

LE SECRET DES AFFAIRES :
DU DROIT À L'INTIMITÉ
AU SECRET PROFESSIONNEL?

PAR

JEAN-PIERRE BUYLE

AVOCAT

« s'il s'agit de garder un secret, on ne peut trop se taire; le silence est alors une des choses dans lesquelles il n'y a point ordinairement d'excès à craindre »

(Abbé DINOUART, *l'Art de se taire*, 1771, éd. Jérôme Millon, 2002, p.40).

CHAPITRE I. — INTRODUCTION

1. « *Le secret des affaires* », « *l'anonymat des transactions* », « *les informations confidentielles* », « *le secret de fabrication* »... autant de formules qui, appliquées à la vie des entreprises, témoignent à la fois du besoin et de l'usage du secret.

Le droit au secret des affaires d'une société et, plus généralement, le droit de l'entreprise à voir son intimité et sa vie privée respectée apparaissent comme des principes reconnus par la jurisprudence (1) et confirmés par la doctrine (2).

« La personne morale peut (...) se prévaloir du droit au respect de la vie privée. Il va de soi que les personnes morales n'ont pas de vie privée au sens où on l'entend pour les personnes physiques, mais, elles ont, en dehors des actes soumis à publicité légale, une activité intérieure que les tiers n'ont pas à connaître et elles bénéficient du secret des affaires » (3).

(1) Voy. notamment Civ. Liège, 3 janvier 1984, *Jur. Liège*, 1986, p. 598.

(2) Voy. A. PUTTEMANS, « La réglementation de la vente à perte », *J.T.*, 1991, p. 225; L. VAN BUNNEN, « Mise en oeuvre de l'action en cessation, procédure et incidents », *Ing.-Cons.*, 1978, p. 338; Dessard, note sous Comm. Liège, (prés.) 3 février 1978, *J.C.B.*, 1980, p. 383; A. KOHL, « Procès civil et sincérité », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1971, pp. 115-116.

(3) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 30.

2. C'est l'utilité du secret des affaires pour l'essor de la vie économique et commerciale qui a encouragé son instauration. Le respect du secret des affaires apparaît comme une préoccupation vitale pour celui qui entreprend de mener ses activités économiques dans un silence propice à leur bon développement (4). En effet, une transparence totale constituerait pour l'entrepreneur un grand danger. Quelle entreprise accepterait par exemple de financer de coûteux programmes de recherches si les résultats obtenus devaient être partagés avec tous ? A quoi servirait-il de déployer de sérieux efforts pour s'attacher une clientèle s'il était possible à un concurrent de s'en emparer en obtenant des informations confidentielles sur les méthodes de vente ou les procédés techniques mis au point ? (5)

3. Un rôle important est reconnu au secret d'affaires dans le domaine de la concurrence. Afin de défendre ses positions commerciales ou industrielles, une entreprise doit pouvoir se situer par rapport aux autres concurrents et à cette fin, tout renseignement peut être utilisé pour apprécier la fermeté ou la faiblesse des positions adverses. Dans le même temps, il est nécessaire de ne pas dévoiler ses défaillances, car elles peuvent être exploitées par les tiers... Le monde de la concurrence est un monde de silence et de secret (6). Par utilité, voire par nécessité.

4. La notion de secret d'affaires est cependant contestée par une partie de la doctrine en raison du relent passiviste ou archaïque qu'elle peut véhiculer (7). Est-il encore opportun d'invoquer un quelconque secret d'affaires à partir du moment où de nombreuses lois obligent les entreprises à transmettre certaines de leurs données à une pluralité d'acteurs économiques (actionnaires, épargnants, marchés financiers...), ainsi qu'aux membres de leur personnel ? (8)

(4) G. VIRASSAMY, « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *Rev. trim. dr. com.*, 1988, p. 180 et s.

(5) R. SAINT-ALARY, *Rapport sur le secret des affaires en droit français*, in *Le secret et le droit*, *Travaux de H. Capitant*, 1974, p. 264.

(6) C. BONNET, *Le secret dans la vie économique*, thèse Paris, 1970, p. 124; Voy. aussi M. KOVARIK, « Un aspect particulier du droit des affaires en France (l'espionnage économique et industriel) », *Les Petites Affiches*, 1986, n° 84, p. 17 et s.; Sur le débat relatif à l'effet perturbateur du secret d'affaires sur les règles de concurrence voy. C. GAVALDA, « Le secret des affaires », *Mélanges R. Sznajder*, 1984, p. 312; R. SAINT-ALARY, *op. cit.*, p. 264; M. CREMIEUX, *Le secret des affaires*, in *L'information en droit privé*, L.G.D.J., 1978, p. 417.

(7) L. HUYBREGHS, « Het zakelijk, bank- en beroepsgeheim in het strafproces », in *Ondernemingsrecht*, Brugge, Die Keure, 1989, p. 135; Y. GUYON, « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine de son débiteur considéré comme une sûreté », *Rev. jur. com.*, 1982, n° spéc., p. 121 s.

Ce « droit à l'information » ou ce « devoir de transparence » reste toutefois circonscrit aux seules hypothèses prévues par la loi, en dehors desquelles on se trouve confronté à un simple besoin d'informations qui ne peut aucunement porter atteinte à la confidentialité des informations de l'entreprise (9).

5. J'aborderai successivement les différentes protections légales dont bénéficient les entreprises afin de garantir la confidentialité de leurs secrets des affaires (chapitre II), et les clauses conventionnelles par lesquelles les intéressés renforcent, en pratique, cette confidentialité (chapitre III).

Je tenterai ensuite de circonscrire la notion de secret des affaires dans une définition générale susceptible de s'appliquer indépendamment de la matière envisagée (chapitre IV), que je comparerai enfin avec une autre notion destinée également à protéger les informations recueillies, celle du secret professionnel (chapitre V).

CHAPITRE II. — LES LIMITES À L'INFORMATION IMPOSÉES EN DEHORS DE TOUTE CONVENTION

6. En droit belge, ce droit au secret est consacré par plusieurs dispositions légales et décisions de jurisprudence qui visent soit à prévenir ou sanctionner l'éventuelle violation du secret (§1), soit à limiter le droit à l'information dont les tiers (essentiellement les concurrents) bénéficieraient en vertu d'autres dispositions (§2) (10).

§ 1^{er}. — Les obstacles légaux à la divulgation du secret et ses sanctions

7. Un certain nombre de dispositions légales sanctionnent la divulgation d'un secret :

— l'article 309 du Code pénal relatif au secret de fabrication ;

(9) G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 184.

(10) M. BUYDENS, « Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire », Bruxelles, Lar-
cier, 1989, pp. 294-295; « Le droit européen ne contient pas de disposition relative à la protection
spécifique du savoir-faire, des secrets de fabrication ou des informations confidentielles. Toutefois, le
droit européen s'occupe spécifiquement de la question des accords de licence de savoir-faire dans son
règlement n° 240/96 de la Commission du 31 janvier 1996 concernant l'application de l'article 85,
§ 3 du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologies (Ibid., p. 304).

- l'article 17, 3° a) de la loi du 3 juillet 1978 qui vise tous les secrets dont le travailleur aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle;
- les articles 93 et 95 de la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur qui concernent l'usage et /ou la soustraction du secret d'un vendeur par un autre vendeur;
- l'article 1382 du Code civil, sur base duquel l'action en responsabilité civile peut être utilisée dans certaines hypothèses.

1.1. L'article 309 du Code pénal.

8. L'article 309 du Code pénal punit « celui qui aura méchamment ou frauduleusement communiqué des secrets de la fabrique dans laquelle il a été ou est encore employé » (11).

9. Cette infraction comporte quatre éléments (12) :

1) La communication doit être faite à un tiers :

Seule la communication à un tiers est sanctionnée. Par tiers, il faut entendre « toute personne qui ignore le secret et qui ne doit pas être informée, même si ce tiers est un collègue ou un collaborateur » (13).

L'utilisation d'un secret de fabrique pour son propre compte ne constitue pas une infraction à l'article 309 du Code pénal, pour autant que cette utilisation n'implique pas que le secret soit divulgué (14).

Le mode de communication n'est pas relevant. Il peut s'agir d'une communication orale, écrite, d'une remise de documents,

(11) Sur ce sujet voy. notamment A. MARCHAL et J.-P. JASPAR, *Droit criminel*, Larcier, Bruxelles, 1976, pp. 305-329; M. RIGAUX et P.-E. TROUSSE, *Les crimes et les délits du Code pénal*, Librairie générale, Bruxelles-Paris, 1963, pp. 596-600; G. VANDERHAEGEN, *Les Nouvelles*, « Droits intellectuels », t. II, 1936, pp. 995-1014; R. VAN LENNEP, *De geheimhouding*, Standaard, Anvers, 1950, pp. 243-252; A. VAN MENDEL, « De bescherming van fabrieksgeheimen of technische know-how naar Belgisch recht », *R.W.*, 1981-1982, col. (2001), 2005-2008.

(12) M. BUYDENS, o.c., p. 305; S. GUYWIBRE, « Fabrieksgeheim en informatiecriminaliteit », in *Informatiecriminaliteit*, Uitgeverij Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen/Denver, 1988, p. 181-204; B. TILLEMANS, « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés », *J.T.*, 1993, p. 550.

(13) B. TILLEMANS, o.c., p. 550.

(14) *Ibid.*, p. 550; A. VAN MENDEL, o.c., 2001 et s.

... (15) Ce qui importe finalement, c'est la prise de connaissance effective du secret par le tiers (16).

Enfin, il n'est pas nécessaire que le tiers auquel le secret de fabrication a été communiqué en tire un avantage quelconque (17).

2) La communication doit porter sur un secret de fabrique :

La Cour de cassation a défini le secret de fabrique comme « un fait technique qui, contribuant à la réalisation des opérations mises en œuvre dans une fabrique pour obtenir un produit déterminé, est de nature à procurer au fabricant un avantage technique et à lui assurer sur ses concurrents une supériorité d'une nature telle qu'il y a pour lui un avantage économique à ce qu'il ne soit pas connu de ses concurrents » (18).

A défaut de définition légale, il appartient au juge du fond d'apprécier si le procédé de fabrication qu'il constate constitue un secret de fabrique au sens normal et usuel de ces termes (19).

Pour ce faire, il est généralement tenu compte de la présence des éléments suivants :

a) Un secret :

Le terme « secret » doit être compris dans son sens usuel (20). Ainsi, constitue un secret tout fait que l'on a intérêt à tenir caché (21). Il n'y a de secret que lorsque le fait n'est pas connu, sauf du confident, ou n'est connu que d'un nombre limité de personnes (22). Il ne peut être partagé par la plupart des personnes compétentes en la matière (23), mais peut l'être par plusieurs concurrents et être transmis ou faire l'objet d'une licence (24).

(15) A. MARCHAL et J.-P. JASPAR, o.c., n° 2559.

(16) A. VAN MENDEL, o.c., p. 2007.

(17) Cass. fr., 15 mars 1884, *Bull.*, n° 91; R. VAN LENNEP, o.c., n° 176.

(18) Cass., 27 septembre 1943, *Pa.*, 1943, p. 358.

(19) Cass., 26 juin 1975, *Pa.*, 1975, I, p. 1043; Cass., 27 sept. 1943, *Pa.*, 1943, p. 358.

« Lorsque la loi ne définit pas un terme légal, il a, dans la loi, son sens ordinaire, la Cour de cassation ayant compétence pour vérifier si l'application aux faits décrits par le juge de fond » (voy. dans le même sens : Cass., 17 mars 1930, *Pa.*, 1930, I, 164 et s.).

(20) B. TILLEMANS, o.c., p. 550; L. HUYBRECHTS, o.c., p. 148.

(21) R.P.D.B., V° « Secret professionnel », t. XII, n° 8.

(22) M. VAN DE KERCHOVE, *Le secret professionnel*, La Chartre, Bruxelles, 2002, p. 24.

(23) Corr. Verviers, 17 juin 1959, *Jug.-Cons.*, 1959, p. 217.

(24) Gand, 30 décembre 1971, *R.W.*, 1971-1972, col. 1358; B. TILLEMANS, o.c., p. 550.

Le secret requiert, en outre, que celui qui en est détenteur prenne des mesures pour en assurer le respect, par exemple en recommandant à son personnel de garder le silence sur le procédé qu'il utilise (25). Ainsi, l'insuffisance de précautions prises par le titulaire d'un secret de fabrication peut constituer une circonstance atténuante bénéficiant à celui qui a communiqué ledit secret (26).

b) *Une nouveauté relative :*

Un secret de fabrication exige également une certaine nouveauté (27). Ainsi, il n'y a pas de secret si le moyen de fabrication est immédiatement décelable.

Toutefois, pour être protégé, le secret ne doit avoir qu'un caractère relatif (28). Il est concevable que plusieurs industriels possèdent un même secret. Chacun bénéficie alors d'une égale protection (29).

De même, un secret de fabrication ne cesse pas de l'être, lorsqu'il a fait l'objet d'une publication peu ou mal connue. Ainsi, il a été jugé que, malgré la multiplication et la dispersion des écrits relatifs à une connaissance technique neuve, cette dernière peut constituer un secret de fabrication, du moment qu'elle demeure difficilement accessible. Tel est le cas, par exemple, d'un procédé technique qui ne peut être acquis par la seule étude de la littérature publiée à son sujet, mais dont la découverte nécessite, au contraire, une expérimentation soutenue et complexe (30).

c) *Un secret de nature purement technique :*

Le secret de fabrication concerne exclusivement les procédés et les techniques de fabrication (31). L'article 309 du Code pénal ne

(25) Corr. Bruxelles, 29 février 1939, *Pas.*, 1941, III, 4.

(26) Corr. Verviers, 17 juin 1959, *Ing.-Cons.*, 1959, p. 217.

(27) Corr. Bruxelles, 29 février 1939, *Pas.*, 1941, III, 4.

(28) *Le caractère absolu du secret est cependant exigé pour les brevets* (B. TILLEMANS, o.c., p. 550); La thèse de la nouveauté absolue fut toutefois défendue par certains auteurs, dans ce sens voy. notamment POTHILLER, *Marques de fabrication*, n° 769; CHAUVAU et HÉLIE, *Théorie du Code pénal, Crimes et délits*, t. IV, p. 597; dans le sens d'une nouveauté relative voy. notamment GARçon, *Code pénal annoté*, art. 418, n°7; P. ROUBIER, *Droit de la propriété industrielle*, t. II, p. 370; VAN DER HAEGHE, in *Novelles, Droits intellectuels*, t. II, o° *Secret de fabrication*, n° 31 et s.

(29) L. VAN BUNNEN, «Secret ou divulgation? Le choix entre la protection du savoir-faire et du brevet», in *Problèmes du droit des brevets*, Diegem, Story-Scientia, 1994, p. 43.

(30) Cass., 26 juin 1975, *R.C.J.B.*, 1976, p. 331 et note L. VAN BUNNEN; dans le même sens voy. Gand, 30 décembre 1971, *R.W.*, 1971-1972, p. 1356.

(31) B. TILLEMANS, o.c., p. 550; A. MARCHAL et J.-P. JASPAS, o.c., p. 310.

concerne pas la communication d'informations secrètes à caractère commercial (liste de clients, de prix, ...), administratif ou financier (32).

La notion de secret de fabrication est souvent amalgamée avec le savoir-faire (*know-how*). Mais, cette dernière notion n'entre que partiellement dans le champ d'application de l'article 309 du Code pénal.

Le terme *know-how* est d'origine américaine. Il est l'abréviation de l'expression «*the know how to do it*», et désigne dans le langage courant tant des connaissances techniques éventuellement brevetables mais qui n'ont pas été brevetées, que des procédés ingénieux d'importance variable non brevetables mais accroissant la capacité concurrentielle de l'entreprise qui en est détentrice (33).

A première vue, on serait tenté de penser qu'il n'existe aucune différence entre *know-how* et secret industriel, tant la différence de nature entre les deux notions semble inexistant. En effet, dans les deux hypothèses, il peut s'agir d'informations, qui tout en n'étant ni absolument secrètes, ni totalement neuves ne sont pas immédiatement accessibles et représentent une valeur pour un tiers qui les ignore (34).

Cependant, le secret de fabrication constitue une notion plus restreinte que celle communément admise du savoir-faire. En effet, c'est la nature technique du fait qui lui vaut la protection, ce qui écarte les procédés ou connaissances commerciaux ou administratifs (35).

(32) *R.P.D.B.*, V° «Industrie et commerce», nr. 177.

(33) L. VAN BUNNEN, note sous Cass. 26 juin 1975, *R.C.J.B.*, 1976, p. 362; Sur la notion de *know-how* voy. notamment P. DEMIN, *Le contrat de know-how, étude de sa nature juridique et du régime fiscal des redevances dans les pays du marché commun*, Bruylant, 1968; F. MAGNIN, *Know-how et propriété industrielle*, Paris, Libr. Techniques, 1974; H. COHEN JEHOAM, *The protection of know-how in 13 countries*, Kluwer, Deventer, 1972; F. DESSEMONTET, *Le savoir-faire industriel, définition et protection du know-how en droit américain*, Libr. Droz, Genève, 1974; R. FARRÉ, *Le know-how, sa réservation en droit commun*, Libr. Techniques, 1976; S. LADAS, «La protection légale du know-how», *P.I.*, 1963, p. 220 à 230; P. DURAND, «Le know-how», *J.C.P.*, 1967, I, 85093.

(34) L. VAN BUNNEN, o.c., p. 44.

(35) B. VAN REFFINGHEN et M. DEBRABANT, «Les brevets d'invention», in *La loi belge du 28 mars 1984*, Bruxelles, 1987, p. 350 et note (24) qui précise que «cette distinction est sans importance sur le plan civil, où la violation d'un secret commercial peut être sanctionnée au même titre que celle d'un secret de fabrication» (A. MARCHAL et J.-P. JASPAS, o.c., p. 309); L. VAN BUNNEN, o.c., p. 362; ROUBIER, *Propriété industrielle*, t. II, p. 370; G. L. BALLON, «Know-how en zijn beschermming», in *Libet Amicorum Prof. R. Blanpain*, Brugge, Die Keure, 1988, p. 676; M. RIGAUX et P. E. TROUSSE, o.c., p. 596; A. VAN MENDEL, o.c., p. 2006.

Enfin, une différence entre les deux notions existe également en pratique, puisque le *know-how* peut faire l'objet de conventions, ce qui n'est pas le cas du secret (36).

d) *Le secret doit appartenir au fabricant :*

Le secret doit être la propriété du fabricant, avoir été découvert ou être appliqué dans l'usine du fabricant.

Une telle exigence implique qu'il n'y ait pas de lien trop étroit entre le secret et les employés de l'entreprise (37). En effet, les tours de mains et les capacités personnelles relevant de l'expérience professionnelle de ceux-ci leur appartiennent et sortent du champ d'application de l'article 309 du Code pénal (38).

La frontière entre le tour de main et le savoir-faire de l'entreprise est parfois difficile à tracer. Pour opérer la distinction, il y a lieu de se demander si l'intéressé aurait acquis ces mêmes connaissances s'il avait été employé par un concurrent direct de son employeur (39).

3) *Le secret doit être divulgué par une personne travaillant ou ayant travaillé dans l'usine :*

L'auteur doit être un travailleur ou un ancien travailleur de l'entreprise qui est titulaire du secret de fabrication. La nature de la fonction exercée est peu importante. Rentrent dans le champ d'application de l'article 309 du Code pénal, tant les simples travailleurs, que le personnel-cadre ou le personnel de direction (40).

Aucun lien de causalité entre la mise en activité et le secret de fabrication n'est exigé (41). Cela signifie que la façon dont le travailleur ou l'ex-travailleur a été informé du secret est de peu

(36) L. VAN BUNNEN, o.c., p. 44 : « Dès qu'un savoir-faire gardé secret, fait l'objet de contrats au profit de tiers qui rétribuent le détenteur de ce secret, l'on parlera d'une convention de know-how ».

(37) B. TILLEMANS, o.c., p. 550.

(38) Cass. fr., 23 juillet 1956, *Bull. Crim.*, 1956, n° 566; A. VAN MENDEL, o.c., p. 2006.

(39) V. TILLEMANS, « Juridische problematiek van de oneerlijke concurrentie gespleegd door ex-werknemers, zelfstandige medewerkers, werkende vennoten », *D.A.O.R.*, 1990, nr. 17, 43-70, n° 53-60.

(40) G.L. BALLOU, o.c., p. 677; A. VAN MENDEL, o.c., p. 2008 qui précise que le fait de savoir si une personne en activité dans l'usine sans être liée contractuellement à l'entrepreneur entre dans le champ d'application de l'article 309 du Code pénal reste une question ouverte, à laquelle, si l'on se réfère à l'esprit du législateur, on peut répondre par la négative.

(41) A. MARCHAL et J.P. JASPAR, o.c., II, 317, n° 2556 qui cite l'exemple d'un téléphoniste qui, sur base d'un entretien téléphonique qu'il entend, dévoilerait un secret de fabrication.

d'importance. Ce qui importe, en définitive, c'est le fait de la mise en activité (42).

Par conséquent, un employé, qui déjà avant son entrée en service dans l'entreprise, aurait eu connaissance d'un secret appartenant à celle-ci, ne peut pour autant échapper à la sanction de l'article 309 du code pénal en cas de communication illicite (43). De même, la communication d'un secret de fabrication dont on prend connaissance accidentellement, à la suite de l'indiscrétion d'un tiers étranger à l'entreprise, est punissable (44).

4) *Dol spécial :*

Enfin, l'article 309 du Code pénal exige la preuve d'une communication « méchante » ou « frauduleuse ». Le terme « méchamment » vise le dessein de nuire, tandis que la notion de « fraude » s'interprète comme l'intention de procurer à soi-même ou à autrui des avantages illicites (45).

La preuve d'une telle intention résulte souvent des précautions dont le prévenu s'est entouré, ainsi que des manœuvres auxquelles il a pu se livrer pour s'accaparer le bien.

N'est pas punissable celui qui fait la révélation par imprudence, par paresse intellectuelle, par défaut de prévoyance ou de précaution ou par ignorance (46).

De même, l'intention frauduleuse n'existe pas si le détenteur du secret a négligé de prendre des précautions pour garder son procédé caché (47).

Enfin, l'inventeur qui, après avoir cédé son secret, le communique méchamment et frauduleusement à une autre personne, peut également être poursuivi et condamné sur base de l'article 309 du Code pénal (48).

(42) A. VAN MENDEL, o.c., p. 2007.

(43) Cass., 27 septembre 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 318.

(44) J. HERMAN, « Goede trouw van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsvereenkomst : discreetplicht in concurrentieverbod », *Oriëntatie*, 11, novembre 1988, p. 223.

(45) Cass., 26 septembre 1955, *Pas.*, I, p. 47; Cass., 28 septembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 48; Cass., 8 mai 1939, *Pas.*, 1939, p. 229; Cass., 13 mars 1996, *Arr. Cass.*, 1995, p. 224; *R.D.P.*, 1996, p. 775 et notes, *Pas.*, 1996, I, p. 224; B. TILLEMANS, o.c., p. 550; L. HUYBRECHTS, « Fraudebestrijding », *A.F.T.*, 1996, p. 485, n° 43.

(46) A. MARCHAL et J.P. JASPAR, o.c., II, 317, n° 2563; Voy. à ce sujet, le débat parlementaire repris dans *R.P.D.B.*, V^e « Industrie et commerce », n° 174.

(47) B. VAN REFFINGEN et M. DEERABANT, o.c., p. 350.

(48) A. MARCHAL et J.P. JASPAR, o.c., I, n° 797.

10. Pour apprécier pleinement les avantages de la protection offerte par l'article 309 du Code pénal, celle-ci doit être analysée à la lumière d'un autre type de protection, le « brevet ».

Celui qui possède un secret de fabrication dispose en réalité d'une option. Il peut choisir soit de le protéger au moyen d'un brevet, soit de le garder secret (49).

Le brevet lui confère un monopole d'une durée limitée, à l'expiration de laquelle l'invention tombe dans le domaine public. Prenant en considération cette durée limitée, le titulaire du secret peut préférer la protection offerte par l'article 309 du Code pénal, et profiter ainsi du monopole de fait résultant de cette non-divulgation, et cela sans limitation de temps (50).

L'article 309 du Code pénal n'offre cependant qu'une protection limitée. Cela tient, d'une part, à la difficulté de prouver l'existence d'un dol spécial et, d'autre part, à la portée limitée de la sanction prévue en cas de divulgation, qui ne porte nullement sur l'utilisation ultérieure du secret divulgué. De plus, l'article 309 n'offre pas non plus de protection contre l'utilisation d'informations secrètes par des tiers, qui ne pourront être punis comme coauteurs ou complices que s'ils ont provoqué la communication du secret (51).

Toutefois, cette protection limitée peut s'avérer utile pendant la période d'essai d'une invention à l'issue de laquelle un brevet peut être demandé (52) ou pour des connaissances techniques secrètes non susceptibles de faire l'objet d'un brevet (53).

1.2. La loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail

11. L'article 17 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail dispose que : « le travailleur a l'obligation : (...) 3° de s'abstenir tant au cours du contrat qu'après la cessation de celui-ci : a) de divulguer les secrets de fabrication, ou d'affaires, ainsi que le secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il

(49) Cass., 27 septembre 1943, *Pas.*, I, p. 358.

(50) B. TILLEMANS, *o.c.*, p. 550; L. VAN BUNNEN, *o.c.*, p. 357.

(51) B. TILLEMANS, *o.c.*, pp. 550-551.

(52) G. VANDERHAEGEN, *o.c.*, n° 26.

(53) B. TILLEMANS, *o.c.*, p. 550.

aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle » (54).

Les travailleurs et les anciens travailleurs sont tenus à un devoir de discrétion relatif aux secrets d'affaires, qui est d'application même en l'absence de stipulations contractuelles. Ce devoir de discrétion résulte, en effet, du principe de l'exécution de bonne foi des conventions (55), qui suppose que le travailleur s'abstienne de diffuser des informations susceptibles de nuire à la réputation ou au goodwill de son employeur ou ex-employeur (56).

12. L'application de l'article 17, 3° a) de la loi sur le contrat de travail exige la réunion de trois conditions :

1) Un secret :

La notion de « secret » visée à l'article 17, 3° a) de la loi du 3 juillet 1978 doit être comprise de manière extensive (57). Elle vise non seulement les secrets de fabrication (58), mais également d'une manière générale les secrets d'affaires et toute autre information à caractère confidentiel dont le travailleur aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle (59).

La notion de « secret d'affaires » doit également être interprétée de manière extensive. Elle comprend le savoir-faire technique de l'entreprise qui ne serait pas compris dans la notion de secret de fabrication, ainsi que toute information ou connaissance, de nature

(54) En droit du travail, l'usage de clauses similaires est fréquent; voy. notamment Art. 22 du règlement de travail pour les intérimaires; Art. 16, 5° de l'arrêté du 17 juillet 1998 de la Commission communautaire francophone sur les conditions d'agrément des contrats d'apprentissage; Art. 5, 4° de l'arrêté royal du 10 août 1998 pris en exécution du chapitre II, titre II de la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante.

(55) Cass., 19 février 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 708 qui stipule d'ailleurs que : « Cette obligation constitue une stipulation implicite de tout contrat d'emploi »; L. VAN BUNNEN, *o.c.* n° p. 45; A. NAESSENS, « Verplichtingen en aansprakelijkheid van de werknemer en werkgever in de loop van de arbeidsovereenkomst », *Arbeidsrecht*, II, 3, n° 30; B. TILLEMANS, *o.c.*, p. 551; M. BUYDENS, *o.c.*, p. 305; M. PAPIER-JAMOUILLAR, « Le contrat de travail », *R.F.D.E.*, compl. III, 1969, n° 294; voy. aussi concernant l'application du devoir de discrétion résultant de l'article 1135 du Code civil à d'autres types de contrats : M. VANWICK-ALXENDERE et M. F. DE PUYER, « La fonction protectrice du droit belge en matière d'obligations de secret ou de discrétion dans les relations contractuelles en l'absence de clause de confidentialité », *R.D.A.I.*, 1991, pp. 97-98.

(56) V. THIELMAN, *o.c.*, p. 60; Voy. aussi B. TILLEMANS, *o.c.*, p. 552 qui estime qu'en vertu de son obligation de bonne foi, l'employé peut aussi être tenu à la discrétion à l'égard d'éléments ne relevant pas de l'article 17, 3°.

(57) Comm. Bruxelles (prés.), 2 novembre 1994, *Ann. Prat. Comm.*, 1995, p. 401; Trib. Trav.

Gand, 8 février 1991, *R.D.S.*, 1991, p. 449.

(58) Pour une définition, voy. *Supra* n° 9.

(59) M. BUYDENS, *o.c.*, p. 307.

commerciale ou financière, appartenant à l'entreprise, et dont la non-divulgation constitue pour l'entreprise un avantage sur ses concurrents (60).

Tout comme la notion de secret de fabrication, celle de secret des affaires comporte à la fois un élément subjectif (l'intention manifeste de conserver le secret pour soi-même) et un élément objectif (le secret n'est pas de notoriété publique) (61). Ce dernier élément suppose que l'information en cause ne soit pas objectivement accessible aux concurrents, ce qui implique qu'il puisse être établi que l'information est le fruit d'un effort en termes de temps ou d'effort intellectuel et que l'entreprise ait pris les mesures adéquates pour en protéger le secret vis-à-vis des tiers (62).

Quelques exemples tirés de la jurisprudence permettent d'illustrer cette notion. Ainsi, une liste de clients ne constitue pas un secret d'affaires s'il apparaît que cette liste peut être facilement reconstituée par toute entreprise du secteur, en raison par exemple d'un marché très restreint de clients potentiels ou parce que les noms peuvent facilement être identifiés ou retrouvés (63), en raison de paramètres ou de critères objectifs.

Par contre, il a été jugé que les prix pratiqués par une entreprise, ainsi qu'un tarif préférentiel dont un employeur bénéficie auprès d'un fournisseur particulier, peuvent faire partie de ses secrets d'affaires (64).

Sur la base de l'article 17, 3° a) de la loi du 3 juillet 1978, les travailleurs sont également tenus de respecter un devoir de discrétion quand il s'agit d'une affaire à caractère personnel ou confidentiel dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leurs activités professionnelles.

La notion de «confidentielle» doit également être comprise de manière extensive. D'une manière générale, elle vise toute informa-

(60) *Ibid.*, p. 308; B. TILLEMANS, *o.c.*, p. 552; Voy. aussi R. HENRIOT, «Le secret des affaires en droit belge», *Le secret et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, XIV, Dalloz, Paris, 1974, pp. 195-225.

(61) B. TILLEMANS, *o.c.*, p. 552.

(62) V. THELMAN, *o.c.*, p. 109.

(63) *Ibid.*, n° 60; M. BUYDENS, *o.c.*, p. 308; Cour Trav. Mons, 8 septembre 1983, *Jur. Liège*, 1989, p. 200.

(64) FRUD'HOM. Huy, 15 juillet 1986, cité dans A. NAESSENS, *o.c.*, n° 31; C.T. Mons, *Rev. Liège*, 1989, p. 200.

tion dont la divulgation est de nature à nuire aux intérêts de l'(ex)-employeur (65).

Ce devoir de discrétion est particulièrement important pour les personnes qui occupent un poste de confiance au sein de l'entreprise (conceger, secrétaire de direction, téléphoniste, informaticien, étudiant stagiaire...) (66). Ainsi, un secrétaire privé est censé ne pas commenter en public les escapades extra-conjugales de son chef de service (67).

2) La divulgation d'un secret ou d'une information confidentielle :

La divulgation suppose que le secret ou l'information confidentielle soit communiqué à des tiers qui n'en avaient pas connaissance. Ces tiers peuvent être des personnes extérieures à l'entreprise, ou même des personnes internes à l'entreprise mais qui n'étaient pas au courant du secret en cause (68).

Le mode de divulgation ne joue également aucun rôle en la matière. Ainsi, la divulgation peut avoir lieu oralement, par écrit, ou simplement en laissant à un tiers la possibilité d'examiner des plans, ... (69)

Le fait d'utiliser un secret pour soi-même n'est en principe pas interdit par l'article 17, 3° a) de la loi sur le contrat de travail, puisqu'il n'y a dans ce cas pas de divulgation. Toutefois, un tel comportement pourrait être considéré comme illégal, car contraire au principe de l'exécution de bonne foi du contrat de travail (70).

Enfin, à l'inverse de ce qui est prévu par l'article 309 du Code pénal, l'article 17, 3° a) de la loi du 3 juillet 1978 n'exige pas la preuve d'un dol spécial. Une divulgation d'un secret d'affaires résultant d'une simple négligence ou d'une indiscretion involontaire est suffisante pour la mise en œuvre de cette disposition (71).

(65) G. VIRESSAMY, *o.c.*, n° 18-19; Voy. aussi Rennes, 30 mars 1983, *Rev. Jur. Comm.*, 1984, p. 30, ann. P. De Fontbressin, où la cour a décidé que des informations précises relatives à la diminution du chiffre d'affaires et à l'inefficacité de la politique de vente d'une entreprise étaient dotées d'un caractère confidentiel intrinsèque, en raison de l'influence que pouvait avoir leur divulgation sur la viabilité de l'entreprise.

(66) A. NAESSENS, *o.c.*, n° 32.

(67) B. TILLEMANS, *o.c.*, p. 562.

(68) V. THELMAN, *o.c.*, p. 59; G.L. BALLON, *o.c.*, p. 680.

(69) J. HERMAN, *o.c.*, p. 223.

(70) *Ibid.*, p. 223; V. THELMAN, *o.c.*, p. 59.

(71) B. TILLEMANS, *o.c.*, p. 552; J. HERMAN, *o.c.*, p. 223; M. BUYDENS, *o.c.*, p. 309.

3) *La divulgation doit être le fait d'un travailleur ou d'un ex-travailleur.*

Un contrat de travail doit exister ou doit avoir existé entre l'(ex)-travailleur qui divulgue le secret et l'entreprise qui s'estime préjudiciée par cette révélation.

Le type de contrat de travail (à durée (in)-déterminée, avec ou sans clause d'essai, ...) est sans importance (72). De même, aucun lien particulier entre l'objet du contrat de travail et le secret d'affaires n'est exigé (73).

En ce qui concerne les affaires à caractère personnel ou confidentiel, la loi sur le contrat de travail n'est pas aussi contraignante que dans l'hypothèse d'un secret d'affaires ou de fabrication. En effet, seule l'information confidentielle dont le travailleur a connaissance dans l'exercice de son activité relève du devoir de discrétion visé à l'article 17, 3° a) (74). Cela signifie que le travailleur n'est pas tenu d'observer la même discrétion s'agissant de telles données confidentielles dont il aurait eu connaissance de manière fortuite, hors de l'exercice de son activité professionnelle (75).

3. La divulgation d'un secret de fabrique, d'un secret d'affaires ou d'une information confidentielle, par l'(ex)-travailleur durant l'exécution de son contrat de travail, peut être considérée comme un motif grave justifiant le licenciement immédiat (76).

Le tribunal compétent pour connaître des litiges relatifs à la violation des secrets mentionnés à l'article 17, 3° a) pendant la durée du contrat de travail est, en vertu de l'article 578, 1° du Code judiciaire, le tribunal du travail (77).

Le risque d'une indiscretion peut déjà, à lui seul, fonder un licenciement pour motif grave. Ainsi, le comportement d'un employé, qui durant son délai de préavis, révèle des secrets de fabrication relatifs à une branche d'activité, différente de celle où il travaillait,

(72) G.-L. BALLON, *o.c.*, p. 679.

(73) J. HERMAN, *o.c.*, p. 223 qui cite l'exemple d'un travailleur, qui, même s'il ne travaille pas dans la division recherche ou production de l'entreprise, doit garder pour lui le secret de fabrication ou d'affaires connu.

(74) E. TILLEMANS, *o.c.*, p. 552.

(75) J. HERMAN, *o.c.*, p. 223. Toutefois, le travailleur peut aussi être tenu par une obligation de discrétion relative à ces données confidentielles, en raison du principe de l'exécution de bonne foi des conventions. Dans ce sens, voy. E. TILLEMANS, *o.c.*, p. 552, n° 14.

(76) C. ENGELS, « Daden van oneerlijke concurrentie tijdens de arbeidsovereenkomst als dringende reden van ontslag », *Oriëntatie*, 1988, p. 193.

(77) J. HERMAN, *o.c.*, p. 228.

fut considéré par le conseil des prud'hommes de Bruges comme une faute grave justifiant son renvoi immédiat (78).

Enfin, dans une autre affaire, la cour du travail de Bruxelles a estimé que constituait un motif grave le fait, pour un cadre, d'avoir divulgué les plans de restructuration de son entreprise alors qu'il en connaissait le caractère confidentiel (79).

Si la divulgation a lieu après la cessation du contrat de travail, l'employeur dont le secret a été divulgué peut aussi agir contre son ancien travailleur. L'action a pour objectif de faire défense à un ancien travailleur de communiquer à des tiers les secrets d'affaires de son ancien employeur, ainsi que toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses activités professionnelles. Cette interdiction peut être assortie d'une astreinte, car l'objet de la condamnation n'est pas l'exécution d'un contrat de travail mais bien la cessation de voies de fait (80).

1.3. *Les articles 93 et 95 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (L.P.C.C.)*

14. L'article 93 L.P.C.C. dispose qu'est interdit tout acte contraire aux usages honnêtes par lequel un vendeur porte atteinte ou risque de porter atteinte aux intérêts d'un ou plusieurs autres vendeurs (81). Peut être qualifié d'acte contraire aux usages honnêtes au sens de l'article 93 L.P.C.C. le fait, pour un vendeur au sens de la L.P.C.C. de solliciter et/ou de s'appropriier indûment le savoir-faire ou les secrets de fabrication d'un autre vendeur (82).

Généralement, l'appropriation indue des secrets d'un autre vendeur est le résultat de l'engagement, voire du débauchage, de membres du personnel d'un concurrent. A ce sujet, le débauchage qui n'a pas pour but, mais seulement pour effet la violation du secret doit également être considéré comme illicite (83).

(78) Prud'hom. App. Bruges, 13 septembre 1968, *T.S.R.*, 1969, p. 17.

(79) Cour Trav. Bruxelles, 20 février 1980, A.R. 10.075, cité par V. THIELMAN, *o.c.*, p. 57.

(80) Cour Trav. Bruxelles, 5 novembre 1998, *Sec. Kron.*, 1999, p. 482; Trib. Trav. Arlon (réf.), 11 août 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 87; Trib. Trav. Bruxelles (réf.), 20 avril 1995, *J.T.T.*, 1995, p. 395.

(81) Un des pré-requis à cette action est que celle-ci doit être intentée par un vendeur contre un autre vendeur (Cass., 1 février 1985, *R.P.*, 1984-85, p. 2913, notat P. De Vnoorde). Le terme vendeur est défini à l'article 1 de la L.P.C.C.

(82) M. BUYDENS, *o.c.*, p. 311; Pour une définition des notions de savoir-faire et de secret de fabrication voy. *supra*.

(83) A. DE CALUWÉ, *Pratiques du Commerce*, Bruxelles, 1973, p. 736.

Lorsque le vendeur utilise sciemment un savoir-faire ou un secret de fabrication d'un autre vendeur qui lui est apporté par un (ex)-travailleur de celui-ci, ce vendeur se rend tiers complice de la violation par l'(ex)-travailleur du devoir de discrétion qui pèse sur lui (84).

Tout autre est la situation d'un ancien travailleur qui s'installe à son propre compte et devient vendeur au sens de la L.P.C.C. Dans cette hypothèse, il convient de distinguer selon que les informations que l'(ex)-travailleur utilise relèvent de ses connaissances personnelles, ou au contraire du savoir-faire ou d'un secret de son ex-employeur. En effet, ce n'est que dans ce dernier cas que l'acte sera considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale (85).

Une manière de séparer les connaissances personnelles de l'(ex)-travailleur et le savoir-faire propre de l'entreprise peut notamment résulter de la constatation que l'(ex)-travailleur aurait pu acquérir ces informations en travaillant pour une entreprise concurrente de son (ex)-employeur (86).

15. L'article 95 L.P.C.C. permet au vendeur, dont le savoir-faire ou les secrets de fabrication ont fait l'objet d'une appropriation induite par un autre vendeur, d'agir en cessation. Il demandera au président du tribunal de commerce de faire défense au défendeur de continuer à dérober et/ou à utiliser le secret en cause (87).

Cependant, certains auteurs estiment que, dès l'instant où un savoir-faire ne retire sa valeur que du secret, on ne saurait interdire à un tiers d'en faire l'usage dès lors que le savoir-faire a été divulgué (88).

Cette position ne semble toutefois pas suivie par la jurisprudence, qui condamne majoritairement l'utilisation du savoir-faire ou des secrets d'affaires (89). En effet, un savoir-faire ou un secret de fabri-

(84) Comm. Charleroi (prés.), 18 février 1994, *Ing-Consa*, 1994, p. 123; voy. aussi A. DE CALUWÉ, *o.c.*, n° 750 et suivants.

(85) Comm. Anvers (cess.), 5 décembre 1996, *Ann. prat. comm.*, 1997, p. 559; Cour Trav. Liège, 5 septembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 137.

(86) M. BUYDENS, *o.c.*, p. 310; voy. aussi B. MICHAUX, «Concurrence déloyale et anciens cocontractants, les mises au point de la dernière jurisprudence», *R.D.C.*, 1994, p. 578, qui fait remarquer qu'une telle distinction peut se révéler délicate en pratique.

(87) Comm. Anvers (cess.), 5 décembre 1996, *Ann. prat. comm.*, 1997, p. 559; Cour Trav. Liège, 5 décembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 137.

(88) B. MICHAUX, *o.c.*, p. 578; A. VAN MENSEL, *o.c.*, p. 2018.

(89) Comm. Anvers (cess.), 5 décembre 1996, *Ann. prat. comm.*, 1997, p. 559; Cour Trav. Liège, 5 décembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 137; Comm. Hasselt (cess.), 16 février 1996, *Prat. comm.*, 1996/2, n° 70; Bruxelles, 21 février 1996, *Prat. comm.*, 1996/2, n° 71; Comm. Tournai, 20 mai 1996, *Prat. comm.*, 1996/4, n° 148.

cation, même divulgué, continue à présenter de la valeur, dès lors qu'il n'est pas accessible à tous et confère un avantage concurrentiel à celui qui le détient.

L'interdiction d'utiliser le secret a donc un sens, dans la mesure où elle permet d'empêcher que le secret ne se répande davantage. De plus, la loi sur les pratiques du commerce interdit les actes qui portent atteinte aux intérêts d'un autre vendeur, ce qui est évidemment le cas de l'utilisation d'un secret qui détourne les efforts et l'avantage concurrentiel liés à celui-ci (90).

1.4. L'article 1382 du Code civil.

16. Le fait de dérober et/ou divulguer des informations secrètes «*appartenant*» à un tiers peut constituer une faute causant un dommage au tiers en cause et engageant la responsabilité de son auteur sur base de l'article 1382 du Code civil.

La faute peut résulter du fait qu'un homme normalement prudent et diligent s'abstient de révéler des informations confidentielles qui lui ont été révélées ou qu'il a découvertes. Dans ce cas, il convient de vérifier si le détenteur de l'information confidentielle a pris les mesures adéquates pour en garantir le secret. Un défaut de précaution de la part du détenteur peut en effet enlever à la divulgation tout caractère fautif.

Quant au dommage, celui-ci consiste dans la perte de l'avantage concurrentiel que constitue le savoir-faire ou le secret de fabrication, par hypothèse secret et substantiel (91).

17. L'action en responsabilité civile peut être utilisée dans différentes hypothèses :

1) Tout d'abord, l'action en responsabilité civile s'avère utile dans tous les cas où l'article 309 du Code pénal ne peut être appliqué. C'est, par exemple, le cas d'un ancien travailleur qui divulgue un secret de fabrication, sans intention méchante ou frauduleuse, mais en causant néanmoins un dommage (92).

2) L'article 1382 du Code civil peut également être invoqué dans le cadre de relations pré-contractuelles. En effet, il est généralement admis que, pendant la période des pourparlers pré-contractuels, les

(90) M. BUYDENS, *o.c.*, pp. 312-313.

(91) *Ibid.*, *o.c.*, p. 313 et note de bas de page 851.

(92) A. VAN MENSEL, *o.c.*, p. 2016.

parties sont tenues à une obligation de bonne foi fondée sur l'article 1134, alinéa 3 du Code civil. Dès lors, il peut y avoir faute si une des parties a, volontairement ou par négligence, donné l'impression qu'elle voulait contracter et a ainsi accédé à des informations confidentielles (notamment tout ou partie du savoir-faire) dont l'autre partie était détentrice (93).

3) L'article 17 de la loi sur le contrat de travail met à charge de l'(ex)-travailleur, tant pendant la durée du contrat qu'après son expiration, l'obligation de ne pas divulguer les secrets de son (ex)-employeur (cf. supra n°11).

Dans cette hypothèse, l'(ex)-travailleur peut, le cas échéant, être condamné à verser des dommages et intérêts à son (ex)-employeur sur base de l'article 1382 du Code civil.

La mise en cause de la responsabilité civile du travailleur, pendant l'exécution du contrat de travail, est toutefois soumise à l'article 18 de la loi sur le contrat de travail. La divulgation de secrets de l'employeur ne peut donner lieu à des dommages et intérêts que pour autant qu'elle résulte d'une faute lourde, d'un dol, ou d'une faute légère présentant un caractère habituel (94).

§2. — Mesures légales limitant le droit à l'information des tiers

2.1. *La transposition de la directive européenne concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement*

18. Les trois régions du pays ont transposé en droit interne la directive européenne 90/313/C.E.E. du 7 juin 1990 concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement (95).

Les décrets wallon (article 10) et flamand (article 33, §3) prévoient expressément que le droit à l'information est limité dès lors que son exercice serait susceptible de porter atteinte aux secrets commerciaux et industriels des entreprises.

(93) M. BUYDENS, *o.c.*, p. 313; voy. aussi Ronen, 13 janvier 1983, *D.*, 1983, p. 53 et note LUCAS.

(94) *Ibid.*, p. 310.

(95) Arrêté de l'Exécutif flamand, 6 février 1991, *M.E.*, 26 juin 1991; Ordonnance de la Région de Bruxelles du 29 août 1991; Décret de la Région wallonne, 13 juin 1991, *M.B.*, 11 octobre 1991.

En d'autres termes, le droit légitime à l'information s'arrête là où commence le droit de l'entreprise au secret de ses affaires (96).

2.2. L'article 1481 du Code judiciaire

19. En matière de saisie-description, l'article 1481 du Code judiciaire prévoit que le titulaire d'un brevet peut, avec l'autorisation du juge des saisies, faire procéder par un expert à la description des objets contrefaits ainsi que des plans, documents, calculs et écrits de nature à établir l'étendue de la contrefaçon.

Ce droit à l'information que l'article 1481 du Code judiciaire confère aux titulaires de brevet est toutefois limité par le droit du prétendu contrefacteur au secret de ses affaires. La doctrine et la jurisprudence estiment généralement que l'expert doit se limiter à décrire ce qui est directement de nature à établir l'existence de la contrefaçon et son ampleur, et qu'il ne peut en aucun cas divulguer des informations secrètes de l'entreprise sans rapport direct avec la contrefaçon alléguée (97). Ainsi, il a été jugé que l'expert doit s'abstenir de faire mention des noms de clients ou des fournisseurs du prétendu contrefacteur (98).

Certains auteurs prônent également l'utilisation de certaines méthodes empruntées à la jurisprudence en matière de vente à perte (99). Selon eux, le juge des saisies pourrait également ordonner à l'expert de rendre illisibles certaines informations sensibles figurant dans les documents annexés au rapport (100). De même, la communication des documents pertinents mais confidentiels à un mandataire de justice (juge commis, expert, arbitre rapporteur, huissier de justice) est également recommandée.

2.3. Les articles 877 et suivants du Code judiciaire

20. L'article 877 du Code judiciaire dispose que « lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par

(96) M. BUYDENS, *o.c.*, p. 295.

(97) LUSQUIN, *Traité de l'expertise*, Bruxelles, 1985, n° 270; VAN HOOF, « Het beslag inzake namaak. Een algemeen overzicht », in *Het beslag inzake namaak*, Bruxelles, 1991, n° 23; *Ibid.*, p. 296.

(98) Civ. Namur, 26 juin 1953, *Ing.-Cons.*, 1954, p. 113.

(99) DESSARD, *o.c.*, p. 395; del MARCQ, *Droit commercial terrestre*, fasc. 2, éd. 1968, p. 57; M. BUYDENS, *o.c.*, p. 297.

(100) Comm. Anvers (prés.), 19 février 1987, *Prat. Comm.*, 1987, I, p. 225; Comm. Gand (prés.), 8 janvier 1990, *Ing.-Cons.*, 1990, p. 60.

une partie ou par un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner que ce document ou une copie de celui-ci certifiée conforme, soit déposée au dossier de la procédure (101)*.

L'objectif poursuivi par le législateur est ici de permettre à une partie de solliciter qu'un document précis contenant la preuve d'un élément précis, qui peut avoir une importance notable pour la solution d'un litige, ne puisse pas être tenu caché (102).

Cette procédure peut avoir pour effet, voire même pour mobile implicite, de dévoiler les secrets d'affaires d'un concurrent. Tel est, par exemple, le cas d'un demandeur qui, en invoquant une vente à perte et la nécessité d'ordonner la production de documents, obtient des renseignements précis sur les relations commerciales et les conditions contractuelles de son concurrent (103).

Par conséquent, certains auteurs soulignent la nécessité de concilier le respect du secret des affaires et la collaboration des parties à l'administration de la preuve. Ils suggèrent que les cours et tribunaux assortissent la condamnation à communiquer certaines pièces de mesures destinées à empêcher que le demandeur ne prenne connaissance de certaines informations confidentielles (104).

Cette suggestion trouve un écho favorable en jurisprudence. Ainsi, afin de concilier collaboration à la charge de la preuve et droit au respect du secret des affaires, il a été jugé que des documents confidentiels devaient être produits, mais que les éléments confidentiels y figurant pourraient être masqués (105).

Dans une espèce où l'action ad exhibendum était exercée contre un banquier, des tribunaux ont considéré que l'article 877 du Code judiciaire ne pouvait avoir pour effet de mettre en échec la règle du secret professionnel et que cette exception à l'action ad exhibendum devait s'étendre au cas où - sans être tenu au secret professionnel

(101) J. VAN COMPERSOLLE, «La production forcée de documents dans le Code judiciaire», *Ann. Dr. Louvain*, 1981, p. 93.

(102) C. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur le projet de loi instituant le code judiciaire*, p. 213.

(103) A. PUTTEMAN, o.c., p. 236; VEROUSTRARTE et SWENEN, «Chroniek Belgisch economisch recht», cité par A. PUTTEMAN; Trib. Comm. Oudenaarde (prés.), 17 juillet 1979, *J.C.B.*, 1980, p. 534 et note NEULISSEN; DESSARD, o.c., p. 393; VAN HOUTTE, «Verkoop met verlies: een simplistisch verbod?», cité par NEULISSEN.

(104) M. BUYDESS, o.c., p. 297.

(105) Comm. Anvers (prés.), 19 février 1987, *Prot. Comm.*, 1987, I, p. 225; Comm. Gand (prés.), 8 janvier 1990, *Ing.-Cons.*, 1990, p. 60.

tel qu'il est caractérisé par la loi pénale - l'une des parties ou le tiers était tenu à l'obligation de discrétion (106).

La production de documents ne doit être admise que dans la mesure où elle ne se heurte pas à d'autres règles comme celles relatives à la discrétion professionnelle mais aussi celles relatives au respect de la vie privée ou au secret des affaires (107).

Les dispositions du Code judiciaire ne suppriment pas l'existence des motifs supérieurs et généraux pouvant fonder un refus de production de documents. Le Code judiciaire prévoit lui-même la possibilité pour une partie ou un tiers de ne pas donner suite à un ordre de produire des documents.

L'article 878 du Code judiciaire prévoit, dans le cas où la demande de production s'adresse à un tiers, que ce tiers a la faculté de faire valoir ses observations par écrit ou en chambre du Conseil.

Le commissaire royal, commentant cette disposition, expose que le tiers peut, en effet, avoir d'excellentes raisons personnelles de s'opposer à la production du document qu'il détient (108).

D'autre part, l'article 882 du Code judiciaire admet, au moins implicitement, le refus de production, par une partie ou un tiers lorsque ce refus est justifié par un «motif légitime». Seul le refus non justifié de «se soumettre à la décision judiciaire doit être réprimé» (109).

Le secret des affaires et plus largement, le droit à l'intimité des entreprises économiques, figure assurément parmi les intérêts respectables dont la protection permet d'opposer un motif légitime de refus de produire certains documents.

L'article 879 du Code judiciaire prévoit que le juge qui ordonne la production d'un document indique «... les modalités et les délais dans lesquels elle doit avoir lieu».

(106) Comm. Bruxelles, 9^e chambre, 12 mars 1973, *Sptl Ets L. Van Muylders c/B.E.L.*, RG 552/71 et 7431/71; Comm. Bruxelles, 22 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 380; Comm. Hasselt, 26 mars 2001, *R.D.C.*, 2001, p. 838 et note J.P. BUYLE et M. DELIERNEUX; en France, cons. Cass., Com. 25 février 2003, *rev. dr. banc. mars/avril 2003*, *Banque et Droit*, mai-juin 2003, p. 56; D.S., *cab. de aff.*, 2003, p. 1162.

(107) Pour un cas de violation du droit à la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales en matière de production de documents, cons.: Com. Paris, 20 septembre 1995, *Banque et Droit*, 1996/75, p. 34.

(108) *Rapport Van Reepinghen* précédant le Code judiciaire, p. 213.

(109) *Rapport Van Reepinghen*, o.c., p. 214.

Cet article permet donc au juge de concilier collaboration à l'administration de la preuve et droit au respect du secret des affaires, dès lors que celui-ci peut apprécier et déterminer les modalités de la production du document, notamment en fonction du respect du secret des affaires (110).

CHAPITRE III. — LES LIMITES À L'INFORMATION
RÉSULTANT DE CONVENTIONS :
LES CLAUSES DE CONFIDENTIALITÉ

§ 1^{er}. — *Protection à l'égard des employés
ou ex-employés*

21. Un employeur peut estimer que l'article 17, 3° a) de la loi sur le contrat de travail ne lui offre qu'une protection limitée contre le danger d'indiscrétion émanant d'(ex)-travailleurs, et qu'il est souhaitable d'acroître cette protection par l'insertion de clauses plus détaillées dans le contrat de travail.

Ainsi, sans préjudice du pouvoir d'appréciation souverain des juridictions du travail, les parties peuvent convenir que la divulgation de tels ou tels procédés constitue un motif grave, qui peut être sanctionnée par le renvoi sans préavis et indemnité, et, par des dommages-intérêts (111).

La validité de ce type de clause doit être appréciée à la lumière de l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires et de l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail. En effet, l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 dispose que les clauses des contrats de travail individuels ne peuvent pas être contraaires aux dispositions de la loi, tandis que l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978 prévoit que : « toute stipulation contraire aux dispositions de la présente loi (...) est nulle pour autant qu'elle vise à restreindre les droits des travailleurs ou à aggraver leurs obligations ».

La validité des clauses de confidentialité dépend de la conformité de celles-ci avec l'article 17, 3° a) de la loi sur le contrat de travail.

(110) M. BUYDENS, o.c., p. 298.

(111) L. VAN BUNNEN, o.c., p. 46; L'utilisation de ces clauses est d'usage fréquent, particulièrement dans les contrats de travail d'employés actifs dans les domaines de l'informatique ou de la recherche (J. HERMAN, o.c., p. 224).

Aucune contrariété avec l'article 17, 3° a) n'existe lorsque la clause de confidentialité règle une question non prévue par la loi sur le contrat de travail (112). Tel est, par exemple, le cas de clauses qui explicitent, d'une autre manière ou sur un autre domaine que celui de la loi, l'obligation générale de discrétion du travailleur et le principe d'exécution de bonne foi de la convention de travail. De même, une clause interdisant l'utilisation personnelle par un (ex)-travailleur de secrets de fabrique ou des affaires doit être considérée comme valable (113).

Dans l'hypothèse où la clause de confidentialité touche à une matière régie par l'article 17, 3° a), la question se pose de deux façons : soit l'on considère que la loi sur le contrat de travail a prévu une protection minimale au bénéfice de l'employeur, que celui-ci peut éventuellement compléter par le biais de clauses contractuelles, soit il s'agit, au contraire, d'une protection maximale qui ne laisse aucune liberté à l'employeur. Dans ce dernier cas, les clauses de confidentialité précitées devraient purement et simplement être déclarées nulles sur base de l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 et de l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978.

La première solution semble être préférée par la plupart des auteurs, qui reconnaissent la validité de telles clauses (114).

Enfin, la réponse à la question de la validité des clauses de confidentialité ne serait pas complète sans considérer la conformité de ces clauses avec l'article 1134, alinéa 3 du Code civil.

Pour rappel, les travailleurs et les anciens travailleurs sont tenus, en vertu du principe de l'exécution de bonne foi des conventions, à un devoir de discrétion relatif aux secrets des affaires, qui est d'application même en l'absence de stipulations contractuelles.

Ainsi, des clauses de confidentialité, prévoyant certains comportements que l'(ex)-travailleur devra ou ne devra pas adopter, peuvent être considérées comme valables, à condition de respecter le principe contenu à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil (115).

(112) W. VAN ECKHOUTTE, « De interne werking van het arbeidsrecht : aard, interpretatie en hiërarchie van de rechtsbronnen », in *Aanverven, Twaalfsteden, Oudeaan*, I, 503-90.

(113) J. HERMAN, o.c., p. 224.

(114) W. VAN ECKHOUTTE, o.c., 503-100; J. HERMAN, o.c., p. 224.

(115) J. HERMAN, o.c., p. 224.

§2. — *Protection à l'égard des tiers*

22. Lorsque celui qui a bénéficié de la connaissance du secret est un tiers, non lié au titulaire du secret par un contrat d'emploi, le seul moyen de se protéger d'une divulgation abusive du secret par ce tiers est de stipuler avec lui un accord de confidentialité.

Ce type de convention est courant dans la pratique et est souscrit souvent lors de négociations préalables, pour le cas où celles-ci échoueraient (116).

L'accord de confidentialité peut faire l'objet d'un contrat distinct ou s'insérer dans le cadre d'un autre contrat.

Cet accord prévoit que l'entreprise à qui le savoir-faire est communiqué reconnaît le caractère strictement confidentiel des documents, formules et informations qui lui sont dévoilés et s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la confidentialité de ces documents, formules et informations, en faisant notamment signer une clause de confidentialité à ceux de ses employés ou sous-traitants qui seraient susceptibles d'en prendre connaissance (117).

Une sanction contractuelle peut être prévue en cas de violation de la clause de confidentialité. Celle-ci peut consister dans la dénonciation du contrat, auquel la clause de confidentialité se réfère, aux torts du cocontractant ayant violé la clause et/ou dans le paiement par celui-ci de dommages et intérêts, de préférence déterminés de manière forfaitaire afin de dissuader la divulgation et d'éviter la question délicate de l'évaluation des préjudices.

Si aucune sanction contractuelle n'est prévue et qu'il apparaît que le cocontractant a divulgué l'information confidentielle qui lui a été transmise, le titulaire peut mettre en cause la responsabilité contractuelle du cocontractant, et le cas échéant demander en justice la dénonciation du contrat et des dommages et intérêts couvrant le préjudice.

Toutefois, un problème de preuve se pose le plus souvent, car il faut démontrer que c'est bien le cocontractant qui a divulgué l'information. Or, l'information peut légitimement avoir été divulguée ou possédée par un tiers, qui décide de la rendre publique. De

(116) L. VAN BUNNEN, *o.c.*, p. 46.(117) M. BUYDENS, *o.c.*, p. 314.

même, la fuite peut également provenir d'un autre cocontractant ou d'un employé du détenteur du savoir-faire (118).

CHAPITRE IV. — VERS UNE DÉFINITION GÉNÉRALE
DU SECRET DES AFFAIRES

23. A l'heure actuelle, la notion de secret des affaires ne fait l'objet d'aucune définition précise en droit belge. Ni la loi, ni la jurisprudence n'établissent une liste exhaustive de critères d'appréciation permettant de conférer à une information le caractère de secret des affaires.

Tout au plus, l'article 17, 3°, a) de la loi sur le contrat de travail se contente de démarquer la notion de secret des affaires des deux autres notions de secret de fabrication et de secret relatif à une affaire à caractère personnel ou confidentiel.

Dans cette optique, la notion de secret des affaires doit être définie négativement. Elle recouvre toute information ou connaissance qui n'entre pas dans la définition du secret de fabrication ou du secret relatif à une affaire à caractère personnel ou confidentiel au sens de la loi du 3 juillet 1978.

24. La nature de l'information sur laquelle repose le secret permet d'isoler le secret des affaires du secret de fabrication. Pour rappel, le secret de fabrication porte exclusivement sur des procédés ou des techniques de fabrication (119), tandis que les informations ou connaissances visées par le secret des affaires sont de nature commerciale, financière ou administrative (120).

Cette distinction doit toutefois être nuancée, en raison de l'interprétation extensive que l'on prête généralement à la notion de secret des affaires. Ainsi, le savoir-faire technique de l'entreprise, qui ne serait pas compris dans la définition restrictive du secret de fabrication, doit également être considéré comme un secret des affaires (121).

(118) *Ibid.*, n° 565 et 566.(119) E. TILLEMANS, *o.c.*, p. 550; A. MARCHAL et J.-P. JASFAR, *o.c.*, p. 310.(120) R.P.D.B., *o.c.*, nr. 177; B. VAN REEPINGHEN et M. DEBRABANT, *o.c.*, p. 350; L. VAN BUNNEN, *o.c.*, p. 363; ROUBIER, *o.c.*, p. 370; G. L. BALLON, *o.c.*, p. 676; M. REGAUX et P. E. TROUSSE, *o.c.*, p. 596; A. VAN MENSEL, *o.c.*, p. 2006.(121) M. BUYDENS, *o.c.*, p. 308; E. TILLEMANS, *o.c.*, p. 552; Voy. aussi R. HENRIOT, *o.c.*, pp. 195-225.

Enfin, dans l'hypothèse où il ne s'agirait ni d'un secret de fabrication, ni d'un secret d'affaires, l'information ou la connaissance en cause peut être considérée comme une information à caractère personnel ou confidentiel, à condition toutefois que sa divulgation soit également de nature à nuire aux intérêts de l'(ex)-employeur (122).

25. A ce stade-ci, donner une définition générale du secret des affaires peut s'avérer relativement prématuré, dans la mesure où seule la matière du droit du travail est prise en considération.

L'exigence d'une définition générale du secret des affaires suppose que celle-ci puisse s'appliquer sans tenir compte de la matière envisagée (droit du travail, droit de la concurrence, droit de la propriété intellectuelle, ...).

Dès lors, quels critères d'appréciation supplémentaires doit-on prendre en compte pour arriver à une définition générale du secret des affaires ?

26. Un complément de réponse peut être trouvé dans la Communication de la Commission européenne relative aux règles de procédure interne pour le traitement d'accès au dossier dans les cas d'application des articles 85 et 86 du traité CE (123), des articles 65 et 66 du traité CECA et du règlement (CEE) n° 4064/89 sur le contrôle communautaire des opérations de concentration entre entreprises (ci-après «*la Communication*») (124).

Cette Communication a pour objectif d'assurer la compatibilité de la pratique administrative courante en matière d'accès au dossier avec la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance.

L'accès au dossier, qui relève des garanties procédurales visant à assurer l'exercice effectif du droit d'être entendu (125), prévu à l'article 19 paragraphes 1 et 2 du règlement n° 17 du Conseil (126) et à l'article 2 du règlement n° 99/63/CEE de la Commission (127) ainsi que dans les dispositions correspondantes des règlements régis-

(122) G. VIRASSAMY, o.c., n° 18-19; Voy. aussi Rennes, 30 mars 1983, o.c., p. 30, et ann. P. DE FONTBRESIN.

(123) Actuellement, articles 81 et 82.

(124) J.O., n° C23/3 du 3 janvier 1997.

(125) Cimenteries CBR c. s./Commission, T-12/92 et T-15/92, Rec., 1993, p. II-2667 - point 38 des motifs.

(126) J.O., n° 13 du 21 février 1962, p. 204/62.

(127) J.O., n° 127 du 20 août 1963, p. 2263/63.

sant la mise en œuvre des articles 85 et 86 (128) dans le domaine des transports, doit être organisé dans tous les cas de décisions de contestation d'infractions, de décisions de rejet de plainte, de décisions de mesures provisoires et de décisions prises sur la base de l'article 15 §6 du règlement n° 17 (129).

Pour les affaires de concentrations, l'accès au dossier pour les parties directement intéressées est explicitement prévu à l'article 18 §3 du règlement des concentrations ainsi qu'à l'article 13 §3 a) du règlement (CE) n° 3384/94 de la Commission (130).

L'objet de l'accès au dossier est de permettre aux destinataires d'une communication des griefs de se prononcer sur les conclusions auxquelles est parvenue la Commission. Les entreprises mises en cause doivent donc avoir accès à tous les documents que constitue le dossier d'instruction de la Commission.

Toutefois, toutes les pièces rassemblées dans le cadre de l'instruction d'un dossier ne sont pas communicables. En effet, la jurisprudence développée dans les arrêts *Hercules* (131) et *Cimenteries* (132) empêche les entreprises impliquées dans une procédure d'avoir accès à certaines catégories de documents, dont les secrets d'affaires des autres entreprises.

27. Selon les termes de la Communication, constituent des secrets d'affaires, les informations (documents ou parties de documents) pour lesquelles une entreprise a revendiqué la protection «*secret d'affaires*» et que la Commission reconnaît comme tels (133).

Cependant, comme le fait également remarquer la Communication, il n'existe pas à l'heure actuelle de définition exhaustive des critères d'appréciation du caractère de secret d'affaires d'une information contenue dans un document détenu par la Commission dans

(128) Actuellement, articles 81 et 82.

(129) J.O., n° C23/3 du 3 janvier 1997, où il est précisé que «*les lignes directrices exposées dans la communication portent essentiellement sur les droits des entreprises mises en cause dans l'instruction d'une infraction présumée; elles ne portent pas sur les droits des parties tierces, et notamment des plaignants*».

(130) J.O., n° L 377 du 31 décembre 1994, p. 1.

(131) *Hercules Chimie*/Commission, T-7/89, Rec., 1991, p. II-1711.

(132) *Cimenteries CBR c.a./Commission*, T-12/92 et T-15/92, Rec., 1993, p. II-2667.

(133) Voy. aussi Ch. PRICE, «*L'affaire British Gypsum: le problème de la confidentialité, in Droits de la défense et droits de la Commission dans le droit communautaire de la concurrence*», Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 128 qui précise que «*c'est à la Commission qu'il incombe de décider si un document déterminé contient ou non des secrets d'affaires*». Suivant la Cour, la Commission, avant de prendre cette décision, est tenue de donner à l'entreprise concernée l'occasion de faire valoir son point de vue».

le cadre d'une procédure relative à la concurrence. La Communication se limite, tout au plus, à souligner que la notion de secret d'affaires doit être entendue de façon large.

Dès lors, il y a lieu de se référer à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance, et notamment aux arrêts AKZO et BAT Reynolds (134).

Selon cette jurisprudence, la notion de secret des affaires correspond à celle figurant dans les articles 19.3 et 21.2 du Règlement n° 17, où une obligation explicite est imposée à la Commission de tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets ne soient pas divulgués.

La Communication précise que la non-communicabilité de ces informations vise à assurer la protection de l'intérêt légitime d'une entreprise, à savoir que certaines indications stratégiques sur ces intérêts essentiels et la marche ou le développement de ses affaires ne soient pas connues des tiers (135).

Dans ce sens, le secret des affaires peut alors se définir comme « des informations dont non seulement la divulgation au public mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci » (136).

28. Toutefois, cette définition ne serait pas complète sans la prise en compte de certaines pratiques entérinées par la Commission dans le cadre de l'accès au dossier, ainsi que d'une série d'arguments repris dans la Communication ou développés par la doctrine.

En ce qui concerne l'organisation pratique de l'accès au dossier, la Commission exige généralement des entreprises à qui elle demande de reconsidérer le caractère non communicable d'un document contenant des secrets d'affaires, de fonder leur décision sur l'identité du tiers qui revendique l'accès aux informations en cause.

Il est en effet évident que l'usage qu'un concurrent direct pourrait faire d'un document contenant des informations commerciales sensibles, diffère sensiblement de celui que pourrait en faire une entreprise qui est active par exemple dans un secteur en aval ou en

(134) AKZO Chemical BV et AKZO Chemie UK LTD/Commission 53/85, *Rec.*, 1986, p. II-1965, points 24 à 28 des motifs; BAT Reynolds, 142 et 156/84, *Rec.*, 1987, p. 4487, point 21 des motifs.

(135) *J.O.*, n° C23/3 du 3 janvier 1997.

(136) Postbank c. Commission, T-353/94, *Rec.*, II-921, § 87.

amont de celui où opère l'entreprise aux documents de laquelle l'accès est recherché.

Un document peut donc tout à la fois contenir des secrets d'affaires et être communiqué sans danger à certaines parties dont il n'y a pas lieu de craindre qu'elles puissent l'utiliser au détriment de l'entreprise à laquelle l'information en cause appartient (137).

Des faits ne peuvent pas non plus rester des secrets d'affaires s'ils ont perdu, en raison du temps qui a passé, leur importance commerciale. (138) Cependant, ce critère doit être appréhendé avec une certaine prudence, dans la mesure où selon les cas, une information vieille de quelques mois peut avoir déjà perdu toute valeur commerciale, tandis que la discussion d'une stratégie à long terme ou la description d'une structure du coût de revient peut conserver toute son importance dix ans plus tard.

Il est parfois avancé que certains documents émanant des entreprises devraient toujours se voir reconnaître le caractère de secret d'affaires, de part leur nature même. Ainsi, les procès verbaux d'un conseil d'administration, même s'ils ne contiennent aucune donnée commerciale sensible, peuvent, par exemple, fournir des indications précieuses sur la durée normale du processus de prise de décision interne, les rapports de force au sein de l'entreprise, ... spécialement si l'on a affaire à une série de procès-verbaux s'étendant sur une période relativement longue par rapport à un document isolé.

A première vue, s'il peut être tentant de considérer *a priori* que ces documents constituent des secrets d'affaires, il ne semble toutefois pas possible de faire l'impasse d'un examen au cas par cas, en tenant compte tout spécialement de l'effet de l'écoulement du temps (139).

Enfin, il convient également d'avoir à l'esprit que le fait qu'une information concernant une entreprise soit également connue ou véhiculée par une autre source (par exemple la presse) ne constitue pas nécessairement une raison de refuser à l'information le caractère de secret d'affaires. Ce caractère peut au contraire s'imposer par la valeur commerciale de la confirmation par le document émanant de l'entreprise concernée de la véracité de l'information circulant dans le public (140).

(137) F. P. LOUIS, « L'accès au dossier », *Colloq. Dt. Eur.*, Bruxelles, 1998, n° 1-2, p. 65.

(138) *J.O.*, n° C23/3 du 3 janvier 1997.

(139) F. P. LOUIS, *o.c.*, p. 65.

(140) *Ibid.*, p. 66.

29. On le voit, le secret des affaires est une notion dont les contours sont difficiles à tracer, tant les critères d'appréciation auxquels on peut recourir renvoient à des réalités forcément différentes dans chaque cas d'espèce.

Toutefois, il est possible de retirer de ce qui vient d'être exposé un certain nombre de caractéristiques propres au secret des affaires et susceptibles de pouvoir s'appliquer quelque soit la matière envisagée. Il s'agit principalement de la nature de l'information ou de la connaissance sur laquelle porte le secret, de l'inconvénient lié à la divulgation du secret pour son titulaire, et de l'avantage qu'a son titulaire à ce que le secret ne soit pas dévoilé.

La combinaison de ces caractéristiques avec certains critères d'appréciation examinés précédemment permet de définir le secret des affaires, comme étant « toutes informations ou connaissances de nature commerciale, financière ou administrative (voire technique dans l'hypothèse où il ne s'agit pas d'un secret de fabrication), ayant une valeur réelle pour l'entreprise qui les détient et qui, de ce fait, bénéficie d'une protection contre leur divulgation à tout tiers susceptible de nuire à ses intérêts » (141).

A titre d'exemple, il peut s'agir de données relatives à la rentabilité, le chiffre d'affaires, la clientèle, les distributeurs, les pratiques commerciales, les coûts, les prix, les parts de marché, les méthodes d'évaluation des coûts de fabrication, la stratégie commerciale, l'organisation interne de l'entreprise, ...

CHAPITRE V. — LE SECRET DES AFFAIRES ET LE SECRET PROFESSIONNEL

30. La nécessité pratique de la vie des affaires amène souvent les entreprises à partager le secret de leurs affaires avec des personnes soumises en vertu de l'article 458 du Code pénal à une obligation de secret professionnel. Il s'agit principalement de l'avocat, tant dans ses activités de consultation et de conseil juridique (142) que de

(141) Pour une autre définition du secret des affaires voy. notamment Ch. Price, o.c., p. 129; R. Henion, o.c., pp. 195-225; V. Thellman, o.c., p. 103; M. Tadric, « Secret des affaires et devoir d'informations », *Études et documents du C.N.B.O.S.*, n° 283, 1967, pp. 3-34.

(142) On connaît la surprenante jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation de France, qui, malgré une loi de 1997, persiste à faire la distinction entre l'avocat défenseur en justice (couvert par le secret) et l'avocat consultant ou rédacteur d'actes (non couvert par le secret) (F. GLANSDORFF, Avocats, in *Le secret professionnel*, La Chartre, 2002, p.150).

défense des intérêts de son client en justice, du notaire, pour les actes relatifs à sa fonction, et du réviseur d'entreprise (143).

A priori, il n'existe aucune contradiction entre le secret professionnel et le secret des affaires. En effet, dans les deux cas, l'objectif poursuivi est de protéger la confidentialité des informations recueillies.

Toutefois, une comparaison entre ces deux notions s'avère particulièrement intéressante afin de vérifier si ces deux notions, malgré leurs différences, s'inscrivent réellement dans la même lignée.

§ 1^{er}. — L'obligation au secret sanctionnée par le droit pénal : le secret professionnel

31. L'article 458 du Code pénal et différentes lois pénales spéciales interdisent à certains dépositaires d'informations de divulguer les informations recueillies dans l'exercice de leur profession.

Ce devoir de discrétion à l'encontre des tiers s'applique, selon les termes de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 février 1905, indistinctement à toute personne investie d'une fonction de confiance par la loi, la tradition ou les mœurs, et qui sont les dépositaires obligés des secrets qu'on leur confie (144).

Ainsi, outre les personnes expressément mentionnées à l'article 458 du Code pénal, la jurisprudence admet traditionnellement que les avocats, les notaires et les réviseurs d'entreprise sont également soumis, en leur qualité de confident nécessaire, au secret professionnel de l'article 458 du Code pénal (145) (146).

Toutefois, le caractère confidentiel du secret en soi varie selon les différents secrets professionnels. En effet, chaque profession est

(143) Voy. B. TILLEMAN, o.c., 1999, pp. 153-155, où l'auteur précise que « le secret professionnel du réviseur d'entreprise concerne spécialement le secret d'affaires ».

(144) Cass., 20 février 1905, *Rev. Pén.*, I, p. 141.

(145) B. TILLEMAN, o.c., 1999, pp. 151; Pour rappel, l'article 458 du Code pénal est libellé de la sorte : « Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sage-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent francs à cinq cents francs ».

(146) La confidentialité des avis des juristes d'entreprise est étrangère à la notion de secret professionnel (J.P. BUYLE, I. Durand, La confidentialité des avis des juristes d'entreprise, in *Le secret professionnel*, La Chartre, 2002, p.187; L. DEFALQUE, note obs. sous T.P.I. (ord) 30 octobre 2003, *J. T.*, 2004, p.382).

différente et chaque secret professionnel a son propre contenu (147).

A titre d'exemple, le secret professionnel de l'avocat porte principalement sur les informations qui lui sont confiées dans ses activités de consultation, de conseil juridique et de défense des intérêts de son client en justice, tandis que celui du notaire est limité aux activités propres à sa fonction (148).

32. La question de l'intérêt protégé par l'article 458 du Code pénal fait l'objet d'un débat en doctrine. La détermination de cet intérêt est fondamentale, car elle permet de mieux situer le fondement rationnel du secret professionnel et de dégager les caractères de l'obligation légale de se taire, d'en mesurer son étendue ainsi que les limites qui peuvent y être apportées (149).

La généralité des termes utilisés dans l'article 458 du Code pénal a conféré au secret professionnel une telle imprécision que l'on en a tiré deux conceptions diamétralement opposées, que l'on qualifie respectivement de conception relative et de conception absolue (150).

33. Selon la conception relative, l'incrimination de la violation du secret professionnel a pour objectif d'assurer la protection d'un intérêt privé, celui de l'individu qui se trouve dans la nécessité de dévoiler une partie de sa vie privée à une tierce personne (151). Il peut s'agir, par exemple, de l'intérêt qu'a l'individu à ne pas voir ses secrets d'affaires divulgués par son avocat ou son notaire auxquels il s'est préalablement confié.

Une des conséquences pratiques de cette conception relative est que le titulaire du secret a le droit de disposer lui-même des données qui le concernent et de délier le praticien de son obligation de se taire quand son intérêt l'exige. Ainsi, si le client délègue son avocat,

(147) D. HAZEWINKEL-SURINGA, *De doolhof van het beroepsgeheim*, Tjeenk Willink, 1959, n° 4; B. TILLEMANS, *o.c.*, 1999, pp. 150.

(148) Voy. B. TILLEMANS, *o.c.*, 1999, pp. 153-155.

(149) M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, p. 24.

(150) Pour certains, les qualificatifs de «relatif» ou «absolu» devraient cependant être proscrits de l'analyse que l'on fait du secret au plan déontologique. Le secret peut être mieux qualifié d'essentiel, de fondamental, voire de primordial (G.A. Dal, les fondements déontologiques du secret professionnel, in *Le secret professionnel*, La Chartre, 2002, p. 100).

(151) *Ibid.*, p. 24; Voy. aussi A. MOREAU, «De la divulgation des secrets médicaux», *Ann. soc. méd. lég. de Belgique*, 1892, p. 3; P. VERVAERT, *Le secret professionnel médical*, Paris, éd. Giard-Brière et Jouve, 1892, p. 20 et s.; C. MERCIER, *Le secret professionnel*, Paris, éd. Chaumont, 1895, p. 17.

il ne pourrait, selon cette conception, être reproché à ce dernier une violation de son obligation au silence pour ce qui concerne les informations qu'il a recueillies à propos de celui-ci et aucune poursuite ne saurait être engagée contre lui sur base de l'article 458 du Code pénal (152).

Les tenants de cette théorie justifient leur conception d'abord par la place qu'occupe dans le Code pénal la disposition qui punit la violation du secret professionnel. En effet, l'article 458 est placé sous le chapitre du Code consacré aux atteintes contre les particuliers (153).

Par ailleurs, la conception relative du secret professionnel s'appuie sur la lettre de la loi qui parle de «personnes dépositaires des secrets qu'on leur a confiés». La raison d'être de la loi serait donc la protection de l'intérêt privé du titulaire dont la révélation intensive était susceptible de compromettre gravement la réputation (154).

Enfin, cette théorie a été mise en œuvre dans plusieurs décisions jurisprudentielles. Tout d'abord, dans l'arrêt A.M. & S Europe Ltd. Contre la Commission, dans lequel la Cour de justice des Communautés européennes énonce que le principe de la confidentialité ne saurait faire obstacle à ce que le client relève la correspondance échangée avec son avocat, s'il l'estime conforme à son intérêt (155). Puis, dans un arrêt de la cour de Cassation du 12 novembre 1997, où la Cour estime que l'article 458 du Code pénal ne s'oppose pas à ce qu'un client puisse faire valoir en justice, pour les besoins de sa défense, les correspondances échangées entre lui et son précédent conseil (156).

34. Même si, *prima facie*, l'incrimination portée à l'article 458 du Code pénal a pour objectif d'assurer la protection du particulier contre les divulgations du dépositaire du secret auquel il s'est confié, les partisans de la conception absolue du secret professionnel estiment que le devoir de silence imposé par cette disposition a été institué également dans l'intérêt de toute la société, qui a besoin d'un climat de confiance entre l'ensemble des citoyens et ceux qui

(152) P. VAN NESTE, «Kan het beroepsgeheim absoluut genoeemd worden?», *R.W.*, 1977-1978, col. 1294, n° 15; Dans le même sens voy. I. VAN DER STRAETE, J. PUT et E. LEENAERTS, «Het beschikking over het beroepsgeheim», *T.P.R.*, 2004.

(153) M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, p. 25.

(154) Encyclopédie Dalloz, t. V, *Secret professionnel*, 1977, p. 2.

(155) C.J.C.E., 18 mai 1982, *J.T.*, 1983, p. 41.

(156) Cass., 12 novembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 361.

exercer des professions exigeant pour leur accomplissement que le citoyen leur dévoile une partie de sa vie privée (157).

L'observation du secret a une portée sociale incontestable et les troubles qui résulteraient de sa divulgation seraient graves. C'est à ce titre qu'elle est pénalement sanctionnée. En définitive, le fondement du délit prévu à l'article 458 du Code pénal se justifie tant par l'intérêt qu'à chaque citoyen à ne pas voir violé le secret de sa vie privée, que par celui qu'ont tous les citoyens de pouvoir en toute sécurité fournir aux hommes de l'art tous les renseignements nécessaires à l'examen de leur cas (158).

La thèse du secret absolu fut consacrée en Belgique par la Cour de Cassation dans un arrêt du 20 février 1905, dans lequel elle affirme que l'article 458 du Code pénal a un caractère général et absolu et doit être appliqué indistinctement à toutes les personnes investies d'une fonction ou d'une mission de confiance, à toutes celles qui sont constituées par la loi, la tradition et les mœurs, dépositaires nécessaires des secrets qu'on leur confie (159).

Dans ce sens, et contrairement à ce que la conception relative du secret professionnel admet, une personne ne peut pas disposer elle-même du secret qu'elle a confié à son avocat ou son notaire, par exemple, ni délier ces derniers de leur obligation de se taire.

Toutefois, au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation, la conception relative du secret professionnel semble être préférée à la conception absolue. En témoignent les arrêts du 19 janvier 2001 et du 7 mars 2002, dans lesquels la Cour affirme que le secret professionnel n'est pas absolu et a pour but de protéger le patient (160).

(157) M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, p. 26; Voy. aussi C. MUTEAU, «Du secret professionnel, de son étendue et de la responsabilité qu'il entraîne», Paris, éd. Mareco, 1870, p. 245; A. HALLES, «Le secret professionnel», Paris, éd. Arthur Rousseau, 1890, p. 18; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruxelles, Nemesis, 1985, p. 27; Voy. aussi : A. BRAUX, *Tout savoir sur les avocats*, Bruxelles, Story-Scientia, 1993, p. 74; B. TILLEMAN, *o.c.*, 1999, p. 150; B. TILLEMAN, *o.c.*, p. 549; Bruxelles, 18 juin 1974, *R.W.*, 1974-1975, col. 1772; *Pas.*, 1975 II, p. 42; *J.T.*, 1976, p. 11.

(158) J.-L. BAUDOIN, *Le secret professionnel et le droit au secret dans le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 35; E. REYMONT, «Le secret professionnel des avocats», *J.T.*, 1948, p. 586; M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, p. 26.

(159) Cass., 20 février 1905, *Pas.*, I, p. 141.

(160) «Les deux affaires concernaient une action en déclaration de nullité d'un testament sur base de l'article 901 du Code civil. Dans les deux arrêts se posait la question si l'article 458 du Code pénal empêche ceux, qui invoquent la nullité du testament, puissent prouver la prétendue déficience mentale du testateur au moyen d'attestations médicales qui, plus tôt, avaient été régulièrement délivrées dans le cours d'un autre procédure»; Cass., 19 janvier 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 952; Cass., 7 mars 2002, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 921; *T.B.B.R.*, 2003, p. 55 et note B. ALLEMEERSCH; *T. Gaz.*, 2002-2003, p. 85, note W. DIJKHOFFZ.

Dès lors, le secret n'apparaît pas comme une valeur en soi, mais se trouve au service de celui qui a droit au respect du secret, donc du client (161).

Enfin, une autre preuve du caractère non absolu du secret professionnel peut se retrouver dans ses différentes exceptions, qui constituent autant d'hypothèses dans lesquelles la révélation du secret ne sera pas punissable.

Le Code pénal en énonce trois sous les articles 458 et 458bis. Il s'agit du témoignage en justice du confident, des dénonciations auxquelles le confident est tenu par la loi, et de l'hypothèse dans laquelle le confident apprend des faits de mœurs dont un mineur a été victime (162).

Enfin, la théorie générale du droit pénal reconnaît également l'état de nécessité comme justificatif du délit de l'article 458 du Code pénal au-delà des cas expressément prévus dans cette disposition (163).

§2. — Le devoir général de discrétion : le secret des affaires et le secret professionnel

35. Le respect de la vie privée et la protection de l'autonomie de la volonté sont généralement cités parmi les valeurs qui ont pu historiquement justifier la consécration du secret professionnel. L'examen de ces valeurs s'avère particulièrement intéressant dans le cadre d'une comparaison avec le secret d'affaires, dans la mesure où ces fondements sont communs aux deux notions.

36. Le «respect de la vie privée» est généralement cité comme la première valeur sur laquelle se fonde le secret professionnel (164). Dans cette optique, le secret professionnel a pour objectif de protéger l'individu contre le dommage moral que peut lui causer une révélation portant atteinte à sa réputation (165).

(161) Voy. I. VAN DER STRAETE, J. PUT et E. LEENAERTS, «Het beschikking over het beroepsgeheim», *o.c.*, p. 1093.

(162) Voy. notamment M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, pp. 51-60.

(163) C. HENNEAU et J. VERHAEGEN, «Recherche policière et secret médical», *J.T.*, 1988, p. 165-167; P. LAMBERT, *o.c.*, p. 134.

(164) Voy. P. LAMBERT, *o.c.*, p. 14; J. VEU, *Le droit au respect de la vie privée*, Namur-Bruxelles, Presses universitaires de Namur-Larcier, 1974, p. 112 ou selon l'auteur : «le droit au respect de la vie privée implique l'interdiction de divulguer ou de recueillir des informations couvertes par le secret professionnel. Toutefois, cela ne signifie pas que la nécessité de respecter le secret professionnel trouve exclusivement sa justification dans le droit au respect de la vie privée».

(165) P. LAMBERT, *o.c.*, p. 36.

Cette position a également été reprise par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe qui, dans une Recommandation adoptée en 1985, énonce que la protection du secret professionnel est un élément essentiel au droit au respect de la vie privée, et va même jusqu'à affirmer que le secret professionnel a pour finalité exclusive la protection des intérêts du sujet (166).

Tout en se gardant d'un tel exclusivisme, la Cour européenne a également admis le rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (167).

L'instauration du secret des affaires se fonde également sur le respect de la vie privée. Toute entreprise peut en effet se prévaloir du droit à voir sa vie privée respectée, et, par conséquent, a intérêt à ce que certains tiers ne soient pas mis au courant de leurs informations ou connaissances couvertes par le secret des affaires.

Le secret des affaires a donc aussi pour but de protéger la personne physique ou morale contre le dommage moral qui résulterait d'une révélation portant atteinte à sa réputation, même si dans ce cas le dommage sera le plus souvent de nature économique (perte d'un avantage concurrentiel par exemple).

37. La seconde valeur traditionnellement invoquée comme fondement du secret professionnel réside dans la protection de l'autonomie de la volonté des parties intéressées et de la confiance qui en résulte pour la personne qui s'est confiée à autrui. (168)

Cette théorie du fondement contractuel du secret professionnel voit le fondement juridique du secret dans la conclusion d'un véritable contrat de dépôt, d'un contrat de louage de services, d'un mandat, voire d'un contrat innommé, et s'appuie sur la liberté de choix des parties et sur le respect de la confiance qu'elle engendre (169).

(166) P. SIEGHART, « La protection du secret confié. Vers une approche harmonisée des règles juridiques régissant le secret professionnel », in *Secret et transparence. L'individu, l'entreprise et l'administration*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1988, p. 125.

(167) Cour eur., D.E., 25 février 1997, arrêt *Z. c. F. Mandat*, § 95.

(168) M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, p. 6.

(169) Voy. A. FEYTEL, *Le secret médical*, Paris, Librairie J.-B. Baillière et fils, 1935, pp. 19-22; P. LAMBERT, *o.c.*, pp. 25-26; M. DELMAS-MARTY, « A propos du secret professionnel », in *Daloz-Sirey*, 1982, Chronique XXXIX, pp. 268-269.

Ce fondement contractuel se retrouve également dans le secret d'affaires. En effet, les confidences relatives à des secrets des affaires présupposent généralement l'existence d'un lien contractuel entre le détenteur du secret et le confident.

C'est particulièrement vrai dans le cadre d'un contrat de travail, où même les ex-travailleurs sont tenus à un devoir de discrétion. De même, lorsque celui qui bénéficie de la connaissance du secret est un tiers, non lié au titulaire du secret par un contrat d'emploi, le titulaire du secret se protège généralement contre l'éventuelle divulgation du secret par ce tiers, par la conclusion avec celui-ci d'un accord de confidentialité.

38. Le secret professionnel et le secret des affaires apparaissent donc comme des notions voisines, tant l'objectif qu'elles poursuivent et les considérations dont elles s'inspirent semblent proches.

Cependant, la théorie du fondement contractuel du secret professionnel est aujourd'hui abandonnée par la doctrine majoritaire (170). Par conséquent, le seul fondement commun aux notions de secret professionnel et de secret des affaires semble être actuellement le respect de la vie privée.

Dès lors, on peut raisonnablement affirmer que ces deux notions font partie d'un même ensemble prônant le droit au respect de la vie privée, dont découle directement un devoir général de discrétion applicable à toutes personnes appelées à entrer dans la confidence de secrets dont la révélation peut nuire aux intérêts de ceux qui se sont confiés.

C'est ce que M. Delmas-Marty soutient, quand elle affirme que « le thème de la protection privée ne s'exprime pas d'abord directement à propos du secret professionnel, mais il se développe dans des domaines très proches, par une sorte d'encerclement du secret professionnel » (171).

A ce sujet, l'exemple du notaire illustre particulièrement bien ce devoir général de discrétion. En effet, le secret professionnel du notaire ne porte que sur les activités propres à sa fonction, en dehors desquelles il reste soumis à un devoir de discrétion applicable, par exemple, à des activités de gestion de patrimoine (172).

(170) M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, p. 6.

(171) M. DELMAS-MARTY, *o.c.*, p. 269.

(172) B. TILLEMANS, *o.c.*, 1999, p. 154.

39. Malgré cette proximité entre le secret professionnel et le secret des affaires, il existe toutefois une différence fondamentale entre les deux notions. Celle-ci réside dans le fait que le devoir de discrétion propre à la vie des affaires n'est, contrairement au secret professionnel, pas sanctionné pénalement, et se révèle d'une intensité moindre que ce dernier (173).

Cette différence de traitement est le résultat d'une évolution, qui a conduit progressivement le législateur à considérer la violation du secret professionnel comme un trouble suffisamment grave pour l'ériger en infraction et l'assortir de sanctions particulières (174).

En effet, l'article 458 du Code pénal s'inspire de l'article 378 du Code pénal français de 1810, qui, lui-même, ne fait que consacrer juridiquement la sanction pénale d'une règle de conduite que la coutume rendait obligatoire depuis longtemps et qui était parfois sanctionnée civilement (175).

A titre d'exemple, l'obligation de ne pas révéler le secret professionnel pesait sur l'avocat bien avant la consécration de la protection pénale de ce dernier. Ainsi, le Parlement de Dijon avait déjà approuvé, en 1671, l'attitude d'un avocat qui, ayant participé à la rédaction d'un contrat, avait refusé de faire connaître à la justice les raisons qui avaient accompagné la signature (176).

40. En comparaison du secret des affaires, le secret professionnel semble répondre à des impératifs sociaux plus importants du fait de la protection accrue que lui confère la loi pénale.

Toutefois, cette affirmation doit être revue à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne de justice, et plus particulièrement de l'arrêt, précédemment mentionné, du 24 juin 1986 prononcé dans l'affaire AKZO (177).

Dans cet arrêt, la Cour réserve un sort différent aux informations couvertes par le secret professionnel au sens large et à celles cou-

(173) P. LAMBERT, *o.c.*, p. 285-286.

(174) Voy. C. DEBUYST, «Autour de la notion de comportement problématiques, in *Politique, police et justice au bord du futur, Mélanges pour et avec Lode van Outrive*, Paris, l'Harmattan, 1988, p. 72.

(175) Voy. M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, pp. 19 et 21 où l'auteur précise que «jusque 1810 et l'adoption de l'article 378 du Code pénal, la violation du secret professionnel n'était considérée comme punissable que dans le cas du prétre qui trahissait le secret de la confession».

(176) *Ibid.*, p. 21.

(177) AKZO Chemical BV et AKZO Chemie UK LTD/Commission 53/85, *Rec.*, 1986, p. II-1965, points 24 à 28 des motifs; BAT Reynolds, 142 et 156/84, *Rec.*, 1987, p. 4487.

vertes par le secret des affaires (178). En effet, selon la Cour, la Commission peut être amenée à communiquer aux tiers plaignants certaines informations couvertes par le secret professionnel, pour autant que cette communication soit nécessaire au bon déroulement de l'instruction (179). Par contre, le tiers plaignant ne peut en aucun cas recevoir communication de documents qui contiennent des secrets d'affaires (180).

Ainsi, l'enseignement de l'arrêt AKZO semble être que la Commission n'est jamais autorisée à communiquer des secrets d'affaires, mais que, par contre, elle peut être amenée à communiquer aux tiers plaignants des informations confidentielles, pour autant que ce soit nécessaire pour l'instruction (181).

L'importance accordée au secret des affaires par rapport au secret professionnel s'explique ici principalement par la volonté d'éviter le comportement abusif de certaines entreprises, qui ne déposeraient une plainte auprès de la Commission que dans l'unique but d'avoir accès aux secrets d'affaires des concurrents (182).

Cependant, une tendance générale à l'accroissement de la considération portée au secret des affaires dans notre société semble se dessiner.

En témoigne, tout d'abord, l'arrêt AKZO, qui érige le respect du secret des affaires en véritable principe général qui s'applique pendant tout le déroulement de la procédure administrative devant la Commission (183).

De même, plus récemment, l'initiative a été prise d'introduire la protection des secrets d'affaires dans le cadre des négociations du G.A.T.T. Cela a donné lieu à la conclusion d'un accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce, plus communément appelé A.D.P.I.C., qui consacre notamment un arti-

(178) Ch. PRICE, *o.c.*, p. 128.

(179) Paragraphe 27 de l'arrêt.

(180) Paragraphe 28 de l'arrêt.

(181) Ch. PRICE, *o.c.*, p. 129, où l'auteur poursuit : «En outre, s'il existe la possibilité que les informations en question comprennent des secrets d'affaires, que toute communication implique pour l'entreprise concernée par la communication le droit d'en être avisée au préalable par la Commission, le droit de faire valoir son point de vue auprès de la Commission avant la divulgation, le droit à ce que la décision de communiquer fasse l'objet d'une décision formelle, dûment motivée, ainsi que le droit d'introduire immédiatement et sans attendre la fin de l'instruction, un recours auprès du Tribunal de Première Instance contre la décision de la Commission».

(182) Paragraphe 28 de l'arrêt.

(183) *Ibid.*

cle à la protection des renseignements non divulgués (article 39) (184).

41. En conclusion, le secret des affaires et le secret professionnel apparaissent comme des notions dont l'importance varie sensiblement en fonction de l'écoulement du temps.

Un tel phénomène est propre au secret en général, dont le poids ou le degré d'estime susceptible de lui être attribué peut varier considérablement selon les situations et les époques. Pour ne retenir que l'idée de variabilité dans le temps, on ne peut ignorer que le secret connaît aujourd'hui une certaine dévalorisation (185). A l'heure de la transparence, la figure du secret se trouve, en effet, dévalorisée, discréditée et affectée d'un signe négatif (186). A tel point que certains auteurs ont même affirmé que «*le secret est mort*» (187).

Toutefois, l'intérêt croissant dont fait l'objet le secret des affaires semble aller à l'encontre de cette tendance. En effet, le droit de l'entreprise à voir sa vie privée respectée, et plus particulièrement, le droit au secret de ses affaires restent des valeurs fortes, et semblent être devenus un des derniers remparts efficaces contre les nombreuses dispositions légales imposant aux entreprises de transmettre certaines de leur données.

Dès lors, la violation du secret des affaires est-elle un trouble suffisamment grave pour la société, de sorte qu'elle nécessite qu'on l'érige, comme cela fut le cas pour le secret professionnel, en infraction pénale?

L'évolution du temps semble aller dans le sens d'une réponse positive à cette question. Il y aura lieu de se pencher sur l'efficacité probable d'une telle mesure, mais également sur la compatibilité de celle-ci avec les autres dispositions légales empêchant la divulgation du secret des affaires.

(184) F. DESSEMONTET, *Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce*, non publié, Université de Lausanne, p. 3, où l'auteur précise que «*l'accord parle de renseignements non divulgués. Cette notion neutre a été retenue parce que les autres expressions imaginables n'avaient pas exactement la même acceptation dans les différents systèmes juridiques*»; Voy. aussi J. CAMBEAU, «*Protection of Undisclosed Informations, in Intellectual Property and International Trade*, Publication CCI N° 552, Paris, 1996, p. 58; L'inclusion des secrets industriels et commerciaux dans l'A.D.P.I.C. est considérée comme une innovation majeure: voy. notamment Th. CORTIER, «*The prospects for Intellectual Property in GATT*», *Common Market Law Review*, 1991, p. 408 et A. TAMKOANO, *L'accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce*, s.l., s.d. (1994), p. 87.

(185) M. VAN DE KERCHOVE, o.c., p. 1.

(186) J. CHEVALLIER, «*Le mythe de la transparence administrative*», in *Information et transparence administratives*, Paris, PUF, 1988, p. 239-240.

(187) P. LOMBARD, P. MACAIGNE et B. ORDIN, *Le médecin devant ses juges*, Paris, 1973, cité par E. GROESMANS, «*Rapport sur le secret professionnel et le droit privé en droit belge*», in *Le secret et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. V, Paris, Dalloz, 1974, p. 9.