

LAURENT  CHARRAS

CONSEILS EN PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE
PATENT AND TRADEMARK ATTORNEYS

Accords de confidentialité

Les bonnes pratiques



AIPPI – Paris
8 juin 2017

Contexte factuel

A l'heure du Big Data, de l'Open Data, de l'Open innovation, de la mondialisation, de l'usage accru des technologies de l'information et de la communication, les enjeux économiques de l'information sont considérables.

Les entreprises ont à cœur de protéger leurs secrets d'affaires.



La confidentialité est utilisée par les entreprises comme un vrai **outil de compétitivité** et de **gestion de l'innovation**.

Les PME en particulier accordent une importance encore plus grande aux secrets d'affaires.



Contexte légal

➤ **Les outils légaux sont dispersés et pas toujours adaptés:**

- Violation du secret professionnel (limité à certaines professions réglementées)
- Violation du secret de fabrique
- Abus de confiance
- Vol
- Concurrence déloyale (Art. 1240 du Code civil)



➤ **Les droits de PI ne sont pas adéquats pour certaines données** (*ex: liste négative de produits chimiques, liste de fournisseurs...*)



Evolutions législatives françaises

- ***Réforme du droit des contrats***

- Obligation précontractuelle d'information générale (*Art. 1112-1 du Code civil*)
- Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun (*Art. 1112-2 du Code civil*) > *cf. Art 1240 Code civil*





Evolutions réglementaires européennes

Directive Européenne sur la protection des secrets d'affaires

(Directive UE 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites)

Pour bénéficier de cette protection du « **secret d'affaires** », les **informations** devront :

- être **secrètes**, i.e. pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles;
- avoir une **valeur commerciale** parce qu'elles sont secrètes;
- **avoir fait l'objet** de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, **de dispositions raisonnables**, compte tenu des circonstances, destinées à **les garder secrètes**.





Evolutions réglementaires européennes

Directive Européenne sur la protection des secrets d'affaires

(Directive UE 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites)

- *« L'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée, sans le consentement du détenteur du secret d'affaires, par une personne dont il est constaté qu'elle répond à l'une ou l'autre des conditions suivantes: (...)*

- *b) elle agit en violation d'un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires;*

- *c) elle agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation de limiter l'utilisation du secret d'affaires ».*



Du sur mesure

Dans ce contexte, le recours aux accords de confidentialité est plus que recommandé et cela dès le commencement des négociations, avant tout échange de données confidentielles.

L'accord de confidentialité marque la volonté des parties d'entrer en discussions / gage de sérieux.

Grande liberté contractuelle.



Attention aux accords de confidentialité standardisés!



Dans quel contexte en pratique?

- **Phase pré-contractuelle = accord de confidentialité**
- **Phase d'exécution d'un contrat = clauses de confidentialité**

- En cas de sous-traitance (tests, prototypes...);
- En cas d'accord de recherche;
- En cas d'accord de collaboration;
- En cas de cession d'entreprise;
- En cas de transfert de technologie...



NB: Attention à bien articuler le relais dans le temps entre un accord de confidentialité et une clause de confidentialité dans un accord ultérieur par ex. accord de collaboration



Parties

Contrat conclu **intuitus personae**

Attention à la circulation des Informations Confidentielles au sein de grands groupes.

Attention à l'extension du bénéfice de l'accord de confidentialité à une des Parties et à toutes ses « Affiliées ».

Si possible déterminer précisément au contrat les personnes physiques récipiendaires des Informations Confidentielles.

Si possible limiter la communication des Informations confidentielles uniquement aux personnes concernées par le Projet.



Préambule

Soigner la rédaction du **préambule**
de l'accord de confidentialité:



- Présenter les parties, leurs spécialités et compétences particulières ;
- Situer la convention dans son contexte et fournir aux parties et aux juges des éléments d'interprétation en cas de difficulté ultérieure (interprétation du contrat en fonction de l'intention des parties);
- Etablir les liens de l'accord avec d'autres contrats ou projets de contrats (pas d'engagement de contracter par la suite).



Définition des « Informations confidentielles »

Définir ce qu'on entend **précisément** par « Informations confidentielles »

Une clause définissant les « Informations confidentielles » de manière trop générale et générique risque de s'avérer inefficace.

Définir avec précision les informations couvertes par l'obligation de confidentialité et celles qui en sont exclues.



Définition des « Informations confidentielles »

Exemple de définition des Informations confidentielles:

- « désigne, **à titre non limitatif, toutes** informations et données de toute nature, notamment technique, scientifique, économique, financière, commerciale, comptable, tout plan, étude, prototype, matériel, échantillons, audit, données expérimentales et de tests, dessins, représentations graphiques, spécifications, savoir-faire, expérience, logiciels et programmes, quels qu'en soient la forme, le support ou le moyen, incluant, sans limitation, les communications orales, écrites ou fixées sur un support quelconque, échangées entre les Partenaires dans le cadre du Projet (ci-après défini) et identifiées comme confidentielles avec confirmation par écrit dans le délai d'un mois dans le cas d'une communication orale ».

Focus

Maximum clarity
a center of interest or a
close attention, concentra
can be clearly apprehend
Focal point or principle fo



Définition des « Informations confidentielles »

Définition négative des Informations confidentielles



« N'est pas une Information confidentielle, toute information :

- entrée dans le domaine public avant sa divulgation ou après celle-ci, sans faute de la part de la Partie récipiendaire, et sans qu'il y ait violation d'une obligation de secret,
- déjà en possession de la Partie récipiendaire au jour de la signature du Contrat,
- que la Partie récipiendaire a reçu licitement d'un tiers, sans qu'il y ait eu violation d'une obligation de secret,
- développée par ou pour la Partie récipiendaire de manière indépendante, sans avoir eu accès à l'information confidentielle,
- devant être communiquée en application de lois, réglementations, décisions de justice, à condition que la Partie récipiendaire en informe au préalable la Partie titulaire et que des mesures aient été prises pour assurer la confidentialité de l'information malgré sa communication ».



Exemples d'obligations positives:

- Protéger et garder confidentielles les Informations confidentielles;
- Traiter les Informations confidentielles reçues avec le même degré de précaution et de protection que pour les siennes;
- Faire respecter la confidentialité par les salariés, sous-traitants, Affiliées (clause de porte-fort);
- Rappeler que chacun reste propriétaire de ses propres Informations confidentielles.



Exemples d'obligations négatives

- Ne pas utiliser les Informations confidentielles dans un but autre que l'exécution du Projet;
- Ne révéler les Informations confidentielles qu'aux membres de leur personnel impliqués dans l'exécution du Projet et si possible identifier dans le contrat les personnes récipiendaires;
- Ne pas révéler les Informations confidentielles à des tiers, sauf accord écrit exprès et préalable de la Partie Communicante, et sous réserve du respect d'obligations de confidentialité équivalentes à celles prévues au contrat;



Exemples d'obligations négatives

Les Parties s'interdisent :

- de déposer une demande de brevet sur les Informations confidentielles dont elles ne sont pas propriétaires, et plus généralement un titre de propriété industrielle quel qu'il soit ;
- d'effectuer des copies, reproductions ou duplications de tout ou partie des Informations confidentielles, sauf accord écrit exprès et préalable de la Partie communicante;
- de se livrer à du reverse engineering (cf Directive sur le secret des affaires);
- de se prévaloir, du fait de la communication des Informations confidentielles, d'une quelconque cession, concession de licence ou d'un quelconque droit de possession personnel antérieur, tel que défini par le Code de la propriété intellectuelle, sur les Informations confidentielles.



Obligations annexes camouflées

Déceler les pièges, d'obligations annexes glissées dans le cadre d'accords de confidentialité:

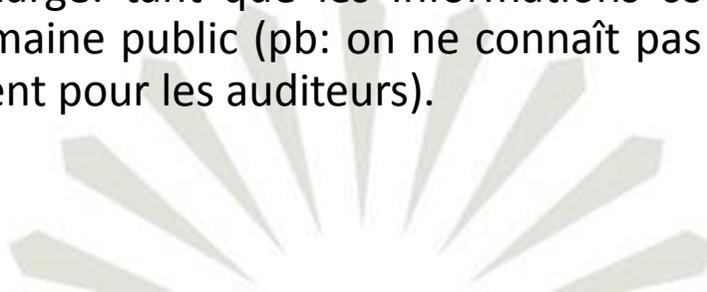
- une exclusivité des pourparlers pendant une certaine période;
- une promesse de signature d'un autre contrat;
- un engagement de non-concurrence.





Durée de l'accord

- Prévoir une durée: prohibition des engagements perpétuels (plus la nullité mais possibilité de résilier à tout moment, sous réserve d'un préavis raisonnable)
- Proscrire la durée indéterminée: car possibilité de le résilier à tout moment par l'une ou l'autre des parties, sous réserve d'un préavis raisonnable
- Tout dépend du secteur d'activité, du projet (encore du cas par cas), même si l'usage en général : 1 à 2 ans
- En général: obligations de confidentialité pour toute la durée du Contrat et pour une durée de cinq (5) ou dix (10) ans après la fin de celui-ci (à défaut les obligations de confidentialité cessent à l'expiration du contrat).
- Autre formule plus large: tant que les Informations confidentielles ne sont pas tombées dans le domaine public (pb: on ne connaît pas avec exactitude le terme du contrat, notamment pour les auditeurs).

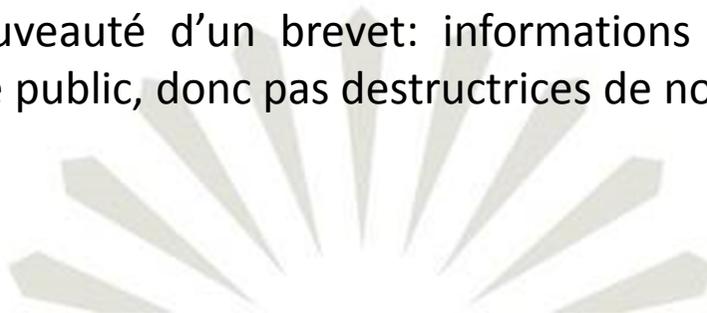




Sanctions en cas de violation de l'accord

- Mise en oeuvre de la **responsabilité contractuelle**
- Obligation de résultat de ne pas faire, le simple constat de la divulgation d'une information confidentielle suffit à engager la responsabilité contractuelle de celui qui divulgue en violation de l'accord
- **En l'absence d'accord de confidentialité: responsabilité délictuelle** (mais difficultés probatoires: faute, préjudice, lien de causalité)
- Possible de prévoir une clause pénale

Conséquences sur la divulgation d'Informations confidentielles par rapport à l'appréciation de la nouveauté d'un brevet: informations pas considérées comme appartenant au domaine public, donc pas destructrices de nouveauté.



Sanctions en cas de violation de l'accord

Loi applicable et juridiction compétente:

Loi française?

Loi étrangère?

Attention à la culture du cocontractant (ex: Chinois et Non Circumvention and Non Disclosure Agreement)

Tribunal de Grande Instance?

Tribunal de Commerce?

Arbitrage?

Médiation?



Tout dépend du contexte, de l'identité des parties, du rapport de force...



En pratique, quelques précautions d'usage

- Identifier, classer les informations publiques, sensibles, confidentielles, stratégiques et formaliser le savoir-faire (description des informations/méthodologies/formules conservées secrètes)
- S'assurer qu'elles bénéficient d'une valeur économique, ou qu'elles sont substantielles
- Leur donner date certaine
- Tracer la communication des informations confidentielles (à des fins probatoires)



En pratique, quelques précautions d'usage

- Sensibiliser les opérationnels, ne pas laisser les accords de confidentialité à la portée des juristes uniquement;
- Rappeler le caractère confidentiel des Informations confidentielles avant toute réunion au cours de laquelle des Informations confidentielles seront communiquées ;
- Confirmer le caractère confidentiel par écrit d'Informations confidentielles communiquées à l'oral;
- Maintenir les formules de copyright, de confidentialité, d'interdiction de copie, ou toutes autres mentions de propriété ou de confidentialité, figurant sur les différents éléments communiqués, qu'il s'agisse des originaux ou des copies.



Conclusion

Signer un accord de confidentialité, qui correspond au projet, c'est un prérequis indispensable, mais encore faut-il organiser le secret en interne

- **Risques salariés** (sensibilisation, coordination avec les services de marketing, communication, les commerciaux, règlement intérieur, charte informatique, contrat de travail...)
- **Risques d'intrusion physique** (sécurisation du site et des accès, segmentation des procédés de fabrication, sécurisation des embauches...)
- **Risques d'intrusion informatique** (tests d'intrusion, mots de passe, mobilité (laptop, tablettes, smartphone...))



LAURENT  CHARRAS

MERCI DE VOTRE ATTENTION

Charlotte MONTAUD

charlotte.montaud@laurentcharras.com

