

**INTELLIGENCE ECONOMIQUE
ET
DROIT**

Par Yvan Moury

La protection juridique du patrimoine concurrentiel de l'entreprise

I. INTRODUCTION	2
II. LES ATTAQUES DIRECTES CONTRE LE PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE	4
A. Le brevet d'invention et les droits connexes du droit de brevet	4
1. Les difficultés posées par le brevet d'invention	5
2. Les droits connexes du droit de brevet	10
B. La protection pénale	14
III. LA PROTECTION DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE DANS SES RELATIONS CONTRACTUELLES	22
A. La connaissance du cocontractant de l'entreprise	23
1. L'importance de l'identification du cocontractant	23
2. Les procédés d'identification du cocontractant	26
B. Les accords aménageant la protection de la confidentialité	28
1. Le champ d'application des clauses de secret	29
2. Le régime juridique de la clause de secret	31
IV. LE CONTRAT DE TRAVAIL	33
A. Les obligations régissant les relations de travail	33
1. Obligations du salarié à l'égard de l'employeur	33
2. Le respect des droits fondamentaux du salarié	35
B. L'aménagement des clauses de secret	38
1. La clause de non-concurrence	38
2. Le renforcement des obligations légales	41

INTRODUCTION

Depuis quelques années, les relations internationales ont été profondément bouleversées. La montée en puissance de certains pays dans les relations commerciales (le Japon, les dragons d'Asie), l'effondrement du bloc communiste, ont modifié les rapports entre les nations. L'économie est désormais le champ dans lequel s'affrontent les Etats et, avec ou sans leur soutien, les entreprises. « L'ordre de Yalta fait ainsi place à une organisation géo-économique multipolaire dominée par l'internationalisation des économies, les stratégies d'expansion des entreprises et le renforcement des affrontements concurrentiels »¹.

La complexité croissante des relations concurrentielles contraint les différents acteurs à élaborer de nouvelles grilles de lecture.² Une telle démarche pour être efficace, doit s'accompagner de la mise en place de dispositifs de gestion stratégique de l'information dans un système d'intelligence économique. Celle-ci peut être définie comme « l'ensemble des actions coordonnées de recherche, de traitement et de distribution en vue de son exploitation, de l'information utile aux acteurs économiques. Ces diverses actions sont menées légalement avec toutes les garanties de protection nécessaires à la préservation du patrimoine de l'entreprise, dans les meilleurs conditions de qualité, de délais et de coût »³.

La mise en place d'un tel système doit permettre aux entreprises d'anticiper sur la situation du marché et sur l'évolution de la concurrence, afin de définir les actions offensives et défensives les mieux adaptées. L'intelligence économique recouvre toutes les actions de l'entreprise visant à s'informer sur les pratiques de la concurrence. La notion d'intelligence économique implique donc le dépassement des actions partielles désignées par les vocables de documentation, de veille (scientifique, technologique, concurrentielle, financière et juridique), de protection du patrimoine concurrentiel, d'influence, pour aboutir à la mise en place d'une stratégie globale qui doit permettre à l'entreprise de faire face au renforcement des affrontements concurrentiels⁴.

Le droit est l'une des dimensions de cette stratégie globale et il doit être envisagé aussi bien sous l'angle offensif que défensif. Ainsi, si on l'envisage sous le premier aspect, la législation n'est plus subie, elle est de plus en plus gérée et intégrée dans la stratégie des firmes. L'intelligence économique est également un outil d'influence en direction des pouvoirs publics. Les entreprises peuvent par exemple, gérer les procédures juridiques : intervention/non intervention à une procédure, dépôt/absence de plainte, gestion des informations dans les réponses aux demandes de renseignements⁵. Les entreprises peuvent aussi influencer le législateur, notamment

¹Rapport du Groupe "*Intelligence économique et stratégie des entreprises*". Commissariat général du Plan, La documentation française, Février 1994, p.13.

²J.-L. Levet et J.-C. Tourret, *La révolution des pouvoirs. Les patriotismes économiques à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, Economica, 1992.

³Rapport du Groupe "*Intelligence économique et stratégie des entreprises*" Op. cit. (note 1).

⁴Rapport du Groupe "*Intelligence économique et stratégie des entreprises*" Op. cit. page 1, note 1

⁵J. Zachmann, *Contrôle communautaire des concentrations*, LGDJ, Collection Droit des affaires, 1994, n° 3.879, p 370.

par le biais du lobbying, pour que ce dernier se détermine dans un sens qui leur est favorable.

Si l'on se place sous l'angle de la défense de l'entreprise, et plus particulièrement de son patrimoine concurrentiel, le droit doit également être pris en compte dans sa stratégie globale. En effet, les entreprises sont l'objet d'agressions multiples de la part de la concurrence et elles doivent en conséquence se protéger. Il existe pour cela différentes parades juridiques qui peuvent être utilisées pour faire face à ces attaques, elles seront l'objet de la présente étude. Ayant constaté que les actions malveillantes menées par la concurrence revêtent des formes multiples, nous les avons regroupées en trois grandes catégories:

- * les attaques directes contre le patrimoine de l'entreprise;
- * les attaques indirectes par le biais des relations contractuelles;
- * le détournement du patrimoine par les salariés.

LES ATTAQUES DIRECTES CONTRE LE PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE

L'entreprise est aujourd'hui soumise à une concurrence de plus en plus agressive. Cette agressivité prend des formes multiples, et certaines entreprises n'hésitent pas à piller le savoir scientifique, technique et commercial de leurs concurrents. Sous ce vocable de pillage, il convient d'entendre toute une série de pratiques par lesquelles l'atteinte à la concurrence revêt une forme primaire¹. Dans ce contexte de concurrence exacerbée, l'entreprise doit impérativement protéger son patrimoine si elle veut survivre.

Mais au delà de la seule protection de l'entreprise, cette concurrence devient une véritable menace pour la nation. Le législateur l'a bien compris puisqu'il a intégré comme nous le verrons, la protection des "intérêts essentiels du potentiel scientifique et économique" dans la notion nouvelle « d'intérêts fondamentaux de la nation » lors de réforme du Code Pénal.

L'entreprise doit donc tout mettre en oeuvre pour assurer une protection efficace de son patrimoine. Le droit permet d'agir de manière préventive grâce à la technique de la propriété intellectuelle. Cependant, il faudra aussi agir lorsque le mal est fait c'est à dire lorsque le patrimoine ou une partie de ce dernier aura été attaqué par la concurrence. L'action en contrefaçon issue du droit de la propriété intellectuelle, la responsabilité civile mais aussi toutes les incriminations prévues par le Nouveau Code Pénal ou insérées dans d'autres codes serviront de fondement aux actions en justice que l'entreprise devra mettre en oeuvre.

Nous étudierons donc la protection du patrimoine de l'entreprise par la technique du brevet et des droits connexes du droit de brevet (A) puis nous aborderons de façon plus générale la protection pénale dudit patrimoine (B).

Le brevet d'invention et les droits connexes du droit de brevet

Les droits de propriété industrielle forment une partie d'un ensemble appelé la propriété intellectuelle. Celle-ci comprend, en effet, toutes les règles tendant à la protection des droits de propriété industrielle, des droits d'auteur et du savoir-faire.

Les droits de propriété industrielle comprennent les brevets d'invention, les dessins et modèles industriels, les marques de fabrique, de commerce et de service, le nom commercial, l'enseigne, les appellations d'origine, les indications de provenance et la concurrence déloyale. On classe tous ces droits en trois catégories: les droits portant sur les créations industrielles, les signes distinctifs et la concurrence déloyale. Ainsi, l'invention et les dessins et modèles industriels sont des créations industrielles tandis que la marque, le nom commercial, l'enseigne, l'appellation d'origine et l'indication de provenance sont des signes distinctifs².

Comme il ne s'agit pas ici de faire une étude exhaustive des droits de la propriété intellectuelle, nous étudierons plus particulièrement le brevet d'invention (1), puis les

¹J. Didier, *Droit pénal des affaires*, Précis Dalloz 1991, n°377 p.374

²A. Chavanne et J.-J. Burst, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz 1993, n° 1.

droits connexes du droit de brevet (2), car souvent l'entreprise doit faire un choix entre les deux techniques, choix qui relève de la stratégie de cette dernière. En effet, les résultats de la recherche peuvent être protégés soit par le brevet d'invention, soit par le secret.

Les difficultés posées par le brevet d'invention

L'entreprise qui a réalisé une invention peut se demander s'il est préférable de déposer un brevet ou si au contraire, elle doit s'abstenir de recourir à cette technique pour conserver son invention secrète.

Le choix du brevet

Les résultats de la recherche peuvent être protégés soit par le brevet d'invention, soit par le secret. Il faut noter toutefois que certains impératifs d'ordre public imposent la révélation d'inventions qui en raison de leur nature ne peuvent pas rester secrètes. La protection de la santé publique justifie parfois la révélation de certaines compositions. Ainsi, un arrêté du ministre de la Santé du 25 avril 1975 impose aux fabricants d'aromatisants, en cas de vente à des pharmaciens, d'en faire connaître la composition et le Conseil d'Etat a reconnu la légalité de cette disposition au regard de la liberté du commerce et de l'industrie (CE 14 octobre 1977). Par ailleurs, l'article L 658-3 du Code de la Santé Publique prévoit que tout produit cosmétique ou d'hygiène corporelle doit faire, avant sa mise sur le marché, l'objet d'un dossier rassemblant toutes informations utiles sur la nature du produit, sa formule intégrale, ses conditions de fabrication etc. La formule intégrale doit être transmise au centre de traitement des intoxications. Cependant, plusieurs dispositions ont été prises pour que soit sauvegardé le secret du fabricant. Les personnes ayant accès au dossier ou à la formule sont tenues par le secret professionnel. De même, l'article 6 de la loi du 12 juillet 1977 sur le contrôle des produits chimiques, modifié par la loi du 21 octobre 1982, précise les conditions dans lesquelles les renseignements communiqués à l'autorité administrative par celui qui met sur le marché une substance chimique, peuvent être protégés contre les indiscretions.

L'avantage de la protection par le brevet est qu'"il confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation" (article L 611-1 du Code de la Propriété Intellectuelle) pendant une durée de vingt ans. Et l'article L 613-3 énumère les prérogatives qui sont attachées à ce droit exclusif. C'est ainsi qu'il dispose que "sont interdites, à défaut de consentement du propriétaire du brevet :

- a) la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet;
- b) l'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du propriétaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire français;
- c) l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit obtenu directement par le procédé objet du

brevet". De plus, l'article L 613-4 énonce qu'"est également interdite, à défaut de consentement du propriétaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire français, à une personne autre que celles habilitées à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en oeuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en oeuvre..."

Par le droit exclusif temporaire qu'il confère, le brevet offre à l'inventeur l'espoir d'amortir les investissements souvent considérables qu'implique la transformation d'une invention en un produit ou un procédé industrialisable et commercialisable¹. L'entreprise pourra alors exploiter elle-même le brevet ou bien, il sera exploité par un tiers par le biais d'une cession ou d'une concession. Mais le brevet joue aussi un rôle important dans la circulation des informations scientifiques et techniques. En effet, le principe même de la protection par brevet implique la publication de son contenu, celle-ci étant assurée par l'INPI. Ainsi, le système tend, on le voit, à satisfaire tout à la fois les intérêts de l'inventeur qui se voit reconnaître un monopole d'exploitation sur son invention, et ceux de la collectivité qui accède immédiatement à la connaissance d'éléments qui sans cela n'auraient pas été divulgués et qui pourra à l'expiration du brevet exploiter librement l'invention². On comprend donc que pour une entreprise, le choix de divulguer ou non une invention relève de sa stratégie. Ainsi certaines entreprises se gardent bien de déposer quoi que ce soit avant la mise sur le marché du produit concerné par le brevet ou encore prennent soin de noyer l'invention dans une foule de brevets voisins en omettant de mettre certaines précisions afin de tromper la concurrence qui ne manque pas de surveiller la progression des efforts de recherche des entreprises déposantes. Cependant, d'un autre côté, le brevet d'invention permet d'échapper à la concurrence en interdisant l'accès à des techniques ou des technologies stratégiques. En effet, il permet d'assurer leur protection contre toutes sortes de contrefaçons tant vis-à-vis du personnel de l'entreprise que vis-à-vis des tiers. Outre la stratégie, le choix du brevet dépend aussi de la nature de l'invention. S'il est possible de garder secret certains procédés de fabrication dans le domaine chimique, il est certain que la commercialisation des créations de type mécanique en révélera immédiatement la structure³, d'où l'intérêt du brevet. Alors que dans d'autres hypothèses, par exemple l'invention dont la contrefaçon est difficile à détecter ou encore celle dont on pense qu'elle sera rapidement dépassée par le progrès technique, il n'apparaît pas nécessaire de faire les frais d'un brevet⁴. Enfin, nous verrons que l'action en contrefaçon pose quelques difficultés ce qui ne contribue pas à renforcer l'image du brevet auprès des entreprises.

¹A. Bouju, *Le jour où les brevets d'invention cesseront d'être déposés*, in Mélanges Bastian t2, *Droit de la propriété industrielle*, LITEC, p 169.

²J. Azema, *Propriété industrielle*, in Lamy droit commercial, n° 1497

³J. Azema, *Op. Cit*, n° 1473

⁴A. Chavanne, J.-J. Burst, *Op. Cit*, n°9

La notion de contrefaçon

Comme nous l'avons vu, selon l'article L 611-3, le brevet "confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation". Le breveté se voit donc reconnaître un droit exclusif d'exploitation en vertu duquel il est autorisé à interdire aux tiers d'exploiter l'invention. Il est encore précisé que l'étendue de la protection conférée par le brevet est déterminée par la teneur des revendications (article L 613-2). La loi qualifie de contrefaçon l'atteinte portée au droit du breveté.

La comparaison de l'objet du brevet et de l'acte auquel on reproche d'être une contrefaçon permet de savoir si la reproduction est réalisée et par voie de conséquence s'il y a acte de contrefaçon. Comme il existe plusieurs catégories d'inventions brevetables, il faut lors de la comparaison rechercher la contrefaçon selon deux séries de règles: des règles générales applicables à toutes les catégories d'inventions et des règles particulières propres à chaque type d'inventions¹.

Règles générales

Il arrive donc que la contrefaçon soit servile, mais la qualification d'actes de contrefaçon n'est pas réservée aux seules reproductions à l'identique, ce qui renforce la protection du breveté². Ainsi, de simples différences de détail n'enlèvent pas le caractère contrefaisant de la reproduction d'une invention protégée³. Mais encore, si l'objet argué de contrefaçon est différent, mais que des éléments constitutifs de l'invention s'y retrouvent il y a contrefaçon⁴. Enfin, lorsque l'objet bien que différent de l'objet breveté est considéré comme équivalent de celui-ci, il y a encore contrefaçon⁵.

Règles particulières

- brevet de produit : il y a contrefaçon en cas de reproduction du produit même si un tiers découvre une nouvelle utilisation du produit. Le tiers qui découvre une nouvelle application non revendiquée de ce produit pourra obtenir un brevet pour cette application, mais il sera dépendant du brevet du produit⁶.

- brevet de procédé ou de moyen : la contrefaçon du procédé est réalisée par l'emploi d'un même moyen dans la même application. Ainsi, en cas de procédé de fabrication, il y a contrefaçon si le produit est obtenu directement par le procédé breveté⁷.

- brevet d'application nouvelle de moyen connu : Il y a contrefaçon si le moyen connu est utilisé pour la même application. Un tiers peut donc utiliser le même moyen à condition de ne pas lui donner la même application⁸.

¹A. Chavanne, J.-J Burst, Op. Cit, n°388

²A. Chavanne, J.-J Burst, Op. Cit, n°390

³A. Chavanne, J.-J Burst, Op. Cit, n°391

⁴A. Chavanne, J.-J Burst, Op. Cit, n°392

⁵A. Chavanne, J.-J Burst, Op. Cit, n°393

⁶A. Chavanne, J.-J Burst, Op. Cit, n°397

⁷A. Chavanne, J.-J Burst, Op. Cit, n°398

⁸A. Chavanne, J.-J Burst, Op. Cit, N°399

- brevet de combinaison de moyens : Il y a combinaison dès lors qu'elle produit un effet technique distinct de la somme des effets techniques de ses composants. Il y a donc contrefaçon si une simple modification de l'agencement de la combinaison aboutit au même résultat. Mais la Cour de Cassation a aussi admis la contrefaçon partielle (Cass. Com., 28 avril 1987), c'est à dire que selon cette doctrine, la reproduction partielle d'une combinaison de moyens revendiqués ensemble par le breveté peut être considérée comme une contrefaçon, si les moyens reproduits sont reconnus brevetables isolément du reste du groupement de moyens revendiqués¹. Cet arrêt a été critiqué par certains auteurs car, lorsque la revendication porte sur une combinaison de moyens, elle ne protège pas les moyens de la combinaison pris isolément².

Les difficultés de l'action en contrefaçon

Au cas où il y a eu des actes de contrefaçon, le breveté peut mettre en oeuvre l'action en contrefaçon qui sanctionne son droit. Mais comme nous allons le voir, le résultat attendu de cette action par le breveté n'est pas toujours à la hauteur de ses espérances.

Les délais de procédure

En France, les procédures judiciaires sont d'une manière générale assez longues. En matière de brevets, cette durée est fréquemment de trois ans en première instance et de deux ans en appel ou plus s'il y a expertise technique et/ou comptable. Ainsi, certaines procédures en contrefaçon peuvent durer jusqu'à huit ou dix ans surtout s'il y a pourvoi en cassation³.

Les mesures provisoires

Il semblerait que les magistrats soient de plus en plus défavorables à l'interdiction provisoire de la poursuite de la contrefaçon par le biais de la procédure de référé instituée par l'article L 615-3 du Code de la Propriété Intellectuelle⁴.

L'incertitude des décisions judiciaires

D'une part, lorsqu'un breveté introduit une action en contrefaçon, il existe toujours un risque que son brevet soit annulé et donc que la contrefaçon ne soit pas reconnue⁵. En effet, les demandes reconventionnelles sont fréquentes dans les instances en contrefaçon et il peut s'agir d'actions reconventionnelles tendant à demander la nullité du brevet. Le tiers peut aussi invoquer la nullité à titre de simple moyen de défense⁶. D'autre part, l'incertitude est accrue par la doctrine de la contrefaçon partielle (Cf supra). En effet, il devient difficile d'évaluer les chances de succès d'une action en contrefaçon dans la mesure où on ne peut pratiquement jamais être certain à l'avance qu'une revendication portant sur une combinaison de moyens ne

¹J.-P Martin, *Le brevet d'invention, Arme stratégique anti-contrefaçon*, in JCP, Ed. E, n°II, 1993, n°26

²*Ibid*

³J.-P Martin, Op. Cit, n°15

⁴*Ibid*

⁵J.-P Martin, Op. Cit, n°26

⁶A. Chavanne, J.-J Burst, Op. Cit, n°455

sera pas qualifiée de juxtaposition plutôt que de combinaison de moyens et ensuite déclarée nulle pour manque de nouveauté ou d'activité inventive de ses moyens isolés¹.

Les sanctions de la contrefaçon

- sanctions civiles : L'interdiction de poursuivre les actes illicites ainsi que la confiscation qui peut porter, non seulement, sur les objets contrefaisants, mais encore sur les instruments ou moyens ayant permis la réalisation de la contrefaçon ne semblent pas poser de problèmes particuliers (sauf si les contrefacteurs ont réussi à se débarrasser de celle-ci). En revanche, le problème est de savoir comment il convient de fixer le montant de l'indemnité de contrefaçon. En principe, on fait une distinction pour les règles de calcul de l'indemnisation. Si le brevet est exploité industriellement, l'indemnité est égale au bénéfice manqué par le breveté du fait de la contrefaçon, si il n'est pas exploité, l'indemnité est égale à la redevance de licence qu'aurait versée le contrefacteur au breveté si celui-ci avait concédé une licence. Mais les sanctions ne semblent pas toujours suffisamment dissuasives bien que par un arrêt récent, il a été jugé que l'indemnité a une double fonction dissuasive et réparatrice. Le montant peut donc être supérieur à la redevance qui aurait pu être proposée de manière contractuelle (Cass. Com., 19 février 1991). De plus, en assimilant le contrefacteur à un licencié, la jurisprudence encourage la contrefaçon². En effet, si un breveté perd son procès, le contrefacteur ne lui doit rien et s'il gagne, ce dernier ne paiera que ce qu'il aurait dû verser s'il avait été licencié³.

- sanctions pénales : La loi du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon a renforcé les sanctions pénales en prévoyant à l'article 615-14 du Code de la Propriété Intellectuelle deux ans d'emprisonnement et un million de francs d'amende. Cela renforce l'effet dissuasif qui manquait jusqu'à présent en matière pénale vis-à-vis de la contrefaçon. Cependant, il reste que dans beaucoup de cas, il sera difficile d'établir que l'entreprise attaquée en contrefaçon a agi "sciemment" au sens de la loi, c'est à dire avec intention de nuire à ses concurrents. De plus, la procédure pénale telle qu'elle a été prévue par la loi comporte un risque. En effet, la loi n' a pas repris les dispositions anciennes qui inversaient la règle selon laquelle le pénal tient le civil en état. En conséquence, engager une action pénale a pour inconvénient pour le demandeur de voir les questions de la validité du brevet et de l'appréciation de la contrefaçon traitées par un Tribunal qui n'est pas habitué à ce type d'affaires, généralement réservé aux Tribunaux spécialisés prévus par la loi⁴.

Nous avons vu que la protection des inventions par le biais du brevet relevait pour les entreprises de la stratégie ou de la nature de l'invention. De plus, s'il est vrai que la protection par le brevet est souvent plus efficace que celle conférée par le secret, il n'en demeure pas moins que l'action en contrefaçon soulève certains inconvénients.

¹J.-P Martin, Op. Cit, n°27

²A. Chavanne, J.-J Burst, Op. Cit, n°467

³J.-P Martin, Op. Cit, n°21

⁴A. Casalonga, *La contrefaçon du brevet*, in Gazette du Palais, 25-26 mars 1994, p.12

En conséquence, toutes les inventions ne sont pas protégées par le brevet, mais celles-ci ne sont pas dénuées de protection pour autant. Nous allons donc aborder la protection par le secret.

Les droits connexes du droit de brevet

La protection d'une invention par le secret suppose qu'il soit matériellement possible de conserver ce secret¹ étant donné que la commercialisation de certains produits en révélera immédiatement la teneur. Nous étudierons d'une part le savoir-faire et d'autre part le secret de fabrication.

Le savoir faire (ou know-how)

La notion de savoir-faire

Plusieurs définitions du savoir faire ont été proposées par la doctrine. Procédant à leur synthèse, le Professeur J. Azema propose la définition suivante: "connaissances dont l'objet concerne la fabrication des produits, la commercialisation des produits et des services ainsi que la gestion et le financement des entreprises qui s'y consacrent, fruit de la recherche ou de l'expérience, non immédiatement accessibles au public et transmissibles par contrat"². Ainsi, le savoir faire est une connaissance ou un ensemble de connaissances, c'est à dire qu'il revêt "une forme immatérielle intellectuelle"³.

Le contenu du savoir-faire est différent selon les hypothèses. Il peut prendre la forme d'une connaissance pure telle que la formule d'un mélange. Mais plus souvent, le savoir-faire est constitué d'éléments qui sont le fruit de l'expérience et constituent une avance technologique ou commerciale comme le choix des matières premières, des températures optimales, des meilleures conditions de fabrication (Cass. Com., 13 juillet 1966), d'un marché ou d'un réseau de fournisseurs. Le Professeur J. Azema considère qu'il existe un savoir-faire négatif "constitué par la connaissance des erreurs à ne pas commettre"⁴. Pour conclure, "le savoir-faire consiste finalement en un ensemble d'informations pour la connaissance desquelles une personne, désireuse de faire des économies d'argent ou de temps, est prête à payer une certaine somme"⁵, on serait même tenté d'ajouter dans ce contexte de concurrence agressive "... tandis que d'autres sont prêtes à l'obtenir par tout moyen".

Les caractères du savoir-faire

Pour constituer juridiquement un savoir-faire, il faut que celui-ci soit d'une part transmissible en ce sens qu'il peut être communiqué à un tiers par la voie contractuelle. C'est ce qui permet de faire la distinction avec la compétence d'un salarié parce qu'elle

¹J. Azema Op. Cit, n°1473

²J. Azema Op. Cit, n°1488

³A. Chavanne, J.-J Burst, Op Cit, n°594

⁴J. Azema Op. Cit, n°1490

⁵J.-M Mousseron, Traité des brevets, Litec, n°12

est précisément inapte à être transmise. Le savoir-faire doit pouvoir être détaché de l'exécutant. Il faut d'autre part, que le savoir-faire ait un caractère secret, c'est à dire que la connaissance ne soit pas immédiatement accessible au public¹.

La protection du savoir-faire

Le problème posé est de savoir si le savoir-faire peut faire l'objet d'un droit privatif au profit de son détenteur. La question est controversée en doctrine. Certains auteurs parlent de propriété du savoir faire². D'autres dénoncent vigoureusement "la proposition qui tend à conférer un droit privatif sur des créations en dehors de ceux résultant d'un droit d'auteur, ou du dépôt d'un brevet ou d'un dessin et modèle"³. Ces auteurs estiment que le savoir-faire ne peut donner naissance à un droit privatif que dans la seule mesure où son détenteur a eu recours à la protection par brevet. En effet, le savoir-faire n'est pas nécessairement non brevetable. S'il l'est, le détenteur peut alors protéger l'invention par le brevet. S'il ne l'est pas, ou si l'étant il n'a pas été breveté, le savoir-faire ne saurait faire l'objet d'un monopole. Pour la doctrine majoritaire, "le recours au brevet est la seule voie d'appropriation d'une technique"⁴. Il faut bien reconnaître que l'unique hypothèse dans laquelle le législateur a reconnu un droit de propriété sur une technique est celle où un brevet a été déposé. C'est d'ailleurs ce que pense la Cour de Cassation lorsqu'elle énonce que les inventions sont exclusivement protégeables par la loi sur les brevets (Cass. Com., 19 novembre 1964).

Puisque le savoir-faire ne peut pas être protégé par un droit privatif, ce sont les mécanismes de la responsabilité civile qui permettront de sanctionner et de réparer les atteintes qui y sont portées⁵. L'exploitation abusive du savoir-faire d'autrui est le plus souvent sanctionnée par la responsabilité délictuelle, et l'on distingue selon que les faits reprochés proviennent de non-concurrents ou de concurrents directs. Contre ses non-concurrents, le détenteur de savoir-faire exerce l'action en responsabilité de droit commun, contre ses concurrents il dispose de l'action en concurrence déloyale. Quoiqu'il en soit, il faut toujours établir l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice. La faute consiste dans le manquement à l'usage commercial qui veut que soit respecté le secret des activités industrielles, tandis que le dommage consiste dans la perte de la situation privilégiée que procurait au détenteur du savoir-faire l'exclusivité de sa connaissance. Quelques décisions jurisprudentielles sont particulièrement significatives à cet égard. Ainsi, "en s'appropriant le fruit desdites recherches qui avaient nécessité la mise en oeuvre de certaines techniques même si les éléments n'étaient ni nouveaux ni originaux et en l'utilisant pour faire fabriquer par une autre société les réducteurs dont elle lui livrait les plans prêts à être exécutés, Jacotet a commis envers Minerva une faute délictuelle distincte des rapports contractuels existants entre eux et qui suffit à justifier le principe de la demande en réparation du dommage causé" (CA Rouen, 13 janvier 1981). Comment

¹J. Azema Op. Cit, n°1491

²P. Mathely, Le droit français des brevets d'invention, p.851

³J. Azema Op. Cit, n°1492

⁴J.-M Mousseron, Traité des brevets, Litec, n°22

⁵J. Azema Op. Cit, n°1493

également un acte de concurrence déloyale, le façonnier à qui un négociant avait commandé l'exécution d'article de robinetterie conforme à des plans qui lui avaient été remis, et qui fabrique des produits identiques au bénéfice d'un tiers (Cass. Com., 3 juin 1986). L'exploitation de connaissances acquises lors de pourparlers contractuels n'ayant pas abouti a aussi été sanctionnée sur le fondement de la concurrence déloyale (Cass. Com., 3 octobre 1978). Ainsi, si la responsabilité permet de sanctionner l'exploitation abusive du savoir-faire d'autrui, nous verrons dans une autre partie l'utilité de mettre en place lors des négociations précontractuelles et contractuelles un mécanisme destiné à empêcher le destinataire de ces informations de les divulguer ou de les utiliser. Enfin, le savoir-faire peut parfois être assimilé au secret de fabrique qui lui est protégé comme nous allons le voir par le droit pénal.

Le secret de fabrique

La notion de secret de fabrique

L'article 418 du Code Pénal sanctionnait la divulgation de secret de fabrique mais il a été abrogé pour être repris dans l'article L 621-1 du Code de la Propriété Intellectuelle. La nouvelle rédaction ne donne pas plus qu'avant de définition. Les analyses doctrinales et jurisprudentielles antérieures demeurent donc valables. Le Doyen Roubier le définit comme "tout moyen de fabrication qui offre un intérêt pratique ou commercial, et qui, mis en usage dans une industrie est tenu caché au concurrent"¹. Ainsi, le secret de fabrique n'est rien d'autre que du savoir-faire, mais tout savoir faire n'est pas nécessairement du secret de fabrique². En effet, la notion de secret de fabrique ne vise que des moyens industriels qui ont pour objet la fabrication. C'est un procédé technique brevetable ou non. Il faut par conséquent exclure de la notion de secret de fabrique tout ce qui concerne la commercialisation des produits ou services³. Ce type connaissances peut constituer un savoir-faire commercial, mais il ne saurait bénéficier de la protection prévue par l'article L 621-1 du Code de la Propriété Intellectuelle.

¹P.Roubier, Traité de propriété intellectuelle, Tome 2, n°210

²A. Chavanne, J.-J Burst, Op Cit, n°639

³J. Azema Op. Cit, n°1476

Les caractères du secret de fabrique

Le Doyen Roubier a montré que le secret de fabrique tient dans deux éléments. Il doit s'agir d'un moyen de fabrication comme nous l'avons vu, et il doit avoir un caractère secret. Donc le secret de fabrique ne doit pas être librement accessible au public, il ne doit pas être dans le domaine public. La doctrine et la jurisprudence se contentent d'un secret relatif. Cela veut dire que sans constituer un secret absolu, il "ne doit être connu que d'un ou de fort peu d'industriels"¹ Les juges doivent donc vérifier si la connaissance dont la divulgation est reprochée mérite la qualification de secret de fabrique, ce qui relève de leur appréciation souveraine.

La protection du secret de fabrique

- sanctions civiles : Le secret de fabrique étant du savoir-faire, il est protégé au plan civil dans les mêmes conditions que le savoir faire.

- sanctions pénales : Le régime de la protection pénale du secret de fabrique résulte désormais de l'article L 152-7 du Code Travail auquel renvoie l'article 621-1 du Code de la Propriété Intellectuelle qui dispose:

"Les peines frappant la violation des secrets de fabrique sont prévues à l'article L 152-7 du Code du Travail ci-après reproduit:

Le fait pour 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 200 000 F 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 L 131-26 du Code Pénal.

L'élément matériel du délit est la révélation du secret de fabrique. Cela doit être précisé. L'infraction n'est pas constituée lorsque le salarié se borne à utiliser pour son propre compte les secrets de fabrique de son ancien employeur, sauf si constituant avec d'autres une société, c'est à elle qu'il révélerait le secret².

S'agissant de l'auteur de l'infraction, seules les personnes désignées par le texte sont susceptibles d'être poursuivies. Ne sont donc susceptible de commettre l'infraction que ceux qui sont liés à l'entreprise par un contrat de travail, ce qui implique un lien de subordination. Il faut en déduire qu'en l'absence d'un lien de subordination, l'infraction n'est pas constituée lorsque la révélation est le fait d'une personne liée à l'entreprise par un contrat de mandat (mandataire social), contrat d'entreprise (sous-traitant), ou autre (clients, fournisseur, etc)³.

C'est un délit intentionnel, ce qui suppose la preuve d'une intention coupable. L'employé doit avoir agi avec l'intention de nuire à son employeur. L'intention coupable n'existe pas lorsque l'employeur aura négligé de tenir caché son procédé et n'aura donné aucune consigne de secret (CA Lyon, 19 décembre 1968).

La tentative est punissable comme l'infraction consommée. La complicité est réprimée dans les termes de droit commun (article 121-6 et 121-7 du Nouveau Code

¹E. Garçon, Code Pénal annoté art.418,§2

²J. Azema Op. Cit, n°1480

³J. Azema Op. Cit, n°1481

Pénal). Le bénéficiaire de la révélation peut être poursuivi comme complice s'il a joué un rôle actif dans la réalisation de l'infraction. Celui qui bénéficie des secrets de fabrique en connaissance de cause et les met en oeuvre commet le délit de recel.

La mise en oeuvre de cette sanction pénale est difficile notamment parce que seules les personnes ayant un lien de subordination sont susceptibles d'être condamnées et parce qu'il faut établir la preuve de l'intention coupable. Il faut aussi rappeler que cette incrimination ne couvre que les procédés industriels. Cela limite donc le champ de protection des informations sensibles se rapportant au patrimoine scientifique, technique et commercial. Mais nous allons voir que les nouvelles dispositions insérées dans le Nouveau Code Pénal permettent d'élargir la protection. C'est pourquoi nous abordons maintenant la réforme du Code Pénal puisque celle-ci a créé de nouvelles notions, et rénové des infractions plus classiques mais qui correspondent à certaines méthodes employées par la concurrence. Nous verrons aussi certaines dispositions pénales qui se trouvent situées dans d'autres codes.

La protection pénale

Après plusieurs tentatives infructueuses, la réforme d'ensemble du Code Pénal a été menée à bien après l'adoption des quatre lois du 22 juillet 1992. Le Nouveau Code Pénal est entré en vigueur le 1er mars 1994. Le Code Pénal de 1810 présentait quelques défauts notamment parce que depuis cette date les choses ont considérablement évolué. Ainsi, on peut lire dans l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme du Code Pénal, en date du 20 février 1986, "entre le temps des diligences et celui de la fusée Ariane, la criminalité et la délinquance ont grandement changé, comme la société française elle-même". Cependant, le législateur avait apporté bien des modifications et on peut dire que sur la plupart des questions le code de 1810 avait été modernisé, tandis que d'autres lois avaient été insérées dans différents codes. Quoique qu'il en soit, et particulièrement dans le domaine qui nous concerne, il fallait adapter le droit pénal afin de prendre en compte les aspects modernes de la compétition internationale d'une part et réaménager les dispositions classiques au regard des formes nouvelles de la criminalité.

Nous verrons donc les innovations apportées par le Nouveau Code Pénal (1), puis, les modifications apportées aux infractions classiques, ainsi que les infractions qui sont en relation avec l'objet de cette étude et qui sont hors du Nouveau Code Pénal (2).

Les innovations du Code Pénal

Des atteintes aux "intérêts fondamentaux de la nation"

C'est une des dispositions les plus novatrices du Nouveau Code Pénal (NCP). En effet, selon qu'elle se rattache ou non au domaine spécifique du secret défense, une information scientifique ou économique ne bénéficiait pas du même degré de protection de la part du droit positif. Or, il devenait urgent de protéger de manière

particulière ce type d'information non couverte par le secret défense. Désormais, certaines infractions doivent se comprendre par référence à la notion d'"intérêts fondamentaux de la nation". Selon l'article 410-1 du NCP, "les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel".

Le législateur a donc voulu prendre en compte les nouveaux risques. En effet, si les risques de conflit ouvert s'éloignent, ceux des attaques détournées¹, "les menaces stratégiques indirectes"² s'accroissent. De nouvelles formes de guerres non militaires, mais commerciales, économiques, scientifiques, technologiques etc, se font jour³. L'état n'est plus le seul acteur d'un jeu qui, à l'intérieur comme à l'extérieur, engage des organisations, des groupements, des réseaux et des institutions de toute nature⁴. Dans ces conditions, la sûreté d'une nation ne saurait aujourd'hui se limiter à la protection de ses attributs fondamentaux (territoire, peuple, etc)⁵. La puissance d'une nation est industrielle, financière, scientifique et son potentiel d'innovation assure sa force et sa compétitivité⁶. C'est pourquoi, il faut protéger ce potentiel contre ces nouvelles menaces. Ainsi, cette notion élargit considérablement les cas dans lesquels un agissement contraire aux intérêts de la nation pourra être incriminé, car il s'agit bien d'aller au delà de la seule protection du secret défense. C'est ce qu'exprime le garde des sceaux lorsqu'il présente le texte devant le Sénat: "Force est de constater que les menaces pesant aujourd'hui sur notre nation ne sont plus exclusivement militaires. C'est dans une guerre économique que se trouve constamment engagée la France, guerre qui met en jeu, chaque jour, son rang dans le monde. (...) Afin de tirer les conséquences de ces évolutions, le Nouveau Code Pénal étend le champ de la répression. Il substitue aux notions de Sûreté de l'Etat et de défense nationale, autour desquelles s'organisent les dispositions du code actuel, la notion plus large d'intérêts fondamentaux de la nation".

Parmi les intérêts fondamentaux de la nation, le législateur a placé son "potentiel scientifique et économique". Par conséquent, la divulgation d'une information concernant le potentiel scientifique et économique sera condamnée, ce qui fait que ce type d'information bénéficie d'une protection pénale renforcée et plus dissuasive. En effet, les articles 411-6, 411-7, et 411-8 du NCP, condamnent "le fait de livrer ou de rendre accessible", "le fait de recueillir ou de rassembler en vue de les livrer", ou bien "le fait d'exercer une activité ayant pour but l'obtention ou la livraison" de telles informations. La référence à "une puissance étrangère, à une entreprise ou une organisation étrangère ou sous contrôle étranger" ouvre beaucoup plus le champ

¹G. Guidicelli-Delage, *Re.sc.crim.* (3), juill.-sept. 1993

²B. Warusfel, P. Follea, *Contribution à une réflexion sur les stratégies indirectes*, in *Statégique* n°4, 1987

³G. Guidicelli-Delage, *Op. Cit.*

⁴*Ibid.*

⁵*Ibid.*

⁶*Ibid.*

de la protection pénale, notamment en matière d'espionnage industriel et économique puisque les entreprises étrangères sont concernées. Il reste que la définition de ces notions appartient aux juges, l'interprétation de la notion d'entreprise étrangère ou sous contrôle étranger pouvant être faite à la lumière de la jurisprudence commerciale ou sociale¹. Enfin, tous les supports matériels et immatériels de l'information sont couverts par la loi, puisque les textes visent "les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers". Pour le professeur Giudicelli-Delage, "Le Nouveau Code Pénal allie donc, comme le fait déjà le Code Pénal, "l'espionnage classique" et "l'espionnage ouvert", lequel consiste à rassembler des informations non secrètes mais dont la réunion est susceptible de porter atteinte aux intérêts d'un pays"².

En conclusion, avec l'apparition des "intérêts fondamentaux de la nation" le Nouveau Code Pénal s'est adapté aux nouvelles menaces. La nouvelle définition des infractions a pour objet de permettre la répression des activités d'espionnage qui ne se limitent plus au domaine militaire ou diplomatique mais se sont étendues à l'industrie et au commerce, pour se concentrer sur les innovations scientifiques et technologiques dont dépend désormais la puissance des états.

Autre innovation essentielle du Nouveau Code Pénal, c'est le principe de la responsabilité des personnes morales qui est posé par l'article 121-1 du NCP et que nous abordons maintenant.

La responsabilité des personnes morales

Le régime de la responsabilité des personnes morales

L'article 121-2 du NCP définit à la fois le champ d'application de cette responsabilité et les conditions de sa mise en oeuvre. Ainsi:

"Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 (définissant l'auteur d'une action consommée ou tentée et le complice) et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants (al. 1er).

La responsabilité des personnes morales n'exclue pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits (al. 3).

Ce qui nous intéresse ici, c'est la responsabilité des personnes morales de droit privé ayant un but lucratif (sociétés commerciales, groupements d'intérêt économique, etc). Quant au champ d'application de la responsabilité des personnes morales, celles-ci ne peuvent voir leur responsabilité engagée qu'à l'occasion des infractions visées par les textes. Ainsi, cette responsabilité n'est pas encourue pour l'ensemble des crimes, délits et contraventions. En ce qui nous concerne, s'agissant du livre II sur les infractions contre les personnes, la responsabilité est prévue pour l'atteinte à la vie privée. C'est dans le livre III consacré aux crimes et aux délits contre les biens que la responsabilité pénale des personnes morales est admise le plus

¹*Ibid.*

²*Ibid.*

largement puisque sont visées le vol, l'extorsion, le chantage, l'escroquerie, les détournements (abus de confiance notamment), le recel et les atteintes à un système de traitement automatisé de données.

Les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité des personnes morales sont également fixées par l'article 121-2 du NCP.

- Première condition : l'infraction doit être commise par un organe ou représentant de la personne morale. Par organe, il faut considérer l'assemblée générale, le conseil d'administration, le directoire et le conseil de surveillance (dans les sociétés à directoire). Par représentant, il faut entendre le président du conseil d'administration ou le gérant. Cette condition permet d'écarter la responsabilité de la personne morale quand l'infraction a été commise par un simple employé. Il faut rappeler que selon l'article 121-2, al. 3, "la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits".

- Deuxième condition : L'infraction doit être commise pour le compte de la personne morale. Cela permet d'écarter la responsabilité de la personne morale lorsque le dirigeant a agi dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, mais pour son propre compte et dans son seul intérêt personnel (ou pour le compte et l'intérêt d'un tiers).

Enfin, une personne morale peut être condamnée soit comme auteur, soit comme complice. La personne morale peut être punie comme auteur si l'infraction est commise par un représentant de la personne morale. Mais elle peut également être punie comme complice notamment quand l'infraction a été commise par un tiers agissant sur instructions de ses organes ou de ses dirigeants. Lors des travaux préparatoires on a évoqué le vol de documents industriels commis dans les locaux d'une entreprise sur les instructions d'une entreprise concurrente.

Les peines applicables aux personnes morales

Le Nouveau Code Pénal prévoit un certain nombre de sanctions spécifiquement applicables aux personnes morales. Tel est l'objet des articles 131-37 et s. contenus dans une section intitulée "Des peines applicables aux personnes morales". Ce qui nous intéresse, ce sont les peines criminelles et correctionnelles. Selon l'article 131-37, "Les peines criminelles et correctionnelles encourues par les personnes morales sont : l'amende et dans les cas prévus par la loi, les peines énumérées à l'article 131-39".

Ainsi, l'amende est toujours applicable, quelque soit l'infraction reprochée, c'est donc une peine incontournable en matière de responsabilité des personnes morales. Quant à l'article 131-39, il prévoit un large éventail de peines dont la plus sévère est la dissolution. Sorte de peine de mort, le législateur a pris soin de limiter le domaine d'application de la dissolution, mais elle peut sanctionner des faits tels que l'escroquerie, l'abus de confiance ou le recel.

Après avoir constaté que le champ de protection du patrimoine de l'entreprise avait été élargi par le Nouveau Code Pénal et que les entreprises peuvent être directement condamnées lorsqu'elles sont reconnues responsables, nous allons aborder quelques infractions relatives aux méthodes utilisées par certains concurrents.

Les infractions classiques

Le Nouveau Code Pénal apporte des changements par rapport à l'ancien Code, mais bien souvent, les dispositions nouvelles ne font que reprendre sous une forme renouvelée celles qui existaient auparavant. Par ailleurs, certaines dispositions sont situées en dehors du Nouveau Code Pénal mais concernent également l'objet de notre étude.

Il ne s'agit pas ici de faire une étude exhaustive de toutes les dispositions qui nous intéressent mais plutôt de les faire apparaître sous forme de liste en les commentant brièvement. Il faut rappeler que certaines infractions ont déjà été envisagées telles l'action en contrefaçon et la violation du secret de fabrique.

Les infractions contre les personnes

- Les menaces : Lorsque "la menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes est faite avec ordre de remplir une condition", elle est punie par l'article 222-18 du NCP d'une peine de trois ans d'emprisonnement. La peine est portée à cinq ans d'emprisonnement s'il s'agit d'une menace de mort.

- Les atteintes à la vie privée : Quatre infractions concernent les atteintes à la vie privée. La première est "la captation ou l'enregistrement des paroles ou de l'image d'une personne sans son consentement" (article 226-1 du NCP). Le délit est constitué lorsque les paroles captées ou enregistrées ont été prononcées à titre privé ou confidentiel, y compris dans un lieu public alors qu'auparavant, seuls les propos tenus dans un lieu privé étaient protégés.

Les articles 226-2 et 226-3 du NCP répriment l'utilisation d'un enregistrement provenant d'une atteinte à la vie privée et le commerce sans autorisation administrative de certains appareils permettant l'enregistrement de conversations à distance ou de communications téléphoniques.

Enfin l'article 226-4 réprime la violation de domicile.

- Les atteintes au secret : L'article 226-13 du NCP réprime la violation du secret professionnel. On peut remarquer, que cet article ne contient plus comme auparavant, de liste de personnes tenues au secret et la remplace par une formule générale dont l'interprétation est ainsi confiée à la jurisprudence.

L'article 226-15 du NCP réprime la violation du secret des correspondances.

Les infractions contre les biens

- Le vol : Selon l'article 311-1 du NCP, le "vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui". On peut noter qu'en matière de savoir-faire, la soustraction frauduleuse du support matériel qui le contient (documents écrits, photographies, bandes magnétiques, etc.), est normalement qualifiée de vol. Mais, la jurisprudence va

plus loin puisqu'elle n'a pas hésité à condamner pour vol non seulement la soustraction frauduleuse du support mais aussi celle de l'information qu'il contenait. Une information peut donc être considérée comme un bien, indépendamment de son support (Cass. Crim., 8 janvier 1979). L'incrimination pour vol est aussi retenue dans l'hypothèse où un employé a effectué, à des fins personnelles et contre le gré de son employeur, des reproductions de plans de matériels par ce dernier (Cass. Crim., 29 avril 1986). Doit encore être condamné comme l'auteur d'un vol, l'employé qui a recopié des formules de fabrication confidentielles (Lyon, 24 février 1988).

- L'extorsion : Il faut distinguer entre l'extorsion proprement dite et le chantage. L'extorsion est le fait d'obtenir par violence, menace de violence ou contrainte, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque (article 312-1). Par rapport à l'ancien Code l'extorsion ayant pour but la révélation d'un secret est une nouveauté, ce qui est particulièrement intéressant pour ce qui a trait au domaine qui nous concerne.

L'extorsion sous une contrainte morale dénommée chantage est également punissable (312-10). Là encore la révélation d'un secret est une nouveauté.

- L'escroquerie : L'article 313-1 du NCP définit l'escroquerie. C'est le fait soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses de tromper une personne et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. De la formulation nouvelle, il ressort que la manoeuvre frauduleuse n'a plus besoin d'être caractérisée par son but. Il suffit qu'elle soit de nature à tromper une personne en vue de la remise de biens ou valeurs.

- L'abus de confiance : La définition de l'abus de confiance est élargie par rapport à l'ancien Code. Selon l'article 314-1 du NCP, l'infraction est constituée en cas de détournement d'un bien remis à une personne, à charge pour elle de le rendre, de le représenter ou d'en faire un usage déterminé, quelle que soit la nature du contrat ayant entraîné cette remise. Auparavant, l'objet détourné devait avoir été remis par la victime au délinquant dans le cadre d'un des six contrats énumérés par le texte. Ce dernier visait le louage, le dépôt, le mandat, le nantissement, le prêt à usage et le travail salarié ou non salarié. Désormais on ne fait plus référence aux six contrats et de ce fait, l'incrimination pourra trouver à s'appliquer chaque fois que des objets confiés pour un usage déterminé seront utilisés à une autre fin.

- Le recel : Selon la définition fournie par l'article 321-1 du NCP, receler c'est, dissimuler, détenir ou transmettre une chose ou faire office d'intermédiaire afin de la transmettre en sachant qu'elle provient d'un crime ou d'un délit. Par ailleurs, les nouvelles dispositions consacrent la jurisprudence relative à la notion de recel-profit puisque le recel c'est aussi selon l'alinéa 2 de cet article, le fait de bénéficier par tout moyen du produit d'un crime ou d'un délit, en connaissance de cause. Toute la difficulté

consistera à établir que la personne avait au moment de l'action reprochée connaissance de l'origine frauduleuse du bien.

- Les destructions, dégradations et détériorations : Il est fait une distinction selon que les destructions, dégradations et détériorations ne présentent pas de danger pour les personnes (articles 322-1 et s), ou sont dangereuses pour elles (articles 322-5 et s). Les destructions et dégradations volontaires par l'effet d'une substance explosive, d'un incendie ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes sont réprimées par les articles 322-6 à 322-11 du NCP.

- Les atteintes aux systèmes de traitement de données : C'est une loi du 5 janvier 1988 qui réprime la fraude informatique. Ces dispositions ont été depuis remaniées et introduites dans le Code Pénal.

Les intrusions

Selon l'article 323-1 al. 1 du NCP, « Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende ». Il résulte de ce texte que se sont tant l'accès indu que le maintien indu dans le système qui sont incriminés. Ainsi, le fait de pénétrer dans un système sans qu'il y ait à considérer le but poursuivi et les conséquences est incriminable. Pour être punissable, l'accès ou le maintien doit avoir un caractère frauduleux.

Lorsque l'intrusion a eu des conséquences dommageables, la répression est renforcée par l'article 323-1 al. 2 du NCP. Ainsi, « Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération de ce système, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende ».

Les atteintes volontaires

Il existe deux articles pour réprimer les atteintes portées volontairement aux systèmes. Tout d'abord, selon l'article 323-2 du NCP, « Le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende ». Cet article a pour objet de réprimer toutes « les interférences imaginables avec un système susceptible de le paralyser ou de le gauchir » tels que les « virus » informatiques »¹. Ensuite, l'article 323-3 du NCP vise les atteintes sur les données et leur mode de traitement ou de transmission. Ainsi, « Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé ou de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende ». Ce texte permet de frapper « la manipulation d'informations en soi, sans considérer la nature de cette manipulation, celle des données en cause ou la finalité poursuivie »².

¹M.Vivant et C. Le Stanc, Lamy droit de l'informatique, 1994, n°2212

²M.Vivant et C. Le Stanc, Op. Cit, n°2216

Le délit de corruption passive et de corruption active

L'article L 152-6 du Code du Travail dispose : « 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 200 000 F d'amende ». Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative.

LA PROTECTION DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE DANS SES RELATIONS CONTRACTUELLES

Les entreprises industrielles et commerciales sont en compétition non seulement pour produire, mais aussi pour tenter de maîtriser les circuits de distribution. Pour conquérir de nouveaux marchés, les entreprises ont dû s'unir et même collaborer¹. Cette logique de coopération se retrouve aussi bien dans le domaine de la production que dans celui de la distribution. Mais les entreprises doivent aussi faire face à une croissance de plus en plus rapide des coûts de la recherche et développement. Dans certains secteurs, les sommes nécessaires à la R&D doublent tous les quatre ans du fait de la réduction de la durée de vie des produits. Les entreprises là encore ont dû tisser des alliances. Comme le dit Monsieur Henri Martre, "La coopération dans le domaine technologique est une contrainte parce que l'entreprise ne peut plus faire autrement que de partager les coûts et les risques de l'innovation avec la concurrence".

Commenté [WD1]:

Ces associations, égalitaires ou non, ont donné lieu à des conventions de tout type. Le droit des sociétés donne de larges possibilités quant aux moyens de s'associer : groupes de sociétés, filiales communes, groupement d'intérêt économique, sociétés en participation, etc. Le droit des contrats lui aussi permet certains types d'associations car seul l'ordre public peut limiter la liberté contractuelle. Les entreprises sont donc amenées à conclure divers contrats destinés à assurer des coopérations de toutes sortes. Cependant, en contrepartie les entreprises doivent transmettre une partie de leur savoir à leur partenaire. Il faut donc mettre en place des mécanismes destinés à protéger le plus possible l'entreprise notamment son patrimoine scientifique, technique ou commercial alors que la logique de la coopération implique un transfert plus ou moins grand dudit patrimoine.

La première démarche consiste à s'informer sur l'identité du partenaire. Par identité, on entend l'ensemble des caractères qui permettent d'identifier une personne physique ou morale. La difficulté est d'autant plus grande lorsque le cocontractant est une personne morale. En effet, certains mécanismes juridiques plus ou moins complexes permettent de cacher la véritable identité du cocontractant. On songe ainsi à certains groupes composés d'une chaîne de sociétés écrans ou de prête-noms et dont il est difficile de connaître l'identité du ou des "maîtres de l'affaire". Or, si les entreprises s'informent bien sur leurs futures acquisitions lors d'une prise de contrôle, pensent-elles à se renseigner par exemple sur l'actionnariat de leurs propres sous-traitants? On comprend donc aisément la nécessité de connaître la véritable identité du cocontractant car une mauvaise connaissance de ce dernier peut entraîner bien des difficultés pour l'entreprise.

Si l'identité du cocontractant doit être prise en compte, il faut également veiller au contenu du contrat, de sorte que la coopération n'aboutisse pas à un détournement du savoir-faire de l'entreprise. Une des techniques consiste à insérer une clause dite "de

¹F. Collart Dutilleul, P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 1991, n°887

secret" afin d'aménager la protection des informations dont on ne veut pas qu'elles se transmettent au-delà du cercle des coopérants. Sous diverses appellations (Clause de confidentialité, de non-communication, de non-divulgateion, etc.), ces clauses tendent vers un objectif; le silence. « A travers le secret, c'est la réservation d'un savoir, d'une connaissance, d'une information... qui est recherchée »¹. Nous avons vu dans la première partie de cette étude que le savoir-faire ne pouvait pas faire l'objet d'un droit privatif. "Sachant que tout ce qui est dans le domaine public est de libre utilisation, (le titulaire d'un savoir) s'efforcera d'empêcher sa technique de devenir de notoriété publique. Le seul moyen dont il dispose alors est le secret"². Enfin, il peut être nécessaire d'organiser conventionnellement le secret de la relation contractuelle elle même, afin de ne pas alerter la concurrence qui ne manquera pas de s'intéresser aux accords qui lient l'entreprise et ses partenaires.

Ainsi nous verrons d'une part la nécessité pour l'entreprise de connaître le cocontractant (A), puis d'autre part les accords aménageant la protection de la confidentialité dans ses relations d'affaires (B). L'entreprise se trouve ainsi dans une situation paradoxale puisqu'elle a besoin de plus de transparence alors que dans un même temps elle doit limiter la diffusion de certaines informations.

La connaissance du cocontractant de l'entreprise

L'identification du cocontractant est un impératif majeur dans le monde des affaires. En effet, si une nouvelle conception du contrat tend à introduire plus de transparence dans les relations contractuelles, la remise en cause du contrat une fois conclu est délicate. Cependant, pour connaître son cocontractant l'entreprise doit se livrer à certaines investigations car la transparence n'est pas absolue. Nous verrons donc l'importance de l'identification du cocontractant (1), puis les procédés d'identification de ce dernier (2).

L'importance de l'identification du cocontractant

La dissimulation du cocontractant réel ou "maître de l'affaire"

Il existe différents mécanismes juridiques qui permettent à un tiers de ne pas révéler son existence à l'autre partie contractante, alors qu'il est en réalité le véritable "maître de l'affaire". Il est évident que pour diverses raisons, ce tiers trouve un intérêt à ne pas apparaître directement comme partie à la convention.

Ainsi, l'interposition d'une personne peut être utilisée par un concurrent de sorte que le contractant déclaré ne soit en réalité qu'un prête-nom derrière lequel se cache le "maître de l'affaire". En effet, dans un contrat de prête-nom, une personne promet d'agir pour le compte d'une autre, en dissimulant sous sa propre personnalité le véritable intéressé à l'opération projetée. C'est un mandat sans représentation

¹M.Vivant, *Les clauses de secret*, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels. Colloque IDA, Aix-en-Provence

²M.Fabre, Le know-how. Sa réservation en droit commun. Litec, 1976, n°27

(représentation dite imparfaite), puisque le représentant contracte pour le compte du représenté mais en son nom personnel et laisse croire qu'il le fait pour lui-même. Le véritable intéressé n'apparaît donc pas, ce qui fait qu'à l'égard du cocontractant (l'entreprise), le représentant devient personnellement créancier et débiteur. Dans les rapports entre le représentant et le représenté, c'est ce dernier qui recueillera le profit et subira la charge du contrat. Prenons l'exemple de l'affaire opposant la société Barilla à Rivoire et Carret-Lustucru. Les statuts d'une société anonyme renferment une clause d'agrément destinée à contrôler les actionnaires qui veulent entrer dans le capital. La société Barilla, qui en est la concurrente, veut racheter les titres d'un actionnaire qui détient 35% du capital, mais sait qu'elle va se heurter à un refus d'agrément. Les actions vont alors être achetées par un actionnaire qui détient déjà 1% du capital et contre lequel la clause ne peut jouer. Puis, la société Barilla va prendre le contrôle de cet actionnaire, personne morale. La société Rivoire et Carret-Lustucru plaidera la fraude sur le fondement de l'article 1321 du Code Civil; fraude qui consistait dans le fait d'avoir contourné la clause d'agrément par personne interposée. Elle obtiendra gain de cause auprès de la Cour de Cassation (Com. Cass., 27 juin 1989).

Autre exemple, un concurrent peut prendre le contrôle d'un sous-traitant afin de capter le savoir-faire de l'entreprise de manière indirecte ou dans le but de destabiliser sa production. Dans ce cas, c'est la technique du groupement d'entreprise qui est utilisée. Une entreprise possède le contrôle d'une autre et exerce un pouvoir de direction sur le fonctionnement de l'entreprise contrôlée. Ainsi, dans le groupe de sociétés, la société mère exerce son autorité sur un certain nombre de filiales. Les rapports entre ces sociétés peuvent avoir des origines diverses. Le plus souvent, ils résultent de l'acquisition des parts sociales d'une société par une autre. La structure des groupes peut se faire selon des schémas plus ou moins compliqués. Souvent, la société mère est une holding dont toute l'activité consiste à gérer des participations dans d'autres sociétés. Les filiales s'articulent autour de la holding et il est fréquent qu'une filiale possède elle-même des filiales. La structure de certains groupes est parfois d'une telle complexité, qu'il est très difficile de savoir qui contrôle effectivement certaines sociétés. Il faut cependant préciser que les sociétés qui sont en subordination sont juridiquement autonomes mais situées les unes par rapport aux autres dans un état de dépendance économique qui altère leur autonomie juridique. Cela a pour conséquence que juridiquement c'est la filiale qui contracte mais dans le sens voulu par la société mère qui détient le pouvoir. Dans ces conditions, il est tout à fait possible qu'un concurrent détienne le pouvoir, par l'intermédiaire de filiales et sous-filiales, au sein d'une société qui sous-traite pour l'entreprise de sorte que cette dernière lorsqu'elle contracte avec son sous-traitant se lie en fait avec son concurrent.

Il ressort de ces exemples que l'entreprise, lorsqu'elle contracte, ne connaît pas forcément le véritable "maître de l'affaire". En effet, dans un cas elle contracte avec un prête-nom et dans l'autre elle contracte avec une société dont il est difficile de connaître le véritable détenteur du pouvoir. On constate donc que l'indétermination de l'identité du cocontractant peut être une menace pour l'entreprise si l'objectif poursuivi par la personne qui se cache est de destabiliser l'entreprise. Or, certaines relations

contractuelles sont si complexes qu'il devient difficile d'identifier le cocontractant. C'est donc un problème pour l'entreprise et celle-ci doit chercher à identifier le véritable cocontractant avant de s'engager, car la remise en cause du contrat n'est pas facilement acceptée par les juges.

L'erreur d'identification du cocontractant

La question est de savoir si l'entreprise peut plaider en justice la nullité du contrat sur le fondement de l'erreur sur la personne (morale). Selon l'article 1110 al. 2 du Code Civil, l'erreur "n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention", auquel cas on dit que celle-ci a été conclue *intuitu personae*. Le juge doit être convaincu que la partie (l'entreprise) ne se serait point obligée si elle n'avait pas été dans cette erreur. Il faut que la considération de la personne ait exercé une influence déterminante sur le consentement. On a coutume de dire que l'erreur n'est cause de nullité que dans les contrats conclus *intuitu personae*. L'intérêt de cette notion réside dans la classification qu'elle permet d'opérer entre les diverses catégories de contrats. Ainsi, les contrats à titre gratuit sont le plus souvent conclus en considération de la personne des parties, tandis que l'*intuitu personae* se rencontre rarement dans les contrats à titre onéreux comme la vente par exemple. On ajoute cependant que la volonté des parties peut l'exclure d'un contrat le comportant normalement ou au contraire, l'inclure dans un contrat ne le comportant pas. En conséquence, l'influence déterminante exercée sur le consentement par l'identité de l'autre partie ou la qualité qui lui fait défaut est une question de pur fait qui doit être résolue selon les circonstances propres à l'espèce¹. Or, il paraît évident que pour une entreprise, la considération de la personne avec qui elle contracte doit être prise en compte. En effet, l'entreprise n'aurait pas contracté si elle avait connu véritablement la personne qui se cache derrière un écran ou un intermédiaire. Cependant, la jurisprudence ne retient l'erreur que dans certaines conditions, en fonction du comportement des parties.

En premier lieu, les tribunaux attachent une grande importance à la déloyauté de l'autre partie pour justifier l'annulation du contrat. Elle favorise également la preuve de l'erreur et de son caractère déterminant. La preuve de l'erreur étant une question de fait laissée à l'intime conviction du juge, celui-ci se laissera d'autant plus facilement convaincre qu'il lui apparaîtra que l'autre partie a été de mauvaise foi². Ainsi, si l'une des parties a manœuvré pour cacher quelque chose à l'autre, c'est que cette dernière lui attachait une importance déterminante et que, sans son erreur, l'accord n'aurait pas été possible. En l'occurrence, la manœuvre tend à cacher le véritable "maître de l'affaire" derrière un écran ou un intermédiaire.

En deuxième lieu, l'erreur inexcusable du demandeur lui interdit d'obtenir l'annulation du contrat. L'erreur est inexcusable lorsqu'elle est la conséquence d'une faute de celui qui demande l'annulation du contrat. Les juges du fond doivent donc

¹J.Ghestin, Les obligations, le contrat : formation, Traité de droit civil, LGDJ, 1988, n°412

²J.Ghestin, Op. Cit, n°395

analyser les circonstances avant de qualifier le comportement du demandeur en annulation. Ils tiennent également compte de l'expérience, de la profession etc du demandeur. Il existe ainsi un devoir de s'informer soi-même qui pèse sur tout contractant. La négligence de la victime de l'erreur rendra donc celle-ci inexcusable lorsqu'elle pouvait et devait s'informer¹. En conséquence, l'entreprise doit s'informer sur l'identité de son cocontractant avant de s'engager. Les juges tenant compte des circonstances, la mauvaise foi du cocontractant permettra de prouver qu'il était difficile de remonter jusqu'au véritable "maître de l'affaire". C'est une affaire de circonstances mais l'entreprise doit faire preuve de diligence.

En conclusion, l'entreprise qui se rend compte qu'un concurrent se trouve en fait derrière son cocontractant pourra tenter de plaider l'erreur sur la personne pour faire annuler le contrat. Cependant, le principe de la possibilité d'une remise en cause du contrat n'est admis que restrictivement et le recours à la notion de faute inexcusable traduit bien le souci de rigueur de la part des juges. De plus, il y a de fortes chances pour que l'entreprise se rende compte de son erreur lorsque le mal est fait, par exemple son sous-traitant a déjà transféré au concurrent qui le contrôle, le savoir-faire qu'elle lui a transmis. Une bonne information sur son cocontractant est donc capitale pour l'entreprise et celle-ci doit recourir à des procédés d'identification.

Les procédés d'identification du cocontractant

Les sources d'origine légale de l'information

Afin de mieux connaître l'identité du cocontractant, l'entreprise peut exploiter certaines informations qui sont rendues obligatoires. En effet, les règles de la publicité légale permettent de se renseigner sur la structure des entreprises contractantes et les principaux éléments de leur situation financière. La publicité légale permet aussi d'obtenir des informations sur certains actes juridiques.

Cette publicité, qui donne des indications sur l'identité du cocontractant, s'opère par des mentions au registre du commerce et des sociétés. On y trouve, (pour les personnes morales), l'appellation, le lieu du siège social, la durée de vie, le montant du capital, les activités principales, et surtout l'identité des représentants. Pour ce qui a trait à la situation financière du cocontractant, les comptes des SA et des SARL doivent être déposés au greffe du Tribunal de commerce dans le mois qui suit l'assemblée générale ordinaire. Enfin, les principaux actes relatifs à la constitution d'une société sont déposés au greffe et peuvent être consultés, (notamment les statuts ou la désignation des dirigeants). Les greffes peuvent aussi fournir des informations sur d'autres actes tel que l'état des sûretés qui pèsent sur une société (nantissements privilèges, etc.). La conservation des hypothèques peut également fournir des informations pour les sûretés sur les immeubles et la préfecture pour les véhicules mis en gage.

Cependant, si le droit à l'information a réalisé une incontestable percée, il n'est pas absolu et la publicité des informations est réalisée par trop de moyens. L'entreprise

¹J.Ghestin, Op. Cit, n°398

est ainsi confrontée à deux problèmes. D'une part elle n'a pas accès à certaines informations de manière directe car elles ne sont pas publiées, et d'autre part les informations légales sont dispersées. De plus, les réponses faites par les autorités administratives ou judiciaires sont plus ou moins rapides, ainsi, les réponses de la conservation des hypothèques sont lentes, tandis que celles du registre du commerce sont immédiates. Les procédés de publicité ne sont donc pas parfaits et peut être que le développement de l'informatique permettra une plus grande efficacité grâce à une meilleure collecte et une diffusion plus rapide des informations.

Les différents moyens de s'informer sur l'identité du cocontractant n'étant pas satisfaisants, l'entreprise peut soit organiser une sorte de "transparence conventionnelle"¹ avec son cocontractant, soit faire appel à des tiers susceptibles de lui fournir certaines informations.

Les moyens d'investigation autre que la publicité légale

Les démarches de l'entreprise

L'entreprise peut chercher à se renseigner auprès de son cocontractant lors de la formation du contrat. Elle peut ainsi élaborer une sorte de questionnaire qui obligerait ce dernier à lui fournir certaines informations. Le cocontractant serait tenu de lui fournir des réponses exactes car dans le cas contraire, il y aurait un dol (article 1116 du Code Civil) et l'entreprise pourrait faire annuler le contrat. En effet, selon cet article, "Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé". Le mensonge a été immédiatement assimilé par la jurisprudence aux manoeuvres dolosives visées par l'article 1116. Par conséquent, le fait par le cocontractant d'avoir répondu de manière inexacte au questionnaire peut constituer une faute intentionnelle constitutive du dol. Par ailleurs, nous avons vu plus haut que les juges admettent restrictivement l'erreur sur la personne lorsque le demandeur ne s'est pas informé. Donc, l'établissement d'un questionnaire permettra d'établir que l'entreprise n'a pas été négligente et s'est informée. De plus, si le cocontractant a fourni de fausses informations, l'entreprise pourra agir sur le fondement du dol.

L'entreprise peut aussi chercher à se renseigner au cours de l'exécution du contrat notamment sur des événements affectant le cocontractant et susceptibles de l'intéresser. Pour cela, l'entreprise peut négocier certaines clauses, destinées à l'informer sur ces événements, par exemple une clause obligeant le cocontractant à lui révéler qu'il vient de faire l'objet d'une prise de contrôle². Il faut seulement ne pas aller trop loin et ne pas avoir un droit de regard trop poussé, pour ne pas encourir la qualification de dirigeant de fait.

Le recours aux tiers

¹J.Mestre, *Transparence et droit des contrats*, in La transparence, colloque de Deauville, 1992, Rev. Trim. dr. com.

²*Ibid*

L'entreprise peut faire appel à des tiers lorsqu'elle n'a pas le temps de se renseigner elle-même ou qu'elle n'en a pas les moyens. Il existe des agences de renseignements commerciaux dont la licéité est reconnue. Cependant, la fourniture de renseignements sur un tiers est constitutive d'une faute "si les renseignements fournis tombent par leur contenu ou par les moyens ayant permis de les recueillir, sous le coup de dispositions pénales, s'ils portent atteinte à la vie privée ou s'ils sont donnés avec imprudence et légèreté sans vérifications sérieuses"¹. Ainsi, elles ne peuvent pas porter atteinte au secret des affaires des entreprises concernées par leurs recherches, puisque dans ce cas, le contrat les liant à leur client serait nul pour objet illicite². C'est pourquoi elles se bornent souvent à centraliser les différentes informations réparties en divers lieux, à rapporter l'opinion de la place et à en faire une synthèse générale³. Enfin, ces agences ne sont tenues que par une obligation de moyens et non de résultat (Cass. Com., 14 mars 1978) et leur responsabilité est engagée si les informations n'ont pas été suffisamment vérifiées (Colmar, 5 janvier 1973).

L'entreprise a donc tout intérêt à s'informer de façon précise sur son cocontractant sans quoi sa situation risque d'être délicate. Toutefois, sa marge de manoeuvre est étroite car le droit positif condamne aussi bien l'excès d'indiscrétion que le manque de curiosité vis-à-vis de l'identité du cocontractant. L'entreprise doit également veiller à ce que certaines informations ne soient pas diffusées au delà d'un certain cercle.

Les accords aménageant la protection de la confidentialité

Les entreprises qui souhaitent ne pas se limiter aux règles d'origine légales ou jurisprudentielles posées pour restreindre la diffusion d'informations, peuvent conventionnellement aménager cette protection. Il existe deux sortes de clauses relatives à la protection de la confidentialité : la première vise directement la protection du secret, tandis que l'objet de la seconde est plus large. Cette dernière implique en effet non seulement une non-révélation des informations, mais également l'interdiction de les mettre au service d'un concurrent. Nous verrons plus particulièrement cette clause appelée clause de non-concurrence dans une troisième partie relative au contrat de travail et dont c'est le domaine principal.

Nous étudierons donc le premier type de clause dont le seul objet est la protection du secret et que l'on appelle clause de confidentialité, de non-communication ou encore de non-divulgateion⁴. Nous verrons ainsi; leur champ d'application (1), puis leur régime juridique (2).

¹G.J.Virassamy, *Les limites à l'information sur les affaires de l'entreprise*, RTD com., 1988

²*Ibid.*

³*Ibid.*

⁴M.Vivant, *Les clauses de secret*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Colloque IDA, Aix-en-Provence

Le champ d'application des clauses de secret

Il existe différents types de contrats qui font l'objet d'un transfert d'informations. Certains ne visent que l'accès à l'information, tandis que d'autres dont l'objet est plus large impliquent un tel accès. A partir du moment où le cocontractant de l'entreprise a accès à certaines informations, il est impératif de prévoir une clause qui l'oblige à ne pas les divulguer. En outre, entre l'initiative que constitue l'entrée en pourparlers et la conclusion du contrat, il se situe souvent une période précontractuelle. La complexité de certains contrats, les études qu'ils exigent ou encore certaines autorisations nécessaires à leur conclusions font que cette période est parfois de longue durée. Durant cette période, certaines informations seront également transmises. C'est pourquoi là encore il est nécessaire d'introduire une clause de secret dans un avant-contrat qui oblige les parties.

La période précontractuelle

Divers contrats peuvent être conclus au cours de la période précontractuelle. Il est difficile de les systématiser, la réalité étant particulièrement diverse et complexe. Cependant on peut faire une distinction entre les avant-contrats qui visent seulement à un aménagement temporaire des relations entre les parties et ceux qui marquent une étape dans la négociation qui est déjà plus avancée.

L'aménagement temporaire des relations

Tout l'objet de l'avant-contrat est d'instaurer une obligation de secret¹. Les parties s'engagent à ne rien révéler de leur négociation ou de ce qu'elles auront été conduites à se faire savoir mutuellement lors de celle-ci². Ainsi, le secret est l'objet unique de l'avant-contrat. L'instauration d'un tel contrat a pour but d'éviter l'exploitation de connaissances acquises, notamment le savoir-faire, lors de pourparlers contractuels qui n'aboutiraient pas. Le fait d'imposer le secret, même s'il ne met pas à l'abri d'un acte déloyal de la part du cocontractant, a le mérite d'attirer expressément l'intention du partenaire sur cet aspect et de faciliter la preuve de la faute.

Les accords partiels

Les parties veulent marquer une étape dans la négociation du contrat définitif. Ainsi, lorsqu'elles estiment avoir atteint un point de non-retour, les parties peuvent conclure un accord définitif sur les points acquis. La négociation est donc plus avancée que précédemment. L'impératif du secret demeure, mais la clause de secret n'est qu'une clause parmi d'autres et n'est pas l'objet unique de l'avant-contrat³. Dans ces accords provisoires, la clause interdit au bénéficiaire de l'information de divulguer certains éléments dont il pourrait avoir connaissance au cours des discussions préliminaires.

¹*Ibid*

²*Ibid*

³*Ibid*

Les obligations nées du contrat provisoire cessent à la conclusion du contrat définitif visé par la négociation. Ce dernier devra alors, envisager à nouveau l'obligation de secret.

Le contrat

La période précontractuelle a pris fin, le contrat est conclu. Selon ce dernier, celui-ci aura pour objet le transfert d'informations ou impliquera un transfert d'informations à l'occasion de son exécution.

L'objet du contrat est le transfert d'informations

Le contrat relatif au savoir-faire en est l'exemple type. En effet, l'obligation fondamentale du contrat est la communication de savoir-faire dont les modalités sont fixées par le contrat¹. Nous avons vu dans la première partie de cette étude que le savoir-faire ne pouvait faire l'objet d'un droit privatif, c'est donc son caractère secret ou tout au moins sa diffusion restreinte qui fait sa valeur, c'est pourquoi la confidentialité du savoir-faire de l'entreprise communicante est un impératif pour cette dernière. Ainsi, la fonction de la clause de secret est de lui conserver sa valeur².

Le contrat de communication de savoir-faire n'est réglementé par aucun texte, ce qui laisse beaucoup de liberté aux parties dans la rédaction de leur contrat. La communication peut être réalisée par des moyens divers: remise de plans, de dossiers, de notes, etc. Si la remise de ces documents ne suffit pas, le communicant doit envoyer du personnel chez le communicataire et/ou inversement recevoir le personnel du communicataire. En fonction des différentes modalités de transmission du savoir-faire, il appartiendra aux parties d'indiquer de manière précise les différents débiteurs de l'obligation de secret.

Il en va de même pour d'autres contrats qui ont pour objet partiel la transmission d'informations. Ainsi dans le contrat de franchise, (ou de franchisage), une personne nommée franchiseur, s'engage à communiquer un savoir-faire à une autre personne, nommée franchisé, à le faire jouir de sa marque et éventuellement à le fournir en marchandises. Le franchisé s'engage en retour, à exploiter le savoir-faire, à utiliser la marque et éventuellement à s'approvisionner auprès du fournisseur. Le contrat de franchise suppose donc un transfert de connaissances techniques et de procédés commerciaux, mais ce n'est qu'une partie de l'objet du contrat.

L'objet du contrat implique un transfert d'informations

L'information sans être l'objet même du contrat peut être diffusée à l'occasion de celui-ci. Il en va ainsi des contrats qui associent des entreprises. Les divers contrats de coopération en matière de production ou de distribution impliquent presque toujours une remontée d'informations d'une entreprise à l'autre. En matière de production les entreprises peuvent se grouper pour de nombreuses raisons. Elles peuvent souhaiter accomplir ensemble des recherches et passer ainsi des contrats de recherche et de développement de produits ou de procédés. Elles peuvent vouloir se

¹A. Chavanne, J.-J. Burst, *Op Cit*, n°594

²M. Vivant, *Les clauses de secret*, *Op. Cit.*

grouper pour obtenir un marché. Elles vont alors s'engager dans un contrat de co-traitance qui va les conduire à se répartir les tâches. Elles peuvent décider de fabriquer en commun certains produits. Quant aux opérations de distribution, elles aussi sont très variées et reposent sur différents contrats, l'objectif étant d'unir leurs efforts pour augmenter leur efficacité commerciale. Nous pouvons faire les mêmes remarques que pour les contrats dont l'objet est la communication de savoir-faire. La clause de secret a ici pour but d'obliger les parties à ne pas divulguer les secrets commerciaux ou industriels dont elles peuvent prendre connaissance pendant l'exécution du contrat.

Il est aussi parfois nécessaire d'organiser le secret non seulement pour les informations transmises lors de la réalisation du contrat, mais aussi sur le contrat lui-même, afin de ne pas alerter la concurrence. Les parties s'engagent à ne pas révéler l'existence du contrat. Cela peut poser un problème de légalité, notamment par rapport aux règles du droit de la concurrence comme nous allons le voir.

Le régime juridique de la clause de secret

Les accords de secret tendent à la réservation d'un savoir, d'une connaissance ou d'une information. Ce faisant il convient de s'interroger sur leur licéité par rapport à leurs effets et sur les sanctions en cas de non respect desdits accords.

La licéité des accords

Ces accords ont pour effet d'entraver la liberté du cocontractant. Si le droit commun ne soulève guère de difficultés, certains accords peuvent constituer une atteinte à la concurrence.

Au regard du droit commun

La principale difficulté soulevée en droit commun par les accords de secret concerne la durée de l'obligation imposée au cocontractant. L'obligation de secret existe pendant toute la durée du contrat, ceci ne fait pas de doute. Cependant, si le savoir-faire que ces accords protègent tombe dans le domaine public, ils perdent dans ce cas tout objet. Le problème se pose lorsque le contrat prend fin, alors que l'intérêt pour l'entreprise est que l'obligation persiste au delà de la période contractuelle. Il est donc nécessaire de prévoir expressément le maintien du secret pour la période qui suit la fin du contrat. La question de la licéité peut être soulevée lorsque l'obligation de secret, notamment dans les contrats de franchise, est à durée illimitée. Pour le professeur M. Vivant, la licéité ne semble pas discutable, ainsi « Si seul le secret est dû, secret pur et simple, on voit mal, dès lors qu'il a été légitimement instauré, ce qui pourrait interdire que ce secret soit maintenu pour la période post-contractuelle. Il n'y a là ni abus, ni restriction à la concurrence »¹. Ceci nous amène au droit de la concurrence.

Au regard du droit de la concurrence

¹*Ibid.*

L'atteinte à la concurrence se produit lorsque les clauses sont stipulées entre entreprises différentes pour maintenir cachées certaines données économiques ou des politiques contractuelles pouvant avoir une influence sur le marché. Ces accords peuvent constituer des ententes, des concentrations abusives ou des pratiques discriminatoires de prix¹. Ainsi, la clause de confidentialité imposée par exemple par un concédant à ses concessionnaires leur interdisant de rien révéler de l'organisation économique et financière de leurs rapports contractuels, doit être frappée de nullité absolue². La répression des pratiques discriminatoires, qui ne peut se réaliser que par comparaisons, suppose que soient connues les conditions de vente offertes à tous³. En règle générale, chaque fois que la transparence est la condition de la mise en oeuvre d'une procédure de contrôle ou d'un jeu effectif de la concurrence, les parties ne peuvent par une clause de confidentialité restaurer ou maintenir l'opacité de leurs activités, à peine de nullité de la clause⁴.

Sanctions à l'encontre du débiteur défaillant

Le débiteur de la clause est tenu par une obligation de non-révélation du secret qui lui a été transmis. On peut ranger une telle obligation dans la catégorie des obligations de ne pas faire⁵. Selon l'article 1142 du Code Civil, ces obligations sont insusceptibles d'exécution forcée et ne peuvent se résoudre que par des dommages et intérêts.

¹G.J.Virassamy, Op. Cit., n°36

²*Ibid.*

³*Ibid.*

⁴*Ibid.*

⁵M.Vivant, *Les clauses de secret*, Op. Cit.

LE CONTRAT DE TRAVAIL

La confidentialité, comme nous l'avons vu, joue un rôle particulièrement important, stratégique même, dans la défense des positions commerciales ou industrielles de l'entreprise. La protection de la confidentialité doit s'organiser non seulement dans les rapports inter-entreprises, mais aussi au sein de ces dernières, les salariés ayant accès aux informations confidentielles. Le contrat de travail joue donc un rôle important dans l'aménagement de cette protection.

Il faut souligner tout d'abord qu'un grand principe régit ce dernier : l'employeur a la liberté de choisir parmi les candidats à l'emploi. Cependant, il ne doit pas se livrer à des pratiques discriminatoires. Il ne peut pas écarter un candidat en raison de son sexe, de sa situation de famille, de son activité syndicale, de sa race, de sa religion, de son âge, de ses moeurs, de son état de santé ou de son handicap. Il reste qu'il est extrêmement difficile d'établir l'existence de pratiques discriminatoires et par la même de les sanctionner. Quant aux méthodes de recrutement, la loi du 31 décembre 1992 consacre la limitation des informations pouvant figurer dans un questionnaire d'embauche aux seules informations permettant d'apprécier la capacité à occuper un emploi donné ou les aptitudes professionnelles. Toutefois, même si l'entreprise écarte certains candidats à l'embauche, elle peut être confrontée aux agissements déloyaux d'un salarié.

Nous verrons donc les obligations qui régissent les relations de travail au sein de l'entreprise (A), puis, nous étudierons quelques clauses qui peuvent être insérées dans le contrat de travail (B), ceci afin de définir les règles existantes en matière de protection de l'entreprise vis-à-vis d'un employé déloyal.

Les obligations régissant les relations de travail

Le contrat de travail met à la charge de l'employé certaines obligations qui permettent à l'entreprise de se protéger (1). Quant à l'employeur, il doit respecter les droits fondamentaux des salariés (2), lorsqu'il veut prendre des mesures de sécurité.

Obligations du salarié à l'égard de l'employeur

La jurisprudence met à la charge du salarié deux obligations particulières: une obligation de fidélité et une obligation de discrétion. Ces obligations subsistent durant le préavis et pendant la suspension du contrat.

Obligation de fidélité

Même si son contrat de travail ne comporte pas une clause d'exclusivité, le salarié est soumis pendant la durée du contrat à une obligation qui lui interdit d'exercer une activité concurrente de celle de l'employeur.

Interdiction d'agir pour le compte d'une entreprise concurrente

Le salarié peut agir soit directement, soit par personne interposée et la jurisprudence le sanctionne dans les deux cas.

Ainsi, "commet une faute grave le cadre qui, à l'insu de son employeur, entretient des relations professionnelles avec une société concurrente" (Cass. Soc., 5 mai 1971), ou encore, "l'exercice par le salarié d'une activité professionnelle au service d'une entreprise concurrente de celle de son employeur, en la faisant bénéficier des connaissances spécifiques acquises chez ce dernier" (Cass. Soc., 6 juin 1984).

De même, il peut y avoir violation de l'obligation de fidélité sans que le salarié participe effectivement et personnellement à l'activité concurrente, si une telle activité est exercée par l'un de ses proches. Ainsi, "Commet une faute grave justifiant son licenciement sans indemnité la salariée qui a des intérêts dans une société concurrente pour laquelle son mari exerce une activité constante, alors que son travail lui interdit toute activité concurrente directement ou par personne interposée" (Cass. Soc., 30 janvier 1985). L'employeur peut dans ces conditions licencier le salarié pour perte de confiance.

L'action concurrentielle prend souvent la forme d'un détournement de clientèle ou de manoeuvres tendant à un tel détournement, et la Cour de Cassation a sanctionné les manoeuvres d'un cadre pour le détournement du personnel sur lequel il avait une autorité, en vue de l'employer ultérieurement dans une entreprise concurrente (Cass. Soc., 26 novembre 1981).

Interdiction d'agir pour son propre compte

La jurisprudence sanctionne la création par le salarié d'une entreprise concurrente celle de son employeur. Ainsi, "commet une faute grave, le cadre qui dénigre la qualité des prestations de son employeur auprès des clients de celui-ci et leur fait des offres de service pour le compte d'une société concurrente créée par sa femme" (Cass. Soc., 27 septembre 1989).

Nous voyons bien à travers ces quelques exemples qu'un salarié, particulièrement le cadre salarié, peut nuire gravement à la société qui l'emploie et ce, au profit d'une société concurrente. Donc, en s'appuyant sur la jurisprudence qui sanctionne le défaut de fidélité d'un employé, une entreprise peut se protéger si elle agit rapidement contre l'employé déloyal. Cependant, l'entreprise aura quelques difficultés à établir la preuve des agissements de l'employé.

Obligation de discrétion

En dehors de l'obligation de discrétion que la loi met à la charge des représentants du personnel, les salariés sont tenus à une obligation de discrétion en fonction des responsabilités qu'ils exercent et des informations qu'ils détiennent compte tenu de ces responsabilités. Cette obligation s'impose tant à l'intérieur de l'entreprise que vis-à-vis des tiers.

Discrétion vis-à-vis des tiers

Le salarié est tenu de ne pas divulguer à des tiers, qu'ils soient clients ou concurrents, les informations dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions et

dont la communication risque de nuire à la bonne marche de l'entreprise. Les juges sanctionnent la communication effective de renseignements "Manque à son obligation de discrétion et commet une faute grave le directeur commercial qui fait visiter assez longuement les ateliers de la société qui l'emploi à un ancien collaborateur ne faisant plus partie de cette société depuis six mois, lequel était accompagné d'un technicien cadre au service d'un concurrent, facilitant ainsi à ce dernier la connaissance des procédés de fabrication de son employeur" (Cass. Soc., 25 mars 1981) mais également le risque de communication de renseignements "Doit être cassée la décision qui estime que constitue un licenciement sans cause réelle et sérieuse la mutation de poste imposée à une salariée dont le mari, ancien employé démissionnaire, était passé au service d'une société concurrente, alors d'une part que le motif véritable de la mutation relevé par l'arrêt était le risque de communication de renseignements résultant de la situation du mari, ce qui pouvait, à l'évidence, constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, et alors d'autre part, que dans ces conclusions délaissées l'employeur faisait état d'une faute grave de la préposée " (Cass. Soc., 4 avril 1979).

Discrétion vis-à-vis des salariés de l'entreprise

Le salarié a obligation de ne pas divulguer aux autres salariés de l'entreprise les informations présentant un caractère confidentiel dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions. En effet, la diffusion de certaines informations peut avoir un caractère déstabilisateur au sein de l'entreprise notamment lorsque celle-ci est sujette à des difficultés "Commet une faute grave le cadre supérieur qui, tenu en raison de ses fonctions à une obligation de discrétion à l'égard de la société à la direction de laquelle il participe, divulgue des renseignements dont il a connaissance en raison desdites fonctions, portant ainsi atteinte à sa réputation et à son crédit, tant auprès de ses employés que des tiers" (Cass. Soc., 30 juin 1982). Mais d'autres agissements sont répréhensibles, ainsi, "Manque à l'obligation de réserve, la secrétaire de direction ayant ouvert, à l'insu d'un directeur de société, des plis confidentiels destinés à celui-ci" (Cass. Soc., 5 mars 1987).

Là encore, l'entreprise sera confrontée à des problèmes de preuve, et dans tous les cas, le mal est déjà fait. Si la violation par le salarié de l'obligation de discrétion, peut être une faute grave ou lourde et peut entraîner sa condamnation à des dommages et intérêts, il n'en reste pas moins que l'entreprise agira contre l'employé après l'agissement répréhensible. C'est pourquoi, il est nécessaire de faire figurer au contrat certaines clauses et notamment la clause de discrétion, afin d'agir de manière préventive en avertissant le salarié des conséquences de la violation de la clause, et surtout en lui faisant prendre conscience de l'importance de la confidentialité.

Nous avons vu que le contrat de travail engendre des obligations à la charge du salarié mais il en met également à la charge de l'employeur.

Le respect des droits fondamentaux du salarié

La subordination inhérente au contrat de travail ne peut pas priver le salarié des droits fondamentaux attachés à la personne. Le droit au respect de la vie privée est protégé par le Code Civil et par le Nouveau Code Pénal.

Respect de la vie privée et des libertés individuelles

Travailler au sein de l'entreprise n'équivaut pas pour le salarié à renoncer à toute vie privée ou à l'exercice des libertés individuelles qu'elle implique. L'employeur n'est donc pas autorisé à violer l'intimité de la vie privée du salarié en procédant à certaines investigations.

Autocommutateur

Si aucun texte n'interdit aux employeurs d'établir des fichiers individuels de renseignement sur leurs salariés, ce droit comporte des limites résultant de la jurisprudence de la Cour de Cassation et de la loi du 6 janvier 1978. Ainsi, un PDG avait fait installer un autocommutateur qui lui permettait notamment de prendre connaissance de l'intégralité des numéros appelés, de la durée et du coût des communications de son personnel, à l'insu de celui-ci. Le listing fourni par l'autocommutateur a servi de fondement à la décision de licenciement d'un employé de l'entreprise. Ce dernier a porté plainte contre son ex-employeur en se fondant sur l'article 41 de la loi du 6 janvier 1978 qui sanctionne la mise en oeuvre d'un traitement automatisé d'informations nominatives sans qu'ait été effectuée la déclaration préalable prévue par la loi précitée. La Cour de Cassation a jugé dans un arrêt du 23 mai 1991 que l'infraction de non-déclaration de traitement est une infraction matérielle et continue et donc que le délai de prescription ne commence à courir qu'à compter du jour où l'acte délictueux a pris fin, c'est à dire lorsque le traitement automatisé cesse. Cet arrêt renforce ainsi le risque de sanctions pénales liées à la non-déclaration de traitement automatisé d'informations nominatives. Il faut en conséquence que l'employeur, accomplisse ses obligations au regard de la loi du 6 janvier 1978.

Enregistrement

Le Nouveau Code Pénal réprime le fait d'avoir volontairement porté atteinte à la vie privée d'autrui en écoutant, en enregistrant ou transmettant au moyen d'un appareil quelconque des paroles prononcées dans un lieu privé par une personne, sans le consentement de celle-ci (article 226-1 du NCP). La Cour de Cassation a également refusé de tenir compte d'enregistrements effectués sur les lieux de travail par un employeur à l'insu de son salarié, en se fondant sur l'article 9 du Code Civil (Cass. Soc., 20 novembre 1991).

Caméra

De même, l'employeur viole la vie privée de son employé en captant son image de manière illicite, c'est à dire à son insu (article 226-1 du NCP).

La subordination dans laquelle se trouve le salarié n'autorise donc pas l'employeur à violer sa vie privée d'une manière générale, cependant, le règlement

intérieur peut apporter des restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles dans certaines conditions, comme nous allons le voir.

Le règlement intérieur

La loi n'admet des limites aux libertés des salariés que si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (article L 122-35 du Code du Travail). En conséquence, la justification des limitations apportées devant se trouver dans la nature de la tâche à accomplir, on ne saurait invoquer, de façon générale, les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise. Les restrictions ne doivent pas avoir une portée générale et doivent être motivées par des circonstances tenant à la nature du travail. Les dispositions du règlement intérieur comportant de telles restrictions sont soumises au contrôle de l'inspecteur du travail avec possibilité d'un recours devant le juge administratif.

Fouille

La fouille des objets transportés peut être prévue dans certains secteurs d'activités, pour certains emplois mais selon des procédures définies et dans des circonstances qui la légitiment. Ainsi, " la vérification par la direction de l'entreprise des objets éventuellement emportés par les salariés ne peut être légalement prévue par le règlement intérieur que si celui-ci précise, d'une part, qu'il ne sera procédé à une telle vérification qu'en cas de nécessité, notamment à la suite des disparitions de matériel ou s'il existe des risques particuliers de vol dans l'entreprise, d'autre part, que le salarié sera averti de son droit de s'opposer à un tel contrôle et d'exiger la présence d'un témoin, enfin que ce contrôle sera effectué dans des conditions préservant la dignité et l'intimité de la personne" (Conseil d'Etat, 26 novembre 1990 n°96-565), ou encore il a été jugé que "Le directeur du travail était fondé à subordonner la vérification des objets transportés à la sortie de l'entreprise prévue par un règlement intérieur, y compris sur la personne du salarié, à la constatation de vols renouvelés et rapprochés et à subordonner cette vérification à un consentement des salariés recueilli, dans la mesure du possible, en présence d'un tiers appartenant à l'entreprise ou d'un représentant du personnel, leur refus impliquant le recours à un officier de la police judiciaire" (Conseil d'Etat, 19 juin 1989 n° 78-231).

Contrôle des armoires individuelles

Une clause du règlement intérieur autorisant la direction à faire ouvrir à tout moment les armoires individuelles pour en contrôler l'état et le contenu, a été jugé comme excédant l'étendue des restrictions que l'employeur peut légalement apporter aux droits et libertés individuelles, notamment parce qu'elle ne prévoyait pas une information préalable des salariés concernés. Le contrôle en lui-même doit être justifié par les nécessités de l'hygiène et de la sécurité (Conseil d'Etat, 12 juin 1987 n°72-388).

Accès au lieu de travail

Il a été jugé qu'une clause du règlement intérieur prévoyant la délivrance à toute personne embauchée d'une carte d'identité d'usine constituant un laissez-passer permanent, était de nature à figurer au nombre des règles générales et permanentes

de discipline qui peuvent être inscrites dans le règlement intérieur (Conseil d'Etat, 9 octobre 1987 n°72-220).

Introduction d'appareils photographiques, caméras, magnétophones, etc

Il a été jugé qu'une clause soumettant l'introduction de tels appareils à l'autorisation de la direction ne portait pas atteinte à l'exercice des attributions des Comités d'Entreprise et des CHSCT (Conseil d'Etat, 9 octobre 1987 n° 72-220).

Après avoir constaté que le contrat de travail faisait naître des obligations à la charge des deux parties, nous allons maintenant étudier certaines clauses qui peuvent être insérées dans le contrat de travail afin de renforcer la protection d'origine légale et jurisprudentielle.

L'aménagement des clauses de secret

Employeurs et salariés sont a priori libres de faire figurer au contrat de travail individuel toutes clauses sur lesquelles ils sont parvenus à un accord. Cette liberté contractuelle connaît cependant certaines limites. Les clauses du contrat ne peuvent ni porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne, ni déroger dans un sens défavorable aux dispositions légales ou conventionnelles.

Nous avons étudié dans la première partie de cette étude les accords de secret qui lient deux entreprises. Il est également nécessaire pour ces dernières de négocier de telles clauses avec leurs salariés. Par ailleurs, un rapprochement est souvent fait entre la clause de secret et la clause de non-concurrence, l'objectif étant toujours la réservation d'un savoir ou d'une connaissance. Nous verrons ainsi la clause de non-concurrence qui soulève quelques difficultés (1), puis les clauses destinées à renforcer la protection légale (2).

La clause de non-concurrence

Lorsque le contrat de travail a pris régulièrement fin, le salarié retrouve son entière liberté. Il peut notamment se mettre au service d'une nouvelle entreprise exerçant une activité similaire ou créer sa propre entreprise. L'ancien employeur ne saurait s'y opposer. Cependant, la liberté de concurrence n'est pas sans limite pour l'ancien salarié. Il pourrait voir sa responsabilité engagée, s'il se livrait à des actes de concurrence déloyale.

Insérée dans le contrat de travail, la clause de non-concurrence vient apporter une importante restriction au principe fondamental de la liberté du travail.

Objet de la clause

Dans l'intérêt évident de l'entreprise, et par suite des connaissances techniques, des secrets de fabrication ou des relations commerciales qu'il établira au cours de sa collaboration, le salarié s'engage à ne pas se mettre au service d'une entreprise concurrente ni à s'établir à son propre compte après son départ. Ainsi, la clause de non-concurrence a pour objet de protéger les intérêts légitimes de l'entreprise. Par rapport

à l'obligation générale de fidélité que nous avons définie (Cf. supra), elle renforce la prohibition puisqu'au delà de la sanction des actes de concurrence déloyale commis par le salarié au cours de l'exécution du contrat de travail, c'est la concurrence en elle-même qui est sanctionnée.

Sources du droit

En l'absence de toute disposition législative, on se tourne vers les conventions collectives.

La convention collective

- La convention collective peut instituer une interdiction de concurrence. Dans ce cas, la clause n'a pas besoin d'être reprise dans le contrat individuel, mais un renvoi du contrat à la convention devrait être effectué par précaution.
- La convention collective définit les conditions de fonctionnement de la clause. Le contrat individuel doit lui être conforme. S'il ajoutait des restrictions inconnues de la convention, celle-ci devrait lui être substituée par suite de l'effet impératif et automatique.

Conditions de validité de la clause

La Cour de Cassation définit ainsi les conditions de la licéité de la clause "attendu cependant que les parties peuvent valablement convenir, lors de la conclusion d'un contrat de travail, d'une clause de non- concurrence, qui d'une part, s'appliquerait quelle que soit la partie prenant l'initiative de la rupture, de deuxième part, sauf convention ou accord collectif, n'aurait pas de contrepartie pécuniaire, de troisième part, ne serait pas limitée dans le temps et dans l'espace et, enfin n'empêcherait pas le salarié de manière absolue d'exercer son activité professionnelle" (Cass. Soc., 11 octobre 1990). Par conséquent, si la clause est en principe licite, elle sera annulée lorsque elle porte atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue dans le temps, dans l'espace et quant à la nature des activités que le salarié pourra exercer. Enfin il faut citer une jurisprudence récente qui prend en compte la notion de protection des "intérêts légitimes de l'entreprise".

Conditions de temps et de lieu

D'une part, l'interdiction doit être en principe limitée dans le temps et restreinte à un certain nombre d'années (un chiffre de deux ans est adapté par la plupart des conventions collectives), et d'autre part, l'interdiction doit être limitée dans l'espace. Mais pour être considérée comme valable une clause de non-concurrence ne doit pas forcément être limitée à la fois dans le temps et dans l'espace.

Condition relative à l'activité professionnelle

Pour être valable, une clause de non-concurrence doit laisser au salarié la possibilité d'exercer normalement l'activité qui lui est propre. Il semble que les juges prennent en compte essentiellement deux considérations. Tout d'abord, pour définir l'activité propre, ils ne se rapportent pas uniquement à la dernière activité du salarié et

recherchent depuis combien de temps il exerce cette activité. Cela permet aux juges de faire référence à une activité antérieure qui peut être exercée dans d'autres branches professionnelles. Par ailleurs, le droit intangible du salarié est de conserver la possibilité d'exercer une activité conforme à ses connaissances et à sa formation. Ainsi, plus la formation est grande, plus les juges admettent la licéité de la clause. Une clause qui placerait le salarié dans l'impossibilité absolue d'exercer de façon normale la seule activité qui soit conforme à sa formation professionnelle serait nulle.

L'intérêt de l'entreprise

La Cour de Cassation, dans un arrêt rendu le 14 mai 1992, décide que les employeurs ne peuvent, à défaut de stipulations conventionnelles comportant sur ce point des dispositions précises, insérer une clause de non-concurrence dans le contrat de travail de tout salarié, indépendamment de la nature de l'emploi, de la qualification et des fonctions de l'intéressé. Ainsi, "Mais attendu qu'ayant fait ressortir qu'en raison des fonctions du salarié, la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, la Cour d'Appel a pu décider que l'employeur ne pouvait pas se prévaloir de cette clause" (Cass. Soc., 14 mai 1992).

Sanctions de la violation de la clause

Domages et intérêts

La violation de la clause entraîne la perte de l'indemnité compensatoire qui constitue la contrepartie de l'interdiction de concurrence. En effet, si la validité de la clause n'est pas subordonnée à l'octroi au salarié d'une contre-partie pécuniaire, il faut réserver les cas où les dispositions des accords collectifs instituent une telle indemnité. En conséquence de la violation de la clause par le salarié, l'indemnité compensatoire est supprimée. Il peut aussi être condamné à payer des dommages et intérêts en réparation du dommage subi par l'ancien employeur.

Clause pénale

Les parties peuvent fixer de façon forfaitaire le montant de ces dommages et intérêts en accompagnant la clause contractuelle de non-concurrence d'une clause pénale. La Cour de Cassation a consacré la validité de l'évaluation préalable et forfaitaire des dommages et intérêts (Cass. Soc., 25 novembre 1970). L'article 1152 du Code Civil permet au juge d'augmenter ou de réduire d'office le montant de la peine stipulée par la clause pénale si elle est manifestement excessive ou dérisoire. L'appréciation du caractère excessif ou dérisoire de l'indemnité relève du pouvoir d'appréciation des juges du fond.

Interdiction de travailler

L'employeur peut également faire condamner sous astreinte le salarié à résilier le contrat de travail conclu avec un autre employeur en violation d'une obligation de non-concurrence. Il peut faire ordonner la fermeture du fonds de commerce ouvert en violation de la clause. Cependant, en présence d'une clause pénale, on peut se demander si elle sanctionne l'inexécution de l'obligation en elle-même, sans exclure le droit de faire cesser la violation de la clause, ou si le versement de l'indemnité convenue libère totalement le salarié. La Cour de Cassation a ainsi jugé qu'une clause fixant une indemnité en réservant les poursuites auxquelles pourraient donner lieu l'infraction à la présente clause n'autorisait pas l'employeur à obtenir, outre l'indemnité, la cessation sous astreinte de l'activité concurrentielle. Seule se trouvait réservée la possibilité d'une action complémentaire en détournement de clientèle ou en débauchage de personnel (Cass. Soc., 16 avril 1975).

Sanctions à l'encontre du nouvel employeur

Lorsqu'il a connaissance de la clause, il engage sa responsabilité vis-à-vis du précédent employeur. Sa responsabilité est une responsabilité délictuelle du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. Le bénéficiaire de la clause peut faire condamner le nouvel employeur à cesser d'employer le salarié. Cependant, sur le fondement de l'article 1229 du Code Civil, une Cour d'Appel a jugé que le nouvel employeur complice de la violation d'une clause pénale déjà sanctionnée à l'encontre du salarié ne pouvait être condamné qu'in solidum, le préjudice subi par l'ancien employeur ayant déjà été réparé (C A Angers, 6 mars 1989).

L'avantage de la clause de non-concurrence est donc de pouvoir faire cesser l'activité concurrente de l'ancien salarié. Cependant, il subsiste le problème de la clause pénale. En effet, une entreprise concurrente peut trouver avantage à payer le montant de la clause, à partir du moment où les juges peuvent décider que le versement de l'indemnité libère totalement le salarié.

Nous allons étudier maintenant deux autres clauses qui peuvent figurer dans le contrat de travail afin de renforcer les obligations du salarié vis-à-vis de l'employeur.

Le renforcement des obligations légales

Nous avons vu que le salarié est tenu pendant la durée de son contrat de travail par une obligation de fidélité et par une obligation de discrétion. Néanmoins, il peut être bon, pour rendre plus efficace la protection de l'entreprise vis-à-vis du salarié, d'insérer dans le contrat de travail des clauses qui renforcent ces deux obligations.

La clause de discrétion

A partir du moment où la loi impose de garder le secret de fabrication (article L 621-1 Code de la Propriété Intellectuelle et article 226-13 du Nouveau Code Pénal), et dès lors que la jurisprudence sanctionne le manque de discrétion, pourquoi introduire une clause en ce sens dans le contrat de travail? Parce que d'un point de vue pratique,

l'entreprise a tout intérêt à attirer l'intention du salarié sur le caractère secret de certaines informations.

Enfin, l'obligation de discrétion ne peut être générale, et elle est fonction des responsabilités du salarié. C'est pourquoi, une clause du contrat de travail par laquelle le salarié reconnaît que son poste exige la plus grande discrétion, est beaucoup plus contraignante pour ce dernier, surtout s'il s'agit d'un non-cadre, la jurisprudence étant plus sévère à l'égard des cadres supérieurs (Cass. Soc., 28 juin 1972).

Les manquements à l'obligation de discrétion sont sanctionnées par les règles du droit du travail, notamment par le licenciement pour faute grave; mais il n'est pas rare que la jurisprudence parle également de concurrence déloyale.

La clause d'exclusivité

Nous savons que le salarié est tenu par une obligation de fidélité qui lui interdit les agissements qui constitueraient une concurrence à l'égard de l'employeur. Cependant, l'employeur a tout intérêt à se prémunir contre les risques de concurrence pendant toute la durée du contrat de travail. La clause d'exclusivité est une clause par laquelle le salarié s'interdit l'exercice d'une activité professionnelle. En cas de non-respect de la clause, le salarié sera sanctionné et pourra être licencié. Ainsi peut être licencié pour faute grave un directeur technique qui, bien que lié par une clause lui interdisant d'entreprendre ou de réaliser pour son propre compte ou celui d'un tiers des affaires commerciales ou des études techniques, accepte un mandat d'administrateur dans une autre société, poste devant nécessairement le conduire à s'intéresser aux affaires commerciales et aux études techniques de cette société (Cass. Soc., 3 avril 1981).

On constate donc que le salarié joue un rôle clé en matière de protection de l'entreprise vis-à-vis des agressions de la part de la concurrence. La jurisprudence l'a bien compris puisqu'elle a fait naître depuis longtemps des obligations à la charge de ce dernier. Cependant une entreprise prudente renforcera sa protection par l'intermédiaire du contrat de travail et du règlement intérieur. Il faut bien sur tenir compte de certains principes qui permettent d'éviter les abus éventuels de la part de certains employeurs.