

LA CONFIDENTIALITE CONVENTIONNELLE

PAR

François Xavier TESTU

Agrégé des Facultés de Droit

Avocat à la Cour

Avertissement □: Le texte qui suit a constitué le support d'une intervention lors d'un colloque organisé par l'Université d'Angers sur le thème du secret ; une version écrite a été publiée à la Revue *Droit & Patrimoine* en 2002.

On a cherché plusieurs noms pour désigner l'état de nos sociétés contemporaines. Ce n'est plus la société industrielle, assurément celle du XIXe s. □; on a parlé de société post industrielle mais le *post quelque chose* n'a pas paru très positif. On a donc trouvé plus juste, au vu d'évolutions récentes□: *la société de l'information*.

Appellation positive, certes, mais peut être moins qu'il n'y paraît. Car l'information, ce n'est pas la vérité. Dans le meilleur des cas, l'information, c'est une petite parcelle de la réalité. Et des données éparses du réel ne donnent pas forcément une vision exacte de l'univers.

Il n'empêche que l'esprit ne progresse qu'à partir d'un minimum d'informations. Et de la même manière, les relations sociales j'y comprends les relations économiques ne se nouent qu'au vu d'un certain nombre de *données* réelles, ou perçues comme telles.

C'est pour cela que l'information a besoin d'être transmise□; telle est d'ailleurs sa nature□; elle est faite pour cela.

La transmission de l'information, c'est une chose□; sa publication, c'en est une autre□: si l'information est précieuse, si elle a une valeur pécuniaire, elle doit être transmise sans être divulguée.

Je parle donc ici d'une information dont la valeur est patrimoniale□: sa divulgation empêcherait alors à son détenteur d'en tirer profit. Les informations d'ordre extrapatrimonial, quant à elles, sont généralement protégées par le législateur ou la jurisprudence essentiellement au titre de la protection de la personnalité .

En revanche, les données à valeur pécuniaire, celles dont on parle ici, ne sont pas communément protégées par l'ordre juridique. Il y a bien entendu des exceptions□: les règles déontologiques propres à certaines professions□; ou encore la répression pénale du délit de divulgation de secret de fabrication de même, le droit anglais admet que l'obligation de

confidentialité soit implicite chaque fois que la discrétion est nécessaire à l'efficacité commerciale de l'accord... Mais on peut dire, sans trop schématiser, que dans la plupart des systèmes juridiques, et en particulier le nôtre, il n'existe pas en principe de protection légale de la donnée confidentielle et heureusement, sinon l'information ne pourrait pas circuler, et cela entraverait la pratique des affaires.

Le titulaire de ces données ne les protège contre le risque de divulgation que s'il le juge opportun, s'il le veut, et dans une mesure que sa volonté décidera en fonction de ses intérêts. La protection de ces données est donc essentiellement contractuelle.

Ainsi, dans de nombreux contrats, on trouve une clause de secret, qu'on a pris l'habitude de dénommer *Clause de confidentialité*.

Il arrive même que l'information doive être protégée en dehors de tout contrat, spécialement s'il n'y a pas d'autre convention entre celui qui transmet l'information, le donneur, et son receveur. Cela conduit à la conclusion d'un contrat spécifique, qui a pour seul objet de protéger l'information, et qu'on appelle généralement dans la pratique *Accord de confidentialité*. Ce sont eux qui posent le plus de problèmes rédactionnels, et c'est par eux que je vais commencer.

I. LES ACCORDS DE CONFIDENTIALITE

On évoquera successivement l'utilité des accords de confidentialité, et leur contenu.

L'utilité des accords de confidentialité

Pour faire comprendre dans quel type de cas la signature d'accords de confidentialité est opportune, on peut partir de deux exemples.

Le premier exemple est relatif aux cessions d'entreprise. Celui qui est intéressé par l'entreprise veut connaître ce qu'il achète. Cela suppose donc que le cédant lui livre des renseignements complets sur l'entreprise, ce qui comprend souvent des données confidentielles.

Dans ces conditions, on fait souscrire au cessionnaire pressenti un engagement de confidentialité, qui prend évidemment tout son sens pour le cas où les parties, en définitive ne feraient pas affaire, resteraient étrangères l'une à l'autre.

En vérité, chacun sait que, dans ce type d'hypothèse, l'accord de confidentialité n'est pas le seul élément du système. Les conseils du cédant préfèrent protéger directement

l'information, en lui faisant subir un traitement matériel qui l'édulcore□: ce traitement doit permettre au receveur de l'information de porter une appréciation économique et technique, sans que sa teneur soit complètement divulguée. C'est sur ce principe que sont organisées les *data rooms*, les salles de données, dans lesquelles les acheteurs intéressés prennent une connaissance exacte mais sélective des informations sur une base documentaire soigneusement établie avec interdiction de prendre des notes...

D'ailleurs, dans la première des phases précontractuelles, l'identité de l'entreprise n'est même pas révélée, ce qui inhibe l'utilité de l'information transmise.

Il n'empêche que l'organisation des salles de données n'empêche pas de faire souscrire un accord de confidentialité. Ce n'est cependant pas pratique, étant donné la masse des informations transmises□: on doit se contenter d'un engagement général qui n'est pas toujours significatif.

On peut certes faire un effort d'efficacité, et lister de manière plus ou moins précise les données protégées. Il convient en tout cas, dans une telle hypothèse, de ne pas laisser d'exemplaire de l'engagement de confidentialité dans les mains du souscripteur de l'obligation pour éviter des traces écrites des données. Cela est possible, dès lors que l'accord de confidentialité prend la forme d'un contrat unilatéral on n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 1325 et de la formalité du double original.

Pour prendre un second exemple, on peut mentionner un autre domaine dans lequel des accords de confidentialité sont systématiquement utilisés□: la recherche scientifique, ou plus exactement la R & D. On pensera particulièrement à la recherche pharmaceutique et aux biotechnologies.

Il faut rappeler le contexte□: en premier lieu, un domaine dans lequel tout va de plus en plus vite. Les chercheurs sont eux mêmes en compétition, et souvent ne veulent pas révéler leurs nouvelles directions de recherches. Car si le laboratoire concurrent a connaissance de ces pistes, il peut par induction brûler les étapes, et rattraper son retard. Cela fait que le monde de la recherche médicale ou biomédicale les enjeux financiers y sont considérables est devenu, plus que jamais, un monde du secret protégé.

Cela a dicté, par parenthèse, une modification des comportements juridiques. Il arrive aujourd'hui qu'un groupe de chercheurs ne dépose pas de brevet pour protéger une découverte brevetable, parce que cette divulgation révélerait la teneur de leurs dernières recherches□; cela pourrait mettre les autres sur la voie... On préfère organiser un secret total autour des dernières découvertes. Cela résulte d'une organisation matérielle du secret constitution d'un *Dossier technique secret* comme l'on dit par ex. au CNRS, mais aussi d'une organisation juridique du secret des informations.

Dans ce monde du secret bien gardé, les accords de confidentialité se multiplient.

Prenons l'exemple de deux entreprises de biotechnologies qui envisagent de conclure une convention de recherche.

Cela suppose qu'elles vérifient au préalable qu'elles sont capables de développer une synergie□; elles doivent donc se révéler mutuellement l'état de leur savoir faire, le niveau de leur recherche, éventuellement la direction de leurs investigations.

Cette révélation croisée, sur des sujets sensibles, va être protégée par la conclusion d'un accord de confidentialité qui correspondra cette fois à un contrat synallagmatique, et qui peut revêtir la forme plus complète et élaborée d'un *Technology Evaluation Agreement*.

Les exemples que j'ai pris montrent en tout cas que l'accord de confidentialité se justifie lorsque les parties sont en négociation, donc en phase précontractuelle, et que cette négociation suppose comme souvent, un échange d'informations sensibles.

Il faut donc avoir le réflexe d'établir ou de faire établir un tel contrat pour protéger une discussion utile et sereine.

Comment donc va se présenter l'accord de confidentialité ?

La teneur des accords de confidentialité

Les accords de confidentialité ne sont pas faciles à rédiger□; c'est un domaine dans lequel le praticien ne peut pas, autant qu'il le croit, se contenter de formules préétablies. Et l'on peut simplement ici donner des directives.

Tout d'abord un *Préambule* va indiquer le contexte dans lequel les parties concluent l'Accord de confidentialité. Cet exposé préalable est important comme dans la plupart des contrats, parce qu'en exposant l'origine factuelle de l'accord de confidentialité la *cause* de la convention, si l'on veut, il permet d'éclairer celui ci□; il aidera l'interprète à mieux comprendre la fonction de la protection, et donc, déjà, son objet et ses limites.

Un élément majeur tourne autour de la désignation de ce qu'on protège.

Que ce soit dans le préambule, ou au titre des définitions contractuelles comme les affectionnent les Anglo saxons, ou dans une stipulation du corps de l'acte, on va désigner l'information à protéger, non pas de manière spécifique, mais de manière générique. Ici, en effet, tout l'art du rédacteur consiste à désigner la chose c'est tout de même l'objet du contrat... sans encore en divulguer la teneur.

...Pour une raison chronologique simple□: si l'accord de confidentialité divulgue l'information protégée, il suffira au destinataire du projet d'accord de ne pas le signer, pour connaître l'information sans être tenu par un engagement de secret.

Il y aurait certainement des moyens de sanctionner une telle déloyauté, mais ce serait plus compliqué que par la voie contractuelle, et cela poserait des problèmes de preuve

On indique alors mais il est difficile de préciser en dehors du cas concret le *type* d'information que son détenteur entend transférer.

Par ex., on dit, vaguement □:

la Sté Y a développé certaines informations relevant de technologies et projets qui lui sont propres, qui sont restées confidentielles et n'ont pas été divulguées au public.

On peut cependant être un peu plus précis, par exemple □:

la Sté X a développé, dans tel domaine qu'on indique des procédés et des méthodes de ceci ou de cela qui lui sont propres □;

On peut même être très précis, si l'information à protéger peut être correctement individualisée sans être dévoilée à ce stade. Par ex. si l'on envisage de faire l'acquisition d'un produit qui serait utilisé dans un processus de production, sous réserve de connaître la composition de ce produit pour voir si son intégration dans le processus serait convenable, on pourra indiquer □: *l'information porte sur la composition du substitut de sérum nommé X.*

Si on ne peut pas être précis et c'est souvent le cas on prévoit dans l'accord de confidentialité que chaque donnée confidentielle sera signalée comme telle au moment de sa transmission.

La clause pourra alors être du type suivant □:

L'Information protégée devra être désignée comme confidentielle au moment de sa révélation, de la manière suivante □

si l'information se trouve incorporée sur tout support tangible cela vise par ex. une relation écrite, elle devra revêtir la mention expresse de sa nature confidentielle □

si l'information est révélée oralement, elle doit être présentée comme confidentielle au moment de cette révélation, et résumée par écrit avec l'indication Confidentiel dans les 8 jours suivant sa révélation orale.

Cela suppose évidemment une certaine discipline, ensuite, lors de la transmission des informations, mais c'est le seul moyen d'éviter les discussions sur l'objet exact de la confidentialité.

Quels sont les autres points que l'accord de confidentialité doit veiller à régler □?

a) Le processus de transmission des informations.

Une entreprise ou même un laboratoire éprouve toujours des difficultés à faire observer la confidentialité par l'ensemble de son personnel.

Si l'on reprend l'exemple de la recherche pharmacologique ou biomédicale, les chercheurs circulent, changent d'entreprise, sont détachés dans un autre laboratoire, consultent pour une entreprise distincte de leur Institut d'origine, etc.

Il est donc bon que l'accord de confidentialité précise nommément *qui*, de chaque côté, aura qualité pour transmettre les données, et pour les recevoir.

Il arrive qu'il soit indispensable de faire circuler l'information au sein de l'entreprise qui la reçoit□; la partie qui procèdera à cette diffusion s'engage alors, à l'égard de son cocontractant, à prendre toutes dispositions pour assurer la discrétion de ses préposés ou intervenants elle peut même s'engager à faire signer un engagement spécifique de confidentialité à toute personne qui serait en contact avec l'information pour les nécessités de son évaluation .

b) L'engagement de confidentialité lui-même□:

Evidemment, celui qui reçoit l'information s'engage à ne pas la divulguer□; c'est l'engagement de confidentialité proprement dit, mais souvent ce n'est pas suffisant pour une protection efficace. On trouve donc une clause complémentaire, dont la teneur est la suivante□:

les deux parties sont d'accord pour ne pas divulguer à des tiers l'existence du présent accord de confidentialité.

Souvent en effet, l'existence même du contrat doit rester secrète, parce que si une entreprise concurrente sait que les parties, qui ont parfois chacune leur spécialité, se sont approchées, cela peut lui donner des idées sur les directions de recherche.

Ainsi, l'accord de confidentialité est lui même confidentiel.

Il existe aussi un corollaire quasi constant de l'engagement de confidentialité, c'est l'engagement de celui qui reçoit l'information de ne pas exploiter celle ci dans son intérêt personnel.

Bien entendu, on peut autoriser des types d'expérimentations limitées, pour une période limitée.

On remarquera que c'est une manière, pour le détenteur de l'information, d'organiser contractuellement une sorte de propriété de l'information, alors même que celle ci n'est pas officiellement un objet de propriété intellectuelle.

On trouve même des stipulations précises sur cet aspect, par exemple celles qui énoncent que la révélation de l'information n'équivaut pas à une cession de l'information, ni à une licence sur l'information, et que plus largement elle ne confèrera aucun droit au receveur de l'information.

c) Quant à la durée de l'engagement de confidentialité.

Ici, on constate les pratiques rédactionnelles les plus variées. A vrai dire, cela dépend des secteurs économiques.

Dans les secteurs scientifiques où les informations son vite obsolètes, l'engagement de confidentialité est souvent conclu pour 5 ans ou moins. Dans d'autres domaines, pour 10 ans.

On peut aussi utiliser la clause suivante□:

L'engagement de confidentialité de celui qui aura reçu l'information durera tant que celui qui a transmis l'information y aura intérêt.

C'est la clause la plus protectrice, même si elle peut donner lieu à des problèmes d'interprétation.

En tout cas, il est clair qu'il faut toujours apporter une précision relative à la durée des engagements souscrits□; car si l'on ne dit rien, l'engagement de confidentialité risque de s'éteindre avec la durée de l'accord de confidentialité, qui a lui même une durée de vie limitée, liée à la phase de négociation.

d) Les causes d'exonération

Il s'agit d'évoquer ici la clause aux termes de laquelle les obligations prévues dans l'accord de confidentialité ne s'appliquent pas dans un certain nombre de cas, que l'on répertorie.

Généralement il s'agit des cas suivants□:

si le receveur prouve qu'au moment de la révélation de l'information, celle ci était déjà en sa possession□;

si l'information a été révélée au receveur par une tierce personne qui n'était tenue à aucun engagement de confidentialité□;

si l'information était connue du public en dehors de toute intervention du receveur.

ex. L'engagement de confidentialité ne portera pas sur les informations dont la partie qui les a reçues pourra prouver qu'elles sont du domaine public et qu'elles y sont tombées sans faute de sa part, ou qu'elle les détenait avant que l'autre partie ne les lui transmette, ou qu'elle les a reçues d'un tiers libre d'en disposer.

S'agissant de causes d'exonération profitables au receveur de l'information, la charge de la preuve lui incombera□; ce sera à lui de prouver que l'hypothèse litigieuse entre dans l'un des cas où l'engagement de confidentialité n'existe pas. La preuve sera souvent difficile, mais cela n'a rien d'anormal.

Il n'y a rien de remarquable à dire, pour le reste, sur la **question des sanctions**□: il s'agit de mettre en œuvre une responsabilité contractuelle.

Au fond, la question est classique□: les obligations mises en place sont des obligations d résultat, même si leur objet est négatif□ qu'il n'y ait pas de divulgation... .

LES CLAUSES DE CONFIDENTIALITE

On soulignera leur utilité, avant d'apporter des précisions sur leur rédaction.

r°) L'utilité des clauses de confidentialité

On peut donner quelques exemples de conventions dans lesquelles il est particulièrement utile d'inclure une clause de confidentialité.

les transactions□: pour cette raison simple que transiger, pour une entreprise, c'est instituer un précédent.

On peut penser en particulier aux transactions qui fixent les conditions financières auxquelles un dirigeant ou un salarié quitte une entreprise, à l'issue d'une négociation.

On doit aussi penser aux transactions en matière d'atteinte à l'environnement transactions conclues pour indemniser les victimes les clauses de confidentialité y ont la même utilité que celles qu'on vient d'évoquer : éviter l'institution d'un précédent. Ajoutons à cela que transiger en matière de responsabilité, c'est déjà s'admettre coupable, ce que le public interpréterait franchement comme une reconnaissance, avec tous les inconvénients d'image qui peuvent en résulter.

D'ailleurs l'entreprise qui transige dans ce contexte le fait généralement avant toute assignation, pour éviter la contre publicité qui résulterait d'une révélation du dommage et de ses causes.

La question se présente sous le même jour en matière de responsabilité du fait des produits.

les **conventions de recherche**□: la clause de confidentialité s'impose alors, pour des raisons évidentes□; on y ajoute constamment l'interdiction même de divulguer l'existence du contrat. Cela est aussi vrai de certains aspects des contrats d'essais cliniques.

les **contrats de travail**, lorsque le salarié est amené à travailler sur des questions sensibles.

En vérité, il paraît plus opportun de faire souscrire un engagement de confidentialité isolé, au moment où la mission devient confidentielle, mais l'employeur risque alors de ne pas y penser.

Certes, la jurisprudence sur le devoir de loyauté du salarié peut être mise en avant, mais l'engagement spécifique de confidentialité a des vertus préventives, et est souvent plus efficace l'obligation s'y trouve mieux délimitée qu'un standard moral...

les nécessités pratiques sont encore plus importante pour les **contrats de consultant**, lorsque le consultant n'est pas tenu par des règles déontologiques ex. chercheurs du secteur public embauchés comme "consultants" par des laboratoires privés .

Ce ne sont que des exemples.

Pour le reste, l'opportunité d'insérer une clause de confidentialité résulte d'une appréciation casuelle.

Par ex., une telle clause paraît *a priori* utile dans les **pactes d'actionnaires** ; mais dans de nombreux cas, les investisseurs exigeront de connaître tous les accords antérieurs entre associés. Aux Etats Unis, il est même interdit de ne pas révéler ce type d'information, de sorte que le pacte d'actionnaire fera nécessairement l'objet d'une certaine divulgation.

On peut dire enfin que le rédacteur de contrats peut assez naturellement **associer la clause de confidentialité à la clause compromissoire**.

Le succès croissant de l'arbitrage s'explique par plusieurs raisons, dont certaines tiennent aux défauts réels ou supposés de la Justice.

Mais l'une des raisons majeures du recours à l'arbitrage en droit interne, malgré ses coûts, reste la confidentialité qu'il assure, à la différence de la Justice étatique. Il est donc normal qu'une clause de confidentialité qui protège la teneur du contrat soit associée à ce souci de confidentialité dans le règlement des différends.

2°) La rédaction des clauses de confidentialité

Une clause de confidentialité est plus simple à rédiger que les accords de confidentialité au moins pour cette raison que le contrat lui même est conclu, et que l'on sait ce que l'on protège de toute divulgation.

Il suffit par ex. de dire, en substance, que

Les parties conviennent de conserver un caractère confidentiel au présent contrat.

On peut préciser□:

au contenu et à l'existence du présent contrat.

On peut étendre d'ailleurs l'obligation de confidentialité, disant que celle ci porte, non seulement sur le contrat en cause, mais aussi sur les documents qui seraient des actes d'exécution du contrat sauf évidemment ceux qui doivent être publiés □:

Les parties conviennent de conserver un caractère confidentiel au présent contrat...

... ainsi qu'à tout document qui pourrait en être la suite ou l'application, à l'exception des actes destinés à être publiés pour assurer leur opposabilité ou le respect d'une réglementation impérative.

On peut, par ailleurs, apporter une **précision utile sur le comportement interdit** par la clause de confidentialité□: ce n'est pas seulement le fait de révéler directement la teneur du contrat□; c'est aussi la révélation indirecte, spécialement la révélation causée par le fait que

l'une des parties violerait ses engagements contractuels, de sorte que l'autre serait légitimée à saisir la Justice, et révéler ainsi l'accord de confidentialité. Ce sera un chef de préjudice distinct, à réparer.

On peut à ce sujet fournir cet exemple de clause□:

Toute partie qui ferait perdre à ce document son caractère confidentiel, soit directement, soit en obligeant l'autre à le révéler du fait de l'inexécution de ses propres obligations, s'oblige à indemniser l'autre partie de tout préjudice légitime qu'elle aurait subi en conséquence directe ou indirecte de cette violation contractuelle.

Il faut enfin mentionner certaines **causes d'exonération**□:

Certes, l'obligation de confidentialité est instituée, mais on ne saurait exiger d'une partie qu'elle la respecte absolument en toute circonstance. Il faut en effet pouvoir s'expliquer se défendre même , en présence d'une demande de renseignement émanée d'une autorité légitime.

Je prendrai un seul exemple, celui de la rupture négociée d'un contrat de travail.

Le salarié obtient un montant global, qui a été fondé dans la négociation sur des chefs de préjudices différents indemnité de licenciement□; indemnité de préavis, indemnité de congés payés, indemnité de non concurrence□; indemnité visant à réparer un préjudice moral, etc. . Or ces diverses indemnités n'ont pas le même régime fiscal ni social. Au cas de contrôle de la part de l'administration fiscale ou de l'URSSAF, l'ancien salarié doit pouvoir produire la transaction, pour expliquer que l'entière somme qu'il avait reçue à l'occasion de son départ n'avait pas à être déclarée. Cela peut légitimer une clause de ce type□:

Chaque partie s'interdit de communiquer à quel que tiers que ce soit des éléments du contenu de la présente transaction, sans l'accord préalable de l'autre partie.

Cette interdiction ne vaut pas s'il s'agit de répondre à une demande de renseignements émanée de l'administration fiscale ou de l'URSSAF.

On élargit parfois □:

... s'il s'agit de répondre à une demande de renseignements émanée de toute autorité légitime.

Mais cela me paraît un peu vague, et risque donc de nuire à la sécurité de la transaction.

Il paraît plus sûr d'ajouter les autorités pénales à l'administration fiscale et à l'URSSAF.