Pour ces raisons, ce sont les mérites de la transparence, cette idée se révèle très féconde. Elle justifie par exemple que des pouvoirs d'investigations de plus en plus importants soient reconnus aux agents de l'administration fiscale, de la répression des fraudes. C'est également au nom du principe nouveau de transparence que les entreprises sont tenues de communiquer les documents nécessaires et dossiers comptables qui les ont permis de réaliser leur chiffres d'affaires.

Il y a aussi la contrainte juridique de transparence aux personnes qui contracte avec l'entreprise et aux salariés des informations sur le fonctionnement de l'entreprise, qui vient directement contredire l'attrait du secret des affaires.

Cependant ce principe doit être nuancé en ce qui concerne certaines catégories de personnes ayant un lien juridique avec l'entreprise : le client et les créanciers.

---

<sup>108</sup> Denis KESSLER, L'entreprise entre transparence et secret, Pouvoirs 97, 2001.p.45.

En obligeant le salarié ou le détenteur du secret ou le titulaire de l'information à garder le secret, la loi lui confère en contrepartie le pouvoir de s'opposer à toute demande de révélation ou d'investigation, que cette demande provienne de personnes privées ou des pouvoirs publics.

Là se révèle le dynamisme du système du secret des affaires. Nous l'avons envisagé jusqu'ici dans son état latent, désormais nous allons le voir réagir. Les multiples prescriptions de la loi confèrent au titulaire de l'information ou à celui qu'on confie le secret, un imposant pouvoir d'opposabilité. L'opposabilité est le mot clé de tout le régime du secret des affaires lorsqu'il agit comme protecteur des informations confidentielles de l'entreprise.

L'opposabilité est la clé de tout le régime concernant le secret d'affaires. C'est par lui qu'on résumera ce chapitre. Comment se manifeste cette opposabilité et jusqu'où peut-elle aller ? La loi n'édicte-t-elle pas à la charge du détenteur de l'information l'exigence de la divulgation de l'information ? De quelle façon se comporte l'entreprise pour assurer la confidentialité de ces informations, tant dans ses rapports avec les personnes privées que dans ses rapports avec les pouvoirs publics.

Ainsi, le domaine d'application du secret des affaires subira quelques restrictions mineures inspirées du bon fonctionnement de l'ensemble du système de l'entreprise. Sans parler que le secret devienne dérisoire lorsque l'intérêt général l'exige c'est-à-dire venant des pouvoirs publics.

## **SECTION 1 - LE DOMAINE D'APPLICATION DE LA TRANSPARENCE**

La contrainte juridique de transparence aux actionnaires et aux salariés des informations sur le fonctionnement de l'entreprise, vient directement contredire l'attrait du secret des affaires. L'entreprise est désormais soumise à une nouvelle forme de l'interventionnisme de l'État ou du juge qui veut imposer un certain égalitarisme et une éthique, morale des temps modernes. S'il y a des transparences naturelles, la transparence est en effet souvent un effet de la contrainte du droit, qui se traduit par des obligations nouvelles d'informations.

## **§1 - APPRÉCIATION**

### **A - L'origine de cette transparence**

Un mouvement général visant à plus de transparence paraît d'actualité brûlante, bien qu'il ne soit toutefois pas véritablement nouveau, et ce dans tous les domaines politiques ou économiques ou financier<sup>109</sup> et sociétair.

Le secret ne semble recueillir que de très rares suffrages et faire l'objet d'une méfiance accrue. Ce qui est secret paraît suspect.

De ce fait, les entreprises sont incessamment confrontées à certaines difficultés qu'elles ne peuvent y échapper. D'un côté, elles doivent s'efforcer d'établir et de maintenir de bonnes relations avec leurs sous-traitants, leurs acheteurs, leurs fournisseurs, leurs distributeurs, et leurs autres partenaires commerciaux, ce qui implique qu'elles doivent parfois leur révéler des informations confidentielles. Et ceci pour donner une image fidèle de l'entreprise.

De l'autre, elles se doivent de protéger la confidentialité des renseignements qui leur procurent un avantage concurrentiel, à défaut de porter atteinte à sa survie sur le marché concurrentiel où pour garder la meilleure place il faut savoir garder le secret. L'équilibre à établir nécessite une bonne compréhension des règles juridiques applicables.

### **B - Remise en cause de cette idée de transparence**

Cette idée de transparence a été l'origine d'un débat doctrinal, car certains auteurs sont pour la transparence qui exige toute révélation des informations concernant l'entreprise, d'autres préconisent l'importance du secret face à la transparence.

Historiquement, le secret existait déjà au sein de la société, le secret était de règle peu importe la forme de la société, ce qui était essentiel c'était que « toute vérité n'est pas bonne à dire » seulement la façon de le protéger était différent de la situation actuelle ainsi que les mesures prises afin de préserver ce secret.

---

<sup>109</sup> On remarque ce phénomène en droit malgache sur l'adoption de la loi 2004-020 sur le blanchiment de capitaux, le blanchiment, le dépistage, la confiscation et la coopération internationale en matière de produits de crime. De même en droit français avec la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 qui contient un volet financier et qui a, entre autres, pour but la lutte contre le blanchiment d'argent.

L'Etat reconnaît le droit au secret pour chacune des entreprises mais il exige par contre certaine transparence que l'entreprise doit faire connaître au public, comme l'exemple en période médiévale: «l'enregistrement des sociétés offre une liaison plus immédiate et technique. L'ordonnance de 1673(titre IV, art 2) imposait l'enregistrement des sociétés entre marchands et négociants au greffe de la juridiction consulaire ; elle ne fut guère suivie. L'inertie du commerce tenait à la tradition du secret »<sup>110</sup>

Le professeur SAINT-ALARY lui dans un rapport en 1974<sup>111</sup>, énonce la fin du principe de discrétion des entreprises en soulignant que : «il est de bon ton dans certains milieux d'affaires ou autres d'ironiser sur le halo de mystère dont aiment à s'en tenir certaines entreprises françaises, et non des moindres. On les critique de demeurer ainsi attachés en cette fin de XXe siècle à une discrétion qui sans doute, était défendable au siècle précédent mais ne l'est plus au nôtre où sont prônées les vertus de l'information. »Ceci explique que pour cet auteur, l'ère du secret de l'entreprise est révolu et que le principe de la transparence devrait s'appliquer car le secret n'est plus d'utilité de nos jours.

Par ailleurs, Melle VIGNAL lui dans son ouvrage intitulé : «la transparence en droit privé des contrats »soutient l'idée que le secret devrait primer face à la transparence et non seulement il annonce sa primauté mais il confirme aussi son avantage, en affirmant que : «la transparence a de nombreux avantages mais pas le secret permet également la conclusion et le maintien des relations d'affaires en permettant à celui qui les nouent d'y trouver un profit légitime. »<sup>112</sup> Ainsi pour l'auteur, dans le conflit opposant le secret et la transparence, la faveur doit être donnée au secret. Telle était déjà la position nuancée retenue par le M.VIRASSAMY<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> Jean HILAIRE, Le droit des affaires, collection dirigée par A. SAYAG, étude de centre de recherche sur le droit des affaires de la chambre de commerce de l'industrie de Paris. Enquête du laboratoire de prospective appliquée. Quel droit des affaires pour demain? Essai de prospective juridique ; Mars 1984 ; édition Paris LITEC 1984.p.182.

<sup>111</sup> SAINT-ALARY (R), Rapport sur le secret des affaires en droit français, Travaux de l'association Capitant, t.25, 1974, p.263.

<sup>112</sup> VIGNAL (N), La transparence en droit privé des contrats, PUAM, 1998, §222 : « Le dosage entre ces deux impératifs doit se faire selon nous en faveur du secret ».

<sup>113</sup> VIRASSAMY(G). Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise. RTDC 1988, spéc. p.183 : « Mais pour nécessaire qu'il (le secret) soit pour la protection de l'intérêt privé (celui des associés, des salariés et des divers interlocuteurs de l'entreprise) ou de l'intérêt général, il ne peut être absolu et sans limite. Il doit tenir compte d'intérêts tout aussi respectable voire vital : celui qu'à l'entreprise de mener ses activités dans la discrétion, c'est-à-dire dans le respect du secret des affaires.»

## **C- L'intérêt de cette transparence**

### **1 - La transparence comme moyen de faire appliquer la loi**

Cependant, la situation actuelle face au jeu de la concurrence encourage les entreprises à tourner la loi en raison de l'incohérence de certaines de ses dispositions, voire à ne pas l'appliquer lorsqu'elle ne va pas, selon leur appréciation, dans le sens de l'efficacité économique ; c'est en raison de cela l'utilité de la transparence au niveau de l'entreprise. C'est pour faire appliquer la loi à ces entreprises que les pouvoirs publics exigent de leurs parts une certaine transparence sur leurs activités.

### **2 - La transparence comme principe de bonne gestion de l'entreprise**

«La transparence est à la fois pour l'entreprise un élément de séduction vis-à-vis des consommateurs et des investisseurs, et un moyen de se protéger contre l'extérieur »<sup>114</sup> .

La communication est partout valorisée et l'information est perçue très positivement. Afficher que l'on est une entreprise qui favorise l'information, la communication et le principe de transparence valorise cette entreprise aux yeux de ses actionnaires, de ses salariés, de ses clients et fournisseurs. Cela conduit par exemple des entreprises à mettre en œuvre les recommandations sur le gouvernement d'entreprise qui ont pour objet d'améliorer le fonctionnement des sociétés dans une plus grande transparence

Tout cela valorisera l'entreprise et attirera a priori les investisseurs. Ce qui conduit les entreprises à adopter des chartes ou des codes d'éthique.

Prenons le cas des crises que toute entreprise peut être amenée à affronter : accidents, catastrophes, etc. La transparence permet une gestion intelligente des crises. Le public doit tout savoir des causes et des conséquences de l'accident, il faut l'informer sur toute la chaîne des responsabilités.

Dans le même ordre d'idées, la divulgation des inventions *via* le brevet représente une transparence qui protège l'entreprise.

---

<sup>114</sup> Denis KESSLER « L'entreprise entre transparence et secret » Pouvoirs 97, 2001, p.45.

### **3 - La transparence comme contrainte**

Les pouvoirs publics utilisent la transparence à la fois pour protéger ceux qu'ils estiment en situation de faiblesse, en leur donnant accès à l'information, et pour moraliser l'économie ou lutter contre les comportements illicites, ce qui permet de lever les secrets ;

S'agissant du cas de la France, il suffit de citer quelques textes récents : loi du 11 mars 1988 relative à la *transparence* financière de la vie politique, loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la *transparence* de la vie économique et des procédures publiques, loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières qui confie au Conseil des marchés financiers le soin d'assurer l'égalité et la *transparence* des marchés, ou création de l'association *Transparency International* qui a pour mission de traquer et de lutter contre la corruption dans le monde. La transparence ne constitue pas une notion juridique en soi, pas plus qu'elle ne figure parmi les principes du Traité de l'Union européenne.

#### **§ 2 - L'OBLIGATION D'INFORMATION**

D'une façon générale, « le besoin d'information a évincé des affaires le secret ». En effet, on pourrait être amené à se demander comment concilier l'obligation d'information avec les salariés et les cocontractants avec l'obligation de garder les secrets des affaires de valeurs.

##### **A - Les difficultés**

L'entreprise est confrontée à des difficultés. La première difficulté rencontrée est l'obligation d'information à l'égard des salariés sont bien mis en évidence(1), en ajoutant ses rapports avec les tiers (2) qui ne sont d'autres que les investisseurs et les créanciers illustrés par l'échange d'information.

##### **1 - Dans ses rapports avec les salariés**

###### **a - Domaine d'application**

Dans les rapports avec les salariés, l'application du régime du secret des affaires ne rencontrent pas de difficultés majeures. Le principe du respect total du secret s'applique vis-à-vis de toutes personnes employées au sein de l'entreprise. C'est un droit tout à fait personnel dont seul l'entreprise peut disposer grâce à l'insertion de la clause du secret

professionnel ou d'autre clause annexé dans le contrat de travail. Il sera juste de savoir délimiter le champ d'application de ce secret.

En la matière, les gestionnaires de ressources humaines ont été les premiers à réagir et tentent à présent de maîtriser l'information diffusée à l'extérieur par les individus via leurs profils professionnels en les faisant adhérer à une charte d'usage des médias sociaux.

### **b - Le problème posé**

Il arrive par contre que cette recherche législative de la plus grande transparence génère ce qu'on appelle «des conflits de transparence ».

Prenons le cas d'un employeur qui est tenu d'informer le comité d'entreprise<sup>115</sup> de l'offre publique d'achat ou d'échange et d'une prise de participation lorsque celles-ci sont subies par l'entreprise, de l'informer et de le consulter sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiale, lorsqu'il prend une participation dans une société et plus généralement sur toutes les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche de l'entreprise.

Dans ce cas, l'obligation de transparence vis-à-vis des salariés peut entrer en conflit avec celle à laquelle est tenue l'entreprise vis-à-vis du marché. «Le chef d'entreprise a donc le choix entre d'une part privilégier l'information du marché ou informer simultanément le marché et les salariés et donc occulter la consultation préalable du comité d'entreprise et prendre le risque du délit d'entrave, et d'autre part favoriser l'information des salariés avec le risque de se rendre coupable de délit d'initié. »<sup>116</sup> C'est encore une des difficultés auxquelles l'entreprise doit encore y faire face.

### **c - Pour un souci sanitaire et environnemental**

En droit Français : il était cadré principalement par l'article L. 124-4 troisièmement du code de l'environnement et par loi du 17 juillet 1978 qui contient des exemptions de communication faisant «que bien souvent la règle du secret l'emporte sur toute autre considération »,

---

<sup>115</sup> Philippe SUET, « Le code du travail, mode d'emploi », éditions Litec, 1986, p.12.

<sup>116</sup> Denis KESSLER « L'entreprise entre transparence et secret » Pouvoirs 97, 2001, p.43.

Cependant, suite à la loi Grenelle<sup>117</sup> de l'Environnement , il y a un principe légale qui a été posé : l'alerte environnemental<sup>118</sup> exercé par le salarié qui est présentée comme un des instruments de la gouvernance écologique des entreprises dont ils incombent aux partenaires sociaux de définir les contours. Les seules limites seront le secret de la vie privée, la sécurité nationale et les secrets industriels.

Concernant le secret industriel Corine Lepage a souligné , dans un rapport de mission, le champ d'application du secret industriel qui pourrait avoir un rapport avec l'environnement et la santé en expliquant que : « le secret industriel soit mieux encadré et limité aux secrets de fabrication, par contre, l'amont et l'aval du secret de fabrication pourraient être rendus publics dans la mesure où ces informations permettent de mesurer l'impact sur l'environnement ou la santé

En outre, pour Corine Lepage, donc, toutes les données relatives à l'impact sanitaire et environnemental lié au fonctionnement d'une entreprise ou aux conséquences d'un produit ou d'un service devraient être rendues publiques et libres d'accès, qu'elles soient ou non obligatoirement communiquées à l'administration.

## **2 - Dans ses rapports avec les tiers**

### **a- Les créanciers**

#### **i - Le principe**

En ce qui concerne le rapport avec les créanciers, le secret des affaires leur est opposable et il ne dispose d'aucun moyen pour le pénétrer. L'intervention de la justice ne leur est d'aucun secours. Un jugement de saisie demeure inopérant.

#### **ii - Exception**

En matière de déclaration de la faillite de l'entreprise débitrice, les créanciers peuvent avoir un recours contre cette dernière

L'exemple de la faillite, comme le signale M. Gavalda est typique à cet égard. Avant le jugement de la faillite, ces créanciers peuvent pressentir, à des signes inquiétants » que la

---

<sup>117</sup> L. n°2009-967, 3 août 2009, de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, J.O 6 août.

<sup>118</sup> V. Marie-Pierre, Isabelle DESBARATS, Droit du travail et droit de l'environnement, Edition Amazon France, p.180.

situation de leur débiteur est irréversiblement compromise ». Et il continue dans son explication : «Mais même s'ils craignent qu'on ne soit déjà entré dans la période suspecte ils n'ont aucun moyen de percer le secret des affaires de leur débiteur. On imagine en effet les risques de cette immixtion préventive dans les affaires du débiteur<sup>119</sup>»

### **b - La vérité due au client**

On peut ici assimiler le consommateur ici comme le client de l'entreprise de production, puisque ici encore joue l'obligation de l'information qui incombe à l'entreprise. Il est question ici de la publicité commerciale<sup>120</sup>, elle tient à la nécessité que l'entreprise doit informer les produits et services qu'il offre au public. On assiste à un développement croissant des obligations d'information à la charge de l'entreprise en ce domaine. Il faut reconnaître que cette demande de transparence de la part des consommateurs est largement légitime, particulièrement en ce qui concerne les risques liés à tel ou tel produit, à tel ou tel service.

### **c - L'information au cocontractant**

Aujourd'hui, avec les appels d'offres dans les contrats internationaux, en particulier dans les secteurs de grands équipements, il est difficile pour une entreprise de soumettre une offre commerciale sans divulguer beaucoup d'informations, et il est impossible de contrôler l'usage qui en sera fait, par le client ou le prospect. Il y a dans les discussions des offres commerciales, qui ont duré des années, énormément d'informations qui sont passées. C'est donc bien difficile, en pratique, de contrôler cela.

L'échange d'information entre les entreprises, l'échange doit se faire sous le sceau de secret. Il s'agit en effet d'un élargissement du cercle de personnes tenues au secret plutôt qu'une révélation proprement dite. Cela implique des moyens appropriés pour de telles transmissions, de manière à ce que le secret ne puisse être révélé qu'à la personne à laquelle elle s'adresse

### **d - Les rapports avec les investisseurs**

Mais la pression à cette obligation d'information s'est encore accrue lorsque des nouveaux tiers à part les associés ou actionnaires veulent investir leur argent au sein de l'entreprise, et deviennent ainsi plus exigeants.

---

<sup>119</sup> G. Gavalda, « Le secret des affaires », Mélanges Savatier, DALLOZ, 1965, p. 310.

<sup>120</sup> Akuité Pedro Santos, Jean YADO TOE, Droit commercial General OHADA, Collection Droit Uniforme africain, édition Bruylant, Bruxelles 2002, p.24-25.

Les investisseurs qui cherchent par divers moyens à en connaître les détails afin de faire valoir leurs éventuelles revendications.

En effet, les investisseurs veulent disposer de toutes les informations possibles c'est-à-dire tout un détail sur l'entreprise, ses chiffres d'affaires ainsi que ses pertes de l'année. Ils exigent de ce fait que plusieurs informations dûment répertoriées soient nécessairement livrées au marché en temps et en heure, avec un degré de transparence de manières claire et fiable. A défaut ces derniers peuvent désister à verser le fond en faveur de l'entreprise et désinvestissent.

## **SECTION 2 - LES LIMITES DU SECRET DES AFFAIRES**

On comprendra ainsi aisément qu'une telle tâche ne peut s'exercer sans un certain accommodement sinon un fléchissement de la rigueur du secret. Cela se traduit d'une part par l'existence de certaines exceptions et d'autre part par les cas spécifiques.

Trois principaux chefs de dérogation autour duquel gravitent les autres cas, retiennent l'attention. Tout d'abord, il va de soi qu'on ne saurait opposer le secret à l'encontre du juge d'instruction. En second lieu, la puissance publique entend faire respecter ses prérogatives en dépit du secret, ici l'obligation de transparence exige. Enfin, le consentement du titulaire de l'information lui-même une troisième catégorie de dérogations.

### **§1 - L'ORDRE OU LA PERMISSION DE LA LOI**

La proposition d'article 325-3 dans le futur nouveau code pénal vient nous dire que le délit ne pourra pas jouer dans les hypothèses «*où la loi impose ou autorise la révélation du secret* ». Cette exception ne saurait surprendre ; l'article 122-4 du Code pénal dispose déjà que «*n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ».

Le secret des affaires ne saurait faire obstacle par exemple aux instances représentatives du personnel dans l'exercice de leur droit d'accès aux documents de l'entreprise prévu par les lois et règlements en application de l'article 122-4 du code pénal français.

### **§2 - L'OBLIGATION LÉGALE DE DÉNONCIATION**

Sur la dénonciation de faits susceptibles de constituer des infractions. Dans ce cas de figure la personne est déliée du secret des affaires. La dénonciation constitue d'ailleurs une obligation légale, s'agissant d'un crime dont il est possible de prévenir ou de limiter les

effets ; la solution retenue est sur ce point celle différente du régime en matière du secret professionnel.

Aucune sanction disciplinaire ne pourra être prononcée en cas de signalement aux autorités compétentes dans ces conditions. Pour illustrer l'importance de ces garanties: un salarié d'une entreprise qui dénoncerait des pratiques contraires au code de la santé publique, par exemple – est-il besoin de nommer les entreprises concernées ? Et n'encourrait donc aucune sanction, ni pénale, ni disciplinaire, même si l'entreprise considérait que le procédé de fabrication de ses prothèses médicales, par exemple, relevait du secret des affaires.

Le dernier alinéa du même art.431-1CPF dispose que les personnes tenue au secret professionnel sont exceptés de l'application de du premier alinéa dudit article ; et ce n'est que dans certaines situations précisément dans l'article 226-14 délié ces personnes de l'interdiction de révéler un secret professionnel ;

### **§3 - LORS DE L'INSTRUCTION**

Face à la justice, très souvent il y a toujours une obligation de révélation : soit pour des connaissances personnelles pour témoigner d'un délit au sein de l'entreprise, c'est la déposition ; soit que l'on ait recours aux documents qu'il détient, c'est la production des livres. Enfin, il peut arriver aussi que l'entreprise peut être appelé à collaborer avec la justice durant la procédure d'exécution d'un jugement.

#### **A - La déposition en justice**

Un représentant ou salarié ou employeur d'une entreprise peut être appelé à témoigner, soit devant le la justice répressive, soit devant la justice civile et commerciale. La majorité de la doctrine suivie par la jurisprudence ne reconnaît pas à un représentant ou salarié ou employeur d'une entreprise, le droit de refuser le témoignage devant la justice pénale. Par contre, elle admet qu'il puisse se prévaloir devant les juridictions civiles et commerciales de la dispense de témoigner, ou du moins, il devra, pour échapper à la teneur de l'article 378 CPF., prêter serment après lequel il gardera le silence en se retranchant derrière le secret professionnel.

## **B - La production en justice des livres**

C'est une autre façon de la divulgation du secret qui s'effectue par la communication des documents écrits. Les documents pouvant constituer des éléments de preuve. Prenons l'exemple d'un commerçant<sup>121</sup>, la communication consiste dans la remise des livres de commerce à l'adversaire de celui-ci, au tribunal ou à un expert à fin de consultation. Ceci constitue une atteinte grave au secret des affaires parce qu'elle permet au bénéficiaire d'avoir une connaissance complète des comptes courants d'affaires de l'entreprise. Or, il est tenu de cette obligation, puisqu'en cas de refus de communication ou de représentation de ces livres de commerce, le juge peut prendre des mesures à l'encontre de ce dernier.

Cependant, l'entreprise ne peut être contrainte de produire les écrits en sa possession pour donner suite à la demande d'un plaideur démuné de tout droit contre lui.

### **§4 - LA NON OPPOSABILITÉ DU SECRET DES AFFAIRES**

Le secret des affaires est inopposable à la puissance publique, aucun motif ne peut lui exclure de ce pouvoir, ce secret leur est inopposable de plein droit, comme le montre notamment la jurisprudence sur l'inopposabilité du secret bancaire au juge d'instruction et aux juridictions répressives ainsi qu'à l'administration fiscale.

## **A - La puissance publique**

Aux autorités compétentes dans l'exercice de leur mission de contrôle, de surveillance ou de sanction. Ceci s'apparente par le droit de communication de l'administration fiscale. Parfois, l'entreprise doit simplement fournir les réponses exigées par le fisc (rôle passif), mais parfois il doit avancer, les renseignements en faisant certaines révélations (rôle actif). Enfin il y a des cas où l'entreprise sera obligé de recouvrer l'impôt.

### **1 - Le contrôle d'imposition**

Le droit de communication<sup>122</sup> permet aux agents du fisc de contrôler l'imposition des contribuables, le paiement de l'impôt et, s'il y a lieu les (leurs) fraudes effectuées par les entreprises.

---

<sup>121</sup> AKUITE PEDRO SANTOS et Jean YADO TOE, Droit Commercial General, OHADA, Collection Droit Uniforme Africain, Edition Bruylant, Bruxelles 2002, p. 91.

<sup>122</sup> Le droit de communication a été institué par les lois du 5 juin 1850 sur le droit des timbres et titres émis par les sociétés, et la loi du 23 juillet 1957, article 6, ainsi que le décret du 17 juillet 1857, article 9 sur les droits de transmissions et de conversions des titres

A cet effet les documents offrent un grand intérêt en raison des informations (les actions de la société par exemple, les fonds d'investissements, les biens meubles et immeubles) qu'ils contiennent et qui sont soumises à la taxation.

C'est pourquoi le législateur dès la moitié du XIX siècle, permette aux fonctionnaires de l'administration fiscale de prendre connaissance de tels documents où qu'ils se trouvent.

## **2 - Le contrôle d'exécution**

D'autre part, le droit de communication permet également de contrôler l'exécution par les entreprises des obligations qui leur incombent en matière fiscale.

Cette pratique a été jugée comme mettant en échec et d'une manière flagrante le régime du secret. Elle constitue comme le signale Gulphe, une atteinte très grave au secret des opérations bancaires dirigée essentiellement contre les contribuables eux-mêmes qui attache le plus grand prix à ce que le détail de leurs affaires ne soit pas connu des tiers et à plus forte raison du fisc<sup>123</sup>.

Ainsi donc, en l'état actuel, les agents de fisc disposent de larges pouvoirs d'investigations. Les entreprises ont dû se prêter à l'exercice de ce droit de communication et n'ont pas eu la possibilité de se retrancher derrière le secret des affaires. Des textes législatifs à caractères impératifs leur prescrivent de révéler certaines informations confidentielles.

Des dispositions fiscales obligent les entreprises à faire certaines déclarations à l'administration. Ces dispositions qui généralement sont sanctionnés par une peine d'amende, constituent un ordre de la loi dans le sens du 373 du CPF et de ce fait lève l'obligation du secret professionnel<sup>124</sup>. L'une de ces dispositions est constituée par l'article 15 de l'ordonnance du 6 janvier 1945 qui confère aux comités départementaux de confiscations des profits illicites, des pouvoirs d'investigations très étendus. Cette loi d'une portée générale et d'un caractère impératif, oblige les banques à communiquer tout renseignement sur l'activité commerciale de leurs clients en cas de poursuites contre eux, à déceler les

---

<sup>123</sup> Gulphe, GULPHE Pierre, Le service central des risques de la banque de France, Dalloz, 1947.p. 36

<sup>124</sup> Cf, Nature mixte de l'amende et la responsabilité du banquier, Cass com., 23 novembre 1955, JCP, 56-II-9325.

différents aspects de certains rapports avec l'occupation allemande pendant la dernière guerre<sup>125</sup>.

## **B - Le secret et l'intérêt général en droit français**

Dans le cadre d'une procédure judiciaire, engagée sur le fondement d'un titre de propriété intellectuelle, certaines informations relatives au secret des affaires risquent d'être révélées au cours des débats. Pour autant, ces procédures ne font l'objet d'aucun aménagement particulier, sauf si l'intérêt de la sûreté de l'État est en cause.

Certaines dispositions du Code de la Propriété Intellectuelle imposent le secret des débats à tous les degrés de juridiction dans des cas isolés ayant trait principalement à la défense nationale.

Ce secret des débats est imposé en cas :

- d'indemnisation du titulaire d'une demande de brevet d'invention faisant l'objet d'une prorogation d'interdiction et de publication. (Article L612-10 du CPI) ;
- et de licence d'office (article L613-19 du CPI) et d'expropriation (article L613-20 du CPI) pour les besoins de la défense nationale. Dans ces mêmes matières, les décisions rendues en Chambre du Conseil doivent être dénuées de toute analyse de l'invention de nature à en entraîner sa divulgation (articles R613-37 et R613-42 du CPI)

De plus, seuls, le Ministère public, les parties ou leurs mandataires peuvent en obtenir copie. Ces dispositions ont pour finalité la préservation des intérêts de la Nation et non du secret des affaires. Si le secret des affaires fait l'objet d'une faible protection juridique en tant que tel par le droit de la Propriété Intellectuelle, il a néanmoins vocation à être invoqué et opposé au cours des procédures tendant à la protection des créations industrielles.

### **§5 - EXCEPTION : LE CONSENTEMENT DU TITULAIRE DE L'INFORMATION**

Aucune révélation ne peut être faite sans l'autorisation du titulaire de l'information.

---

<sup>125</sup> Voir à propos de ces lois le Bulletin officiel du 7 janvier 1945 avec le commentaire de M. Chrétien, J.C.P., 1946

## **A - Révélation avec autorisation de la personne**

Cela découle du futur article 325-2 du Code pénal, la révélation ne pourra plus être réprimée si elle a été faite à une personne par nature autorisée à accéder à l'information ou si l'entreprise donne son accord. Cette solution fait songer à celle applicable en matière de secret bancaire, l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier prévoyant que les «*personnes concernées*» par les informations protégées par le secret bancaire peuvent permettre au banquier de les révéler.

## **B - Les informations recueillis licitement**

Article 39 de l'Accord sur les ADPIC : «Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes»,<sup>126</sup> notamment en cas de rupture de contrat.

## **SECTION 3 - LA LUTTE CONTRE LES FRAUDES ET LES COMPORTEMENTS ILLICITES**

Cette lutte procure des moyens d'investigation nouveaux. Cela se traduit tout d'abord par un renforcement des contrôles des pouvoirs publics dans les entreprises. Ainsi, en droit de la concurrence par exemple, on assiste à un accroissement des pouvoirs d'enquête des administrations de concurrence tant nationales qu'européennes et à la mise en place de réseaux d'informations entre autorités nationales membres de l'Union européenne ou des pays tiers, avec les risques qui en découlent pour les entreprises en termes de confidentialité.

### **§1 - LE STATUT DE LA BIANCO COMME LUTTE ANTICORRUPTION**

Dans une économie qui se développe il existe des organisations dont le rôle est précisément de chercher en continu des informations sur les entreprises, de les vérifier, de les traiter, de les diffuser.

La transparence doit se concilier avec d'autres principes : ceux d'égalité des investisseurs, la difficulté d'informer tout le monde en même temps. Le Bianco a pour rôle d'éviter le taux de la hausse de corruption au sein des entreprises privées et publics. Il a pour stratégie

---

<sup>126</sup> Article 39 de l'accord sur les ADPIC

d'atténuer la vulnérabilité des acteurs, de réhabiliter des acteurs et organisations, et réduire les risques de corruption ainsi que de promouvoir la culture du refus de la corruption. Ainsi, toutes personnes est habilité à saisir la Bianco au cas où il y a soupçon de fraude ou de corruption.

Le statut de la Bianco est régie par la loi 2004-030 du 9 septembre 2004, et son article 178 donne droit à être compétent des affaires concernant les actions concernant les dirigeants d'entreprise corrompu.

## **§2 - LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT**

Le manque de transparence lié à des montages financiers complexes à des techniques financiers et sophistiqués comptables, ont révélé leur dangerosité à la faveur de quelques sinistres majeurs. La transformation d'argent sale a pris l'allure d'une course contre la montre, la capacité de nuisance des blanchisseurs ayant été dans le même temps dopée par la dérégulation.

L'origine des fonds servant le rachat de petites moyens et entreprises mais aussi à la participation significative dans les grandes sociétés même si l'on a su lui donner l'apparence du « blanc » constitue un sujet d'inquiétude. Elle pèse aussi sur la volonté politique des Etats à lutter contre le blanchiment dans le mesure où le branchement criminel emprunte le même circuit et se trouve ainsi mêlé à celui de la corruption commerciale, des financements des partis politiques et aussi aux flux financiers de l'économie légale.

### **A - En droit français**

En droit français par ailleurs, le législateur multiplie lui-même les atteintes à ces secrets au nom de principes qu'il estime supérieurs, comme par exemple la protection de la santé publique, ou encore la lutte contre le blanchiment d'argent. Ainsi, par exemple, la Commission de sécurité des consommateurs peut-elle se faire communiquer tous renseignements, consulter tous documents (art. L. 224-4 du Code de la consommation), sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou le secret de fabrique.

Cette position tranche avec la position antérieure de la Cour de cassation qui reconnaissait une autonomie au secret des affaires. Il n'en reste pas moins un élément fondamental, comme cela a été ultérieurement réaffirmé, notamment dans un arrêt<sup>127</sup> de la même

---

<sup>127</sup> 2<sup>ème</sup> chambre de la cour de cassation, 8 février 2006

chambre rendu le 8 février 2006. La vigilance du juge doit par ailleurs s'étendre à l'exécution des mesures d'instruction qu'il a accordées. Ainsi, celles-ci ne doivent pas être générales mais au contraire, très ciblées, limitées à la stricte nécessité, sous le contrôle d'un huissier de Justice. A défaut, les mesures d'instruction seront annulées et l'entreprise spoliée pourra obtenir réparation, sauf que dans ce cas, le mal, difficilement réparable, aura été fait.

## **B - En droit malgache**

### **1 - Le statut de la Samifin**

En raison des infractions par les entreprises qui engendrent un crime ou délit menant aux blanchiments des capitaux en cachant l'origine du fonds servant à financer les activités des entreprises ; Le Samifin a été adopté par la loi du 19 Aout 2004, loi votée en 2001 mais à cause du crise qui frappant Madagascar, l'Etat alors était obligé de promulguer la loi en 2004. Le Samifin a pour rôle de lutter contre les blanchiments de capitaux générés par les établissements à risque c'est-à-dire les établissements qui gèrent de l'argent.

### **2 - La procédure devant le Samifin**

Toute personne qui a intérêt peut saisir le Samifin et ses agents sont tenus par le secret professionnel. Si les preuves sont fondées le Samifin a le droit de saisir l'objet soupçonné venant de l'opération de blanchiment de capitaux ou de saisir le compte de l'intéressé et l'affaire peut être porté devant les chaînes pénales

## CHAPITRE 2

### LE SECRET DES AFFAIRES POSSEDE DES RECOURS

En dépit des multiples entraves qu'il pourrait susciter, il est significatif de noter que la fonction primordiale du régime du secret à savoir son opposabilité a été maintenue et confirmée à travers les contrats de travail et les conventions ou accords entre deux entreprises.

Engager un contentieux est le moyen le plus basique d'obtenir réparation, en cas d'appropriation illicite des secrets de l'entreprise. En cas de succès, le tribunal pourra condamner le défendeur à verser des dommages-intérêts et lui enjoindre de mettre un terme à toute utilisation du secret.

Nous disposons d'un arsenal de mesures de protection administratives, civiles et pénales, qui offre la possibilité à l'entreprise d'intenter une de ces actions dès qu'un secret procurant un avantage commercial ait disparu.

#### **SECTION 1 – LE FONDEMENT DU RECOURS : LA CONCURRENCE DÉLOYALE**

Le principe de loyauté tend aujourd'hui à devenir l'un des principes directeurs de la vie des affaires. Son importance traduit la volonté du juge et du législateur de restaurer une morale des affaires<sup>128</sup>.

#### **§1 - APPRÉCIATION**

##### **A - Principe de loyauté**

.Le principe de loyauté éclaire de nombreuses solutions dans les principaux domaines du droit des affaires. Tout d'abord, s'agissant des contrats, les juges sanctionnent la mauvaise foi des parties dans la formation et l'exécution des conventions. De nombreuses décisions sont ainsi rendues sous le visa de l'article 1134 du Code civil. En retenant une conception large du dol, les juges peuvent également sanctionner des manquements au devoir de loyauté contractuelle.

---

<sup>128</sup> B. Oppetit, « Éthique et vie des affaires », in Mélanges Colomer, Dalloz Affaires, n° 3, 1995 p. 319.

Le Code de la consommation consacre également ce devoir de loyauté dans les transactions commerciales. L'article L. 212-1 énonce que «dès la première mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs »

L'article 7-2 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises érige la bonne foi en principe général d'interprétation de l'ensemble des dispositions de la convention. La reconnaissance jurisprudentielle d'un devoir de coopération entre les parties traduit également la force de l'exigence de loyauté en matière contractuelle.

C'est ensuite le droit de la concurrence qui est soumis à un principe général de loyauté. Celui-ci tend même à devenir l'un des principes directeurs du droit français et communautaire.

L'exigence d'une concurrence loyale justifiait la reconnaissance jurisprudentielle d'une action en concurrence déloyale. Aujourd'hui, le principe de loyauté est consacré par la loi. L'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence a été modifiée par une loi du 1er juillet 1996 «sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales ».

Le Préambule du Traité de la CEE se réfère également clairement à la loyauté de la concurrence et la Cour de justice ne manque pas d'en déduire des conséquences. Ce sont enfin le droit des sociétés et celui des marchés financiers qui sont concernés par le principe de loyauté. Son respect permet d'imposer des devoirs aux dirigeants de sociétés et d'assurer une protection des intérêts des minoritaires.

Dans un contexte européen de crise de la croissance, renforcé par une concurrence aux dérives de guerre économique, l'innovation devient un élément clé et déterminant de la pérennité d'une entreprise par l'octroi d'un avantage compétitif. Or, l'acquisition illicite à travers le vol ou tout autre moyen illégale des données stratégiques, sensibles afin d'obtenir les innovations technologiques d'autres entreprises nuit aux intérêts et à la survie de ces dernières. Une législation européenne sur la protection des secrets des affaires constituerait un outil de sauvegarde d'une concurrence loyale.

Denis KESSLER rappelle dans un article que «l'information est au centre des conditions de fonctionnement du modèle de concurrence pure et parfaite ». Et il continue à affirmer :

«L'information imparfaite peut à la fois signifier une information incomplète, une information fautive ou une information manipulée. Aussi la théorie économique conduit-elle à considérer que l'information est un élément indispensable au bon fonctionnement des marchés : grâce à sa perfection, la concurrence est loyale et permet l'allocation optimale des ressources »<sup>129</sup>.

## **B – Concurrence déloyale**

En matière de secret d'affaires, la concurrence déloyale peut s'illustrer par l'espionnage industriel ou l'espionnage économique : c'est-à-dire , c'est le fait par des concurrents à l'entreprise, par des moyens indus, de s'approprier des informations protégées notamment des données financières, commerciales, scientifiques ou techniques relevant du secret des affaires et, à ce titre, essentielles dans le jeu de concurrence.

Or, cet espionnage, qui serait en progression constante peut se commettre de différentes façons. On peut, notamment, songer à un concurrent qui s'introduit dans une entreprise afin d'en subtiliser les informations utiles ou encore un salarié qui utilise lui-même ces informations pour concurrencer son employeur. Une difficulté se pose alors : de telles hypothèses d' « utilisation indue » de l'information protégée ne paraissent pas susceptibles d'être sanctionnées par l'infraction de violation du secret des affaires, qui ne réprime, comme son nom l'indique, que la révélation.

### **§2 - LE BUT DE L'ACTION EN CONCURRENCE DÉLOYALE**

L'action en concurrence déloyale permet de sanctionner, sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile, les manquements aux usages loyaux du commerce, lorsqu'ils interviennent entre entreprises.

En principe, les trois conditions de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle doivent être réunies :

- la faute (dénigrement, désorganisation, imitation, parasitisme)
- le préjudice (dégradation de l'image de l'entreprise, diminution du chiffre d'affaires)
- le lien de causalité.

---

<sup>129</sup> KESSLER Denis, L'entreprise : entre transparence et secret, p.39.

## **A - La faute**

En matière de concurrence déloyale et de parasitisme, la faute se manifeste par tout acte contraire aux usages du commerce, traduisant un excès dans l'utilisation de la liberté du commerce et de l'industrie.

La faute en cas d'atteinte déloyale au secret des affaires pourrait être caractérisée, par exemple, du fait de l'engagement d'une procédure de saisie-contrefaçon dans l'unique but d'avoir accès à une information stratégique appartenant à un concurrent. La démonstration de l'intention fautive du saisissant sera donc déterminante.

## **B - Le préjudice**

Le préjudice pourrait relever de l'utilisation de l'information obtenue dans le cadre de la saisie par le saisi non pour déterminer la contrefaçon ou son préjudice, mais à des fins commerciales par exemple l'utilisation du fichier clients saisi pour démarcher de nouveaux clients pour son propre produit. La preuve de l'utilisation déloyale de l'information s'avèrera cependant difficile à rapporter.

Cependant, les autres cas d'usage abusif mentionnés plus haut risquent d'échapper à toute condamnation. Il serait par conséquent heureux, selon nous, que l'article précité soit modifié afin de sanctionner également de telles utilisations indues.

## **SECTION 2 – LES VOIES DE RECOURS POSSIBLES**

### **SOUS SECTION 1 - Le tribunal civil**

#### **§1 – EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ**

Le code civil, en son article 1382, prévoit l'obligation pour la partie fautive de réparer le dommage causé à autrui.

En matière du secret des affaires, le préjudice subi par l'entreprise victime d'un détournement d'informations confidentielles est difficile à évaluer car il s'agit souvent de la perte d'une chance ou d'un avantage concurrentiel. Bien souvent, le juge est dépourvu de moyens pertinents d'évaluation lui permettant de déterminer les conséquences économiques

du vol de secret d'affaires, ce qui conduit à des décisions inadaptées aux circonstances et a pour conséquence d'affaiblir le mécanisme de réparation.

En matière civile, la recherche des secrets des concurrents n'est pas fautive en elle-même ; elle le devient seulement lorsqu'elle est réalisée par des moyens déloyaux par exemple l'embauche de personnel ayant quitté l'entreprise concurrente en vue de recueillir les secrets de fabrication ou de prendre connaissance des dossiers commerciaux de cette entreprise.

## **§2 - EN MATIÈRE DE CONCURRENCE DÉLOYALE**

La jurisprudence permet la poursuite sur le terrain civil de la captation d'informations confidentielles au titre de l'action en concurrence déloyale.

Les dispositions de l'article 1227-1 du Code du travail (repris à l'article L321-1 du Code de la propriété intellectuelle) réprime la violation des secrets de fabriques, c'est-à-dire des secrets de fabrication qui sont détournés par un salarié notamment lorsqu'il quitte son entreprise. Disposition certes trop étroite dans sa définition et donc relativement peu utilisée, mais qui donne lieu de temps à autre à des jurisprudences.

Ensuite, le traité ADPIC, affirme que dans les éléments marquants, la première chose est l'affirmation que la protection du secret d'affaires par l'action en concurrence déloyale appartient à la famille de la propriété intellectuelle. C'est ce qui est dit à l'article 1.2 du Traité<sup>130</sup>. Ce qui ne signifie pas qu'il s'agisse d'un droit privatif.

Le lien avec la Convention de Paris sur la propriété intellectuelle est explicité à l'article 39.1<sup>131</sup>, qui précise que l'action en concurrence déloyale prévue à l'article 10bis de la Convention de Paris s'applique à la protection des secrets d'affaires, ce qui n'était pas mentionné auparavant. Cette reconnaissance est un point extrêmement important, car jusque-là, le secret d'affaires était le parent pauvre. A partir du moment où il est reconnu qu'il fait partie de la propriété intellectuelle, la conséquence notable est que les sanctions qui sont énoncées dans les articles 42 à 50 du Traité ADPIC<sup>10</sup> sont applicables à la protection du secret d'affaires, comme aux brevets, aux marques. C'est extrêmement important.

---

<sup>130</sup> Art. 1.2 - Aux fins du présent accord, l'expression "propriété intellectuelle" désigne tous les secteurs de la propriété intellectuelle qui font l'objet des sections 1 à 7 de la Partie II.

<sup>131</sup> Art. 39.1 : « En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes. »

### **§3 - EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE OU CONTRACTUELLE**

#### **A - Responsabilité délictuelle**

Responsabilité civile est due si le dommage à autrui a été causé contrairement au droit, c'est-à-dire si l'acte dommageable constitue un dépassement de droit de son auteur pour devenir un empiètement sur le droit d'autrui<sup>132</sup>

Elle résulte d'une obligation découlant de la loi et applicable en dehors de toute convention expresse entre les parties. Ainsi, la révélation doit avoir un caractère illicite pour donner lieu à une action civile. Cette responsabilité intervient «toutes les fois que le contrat n'a pas réglé la question de responsabilité, c'est-à-dire lorsqu'il ne contient pas d'obligation en liaison avec le fait dommageable. Les parties ne sont plus alors de véritables contractants : elles présentent juridiquement la qualité de tiers et doivent être soumises comme tels au régime du droit commun »en l'occurrence celui de la responsabilité délictuelle. Quant au dommage, l'entreprise doit pouvoir en établir la preuve : le rapport de causalité entre l'acte illicite de l'indiscrétion et le dommage subi, c'est alors que les dommages intérêts seront alloués.

#### **B - Responsabilité contractuelle**

Quand cette condition serait-elle réalisée ? Quelle est la nature du lien contractuel qui en résulte ? Et à partir de quel moment se noue-t-il ? Telles sont les différentes questions auxquelles nous allons tâcher de répondre ;

##### **1- La preuve de cette obligation contractuelle**

En matière contractuelle : Les principes juridiques font peser la charge de la preuve de l'existence de l'obligation de confidentialité et de sa violation sur le créancier. Cependant, si l'obligation du débiteur est une obligation de ne pas faire, il suffit pour le créancier lésé d'apporter la preuve de l'acte positif de divulgation commis par le débiteur.

Or, cette preuve s'avère difficile à rapporter car l'objectif du débiteur était l'absence de divulgation de l'information stratégique et non la protection de la confidentialité.

De fait, ceci conduit à reporter en réalité sur le créancier l'obligation d'assurer lui-même la sécurité de l'information.

---

<sup>132</sup> H. Lalou, La responsabilité civile, Paris, 1928

Distinguer ce qui est exclusivement imputable au débiteur de ce qui ne l'est pas est donc une tâche complexe. La difficulté s'accroît lorsqu'il existe une pluralité de confidentiels. S'il s'agit, en outre, d'une obligation de faire, il incombe également au créancier de prouver que le débiteur n'a pas tout mis en œuvre pour protéger l'information qu'il lui avait confiée.

## **2 - A qui incombe la responsabilité ?**

Même à supposer que la preuve de cette défaillance soit établie, l'évaluation du préjudice reste une tâche très difficile à réaliser. Il semble impossible de connaître avec précision les conséquences concrètes de la perte d'un secret qui constitue un actif immatériel.

Lorsque le dommage économique doit s'apprécier au regard du gain manqué, la perte d'une information stratégique ne peut avoir que des conséquences hypothétiques, ce qui rend son évaluation d'autant plus incertaine.

Ainsi, les conditions d'engagement de la responsabilité du débiteur fautif semblent difficiles à réunir et la protection que l'on peut donc attendre des accords de secret reste faible et aléatoire.

## **3 - Le problème durant la procédure**

Sur la contrefaçon du secret des affaires, peu importe comment on l'articule. Effectivement cela peut être une vraie idée dans la mesure où tout le problème dans les procédures civiles de concurrence déloyale, c'est une certaine administration de la preuve.

Sans la calquer sur la contrefaçon relevant du droit de la propriété intellectuelle, c'est peut-être une idée à mûrir. Une idée qui réside dans le problème que constitue la publicité des débats lors du procès, afin que le procès lui-même ne soit pas une source d'acquisition d'informations.

Prenons l'hypothèse de deux concurrents, qui sont sur un secteur sur lequel ils s'affrontent commercialement. Si ce procès révèle de véritables intérêts confidentiels, n'a-t-on pas intérêt à faire obstacle ; si c'est en civil, cela s'appelle Chambre du Conseil ; si c'est au pénal, c'est du huis clos à la publicité des débats, de manière à ce qu'il n'y ait pas d'oreilles qui puissent être présentes lors de l'audience ? Ca a peut-être été le problème que Michelin a rencontré à l'audience.

Dans cette succession d'idées, au-delà du huis clos qui est déjà prévu par l'article 400 du Code de Procédure Pénale<sup>133</sup>, il pourrait être opportun de revenir sur la publication de la décision elle-même.

En principe, même si la décision fait état de secrets d'affaires, toute décision doit être rendue publique. Ainsi, certains secrets d'affaires peuvent être largement évoqués dans des jugements. Cela peut être l'occasion pour des concurrents extérieurs d'acquérir des informations dès lors qu'elles ne sont plus tenues secrètes. Il pourrait donc être envisagé, comme ça se pratique au niveau européen, de procéder à deux jugements : une version expurgée à destination du public et une version plus étoffée contenant les secrets d'affaires à l'usage des parties et de leurs conseils.

## **SOUS SECTION 2 - Le tribunal correctionnel**

Les conséquences de la violation du secret ne se présentent pas au plan du droit civil, le même aspect d'unité que celui du droit pénal.

### **§1 DIVERGENCE D'OPINION**

#### **1- Le coupable de délit sur la violation du secret des affaires**

Les controverses indiscutables se situent, au niveau des personnes susceptibles d'être condamnées pour violation du secret des affaires, et de l'acte matériel du délit, c'est-à-dire la révélation.

#### **2 - L'institution du régime du secret des affaires**

En fait, il va de soi que l'institution du régime du secret des affaires a ses partisans et ses détracteurs.

---

<sup>133</sup> Art. 400 CPP : « Les audiences sont publiques. Néanmoins, le tribunal peut, en constatant dans son jugement que la publicité est dangereuse pour l'ordre, la sérénité des débats, la dignité de la personne ou les intérêts d'un tiers, ordonné, par jugement rendu en audience publique, que les débats auront lieu à huis clos. Lorsque le huis clos a été ordonné, celui-ci s'applique au prononcé des jugements séparés qui peuvent intervenir sur des incidents ou exceptions ainsi qu'il est dit à l'article 459, alinéa 4. Le jugement sur le fond doit toujours être prononcé en audience publique. Les dispositions du présent article sont applicables devant le tribunal pour enfants si la personne poursuivie, mineure au moment des faits, est devenue majeure au jour de l'ouverture des débats et qu'elle en fait la demande, sauf s'il existe un autre prévenu qui est toujours mineur ou qui, mineur au moment des faits et devenu majeur au jour de l'audience, s'oppose à cette demande. »

Certains auteurs pensent que c'est au tour du parlement français qui doit veiller à son maintien en opérant par décret-loi, cherche par tous les moyens à saisir l'occasion, chaque fois qu'elle se présente pour lui faire échec. D'autres auteurs pensent qu'il s'agit d'une simple omission et l'auteur de la loi est mieux placé pour le reconnaître, étant donné qu'il faisait partie du gouvernement qui légiféra par décret-loi. De toute façon, ici encore dans le domaine (de l'impôt et de la communication des dossiers fournies pour) le législateur normal c'est-à-dire le parlement français a été amené à réajuster la situation en faveur du maintien du régime du secret des affaires dans son intégrité. En effet, les entreprises ne sont pas tenues de fournir certains dossiers qui sont confidentielles.

### **3 - La difficulté sur le travail des journalistes**

Enfin, la plus grosse difficulté se posant avec le délit de violation du secret des affaires se situe au niveau des conséquences qu'il peut entraîner sur le travail des journalistes.

En effet, en l'état des textes, des journalistes ayant publié des informations «sensibles », à la suite de révélations dont ils ont été destinataires concernant, par exemple, des malversations commises par une entreprise, seraient susceptibles de voir leur responsabilité pénale engagée, au titre de la complicité voire comme auteur principal, si ces informations répondent aux conditions cumulatives prévues par le projet d'article 325-1 du Code pénal. La référence générale à «toute personne (...) qui a eu connaissance de cette information et des mesures de protection qui l'entourent «par l'article 325-2 peut donc perturber grandement l'exercice d'investigations par des journalistes et, en conséquence, constituer un «paravent »facilitant la commission d'actes frauduleux par les entreprises et leurs dirigeants. Une solution à cette situation pourrait alors être trouvée en précisant que la révélation prohibée et sanctionnée doit avoir été commise dans un objectif financier ou concurrentiel. De la sorte, une révélation uniquement fondée par le désir de faire la lumière sur une affaire, échapperait au champ d'application du délit.

### **§3 - LES ARTICLES 318 ET 418 DU CODE PÉNAL**

Quelques semaines auparavant, la célèbre stagiaire chinoise de Valeo était condamnée pour abus de confiance que Code pénal définit de la manière 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 ».*

Toujours sur le mois de janvier 2008, une personne est arrêtée à la demande de la société Dassault à qui elle aurait volé des secrets industriels à la suite d'une intrusion informatique. On voit donc là des affaires en France qui semblent identiques et pourtant, à chaque fois, des fondements juridiques différents pour poursuivre le vol de secrets d'affaires.

Ces multiples fondements témoignent de la difficulté pour les juges de déterminer les textes applicables. Cette difficulté est liée à l'absence de texte réprimant le secret des affaires qu'il est d'ailleurs difficile à définir.

En matière pénale, la révélation d'un secret de fabrique est punissable lorsqu'elle est le fait d'un directeur ou salarié de l'entreprise mais non lorsqu'elle est le fait d'une personne participant à l'activité de l'entreprise à un autre titre (associé ou personne liée au titulaire du secret par un contrat d'entreprise).

Il apparaît que la loi pénale couvre donc déjà un champ assez vaste d'actes délictueux que l'on peut rattacher aux actes d'espionnage économique.

Par ailleurs, si la loi pénale ne sanctionne pas l'espionnage industriel en tant que tel, elle sanctionne le recours à différents moyens illicites utilisés par les entreprises pour obtenir les secrets de leurs concurrents :

- soustraction et détournement de documents confidentiels sanctionnés comme constituant les délits de vol<sup>134</sup> ou d'abus de confiance<sup>135</sup>
- corruption d'employés<sup>136</sup>.

Article 314-1 du code pénal : «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. L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende ».

---

<sup>134</sup> Art.311 CPF : « Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. »

<sup>135</sup> Art.314-118 et suivants CPF et Art.314-12 du CPF.

<sup>136</sup> Art.L152-6 CT: « Le fait, par tout directeur ou salarié, de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende. » et est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative. Dans les cas prévus au présent article, le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131- 26 du code pénal ».

En insérant dans le code pénal «l'atteinte au secret des affaires », le projet de loi souhaite sanctionner la violation des informations sensibles d'une entreprise et tente une reconnaissance et une condamnation de l'espionnage économique.

#### **§4 - L'INFRACTION**

Le secret des affaires ne sont plus protégeables à partir du moment où ils ont été rendus publics. La divulgation peut être le fait d'une publication, de la révélation d'informations techniques par un de vos ingénieurs lors d'un séminaire, la communication d'informations ou de documents au cours de négociations ou autres relations d'affaires avec des tiers sans accord de non-divulgation, à l'occasion de conversations ou de révélation fortuite dans des e-mails ou d'autres types de correspondances mal dirigées, etc.

Il existe encore des lacunes du fait de cette absence de règle suffisamment générale pour assurer une protection satisfaisante des informations constituant des secrets d'entreprises. La reconnaissance légale d'un délit de violation du secret des affaires par le projet d'article 325-2 du Code pénal.

Cette future disposition exigera ainsi, pour que le délit puisse être caractérisé, la réunion d'un élément matériel (1) et d'un élément moral (2).

##### **1 - L'élément matériel du délit**

En premier lieu, il faut noter que deux types de personnes seront susceptibles de commettre l'élément matériel du délit et d'être par conséquent sanctionnés. Il en va ainsi, d'une part, avec «*personne qui (...) est dépositaire* » de l'information. Il s'agira principalement d'un dirigeant, d'un salarié, d'un sous-traitant, etc.

Comme en matière de secret professionnel ou de secret de fabrique, le législateur souhaite punir le confident nécessaire commettant une indiscrétion au profit d'une tierce personne. D'autre part, l'article vise la personne «*qui a eu connaissance de cette information et des mesures de protection qui l'entourent* ».

Un tiers à l'entreprise pourra donc être également sanctionné. La preuve de cette dernière connaissance ne devrait cependant pas être simple à rapporter dans tous les cas.

En second lieu, ce qui sera sanctionné par le nouveau délit c'est le fait de «*révéler l'information protégée à une personne non autorisée à en avoir connaissance, sans autorisation de l'entreprise ou de son représentant* ».

L'utilisation d'un terme large, «révélation », laisse penser que la forme de celle-ci importera peu : déclaration orale, courrier, remise de documents, etc. De même, faute de précision textuelle en ce sens, on peut affirmer que la révélation, accompagnée de l'élément moral de l'infraction, suffira à entraîner la caractérisation de l'infraction. Il importera peu, par conséquent, qu'aucune contrepartie n'ait été versée, ni même promise ou exigée. Il sera également indifférent que le bénéficiaire de la divulgation du secret ne mette pas en œuvre ce secret, puisqu'à aucun moment le législateur n'exige la production d'un résultat particulier.

## 2 - L'élément moral du délit

Le délit projeté est-il intentionnel ou simplement d'imprudence ? L'article 325-2 n'est pas très clair sur ce point. Certes, il précise que le prévenu doit avoir connaissance des mesures de protection dont fait l'objet l'information concernée. Cependant, il ne précise pas si la révélation doit nécessairement être faite intentionnellement ou si une négligence, tel des propos tenus de façon insuffisamment discrète dans un lieu public, suffit.

La réponse à cette interrogation se retrouve néanmoins à l'article 121-3 Code pénal<sup>137</sup>. En effet, selon ce dernier, les crimes et délits sont nécessairement intentionnels, sauf lorsque la loi en dispose autrement. Or, ici, la loi ne disant mot sur ce point, il faut en conclure que le délit de violation du secret des affaires est intentionnel.

Plusieurs conséquences découlent de cette solution. D'une part, la caractérisation de l'infraction impliquera la conscience et la volonté du prévenu de révéler une information qu'il sait protégée. D'autre part, et *a contrario*, une communication réalisée simplement par imprudence, tels des propos trop hauts entendus par des tiers, ne pourront suffire pour appréhender le délit.

Enfin, faute de précision en ce sens, la loi n'exigera pas la démonstration d'un dol spécial, c'est-à-dire la volonté de parvenir à un résultat déterminé.

Par principe, il incombe au ministère public, en raison du principe de la présomption d'innocence, de démontrer que l'infraction est caractérisée dans tous ses éléments matériels et intentionnels. Or, la preuve du dol général, parce qu'elle porte sur un élément immatériel, ne peut que très rarement être apportée directement. Cela explique pourquoi en pratique, en l'absence d'aveu, l'élément intentionnel est souvent déduit de la nature même du comportement matériel du prévenu, du moins lorsque celui-ci ne présente pas d'équivoque.

---

<sup>137</sup> Art. 121-3 CP : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. »

Quant à la matière pénale, où le procès rappelle le fait échappé à la victime étant donné que la force publique seule peut enquêter, il faut impérativement un texte. S'il n'existe pas de texte, il ne peut y avoir de sanction.

En droit positif français, il existe maintenant des services d'enquêtes spécialisés sur les contrefaçons de propriété intellectuelle ou de piratage informatique, ce qui peut être utile. Autre élément, les dispositions du Code pénal qui répriment la fraude informatique, introduite par la loi Godfrain de 1988 et modifiée ensuite, peuvent permettre dans certains cas d'appréhender et de faire sanctionner une intrusion dans un système de traitement de données qui aurait pour effet la captation d'informations à caractère confidentiel. Les secrets d'affaires sont en effet de plus en plus souvent conservés sous forme numérique.

## **§5 - LES AUTRES INFRACTIONS**

### **A - L'abus de confiance**

L'obligation au secret était considérée comme résultant d'un dépôt. La révélation du secret constituait une sorte d'abus de confiance : le fait de disposer d'une chose qui aurait été confiée sans en avoir la propriété<sup>138</sup>.

L'abus de confiance, quant à lui, se définit comme le détournement d'une chose qui avait été remise pour une finalité donnée et qui a servi à un autre usage. Un détournement d'information confidentielle et essentielle pour une entreprise, surtout si cette information est numérisée, se heurtera au même obstacle que le vol à savoir l'absence d'un support physique.

### **B - Le vol**

Le vol et l'abus de confiance figurent parmi les dispositions du droit pénal général français. Il s'agit d'un dispositif pas si évident à mettre en œuvre devant les tribunaux s'agissant des secrets d'affaires.

Le vol, par exemple, qui se définit comme la soustraction frauduleuse du bien d'autrui, est difficilement mobilisable. Le vol d'une information, souvent transférée sous format numérique, est en effet un bien immatériel. Or, les tribunaux considèrent que seuls des éléments corporels sont susceptibles d'appropriation. En outre, la réalisation d'une copie ne

---

<sup>138</sup> Raymond Farhat, *Le secret bancaire*, (préface de Michel Vasseur), Paris, LGDJ 1970, p.22

signifie pas soustraction laquelle se traduit par la disparition dans le patrimoine originel. C'est à ce titre que la majorité des victimes réclamant réparations ont pour la plupart été éconduits devant les tribunaux. Une seule jurisprudence révélatrice existe, où la Cour de Cassation évoque le « vol de données immatérielles », et elle date déjà de 2003.

### **SECTION 3 - LES SANCTIONS APPLICABLES**

L'institution du secret des affaires aussi rigoureuse se devait de se doter d'un régime de protection très efficace. C'est pourquoi le système a usé de toutes les ressources que la loi et les normes professionnelles mettent à sa disposition pour garantir son application. Ainsi, la violation des sanctions tout à la fois, pénales, civiles et professionnelles.

La question plus complexe car il y a un vrai débat sur le choix entre sanctions civiles et sanctions pénales. Chacun voit les avantages et les inconvénients respectifs des deux dispositifs. Et les sanctions professionnelles, eux, sont propres pour chaque entreprise selon les circonstances ou la gravité de la révélation.

#### **§1 - LES SANCTIONS PÉNALES**

Les entreprises n'optent pas trop pour la pénalisation. D'un côté, en raison de la peur de la longueur de la procédure qui leurs échappent, alors que les procédures civiles sont plus courtes et mieux maîtrisées par l'intermédiaire de leurs avocats et de leurs conseils.

De l'autre, à l'issue des procédures, les peines sont des peines de pur principe sans commune mesure avec les enjeux économiques concernés. De plus, les entreprises craignent que des poursuites pénales puissent engendrer l'agressivité entre concurrents et que cela les conduise demain à être attaquées abusivement sur le terrain pénal, ce dont elles évitent absolument. On remarque une inquiétude de la trop grande pénalisation des affaires qui est récurrente et qui a amené les pouvoirs publics à engager quelques tentatives en ce sens.

Le Code pénal, en son article L311-1, sanctionne le vol de documents confidentiels en tant que chose matérielle, mais ne réprime pas la violation des données immatérielles confidentielles qui y sont contenues.

L'article L226-13 sanctionne la violation du secret professionnel et l'article L323-7 l'intrusion dans les systèmes informatiques. Les articles L411-5 à L411-8 répriment la fourniture de renseignements à une entreprise ou puissance étrangère.

## **§2 - LES SANCTIONS CIVILES**

### **A - En matière de responsabilité civile**

Les sanctions civiles, elles, ont d'autres avantages en terme notamment de condamnation pécuniaire. Le juge civil a notoirement la main plus lourde que le juge pénal, y compris lorsqu'il juge sur les intérêts civils et il y a un certain nombre de mesure notamment les mesures d'interdictions : interdictions d'usage, interdictions provisoires qui sont particulièrement intéressantes.

### **B - Devant l'autorité de la concurrence**

Entre le secret de fabrique, les secrets des affaires que l'on peut évoquer devant l'Autorité de la concurrence, ceux que l'on peut opposer à la libre communication des documents administratifs ou les droits de propriété intellectuelle dont on pourrait se prévaloir, nous sommes dans des situations juridiquement différentes et dont les éléments constitutifs sont tout à fait distincts.

L'autorité de concurrence peut infliger des sanctions, des injonctions ainsi que des amendes administratives<sup>139</sup>

### **C - Les sanctions résultant des règlements internes des entreprises**

Les exemples d'indiscrétions commises au sein de l'entreprise ne sont pas nombreux, mais dans les rares cas où elles se produisent les dirigeants n'hésitent pas à prendre des sanctions rigoureuses.

Le plus souvent les entreprises prennent soin de les rappeler dans leur règlement interne ainsi que dans le contrat de travail signé par la personne qui entre à leur service, l'obligation stricte de respecter le secret professionnel. Ces règlements renferment des clauses comportant des sanctions très sévères allant jusqu'à la révocation sans indemnités de l'agent qui commettrait des indiscrétions concernant son activité.

---

<sup>139</sup> Véronique SELINSKY, le droit français nouveau de la concurrence, préface Jean Donne Dieu de Vabres, édition Litec, 1988.p.195.

## CHAPITRE III

### L'ÉVOLUTION DU SECRET DES AFFAIRES

Certains ont pu regretter le recours à la voie pénale en matière de violation du secret des affaires, à la vue du peu de succès des incriminations de vol, d'abus de confiance, de recel ou encore de piratage informatique en la matière. Puisque ces infractions ne sont pas adaptées pour sanctionner de tels faits. Une intervention légale était donc, en raison de cette situation, opportune.

Nous étudierons tout d'abord les critiques sur le contenu du projet de loi (section 1) en évoquant les insuffisances dénoncées (§1) ainsi que l'interprétation fautive de ce projet de loi risquerait d'engendrer la mauvaise foi de l'entreprise (§2)

Nous envisagerons ensuite les avantages et les méfaits du secret des affaires (section 2) en analysant l'existence la protection accrue de l'entreprise (§1) et ceci nous amènera à en sortir quelques solutions (§2)

#### **SECTION 1 - LES CRITIQUES SUR LE CONTENU DU PROJET DE LOI**

##### **§1 – LES INSUFFISANCES DÉNONCÉES**

Cette insuffisance se voit sur le choix du législateur d'avoir laissé aux entreprises de définir eux-mêmes le domaine du secret des affaires (A) cependant quelques impératifs pourrait être apporté pour combler ces insuffisances par l'appréciation du juge(B).sans oublier que l'absence d'une liste des secrets des affaires fait défaut(C) et la curiosité se demande encore en ce qui concerne la tentative de la violation du secret des affaires (D).

##### **A - Sur le choix de la définition du secret des affaires par l'entreprise**

Cette insuffisance est surtout critiquée par rapport aux diverses dispositions du projet de loi française sur le délit de violation du secret des affaires.

En effet, la notion d'information couverte par le secret des affaires est fortement critiquée. De façon plus précise, est dénoncé le fait que le législateur souhaiterait laisser aux entreprises

le soin de dire quelle information peut être protégée par ce secret en recourant à des mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci.

Cette situation ferait alors du délit une infraction découlant du seul « bon vouloir », de la seule volonté de l'entreprise sans tenir compte des dispositions en vigueur qui devrait s'appliquer.

De ce fait, une entreprise avec une crainte excessive que ne soient dévoilées ses informations confidentielles, aura tendance à classer tous les informations comme « confidentielle » et ne risquerait-elle donc pas de porter atteinte à la liberté d'expression du salarié ? Cette « privatisation » vis-à-vis du salarié n'est-elle pas considérée comme une sorte d'abus de la part de l'entreprise. Vu que « le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci de sa liberté d'expression »<sup>140</sup>

Mais ce risque d'abus existe-il réellement ? Si on regarde sur les conditions de fond, la réponse paraît négative.

### **B - Appréciation du juge**

En effet les dites informations ne seront protégées par le secret des affaires que si les autres conditions de fond ont bien été respectées.

En conséquence, il faudra que ces informations portent bien sur des procédés, objets, ou données de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique, et surtout que leur divulgation non autorisée soit de nature « à compromettre gravement les intérêts de l'entreprise concernée en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle ». Or, finalement, peu d'informations réuniront autant de conditions.

Dès lors, en cas de contentieux, ce sera au juge pénal de déterminer in fine si les informations ayant fait l'objet de mesures de protection remplissent effectivement ces autres conditions de fond. A défaut, le juge déclarera que l'entreprise a abusé du sceau « secret des affaires » pour protéger des informations qui n'avaient pas à l'être et écartera la caractérisation du délit peut être invoquée. Il n'y a donc pas lieu de craindre l'existence

---

<sup>140</sup> Cass.soc, 14 déc. 1999.Dr.soc. 2000, n°2, p. 163.

d'abus par rapport au « secret des affaires » imposé par l'entreprise car dans tous les cas le juge interviendra pour en apprécier.

### **C - L'absence de la délimitation du secret des affaires**

Par ailleurs, il est utile de remarquer l'absence de liste exhaustive des informations relevant du secret des affaires. Alors qu'énoncer au préalable les informations secrètes qui sont communes à tous les acteurs économiques serait préférable. Parce que la délimitation du champ d'application de l'infraction suffisamment claires et précises permettra à l'entreprise de savoir à quoi s'attendre et quel procédure adopté au cas où il y a une révélation de ces secrets des affaires et quelles sont les informations concernées.

### **D – Sur la tentative de la violation du secret des affaires**

Enfin, il paraît injuste de n'avoir pas envisagé le délit de tentative de violation de secret des affaires dans ce projet de loi, alors que, dans le même temps, la tentative de vol<sup>141</sup> ou la tentative d'escroquerie<sup>142</sup> sont réprimées. Cela pourrait être considéré comme une faible protection des entreprises par le législateur.

Mais surtout ce qui importe cependant c'est l'élément matériel du délit est qui est une révélation, la tentative de révélation a bien peu de chance de pouvoir être appréhendée. Comment commencer à exécuter une révélation sans que l'infraction soit pleinement consommée ?

Sur le point de vue en plus, la tentative de violation du secret professionnel ou du secret bancaire ne sont pas non plus sanctionnées par notre droit.

## **§2 - LES MÉFAITS DU SECRET DES AFFAIRES**

Le secret dure tant qu'il n'a pas été divulgué ou découvert. Mais, en matière de secret et d'utilisation de l'information, il n'y a pas de propriété au sens strict. Autrement dit, une technique qui a été développée et par la suite gardée secrète, rien n'interdit aux concurrents ou à des tiers de développer les mêmes techniques de manière indépendante. Ce que les économistes appellent : l'information est «un bien non rival ». Il peut être utilisé simultanément par deux sociétés et de façon tout à fait licite.

---

<sup>141</sup> Art. 311-13 CPF.

<sup>142</sup> Art. 313-3 CPF.

Cet aspect de la nature juridique particulière du secret, le différencie des droits privatifs, comme le brevet ou la marque. Puisque ces derniers peuvent offrir une protection plutôt efficace en interdisant la reproduction des secrets déjà brevetés, en plus cela confère aux titulaires une propriété exclusive.

Ce qui explique donc que le secret ne présente pas que des avantages. Au contraire, son plus grand inconvénient est qu'il n'est pas destiné à conférer un monopole absolu à son détenteur, de sorte que les tiers sont parfaitement libres de développer un produit semblable de façon indépendante ou par rétro-conception<sup>143</sup> (*reverse engineering*), aussi appelé « désosserment ».

## **A - La mauvaise foi de l'entreprise**

Les secrets des affaires permettent de détourner les stratégies punissables de certaines entreprises ;

En effet, Il faudra veiller à éviter une fausse interprétation de ce dispositif puisqu'il paraît possible pour un concurrent sans scrupules de mettre en difficulté une entreprise, ou une personne en alléguant une soi-disant violation d'un secret des affaires. Vu que l'information n'a pas véritablement de statut juridique, qu'elle est toujours difficile à identifier parce qu'elle est immatérielle et parce qu'elle est flexible.

### **1 - La manifestation de cette mauvaise foi**

C'est surtout la façon d'utiliser le régime du secret et les conséquences pratiques qui en découlent qui prêtent le flanc aux contestations les plus fondées. En effet la grande faille que présente l'institution du secret des affaires est d'offrir un terrain propice à la commission de diverses fraudes. Cette dernière critique nous semble très justifiée.

Rappelons à cet égard que les différentes formules qui illustrent l'intervention des pouvoirs publics dans l'activité de l'entreprise n'excluent pas l'existence du secret. Dans une économie organisée ou concertée, le respect du secret demeure la règle.

---

<sup>143</sup> Judith ROBINSON et Sébastien JETTE, « La protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur employé ».p.9.

## **2 – le domaine d'application**

Cette mauvaise foi est surtout observé dans les activités de l'entreprise, puisque le secret des affaires permet de détourner les stratégies punissables de certaines entreprises, elles échappent ainsi aux répressions

### **B - Le problème sur la preuve**

#### **1 - Sur la légitimité du secret des affaires**

Il est nécessaire pour l'entreprise d'être très offensif et se choisir des très bons avocats pour mener des rudes et longues batailles juridiques procéduriales qui viseront à épuiser l'adversaire. Un marathon judiciaire<sup>144</sup> les attend lors de débats devant le tribunal.

En effet, les entreprises françaises ont préféré payer leurs détracteurs pour que cesse le parasitage informationnel, plutôt que d'aller en justice, quand bien même elles savaient que l'issue leur serait favorable. Ces situations difficiles sont causées en raison de multiples carences opérationnelles du système juridique, puisque expliquer la valeur de l'information aux yeux des autorités, aux yeux du monde du droit au sens large, mais aussi aux yeux des entreprises, n'est pas une tâche facile à démontrer.

Ainsi, pour que l'action prospère en cas de violation du secret des affaires, l'entreprise doit apporter une preuve suffisante sur la possession du secret qui lui accorde d'exercer son droit et cette preuve devra entre autre porter sur le fait que le secret est tangible, qu'il a une valeur commerciale et qu'elle a pris les mesures appropriées pour le protéger. Et que le défendeur lui, possède une information qui est identique, ou substantiellement identique au secret de l'entreprise. Ensuite, l'entreprise doit évoquer aussi que le défendeur l'a obtenu par des moyens illicites.

#### **2 – L'inefficacité des législations en vigueur**

En droit français, les informations sensibles de l'entreprise sont protégées par un ensemble de textes dont la cohérence et l'efficacité restent imparfaites. Ainsi :

---

<sup>144</sup> Bernard CARAYON, André DIETZ, Christian HARBULOT, Francis HAGEL, Olivier de Maison Rouge, Thibaut du Manoir de Juaye, Bertrand WARUSFEL, « La protection juridique des informations à caractère économique : enjeux et perspectives », Actes du colloque de la fondation PROMETHEUS, assemblée nationale du 18 Octobre 2010.p.15.

- la loi n° 88-19 du 5/1/1988 relative à la fraude informatique n'est efficace qu'en cas d'intrusion ou tentative d'intrusion avérée et ne couvre pas la détention des informations contenues dans le système ;
- la législation sur le droit d'auteur et le droit des producteurs ne permet pas de protéger efficacement l'accès et l'utilisation des bases de données ;
- la législation sur les brevets ne protège pas les méthodes, les savoir-faire ou les idées ;
- le secret de fabrique n'est opposable qu'aux personnes appartenant à l'entreprise ;
- la protection des logiciels ne couvre pas le champ des informations traitées par le logiciel lui-même ;
- la législation relative à la concurrence déloyale et aux clauses de non-concurrence est peu contraignante pour le contrevenant ;
- L'article 410-1 du code pénal qui traite des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation paraît inopérant

## **SECTION 2 - CONSTAT ET PROPOSITIONS**

Les atteintes aux secrets des affaires s'est multiplié au cours de ses dernières années, causant un préjudice économique considérable, bien que difficile à évaluer, l'arsenal juridique apparaît inadapté, faute d'une définition précise de la notion d'une infraction réprimant efficacement ses comportements

Le constat établi dans la première partie de notre étude montre que tous les aspects du droit sont concernés par le secret des affaires que ce soit en droit de travail ou en droit des sociétés. Nous avons de ce fait identifié deux domaines qui nous semblent prioritaires : le droit civil et le droit pénal.

Mais, en sus de ce travail législatif, il semble également opportun de sensibiliser les acteurs économiques eux-mêmes et les juges qui seront chargés d'évaluer le préjudice et de sanctionner les abus.

Enfin, une réflexion semble nécessaire sur les obligations de transparence, qui constituent parfois un devoir légal de divulgation de secrets d'entreprises en raison par exemple des risques pouvant affecter les entreprises.

Certaines informations doivent être divulguées auprès des pouvoirs publics, il y a donc des informations qui sont partagées

## **§1 - LA PLACE DU SECRET DES AFFAIRES DANS L'ÉCONOMIE MALGACHE**

Si les entreprises à Madagascar est en plein essor, c'est que le régime du secret des affaires y est pour beaucoup. Ainsi les données économiques du régime du secret des affaires ne sauraient reléguées à une place secondaire lorsqu'on envisage les diverses motivations de l'élaboration de ce régime. D'ailleurs les conséquences produites sur le monde des affaires sont assez sensible pour témoigner de cette importance.

Le secret des affaires, un secret quasi absolu qui revêt être un cloisonnement étanche, empêchant toute fuite d'informations confidentielles en dehors de l'entreprise. C'est ce secret des affaires qui illustre, parce qu'il pousse à son point culminant, la portée des informations confidentielles d'une entreprise. C'est le bastion du secret, le donjon de la forteresse.

Ainsi conçu sur cet aspect très particulier un tel régime suscite notre intérêt principalement sur deux points : A-t-il résolu le problème que craignaient les entreprises concernant la protection des informations? Ou cela a-t-il engendré ce qu'on appelle la surprotection des informations. (A) ou cela a-t-il mené à une protection accrue des entreprises (B) qui nous paraît injustifié.

### **A - La surprotection de l'information**

La sécurité de l'information est nécessaire, mais il ne faut pas non plus la surprotéger au risque de nuire à l'efficacité de l'activité de l'entreprise.

Mais, en dehors des domaines de la défense et de la sécurité où les règles du secret et leur application ne posent pas de difficulté excessive, il manque de moyens juridiques pour protéger le secret des affaires dans les entreprises publiques et privées présentes dans les autres secteurs d'activité.

Toutefois, l'analyse et la pratique convergent vers un même constat : l'inadaptation du dispositif juridique et technique actuel pour lutter contre les déviations observées dans les relations commerciales, et l'impuissance des services de l'État comme de l'institution judiciaire pour accompagner et soutenir avec succès nos entreprises dans le domaine de la protection des informations et des données vitales qu'elles détiennent.

L'adaptation des moyens de droit existants à la définition et la sanction de l'atteinte au secret des affaires est efficace, mais ne constitue pas une protection adéquate du secret. Ces moyens permettent uniquement de réparer le préjudice lié à l'atteinte au secret. Ils interviennent donc *a posteriori*, une fois que le secret divulgué. Or, la valeur économique d'un secret disparaît avec sa divulgation, car il est impossible de revenir à l'état antérieur.

## **B - La protection accrue des entreprises**

L'utilisation de la notion de secret des affaires ou d'empêchement légitime peut aussi être masquée pour devenir un moyen d'obstruction

En effet, plusieurs entreprises pourraient se voir décharger de leurs responsabilités et s'acquitter ainsi d'une réparation à des dommages et intérêts du fait d'une préjudice qu'ils ont causé aux autres concurrents sur le marché, ou échapper à de multiples infractions en invoquant le secret des affaires. De ce fait, ils peuvent opposer la communication des dossiers qu'ils classent secret des affaires renfermant des informations confidentielles notamment devant l'autorité du conseil de la concurrence comme on l'a vu précédemment dans notre développement.

De même, une tierce victime des activités de l'entreprise pourrait ne pas obtenir une réparation de ces préjudices si la justice lors de l'instruction reconnaît la qualité de secret des affaires des documents du défendeur et ordonne ainsi que ne soit pas divulgués certaines informations qui pourraient porter à son droit sur le marché concurrentiel.

Le régime du secret des affaires peut aussi renforcer les ententes entre les entreprises. Une entente qui est réprimée en droit sur la concurrence mais que les pouvoirs publics ne seraient pas dans la possibilité d'en constater les faits, vu que les stratégies de l'entreprise concernant cette entente feront parties des documents considérés comme confidentielles

Le secret des affaires est devenu comme une arme absolue c'est-à-dire un bouclier pour l'entreprise empêchant la loi d'être respectée. Cela est particulièrement vrai, il est pour nous considéré comme un moyen de détourner la loi qui permettra aux délinquants économiques

de détourner les textes légaux au profit de moyens peu loyaux. Ainsi la protection par le secret augmenterait leur capacité de nuisance à opposer un contre-feu par le secret des affaires.

## **§2 - LES SOLUTIONS PROPOSÉS**

En l'absence de critères plus précis et plus adaptés à la vie d'une entreprise concurrentielle, le juge a préféré aller chercher un autre terrain pour sanctionner.

Manque de législation spéciale sur le secret des affaires, les entreprises sont obligés de se contenter sur les autres lois pour y référer et là se présentent le plus grand problème sur le fondement et la procédure. Et surtout au niveau de la procédure.

Le secret des affaires doit être préservé comme doivent l'être les actifs immatériels des entreprises. Il nous paraît utile de suggérer une nouvelle législation spéciale sur le secret des affaires afin de favoriser la croissance économique pour que les entreprises et les juristes puissent s'y référer, cette proposition pourra diminuer les nombres des abus constatés.

En ce qui concerne l'atteinte au secret des affaires, prévoir une réparation de l'atteinte au secret par le détournement des procédures judiciaires est aussi nécessaire. L'essentiel pour les acteurs économiques est de prévenir l'atteinte au secret par l'instauration des procédures permettant de garantir avant tout procès et au cours de la procédure le respect du secret des affaires.

### **A - L'aménagement de la procédure civile**

La question de la publicité des débats est un point sensible.

#### **1 - Adoption du régime à huis clos**

Par exemple durant l'instance, les témoins et ceux qui y assistent peuvent être présent jusqu' au moment où on va communiquer aux juges les documents contenant des informations confidentielles concernant le demandeur et défendeur au procès, les juges demanderont alors aux autres exceptés les parties de quitter la salle d'audience.

Pourtant opter pour le choix de l'utilisation du huis clos semble difficile, en particulier au regard du respect du principe du procès équitable et sans donner l'impression que les

entreprises invoquent un secret des affaires pour mieux se soustraire à la transparence du débat judiciaire.

## **2 - Amélioration sur le mécanisme juridictionnel**

Le problème de la protection des secrets d'affaires se pose notamment dans le cadre de la garantie des droits de la défense. A cet égard, il est nécessaire de corriger certaines faiblesses du mécanisme juridictionnel en matière civile en se rapprochant des procédures qui existent déjà devant le conseil de la concurrence.

En effet, dans l'hypothèse d'un contentieux en matière de non-respect d'une obligation de confidentialité, le succès de l'action en justice autant que l'obligation légale du contradictoire imposent au demandeur à l'action de dévoiler l'information qu'il estimait confidentielle afin que le préjudice né de l'appropriation illicite de l'information ou de la divulgation fautive de celle-ci soit prouvé et donc réparé.

Or, contrairement à la procédure civile, la procédure devant le conseil de la Concurrence se révèle plus protectrice car elle repose sur la possibilité pour la partie lésée de notifier elle-même à l'Autorité les informations qu'elle estime confidentielles. Ce dernier doit apprécier quelles sont les informations nécessaires à la procédure et qui doivent donc être communiquées à la partie adverse<sup>145</sup>.

Ce constat a été aussi remarqué dans le droit communautaire, comme on l'a vu précédemment, les juridictions communautaires sont également très soucieuses de la protection du secret des affaires comme en témoigne l'ordonnance du 4 avril 1990 rendue par le Tribunal de première instance des Communautés Européennes, qui a défini la procédure à respecter, désormais appelée «test Hilti ».

Cette procédure donne pouvoir au président du tribunal d'examiner pour chaque pièce du dossier fournie le droit de regard sur la nature de ses dossiers pour que le requérant estime nécessaire d'éviter la divulgation de ces informations confidentielles et stratégiques qu'elle détient et l'objectif des parties intervenantes de disposer des informations nécessaires aux fins de développer leur argumentation et d'être pleinement en mesure de faire valoir leurs droits. Dans ce cas, le président du tribunal tiendra compte si cette information est utile, nécessaire ou indispensable à la compréhension du litige.

---

<sup>145</sup> Article 25 du décret n°2008-771 fixant les conditions d'application de la loi n°2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence

Pour combler le vide juridique, Il conviendrait de mettre ces procédures à des formations juridictionnelles spécialisées pour la procédure lors d'un litige concernant le secret des affaires.

### **3 - L'instauration des juges indépendants et compétents**

De ce fait on pourra avoir de juges qui tranchent spécialement le sujet concernant le secret des affaires et qui seraient, dans l'exercice de leurs fonctions, les gardiens de la confidentialité de certaines pièces du dossier, permettrait un contrôle efficace et un traitement équitable des litiges, dans le respect des droits de la défense.

Comme les principes juridiques applicables à la Propriété Intellectuelle participent déjà à la protection du secret des affaires, une solution pourrait consister à mettre dans l'ensemble le traitement de ces deux matières au sein d'une même et unique juridiction spécialisée dans le contentieux relatif aux biens immatériels. Cela favorisera l'application du respect de la protection du secret des affaires, les règles de la libre concurrence et la liberté contractuelle.

### **B - La prise en considération de l'article 39 de l'ADPIC**

Pour l'adoption d'une nouvelle loi malgache sur le secret des affaires, il nous semble nécessaire de prendre en compte les dispositions de l'accord ADPIC<sup>146</sup>. La reconnaissance du secrets des affaires dans l'ADPIC est une innovation majeure car jusqu'alors aucune convention multilatérale ne les protégeait expressément jusqu'à en donner une définition exacte qui le délimite.

L'article 39 ADPIC prouve l'existence de l'importance du secret des affaires sur le plan international ainsi que sa protection

### **C - L'aménagement de la loi sur les théories générales de l'obligation**

Les atteintes aux secrets des affaires constituent des infractions manifestes au droit de la concurrence. Elles se caractérisent par des actes de concurrence déloyale qui ne sont visés, toutefois, par aucune disposition spécifique de la théorie générale des obligations.

---

<sup>146</sup>Cet accord ADPIC, rappelons-le, est un accord international adopté au sein de l'OMC et vise les biens dits intangibles en tant qu'objet de propriété de leurs créateurs et de leurs ayant droits, c'est à dire des actifs au sens des règles comptables. Son article 39 prévoit la protection effective des informations confidentielles qui sont la propriété exclusive de leur détenteur. Ces informations sont qualifiées de « *renseignements non divulgués* » que l'on peut traduire par « secrets d'affaires ».

De nouvelles dispositions pourraient donc être introduites dans la théorie générale des obligations, en complément des dispositions de l'article 25 et 57 décret d'application de la loi sur la concurrence à Madagascar qui reconnaisse l'existence du secret des affaires, de cette façon on pourrait concevoir plus clairement les conséquences dommageables de la violation du secret des affaires.

#### **D - L'aménagement sur la responsabilité civile**

Une entreprise n'est généralement pas intéressée par des poursuites pénales en plus avec la difficulté la valeur d'information. Dans des conflits de nature commerciale, on peut avoir des conflits, mais pour autant, aller en correctionnelle, c'est différent.

Durant la procédure d'une action judiciaire, le contrôle de l'action est très important. Or, si on porte l'action au pénal, c'est le Ministère public qui prend cela en charge et la partie civile ou le plaignant ne peut plus intervenir, alors qu'une entreprise victime d'une divulgation des informations a besoin d'une action civile efficace. Le pénal a besoin d'exister bien sûr, mais il ne faut pas sacrifier le civil.

Cependant dans la pratique, on constate que souvent, à défaut de moyens spécialisé pour trancher un litige concernant le secret des affaires, le juge ne peut formuler une décision exacte sur l'évaluation des conséquences économiques qu'engendrent la violation du secret des affaires, ce qui conduit à des décisions inadaptées aux circonstances et a pour conséquence d'affaiblir le mécanisme de réparation.

Il serait peut-être préférable de renforcer l'action civile, d'une part, en étendant la notion de préjudice à tous les aspects économiques, financiers et stratégiques en tenant compte des plans d'affaires, budget et de tout élément valorisable, comme cela a été fait très récemment dans le cadre du droit de la propriété industrielle et en établissant, d'autre part, des méthodes d'évaluation validées par les juridictions et utilisables par les experts agréés auprès des Tribunaux. Ces méthodes devraient tenir compte non seulement du préjudice réel rapporté au passé et au présent mais aussi de la perte d'occasions ou d'atouts ou du gain manqués par l'entreprise.

L'arsenal juridique que ce soit en droit français ou en droit malgache ne permet pas de réprimer efficacement ces violations du secret des affaires. D'abord, parce que ni les textes, qu'ils soient législatifs ou réglementaires, ni la jurisprudence, qu'elle soit judiciaire ou

administrative, ne définissent ce qu'est le secret des affaires. L'expression est employée fréquemment, dans plusieurs dispositions législatives mais jamais définies.

Ensuite, parce que les infractions existantes, potentiellement applicables, sont inadaptées. Le vol, par exemple, ne peut être appliqué à un bien immatériel : l'art. 311-1 du code pénal emploie le terme « chose », il ne peut donc porter, en dépit des efforts de la Cour de cassation, sur une information. L'abus de confiance a permis certaines condamnations (affaires Valeo et Michelin), car il peut être appliqué à tout « bien quelconque ».

## CONCLUSION

Pour conclure, l'institution du secret des affaires tient principalement son origine du fait qu'elle est dotée d'un régime de protection assez efficace.

En effet, le secret est un moyen qui permet ainsi de protéger les informations considérées comme actifs immatériels de l'entreprise, un secret, qui lui procure un avantage considérable sur le marché concurrentiel. C'est un processus continu, qui n'est pas figé. Ce n'est donc pas un exercice ponctuel mais bien une fonction à part entière, intimement liée à la stratégie, et qui ne peut pas être externalisée.

Presque toutes les entreprises, et ce quel que soit le secteur, possèdent des informations confidentielles couvertes par le secret des affaires. Ceux-ci constituent un type de droit de propriété intellectuelle de grande valeur et très utile. Il est dans ce cas primordial de prendre les mesures appropriées pour assurer leur protection.

De ce fait, grâce à tous ces efforts pour garder le caractère secret, l'entreprise sera en mesure de défendre ses droits contre ceux qui en auraient fait une appropriation illicite même si cela n'a pas fait l'objet d'une demande de brevet, et comme on l'a déjà précisé auparavant, l'obtention d'un brevet n'est pas obligatoire pour l'entreprise mais cela dépendra de sa simple volonté sur la sécurité de ses informations.

Il est évident que le secret fait partie intégrante de la vie de l'entreprise, qu'il s'agisse des négociations commerciales ou financières, des travaux préparatoires à la prise de décision. Il y aura toujours entre les dirigeants et les salariés des informations qui ne seront pas diffusées ou divulguées où le secret demeurera la règle. D'autant plus que le secret oblige à celui qui détient des informations confidentielles de ne pas les divulguer ou de les partager avec des tiers sans le consentement ou l'accord de l'entreprise.

Toutefois, cette obligation de secret peut être levée par la demande des pouvoirs publics et des demandes des juges lors de l'instruction puisque aucun secret ne peut leur être opposable. Mis à ces cas d'exception, le secret des affaires est un droit accordé à chaque entreprise, ce qui justifie sa légitimité, et toute personne concerné et salarié se doivent de respecter cette légitimité, à défaut, l'entreprise est fondé à intenter une action en justice pour l'exercice de ses droits.

Cependant, l'existence d'une obligation au secret lié à la nature confidentielle de l'information n'élimine pas entièrement les risques d'une éventuelle révélation.

Il existe, par ailleurs, des actions civiles en réparation du dommage, fondées sur l'article 1382 du code civil français et sur la concurrence déloyale. Elles sont utiles, mais insuffisantes, puisqu'elles n'exercent pas d'effet dissuasif : il s'agit de réparer, pas de prévenir ; or, ce que veulent les entreprises, c'est éviter le préjudice. Préjudice qui, une fois réalisé, est difficile à évaluer, car il s'agit souvent d'une perte de chance ou d'un avantage concurrentiel.

Vue le contexte actuel, avec cette absence de législation, d'un côté, plusieurs entreprises sont obligé de se contenter des lois en vigueur comme référence lorsqu'elles sont atteinte d'une violation de leur secret des affaires ; ils se trouvent ainsi dans une difficulté majeure, puisqu'une fois divulgué les informations perdent de sa valeur, les entreprises n'a guère des moyens pour les récupérer, d'autant plus que l'appréciation des juges ainsi que les décisions qui en ressort paraissent insuffisants par rapport à leurs demandes.

De l'autre, cette situation profite à d'autres, puisque cela leur permet de définir eux-mêmes leurs informations confidentielles et accroîtra leurs mauvaises fois ainsi que les abus comme la progression de la corruption ou de la fraude et surtout du blanchiment des capitaux.

C'est la raison pour laquelle on exige de la transparence envers les entreprises surtout en matière d'informations. Le principe de transparence demandé surtout venant des pouvoirs publics permet de délimiter le champ d'application du secret des affaires et à éviter les risques d'abus qui pourrait survenir.

Il est à constater aussi que le droit de la propriété intellectuelle et le secret des affaires n'assurent qu'une protection limitée. Les moyens classiques de la propriété intellectuelle notamment les brevets, marques, modèles, droits d'auteur, apparaissent à beaucoup d'entreprises comme insuffisamment efficaces pour assurer la préservation de leurs intérêts. Etant donné que ce droit ne leur fournit pas assez d'outils juridiques pour l'appropriation illicite et la valorisation de l'information.

Le secret des affaires, par contre, permet d'éviter que des informations sensibles, confidentielles soient diffusées volontairement ou non à l'extérieur de l'entreprise ce qui pourrait porter préjudice à son activité.

Cependant, il ne faut pas non plus la surprotéger au risque de nuire à l'efficacité de l'activité de l'entreprise. Puisque trop de mesures restrictives engendreraient la fuite des investisseurs potentiels.

En effet, surprotéger des informations en les sur-qualifiant de sensibles et ne les divulguer qu'à quelques privilégiés risque de créer un climat de méfiance et peut nuire à l'activité de l'entreprise.

Ce qui fait donc que la solution serait de concevoir à un accès large à toutes les informations? La réponse serait négative car cela pourra également nuire à l'activité de l'entreprise et par conséquent aura quelques inconvénients notamment les risques de fuite d'informations sensibles. Cette réponse justifierait la réaction d'une entreprise que malgré l'exigence de la transparence, il n'est pas tenue de rendre tout public. C'est donc de manière tout à fait légitime que l'entreprise peut évoquer le secret des affaires dans un grand nombre de domaines, sans qu'on puisse lui en faire grief.

Il est évident que la transparence totale ne saurait être réalisable, ni possible, néanmoins la transparence est de règle lorsqu'on parle des relations avec les tiers, avec l'Etat ou entre employeur et employé, ainsi que les investisseurs, cependant limité par le secret des affaires.

Par conséquent, l'excès de transparence n'est pas souvent favorable à l'entreprise, puisque cela conduirait au risque de «surinformation» et de «mauvaise information » mais également au risque de fragilisation des entreprises mises à nu alors que leurs concurrents ne subissent pas nécessairement les mêmes contraintes.

Devant toutes ces confusions, le droit français a déjà essayé d'adopter un texte qui permettra de pallier ces diverses lacunes, en commençant par le projet de loi en 2005 que nous avons déjà évoqué le contenu au cours de notre développement. Cependant, ce projet ne contient pas une définition exacte de ce que c'est un secret des affaires. Il donne juste les domaines qui sont concernés sans en avoir délimité le contenu. Et il est encore en attente de s'être appliqué.

Quant aux obligations contractuelles, elles ne protègent guère le titulaire de l'information confidentielle contre l'abus de confiance qui permettra à un tiers de capter cette information pour l'exploiter à son profit.

L'ensemble de textes et de jurisprudences sont encore incohérent et leurs efficacités restent très imparfaites.

Toutefois, même si le système pénal permet de faire un recours en matière de protection de l'information, la notion de secret d'affaires demeure encore difficile à cerner avec rigueur et précision et laisse subsister des incertitudes quant à la qualification précise des actes punissables.

L'arbitrage serait-elle la solution pour une entreprise afin de régler leurs violations du secret des affaires ? Vue que cette procédure considère souvent les règlements à l'amiable et secrètes des deux parties lors du règlement des différends.

## ANNEXES

### **LOI N°88-19 DU 5 JANVIER 1988 relative à la fraude informatique (dite Loi Godfrain)**

Texte de la loi Godfrain - Abrogé par Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 art. 372 (JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994).

Loi relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, 372, En vigueur, Version 01, 1994

La Loi dite "Godfrain" n'est plus en vigueur depuis le 1 Mars 1994

### **LOI N°88-19 DU 5 JANVIER 1988 relative à la fraude informatique**

#### **Travaux préparatoires**

- *Assemblée nationale*
  - proposition de loi n°352
  - rapport de M. André, au nom de la commission des lois, n°744
  - discussion et adoption le 15 juin 1987
- *Sénat*
  - proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture, n°279 (1986-1987)
  - rapport de M. Thyraud, au nom de la commission des lois, n°3 (1987 - 1988)
  - discussion et adoption le 4 novembre 1987
- *Assemblée nationale*
  - proposition de loi, modifiée par le Sénat en première lecture, n°1009
  - rapport de M. André, au nom de la commission des lois, n°1087
  - discussion et adoption le 21 décembre 1987
- *Sénat*
  - proposition de loi, adoptée avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, n°212 (1987 - 1988)
  - rapport de M. Thyraud, au nom de la commission des lois, n°214 (1987 - 1988)
  - discussion et adoption le 22 décembre 1987

- *Assemblée nationale:*
  - proposition de loi, modifiée par le Sénat en deuxième lecture, n°182
  - rapport de M. André, au nom de la commission des lois, n°184
  - discussion et adoption le 22 décembre 1987

#### **Journal officiel du 6 janvier 1988**

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté.

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:

#### **Article unique**

Dans le titre II du livre III du code pénal, il est inséré, après le chapitre II, un chapitre III ainsi rédigé:

#### **Chapitre III**

D'un système de traitement automatisé de données sera puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 2.000F à 50.000F ou de l'une de ces deux peines.

Lorsqu'il en sera résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le

#### **De certaines infractions en matière informatique**

##### ▪ **Article 462-2**

Quiconque, frauduleusement, aura accédé ou se sera maintenu dans tout ou partie système, soit une altération du fonctionnement de ce système, l'emprisonnement sera de deux mois à deux ans et l'amende de 10.000F à 100.000F.

##### ▪ **Article 462-3**

Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, entravé ou faussé le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 10.000F à 100.000F ou de l'une de ces deux peines.

##### ▪ **Article 462-4**

Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, directement ou indirectement, introduit des données dans un système de traitement automatisé ou supprimé ou modifié les données qu'il contient ou leurs modes de traitement ou de transmission, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 2.000F à 500.000F ou de l'une de ces deux peines.

##### ▪ **Article 462-5**

Quiconque aura procédé à la falsification de documents informatisés, quelle que soit leur forme, de nature à causer un préjudice à autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 20.000F à 2.000.000F.

▪ **Article 462-6**

Quiconque aura sciemment fait usage des documents informatisés visés à l'article 462-5 sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 20.000F à 2.000.000F ou de l'une de ces deux peines.

▪ **Article 462-7**

La tentative des délits prévus par les articles 462-2 à 462-6 est punie des mêmes peines que le délit lui-même.

▪ **Article 462-8**

Quiconque aura participé à une association formée ou à une entente établie en vue de la préparation, concrétisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions prévues par les articles 462-2 à 462-6 sera puni des peines prévues pour l'infraction elle-même ou pour l'infraction la plus sévèrement réprimée.

▪ **Article 462-9**

Le tribunal pourra prononcer la confiscation des matériels appartenant au condamné et ayant servi à commettre les infractions prévues au présent chapitre.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 5 Janvier 1988.

**François Mitterand**

Par le Président de la République

*Le Premier ministre, Jacques Chirac*

*Le garde des sceaux, ministre de la justice, Albin Chalandon*

## ACCORD DE NON-DIVULGATION

Convention intervenue à \_\_\_\_\_, province de \_\_\_\_\_,  
ce \_\_\_\_\_ jour du mois de \_\_\_\_\_ 2001.

**ENTRE :**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Domicilié et résidant au \_\_\_\_\_

(ci-après désigné L'INVENTEUR)

**ET**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

(personne morale dûment constituée, ayant son siège social  
au \_\_\_\_\_, ici agissant et représentée  
par \_\_\_\_\_ dûment autorisé(e) à agir aux fins des présentes  
tel qu'il (elle) le déclare,

(ci-après désigné(e) L'ENTREPRENEUR)

## PARTIE DE SECONDE PART

### LESQUELS DECLARENT CE QUI SUIT :

**CONSIDÉRANT** que l'inventeur désire faire part à l'entrepreneur de certaines informations confidentielles pour fins de discussion et de négociations éventuelles quant à un contrat relativement à la recherche ou au développement d'une invention et ;

**CONSIDÉRANT** qu'il est impérieux que les informations ainsi divulguées demeurent strictement confidentielles, ni ne soient utilisées par l'entrepreneur à son profit sans le consentement de l'inventeur ;

### EN CONSÉQUENCE, LES PARTIES CONVIENNENT DE CE QUI SUIT :

1. L'entrepreneur s'engage, à compter de la date des présentes à tenir strictement confidentiels et à ne pas divulguer en aucune circonstance les informations ou connaissances techniques ou commerciales, compilations d'informations, données, plans, notes, designs, dessins, spécifications, formules, prototypes ou savoir-faire (ci-après désignés les «informations») que l'inventeur a fournis à l'entrepreneur relativement à son invention, ayant pour titre \_\_\_\_\_, de même que les informations relativement à cette invention que l'entrepreneur pourrait obtenir de toute autre personne ou façon.

Cette obligation de confidentialité lie l'entrepreneur tant et aussi longtemps que l'inventeur n'a pas relevé l'entrepreneur de cette obligation mais ne saurait être interprétée comme niant le droit de l'entrepreneur d'utiliser loyalement les habiletés techniques qu'il a développées.

2. L'entrepreneur s'engage, à compter de la date des présentes, à ne pas utiliser au profit de quiconque autre que l'inventeur les informations que l'inventeur a fournies à l'entrepreneur relativement à son invention, ayant pour titre \_\_\_\_\_, de même que les informations relativement à cette invention que l'entrepreneur pourrait obtenir de toute autre personne ou façon. Cette obligation de non-utilisation lie l'entrepreneur tant et aussi longtemps que l'inventeur n'a pas relevé l'entrepreneur de cette obligation mais ne saurait être interprétée comme niant le droit de l'entrepreneur d'utiliser loyalement les habiletés techniques qu'il a développées.

3. Rien dans cet accord n'empêchera l'entrepreneur de divulguer, ou d'autoriser la divulgation, des informations :

- a) faisant partie du domaine public ;
- b) déjà en possession de l'entrepreneur avant la date du présent accord, ce dernier ayant l'obligation d'en faire la preuve.

4. L'entrepreneur reconnaît que l'inventeur conserve la propriété intellectuelle de toutes les informations fournies à l'entrepreneur ainsi que de toute création, invention ou de tout produit ou procédé qui en est dérivé, incluant notamment tout brevet d'invention, dessin industriel, droit d'auteur, code source, marque de commerce, savoir-faire, topographie de circuit intégré ou obtention végétale, ainsi que toute innovation pouvant en découler par la suite, en cède la propriété à l'inventeur, le cas échéant, et renonce par les présentes à ses droits moraux relativement à cette propriété intellectuelle.
5. L'entrepreneur s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour préserver la confidentialité des informations visées au présent accord, notamment auprès de ses employés, représentants, mandataires, successeurs, héritiers ou ayants-droits.
6. (Clause facultative) Toute contravention à l'une des obligations mentionnées au présent accord, ou toute omission de faire l'une des obligations mentionnées au présent accord, entraînera, pour l'entrepreneur, l'obligation de verser à l'inventeur des dommages liquides et exigibles de (spécifier la somme), sous réserves de tous les autres recours pouvant être intentés contre l'entrepreneur, notamment en matière d'injonction et de dommages-intérêts pour toute somme à parfaire, de remise des informations, des objets ou des procédés dans lesquels se retrouvent ces informations ou fabriqués à partir de ces informations, de reddition de compte pour ce qui est des profits de l'entrepreneur et de dommages punitifs.
7. Chaque disposition des présentes forme un tout distinct, de sorte que toute décision d'un tribunal à l'effet que l'une des dispositions des présentes est nulle ou non-exécutoire n'affecte aucunement la validité des autres dispositions des présentes ou leur caractère exécutoire.

EN FOI DE QUOI, les parties ont signé le présent accord, en double exemplaire,  
à \_\_\_\_\_ ce \_\_\_\_\_ jour du mois de \_\_\_\_\_ 2001.  
L'ENTREPRENEUR L'INVENTEUR

\_\_\_\_\_  
(Personne dûment autorisée)

\_\_\_\_\_  
(Personne dûment autorisée)

MODELE TYPE CONTRAT DE CONFIDENTIALITE

ENGAGEMENT DE CONFIDENTIALITE  
ET DE NON DIVULGATION

ENTRE

Nom  
Dénomination sociale :  
Forme juridique :  
Adresse du siège :

Représenté par :

En qualité de :

Dénoté par la suite le «**Bénéficiaire** »  
d'une part

ET

Nom :  
Dénomination sociale :  
Forme juridique :  
Adresse du siège :

Représenté par :

En qualité de :

Dénoté par la suite le «**Donneur** »  
d'autre part

Ci-après dénotés conjointement les «**Parties**»

*Visa bénéficiaire*

*Date :.....*

*Visa donneur*

**IL EST PREALABLEMENT RAPPELE CE QUI SUIIT :**

Le Donneur possède des connaissances concernant un procédé et/ou un appareil.

--

Ces connaissances du Donneur sont appelées par la suite «CONNAISSANCES DU DONNEURS».

Le Donneur et le Bénéficiaire se sont engagés et espèrent s'engager plus en avant dans des discussions relatives aux Connaissances du Donneur.

De telles discussions peuvent impliquer la divulgation et la communication par le Donneur au Bénéficiaire, d'informations relatives aux Connaissances du Donneur incluant notamment brevet(s), demandes(s), de brevet, données, dessins, matériels, échantillons, savoir-faire, dispositifs, démonstrations, rapports, plans d'affaires, applications commerciales, moyens associés et autre données et informations ; certaines ou toutes étant la propriété du Donneur et ayant un caractère confidentiel, dans son ensemble appelé ci-après «l'INFORMATION ».

Les Parties souhaitent, par la présente, définir les conditions selon lesquelles peuvent être réalisées la divulgation et la communication de l'Information.

**IL EST ENSUITE CONVENU CE QUI SUIIT :**

- 1- Le Bénéficiaire accepte et reconnaît que tous les droits relatifs à l'Information qui lui est divulguée et communiquée par le Donneur, sont réservés au Donneur en tant qu'entière et seule propriété du Donneur.
- 2- Le Bénéficiaire accepte de considérer l'Information comme confidentielle.
- 3- Le Bénéficiaire s'engage à ne pas divulguer l'Information
- 4- Le Bénéficiaire reconnaît que les données écrites sont et resteront la propriété du donneur, et que de telles données écrites ne peuvent être copiées ou reproduites sans l'autorisation écrite expresse et préalable du Donneur. Les originaux et toutes les copies de telles données écrites devront être restitués dans les 20 jours suivant toute demande du Donneur.
- 5- Le Bénéficiaire s'engage à apporter à l'Information tous les soins nécessaires et au minimum ceux appliqués à ses propres informations ayant une importance équivalente, de manière à éviter une publication, une divulgation non-autorisée de l'Information, ou un usage de celle-ci autre que pour les discussions mentionnées précédemment.

- 6- Le Bénéficiaire s'engage, dans l'hypothèse où il s'avérerait indispensable de divulguer à des Tiers l'Information ou une partie de l'Information, à demander au Donneur une autorisation écrite préalable mentionnant les Tiers concernés et l'Information à divulguer.
- 7- Une Information ne bénéficie pas de la protection conférée par le présent «ENGAGEMENT» si à la date de celui-ci, cette Information était déjà:
- (i) obtenue par le Bénéficiaire d'une Partie Tiers, licitement et sans restriction.
  - (ii) disponible publiquement autrement que du fait de la faute ou de la négligence du Bénéficiaire.

Le Bénéficiaire s'engage à informer le Donneur sans délai et par écrit de tout événement pouvant survenir selon les dispositions du paragraphe 7 (i).

*Visa bénéficiaire*

*Date :.....*

*Visa donneur*

- 8- Si une quelconque partie de l'Information tombe dans une des exceptions mentionnées ci-dessus, l'information restante continuera à bénéficier de la protection du présent Engagement.
- 9- Toute Information divulguée et communiquée demeurera la propriété du Donneur et lui sera restituée ou détruite, sur demande du Donneur, ainsi que les copies faites par le Bénéficiaire. Sur demande du Donneur le Bénéficiaire transmettra au Donneur une attestation de destruction.
- 10- La communication du Donneur au Bénéficiaire de l'Information n'implique aucun droit de licence ou de cession de quelconque droit de Propriété Intellectuelle.
- 11- Toute modification des clauses du présent Engagement doit faire l'objet d'un courrier recommandé avec accusé de réception à la Partie concernée et aux adresses suivantes, sauf changement d'adresse notifié par écrit.

Pour le Bénéficiaire,

Pour le Donneur,

- 12- Cet Engagement s'applique aux deux Parties mentionnées ci-dessus, et également à toute personne morale (en particulier société, association, filiale, etc.) qui est directement ou indirectement, en fait ou en droit en position de contrôler ou en position d'être contrôlée par les Parties
- 13- La date effective du présent Engagement est la suivante : cet Engagement restera en vigueur durant les 5 (cinq) années à compter de la date effective.
- 14- Cet engagement doit être interprété et appliqué selon les lois et les réglementations françaises. Tout litige concernant cet Engagement, sans règlement préalable à l'amiable sera porté devant les juridictions compétentes.

Fait à Paris, le

En deux exemplaires originaux, de pages, dont ..... annexe(s).

<p><u>Le Donneur :</u></p> <p>Nom :</p> <p>Qualité :</p> <p>Signature :</p>
---

<p><u>Le Bénéficiaire :</u></p> <p>Nom :</p> <p>Qualité :</p> <p>Signature :</p>
--

*Visa bénéficiaire*

*Date :.....*

*Visa donneur*

**ANNEXE 1**

**Réunion du :**

**Sujet :**

**Projet :**

**Présents à la réunion :**

<b>A faire :</b>  <b>Responsable d'exécution :</b>
--

<b>A faire :</b>  <b>Responsable d'exécution :</b>
--

<b>A faire :</b>  <b>Responsable d'exécution :</b>
--

*Visa bénéficiaire*

*Date :.....*

*Visa donneur*

## ACCORD RECIPROQUE DE SECRET

N° ..... (RÉF. DQJ)

--

ENTRE :

La **Société XXX**, dont le siège social est .....

et représenté par .....

ci-après dénommé «XXX »

d'une part,

ET :

Le **Centre Technique des Industries Mécaniques (CETIM)**, établissement d'utilité publique régi par les dispositions des articles L342.1 à L342.13 du Code de la Recherche institué par l'ordonnance 2004-545 du 11 juin 2004 relatifs aux Centres Techniques Industriels, dont le siège social est à Senlis (60304) - BP 80067 - 52, Avenue Félix-Louat et représenté par son Délégué à l'innovation, Monsieur Denis EYMARD,

ci-après dénommé «le CETIM »,

d'autre part,

**PREAMBULE :**

*(à adapter au contexte du dossier)*

XXX souhaite étudier .....

Des contacts sont initiés entre les parties pouvant aboutir à un contrat de collaboration visant à .....

Les Parties sont convenues afin de définir le périmètre des prestations attendues, de se communiquer l'une l'autre des informations confidentielles

**EN CONSEQUENCE, LES PARTIES CONVIENNENT DE L'ACCORD DE SECRET SUIVANT :**

1. Dans le cadre de cet accord, les termes "Information(s) Confidentielle(s)" recouvrent toutes informations ou toutes données divulguées par l'une ou l'autre des Parties, par

écrit ou oralement, aux termes et conditions du présent accord, et incluant sans limitation tous documents écrits ou imprimés, et plus généralement tous moyens de divulgation de l'Information Confidentielle pouvant être choisis par les Parties pendant la période de validité de cet accord.

Relèveront des dispositions du présent accord toutes informations ou données, quelle qu'en soit la forme, transmises par l'une ou l'autre des Parties à l'autre partie et désignées comme Informations Confidentielles de la Partie qui les transmet par l'apposition ou l'adjonction sur leur support d'un tampon ou d'une formule ou par l'établissement et la remise ou l'envoi d'une notification écrite à cet effet, ou lorsqu'elles sont divulguées oralement, dont le caractère d'Information Confidentielle a été porté à la connaissance de la Partie qui les reçoit, au moment de leur divulgation, et confirmé par écrit dans les plus brefs délais et au plus tard dans les 15 jours francs.

2. Aucune disposition de cet accord ne peut être interprétée comme obligeant une Partie à divulguer des Informations Confidentielles à l'autre Partie ou à se lier contractuellement l'une à l'autre.
3. Chacune des Parties, pour autant qu'elle soit autorisée à le faire, transmettra à l'autre Partie les seules Informations Confidentielles jugées nécessaires, à la réalisation des intentions rappelées dans le préambule du présent accord. A cette occasion, les Parties déclarent qu'elles sont libres de contracter dans le futur entre elles.
4. Seules les personnes identifiées en annexe des présentes sont autorisées à transmettre et recevoir les Informations Confidentielles. La liste des personnes visées en annexes pourra être modifiée à tout moment par la Partie concernée, sous réserve d'une information préalable écrite de chacune des Parties et des personnes concernées. La signature de l'annexe la concernant par chaque personne habilitée par une Partie garantit son engagement à respecter les clauses et conditions des présentes.
5. La Partie qui reçoit des Informations Confidentielles s'engage pendant une durée de cinq (5) ans à compter de l'entrée en vigueur du présent accord à ce que les Informations Confidentielles émanant de la Partie qui les divulgue :
  - (a) soient protégées et gardées strictement confidentielles et soient traitées avec le même degré de précaution et de protection qu'elle accorde à ses propres Informations Confidentielles de même importance ;
  - (b) ne soient divulguées de manière interne qu'aux seuls membres de son personnel ou éventuels sous-traitants ayant à en connaître pour réaliser l'objet décrit en

préambule, après avoir au préalable informé clairement les salariés ou sous-traitants du caractère strictement confidentiel des informations et s'être assuré que ces derniers s'engagent effectivement au respect de la confidentialité attendue ;

- (c) ne soient pas utilisées, totalement ou partiellement, dans un autre but que celui défini par le présent accord, sans le consentement préalable et écrit de la Partie qui les a divulguées ;
  - (d) ne soient ni divulguées, ni susceptibles de l'être soit directement, soit indirectement à tous tiers ou à toutes personnes autres que celles mentionnées à l'alinéa (b) ci-dessus ;
  - (e) ne soient ni copiées, ni reproduites, ni dupliquées totalement ou partiellement lorsque de telles copies, reproductions ou duplications n'ont pas été autorisées par la Partie de qui elles émanent et ce, de manière spécifique et par écrit.
6. Sous réserve des droits des tiers, toutes les Informations Confidentielles transmises entre les Parties -y compris leur reproduction éventuelle par tous moyens- resteront la propriété de la Partie qui les a divulguées et tous supports desdites Informations Confidentielles devront être restitués à cette dernière sur sa demande.
7. La Partie recevant des informations d'une autre Partie n'est soumise à aucune restriction d'utilisation les concernant si elle peut apporter la preuve :
- (a) soit qu'elles appartiennent au domaine public ;
  - (b) soit qu'elles aient été déjà connues de cette Partie antérieurement à l'entrée en vigueur des présentes,
  - (c) soit qu'elles ont été reçues d'un tiers de manière licite, sans restrictions, ni violation du présent accord ;
  - (d) soit qu'elles ont été publiées sans contrevenir aux dispositions du présent accord ;
  - (e) soit que l'utilisation ou la divulgation ont été autorisées par écrit par la Partie dont elles émanent ;
  - (f) soit qu'elles aient été le résultat de développements internes entrepris de bonne foi par des membres de son personnel n'ayant pas eu accès à ces Informations Confidentielles ;
  - (g) soit que les informations n'ont pas été désignées ou confirmées comme Informations Confidentielles.
8. Il est expressément convenu que la divulgation par les Parties entre elles d'Informations Confidentielles au titre du présent accord ne peut en aucun cas être interprétée

comme conférant de manière expresse ou implicite à la Partie qui les reçoit un droit quelconque (aux termes d'une licence ou par tout autre moyen) sur les matières, les inventions ou les découvertes auxquelles se rapportent ces Informations Confidentielles. Il en est de même en ce qui concerne les droits attachés à la propriété littéraire et artistique, aux brevets, aux marques de fabrique ou le secret des affaires.

9. L'ensemble des dispositions des présentes constitue l'intégralité de l'accord de confidentialité entre les Parties.
10. Le présent accord entrera en vigueur à la date de sa signature par toutes les Parties.
11. Tout différend relatif au présent accord que les Parties ne pourraient résoudre amiablement, sera soumis aux tribunaux compétents de Paris.

Fait à Senlis le.....

en deux exemplaires originaux.

XXX

CETIM

## **DOCUMENT ANNEXÉ N°1 DE L'ACCORD RÉCIPROQUE DE SECRET**

### **Liste des personnes expressément habilitées à transmettre et recevoir les Informations Confidentielles**

<b>Partie concernée</b>	<b>Identité des personnes habilitées à transmettre et recevoir les Informations Confidentielles</b>	<b>Date et signature</b>
CETIM		
CETIM		
XXXXX		
XXXXX		

## BIBLIOGRAPHIE

### OUVRAGES GENERAUX

- AKUITE PEDRO SANTOS et Jean YAODE TOE, Droit Commercial Général, OHADA, Collection Droit Uniforme Africain, Edition Bruylant, Bruxelles 2002
- BESSONET Anne, Philippe Edouard LAMY, Contrats d'affaires internationaux, Guide Pratique, Pearson éducation France, Paris 2005
- Bonnet Pierre, Mesure de la valeur des actes immatériels du système d'information : Valeur, librairie Lavoisier
- BONHOMME Oppetit, Ethique et vie des affaires, in Mélanges Colomer, Dalloz Affaires, n°3, 1995
- C BOURRET et al ... « Capital immatériel et information professionnelle. L'émergence d'un concept nouveau : l'information durable », Documentaliste-Sciences de l'information, 2008/4 Vol.45, p.4-12.DOI : 10.3971/docs.454.004
- DESBARATS Isabelle, Marie-Pierre, Droit du travail et droit de l'environnement Edition Amazone France
- FRANCOIS WARREN BOURG-AUQUE, Réflexions sur le secret professionnel, RSC 1978-345
- Garçon Emile, code pénal annoté, nouvelle édition refondue et mise à jour par Rousselet M, Sirey 1956
- GARRAUD, Traité du droit pénal français, 2<sup>ème</sup> édition.
- HILAIRE Jean, Le droit des affaires, collection dirigée par A.Sayag, étude de centre de recherche sur le droit des affaires de la chambre de commerce de l'industrie de Paris. Enquête du laboratoire de prospective appliquée. Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique ; Mars 1984 ; édition Paris LITEC 1984
- J-C, GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », Dalloz, chronique, 1984.
- LEGUILLONS Henry, Les grandes clauses des contrats internationaux, Séminaire de la Commission Droit et Vie des affaires, Bruxelles, Mars 2005.
- LECLERQ Xavier, Les contrats commerciaux, éditeur 2002.
- MONTERO Etienne, La responsabilité civile des bases de données, Amazon France.
- PEDELIEVRE Alain, Le matériel et l'immatériel : essai d'approche de la notion des biens, in, Les aspects du droit privé en fin du 20<sup>ème</sup> siècle, Mélanges Juglart, 1986.
- P.CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », Dalloz, chronique, 1984.
- RAHARINARIVONIRINA Alisaona, Droit pénal général malgache, édition CNPL.

- RAKOTOARISON Tahina Fabrice, du secret des affaires au bien informationnel, Mélanges en l'honneur du Professeur RAHARINARIVONIRINA Alisaona «Regards sur le droit malgache», «du secret des affaires au bien informationnel», édition jurid'ika, l'harmattan 2010.
- RAYMOND Farhat, Le secret bancaire, étude du droit comparé (préface MICHEL VASSEUR), Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970.
- SAVY Robert, L'épreuve du temps autour du droit public, Amazon France, 1966.
- SELINSKY Véronique, le droit français nouveau de la concurrence, préface Jean Donne Dieu de Vabres, édition Litec, 1988.
- VIGNAL (N), La transparence en droit privée des contrats, (Approche critique de l'exigence). PUAM, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix Marseille, Institut des droits des Affaires, 1998.
- VERSEILS Pierre, Les grands principes relatifs au secret professionnel et leurs applications aux ministères des cultes, Aix-en-Provence, 1959.
- WILFRID Jean Didier, Droit pénal des affaires, précis Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 1998.
- WENIGER Olivier, La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know how), Etude comparative des droits allemand, français et suisse, Genève, Librairie Droz, 1994.

#### **RAPPORTS**

- M.Claude Mathon, « La protection du secret des affaires : enjeux et propositions » Rapport du groupe de travail, 17 Avril 2009.
- SAINT-ALARY (R), Rapport sur le secret des affaires en droit français, Travaux de l'association Capitant, t.25, 1974.

#### **ARTICLES**

- Bernard CARAYON, André DIETZ, Christian HARBULOT, Francis HAGEL, Olivier de Maison Rouge, Thibaud du Manoir de Juaye, Bertrand WARUSFEL, « La protection juridique des informations à caractère économique : enjeux et perspectives », Actes du colloque de la fondation PROMETHEUS, assemblée nationale du 18 Octobre 2010.
- CHAVANNE Albert, Le délit de révélation, Juris-classeur pénal, article 378.
- COURTHEOUX Jean-Paul, Les secrets économiques, revue économique, Paris 1958.
- KESSLER Denis « L'entreprise entre transparence et secret», Pouvoirs 97, 2001.
- GAVALDA Christian, « Le secret des affaires », Mélanges Savatier, Dalloz 1965.
- GAVALDA Christian, « Le secret des affaires », Mélanges Savatier, Dalloz 2002.
- GULPHE Pierre, Le service central des risques de la banque de France, Dalloz, 1947.

- CAPDEVILLE Jérôme Lasserre, « La reconnaissance légale du secret des affaires », Janvier 2013.
- ROBINSON Judith et JETTE Sébastien, « La protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur employé ».
- FR Trade Secrets, November 2010: China IPR SME HELPDESK 2010.
- Le service de coordination de l'intelligence économique « Valorisation des informations en entreprises », Juillet 2010.
- GARANCE Mathias, GABILLAT Charlene, « L'information, capital immatériel de l'entreprise. Comment concilier sécurité, enjeux économiques et libertés fondamentales », SSTIC 2012.
- Thibault du Manoir de Juaye, « Intelligence économique et secret des affaires », le point de vue de juristes, Cahiers de Droit de l'Entreprise n°5.

#### **BULLETINS ET REVUES**

- Bulletin du droit des secrets d'affaires, semestres 3, 1<sup>er</sup> Novembre 2012.
- Revue nucléaire générale, « Les secrets protégés par la loi, limites à la transparence », Bertrand WARUSFEL, Janvier-Février 2003, n°1.
- Revue de l'OMPI « Les secrets d'affaires n'ont pas de prix protégez-les », avril 2010
- Revue économique, n°4, « Les secrets économiques », Paris 1958
- VIRASSAMY (G), Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise, RTDC 1988.

#### **DECRETS ET LOIS**

- Code civil français
- Code de commerce français
- Code de travail français
- Code de procédure civil français
- Code de procédure civile malgache
- Code de la propriété intellectuelle français
- Code général des impôts malgache
- Code pénal français
- Code pénal malgache
- Décret d'application de la loi sur la concurrence malgache
- Loi française n°68 678 relative à la communication des documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères
- Loi malgache 2005-020 sur la concurrence
- Loi malgache 2004-030 du 9 septembre 2004 Sur la lutte contre la corruption

- Loi malgache 2004-020 du 19 aout 2004 sur le blanchiment de capitaux
- Ordonnance sur la propriété industrielle malgache 89-019 du 31 Juin 1989
- Ordonnance n°86-1243 du 1<sup>er</sup> Décembre 1986 relative à la liberté des prix
- Traité sur les ADPIC
- ALENA
- Convention européenne d sauvegarde des droits de l'homme
- Code de la consommation française
- Convention de viennes du 11 Avril 1980 sur la vente international de marchandise
- Convention de Paris du 1967

# TABLE DES MATIERES

AVANT PROPOS	
INTRODUCTION .....	1
TITRE PRELIMINAIRE : LA CONCEPTION DE L'INFORMATION ET LE SECRET DES AFFAIRES.....	2
§1 – Classification des informations .....	2
A - La notion d'information .....	2
B - La classification .....	3
§2 – La place du secret dans le monde des affaires .....	3
A - La définition .....	3
B - La valeur du secret en affaires .....	4
§3 – la notion du secret des affaires .....	5
A - Définition .....	6
B - Le secret des affaires de l'entreprise .....	7
PREMIERE PARTIE.....	10
LA CONCEPTION DE L'INFORMATION ET LE SECRET DES AFFAIRES .....	10
CHAPITRE I.....	11
l'information fait partie du patrimoine immatériel de l'entreprise .....	11
SECTION 1 : LE PROBLEME SUR LA CONCEPTION DE L'INFORMATION.....	12
§1 – L'appréhension juridique de l'information .....	12
A – Généralités.....	12
1 - Contexte .....	12
2 - Les types d'actifs immatériels .....	13
B - L'appréhension de l'information par le droit .....	13
§2 - La valeur de l'information .....	14
A - Contexte .....	14
1 - L'information comme service.....	14
2 - L'information comme produit.....	15
B - La diffusion de l'information.....	15
1- La gestion de l'information .....	15
2 - Le destinataire de l'information .....	15
a - Le salarié.....	15
b - Les tiers .....	16
3 - Conséquence.....	16
C - La participation du régime du secret .....	17
1 - Comme moyen de conservation .....	17
a - La définition d'une information à caractère économique .....	17
b - Les phénomènes qui influencent le régime du secret des affaires .....	17
i - Le nombre divers de flux d'informations.....	17
ii - Les faits économiques.....	18
iii - La nature de l'information .....	18
iiii - L'impact de la NTIC .....	18
§3 – Le problème sur la valorisation de l'information .....	19
§4 - L'information considérée comme bien immatériel de l'entreprise .....	19
A - Bien immatériel : patrimoine de l'entreprise.....	19
B – L'interprétation de ce bien immatériel .....	20
SECTION 2 – LES INFORMATIONS COUVERTES PAR LE SECRET DES AFFAIRES .....	20
§ 1 - Les informations concernées .....	21
A- Généralités .....	21
B- Les secrets de productions .....	22
C- Les secrets de situations .....	22

D – Les exclusions .....	22
§ 2 - Les conditions .....	23
A - L'information doit être cachée du public.....	23
B - L'information doit avoir une valeur commerciale.....	23
C - L'information est préservé par des mesures de confidentialité .....	24
§ 3 – Les personnes tenues au secret .....	24
A - Dans le cadre du droit de travail.....	24
1 - Le salarié .....	24
a - Critère de nature objectif .....	25
b - Critère de nature subjectif .....	25
2 - Le Secret professionnel .....	25
a – Notion.....	25
b - La présomption de discrétion.....	26
c - Le confident nécessaire .....	27
3- Les clauses dans le contrat de travail.....	27
a - La clause de confidentialité .....	27
i - Fondement .....	27
ii - Raisons.....	27
b - La clause de non concurrence .....	28
B - Dans les obligations contractuelles.....	29
1 - Les contrats d'affaires .....	29
a - Le contexte .....	29
b - La difficulté.....	29
2 - Les clauses du contrat .....	29
a - Les clauses de détermination de la nature confidentielle des informations.....	30
b - Les clauses d'exclusion standard.....	30
c - La clause de propriété .....	30
d - la clause de non concurrence.....	30
3 - Les différents accords .....	31
a - L'accord de non divulgation .....	31
i - Le contenu .....	31
ii - Le problème.....	31
iii - L'utilité de cet accord .....	31
b - L'accord de confidentialité.....	32
i -raison .....	32
ii - Le contenu .....	32
iii - Portée .....	32
C - L'appréciation des juges.....	32
1 - En droit positif français .....	32
2 - En droit communautaire .....	33
CHAPITRE 2.....	34
Le secret des affaires délimite la communication des informations .....	34
SECTION 1 – L'ÉVOLUTION DU SECRET DES AFFAIRES.....	34
§1 - Incidence avec le droit au secret de la vie privée .....	34
A - Sur le plan international .....	34
B - Sur le plan national .....	35
C - Le point de vue doctrinal .....	35
§2 - La reconnaissance du droit au secret des affaires .....	37
A- Vers une reconnaissance par les législations.....	37
B – L'évolution de la jurisprudence.....	37
C – L'évolution de la procédure devant les juridictions .....	38
1 - La reconnaissance par la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) .....	39
2 - La loi dite «de blocage» du 26 juillet 1968.....	39
3 - En Droit Communautaire .....	40
4 - En Droit américain : l'Economic Espionage Act ou «Cohen Act» .....	41

SECTION 2 – LES MESURES PRISES POUR PRESERVER LE SECRET DES AFFAIRES .....	42
§1 – Les préventions .....	42
A - Les préventions techniques .....	42
B - Les préventions physiques .....	43
C – Par rapport aux salariés .....	43
1- Les salariés de l’entreprise .....	43
2 - Les anciens employés .....	43
3 - Les mesures contractuelles .....	44
D - Dans ses rapports avec les tiers .....	44
1 - Les contrats .....	44
2- Les clauses .....	44
SECTION 3 - LA VIOLATION DU SECRET DES AFFAIRES .....	45
§1 - Généralités .....	46
A - La violation du secret professionnel .....	46
1 - Appréciation .....	46
2 - Les conditions .....	46
a - Une personne tenue au secret .....	46
b - Le fait couvert par le secret .....	47
c - La révélation .....	47
B - La violation du secret des fabriques .....	48
1- Définition du secret de fabrique .....	48
2 - Les personnes concernées .....	48
3 - Champs d’application .....	49
4 - La révélation .....	49
C - Le vol .....	50
1 - Notion .....	50
2 – L’infraction .....	50
D – L’abus de confiance .....	51
§2 - Les cas de violation du secret des affaires .....	51
A - Appréciations .....	51
B - Les illustrations .....	52
§3 - L’instauration d’un délit d’une violation du secret des affaires .....	52
A - Une proposition de loi en droit Français .....	53
1- Les dispositions .....	53
2 - Un projet de loi inspiré de Cohen Act américain .....	53
a - L’inopposabilité du secret des affaires .....	53
b - Trois faits justificatifs sont prévus .....	54
3 - Les peines prévues .....	54
B - Raisons .....	54
C - Les éléments constitutifs de l’infraction .....	55
1 - L’élément matériel .....	55
a - Un acte secret .....	55
b - Un acte de révélation .....	55
c - Le caractère confidentiel de l’écrit .....	56
2 - L’élément moral ou intentionnel .....	56
a – L’intention criminelle .....	56
b - La négligence .....	56
3 - L’élément légal .....	57
D – Les conséquences de cette violation .....	57
1 - Des dommages et préjudices .....	57
2 - Retards des recours devant la justice .....	57
CHAPITRE 3 .....	58
Le secret des affaires mérite protection .....	58
SECTION 1 – L’UTILITE DE LA PROTECTION .....	59
§1 - Fondement .....	59

A – En raison de la nature des informations confidentielles.....	59
B – Pour la protection des emplois .....	60
C - Protection de rapport de confiance.....	60
§2 – Sur le jeu de la concurrence .....	61
SECTION 2 - LA PROTECTION S’INSPIRE DU DROIT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE .....	61
§1 - Le propriétaire du secret.....	61
§2 - Lois de référence.....	62
§3 – La protection par la propriété intellectuelle .....	63
A - La difficulté .....	63
B – Régime de la protection .....	63
1 - L’objet de la protection .....	63
2 - Les avantages de la protection.....	64
a - la saisie-contrefaçon en matière de secrets .....	64
b - Extension du champ de la saisie-contrefaçon .....	65
3 - Le méfait de cette procédure.....	65
SECTION 3 - L’EXISTENCE D’UN PARADOXE AVEC LE DROIT SUR LA PROPRIETE INTELLECTUELLE.....	65
§1 - Le secret des affaires interdit la divulgation .....	65
§2 - Le droit sur la propriété intellectuelle nécessite la divulgation .....	66
DEUXIEME PARTIE .....	67
La portée et limites du régime du secret des affaires.....	67
CHAPITRE I.....	68
la transparence de l’entreprise .....	68
SECTION 1 - LE DOMAINE D’APPLICATION DE LA TRANSPARENCE.....	69
§1 - Appréciation .....	70
A - L’origine de cette transparence.....	70
B - Remise en cause de cette idée de transparence .....	70
C - L’intérêt de cette transparence .....	72
1 - La transparence comme moyen de faire appliquer la loi .....	72
2 - La transparence comme principe de bonne gestion de l’entreprise.....	72
3 - La transparence comme contrainte .....	73
§ 2 - L’obligation d’information .....	73
A - Les difficultés .....	73
1 - Dans ses rapports avec les salariés .....	73
a - Domaine d’application.....	73
b - Le problème posé.....	74
c - Pour un souci sanitaire et environnemental.....	74
2 - Dans ses rapports avec les tiers .....	75
a- Les créanciers .....	75
i - Le principe .....	75
ii - Exception .....	75
b - La vérité due au client .....	76
c - L’information au cocontractant .....	76
d - Les rapports avec les investisseurs.....	76
SECTION 2 - LES LIMITES DU SECRET DES AFFAIRES .....	77
§1 - L’ordre ou la permission de la loi .....	77
§2 - L’obligation légale de dénonciation .....	77
§3 - Lors de l’instruction .....	78
A - La déposition en justice .....	78
B - La production en justice des livres.....	79
§4 - La non opposabilité du secret des affaires.....	79
A - La puissance publique.....	79
1 - Le contrôle d’imposition .....	79
2 - Le contrôle d’exécution.....	80
B - Le secret et l’intérêt général en droit français .....	81

§5 - Exception : le consentement du titulaire de l'information .....	81
A - Révélation avec autorisation de la personne.....	82
B - Les informations recueillis licitement .....	82
SECTION 3 - LA LUTTE CONTRE LES FRAUDES ET LES COMPORTEMENTS ILLICITES .....	82
§1 - Le statut de la Bianco comme lutte anticorruption .....	82
§2 - La lutte contre le blanchiment d'argent .....	83
A - En droit français.....	83
B - En droit malgache .....	84
1 - Le statut de la Samifin .....	84
2 - La procédure devant le Samifin.....	84
CHAPITRE 2.....	85
LE SECRET DES AFFAIRES POSSEDE DES RECOURS .....	85
SECTION 1 – LE FONDEMENT DU RECOURS : LA CONCURRENCE DELOYALE .....	85
§1 - Appréciation .....	85
A - Principe de loyauté .....	85
B – Concurrence déloyale .....	87
§2 - Le but de l'action en concurrence déloyale .....	87
A - La faute .....	88
B - Le préjudice.....	88
SECTION 2 – LES VOIES DE RECOURS POSSIBLES .....	88
<i>SOUS SECTION 1 - Le tribunal civil .....</i>	<i>88</i>
§1 – En matière de responsabilité .....	88
§2 - En matière de concurrence déloyale .....	89
§3 - En matière de responsabilité délictuelle ou contractuelle .....	90
A - Responsabilité délictuelle .....	90
B - Responsabilité contractuelle.....	90
1- La preuve de cette obligation contractuelle .....	90
2 - A qui incombe la responsabilité ? .....	91
3 - Le problème durant la procédure .....	91
<i>SOUS SECTION 2 - Le tribunal correctionnel .....</i>	<i>92</i>
§1 Divergence d'opinion .....	92
1- Le coupable de délit sur la violation du secret des affaires.....	92
2 - L'institution du régime du secret des affaires .....	92
3 - La difficulté sur le travail des journalistes .....	93
§3 - Les articles 318 et 418 du code pénal .....	93
§4 - L'infraction.....	95
1 - L'élément matériel du délit .....	95
2 - L'élément moral du délit .....	96
§5 - Les autres infractions .....	97
A - L'abus de confiance .....	97
B - Le vol.....	97
SECTION 3 - LES SANCTIONS APPLICABLES.....	98
§1 - Les sanctions pénales.....	98
§2 - Les sanctions civiles .....	99
A - En matière de responsabilité civile .....	99
B - Devant l'autorité de la concurrence .....	99
C - Les sanctions résultant des règlements internes des entreprises .....	99
CHAPITRE III.....	100
L'évolution du secret des affaires .....	100
SECTION 1 - LES CRITIQUES SUR LE CONTENU DU PROJET DE LOI .....	100
§1 – Les insuffisances dénoncées .....	100
A - Sur le choix de la définition du secret des affaires par l'entreprise.....	100
B - Appréciation du juge.....	101

C - L'absence de la délimitation du secret des affaires .....	102
D – Sur la tentative de la violation du secret des affaires .....	102
§2 - Les méfaits du secret des affaires .....	102
A - La mauvaise foi de l'entreprise .....	103
1 - La manifestation de cette mauvaise foi .....	103
2 – le domaine d'application .....	104
B - Le problème sur la preuve .....	104
1 - Sur la légitimité du secret des affaires .....	104
2 – L'inefficacité des législations en vigueur .....	104
SECTION 2 - CONSTAT ET PROPOSITIONS .....	105
§1 - La place du secret des affaires dans l'économie malgache.....	106
A - La surprotection de l'information.....	106
B - La protection accrue des entreprises.....	107
§2 - Les solutions proposés.....	108
A - L'aménagement de la procédure civile.....	108
1 - Adoption du régime à huit clos .....	108
2 - Amélioration sur le mécanisme juridictionnel .....	109
3 - L'instauration des juges indépendants et compétents .....	110
B - La prise en considération de l'article 39 de l'ADPIC.....	110
C - L'aménagement de la loi sur les théories générales de l'obligation .....	110
D - L'aménagement sur la responsabilité civile.....	111
CONCLUSION.....	113
ANNEXES .....	117
BIBLIOGRAPHIE .....	132

