



GRAPI

Confidentialité et protection des informations de l'entreprise

12 novembre 2013

Antoine de Brosses
Associé

Keller and Heckman LLP

17 square Edouard VII

75009 Paris

debrosses@khlaw.com

www.khlaw.com

Washington, DC • Brussels • San Francisco • Shanghai

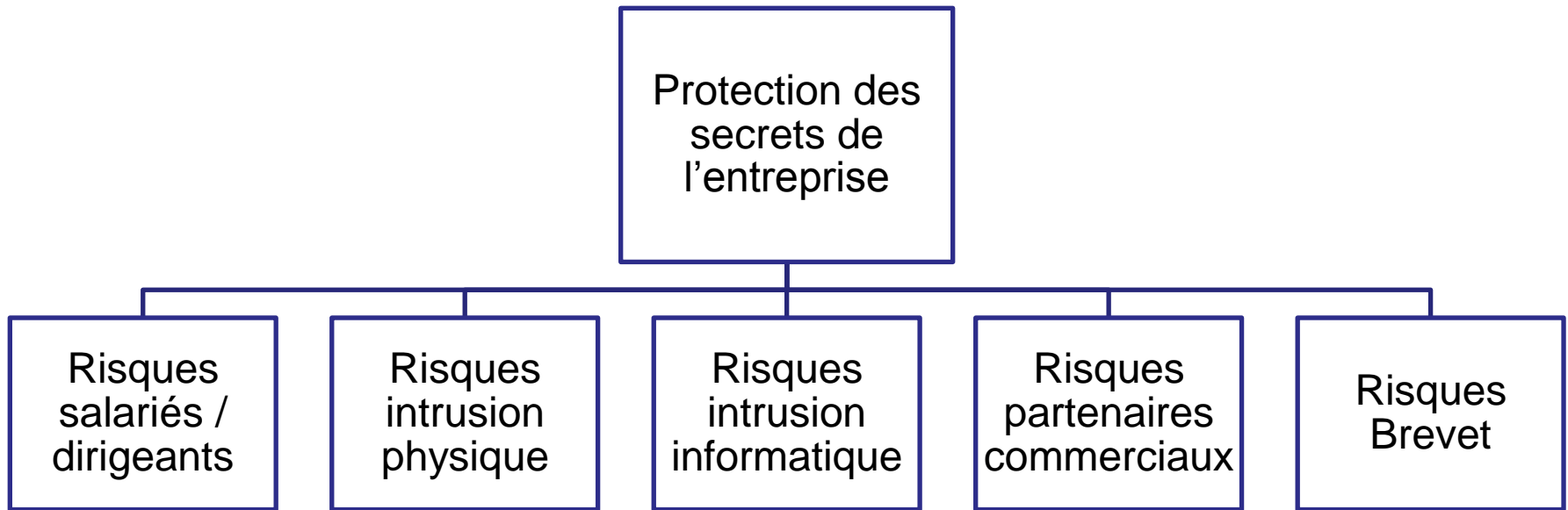
Introduction

- Importance économique du secret pour les entreprises

- Insuffisance des outils existants
 - Violation du secret professionnel : limité à certaines professions réglementées (médecin, avocat, etc.) (Article L. 226-13 du Code pénal)
 - Violation du secret de fabrique (Articles L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle et L. 1227-1 du Code du travail)
 - Abus de confiance (Article 314-1 du Code pénal) / Abus de biens sociaux (Article L. 241-3 4° et L. 242-6 3° du Code de commerce)
 - Vol (Article 311-1 du Code pénal)
 - Obligation de loyauté du salarié (Articles 1134 et 1135 du Code civil et L. 1222-1 du Code du travail)
 - Droit d'auteur (Article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle)
 - Violation / rupture des pourparlers (Article 1382 du Code civil)
 - Concurrence déloyale (Article 1382 du Code civil)

- Indispensable de contractualiser la protection du secret
 - Responsabilité du contrevenant plus facile à mettre en œuvre

Quels risques pour les secrets de l'entreprise?



RISQUES SALARIES

Moyens de contrôle au sein de l'entreprise

- Contrôle des emails professionnels
 - Sauf mention « personnel » l'email est présumé avoir un objet professionnel
- Contrôles des données dans l'ordinateur
 - Attention à respecter les garanties procédurales
- Contrôle des communications téléphoniques
- Les outils:
 - Règlement intérieur
 - Charte informatique
 - Contrat de travail

Contrat de travail : Clause de confidentialité

- Equivaut à une obligation de non-communication : l'employeur interdit au salarié de communiquer le savoir-faire qui lui a été transmis à l'occasion de son emploi
- Application pendant et postérieurement au contrat de travail
 - Soc. 19 mars 2008, n° 06-45322
- Sanctions :
 - Sanctions disciplinaires (pendant l'exécution du contrat)
 - Responsabilité contractuelle + dommages et intérêts (pendant et après contrat)
- L'ex-salarié conserve la liberté d'exercer son activité en concurrence avec le créancier de l'obligation
- Pas de limitation dans le temps ou dans l'espace

Contrat de travail : Clause de non-concurrence

- A différencier des clauses de confidentialité
- Implique l'interdiction de mettre en œuvre ces connaissances dans le cadre d'une activité concurrente
- Elle n'est pas forcément conditionnée par l'acquisition d'une connaissance ou d'un savoir-faire
 - Soc. 15 novembre 2005, n° 03-47546
- Engage la responsabilité contractuelle de l'employé
- Limitation dans le temps et dans l'espace + indemnité financière

Risques salariés

- A mettre en place :
 - Surveillance en interne
 - Clause de confidentialité
 - Clause de non-concurrence

Limites : espionnage des salariés
(Affaire IKEA)?

RISQUES INTRUSION PHYSIQUE

Risque d'intrusion physique

- Exigences des tiers
 - Bio-terrorism Act : exportations aux USA
 - Référentiels de la grande distribution pour les MDD (IFS 6, BRC 6)
- Les types de menaces
 - Contamination
 - Sabotage
 - Vols de savoir-faire

Risque d'intrusion physique

- Mesures de prévention
 - Constitution d'équipes de sûreté
 - Mesures :
 - Sécurisation du site et des accès
 - Accès aux services
 - Accès aux process
 - Stockage
 - Sécurisation des embauches – la cas du personnel temporaire
 - Sécurisation des achats

→ Audit → Dispositif de protection
→ Plan de continuité d'activité

RISQUES INTRUSION INFORMATIQUE

Risque d'intrusion informatique

- Risques
 - Accès aux informations
 - Destruction des informations
- Bonnes pratiques
 - Tests d'intrusion
 - Choix des mots de passe
 - Navigation sur Internet
 - Réseaux sociaux
 - Mobilité (ordinateur / tablette / téléphone portable)
 - Sanctions pénales spécifiques (Loi Godfrain)

Importance d'un audit de l'entreprise par un spécialiste
de la sécurité informatique

RISQUES PARTENAIRES COMMERCIAUX

Risques partenaires commerciaux

- Pendant la négociation / phase précontractuelle : les accords de confidentialité
- Pendant l'exécution du contrat : les clauses de confidentialité

Les accords de confidentialité : pourquoi?

- La transmission d'informations secrètes est indispensable avant la conclusion de certaines opérations :
 - Cession d'entreprises
 - L'acheteur veut connaître ce qu'il achète
 - Le cédant doit divulguer des données confidentielles sur l'entreprise
 - Solutions:
 - Accord de confidentialité : non pratique → qu'un engagement général
 - Traitement matériel de l'information pour éviter trop de divulgation: *datas room*
 - Recherche scientifique :
 - Ex. : Deux entreprises de biotechnologies qui envisagent de conclure une convention de recherche
 - La négociation de l'accord suppose un échange d'informations sensibles
 - Le devoir de secret est alors contractualisé

Les accords de confidentialité : contenu

- Préambule
 - Donne le contexte dans lequel les parties concluent l'accord
 - Important car éclaire sur l'origine factuelle de l'accord

Les accords de confidentialité : contenu

- La définition de l'objet de confidentialité :
 - Difficile de désigner la chose que l'on protège sans en divulguer la teneur
 - En effet, si l'accord divulgue l'information protégée, il suffira au destinataire de lire le contrat et de ne pas le signer pour connaître l'information
 - On peut rester relativement vague :
 - « *La société Y a développé dans le domaine X des procédures et des méthodes X relevant de technologies et projets qui lui sont propres, qui sont restées confidentielles et n'ont pas été divulguées au public.* »

Les accords de confidentialité : contenu

- La définition de l'objet de la confidentialité :
 - Etre précis et indiquer le produit concerné si seulement sa composition est confidentielle :
 - « *L'information porte sur la composition de X* »
 - Si pas de précision, peut prévoir dans l'accord que chaque donnée confidentielle sera signalée comme telle au moment de sa transmission
 - « *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, elle devra revêtir une 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 huit jours suivant sa révélation orale »*

Les accords de confidentialité : contenu

- Le processus de transmission
 - Le tiers peut être amené à transmettre l'information qu'on lui a révélé : à ses salariés, autres entreprises du groupe, sous-traitants etc.
 - Il est donc important de préciser qui aura qualité pour transmettre les informations et pour les recevoir.
 - La partie qui procède à la diffusion de l'information peut s'engager à prendre toute disposition pour assurer la discrétion de ses préposés ou intervenants (clause de porte-fort)
 - Difficile dans les cas où les chercheurs changent de labo, d'entreprise ou consultent pour une entreprise distincte

Les accords de confidentialité : contenu

- Engagement de confidentialité
 - Obligation de non-communication :
 - S’engage à ne pas divulguer l’information
 - Clause complémentaire : s’engage à ne pas révéler l’existence de l’accord de confidentialité lui-même
 - Obligation de non-exploitation
 - S’engage à ne pas exploiter l’information dans son intérêt personnel
 - Possibilité d’autoriser des expérimentations

Les accords de confidentialité : contenu

- Durée de l'accord :
 - Dépend du secteur d'activité
 - Dans secteurs scientifiques où l'info se démode très vite : 5 ans ou moins
 - Autres domaines : 10 ans
 - Autre possibilité : l'engagement dure tant que celui qui a transmis l'information y aura intérêt = clause la plus protectrice
 - Important de préciser une durée sinon l'obligation s'éteint avec l'accord (ex. à la fin des négociations).

Les accords de confidentialité : contenu

- Causes d'exonération
 - Cas dans lesquels l'accord peut ne pas s'appliquer:
 - Le receveur avait déjà l'information en sa possession
 - L'information a été révélée au receveur par une tierce personne
 - Charge de la preuve sur le receveur de l'information

Les accords de confidentialité : sanction

- Mise en œuvre de la responsabilité contractuelle
 - Exclusion de la responsabilité délictuelle : CA Paris 8 décembre 2004
- Obligation de résultat
- En l'absence d'accord de confidentialité
 - Responsabilité délictuelle : Com. 5 juillet 2006 n° 05-12193 : Co. 7 mars 2006 n° 04-17177

Les clauses de confidentialité : pourquoi?

- Contrats de franchise
 - Communication d'un savoir-faire qui doit être protégé
 - Le savoir-faire doit être réel sous peine d'annulation pour défaut de cause ou vice de consentement : Com. 14 septembre 2010, n° 19-17079
- Transactions
 - Permet d'éviter l'institution d'un précédent
 - Eviter la contre-publicité
- Conventions de recherche
- Contrats de consultant
 - Encore plus important que contrats de travail
 - Appréciation casuelle
 - Peut être associée à une clause compromissoire car l'arbitrage assure également la confidentialité

Les clauses de confidentialité : contenu

- Plus simple à rédiger qu'un accord de confidentialité
 - « *Les parties conviennent de conserver un caractère confidentiel au contenu et à l'existence du présent contrat... »*
- Etendre l'obligation de confidentialité aux documents / actes d'exécution du contrat
 - « *...ainsi qu'à tout document qui pourrait 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 ».*

Risques partenaires commerciaux

- A mettre en place :
 - Pendant les pourparlers : toujours conclure un accord de confidentialité
 - Une fois le contrat signé, insérer une clause de confidentialité
 - S'assurer que la durée de l'obligation est suffisante

RISQUES BREVET

Risques Brevet

- Une entreprise choisit de ne pas déposer de brevet pour protéger une découverte brevetable
- cette divulgation révélerait la teneur de ses dernières recherches
- Préférence pour organiser un secret total autour des dernières découvertes
 - organisation matérielle du secret (constitution d'un dossier technique « secret » par exemple)
 - organisation juridique du secret des informations entre chercheurs = accords de confidentialité

Perspective

- Proposition de loi relative à la protection des informations économiques :
 - « *Art. 226-14-1 (Code pénal)* – Est puni d'une peine prévue par l'article 314-1 du code pénal le fait pour toute personne non autorisée par le détenteur ou par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, de s'approprier, de conserver, de reproduire ou de porter à la connaissance d'un tiers non autorisé une information à caractère économique protégée ou de tenter de s'approprier, de conserver, de reproduire ou de porter à la connaissance d'un tiers non autorisé une information à caractère économique protégée. »
 - « *Art. 226-14-2.* – Sont qualifiées d'informations à caractère économique protégées, les informations ne constituant pas des connaissances générales librement accessibles par le public, ayant, directement ou indirectement, une valeur économique pour l'entreprise, et pour la protection desquelles leur détenteur légitime a mis en œuvre des mesures substantielles conformes aux lois et usages, en vue de les tenir secrètes.
 - Présente le caractère de détenteur de l'information la personne morale ou physique qui dispose de manière licite du droit de détenir ou d'avoir accès à cette information. »
 - « *Art. L. 1227-2. (Code du travail)* – Le fait, par tout dirigeant ou salarié d'une entreprise où il est employé de révéler ou de tenter de révéler une information à caractère économique protégée au sens de l'article 226-14-2 du code pénal, est puni de la peine prévue par cet article.
- Le texte a été voté en première lecture à l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012
- Il doit être examiné par la commission des lois constitutionnelles de l'AN



Merci

**Antoine de Brosses
Associé**

Keller and Heckman LLP
17 Square Edouard VII
75009 Paris
debrosses@khlaw.com

www.khlaw.com

Washington, DC • Brussels • San Francisco • Shanghai