

Tirage à part :

Entreprise et propriété intellectuelle

François Clément, Pierre-François Vulliamin (éd.)

Ralph Schlosser

**La protection
des secrets économiques**

La protection des secrets économiques

Ralph Schlosser

Docteur en droit, LL.M., avocat à Lausanne

I. Remarques liminaires

Pour rester concurrentielles, les entreprises se doivent d'innover : mise au point de nouveaux produits, amélioration de techniques de fabrication, conception de machines plus performantes. Pour l'essentiel, ces innovations valent ce que vaut leur protection. Dans ce contexte, il peut à première vue paraître surprenant de constater qu'une bonne partie des développements réalisés en entreprise ne font pas l'objet de brevets ou de designs. Les raisons de cette pratique sont à vrai dire diverses. Souvent, les conditions de l'enregistrement (singulièrement la nouveauté et l'originalité) ne sont pas réunies. Il arrive aussi que le savoir-faire mis au point paraisse certes brevetable, mais que l'on renonce au dépôt pour des raisons de coûts ou de stratégie¹. Enfin, il n'est pas rare que le défaut d'enregistrement procède d'une méconnaissance ou d'une négligence (le chercheur qui a mis au point une innovation ne songe pas à la faire protéger).

En tout état de cause, les sociétés regorgent d'informations, de techniques et de créations qui ne sont protégées par aucun droit de propriété intellectuelle. La caractéristique commune à de telles connaissances réside dans la confidentialité plus ou moins stricte qui les entoure. Leur valeur tient dans leur unicité ou du moins dans leur rareté² : si elles se répandent parmi les concurrents, elles perdent une large part de leur attrait.

L'intérêt des entreprises à la protection de leurs secrets économiques est donc évident. Le législateur a été sensible à ce besoin. Différentes lois définissent ainsi les conditions d'une telle protection. Un fondement essentiel tient dans la loi contre la concurrence déloyale, à laquelle on consacrera une bonne partie des développements de la présente étude (III). L'on abordera ensuite les normes susceptibles de fonder une responsabilité contractuelle (IV), avant de terminer par une présentation des dispositions pénales régissant la matière (V). Préalablement, il

¹ Sur les raisons qui peuvent pousser les entreprises à renoncer au dépôt de brevets, voir SCHLOSSER, p. 31 s.

² A propos de la rareté, voir DESSEMONTET, *Savoir-faire industriel*, p. 160 s.

paraît judiciaire d'examiner ce que recouvre le terme de « secret économique », ainsi que des notions proches, comme celle de « savoir-faire » (II).

II. Définitions

A. Secret économique

1. En général

Plusieurs dispositions légales ont pour objet la protection de secrets économiques³. Certaines de ces normes évoquent les « secrets de fabrication ou d'affaires » (articles 4 lettre c et 6 LCD, 273 CP, 321a alinéa 4 CO), alors que d'autres parlent de « secret de fabrication ou secret commercial » (art. 162 CP).

Selon la jurisprudence⁴, trois éléments caractérisent la notion de secret, indépendamment de la base légale : a) il porte sur des faits qui ne sont ni de notoriété publique ni facilement accessibles (2), b) son détenteur a la volonté de préserver la confidentialité (3) et c) il existe un intérêt légitime à sa sauvegarde (4).

2. Connaissance ni notoire ni facilement accessible

A première vue, l'exigence semble friser la tautologie : est secret ce qui n'est pas dans le domaine public. En réalité, les critères jurisprudentiels sont plus nuancés : on requiert à la fois l'absence de notoriété et la difficulté d'accès. Si la première condition est centrée sur le présent (combien de personnes sont-elles au courant de l'information à la date décisive ?), la seconde s'ouvre sur l'avenir (l'information est-elle aisément accessible, au point qu'il semble inévitable qu'elle se répande parmi le public ou les concurrents dans un futur plus ou moins proche ?).

Qu'entend-on plus précisément par « absence de notoriété » ? La doctrine n'est pas unanime à ce sujet. Si tous les auteurs s'accordent à considérer que le secret n'a pas à être absolu, les avis divergent quant au point de savoir *combien* de personnes peuvent le maîtriser sans qu'il perde son statut. Les uns estiment qu'une connaissance ne peut être qualifiée de secrète qu'aussi longtemps qu'elle reste l'apanage d'un cercle très restreint d'entreprises ; d'autres considèrent que l'on peut continuer à parler de secret en présence d'un savoir répandu parmi plusieurs concurrents, pour autant qu'il demeure inconnu d'une majorité des compétiteurs⁵.

³ J'emprunte le terme de « secret économique » à WENIGER, p. 124 ; cette notion englobe secrets de fabrication et secrets d'affaires.

⁴ ATF 127 IV 122 c. 1 (à propos de l'article 320 CP) ; ATF 103 IV 283 c. 2b (à propos de l'art. 162 CP) ; ATF 80 IV 22 c. 2a (à propos de l'article 162 CP).

⁵ Cf. les références citées chez SCHLOSSER, p. 49.

Une troisième thèse consiste à rejeter toute approche strictement quantitative⁶ : peu importe en définitive le nombre de personnes au courant de l'information ; pour qu'elle soit considérée comme secrète, il suffit qu'elle demeure difficilement accessible pour le non-initié⁷. Cette dernière approche semble la plus judicieuse, car elle permet d'appréhender l'ensemble des comportements inadmissibles, sans qu'il soit loisible à l'auteur de l'acte illégitime de tirer argument du caractère généralement répandu de l'information usurpée⁸. Elle correspond du reste à la tendance qui a cours sur un plan international et communautaire, où les textes topiques définissent le secret comme ce qui n'est pas généralement connu ou aisément accessible⁹.

Comment définir la « difficulté d'accès » ? Ce critère est l'expression d'un obstacle à la connaissance. L'accès peut relever de l'impossible, ou presque : le secret reste confiné aux quatre murs de l'entreprise au point que les tiers ne peuvent s'en approcher. Il est également concevable que l'information soit certes accessible à des tiers, mais seulement au prix d'un travail de développement propre¹⁰. Si le procédé de fabrication d'un produit disponible sur le marché peut être percé moyennant *reverse engineering*, tout dépend à mon avis de la facilité et du coût de l'opération : si l'ingénierie inverse est dispendieuse ou malaisée pour l'homme du métier¹¹, on doit admettre que le procédé demeure difficilement accessible¹² ; lors-

⁶ Voir DRUEY, p. 469 : « Es lassen sich (...) keine allgemein gültigen quantitativen Richtlinien festlegen (...) ». Dans le même sens : MEILLI, p. 10.

⁷ WENIGER, p. 148. Dans un sens proche : MEITINGER, pp. 119 et 125 s.

⁸ Voir DESSEMONTET, STWR IV, p. 830, N 68 : « ... une activité illégitime – espionner, violer un contrat – ne peut se justifier du simple fait que l'objet de cette activité est assez généralement connu ».

⁹ Au niveau communautaire, le savoir-faire secret est défini à l'article 1 chiffre 1 lettre i du règlement CE N 772/2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (JOCE N L 123 du 27 avril 2004, p. 11) comme ce qui n'est « pas généralement connu ou facilement accessible ». Sur un plan international, l'article 39 chiffre 2 lettre a ADPIC décrit les renseignements secrets comme ceux qui « ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ». Dans les deux cas, il suffit donc qu'une connaissance ne soit pas facilement accessible pour justifier de la qualification de secret. Voir cependant MEITINGER, p. 129 s., qui considère que cette différence grammaticale n'est pas significative, et qu'il faut en réalité lire dans le texte de l'ADPIC « et » plutôt que « ou ».

¹⁰ Cf. ATF 80 IV 22 c. 2a, référence que j'emprunte à WENIGER, p. 147.

¹¹ La difficulté d'accès se mesure à l'une des « personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question » (article 39 chiffre 2 lettre a ADPIC).

¹² Dans ce sens : DESSEMONTET, ADPIC, p. 101 : « La possibilité d'un reverse engineering confiant, tel que ceux qui permettraient de découvrir les particularités cachées d'un programme informatique par exemple, ne sera pas destructive du secret, aussi longtemps que la branche n'y a pas procédé sur une large échelle ». Voir aussi HEFERMETH/KOHLER/BORNKAMM, UWG § 17 Rdn. 8 : « Lässt sich das Betriebsgeheimnis [...] durch eine Untersuchung [...] des in den

que l'analyse du produit permet au contracte aisément et à moindres frais de découvrir la manière de le reproduire, on n'est pas en présence d'un secret¹³.

3. Volonté de conserver le secret

Selon le Tribunal fédéral, pour que l'on ait affaire à un secret, son détenteur doit avoir la volonté d'en préserver la confidentialité. En vérité, on ne devrait pas faire de cette exigence un élément de la définition du secret, mais bien plutôt une condition de sa protection.

Selon la jurisprudence, cette volonté doit être *reconnaisable*¹⁴, par exemple par l'apposition de la mention « secret » sur les documents¹⁵, l'insertion de clauses de confidentialité dans les contrats¹⁶ ou encore l'introduction d'un mot de passe pour l'accès aux fichiers informatiques. Pour plusieurs auteurs, cette exigence va trop loin, car les organes dirigeants des entreprises ne peuvent être tenus au courant de toutes les innovations qui sont créées et qui mériteraient de bénéficier du traitement réservé aux secrets¹⁷. L'objection est pertinente. On se contentera dès lors d'exiger du demandeur qu'il prouve qu'une *politique de confidentialité* est suivie dans l'entreprise¹⁸, ce qui suffira à démontrer la prise de « mesures raisonnables » au sens de l'article 39 ADPIC¹⁹. On se montrera cependant plus strict en matière de droit pénal : ainsi, la punissabilité d'un employé indelicat dépendra de mesures concrètes et visibles menées par l'employeur en vue de la sauvegarde des secrets d'entreprise²⁰.

Indépendamment de son caractère reconnaissable, la volonté de conserver le secret sera souvent difficile à établir. Pour tenir compte de cette difficulté, certains auteurs suggèrent de *présumer* l'existence d'une telle volonté, à charge pour le défendeur de chercher à renverser la présomption en démontrant qu'il y a eu (exceptionnellement) volonté de rendre l'information publique²¹. Pour ma part, je ne

vois pas ce qui empêche d'exiger du demandeur qu'il apporte la preuve des « mesures raisonnables » au sens où l'on vient de le voir ; l'instauration d'une présomption me semble difficilement compatible avec l'article 8 CC. Cela dit, lorsque le savoir concerné est considéré comme difficilement accessible, cette circonstance devrait la plupart du temps être indicative à elle seule de ce que des mesures de sauvegarde ont été prises²².

4. Intérêt légitime au secret

Pour le Tribunal fédéral, on n'est en présence d'un secret que si son détenteur peut se prévaloir d'un intérêt légitime. En réalité, comme la volonté de conserver le secret²³, l'intérêt légitime ne devrait pas faire partie de la définition du secret ; il s'agit bien plutôt d'une condition de sa protection²⁴.

La jurisprudence admet l'existence d'un tel intérêt légitime lorsque l'information concernée peut influencer sur le résultat commercial²⁵ ou lorsque sa divulgation serait de nature à accélérer l'apparition de produits concurrents ou à diminuer les frais de production des concurrents²⁶. De fait, il convient avant tout d'éviter que le détenteur d'un secret ne cherche à abuser de sa position en vue de nuire à un tiers²⁷. C'est pourquoi il convient de *présumer* l'intérêt légitime au maintien du secret²⁸, et exiger de celui qui le conteste d'en apporter la preuve.

Les situations où l'intérêt légitime fait défaut sont bien entendu rares, sinon théoriques. De fait, je n'ai connaissance d'aucune décision de justice qui aurait refusé la protection de la loi au détenteur d'un secret au motif de l'absence d'intérêt légitime. La question se posera plutôt au regard de la *présé des intérêts* à laquelle il y a lieu de procéder en présence d'un ancien employé désireux d'utiliser des connaissances acquises auprès de son employeur de l'époque²⁹.

B. Savoir-faire

Notion proche du secret économique, le savoir-faire ou *know-how* s'en distingue cependant à deux égards. D'une part, la plupart des auteurs considèrent que le savoir-faire n'a pas à être nécessairement secret ; il suffit qu'il soit difficilement accessible³⁰. D'autre part, le savoir-faire consiste dans une connaissance directement applicable pour la fabrication ou la commercialisation d'un produit ou pour

¹³ *Verkehr gebrachten Produkts erschliessen, ist es nur dann offenkundig, wenn jeder Fachmann dazu ohne grösseren Zeit-, Arbeits- und Kostenaufwand in der Lage wäre* ».

¹⁴ MEITINGER, p. 127 : « Erst das erwiesenermassen ohne grossen Aufwand mögliche reverse-engineering kann dazu führen, dass das Herstellungs-Know-how leicht zugänglich wird ». Voir aussi MEILL, p. 60. Cf. encore ci-dessous III.D.7, à propos de la durée de protection.

¹⁵ ATF 64 II 162 c. 7, « Maag-Zahnradler ».

¹⁶ WENIGER, p. 156.

¹⁷ DESSEMONTET, SIWR IV, p. 836, N 88.

¹⁸ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, N 24 ad article 6 ; WENIGER, p. 160 ; SCHNEIDER, p. 50. Cf. aussi MEILL p. 61.

¹⁹ DESSEMONTET, SIWR IV, p. 828, N 59 et p. 835, N 85.

²⁰ THOUVENIN, p. 236 N 601, relève avec raison qu'il n'y a pas une grande différence pratique entre les précautions raisonnables de l'article 39 ADPIC et la volonté de préservation du secret pouvant résulter des circonstances, condition posée par la jurisprudence helvétique.

²¹ Cf. AMSTUTZ/REINERT, N 17 ad article 162.

²² BAUDENBACHER/GLÖCKNER, N 24 ad article 6. Dans le même sens, pour le droit allemand : HERBERMEH/KÖHLER/BORKAKMA, UWG § 17 Rdn. 10.

²³ MEITINGER, p. 137 s.

²⁴ Cf. ci-dessus II.A.3.

²⁵ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, N 25 ad article 6.

²⁶ ATF 103 IV 283.

²⁷ ATF 80 IV 22 c. 2a.

²⁸ Cf. DESSEMONTET, ADPIC, p. 98.

²⁹ Dans ce sens, en droit du travail : ATF 127 III 310 c. 5a et les références citées.

³⁰ DESSEMONTET, SIWR IV, p. 839, N 100. A ce propos, voir ci-dessous, IV.B.2. Cf. SCHLOSSER, p. 34 s. et les références citées.

la prestation de services³¹, ce qui en exclut notamment les informations sur les activités ou les projets d'une entreprise (tels p. ex. les renseignements sur la situation financière d'une société ou sur l'imminence d'une fusion).

La première différence s'efface en vérité si l'on s'en tient à l'acceptation large du secret économique que je propose de suivre³², selon laquelle – rappelons-le – l'on consent à parler de secret dès que l'on est en présence d'une connaissance qui n'est pas facilement accessible (indépendamment du nombre de personnes qui la partagent).

En droit suisse, la distinction entre secret et savoir-faire est de toute manière quelque peu oiseuse, dans la mesure où le *know-how* ne fait l'objet d'aucune norme légale (contrairement au droit communautaire). Sa définition importera donc avant tout en matière contractuelle, lorsqu'on se demandera par exemple quelles sont les garanties découlant implicitement de tel contrat de savoir-faire ou quel est le sort de l'obligation de verser des redevances quand le savoir-faire tombe dans le domaine public.

C. Résultat du travail

Dans le contexte observé, le concept de « résultat du travail » est important. C'est celui employé par le législateur à l'article 5 LCD. Sa délimitation par rapport aux secrets économiques est délicate. On s'attèlera à l'étude de sa définition dans la rubrique correspondante, à laquelle on se permet ici de renvoyer³³.

III. Protection par le droit de la concurrence déloyale

A. Liberté d'imitation

Les lois de propriété intellectuelle fondent des droits exclusifs : la loi contre la concurrence déloyale réprime certains comportements³⁴. Il en découle une conséquence majeure s'agissant du sort réservé à l'imitation non autorisée : alors que pour les droits de propriété intellectuelle (principalement droits d'auteur, marques, brevets et designs), le principe est à l'interdiction de copier, la règle inverse prévaut en dehors des lois spéciales. Hors propriété intellectuelle, la liberté d'imitation est de mise, des circonstances spéciales étant requises pour rendre illécite l'acte de copier³⁵.

³¹ SCHLOSSER, p. 24 s. et les références citées ; WICKHALDER, pp. 35-37, qui parle de « *Anleitung zum Handeln* ».

³² Ci-dessus, II.A.2.

³³ Ci-dessus, III.D.

³⁴ Pour le droit d'auteur, voir CHERULLOD, *SNWR* II/1, p. 23.

³⁵ TF, *stc* I 2009, p. 793 c. 4.1, « *Maltesers/Kit Kat Pop Choc II* » ; ATF 116 II 471 c. 3a/aa, « *Yoko* » ; ATF 108 II 327 c. 5a, « *Lego/Suchard* ».

En bref, la *ratio legis* de cette différenciation est la suivante. Seules des innovations d'une certaine importance méritent une protection exclusive ; les créations qui n'atteignent pas ce seuil, en revanche, ne peuvent faire l'objet d'un monopole, sous peine d'engendrer une entrave intolérable au jeu de la concurrence³⁶. Si les premières justifient dès lors une réservation générale, les secondes ne seront protégées que contre certains comportements bien précis (espionnage, trahison, parasitisme etc.).

L'exclusion de tels ou tels biens immatériels du champ de protection des lois spéciales est certes sujette à caution³⁷, mais l'approche en tant que telle – à savoir l'existence d'un *numerus clausus* des droits de propriété intellectuelle³⁸ – n'est guère critiquable³⁹. De fait, les économistes montrent que la liberté d'imitation est bénéfique au fonctionnement d'une saine concurrence, car elle permet la diffusion d'innovations tout en induisant une baisse des prix⁴⁰.

Il importe cependant de poser des freins à l'imitation là où elle ne répond plus à des intérêts légitimes. La liberté de copier ne peut en effet subsister qu'aussi longtemps qu'elle ne fausse pas la concurrence (article 1 LCD). L'objection que les tribunaux opposent le plus souvent à l'imitateur qui clame le droit de copier tient dans la protection du public contre les *tromperies* : lorsque l'imitateur ne prend pas le soin de distinguer ses produits de ceux du concurrent (singulièrement par l'apposition d'une marque), il suscite un risque de confusion qui n'est pas admissible (article 3 lettre d LCD)⁴¹.

Un autre type d'objection – et nous en venons ici plus directement au sujet de la présente contribution – touche à la manière dont l'objet imité a été *appréhendé*⁴² : l'espionnage industriel n'est pas tolérable (article 6 LCD), pas plus que la rupture induite d'un rapport de confiance (article 5 lettre a et b LCD) ou l'incitation à trahir des secrets (article 4 lettre c LCD). Ces dispositions concernant toutes, de manière plus ou moins directe, la protection des secrets économiques, il convient de les étudier dans le détail.

³⁶ BERGER, pp. 7 et 8.

³⁷ Pour A. TROLLIER, *Numerus clausus*, pp. 771-774, c'est ainsi à tort que les instructions à l'esprit humain sont exclues des lois spéciales de propriété intellectuelle ; pour lui, cela s'explique simplement par l'absence de lobbying efficace. Voir aussi DAVID, *Numerus clausus*, p. 1406 s. ; PERRER, RDS, p. 208 ; JECKLIN, p. 155 s.

³⁸ La paternité de cette notion revient à A. TROLLIER, *Numerus clausus, passim*.

³⁹ Voir dans ce sens : JECKLIN, p. 158 ; DAVID, *Numerus clausus*, p. 1409 s. ; PERRER, RDS, p. 236.

⁴⁰ JENNY, *spéc.*, p. 103.

⁴¹ Cf. p. ex. ATF 116 II 471 c. 3a/aa, « *Yoko* ».

⁴² PERRER, RDS, p. 242, parle à ce propos de « *facteurs subjectifs* » de déloyauté, par opposition aux « *facteurs objectifs* » qui participent de la fonction distinctive du produit (p. 241).

B. Inciation à trahir ou à surprendre des secrets (article 4 lettre c LCD)

Aux termes de l'article 4 lettre c LCD, agit de façon déloyale celui qui « *finchéi des travailleurs, mandataires ou auxiliaires à trahir ou à surprendre des secrets de fabrication ou d'affaires de leur employeur ou mandant* ».

On se situe ici dans le contexte contractuel. Comme l'indique la note marginale, l'article 4 lettre c LCD prohibe en effet l'inciation à violer un contrat⁴³. De fait, les employés comme les mandataires sont soumis à une obligation de confidentialité, même lorsque le contrat ne le prévoit pas explicitement.

La loi proscriit l'inciation à violer l'obligation de confidentialité ; la simple exploitation de secrets spontanément divulgués, par exemple par l'ancien employé, reste en revanche intouchée⁴⁴. Il est question de « trahir » et de « surprendre » : la trahison vise la divulgation de secrets déjà connus du travailleur, mandataire ou auxiliaire, alors que l'action de surprendre consiste dans le fait de s'emparer d'un savoir non encore maîtrisé⁴⁵.

La preuve de l'inciation est le plus souvent difficile à apporter⁴⁶, contrairement à celle de la divulgation ou de l'exploitation du secret. C'est ce qui explique sans doute la rareté des décisions de justice en la matière.

C. L'exploitation ou la divulgation de secrets obtenus de manière induue (article 6 LCD)

L'article 6 LCD taxe de déloyal le comportement de celui qui « *exploite ou divulgue des secrets de fabrication ou d'affaires qu'il a surpris ou dont il a eu indûment connaissance d'une autre manière* ».

La déloyauté résulte ici de la conjonction de deux éléments : d'une part, un secret doit avoir été appréhendé de manière illicite ; d'autre part, la captation induue doit être suivie d'une exploitation ou d'une divulgation.

S'agissant de la première condition, la loi envisage d'abord l'action de « surprendre », par quoi est visée toute atteinte portée à la maîtrise de fait du détenteur d'un secret⁴⁷. Comme exemples, la doctrine cite le vol, les écoutes téléphoniques, la pénétration non autorisée dans une entreprise, l'espionnage informatique etc.⁴⁸. Il est ensuite question d'appropriations faites « d'une autre manière », notion qui recouvre notamment la réalisation de dessins ou de croquis par un salarié en vue d'une future activité ou l'obtention d'une connaissance à la suite de

l'acte d'espionnage d'autrui⁴⁹. La copie de dessins techniques par un employé en cours de relation contractuelle ne tombe en principe pas sous le coup de l'article 6 LCD⁵⁰, à l'inverse de la situation dans laquelle l'ancien employé se procure un accès à des informations secrètes après la fin des relations contractuelles⁵¹.

Secondement, l'article 6 LCD suppose que le secret capté de manière induue ait été exploité ou divulgué⁵². L'exploitation consiste dans toute utilisation économique du secret⁵³ ; la divulgation réside dans la transmission à un tiers non autorisé⁵⁴ qui a un intérêt à exploiter le secret ou à nuire d'une autre manière à son détenteur légitime⁵⁵.

D. L'exploitation du résultat d'un travail (article 5 lettres a et b LCD)

1. Généralités

L'article 5 LCD consacre la protection du résultat d'un travail. Alors que la lettre c concerne la reprise des prestations d'autrui par le biais de procédés techniques de reproduction, les lettres a et b visent les situations où une connaissance apprise dans le cadre d'une relation contractuelle ou précontractuelle est exploitée sans autorisation⁵⁶. Ce qui caractérise le comportement tombant sous le coup de l'article 5 lettres a et b, c'est la rupture de confiance qui en est à l'origine⁵⁷ ; ce qui fait l'essence du comportement visé par l'article 5 lettre c, c'est une forme de parasitisme⁵⁸. Dans un cas (lettres a et b), le produit de l'innovateur n'est en principe pas encore sur le marché ; dans l'autre (lettre c), il l'est.

On le voit, la situation visée par l'article 5 lettre c LCD ne concerne pas la captation de secrets (l'objet de la reproduction est librement accessible). Elle ne sera donc pas traitée dans la présente étude. En revanche, les lettres a et b nous intéressent au plus haut point : nous les examinerons donc plus en profondeur, en commençant par nous interroger sur la notion de « résultat d'un travail ».

⁴³ WENIGER, p. 209.

⁴⁴ OGer Appenzell Aussersihoden, sic i 2007, p. 458 c. 2.4, « *Exploitationschutzverbot* ».

⁴⁵ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N° 10.11, qui précisent que ce cas de figure relève de l'article 6 LCD même si les informations appréhendées après la fin du contrat étaient librement accessibles à l'intéressé du temps où il était encore au service de l'entrepreneur.

⁴⁶ A elle seule, la captation illicite n'est donc pas punissable : PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N° 10.04, qui réservent toutefois l'application de la clause générale dans les cas graves.

⁴⁷ WENIGER, p. 210 ; BAUDENBACHER/GLOCKNER, N° 64 ad article 6.

⁴⁸ BAUDENBACHER/GLOCKNER, N° 71 ad article 6.

⁴⁹ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N° 10.16.

⁵⁰ ATF 133 III 431 c. 4.5, « *Auf zu neuen Taren* ».

⁵¹ TF, arrêt 6S.684/2001 c. 1b ; TF, sic i 1999 p. 300 c. 2b, « *Siena II* » ; PERRER, CEDJ-DAC N° 11, p. 45 ; MEILLI, p. 76.

⁵² Cf. ATF 133 III 431 c. 4.5, « *Auf zu neuen Taren* ».

⁴³ FRICK, p. 107.

⁴⁴ FRICK, p. 108. Voir aussi MEILLI, p. 64 s.

⁴⁵ WENIGER, p. 207 s. ; WICKHALDER, p. 149 s. ; BAUDENBACHER/GLOCKNER, N° 73 ad article 4.

⁴⁶ FRICK, p. 112.

⁴⁷ WENIGER, p. 208 s.

⁴⁸ WENIGER, p. 209 ; BAUDENBACHER/GLOCKNER, N° 58 ad article 6.

2. *Le résultat d'un travail : délimitation par rapport aux idées*

A l'article 5 LCD, il n'est question ni de secret ni de savoir-faire, mais de « résultat d'un travail ». Que recouvre cette notion ?

Dans son Message, le Conseil fédéral définit le résultat du travail comme « le produit des efforts intellectuels et des dépenses matérielles »⁶⁵, par opposition aux simples idées, aux « étincelles » qui doivent pouvoir être exploitées librement⁶⁶. La loi donne comme exemples les offres, les calculs ou les plans.

Le mot « idée » est à vrai dire ambigu⁶⁷. Pour certains, cette délimitation a pour conséquence que l'on doit refuser la protection à des travaux qui n'en sont qu'à un stade embryonnaire⁶⁸. Pourtant, contrairement à la lettre c, les lettres a et b de l'article 5 LCD n'exigent pas du résultat du travail qu'il soit « prêt à être mis sur le marché ». Des esquisses, des projets, des pré-études sont dès lors parfaitement protégées⁶⁹; même un savoir-faire incomplet peut mériter protection⁷⁰. En matière de droit d'auteur, on se refuse d'ailleurs également à faire de l'avancement plus ou moins grand du processus de création un critère de protection, faute de quoi on en viendrait à exclure de la protection les résultats du travail de préconception dont on sait bien à quel point il peuvent se révéler précieux⁷¹.

On a pu dire aussi que l'idée consistait dans ce qui n'était pas encore fixé⁷². Certes, n'est susceptible d'être protégé que ce qui se matérialise d'une manière ou d'une autre⁷³. Mais de là à soutenir – comme le fait le Tribunal fédéral⁷⁴ – que les idées peuvent être exploitées librement par un tiers, même si elles sont fixées par la suite, c'est un pas que l'on se refusera de franchir. Sans cela, le simple fait que le résultat d'un travail n'ait pas été fixé par écrit (plan, fichier informatique etc.) l'exposerait à une copie libre. Or, s'il a pu être copié, c'est bien qu'il s'est matérialisé d'une manière ou d'une autre ! Le critère de la fixation n'est donc pas judicieux en tant que condition de la protection.

Ce que l'expression de « résultat du travail » exprime bien, en revanche, c'est que la protection n'intervient que là où il y a eu « travail », c'est-à-dire des efforts ou des dépenses⁷⁵. C'est ainsi qu'il convient à mon sens de comprendre le mot « idée » sous la plume du Conseil fédéral : le concept qui émerge sans effort aucun de l'esprit du créateur ne peut être qualifié de « résultat d'un travail », de sorte qu'il est exclu de la protection de l'article 5 LCD⁷⁶. A ce titre, le Tribunal fédéral a par exemple été amené à considérer que l'idée d'une aide en cas de panne telle que celle conçue par le TCS n'était pas protégée par le droit de la concurrence⁷⁷.

De même, le Tribunal supérieur d'Appenzell Rhodes Extérieures a estimé que ne tombait pas sous le coup de l'article 5 LCD la simple idée d'une soupape de protection contre les explosions, mais bien en revanche les feuilles de calcul portant sur la construction d'une nouvelle pièce de ce type⁷⁸.

L'exigence du « travail » revient à faire peu de cas du génie. Quelques secondes suffisent à PICASSO pour griffonner une colombe porteuse de paix. Cela le prive sans doute de l'application de l'article 5 LCD ; mais fort heureusement pas de celle de la loi sur le droit d'auteur...

On voit bien que l'article 5 LCD participe d'une autre logique que celle qui préside à la protection des œuvres littéraires ou artistiques. C'est le déploiement d'un travail créatif qui fonde la protection et non l'individualité du résultat de l'acte de création. Dans son arrêt « Siena », le Tribunal fédéral le dit très clairement : nul n'est besoin que le résultat du travail soit d'une originalité particulière pour que s'applique l'article 5 LCD⁷⁹. A juste titre, cette affirmation n'a guère suscité de contestation⁸⁰.

Une autre considération énoncée dans le même arrêt (et dans la même phrase) a en revanche déclenché une vague de critiques. Je veux parler de l'affirmation du Tribunal fédéral selon laquelle le résultat du travail n'a pas non plus à être secret. Cette problématique mérite que l'on y consacre une rubrique séparée.

3. *Le résultat du travail doit-il être confidentiel ?*a) *L'arrêt « Siena » et sa critique par la doctrine*

Dans l'arrêt « Siena II », le Tribunal fédéral a affirmé ceci : « L'art. 5 *ter* a LCD exige seulement que le résultat du travail ait été confié ; il ne requiert pas que ce résultat soit secret

⁶⁵ Message LCD, p. 1079. Dans le même ordre d'idées, on lit plus loin : « ... un certain effort intellectuel et/ou matériel doit nécessairement avoir conduit au résultat obtenu » (Message LCD, p. 1103).
⁶⁶ Message LCD, p. 1103.
⁶⁷ Voir déjà, pour le droit d'auteur, CHERPILLIOD, *Objet du droit d'auteur*, pp. 95 ss. : « La notion d'idée complète sans aucun doute parmi les vocables qui ont reçu les acceptions les plus variées ».
⁶⁸ PERRER, CEIDIDACN 11, p. 45.
⁶⁹ OGer Appenzell Auserroden, sic ! 2007 p. 458 c. 2.2, « *Explosionsschutzventil* » ; BAUDENBACHER, N 26 ad article 5. Voir p. ex. TF, sic ! 1999 p. 300, « *Siena II* », où le Tribunal fédéral a protégé des esquisses de montres-bracelet.
⁷⁰ DESSEMONTET, SIWR IV, p. 812 N 10.
⁷¹ Cf. CHERPILLIOD, *Objet du droit d'auteur*, pp. 32 ss.
⁷² TF, sic ! 1999 p. 300 c. 2b, « *Siena II* ».
⁷³ VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, N 1212.
⁷⁴ ATF 122 III 469 c. 8b, « *Chanel* ».

⁷⁵ Voir Appellationshof Bern, sic ! 2004 p. 125 c. 13, « *Datenblätter* », qui parle d'une « *quantitativer/vesi Minimum an Arbeitsaufwand* ». Dans le même sens à propos de la délimitation entre secrets et idées : DRUZY, p. 470 et 474 s.
⁷⁶ Voir WIMMER, p. 239 texte à n. 570 et la note.
⁷⁷ ATF 117 II 199 c. 2a/et.
⁷⁸ OGer Appenzell Auserroden, sic ! 2007 p. 458 c. 2.2, « *Explosionsschutzventil* ».
⁷⁹ TF, sic ! 1999 p. 300 c. 2g.
⁸⁰ Voir cependant l'opinion critique de BAUDENBACHER, N 24 et 25 ad article 5, qui voudrait subordonner l'application de l'article 5 LCD à l'existence d'une certaine « *Leistungsstärke* ».

ou d'une originalité particulière⁷⁵. Ce litige avait pour objet la copie du dessin d'une montre-bracelet inspiré de l'horloge de la « Torre del Mangia » à Sienne. La question de la confidentialité se posait, car la montre avait été présentée à une exposition à New York et avait figuré dans le catalogue new-yorkais de l'un des demandeurs⁷⁶.

Dans la remarque qui suit la publication de l'arrêt « *Siena II* » dans la revue *sic I*, Ivan CHERPILLOD critique l'approche du Tribunal fédéral. Pour lui, le fait d'accorder la protection de l'article 5 lettre a LCD indépendamment du point de savoir si le résultat du travail est ou non secret « aboutit à ce caractère résultat que celui qui s'est vu confier la réalisation d'un travail ne peut plus ensuite l'exploiter pour son propre compte alors que n'importe quel autre concurrent sera en droit de le faire ». Il faut donc bien, conclut CHERPILLOD, exiger que le résultat du travail revête « un certain caractère confidentiel », sans pour autant que l'on doive nécessairement être en présence d'un secret absolu⁷⁷.

Plusieurs autres auteurs ont repris cette critique à leur compte⁷⁸. Pour ma part, je puis aussi m'y rallier : une connaissance notoire ne peut être protégée que par une loi spéciale (p. ex. loi sur le droit d'auteur) ; faute de droit de propriété intellectuelle, c'est – comme on l'a vu⁷⁹ – la liberté d'imitation qui prévaut. Au demeurant, la nature confidentielle du savoir protégé par l'article 5 LCD découle déjà du texte légal, le mot « confié » présupposant que le résultat du travail n'est pas de notoriété publique⁸⁰.

On relèvera au surplus que la position de CHERPILLOD correspond en tous points à une argumentation émanant du Tribunal fédéral lui-même, dans une décision rendue quelque trente ans avant l'arrêt « *Siena* » en relation avec une machine à nettoyer les tripes : après la fin des relations contractuelles, a dit le Tribunal fédéral dans cette décision, l'auteur d'une idée de construction ne peut interdire à son ancien partenaire un comportement qu'il doit tolérer de la part de qui-conque ; la LCD ne peut donc intervenir lorsque le savoir-faire est tombé dans le domaine public⁸¹.

⁷⁵ TF, sic I 1999 p. 300 c. 2g.
⁷⁶ CJ Genève, sic I 1999 p. 247, « *Siena I* ».
⁷⁷ CHERPILLOD, Remarque, p. 302 s.
⁷⁸ BAUDENBACHER, N 31 *ad* article 5 ; JECKLIN, p. 109 s. ; WICKHALDER, p. 157.
⁷⁹ Ci-dessus, III A.
⁸⁰ OGer Bern, sic I 2009 p. 244 c. 3e, « *Expo 02-Karte* » ; OGer Appenzel Ausserehoden, sic I 2007 p. 458 c. 2.2, « *Explosionsschutzventil* » ; Bezirksgericht Zürich, sic I 2006 p. 112 c. 2.3.2, « *Plan für Implantate* » ; BAUDENBACHER, N 30 *ad* article 5 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 9, 09 ; GUBLER, p. 168 ; JECKLIN, p. 109.
⁸¹ ATF 93 II 272 c. 5, « *Kittelreinigungsmaschine* ».

b) Les présupposés d'une concurrence non faussée

Il reste cependant à se demander quel degré de confidentialité il y a lieu d'exiger pour que la protection de l'article 5 soit accordée. Les uns parlent de secret⁸², les autres de confidentialité⁸³, d'autres encore de caractère non généralement accessible⁸⁴.

Pour répondre à la question du degré de confidentialité que doit revêtir le résultat du travail pour être protégé au regard de l'article 5 LCD, il est impératif de s'interroger sur les prémisses d'une concurrence non faussée dans le contexte observé (article 1 LCD)⁸⁵.

Deux circonstances méritent d'être évoquées à cet égard : d'abord, la notion de *time lag*, puis celle des rapports de confiance.

1) *Time lag*

Lorsqu'un nouveau produit est lancé sur le marché, l'on observe une phase initiale durant laquelle le fabricant jouit d'une exclusivité de fait. Ce n'est qu'après un certain laps de temps que les imitateurs lui emboîteront le pas, s'ils jugent le produit prometteur ou s'il a fait ses preuves⁸⁶. Cette phase initiale, durant laquelle l'innovateur n'est pas concurrencé, est appelée « *time lag* »⁸⁷.

En l'absence de protection spéciale par une loi de propriété intellectuelle, c'est ce *time lag* qui tient lieu d'incitation à innover⁸⁸. Si la copie par les concurrents intervenait simultanément à la première distribution, les entreprises ne retireraient pas suffisamment de bénéfice des investissements liés à la mise au point d'un nouveau produit ; elles seraient nombreuses à couper court à leurs efforts d'innovation. Généralisée, une telle tendance se révélerait désastreuse pour la santé du marché⁸⁹. Un *time lag* suffisamment long est donc une prémisses essentielles au bon fonctionnement de la concurrence⁹⁰.

⁸² Bezirksgericht Zürich, sic I 2006 p. 112 c. 2.3.2 et 2.4, « *Plan für Implantate* » ; WENIGER, p. 214.
⁸³ GUYET, p. 214 ; GOLAZ, p. 276 ; K. TROLLIER, p. 975.
⁸⁴ BAUDENBACHER, N 30 *ad* article 5 ; WITBMER, p. 239.
⁸⁵ Voir dans ce sens GUYET, p. 213, qui relève que l'article 5 LCD ne protège pas directement le résultat du travail, mais pose en quelque sorte des « règles du jeu ».
⁸⁶ DESSEMONTET, SIWR IV, p. 808 parle joliment à leur propos de « temporisateurs », par opposition aux « novateurs » et aux « initiateurs ». Cela dit, la plupart des entreprises alternent entre les différentes attitudes, se montrant tantôt novatrices, tantôt imitatrices.
⁸⁷ JECKLIN, p. 26. On parle aussi d'avance technique initiale ou *headstart* (DESSEMONTET, Savoir-faire industriel, p. 152 s.), de *lead time* (REICHMANN, p. 2506), de *Vorpringszeit* (SCHUTTER, pp. 360 et 363) ou de *realisationszeit* (MEILLI, p. 93).
⁸⁸ JECKLIN, pp. 26 et 117.
⁸⁹ JECKLIN, p. 26 s.
⁹⁰ JENNY, p. 102, N 168 ; JECKLIN, p. 27 ; REICHMANN, p. 2507.

ii) Confiance dans les rapports contractuels et précontractuels

Comme on l'a vu⁹¹, en édictant l'article 5 lettres a et b LCD, le législateur a eu à cœur de sanctionner la rupture des rapports de confiance⁹². Une concurrence saine suppose que les acteurs économiques puissent entrer en relations contractuelles ou précontractuelles sans craindre que leur partenaire accapare les connaissances acquises à l'occasion de leur collaboration pour les utiliser à son profit sans autorisation et sans bourse délier.

c) La nature et l'étendue de la confidentialité

i) Principes

Nous avons désormais en main les outils qui doivent nous permettre de préciser la nature de la confidentialité devant entourer le résultat du travail pour qu'il mérite protection au regard de l'article 5 lettres a et b LCD.

La conjugaison des deux facteurs présentés à l'instant (*time lag*, confiance) nous enseigne ceci : il n'est pas admissible, car contraire au fonctionnement d'une saine concurrence, que des connaissances acquises auprès d'un concurrent à l'occasion de rapports privilégiés entretenus avec lui (relation contractuelle, pour-parlers) soient utilisées en dehors du cadre convenu et d'une manière à priver le détenteur légitime du *time lag* lié à la première mise sur le marché⁹³. A l'inverse, si le produit considéré a déjà été commercialisé par l'auteur de l'innovation, la situation est différente : lorsque l'innovateur a pu bénéficier des avantages de la première mise sur le marché, son ancien partenaire ne doit pas être placé dans une situation moins favorable que les autres concurrents, qui peuvent copier en toute légitimité les produits concernés.

Pour en revenir à la question de la confidentialité, celle-ci est avant tout détruite par la mise sur le marché. D'autres manières de rendre public le savoir concerné sont bien entendu concevables, comme par exemple sa description dans une publication largement diffusée. Mais pour que la confidentialité soit détruite, il faut en tous les cas que la divulgation ait rendu l'information *aisément accessible* aux milieux intéressés⁹⁴. De fait, les communications publiques n'ont pas *automatiquement* pour effet de faire perdre à la connaissance son caractère (relativement) confidentiel ; tout dépend de leur nature et de leur contenu. L'examen de quelques situations particulières permettra d'explicitier cette affirmation.

ii) Quelques situations particulières

a) Commercialisation. Si l'analyse d'un produit disponible sur le marché permet de le copier à moindres frais, il n'est plus confidentiel. Ainsi, lorsque le « résultat du travail » se résume à ce qui peut être découvert aisément par *reverse engineering*, il ne peut plus être protégé par le biais de l'article 5 lettres a et b LCD⁹⁵. Dans un tel contexte, la rupture de la confiance ne saurait à elle seule fonder la déloyauté, car on en viendrait sans cela à interdire à quelqu'un (soit l'ancien partenaire) ce que tous les autres acteurs économiques sont légitimés à faire. On retrouve ici la critique doctrinale de l'arrêt « *Siena II* », tout comme le raisonnement du Tribunal fédéral dans l'arrêt de la machine à nettoyer les tripes⁹⁶.

Deux réserves s'imposent toutefois. D'abord, comme on l'a dit, le « résultat du travail » doit se résumer à ce que le produit révèle ; le savoir-faire « enfoui », non détectable par ingénierie inverse, demeure protégé. Ensuite, l'activité de l'ancien partenaire doit intervenir à un moment où l'innovateur a déjà profité du *time lag* qui lui revient légitimement. On peut imaginer en effet que l'avantage dont dispose l'ancien partenaire (p. ex. parce qu'il détient les plans précis de la machine commercialisée) lui permette d'emboîter le pas de (trop) près au concepteur du nouveau produit, alors que le commun des concurrents ne peut être aussi rapide. L'innovateur est en droit de prétendre à une phase initiale « ordinaire ». Si l'ancien partenaire ne doit pas être défavorisé par rapport aux autres compétiteurs, il ne doit pas non plus mettre à profit ses connaissances privilégiées pour priver le créateur d'une part du *time lag* à laquelle il peut légitimement aspirer⁹⁷.

Il n'est pas inutile de se remémorer à cet égard un arrêt que le Tribunal fédéral a rendu en 1987 dans le cadre d'un litige opposant deux sociétés de production de rayonnages métalliques. La défenderesse avait contacté la demanderesse en vue d'une éventuelle collaboration ; elle avait obtenu de sa part de la documentation relative à ses produits et des échantillons de matériel ; la défenderesse avait ensuite mis en vente des rayonnages métalliques quasi identiques à ceux de la demanderesse. La défenderesse faisait valoir que les produits de la demanderesse étaient disponibles sur le marché. Le Tribunal fédéral a balayé l'argument au motif suivant : peu importe qu'il eût été loisible à la défenderesse d'acquiescer une étagère de sa concurrente et de la copier ; seul compte ce qui s'est réellement passé⁹⁸. Le raisonnement du Tribunal fédéral a été critiqué à bon droit⁹⁹. La défenderesse aurait pu fabriquer les mêmes rayonnages métalliques en copiant simplement ceux de la

⁹¹ Cf. *ci-dessus* III.D.1.

⁹² Voir TF, sic I 1999 p. 300 c. 2b, « *Siena II* » ; cf. aussi PERRIN, RDS, p. 243 s.

⁹³ Voir déjà ATF 77 II 263 c. 2c, « *Strassenhobel* » : « *Unter diesen Umständen widerspricht es dem gerechten Empfinden, dass der Beklagte, weil der Kläger gerade ihm das Vertrauen schenkte, diesen zum Teil um die Früchte seiner Konstruktionsidee soll bringen können* ».

⁹⁴ En cela, je rejoins le critère posé par BAUDENBACHER et WIMMER : cf. *ci-dessus*, III.D.3.b.

⁹⁵ Bezirksgericht Zürich, sic I 2006 p. 112 c. XIII/3.3, « *Plan für Implantate* » : « *Eine geheime Konstruktionsweise, die nicht patentrechtlich geschützt ist, wird spätestens dann gemittelt, wenn sie an einem Produkt ablesbar ist, das auf dem Markt gebracht wurde* ». Dans un sens proche : STRAUB, p. 19 ; DAVID, Lexikon, p. 122. Voir aussi *ci-dessus*, II.A.2.

⁹⁶ Cf. *ci-dessus*, III.D.3.a.

⁹⁷ Voir *ci-dessus*, III.D.7, pour ce qui est de l'estimation de la période de *time lag* légitime.

⁹⁸ ATF 113 II 319 c. 3c, « *Rayonnages métalliques* ».

⁹⁹ WENIGER, p. 215 ; GUBLER, p. 166.

demanderesse disponibles dans le commerce. On ne dénote dès lors aucune déloyauté, faute de confidentialité à violer.

Encore faut-il toutefois que la commercialisation intervienne à une échelle suffisamment importante pour être *décelable*. On doit en effet garder à l'esprit que le critère décisif tient dans la *facilité d'accès* pour les milieux intéressés, laquelle fait défaut lorsque le produit concerné est distribué en quantités réduites et sans campagne publicitaire digne de ce nom.

b) *Présentation publique* (foire, exposition etc.). La présentation du produit à une foire ne le rend pas *eo ipso* facile d'accès. Souvent, en effet, la divulgation d'un prototype lors d'une manifestation publique ne trahit l'intérêt d'aucun des participants, de sorte que l'innovation reste méconnue. Cette situation ne doit donc pas être traitée différemment de celle où le produit n'est pas sorti des quatre murs de l'entreprise. Le résultat du travail mérite protection tant qu'il n'a pas été *effectivement* remarqué par un ou plusieurs concurrents, lors d'une foire ou à l'occasion d'une divulgation quelconque (publication dans une revue, démonstration etc.)¹⁰⁰.

On peut par ailleurs rappeler, à cet égard, les circonstances de l'arrêt « *Siena* » : la montre avait été présentée lors d'une exposition à New York et avait figuré dans le catalogue new-yorkais de l'un des codemandeurs, ce en 1987 ; or, ce n'est qu'en 1996 que le défendeur a lancé son imitation¹⁰¹. Le résumé des faits dont on dispose ne dit rien de la période intermédiaire ; apparemment, il n'y a eu aucune commercialisation de montres du type de celle en jeu, ni par les parties ni par un tiers quelconque. Si ce présupposé est exact, on se trouverait bien dans l'hypothèse où la présentation à l'exposition de New York est restée inaperçue ou, du moins, est tombée dans l'oubli. Pour tout autre que le défendeur, qui s'était vu remettre en 1986 les dessins de la montre, le design de celle-ci était bien – faute de commercialisation – inaccessible. En pareille constellation, une protection est justifiée¹⁰².

D'une manière générale, il convient de différencier selon que le défendeur a lui-même pris connaissance de l'innovation litigieuse lors d'une foire (ou qu'il l'a obtenue d'une personne qui en a pris connaissance lors de la foire) ou si au contraire il se l'est vue transmettre par l'auteur de l'innovation à l'occasion de rapports privilégiés (contrat, précontrat). Dans le premier cas, on admettra en

¹⁰⁰ Voir ATF 77 II 263 c. 2c, « *Strassenhobel* », où le Tribunal fédéral a considéré que le fait que le fabricant ait présenté son modèle à des experts (« *Strassenfachmänner* ») et qu'il l'ait essayé sur la route ne le prive pas de la protection. Certes, comme le relève DRUEY, p. 456 s., les experts *pourraient* communiquer l'information aux concurrents de l'intéressé (je souligne). Mais la simple possibilité ne suffit pas. Seule compte la situation de fait : tant que les concurrents n'ont pas été effectivement mis au parfum, le procédé de fabrication demeure difficilement accessible.

¹⁰¹ CJ Genève, sic I 1999 p. 247, « *Siena I* ».

¹⁰² Contrairement à ce que soutient le Tribunal fédéral (sic I 1999 p. 300 c. 2g), la protection ne saurait toutefois être reconnue sans limite temporelle. On y reviendra : ci-dessous, III.D.7.

principe que le défendeur peut utiliser l'information librement, alors que dans la seconde hypothèse, on se demandera si la présentation à la foire a *concrètement* fait perdre à l'innovation son caractère confidentiel, ce qui suppose qu'elle ait été *effectivement* remarquée, puis utilisée ou diffusée¹⁰³.

Par ailleurs, comme je l'ai relevé à propos de la commercialisation, il se peut qu'une présentation publique, quelle qu'elle soit (présentation à une foire ou autre), ne révèle pas l'intégralité du secret de fabrication qui est à la base du produit.

c) *Echantillons*. Dans un arrêt relativement ancien, le Tribunal fédéral a condamné une société suisse de fabrication de textiles qui avait commandé des échantillons d'étoffes auprès d'une société italienne et avait commercialisé des habits comprenant des dessins similaires à ces échantillons. La défenderesse objectait que la demanderesse avait présenté ses modèles lors d'une foire à Francfort. Pour le Tribunal fédéral, cela n'était pas déterminant. Certes, la défenderesse aurait pu copier les étoffes sur la seule base de ce qu'elle avait vu à la foire : les échantillons lui ont toutefois grandement facilité la tâche¹⁰⁴.

Le critère mis en avant par le Tribunal fédéral a été critiqué¹⁰⁵. Il est vrai que si le défendeur était en mesure d'imiter les étoffes sur la base de ce qu'il a vu à la foire, sans qu'il lui soit nécessaire de disposer d'échantillons en guise de modèles, la protection de la LCD ne devrait pouvoir être accordée faute de confidentialité. Il en irait différemment si la seule vision d'un prototype à une foire n'en permettrait pas la copie ; en pareille hypothèse, si l'échantillon ou le modèle a été confié dans un contexte privilégié (singulièrement précontractuel), la protection s'impose.

d) *Absence de tout produit concurrent*. A mon avis, la *situation concurrentielle* ne peut être laissée de côté dans l'examen du cas d'espèce. Si le défendeur est le seul parmi tous les concurrents du demandeur à imiter les produits de ce dernier, il convient de s'interroger sur les raisons de cette circonstance. Sans que l'on doive y voir une présomption de l'exploitation induite d'informations privilégiées, une telle exclusivité de fait doit à tout le moins être prise en considération au titre de possible indice dans ce sens.

4. Dans le cadre de l'article 5 lettre a LCD, le résultat du travail doit avoir été confié

Dans le cadre de l'article 5 lettre a LCD, il faut que le résultat du travail ait été « confié » au défendeur.

Le Message du Conseil fédéral précisait déjà qu'il ne faut « pas donner trop d'importance » à cette notion¹⁰⁶. En particulier, nul n'est besoin que les parties aient été liées par une relation de confiance spéciale¹⁰⁷. Il suffit qu'une prestation

¹⁰³ Dans un sens proche, à propos du *reverse engineering* : MEITINGER, p. 126 s.

¹⁰⁴ ATF 90 II 51 c. 6, « *Stoffmuster* ».

¹⁰⁵ WENIGER, p. 215. Approuvant au contraire cette jurisprudence : GUBLER, p. 166.

¹⁰⁶ Message LCD, p. 1103.

¹⁰⁷ A. TROLLER, Leistungsschutz, p. 96.

confidentielle ait été remise à un tiers dans le cadre d'une relation d'affaires¹⁰⁸, alors qu'il était convenu ou sous-entendu qu'elle ne pouvait être transmise plus loin¹⁰⁹ ni utilisée en dehors du contexte envisagé¹¹⁰. Tel est par exemple le cas de documents se trouvant dans les locaux d'une entreprise ; ils sont réputés « confiés » aux employés même lorsque ceux-ci ne se les voient pas remettre en mains propres mais en prennent connaissance d'une autre manière¹¹¹.

A l'inverse, n'est pas « confié » le résultat de travaux de développement entrepris *en commun* par les parties ; à défaut de convention contraire, pareil résultat appartient en principe aux deux parties, chacune pouvant l'utiliser après la fin de la collaboration, faute de circonstances particulières¹¹². De même, la *réputation d'un produit* ne peut être remise à un tiers, de sorte qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'article 5 LCD¹¹³.

5. Dans le cadre de l'article 5 lettre b LCD, le résultat du travail doit avoir été remis ou rendu accessible de façon induue

La lettre b de l'article 5 vise la situation où le défendeur ne s'est pas vu confier le résultat du travail par le demandeur, mais par un tiers qui l'avait de son côté obtenu (directement ou indirectement) du demandeur.

A titre d'exemple, on peut citer les faits qui sont à la base de l'arrêt « *Sigma* » : l'horloger A., créateur du modèle de montre ingénieux, mandate le bijoutier F. en vue de la réalisation de la partie mécanique de la montre ; F., de son côté, fait réaliser un prototype par Y., qui prend contact avec X. pour des questions de technique ; c'est X. qui met sur le marché l'imitation objet du procès. Quoique le Tribunal fédéral ait subsumé le cas à l'article 5 lettre a LCD¹¹⁴, il s'agit typiquement d'une situation relevant de l'article 5 lettre b LCD, étant donné que le défendeur X. ne s'est pas vu remettre les croquis de la montre par le demandeur A.

Selon le texte de l'article 5 lettre b LCD, le défendeur doit avoir su que le résultat du travail lui a été remis ou rendu accessible indûment. En réalité, on doit se contenter de ce qu'il ait pu *discerner* la provenance illicéite¹¹⁵. Tel est le cas non seulement lorsque les documents remis comprennent la mention « confidentiel » ou le sceau de l'entreprise qui en est à l'origine, mais également

¹⁰⁸ WENIGER, p. 216.

¹⁰⁹ Cf. BAUDENBACHER, N 29 *ad* article 5.

¹¹⁰ Voir déjà ci-dessus III.D.3.a, où l'on a vu que le mot « confié » présuppose une certaine confidentialité.

¹¹¹ Bezirksgericht Zürich, *sic* l 2006 p. 112 c. XV/2.1, « *Plan für Implantate* ».

¹¹² TF, *sic* l 2001 p. 330 c. 3a/aa et 3b, « *Kantentimmmaschine* ». Cf. aussi CALAME/DE WERRA, p. 10.

¹¹³ ATF 122 III 469 c. 8h, « *Chanel* ».

¹¹⁴ TF, *sic* l 1999 p. 300, « *Sigma II* ».

¹¹⁵ Message LCD, p. 1103 ; WENIGER, p. 217. Cf. aussi RITSCHER, p. 68 s. : d'un point de vue subjectif, la méconnaissance par négligence de l'origine illicite de l'information doit suffire.

lorsqu'il résulte des circonstances que les documents peuvent difficilement émaner de celui qui les transmet¹¹⁶. On trait toutefois trop loin en imposant à celui qui se voit transmettre des plans ou croquis une obligation générale et automatique de se renseigner sur leur véritable auteur¹¹⁷.

Quant au caractère *indû* de la transmission, il résulte simplement de l'absence d'approbation (expresse ou tacite) de l'auteur¹¹⁸.

6. Exploitation du résultat du travail

L'article 5 LCD ne réprime que l'exploitation commerciale du résultat du travail d'autrui. L'utilisation à titre privé n'est donc pas visée¹¹⁹. Quant à la divulgation à un tiers, elle s'assimile à une exploitation à chaque fois qu'elle s'opère à titre onéreux¹²⁰. Le type d'exploitation importe en revanche peu¹²¹. Ainsi, il est notamment indifférent qu'il s'agisse d'une utilisation directe, d'une vente ou d'une cession d'usage¹²².

L'exploitation doit se faire de manière *indue* (article 5 lettre a LCD), ce qui est le cas à chaque fois qu'elle n'est pas autorisée¹²³.

7. Durée de la protection

L'article 5 LCD ne contient aucune règle concernant la durée de la protection. Est-ce à dire que la protection ne connaît aucune restriction temporelle ? Cela paraîtrait difficile à concevoir. Comme on l'a vu, l'application de l'article 5 lettres a et b LCD suppose en effet que l'on ait affaire à un savoir confidentiel ; or il est rare que le secret ne tombe pas, tôt ou tard, dans le domaine public¹²⁴. Au demeurant, il serait curieux que la LCD offre à cet égard une protection sans limite temporelle alors qu'à l'exception du droit des marques, toutes les lois de propriété intellectuelle prévoient une protection limitée dans le temps¹²⁵.

¹¹⁶ Bezirksgericht Zürich, *sic* l 2006 p. 112 c. 2.4, « *Plan für Implantate* » ; BAUDENBACHER, N 35 *ad* article 5. Voir aussi PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 9.14. On peut renvoyer par ailleurs aux remarques faites en relation avec la volonté de préserver la confidentialité : ci-dessus, II.A.3.

¹¹⁷ BAUDENBACHER, N 35 *ad* article 5. Voir cependant MARTIN-ACHARD, p. 80 : « Nous estimons que le concurrent, en cas de doute, devrait s'assurer de l'auteur des plans ».

¹¹⁸ Message LCD, p. 1103 ; GUYET, p. 213 ; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, N 1212 ; BAUDENBACHER, N 32 *ad* article 5 ; A. TKOLBER, *Leistungsschutz*, p. 96.

¹¹⁹ MARTIN-ACHARD, p. 79 ; WENIGER, p. 216 ; BAUDENBACHER, N 33 *ad* article 5 ; MEILL, p. 79.

¹²⁰ SCHNEIDER, p. 126 s. Cf. aussi BAUDENBACHER, N 32 *ad* article 5. Voir toutefois WENIGER, p. 216, pour qui la divulgation ne tombe jamais sous le coup de l'article 5 LCD.

¹²¹ GUYET, p. 213 ; BAUDENBACHER, N 32 *ad* article 5.

¹²² GUYET, p. 213.

¹²³ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 9.11 ; MEILL, p. 77.

¹²⁴ SCHNEIDER, p. 134 s.

¹²⁵ LAUX, p. 466.

Jusqu'ici, la question de la durée de protection a été soulevée avant tout dans le contexte de l'article 5 lettre c LCD.¹²⁶ Après avoir laissé la question ouverte,¹²⁷ le Tribunal fédéral a récemment tranché en faveur d'une limitation dans le temps. Plus précisément, le Tribunal fédéral retient que la protection de l'article 5 lettre c LCD n'est accordée qu'au plus longtemps que l'investissement de l'auteur du résultat du travail n'est pas amorti.¹²⁸

La théorie de l'amortissement n'est guère transposable aux situations relevant de l'article 5 lettres a et b LCD. En effet, cette approche repose sur la comparaison entre les investissements du défendeur et ceux du demandeur, car l'article 5 lettre c LCD ne trouve application qu'en l'absence de « sacrifice correspondant », c'est-à-dire seulement en cas de déséquilibre entre les investissements respectifs.¹²⁹ A l'inverse, l'article 5 lettres a et b LCD ne protège pas les investissements ou les prestations en tant que tels.¹³⁰ C'est l'essence même de la liberté de copier : « Une imitation n'est pas en soi un acte de concurrence déloyale, même si la réalisation originale est le fruit de nombreux efforts et a occasionné des frais importants »¹³¹ ; le fait de tirer profit des efforts déployés par un concurrent, de son travail ou de sa réclame n'est pas *ipso facto* prohibé par la LCD.¹³²

La délimitation doit dès lors s'opérer selon d'autres critères.¹³³ Ceux-ci s'inspireront des fondements de la protection et des buts poursuivis par la loi. Le principe est simple : la protection dure aussi longtemps que dure le secret. Mais cette règle connaît des dérogations, en amont comme en aval.¹³⁴

Concrètement, il convient de distinguer trois hypothèses bien distinctes :

a) *Le résultat du travail est tombé dans le domaine public sans la faute du défendeur.* L'hypothèse typique est celle où l'auteur de l'innovation met son produit sur le marché, étant par ailleurs présupposé que le procédé de fabrication peut être découvert relativement aisément moyennant ingénierie inverse. Il convient ici de se remémorer les réflexions doctrinales suscitées par l'arrêt « *Siena II* »¹³⁵ : on

¹²⁶ MELL, p. 84. Voir cependant TF, JdT 1952 I 200 c. 3b, « *Syrassenhöbel* », où la question s'est posée dans un contexte relevant de l'actuel article 5 lettre a LCD ; le Tribunal fédéral l'a laissée ouverte.

¹²⁷ ATF 118 II 459 c. 3d (encore que, plus loin dans le même arrêt [c. 4b], le Tribunal fédéral a reconnu que la protection de l'article 5 lettre c LCD ne saurait être illimitée !).

¹²⁸ TF, sic ! 2008 p. 462 c. 4.3, « *Arzneimittel-Kompendium II* ».

¹²⁹ Voir TF, sic ! 2008, p. 462 c. 4.3, « *Arzneimittel-Kompendium II* ».

¹³⁰ JECKLIN, pp. 100-103.

¹³¹ ATF 105 II 297 c. 4b, « *Monsieur Pierre* » ; ATF 104 II 322 c. 5b, « *Bata* ».

¹³² ATF 108 II 327 c. 5a, « *Lego/Suchard* » ; DAVID, Numerus clausus, p. 1408.

¹³³ D'un autre avis : SCHNEIDER, p. 137, pour qui la protection repose sur le souci de récompenser le demandeur pour les frais de développement qu'il a consentis.

¹³⁴ En amont : il est des situations où le défendeur doit être autorisé à utiliser le savoir-faire légitime quand bien même celui-ci est encore secret. En aval : il est des circonstances où la protection perdure (pendant un laps de temps limité) en dépit du fait que la connaissance est devenue généralement connue.

¹³⁵ Voir ci-dessus, III.D.3.a.

n'imagine pas que l'ensemble des concurrents soient admis à copier un tel produit en toute légitimité alors que le défendeur serait privé de cette possibilité du seul fait qu'il a eu, par le passé, un accès privilégié au savoir-faire concerné. Le défendeur doit au contraire être placé dans une position *équivalente* à celle de ses concurrents, sans pour autant être *avantagé* par rapport à eux. Or, le défendeur est souvent en mesure de réagir plus vite que le commun des concurrents, étant donné qu'il peut s'économiser la phase de tests liée au *reverse engineering* et à l'élaboration de son imitation. On ne saurait lui laisser les couettes franches à peine l'auteur de l'innovation aura-t-il mis son produit sur le marché, car la concurrence risque alors d'être faussée : en autorisant le défendeur à lancer son imitation sur le marché avant les concurrents, on risque de priver l'auteur de l'innovation de la période de *time lag* dont il doit légitimement pouvoir jouir.¹³⁶ Il convient donc de poser une interdiction dont la durée sera calquée sur le *time lag* devant revenir à l'innovateur.¹³⁷ Pour les concurrents non initiés, cette période est *naturelle* (c'est le temps qui leur est nécessaire pour réagir), alors que pour le défendeur, elle doit le cas échéant être *créée artificiellement* par le juge.¹³⁸ Il reste à se demander selon quels critères ce dernier déterminera la durée de la période d'interdiction. On aimerait idéalement pouvoir établir une période de *time lag* fixe ; cela a été proposé, au moins au titre de présomption, dans le contexte de l'article 5 lettre c LCD.¹³⁹ Une telle rigidité est toutefois incompatible avec les différences qui découlent de cas en cas de la nature du savoir et du marché.¹⁴⁰ Il s'agira donc dans chaque espèce de déterminer le *time lag* « naturel »¹⁴¹ en tenant compte de l'ensemble des circonstances. S'agissant d'une objection à soulever par le défendeur en vue de faire (intégralement ou partiellement) obstacle aux prétentions du demandeur, il lui appartient d'en apporter la preuve (article 8 CC).¹⁴²

b) *Le résultat du travail est tombé dans le domaine public par la faute du défendeur.* Non rarement, c'est la commercialisation de l'innovation du défendeur qui aura pour effet de faire perdre au résultat du travail son caractère confidentiel. Dans un arrêt ancien, le Tribunal fédéral a considéré que l'interdiction devait en pareille hypothèse être prononcée sans limite dans le temps, le défendeur n'étant pas admis à invoquer la perte de confidentialité qui lui est imputable : *nemo audiat pro-*

¹³⁶ Voir ci-dessus, III.D.3.c.ii(a).

¹³⁷ Le même type de raisonnement est développé dans le cadre de l'article 5 lettre c LCD par JECKLIN, p. 117. A propos du *time lag*, voir ci-dessus, III.D.3.b.i.

¹³⁸ Voir dans un contexte proche : Gerichtskreis VI Siguan-Trachselwald, sic ! 1999 p. 174 c. VII, « *Kataloge* », cité ci-dessus n. 148.

¹³⁹ FIECHTER, p. 201, qui suggère de présumer que l'amortissement est réalisé après cinq ans.

¹⁴⁰ Cf. SCHNEIDER, p. 139 ; BAUDENBACHER, N 75 ad article 5.

¹⁴¹ J'emprunte cette expression à JECKLIN, p. 117 ; cf. aussi REICHMANN, p. 2520, qui parle de « *natural lead time* ».

¹⁴² SCHMID, p. 21. Voir aussi HEFERMEL/KÖHLER/BORNKAMM, UWG § 4 Rdn. 9.78.

*prima turpitudinem allegans*¹⁴³. L'absence de toute limitation paraît toutefois excessive¹⁴⁴. D'abord, le défendeur doit être admis à reprendre la fabrication et la distribution de ses produits dès que l'auteur de l'innovation met lui-même sur le marché son propre produit, étant entendu qu'il faudra là aussi ajouter la période de *time lag* naturel, comme dans l'hypothèse qui précède. Ensuite, indépendamment de l'attitude du demandeur, l'auteur de l'acte déloyal doit être admis à ébaucher qu'il avait, préalablement à la remise des informations confidentielles objet du conflit, entrepris ses propres travaux de recherche et développement, lesquels auraient à un moment ou à un autre débouché sur l'innovation litigieuse¹⁴⁵. Si le défendeur parvient à rapporter cette preuve, la protection de l'article 5 lettre a ou b LCD doit prendre fin, à son égard, à la date probable (ou plutôt hypothétique) de la mise sur le marché du produit qu'il aurait développé.

c) *Le résultat du travail est demeuré confidentiel*. En principe, la protection dure aussi longtemps que le résultat du travail demeure confidentiel. Toutefois, là encore, le défendeur doit être admis à prouver qu'il a entrepris des activités de développement propres avant qu'il ait été mis en possession du savoir litigieux. Si le défendeur parvient ainsi à établir qu'il aurait développé le même savoir par ses propres travaux, l'interdiction prendra fin après l'écoulement de la période qui lui aurait été nécessaire pour achever ces travaux¹⁴⁶.

Comment le juge devra-t-il tenir compte, dans son jugement, de l'évolution de la situation après la fin du procès ? Deux situations doivent être distinguées :

- Si le résultat du travail est encore confidentiel au moment du jugement, le dispositif n'a pas à subordonner explicitement l'interdiction au maintien de la confidentialité. Pareille caution est sous-entendue. En effet, si le résultat du travail tombe dans le domaine public *postérieurement* au prononcé du jugement, le défendeur pourra s'opposer à son exécution en invoquant l'abus de droit¹⁴⁷. Et encore faut-il réserver le cas où la perte de la confidentialité est le fait du défendeur lui-même, car en pareille situation, comme on vient de le voir, l'interdiction survit quelque temps à la disparition du secret.

- Lorsqu'au contraire l'innovation n'est plus secrète à la date du jugement, singulièrement parce que le demandeur a mis son produit sur le marché, il en va différemment. L'interdiction est alors limitée, comme on l'a vu, à la durée du *time lag* naturel. Le jugement devra

¹⁴³ ATF 88 II 319 c. 2, « *Dunlopburg* ». Dans le même sens, à propos du travailleur indelicat : DESSEMONTET, ADPFC, p. 104.

¹⁴⁴ SCHNEIDER, p. 140. Voir aussi DAVD, *Lexikon*, p. 123 s., qui prône en pareille situation un « *neither/jähriges Verwendungsverbot* », sans toutefois préciser les critères permettant de fixer la durée de l'interdiction.

¹⁴⁵ SCHNEIDER, p. 140.

¹⁴⁶ SCHNEIDER, p. 139.

¹⁴⁷ Dans ce sens pour le droit allemand : HEFERMELH/KÖHLER/BORNKAMM, UWG § 17 Rdn. 64.

en pareil cas restreindre l'interdiction en conséquence (à supposer que le défendeur ait prouvé le bien-fondé d'une telle limitation). Lorsque le défendeur a mis ses produits sur le marché de manière prématurée, mais qu'il apparaît qu'au moment du jugement, la période de protection a pris fin, le juge pourra *rétablir* un juste équilibre en prononçant une interdiction limitée au laps de temps situé entre la date de la commercialisation (par hypothèse prématurée) et celle à partir de laquelle les ventes sont devenues licites (p. ex. par écoulement de la période de *time lag*)¹⁴⁸, ce aux conditions de l'article 43 CO¹⁴⁹.

IV. Protection par le droit des contrats

A. Les accords de confidentialité

Les clauses de confidentialité sont régulièrement insérées dans des contrats commerciaux tels que contrat de travail, accord de licence, contrat d'entreprise, convention de *joint venture* etc.¹⁵⁰. Souvent les parties concluent aussi des accords de confidentialité autonomes.

On sait l'importance pratique de ce type de conventions. Les négociateurs ne sauraient dès lors en sous-estimer la portée et devront attacher grand soin à leur rédaction. Ce n'est pas le lieu ici d'analyser ces conventions en détail ; on se permet de renvoyer le lecteur aux contributions qui traitent du sujet¹⁵¹.

En l'absence de clauses spécifiques, ou lorsque les conventions sont lapidaires sur certains points, on se tournera vers les lois à la recherche d'une réglementation supplétive. Celle-ci existe en droit du travail et pour le contrat d'agence. On se propose de présenter brièvement les dispositions topiques.

¹⁴⁸ Voir Gerichtskreis VI Signau-Trachselwald, sic I 1999 p. 174 c. VII, « *Kataloge* » : après la fin d'un contrat de distribution exclusive, l'intimée avait lancé ses propres produits sur le marché ; elle l'avait fait quatre mois après la fin des relations contractuelles, alors qu'il lui aurait fallu en temps normal six mois pour préparer une telle entrée sur le marché ; la cour a dès lors prononcé une interdiction provisionnelle d'une durée de deux mois.

¹⁴⁹ ALDER, p. 175 s.

¹⁵⁰ DESSEMONTET, ADPFC, p. 93.

¹⁵¹ Cf. plus particulièrement DESSEMONTET, *Accords de confidentialité, passim*.

B. Droit du travail (article 321a alinéa 4 CO)

1. Obligation de confidentialité pendant les relations de travail

Pendant la durée des relations de travail, l'obligation de confidentialité de l'employé est absolue¹⁵² : « ... le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur » (article 321a alinéa 4, 1^{ère} phrase CO).

D'une manière similaire à ce qui prévaut dans le contexte de l'article 5 LCD¹⁵³, le devoir de confidentialité porte sur tout secret porté à la connaissance de l'employé dans l'exercice de son travail, fût-ce par hasard¹⁵⁴.

2. Obligation de confidentialité post-contractuelle

Après la fin du contrat, en revanche, la loi prévoit une obligation de garder le secret uniquement « en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur » (article 321a alinéa 4, 2^{ème} phrase CO). Il en découle deux différences par rapport au devoir de discrétion que l'employé doit observer pendant la durée du contrat :

a) *Interdiction de divulgation et non d'exploitation.* L'article 321a alinéa 4 CO impose uniquement l'obligation de « garder le secret » après la fin des rapports de travail, alors que pendant la durée du contrat il prohibe la révélation et l'utilisation. La doctrine dominante en déduit qu'après la fin du contrat, l'ancien employé a seulement l'interdiction de divulguer les secrets de son ancien employeur, sans être empêché de les utiliser¹⁵⁵. Il en découle que l'intéressé peut par exemple entrer en contact avec les clients de son ancien employeur, sans que l'éventuel caractère confidentiel de la liste de clients ne soit de nature à y faire obstacle¹⁵⁶.

b) *Interdiction assouplie.* L'ancien travailleur ne demeure soumis à un devoir de discrétion qu'« en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur » (article 321a alinéa 4 CO). Certes, la protection des secrets pendant la durée du contrat est également soumise à l'existence d'un intérêt légitime. Mais la différence tient en ce que l'intérêt légitime est préssumé pendant la durée des rapports

contractuels, alors que l'ancien employeur doit l'établir pour la période post-contractuelle¹⁵⁷. On procédera à cet égard à une *présé des intérêts* en présence¹⁵⁸.

L'article 321a alinéa 4 CO est de droit dispositif¹⁵⁹. L'employeur peut donc songer à renforcer la protection des secrets moyennant l'insertion d'une réglementation idoine dans le contrat de travail. On conseille à l'entreprise de préciser l'étendue de l'obligation de discrétion et de définir les éléments sur lesquels elle porte¹⁶⁰. L'employeur peut en particulier songer à préciser que l'employé est soumis, après la fin du contrat, non seulement à une interdiction de divulgation des secrets, mais également à une prohibition de les exploiter. En tout état de cause, il est par ailleurs possible d'assortir l'interdiction d'une peine conventionnelle¹⁶¹. La clause de discrétion insérée dans le contrat revêt l'avantage supplémentaire d'attester la volonté de conserver le secret, qui est l'une des conditions de sa protection¹⁶².

Selon le Tribunal fédéral, les limitations post-contractuelles de la liberté économique du travailleur doivent être soumises à la réglementation des articles 340 et suivants CO concernant les interdictions de concurrence, applicable par analogie¹⁶³. Il semble bien que le Tribunal fédéral ait entendu poser là un principe tout absolu, valant également pour l'obligation de discrétion. De son côté, la doctrine se montre plus nuancée, n'admettant l'application analogique des articles 340 et suivants CO aux clauses de discrétion post-contractuelles que dans l'éventualité où leurs effets s'apparentent à ceux d'une interdiction de concurrence¹⁶⁴.

C. Droit du contrat d'agence (article 418d alinéa 1 CO)

Aux termes de l'article 418d alinéa 1 CO, « [l'agent] ne peut, même après la fin du contrat, utiliser ou révéler les secrets d'affaires du mandant qui lui ont été confiés ou dont il a eu connaissance en raison du contrat ».

L'obligation de discrétion post-contractuelle de l'agent va donc plus loin que celle du travailleur à deux égards : d'une part, elle porte non seulement sur la divulgation mais également sur l'utilisation et, d'autre part, elle n'est pas sujette à une balance des intérêts.

L'obligation ne cesse que si l'ancien mandant n'a plus la volonté de maintenir le secret ou si l'intérêt au maintien a disparu, p. ex. parce que l'état de la technique a rendu le procédé obsolète¹⁶⁵. Par essence, l'obligation prend fin lorsque le

¹⁵² WYLER, p. 111 ; RICKENBACH, p. 124. L'emploi du qualificatif « absolu » a été critiqué, au motif que le devoir de discrétion n'existe que pour autant que l'employeur ait un intérêt légitime au secret : FRICK, p. 27 s. C'est exact. Toutefois, l'intérêt légitime est préssumé, comme on l'a vu (ci-dessus, II.A.4), de sorte que les cas où l'employé est dispensé de l'obligation de confidentialité durant les rapports de travail demeurent exceptionnels. *De facto*, on est donc bien en présence d'un devoir de discrétion (quasi) absolu.

¹⁵³ Cf. ci-dessus, III.D.4.

¹⁵⁴ WYLER, p. 111 s. ; RICKENBACH, p. 123 s. Pour le surplus, on renvoie aux développements consacrés à la définition du secret : ci-dessus, II.A.

¹⁵⁵ FRICK, p. 30 et les références citées à n. 122 ; WICKHALDER, p. 81 s. ; RICKENBACH, p. 125. D'un avis nuancé, récemment : RUDOLPH, p. 100 s.

¹⁵⁶ Obergericht Zürich, 13 octobre 2003, JAR 2005 p. 484 c. 3b.

¹⁵⁷ WICKHALDER, p. 80 et les références citées ; RICKENBACH, p. 125 s.

¹⁵⁸ FRICK, p. 29 s. ; RICKENBACH, p. 126 s.

¹⁵⁹ ATF 117 II 72 c. 4a.

¹⁶⁰ WICKHALDER, p. 85.

¹⁶¹ RICKENBACH, p. 129.

¹⁶² Cf. ci-dessus, II.A.3.

¹⁶³ ATF 130 III 353 c. 2.1.1 (à propos d'une interdiction de débauchage).

¹⁶⁴ WICKHALDER, p. 85 s. ; FRICK, p. 81 s.

¹⁶⁵ DREYER, N 5 *ad* article 418d.

savoir tombe dans le domaine public¹⁶⁶, du moins lorsque tel est le cas sans la faute de l'ancien agent¹⁶⁷.

V. Protection par le droit pénal

A. La violation du secret de fabrication ou du secret commercial (article 162 CP)

Aux termes de l'article 162 du Code pénal, est punissable de l'emprisonnement ou de l'amende « *celui qui aura révélé un secret de fabrication ou un secret commercial qu'il était tenu de garder en vertu d'une obligation légale ou contractuelle* » (alinéa 1), de même que « *celui qui aura utilisé cette révélation à son profit ou à celui d'un tiers* » (alinéa 2).

1. Révélation du secret (article 162 alinéa 1 CP)

La première situation visée est celle de la *divulgaration* du secret en violation d'un devoir de discrétion (article 162 alinéa 1 CP). Ce devoir peut résulter soit de la loi, soit d'un contrat. Pour ce qui est de la loi, les fondements sont avant tout ceux examinés plus haut, à savoir les articles 321a alinéa 4 CO (droit du travail) et 418d CO (contrat d'agence)¹⁶⁸. Selon le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine, les obligations contractuelles peuvent, quant à elles, être soit explicites, soit implicites¹⁶⁹; pour d'autres, seule la violation de clauses de confidentialité expresses peut conduire à une condamnation¹⁷⁰. Cette dernière position me paraît bien rigide; si le contexte rend évidente l'existence d'une obligation de discrétion (comme c'est le cas en présence de contrats de savoir-faire, de recherche et développement ou de mandat par exemple¹⁷¹), rien ne devrait s'opposer au prononcé d'une sanction pénale.

Est punissable la révélation du secret, c'est-à-dire le fait de le rendre accessible à un tiers non autorisé¹⁷². L'exploitation induite par la personne soumise au secret ne tombe en revanche pas sous le coup de l'article 162 CP¹⁷³. En particulier, le

simple fait qu'une personne preme contact avec le client de son ancien employeur ne relève pas de l'article 162 CP, seule la divulgation à son nouvel employeur de ses connaissances relatives aux clients de l'entreprise concurrente pour laquelle il a précédemment travaillé est susceptible d'entraîner l'application de cette disposition légale¹⁷⁴.

2. Exploitation de la révélation du secret (article 162 alinéa 2 CP)

L'article 162 alinéa 2 CP permet de s'en prendre à celui qui met à profit la révélation visée à l'alinéa 1¹⁷⁵. Il est indifférent qu'il ait pris connaissance de l'information directement ou par le biais d'un intermédiaire¹⁷⁶. Quant à la mise à profit punissable, elle consiste dans toute utilisation économique du secret¹⁷⁷.

3. Intention

Les infractions de l'article 162 alinéas 1 et 2 CP sont intentionnelles¹⁷⁸. Dans le cadre de l'alinéa 1^{er}, cela signifie que l'auteur du délit doit avoir connaissance de l'existence d'un secret, de l'obligation de discrétion et du fait que le destinataire de la révélation n'a pas à être mis dans la confidence¹⁷⁹. En ce qui concerne l'alinéa 2, celui qui met à profit la divulgation du secret doit être conscient qu'il a pris connaissance de l'information à la suite de la violation d'un devoir de discrétion¹⁸⁰.

B. Service de renseignements économiques (article 273 CP)

L'article 273 CP punit celui qui cherche à découvrir un secret pour le rendre accessible à un organisme officiel ou privé étranger, à une entreprise privée étrangère ou à leurs agents (alinéa 1) de même que celui qui rend le secret accessible à de tels organismes, entreprises ou agents (alinéa 2).

Cette norme sanctionne ainsi pénalement l'espionnage, ce qui élargit la protection de l'article 162 CP et de la LCD¹⁸¹.

¹⁶⁶ STEINMANN/KENEL/BILLOTTE, p. 244.

¹⁶⁷ On appliquera à cet égard les principes dégagés à propos de l'article 5 LCD : ci-dessus, III.D.7.

¹⁶⁸ WENIGER, p. 256; AMSTUTZ/REINERT, N 17 et 18 ad article 162.

¹⁶⁹ ATF 80 IV 22 c. 2b; WENIGER, p. 256.

¹⁷⁰ AMSTUTZ/REINERT, N 19 ad article 162.

¹⁷¹ Cf. WENIGER, p. 256.

¹⁷² WENIGER, p. 256; AMSTUTZ/REINERT, N 20 ad article 162. Pour un cas d'application récent, voir OGer Appenzell Aussersihodan, sic i 2007 p. 458 c. 4.5, « *Explosions-schutzmittel* ».

¹⁷³ ATF 109 Ib 47 c. 5c; CORBOZ, N 14 ad article 162; WENIGER, p. 257; AMSTUTZ/REINERT, N 22 ad article 162.

¹⁷⁴ RUDOLPH, p. 103 s.

¹⁷⁵ WENIGER, p. 257.

¹⁷⁶ WENIGER, p. 257.

¹⁷⁷ WENIGER, p. 258; AMSTUTZ/REINERT, N 24 ad article 162.

¹⁷⁸ CORBOZ, N 16 ad article 162; WENIGER, p. 258; AMSTUTZ/REINERT, N 26 ad article 162.

¹⁷⁹ AMSTUTZ/REINERT, N 26 ad article 162.

¹⁸⁰ WENIGER, p. 258 s. Contrairement à cet auteur, je ne pense pas qu'il faille aller jusqu'à exiger que la conscience porte également sur le caractère *intentionnel* de la violation du devoir de discrétion.

¹⁸¹ WENIGER, p. 260.

C. Autres fondements d'une protection pénale

On mentionnera d'abord l'article 23 LCD, qui punit de l'empiètement ou de l'amende celui qui enfreint les articles 3, 4, 4a, 5 et 6 de la loi¹⁸². D'autres infractions peuvent encore être envisagées, comme les articles 320 CP (secret de fonction), 321 CP (secret professionnel), 179 et suivants CP (infractions contre le domaine secret et privé), mais aussi 137 CP (vol) ou 186 CP (violation de domicile), qui contribuent à l'appréhension de l'espionnage¹⁸³.

VI. Comparaison entre les différents fondements de la protection

En guise de conclusion, on se propose de résumer, au moyen d'un tableau, les différences principales entre les divers fondements de protection examinés dans la présente étude :

	OBJET DE LA PROTECTION	EXIGENCE D'UNE RELATION PRÉALABLE ENTRE LES PARTIES ?	CONDITION <i>SINE QUA NON</i>	ACTE(S) PROHIBÉ(S)
4 let. c LCD	secret	non	existence d'un contrat entre le demandeur et un tiers	incitation à violer le contrat
6 LCD	secret	non	capitation illicite du secret	exploitation et divulgation
5 let. a LCD	résultat d'un travail	oui	rupture de confiance	exploitation
5 let. b LCD	résultat d'un travail	non	obtention indue auprès d'un tiers	exploitation
321a al. 4 CO	secret	oui	secrets appris dans l'exercice du travail	a) pdt rel. travail : divulgation et exploitation b) après rel. travail : divulgation
418d al. 1 CO	secret	oui	secrets appris dans le cadre du contrat d'agence	divulgation et exploitation
162 al. 1 CP	secret	oui	violation d'une obligation légale ou contractuelle	divulgation
162 al. 2 CP	secret	non	mise à profit de la violation d'une obligation légale ou contractuelle	exploitation

¹⁸² Pour des cas d'application, voir OGer Appenzell Aussersideren, sic l 2007 p. 458, « *Explosionschutzmittel* » ; Amstathalteramt Willisau, sic l 2004 p. 663 c. 51, « *Grabschine I* ».
¹⁸³ WENIGER, pp. 260-263.

Bien entendu, ce tableau ne contient pas l'ensemble des informations pertinentes. Il a pour but de mettre en évidence certaines des différences importantes entre les différents fondements que le praticien choisira d'invoquer.

Ce tableau passe en particulier sous silence la question de savoir si les agissements litigieux doivent ou non être intentionnels pour être poursuivis. De fait, contrairement aux délits pénaux, les actes de concurrence déloyale n'ont pas nécessairement à être intentionnels, la négligence suffisant à fonder des démarches civiles¹⁸⁴.

A l'attention des entreprises – puisque c'est à elles que s'adressait plus particulièrement la journée d'étude dans les actes de laquelle s'inscrit la présente contribution –, je voudrais rappeler, pour conclure, l'importance des clauses de confidentialité qu'il y a lieu d'insérer dans les contrats (contrats de travail, de recherche et développement, de licence etc.)¹⁸⁵, de même que la nécessité d'instaurer une politique de confidentialité dans l'entreprise, condition de la protection des secrets économiques¹⁸⁶.

Bibliographie

- ALDER Daniel, Anmerkung zu « Katalog », sic 1 1999, p. 175 s. ; AMSTURZ Marc/REINERT Mani, in Basler Kommentar, Strafrecht II, 2^{ème} éd., NIGGLI Marcel Alexander/WIRACHTIGER Hans (éds.), Bâle 2007 ; BAUDENBACHER Carl, in Lauterkeitsrecht, BAUDENBACHER Carl (éd.), Bâle/Genève/Munich 2001 ; BAUDENBACHER Carl/GLOCKNER Jochen, in Lauterkeitsrecht, BAUDENBACHER Carl (éd.), Bâle/Genève/Munich 2001 ; BERGER Mathis, Die Immaterialgüterrechte sind abschliessend aufgezählt (numerus clausus), in Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, Festschrift für Lucas David, KURER Martin *et al.* (éds.), Zurich 1996, pp. 1 ss ; CALAME Thierry/DE WERRA Jacques, Co-titularité des droits de propriété intellectuelle (tout particulièrement des brevets) dans le cadre de projets de recherche et développement conjoints : un piège à éviter ?, Revue de l'avocat 2003, pp. 10 ss ; CHERPILLIOD Ivan, Geltungsbereich, in SIWR II/1, Bâle 2006, pp. 3 ss (cité : CHERPILLIOD, SIWR II/1) ; CHERPILLIOD Ivan, L'objet du droit d'auteur, Lausanne 1985 (cité : CHERPILLIOD, Objet du droit d'auteur) ; CHERPILLIOD Ivan, Remarque à propos de l'arrêt « Siena II », sic 1 1999 p. 302 s. (cité : CHERPILLIOD, Remarque) ; CORBOZ Bernard, Les infractions en droit suisse, volume I, Berne 2002 ; DAVID Lucas Ist der Numerus clausus der Immaterialgüterrechte noch zeitgemäss?, PJA 1995, pp. 1403 ss (cité : David, Numerus clausus) ; DAVID Lucas, Lexikon des Immaterialgüterrechts, in SIWR I/3, Roland von BÜREN/Lucas DAVID (éds.), Bâle/Genève/Munich 2005 (cité : David, Lexikon) ; DESSEMONTET François, Les accords de confidentialité, in Mélanges Pierre Engel, DESSEMONTET François/POTET Paul (éds.), Lausanne 1989, pp. 27 ss (cité : Dessemontet, Accords de confidentialité) ; DESSEMONTET François, Le savoir-faire, in SIWR IV, von BÜREN Roland/DAVID Lucas (éds.), Bâle/Genève/Munich 2006 (cité : DESSEMONTET, SIWR IV) ; DESSEMONTET François, Le Savoir-faire industriel, Définition et Protection du « Know-how » en droit américain, Lausanne 1974 (cité : DESSEMONTET, Savoir-faire industriel) ; DESSEMONTET François, Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce, in Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod, KNAPP Blaise/OBERSON Xavier (éds.), Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, pp. 87 ss (cité : DESSEMONTET, ADPIC) ; DREYER Dominique, in Commentaire romand, Code des obligations I, THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (éds.), Genève/Bâle/Munich 2003 ; DRUYER Jean Nicolas, Das Fabrikationsgeheimnis – faktisches Gut oder Rechtsgut?, RDS 92 (1973) I 451 ; FRECHTER Markus, Der Leistungsschutz nach Art. 5 lit. c UWG, Berne 1992 ; FRICK Markus, Abwertung von Personal und Kunden, Berne 2000 ; GOLAZ Eric, L'imitation servile des produits et de leur présentation, Etude comparée des droits français, allemand, belge et suisse, Lausanne 1992 ; GÜBLER Andreas, Der Ausstattungschutz nach UWG, Berne 1991 ; GUYER Jacques, Die weiteren Spezialklauseln (Art. 4-8 UWG), in SIWR V/1, 2^{ème} éd., Bâle et Franc-

¹⁸⁴ BAUDENBACHER/GLOCKNER, N 196 ss *ad* article 9.

¹⁸⁵ Cf-dessus, IV A.

¹⁸⁶ Cf-dessus, II A.3.

fort-sur-le-Main 1998, pp. 197 ss ; **HEFERMEL Wolfgang/KÖHLER Helmut/BORNKAMM Joachim**, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, 27^{me} éd., Munich 2009 ; **JECKLIN Barbara**, Leistungsschutz im UWG ?, Berne 2003 ; **JENNY Andreas**, Die Nachahmungsfreiheit, Zurich 1997 ; **LAUX Christian**, Anmerkung zu « Arzneimittel-Kompendium II », sic ! 2008, p. 465 ; **MARTIN-ACHARD Edmond**, La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), Lausanne 1988 ; **MEILI Tobias**, Der Schutz von Know-how nach schweizerischem und internationalen Recht – Anpassungsbedarf aufgrund des TRIPS-Abkommens ?, Berne 2000 ; **METTINGER Ingo**, Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im globalen und regionalen Wirtschaftsrecht, Berne 2001 ; **Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 18 mai 1983**, FF 1983 II 1037 (cité : *Message LCD*) ; **PEDRAZZINI Mario M./PEDRAZZINI Federico A.**, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2^{me} éd., Berne 2002 ; **PERRER François**, La protection des prestations, in *La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*, CARUZZO Philippe/OBERSON Pierre-André (éds.), publication CEDIDAC N 11, Lausanne 1988, pp. 35 ss (cité : *Perré*, *CE-DIDAC N 11*) ; **PERRER François**, La protection des prestations en droit privé suisse, Nécessité ou faux problème ?, RDS 96 (1977) II 199 ss (cité : *Perré*, *RDS*) ; **REICHMANN Jerome K.**, Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms, 94 Colum. L. Rev. 2432 (1994) ; **RICKENBACH Matthias W.**, Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Berne 2000 ; **RITSCHER Michael**, Der strafrechtliche Schutz des geistigen Eigentums und des lautenen Wettbewerbs, RPS 116 (1998) pp. 26 ss ; **RUDOLPH Roger**, Kontakte zu Kunden des alten Arbeitsgebers nach einem Stellenwechsel – eine rechtliche Auslegung unter besonderer Berücksichtigung der Eigenheiten in der Finanzbranche, DTA 2009, pp. 93 ss ; **SCHLOSSER Ralph**, Le contrat de savoir-faire, Etude de droit suisse, Lausanne 1996 ; **SCHURER Walter R.**, Wirtschaftsrechtliche Punktionen zum Verhältnis wettbewerbsrechtlicher Normen (am Beispiel der Nachahmung fremder Leistung), Rechtskollisionen, Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag, in **SIEHR Kurt/MEIER Isaak** (éds.), Zurich 1995, pp. 335 ss ; **SCHMID Hans**, Art. 8 ZGB : Überblick und Beweislast, Der Beweis im Zivilprozess – La preuve dans le procès civil, in **LEUENBERGER Christoph** (éd.), Berne 2000, pp. 11 ss ; **SCHNEIDER Martin**, Schutz des Unternehmensgeheimnisses vor unbefugter Verwertung, Eine rechtssystematische Untersuchung, Bamberg 1989 ; **STERNMANN Thomas/KENEL Philippe/BILLOTTE Imogen**, Le contrat d'agence commerciale en Europe, Genève/Zürich/Bâle 2005 ; **STRAUB Wolfgang**, L'ingénierie inverse et la propriété intellectuelle, RDS 122 (2003) I 3 ; **THOUVENIN Florent**, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, Cologne/Berlin/Munich 2007 ; **TROLLER Alois**, Gedanken zur Bedeutung des Leistungsschutzes im Entwurf für ein neues schweizerisches Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR Int. 1985, pp. 94 ss (cité : *A. Troller*, *Leistungsschutz*) ; **TROLLER Alois**, Ist der immaterialgüterrechtliche « numerus clausus » der Rechtsobjekte gerecht ?, in *Ius et Lex*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiler, publiée par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg,

Bâle 1958, pp. 769 ss (cité : *A. Troller*, *Numerus clausus*) ; **TROLLER Kamen**, Manuel du droit suisse des biens immatériels, tome II, 2^{me} éd., Bâle/Francofort-sur-le-Main 1996 (cité : *K. Troller*) ; **VON BÜREN Roland/MARBACH Eugen/DUCREY Patrik**, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3^{me} éd., Berne 2008 ; **WENIGER Olivier**, La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how), Lausanne 1994 ; **WIBMER Jeannette Karin**, Rechtsschutz von Produktionsanordnungen in Europa, Eine vergleichende Untersuchung des deutschen, englischen, französischen, italienischen, schweizerischen, europäischen und internationalen Rechts, Berne 1995 ; **WICKHALDER Urs**, Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers unter Abgrenzung zur zulässigen Verwertung von Berufserfahrung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Berne 2004 ; **WYLLER Rémy**, Droit du travail, 2^{me} éd., Berne 2008.