La protection juridique de l'information confidentielle économique

Étude de droit québécois et français

Marie Bourgeois*

Introduction

À l'heure de l'électronique, chacun a conscience de vivre un bouleversement culturel provoqué par le développement de l'information et de la communication. De nouvelles techniques de communication (techniques de reproduction et de télédiffusion...) acheminent en effet de plus en plus commodément les informations que rassemblent, traitent, voire créent, de plus en plus efficacement les ordinateurs.

Entre autres incidences juridiques[1], les technologies modernes de l'information et de la communication relancent, sinon sécrètent, la question, aujourd'hui aussi classique qu'universelle[2] de la protection de l'information confidentielle d'application économique[3],

* Marie Bourgeois, 1988. L'auteure est aujourd'hui magistrat à Grenoble.

* Cet article a été écrit lors d'un séjour de l'auteur chez Ogilvy, Renault de Montréal durant l'été 1986. L'auteur tient à remercier Me J. Nelson Landry de cette étude pour son soutien et ses précieux conseils.

1. J. HUET, «La modification du droit sous l'influence de l'informatique», *J.C.P.* 1983 - I - 3095; *Émergence du droit de l'informatique*, Actes des 2e entretiens de Nanterre, Ed. des parques, 1984.
2. A.N. WISE, *Trade Secrets and Know-How Throughout the World*, Clark Boardman, N.Y., 1974 - 1981, 4 vols. Pour les USA *cf.* R.M. MILGRIM, *Trade Secrets*, Matthew Bender, N.Y., 1980; M.F. JAGER, *Trade Secrets Law*, Clark Boardman, N.Y., 1985. Pour le Royaume-Uni, A. TURNER, *The Law of Trade Secrets*, Sweet and Maxwell, London, 1962.
3. L'information confidentielle économique se distingue de l'information confidentielle relative à la vie privée des personnes; cette dernière ne manque pas d'être également affectée par l'informatique, sur ce sujet *cf. L'identité piratée*, Groupe de recherche informatique et droit, Société québécoise d'informatique juridique, 1986.

usuellement dénommée «trade secret» au Canada[4], «savoir-faire» en France[5] et ci-dessous, par commodité, information confidentielle. Ces technologies se traduisent, en effet, d'un point de vue technique, par un accroissement du volume et, surtout, de la fluidité de l'information, qui a pour conséquence une multiplication des risques d'atteinte, et, d'un point de vue économique, par la mise en jeu d'intérêts dont l'importance stimule la réflexion qui s'attache à leur défense.

Mais, s'il relève de l'actualité par son aspect quantitatif, le problème de la protection de l'information confidentielle est relativement ancien par son aspect qualitatif. La genèse de l'information confidentielle et le besoin corrélatif de sa protection sont, en effet, par nature, liés au système économique du capitalisme libéral et au phénomène de l'évolution technologique rapide. Placées en situations de libre concurrence, les entreprises ne parviennent à maintenir leur compétitivité qu'en se particularisant par la mise en oeuvre de nouvelles techniques de production et de gestion. Or, l'avance d'une entreprise sur ses concurrentes suppose non seulement la conception d'idées innovatrices, mais encore la sauvegarde de l'exclusivité de ces dernières. Les idées étant par nature sujettes à propagation, le droit est appelé à la rescousse pour assurer leur monopolisation.

Le droit donne aux entreprises un moyen spécifique de monopolisation de leurs créations techniques: le brevet d'invention[6], dont le fondement juridique réside dans une convention synallagmatique entre la société et l'inventeur, par laquelle à l'inventeur qui accepte de rendre publique sa création, la société confère, moyennant le respect de certaines conditions, un droit

4. J.N. LANDRY, «The Protection of Trade Secrets in Canada, Patent and Trademark Institute of Canada», (1982) 12 *P.T.I.C. Bull.* 712; D. VAVER, «Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada», (1981) 5 *C.B.L.J.* 253; S. PICHETTE, *Le Régime canadien de la propriété intellectuelle*, H.E.C., Montréal, 1979, p. 124 et s. (l'auteur utilise l'appellation de know-how).
5. L'autorité administrative a imposé l'usage des termes savoir-faire, à la place des termes know-how utilisés par la pratique (arrêté du 13 janvier 1973, J.O. 19 janvier 1973). Les deux expressions restent en usage. F. MAGNIN, *Know-how et propriété industrielle*, Litec, 1974; J. AZEMA, *Définition juridique du know-how - Le know-how, Actualités de droit de l'entreprise*, Litec, 1976; R. FABRE, *Le know-how - Sa réserve en droit commun*, Litec, 1976; *Le know-how, 5e rencontre de propriété intellectuelle de Montpellier*, Litec, 1976; J.M. MOUSSERON, «Savoir-faires», *Rep. Dr. com. Dalloz*, 1977; R. FABRE, *Jurisclasseur Brevets*, Fasc. no 120 (1981); J.M. DELEUZE, *Jurisclasseur Brevets*, Fasc. nos 110 et 450 (1984).
6. H.G. FOX, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patents for Intervention*, Carswell, Toronto, 4e éd., 1969; A. CHAVANNE et J.J. BURST, *La propriété industrielle*, 2e éd., Dalloz, 1980; J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Litec, 1984.

exclusif d'exploitation pour une certaine période[7]. Mais le brevet d'invention n'est pas toujours un mode de protection adapté à la protection des innovations. Les multiples raisons possibles de cette inadaptation sont de deux ordres: juridique et pratique. En droit, l'information peut ne pas constituer une invention brevetable, par défaut de caractère industriel, de nouveauté ou d'activité inventive. En fait, le brevet, coûteux et obtenu suivant une procédure de délivrance relativement longue, est parfois sans intérêt: cela est le cas pour les innovations, nombreuses dans une période de progrès rapide, dont la durée de vie est courte, ou bien pour les innovations qui peuvent être contrefaites de façon occulte.

Lorsqu'elle ne peut pas ou ne veut pas recourir au brevet pour se doter d'un droit exclusif d'exploiter une innovation, l'entreprise n'a pas d'autres solutions que l'emploi d'un succédané: une réservation de fait par la confidentialité.

Le moyen pratique de réservation que constitue la confidentialité est largement utilisé dans ce rôle de substitut du brevet, pour empêcher autrui d'exploiter l'information; mais il l'est non moins largement pour son effet spécifique, plus radical, celui de priver autrui de la connaissance même de l'information. Ainsi envisagée, la confidentialité apparaît comme un mode de réservation irremplaçable, le seul mode adéquat de réservation des connaissances; elle représente une qualité substantielle de l'information monopolisable. L'information confidentielle ne doit pas être conçue comme un diminutif du brevet, mais comme une notion autonome, candidate à une reconnaissance juridique.

L'indépendance de l'information confidentielle par rapport au brevet place celle-ci, au Canada, hors du champ de la compétence législative fédérale, excepté pour l'aspect criminel. La *Loi constitutionnelle de 1867*, qui donne compétence aux provinces pour les droits civils et la propriété (art. 92(13)) n'attribue, en effet, à la compétence fédérale que les brevets d'invention et le droit d'auteur (art. 91(22), (23))[8]. Le récent rapport sur les *trade secrets* au Canada, élaboré sous l'égide de l'Institut de recherche juridique et de réforme

7. Sur le fondement du droit des brevets d'invention, *cf.* spéc. A. CASALONGA, *Traité technique et pratique des brevets d'invention*, t. 1, L.G.D.J., 1949; P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952.
8. Les arguments qui justifient l'appartenance, d'ailleurs contestée, des marques au domaine fédéral (La décision *Vapor/Macdonald — cf. infra*, no 22 — a évité la question de la constitutionnalité de la Loi fédérale sur les marques dans son entier) ne valent pas pour l'information confidentielle. Il s'agit, en effet, du rattachement aux échanges et au commerce, qui relèvent de la compétence fédérale, et de la nécessité d'une organisation administrative centralisée.

de l'Alberta, se range à ce point de vue, tout en soulignant l'opportunité d'une réglementation homogène[9].

En plus d'émaner spontanément de la pratique, la notion d'information confidentielle économique constitue un objet juridique satisfaisant à l'heure où le juriste se trouve désorienté par les bouleversements auxquels il est confronté, objet ni trop étroit ni trop large, ni trop concret ni trop abstrait, situé à un juste milieu entre l'excès de pragmatisme et l'excès d'idéalisme. La protection accordée à tel type de connaissances appliquées sous la pression de milieux professionnels intéressés ne participe pas d'une bonne démarche scientifique et donne des résultats décevants, ainsi qu'en témoignent les commentaires des dispositions françaises sur les logiciels, dans lesquels s'exprime le souhait d'un élargissement de l'objet protégé[10]. À l'inverse, les faits semblent encore trop évolutifs et complexes pour permettre à l'intéressante réflexion engagée sur l'information en général d'aboutir dans un proche avenir[11].

Si la demande adressée au juriste, afin qu'il clarifie le statut de l'information confidentielle, se fait partout pressante, c'est que la fragilité de celle-ci croît en même temps que croît son rôle économique. L'âpreté de la compétition économique encourage, en effet, l'indélicatesse aussi bien des membres de l'entreprise et de ses partenaires que des tiers; les faits de trahison de la confiance accordée et d'espionnage se multiplient, favorisés d'une part, par la vulnérabilité des supports de stockage et de transport de l'information et, d'autre part, par l'efficacité des moyens techniques de captation[12].

9. *Trade Secrets*, Rapport conjoint de l'Institut de recherche juridique et de réforme de l'Alberta et d'un groupe de travail fédéral-provincial, no 46, juillet 1986, chapitre 10.

10. Ph. GAUDRAT, *Propriété littéraire, savoir faire et informatique*, Dalloz, Act. Législ. 1985, p. 75; J. HUET, «Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur», *D.* 1985, chr. p. 261; M. VIVANT, *La loi du 3 juillet 1985, Dossiers Brevets*, Montpellier, 1985, V, p. 25; F. DUPUIS-TOUBOL, *La nature juridique du programme d'ordinateur*, L.G.D.J., 1986; *cf. infra*, note 16. Déjà: A. LUCAS, *La protection des créations industrielles abstraites*, Litec, 1975.

11. P. LECLERC, «Essai sur le statut juridique des informations», dans *les flux transfrontières de données*, La documentation française, 1982, p. 120; P. CATALA, «Ébauche d'une théorie juridique de l'information», *D.* 1984, Doc. p. 97; *L'appropriation de l'information*, Études présentées par J.P. CHAMOUX, Litec, 1986; E. MACKAAY, «La possession paisible des idées», *Rev. Dr. de l'informatique*, 1986, 2.

12. *Informatique et droit pénal*, ouvrage collectif, Cujas, 1983; G. BERTIN et J. de LAMBERTERIE, *La protection du logiciel — Enjeux juridiques et économiques*, L.G.D.J., 1985, p. 33; B. de SCHUTTER, «La criminalité liée à l'informatique», (1985) *R.D.P.C.* 338; (1985) *R.D.P.C.* 383; JAEGER, «La fraude informatique», (1985) *R.D.P.C.* 338; *Le droit pénal et les technologies nouvelles de la communication*, 8e congrès de l'association française de droit pénal, Grenoble, 1985, Economica, 1986.

Le droit protège indirectement l'information confidentielle en protégeant ses supports et sa forme d'expression. La protection des supports de l'information confidentielle (papier — bandes — cassettes — disquettes ...) relève tout d'abord du droit commun des biens; au Canada comme en France, le droit civil et le droit criminel collaborent efficacement en ce domaine. Elle relève ensuite de dispositions particulières qui assurent la sauvegarde des télécommunications[13] et, au Canada, des moyens informatiques. Alors qu'en France la réflexion n'est pas achevée dans cette dernière matière, le Canada a enrichi dès 1985 son Code criminel de dispositions destinées à réprimer tant l'utilisation non autorisée d'ordinateurs (art. 301.2) que l'agression des données et la gêne apportée à leur utilisation (387 - (1.1)).

Quant à la protection de la forme dans laquelle s'exprime l'information, elle est assurée par le droit d'auteur. Le droit d'auteur, dans les deux pays, est à la fois accueillant et efficace[14]. Il confère, en effet à l'auteur d'une oeuvre de l'esprit un droit d'exploitation exclusive sanctionné par l'action en contrefaçon. La protection est indépendante de toute formalité, elle ne nécessite pas de divulgation préalable et elle s'applique en principe même aux oeuvres utilitaires[15]; elle est donc accessible au détenteur d'une information confidentielle, pour autant du moins que celle-ci remplisse la condition d'originalité exigée de l'oeuvre protégeable, mais cette condition est largement définie par la jurisprudence: il suffit que l'oeuvre porte la marque de la personnalité de son auteur. En raison de sa souplesse le droit d'auteur est de nos jours souvent sollicité pour la protection de créations qui n'ont en vérité rien d'artistique comme les programmes

13. *Cf.* par ex. l'article 287(1)b) du Code criminel canadien, qui réprime l'utilisation frauduleuse d'installations de communication, et l'article L. 42 du Code français des postes et télécommunications que réprime la violation des correspondances transmises par voie radioélectrique.

14. H.G. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, Carswell, 2e éd., 1967; J. BONCOMPAIN, *Le droit d'auteur au Canada — Étude critique*, Le cercle du livre de France, 1971; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978; C. COLOMBET, *La propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 3e éd., 1986.

15. Cela découle du principe de l'unité de l'article admis aussi bien au Canada qu'en France (*cf.* art. 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* dans chacun des deux pays). Toutefois se trouve légalement exclue du droit d'auteur en France, une invention brevetable (*cf.* art. 2, al. 2 de la Loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles) et, au Canada, un dessin susceptible d'être enregistré en vertu de la *Loi sur les dessins industriels* (art. 46 de la *Loi sur le droit d'auteur*). Ces exceptions posent l'une et l'autre de sérieux problèmes d'application qu'il ne nous appartient pas d'aborder ici. Le conflit entre droit d'auteur et brevet d'invention se retrouve au Canada dans la jurisprudence, *cf.* D. HITCHCOCK, «Copyright in Drawings Does not Extent to Protect Patented Objects», commentaire de *Rucker Co. et al. v. Gravels' Vulcanizing Ltd.*, (1985) 7 C.P.R. (3d) 294, (1986) 2 *I.P.J.* 237.

d'ordinateurs[16] ou les banques de données[17], pour ne parler que du secteur informatique; les commentateurs s'en émeuvent: détourné de sa finalité ce droit manifeste des carences, et il risque de subir des déformations[18]. En tout état de cause, il convient de ne pas perdre de vue que le droit d'auteur protège la forme et non l'idée. Il ne peut être efficace, en conséquence, que lorsque la forme épouse l'idée, hypothèse rare où l'idée n'est susceptible d'être exprimée que dans une seule forme, en sorte que la captation de l'idée ne peut s'opérer sans la contrefaçon de la forme. Cet obstacle n'est que faiblement atténué par une appréciation jurisprudentielle parfois compréhensive de la contrefaçon[19]. La même objection vaut à l'encontre du recours à la législation sur les dessins et modèles en France. Le détenteur d'une information confidentielle peut être tenté par ce mode de protection puisque la loi qui exige un dépôt permet de préserver le secret de son objet pendant 25 ans[19a]. La Loi canadienne sur les dessins industriels n'offrant pas la même possibilité, son application n'est pas en question.

16. En France, les logiciels, expressément exclus du domaine des brevets (*cf.* art. 6-2c) de la Loi du 2 janvier 1968 modifiée sur les brevets d'invention, sont aujourd'hui légalement protégés par le droit d'auteur (*cf.* art. 3 de la Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, modifiée par la Loi du 3 juillet 1985 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (J.O. 9 janvier 1985), et le titre 5 de cette dernière loi). Au Canada, une solution analogue a été adoptée le 8 juin 1988 dans le cadre de la réforme du droit d'auteur (*cf.* A.A. KEYES et C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada*, Propositions pour la révision de la loi, 1977; *De Gutenberg à Telidon*, Livre blanc sur le droit d'auteur, 1984; *Une Charte des droits des créateurs et créatrices*, octobre 1985). Projet de loi C-60 modifiant la *Loi sur le droit d'auteur*, articles 1(2)(3), 5 et 22. Mais la jurisprudence appliquait déjà le droit d'auteur aux logiciels (*cf. Dynabec Ltée* c. *Société Informatique R.D.G. Inc.*, [1985] C.A. 236; *International Business Machines Corporation (I.B.M.)* c. *Spirales Computers Inc.*, [1985] 1 C.F. 190; *Apple Computer Inc. and Apple Canada Inc.* c. *Mackintosh Computer Ltd. and Co.*, (1986) 10 C.P.R. (3d) 1 (Cour fédérale). B.R. WIGGS, «Canadian Copyright Protection for Computers Software — Recent Developments, (1984-1985) *I.P.J.* 137; D. MORGAN, Note in (1985) *C.B.R.* 413; F. SCHANFIELD, FREEDMAN et B. WINTERS, «Copyright Goes Computer: A Case Law Survey of Recent Developments in Canada», (1985) 45 *R. du B.* 317.

17. Banques de données, Droit d'auteur et droits voisins, Colloque de l'Institut Henri Desbois, Paris, 27 novembre 1986 — Actes à paraître.

18. *Cf.* spéc.: M. VIVANT, «Le logiciel au pays des merveilles», *J.C.P.* 1985 — I — 3208; Ph. GAUDRAT, La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique — RIDA — 1986 — 128, p. 181; A. LUCAS, «Logiciels», *Juriscl. propriété littéraire et artistique*, Fasc. 303 — 1, 1986.

19. Il a été admis au Canada que la réalisation en 3 dimensions d'un dessin constituait une contrefaçon de celui-ci (*cf. Bayliner Marine Corporation* c. *Dorval Boats Ltd.*, (1985) 5 C.P.R. (3d) 289 (C.F.) et (1986) 10 C.P.R. (3d) 289 (C.A.) et que constituait également une contrefaçon la reproduction d'un logiciel dans une forme différente de sa forme originale, *cf. Apple — Mackintosh*, 1986, précité.

19a. M.A. PEROT-MOREL, *Les principes de protection des dessins et modèles dans les pays du marché commun*, Ed. Mouton, 1986; P. et G. GREFFE, *Traité des dessins et modèles*, L.G.D.J., 1974; *Les dessins et modèles en question*, sous la direction de A. FRANCON et M.A. PEROT-MOREL, Litec, 1986.

La protection directe de l'information confidentielle, protection de l'information «per se», suppose que soit préalablement précisée la notion, grossièrement dégagée ci-dessus. Le mot «information» implique une indépendance du savoir par rapport à la personne qui le détient. Une information est une connaissance communicable[20], à l'exclusion de l'habilité et de l'expérience indissociables de l'individu. En revanche, le mot «information» n'implique aucune distinction fondée sur la nature du contenu de ladite information. L'information confidentielle peut recouvrir aussi bien une donnée appartenant au secteur de la production (procédé de fabrication ou formule chimique d'un produit ...) qu'une donnée appartenant au secteur de la gestion (organisation d'un réseau de distribution, profil de clientèle, stratégie publicitaire ou analyse de marché).

Le mot «confidentiel» signifie que l'information nouvellement conçue n'est pas librement accessible à tous ceux, fussent-ils peu nombreux, qui la convoitent. La confidentialité implique l'utilité technique de l'information, dont elle est le facteur: l'information est gardée par celui qui la met au point parce qu'elle est techniquement utile; réservée, elle est recherchée par des tiers potentiellement disposés à payer un prix pour l'acquérir, prix qui est la contrepartie, au minimum, d'un gain de temps et souvent la certitude du résultat. La confidentialité est appréciée par la jurisprudence de façon objective — les juges vérifient que l'information n'est pas librement accessible à tous ceux qu'elle intéresse — et subjective — les juges s'attachent au fait que le détenteur de l'information croit au caractère non public de celle-ci et qu'il manifeste la volonté de maintenir cet état de chose. La jurisprudence exige aussi parfois que l'information soit le résultat d'un effort. Mais cette condition supplémentaire est en réalité dictée par le mode de protection mis en oeuvre.

Au Canada aussi bien qu'en France, l'information confidentielle est actuellement protégée, en l'absence des règles spécifiques, par le droit des obligations ou «tort» en common law, mais un certain mouvement d'opinions se dessine, en raison des imperfections relevées, en faveur d'une protection par le droit des biens. C'est donc successivement comme objet d'obligation et comme objet de propriété que nous considérons l'information confidentielle à travers sa protection personnelle (I) puis réelle (II). Ce clivage reste pertinent dans la perspective d'une éventuelle création de règles spécifiques car il exprime les deux fondements possibles de celles-ci.

20. P. CATALA, *La «propriété» de l'information*, Mélanges Raymaud, p. 97 et s., p. 101: «Une information n'existe que si elle est exprimée dans une forme qui la rende communicable: La formulation est une condition nécessaire de sa réalité comme objet de droit».

I- La protection personnelle de l'information confidentielle

Pour étudier la protection de l'information confidentielle par le droit des obligations, il s'imposerait, si l'on ne tenait compte au Québec que du droit civil, de faire une distinction juridique fondée sur l'existence ou la non-existence d'un contrat entre les parties. Mais le souci d'intégrer les solutions inspirées de la common law conduit à opérer plutôt une distinction de fait, fonction de l'existence ou de la non-existence d'une simple relation entre les parties.

A- Existence d'une relation entre les parties

Dans l'hypothèse où il existe une relation entre les parties, cette relation peut être contractuelle ou non contractuelle.

1. Relation contractuelle

La plupart des situations d'abus d'information confidentielle portées devant les tribunaux sont des situations contractuelles. Ces situations sont très variées. Il pourra s'agir, spécialement, d'un contrat de communication d'information confidentielle (autonome ou accessoire à une cession ou licence de brevet), ou bien, plus généralement, d'un contrat de travail; le cas typique de litige étant celui de l'employé qui a acquis une information confidentielle dans l'exercice de son emploi et qui, celui-ci terminé, dispose de cette information à des fins personnelles ou au profit d'un tiers[21].

a) Clause expresse relative à l'information confidentielle

Le plus souvent le contrat stipule expressément l'interdiction de révéler ou d'user de l'information confidentielle. La violation de cette clause, clause dont l'effet se poursuit normalement après la fin du contrat, est sanctionnée en tant que telle, en France comme au Canada, et, au Canada, que la juridiction soit civile ou de common law.

b) Clause tacite relative à l'information confidentielle

Des différences apparaissent, en revanche, dans les solutions dès que l'obligation n'est plus expresse mais tacite, impliquée, par exemple, par une obligation de non-concurrence ou une obligation de loyauté, qui d'ailleurs peuvent elles-mêmes être tacites, à l'instar de l'obligation de loyauté dans le contrat de travail.

21. La détermination du «propriétaire» de l'information n'est pas sans poser problème lorsque le contrat est muet ou imprécis sur ce point. Mais cette difficulté n'est pas spécifique, on la rencontre aussi en matière de brevets d'invention et de droit d'auteur, *cf.* S.H. LIEBERSTEIN, *Who Owns What Is In Your Head?*, Hawthorn-Dutton, New-York, 1979.

Le juge québécois accepte en principe, comme le juge français, de se livrer à la recherche d'une telle clause qui, lorsqu'elle existe, lui permet de statuer sur le fondement de la violation d'une obligation contractuelle. L'arrêt rendu par la Cour supérieure, en 1984, dans l'affaire *Arcon Canada*, en porte témoignage: «La clause implicite de loyauté qui peut être lue dans tout contrat d'engagement»... explique «qu'un employé n'ait pas le droit de se servir d'informations confidentielles obtenues par et dans son emploi pour solliciter les clients de son employeur»[22]. Mais le juge français semble admettre en pratique relativement plus fréquemment l'existence d'une clause tacite. Cela provient, tout d'abord, de ce qu'il est moins sévère que son homologue québécois dans l'appréciation de la validité des clauses de non-concurrence. Dans le conflit liberté contractuelle d'une part, liberté du travail et du commerce d'autre part, le juge français est davantage porté au respect de la première[23], le juge canadien au respect de la seconde. Cela provient ensuite de ce que le juge français est plus que le juge québécois enclin à étendre, sous couvert d'interprétation, le contenu du contrat. Les deux magistrats disposent pourtant de textes équivalents, les articles 1135 du Code civil en France et 1024 du Code civil au Québec[24].

22. *Arcon Canada Inc. et al. c. Arcobec Aluminium Inc. et al.*, (1984) 7 C.P.R. (3d) 282.

23. En France, la Cour de cassation, confrontée à un abondant contentieux, fait en effet preuve d'une assez grande tolérance dans l'appréciation de la validité des clauses de non-concurrence dans le contrat de travail. Elle rejette la condition d'une contrepartie pécuniaire, elle estime que les limitations de temps et d'espace sont alternatives, elle exige pour annuler la clause «une impossibilité absolue pour le salarié qui y est astreint de continuer à exercer normalement l'activité professionnelle qui lui est propre», enfin, il lui arrive de sauver la clause litigieuse en la révisant, ce qui est tout à fait contraire au principe de la force obligatoire du contrat, par ailleurs parfaitement respecté — *cf.* C.H. CAMERLYNCK, *Droit du travail*, t. 1, Dalloz, 2e éd., 1982, nos 223 et s.; Y. SERRA, «Obligations de non-concurrence», *Dalloz sommaires commentés*, 1984, p. 443, 1985, p. 139, 152, 383, 476, 1986, p. 341; *cf.* plus généralement Y. SERRA, *L'obligation de non-concurrence dans le droit des contrats*, Sirey, 1970; *Lamy commercial, concurrence — Distribution — Consommation* par G. CAS, R. BOUT et D. FERRIER, 1986, nos 990 et s., spéc. no 997. Au Canada, dans l'arrêt de référence *Robert H. Cameron c. Canadian Factors Corporation*, [1971] R.C.S. 148, 162, le juge Laskin rappelle que les clauses restrictives de la liberté du travail sont contraires à l'ordre public, donc en principe nulles, sauf si elles sont raisonnables en raison de leur durée et de leur portée territoriale, appréciées suivant les circonstances, *cf. NFBC National Financial, infra*, note 29.

24. Que l'on en juge: art. 1024 C.c. Québec: «Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi»; art. 1135 C.c. français: «Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature». Sur le «forçage» du contrat en France, *cf.* A. WEILL et F. TERRE, *Les obligations*, Dalloz, 4e éd., 1986, nos 358 et s. Ces auteurs rendent compte ainsi de la jurisprudence: «En réalité, le juge crée du droit, mais il prête

Si le juge québécois a généralement moins tendance que le juge français à statuer sur le terrain contractuel, c'est probablement parce qu'il subit l'influence de la common law, laquelle offre, dans une situation contractuelle, d'autres instruments que l'application du contrat.

En l'absence de clause expresse relative à l'information, les juridictions québécoises suivent, en effet, parfois, les juridictions de la common law qui utilisent l'obligation fiduciaire par préférence à l'application du contrat.

Constatant l'existence d'une obligation contractuelle expresse de loyauté dont elles pourraient aisément déduire, voire dont elles déduisent effectivement, une obligation tacite de ne pas mésuser d'une information confidentielle, plusieurs juridictions de common law préfèrent statuer sur le fondement d'une obligation fiduciaire; on peut se référer pour en avoir la conviction aux décisions citées dans une révision antérieure, rapport Landry[25] et aux décisions récentes de la Haute Cour de l'Ontario[26]. L'explication de ce glissement se trouve dans la règle traditionnelle qui veut que la sanction du contrat, qui relève de la common law, ne peut consister que dans des dommages et intérêts («damages»), alors que la sanction de l'obligation fiduciaire, qui relève de l'équité, peut déboucher sur l'interdiction ou la prescription d'un acte.

Le respect du contrat ne se heurte pas au même obstacle en droit civil puisque l'article 1065 du Code civil québécois permet d'ordonner l'exécution forcée. C'est ce que rappelle avec force la décision de la Cour supérieure du Québec rendue dans l'affaire *Needco Cooling*, en 1961, afin de faire respecter, précisément, une obligation de discrétion et de non-concurrence[27]. Mais malgré cette facilité et

aux intentions présumées des parties ce qui en réalité est son oeuvre; et c'est d'une très grande audace que la jurisprudence a fait preuve quand il s'est agi de développer le contenu du contrat en dehors même de ce que les parties ont expressément voulu» (no 368). La jurisprudence a ainsi «créé» plus spécialement des obligations de sécurité et de renseignement.

25. Précité. J.N. LANDRY, *supra*, note 4.
26. *House of Faces Inc. et al. c. Leblanc et al.*, (1984) 2 C.P.R. (3d) 177; *E.J. Personnel Services Inc., carrying on business as Ej Peel Placement Services c. Quality Personnel Inc. et al.*, (1985) 6 C.P.R. (3d) 173; *Drake International Inc. c. Tennenbaum et al.*, (1986) 10 C.P.R. (3d) 119; *Promotivate International Inc. c. Toronto Star Newspapers Ltd. et al.*, (1986) 8 C.P.R. (3d) 546. On peut lire dans la décision *Drake International* qu'existe «Tout à fait à part du contrat d'emploi ... un devoir de droit commun d'agir de bonne foi et de ne pas faire usage de secrets et d'information confidentielles.
27. *Needco Cooling — Semis Conductors Ltd. c. Mester and General Instruments F.W. Sickles of Canada Ltd.*, Cour supérieure du Québec, 21 avril 1961, C.P.R. 38, 115; spéc. p. 120; référence est faite à l'article 1065, puis: «l'exécution particulière de l'obligation constitue la principale et essentielle réparation et le recours du

celle que lui donne l'article 1024 du Code civil, de jouer sur le contenu du contrat, le juge québécois ne résiste pas toujours à l'attrait de la common law. Il en est clairement ainsi dans le cas des dirigeants de compagnies et des employés supérieurs. Pour fonder l'obligation de confidentialité et de non-usage à des fins personnelles dont il entend rendre ces derniers débiteurs à l'égard de la compagnie, relativement aux informations acquises dans les fonctions, le juge québécois préfère à sa propre analyse de la relation entre les parties, en un contrat mandat, se rallier à l'analyse des juridictions de la common law, en une relation fiduciaire, ainsi que le montre la référence faite dans les décisions récentes de la Cour supérieure du Québec à l'arrêt de principe *Canadian Aero*, rendu par la Cour suprême en 1972[28], dont d'importants passages, dus au juge Laskin, sont en outre cités[29].

Il n'est pas sans intérêt de constater que la common law n'exerce pas la même attraction dans une situation relationnelle extra-contractuelle.

2. *Relation extra-contractuelle*

La sanction d'un abus d'information confidentielle, sur le fondement d'une relation préexistante entre les parties, en cas d'absence affirmée de relation contractuelle, a été clairement admise par les décisions anglaises *Saltman*[30] et *Seager Copydex*[31]. Ces décisions, suivies au Canada par les juridictions de la common law, sont fondées, non sur la violation d'une obligation fiduciaire mais sur une rupture de confiance[32]. La distinction entre ces deux dernières notions ressort clairement d'un arrêt récent de la Haute Cour de l'Ontario, en date du 7 mars 1986, l'arrêt *International Corona Resources Ltd.* c. *Lac Minerals Ltd.*[33]. Cet arrêt rejette l'existence

demandeur contre qui la violation du contrat a été commise». Sur l'exécution forcée du contrat, *cf.* FARIBAULT, *Traité de droit civil du Québec*, vol. 7 bis, nos 337 et s.
28. *Canadian Aero Services Ltd. c. O'Malley et al.*, (1973) 11 C.P.R. (2d) 206.
29. *Banque fédérale de Développement et al. c. Dandenault et al.*, Cour supérieure, no 460-05-000464-81, 19 mars 1982; *Brimarierre Inc. c. Laplante*, Cour supérieure, no 05-000323-81, 24 novembre 1983; *Resfab Manufacturier de Ressort Inc. et al. c. Archambault et al.*, (1985) 10 C.P.R. (3d) 102; *NFBC National Financial et al. c. Investors Syndicate Ltd.*, Cour d'appel, no 09-000463-851, 24 janvier 1986. On notera et appréciera cependant une réticence des juges dans le dernier arrêt cité: «un devoir de loyauté qui est parfois appelé improprement obligation fiduciaire».
30. *Saltman Engineering Co. Ltd. et al. c. Campbell Engineering Co. Ltd.*, [1948] 3 All E.R. 413 (C.A.) (Hypothèse d'une remise de dessins à un exécutant pour la fabrication d'outils).
31. *Seager c. Copydex Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 415 (C.A.) (Hypothèse de négociations avortées en vue d'une cession de brevet).
32. R.G. HAMMOND, «Is Breach of Confidence Properly Analysed in Fiduciary Terms?» (1979) 25 *McGill Law Journal* 224; du même auteur: «Breach of Confidence: Assignability of Rights», (1986) 2 *I.P.J.* 247.
33. *International Corona Resources Ltd. c. Lac Minéral Ltd.*, (1986) 9 C.P.R. (3d) 7.

d'un contrat créant une obligation de confidentialité. Il admet en revanche la violation d'une obligation fiduciaire et d'un devoir de confiance en faisant bien la distinction entre ces deux dernières notions. La cour estime qu'une obligation fiduciaire est inscrite dans la situation précontractuelle, car, indique-t-elle, une obligation fiduciaire existe entre les membres d'une association (partnership — ou joint venture) et, par extension, cette obligation s'impose aux intéressés au stade des négociations. Selon l'arrêt, le contenu de cette obligation est, positivement, d'agir loyalement et, négativement, de ne pas agir au détriment de l'autre partie. Quant au devoir de confiance, il est affirmé dans toute son indépendance: «Je garde à l'idée, dit le juge, que la loi qui traite des obligations découlant de la communication d'information confidentielle est distincte et indépendante de celle qui impose une obligation fiduciaire. La doctrine de l'information confidentielle ne dépend pas d'une relation particulière entre les parties». L'arrêt pose les conditions de ce devoir: une information confidentielle, communiquée dans des circonstances dont il appert un devoir de confiance. Le contenu de ce devoir est de ne pas faire de l'information un usage qui nuise à celui dont on l'a obtenu. L'arrêt *Corona* établit donc clairement, d'une part, que l'existence de l'obligation fiduciaire, qui constitue un fondement juridique d'obligation indépendant du contrat, est cependant liée à l'existence d'un contrat et, d'autre part, qu'en dehors d'une situation contractuelle, un abus d'information confidentielle peut être sanctionné, mais sur le fondement d'un devoir de confiance. L'apport de l'arrêt *Saltman*, utilement éclairé par la décision *Corona*, réside précisément dans ce second point. Or, seule une décision au stade de l'injonction interlocutoire semble être vraiment significative de l'adoption de la solution *Saltman* au Québec[33a].

Dans des circonstances du type *Saltman*, le juge français aurait soit admis l'existence d'un contrat tacite, soit appliqué des règles de la responsabilité civile délictuelle, le défaut de relation contractuelle étant en l'occurrence pour lui assimilable, en droit, à un défaut de relation quelconque.

B- Absence de relation entre les parties

Hors relation entre les parties, la situation est régie par la responsabilité civile dans sa forme générale ou dans ses formes spéciales.

33a. *Santé naturelle Ltée c. Les Produits de Nutrition Vitaform Luc*, (1985) 5 C.P.R. (3d) 548.

1. Responsabilité civile — régime général

Au Québec et en France, la responsabilité civile délictuelle de droit commun répond aux mêmes conditions (article 1053 du Code civil au Québec, article 1382 du Code civil en France). Ces conditions sont: une faute, définie in abstracto par référence au bon père de famille, un préjudice, personnel — légitime — direct — certain, et enfin un lien de causalité[34].

C'est le régime général de la responsabilité civile extra-contractuelle qui permet de sanctionner civilement les obligations légales de confidentialité qui se multiplient au rythme de la création des droits à l'information. La transparence et le secret vont de pair. Ces obligations pèsent aussi bien sur des fonctionnaires que sur des personnes privées, sur des professionnels que sur des non-professionnels; elles sont souvent sanctionnées, en plus, pénalement[35].

C'est aussi la responsabilité civile délictuelle qui a vocation à sanctionner le comportement du tiers qui se rend complice de la violation d'un contrat, ainsi celui qui débauche le salarié d'une entreprise pour se procurer des informations. Le cas échéant cet acte tombera sous le coup de la loi criminelle[36]. Dans l'hypothèse

34. J.L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Éd. Yvon Blais Inc., 1985; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. VI, 7e éd., par PONSARD et N. DEJEAN DE LA BATIE, Litec, 1975; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Dalloz, 3e éd., 1982; G. VINEY, *La responsabilité civile*, L.G.D.J., 1982.

35. Pour un exemple québécois, *cf.* art. 23 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q. 1979, c. A-2.1: «Un organisme public ne peut communiquer le secret industriel d'un tiers ou un renseignement industriel, financier, commercial, scientifique, technique ou syndical de nature confidentielle fourni par un tiers et habituellement traité par un tiers de façon confidentielle sans son consentement». Plus généralement, le respect du secret professionnel est consacré par l'article 9 de la Charte québécoise des droits et des libertés. Pour un exemple français, *cf.* art. 432-2 et -7 du Code de travail. Le chef d'entreprise est tenu de donner aux représentants des salariés toutes sortes d'informations concernant l'entreprise, notamment relatives à l'introduction de nouvelles technologies (article 432.2 du Code du travail); cette obligation est contrebalancée par une obligation de confidentialité; (article 432.7 du Code du travail) «Les membres du comité d'entreprise et délégués syndicaux sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication» — (sanctions pénale et civile), «En outre, les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le chef d'entreprise ou son représentant». Le secret professionnel est pénalement réprimé au Canada par l'art. 383(1) C.cr. et en France par l'art. 378 du Code pénal.

36. Délit de commissions secrètes au Canada (art. 383(1) C.cr.), délit de corruption en France (art. 177 et 179 Code pénal).

où ce tiers est un concurrent de l'entreprise, l'action portée contre lui sera facilitée par le recours à une forme particulière de responsabilité civile.

2. Responsabilité civile — régime spécial

L'absence d'autre outil juridique que la responsabilité contractuelle stricte s'est traduite en France par un recours plus fréquent qu'au Canada à la responsabilité civile délictuelle. À ce développement quantitatif correspond du point de vue qualitatif la construction d'un droit de la concurrence déloyale, de source jurisprudentielle, plus élaboré qu'au Québec; lorsqu'on tient compte, bien sûr, de la neutralisation des dispositions canadiennes sur la concurrence déloyale contenue dans l'article 7 de la *Loi sur les marques*, à la suite de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Vapor* c. *MacDonald*, en 1977[37]. Cet arrêt, précisément rendu dans une hypothèse d'utilisation illégale d'information confidentielle, a, on le sait, déclaré anticonstitutionnelle seulement l'alinéa (e) de l'article 7 de la *Loi sur les marques*, mais ses motifs généraux rendent précaire, désormais, le recours à l'article 7 en son entier[38].

Au Canada, privés du texte fédéral, les juges appliquent la loi provinciale pour faire face aux actes de concurrence déloyale.

Les juges de common law utilisent le tort de passing-off. Les juridictions ont récemment tenté d'élargir ce tort, dans des affaires d'importations parallèles, afin de sactionner l'atteinte au «goodwill» de l'entreprise indépendamment d'une véritable confusion de produits. Dans l'affaire *Seiko*, en 1980, le juge Holland, de la Haute Cour de Justice de l'Ontario, déclare, en se référant au cas de principe *Warnick*, que le tort de «passing-off» doit être sans cesse adapté: «élargi et modifié». Mais la Cour suprême, statuant dans cette affaire en 1984, réaffirme son attachement de principe à la libre concurrence et manifeste une attitude restrictive relativement à l'élargissement du tort[39].

37. *Vapor Canada Ltd.* c. *McDonald et al.*, (1976) 22 C.P.R. (2d) 1 (S.C.).
38. *Banquet and Catering Supplies Rental Ltd.* c. *Table Rental World Inc.*, (1981) 52 C.P.R. (2d) 71 (C.S. du Québec) — Le juge O'Connor considère que l'article 7 est en entier ultra vires de la compétence législative fédérale — alors que dans *Motel 6, Inc.* c. *No 6 Motel Limited et al.*, [1982] 1 C.F. 638 — l'alinéa b de l'art. 7 est considéré comme ultra vires de la compétence fédérale — motifs généraux du juge Addy.
39. *Consumers Distributing Co. Ltd.* c. *Seiko Time Canada Ltd.*, (1980) 50 C.P.R. (2d) 147 (Ont. H.C.), (1981) 60 C.P.R. (2d) 222 (Ont. C.A.), [1984] 1 R.C.S. 583; *Erven Warnink, BV c. J. Townend and Sons (Hull) Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 927 (House of Lords). *Cf.* G.S. TAKACH, «Passing-off, Trade Mark Protection and Parallel Imports after *Consumers Distributing* v. *Seiko*», (1985) 63 *C.B.R.* 645.

La jurisprudence québécoise, dont la doctrine se fait l'écho[40], se fonde, elle, sur l'article 1053 du Code civil[41]. Mais les juges acceptent, en cette matière, de déroger aux effets usuels de la responsabilité civile pour prescrire une réparation en nature (cessation de l'acte dommageable — prévention d'un dommage prévisible ou remise de choses en l'état) au moyen d'une injonction[42]. Ils ne prennent cependant pas la même liberté en ce qui concerne les conditions de la responsabilité. Commentant deux arrêts récents de la Cour supérieure[43], Madame Mistrale Goudreau regrette que les juges exigent encore, dans certaines hypothèses comme le dénigrement, une faute intentionnelle et, de façon générale, un préjudice certain, refusant ainsi tout assouplissement des principes les plus traditionnels[44]. La jurisprudence française se montre nettement plus hardie.

En France, les magistrats ont peu à peu donné à la concurrence, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, des règles qui tendent aujourd'hui à se détacher de leur source[45]. La concurrence déloyale finit par apparaître moins comme un mécanisme de réparation d'un préjudice individuel que comme un mécanisme de sanction des comportements contrevenant à une sorte de code de loyauté dans la vie des affaires: «C'est qu'en effet le but de l'action en concurrence déloyale n'est pas exclusivement indemnitaire. Au-delà de l'intérêt privé de la victime du comportement déloyal, il est nécessaire de

40. A. et R. NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1971; M. GOUDREAU, «Concurrence déloyale en droit privé — commentaires d'arrêts», (1984) 15 *R.G.D.* 133; F. SCHANFIELD FREEDMAN, «Passing-off in Québec», (1985) 45 *R. du B.* 641.
41. *Hébert* c. *Desautels*, [1971] C.A. 285; *Banquet and Catering Supplies Rental Ltd.* c. *Bench and Table Rental World Inc. et al.*, [1979] C.S. 1130; *Commodore Business Machines LMT* c. *116772 Canada Inc.*, [1983] C.S. 1186. Dans cette dernière décision, le juge Durand déclare: «Ceci, selon l'opinion de la Cour constitue de la concurrence déloyale et du passing-off. Pour parvenir à cette conclusion, il n'est pas nécessaire de s'en remettre à la définition du passing-off en common laws».
42. *Cf.* BAUDOUIN, *op. cit.*, no 167.
43. *Ferland et al.* c. *Larose et al.*, [1982] C.S. 619; *Collectif liberté Inc.* c. *Liberté Magazine Ltée et al.*, C.S. Montréal, no 500-05-0001615-814, 28 février 1980.
44. Art. précité.
45. P. ROUBIER, «La théorie de la concurrence déloyale», (1984) *Rev. trim. dt. com.* 541. Du même auteur, *Le droit de la propriété industrielle*, précité. Sous la direction de H.C.E. ULMER, *La répression de la concurrence déloyale dans les états membres de la C.E.E.*, Étude du Max Planck Institute, Dalloz, 1972; A. PIROVANO, «Concurrence déloyale», *Encycl. Dalloz droit commercial*, 1973; J. AZEMA, *Le droit français de la concurrence*, Thémis, P.U.F., 1981, p. 91 et s.; C. CHAMPAUD, *Jurisc. Concurrence*, Fasc. 223 (1983), Fasc. 225 (1985); A. LE MOAL, *Jurisc. Concurrence*, Fasc. 240 (1984); G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, 11e éd., L.G.D.J., 1984, p. 311; *Lamy commercial, concurrence*, précité nos 1600 et s.

protéger l'intérêt du milieu professionnel qui est le cadre naturel des relations de concurrence. D'où un certain aspect disciplinaire, répressif même, de l'action en concurrence déloyale»[46]. Afin de parvenir à ce résultat, les magistrats ont, d'un côté, affaibli l'exigence de faute: ils ont dressé une nomenclature des actes répréhensibles (confusion, dénigrement, désorganisation de l'entreprise, désorganisation du marché) qui leur permet de qualifier plus facilement de fautifs les actes qui tombent dans l'une de ces catégories de fautes prédéterminées. Un comportement simplement négligent peut être fautif[47]. Les magistrats ont, d'un autre côté, affaibli l'exigence de préjudice: au lieu d'un préjudice certain, ils ont admis un préjudice hypothétique puis, au lieu d'un préjudice individuel, un simple trouble commercial. Cette dernière évolution est le fait d'un arrêt remarqué de la Cour de cassation en date du 22 octobre 1985, dont le motif de principe est: «Vu la loi des 2 et 17 mars 1791 sur la liberté du commerce et de l'industrie, ensemble les articles 1382 et 1383 du Code civil; Attendu que si la libre recherche de la clientèle est de l'essence même du commerce, l'abus de la liberté du commerce causant, volontairement ou non, un trouble commercial, constitue un acte de concurrence déloyale ou illicite»[48]. L'information confidentielle a largement profité de l'efficacité du droit de la concurrence déloyale. Les actes de révélation ou de captation de secrets de fabrique ou de commerce, notamment à l'occasion d'un débauchage de salariés, sont considérés par une abondante jurisprudence comme des actes de désorganisation de l'entreprise constitutifs de concurrence déloyale[49].

La construction de la concurrence déloyale est parachevée aujourd'hui par l'admission de la notion d'agissements parasitaires. D'origine doctrinale, celle-ci est, implicitement tout au moins, utilisée par la jurisprudence[50]. La théorie des agissements parasitaires permet de sanctionner, en dehors d'une situation concurrentielle, le

46. A. PIROVANO, art. précité, no 10.
47. Comm. 18 avril 1958, *D.* 1959, *J.* 87 note Derrida, arrêt de principe.
48. Com. 22 octobre 1985, B. IV, no 245, p. 206, R.D.P.I. décembre 1985 où l'arrêt est rapporté avec les observations du conseiller-Doyen à la Cour de cassation J. Jonquères, Rapport de la Cour de cassation pour l'année 1985, La documentation française, 1986, p. 110.
49. A. PIROVANO, art. précité nos 77-78-187-195-197-199-201-202; C. CHAMPAUD, art. précité, Fasc. 223, spec. nos 2, 18, 27, 40; *Lamy commercial, concurrence*, précité, no 1627.
50. Y. SAINT GAL, «Concurrence déloyale et concurrence parasitaire», *Rev. Intern. de pté. industr.*, 1958; du même auteur, *La concurrence parasitaire en droit comparé*, Colloque, Libr. Droz, Genève, 1981; J. AZEMA, *op. cit.*, no 161; A. PIROVANO, *op. cit.*, no 99; Ph. LE TOURNEAU, *Les agissements parasitaires*, Rép. Commaille, Journ. notaires mars 1982, p. 38; Observ. J. Jonquères, sous com. 22 octobre 1985, précité.

comportement d'un agent économique qui tire un profit indu des acquis d'un autre agent économique, spécialement des idées ayant une valeur économique, «fruit d'un savoir-faire ou d'un travail intellectuels»[51]. Cette théorie autorise, en d'autres termes, une réaction juridique à une sorte d'enrichissement sans cause, sans avoir à respecter les règles strictes dans lesquelles le droit civil enferme ce quasi-contrat: appauvrissement et enrichissement, corrélation entre les deux, absence de cause, caractère subsidiaire de l'action, effet consistant dans une compensation limitée au terme le plus faible[52].

Il apparaît donc que les moyens de protection de l'information confidentielle, tirés du droit commun des obligations, ne manquent pas. Mais, précisément, ils sont trop divers pour constituer un système de protection satisfaisant. La complexité est l'un des reproches fait par le rapport émanant de l'Institut de recherche juridique et de réforme de l'Alberta[53] à la protection actuelle. Les autres griefs sont la relative inefficacité de celle-ci, en raison des conditions propres aux différentes techniques mises en oeuvre, son caractère fragmentaire, l'information confidentielle n'étant reconnue que comme objet de la violation d'une obligation ou d'un devoir, et son caractère aléatoire, lié au rôle déterminant de la jurisprudence.

Le rapport propose une législation qui, du point de vue civil, se caractérise par la création, à titre supplétif, de deux torts, pour sanctionner, respectivement, l'acquisition d'une information par des moyens dits impropres, et la révélation ou l'usage de l'information par une personne tenue de ne pas agir ainsi, que ce soit ou non en vertu d'un contrat. La définition des moyens impropres, comme la définition des cas d'existence d'une obligation relative à l'information confidentielle, est, pour l'essentiel, laissée à l'appréciation de la jurisprudence afin de préserver l'adaptabilité nécessaire d'un secteur en évolution. La création de sanctions très variées est également recommandée. Si l'on perçoit bien l'utilité de la réforme proposée pour les provinces de la common law, qui connaissent avec les torts un système de fautes et de sanctions prédéfinies, on la perçoit en revanche moins bien pour le Québec,

51. C. LARROUMET, note sous TGI Paris 21 septembre 1983, *Rev. jp. com.* 1984, p. 58; Adde Ph. LE TOURNEAU, «Variation autour de la protection du logiciel», *Gaz. Pal.* 1982-2-370; cependant, pour une position réservée sur cette application de la théorie, *cf.* M. VIVANT, et C. LE STANC, *Lamy informatique*, 1979, nos 290 et s.
52. J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Éd. Yvon Blais Inc., 1983, nos 547 et s. J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations*, t. 2, Armand Colin, 1984, nos 538 et s.
53. Rapport précité.

en raison de la plasticité du système de responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, en vigueur dans cette province. Il serait à redouter que l'adoption d'une loi reprenant les propositions exposées ne s'accompagne là d'une perte de souplesse non compensée par un véritable gain d'efficacité.

Au moins convient-il avant de conclure à la nécessité d'une loi, dont les rédacteurs du rapport perçoivent d'ailleurs bien le danger — celui de figer une matière en évolution — d'explorer toutes les voies juridiques existantes[54]. Celle de l'application du droit de propriété n'est pas des moindres. Le rapport rejette cette possibilité mais paradoxalement il propose de reconnaître expressément l'information confidentielle comme un objet transférable et traite celle-ci comme un bien dans les dispositions criminelles qu'il suggère. Peut-être est-ce le signe qu'il est difficile d'échapper à ce vers quoi la réalité conduit.

II- La protection réelle de l'information confidentielle

Le droit québécois et le droit français font preuve d'une remarquable harmonie dans leur conception de la propriété puisque les textes, qui respectivement définissent ce droit dans les deux pays, sont rigoureusement identiques: «La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements»[55].

Le droit de propriété a pour fonction la monopolisation des choses; il n'est pas d'autre droit pour remplir cette fonction[56]. Or, bien qu'intangible, l'information confidentielle précédemment définie a une indéniable réalité objective; elle est une entité parfaitement identifiée, individualisée, en d'autres termes elle est une chose. Pris dans son sens général, le mot chose permet de désigner toute entité, avant que, déclarée appropriable, elle ne soit, le cas échéant, qualifiable de bien. Il convient, dans ces conditions, de vérifier qu'il

54. Nombreux sont les juristes qui, à l'heure actuelle, après le Doyen Carbonnier, redoutent un excès de réglementation: la multiplication des statuts spéciaux nuit à la cohérence du droit; *cf.* spéc. P. CATALA, dans *L'appropriation de l'information*, précité p. 160: «Si l'on fait des lois ou des règlements trop parcellaires ou trop techniques, leur longévité sera à la mesure des détails qu'ils comportent, plus les textes seront détaillés, plus leur vie sera courte. Il est mortel pour le droit que la loi soit brève, c'est-à-dire qu'elle ne vive pas, parce que si la loi est de courte durée, on s'habitue à ce qu'elle soit très vite remplacée par une autre». Adde: C. ATIAS, *infra*, note 56, préface, l'auteur défend un retour aux principes généraux et aux catégories abstraites.

55. Article 406 du Code civil au Québec, 544 du Code civil en France.

56. C. ATIAS, *Droit civil — Les biens*, 2 t., Litec, 1980 — 1982, T. 1, no 49: «Le droit français ne connaît qu'une seule technique apte à attribuer une chose, en exclusivité, en propre, à une personne: c'est la propriété».

est tout d'abord possible (A), ensuite opportun (B), d'assurer la préservation de l'information confidentielle en investissant son détenteur d'un droit de propriété.

A- *Possibilité de recourir au droit de propriété*

Le droit de propriété, droit réel par excellence, établit un rapport direct entre une personne et une chose. Nous verrons que l'analyse classique, qui met l'accent sur la chose, rend difficile la reconnaissance d'un droit de propriété sur l'information confidentielle (1), mais que l'analyse moderne, qui met à l'inverse l'accent sur la personne, rend au contraire parfaitement possible cette reconnaissance (2).

1. *L'information confidentielle insusceptible d'être appropriée dans la conception classique du droit de propriété*

Respectueuse des origines romaines de notre droit de propriété, la doctrine classique réserve celui-ci aux choses corporelles et classe à part les droits réels récemment reconnus sur certaines choses incorporelles déterminées[57].

a) Le droit de propriété ne s'applique qu'aux choses corporelles

Dans la conception traditionnelle, le droit de propriété reste en effet réservé aux choses pour lesquelles il a été conçu, c'est-à-dire les choses corporelles, parce que la structure du droit a été déterminée en fonction de la corporalité de la chose sur laquelle il portait, au point d'ailleurs de se confondre avec elle, et parce que cette structure est considérée comme formant l'essence du droit. Dans sa plénitude, le droit de propriété, qui, opposable à tous, comporte pour son titulaire le droit d'user, jouir, disposer d'une chose de façon absolue, exclusive et perpétuelle, est considéré comme inapplicable aux choses incorporelles.

b) Les choses incorporelles relèvent d'une catégorie particulière

Dans cette conception, les droits privatifs institués sur les choses incorporelles créés par l'économie moderne (titres de sociétés, créances, clientèle, brevets, marques ...) ressortissent à une catégorie sui generis: catégorie des propriétés incorporelles, droits intellectuels[58] ou droits de clientèle[59]. Si ces droits s'apparentent au droit

57. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil — Introduction générale*, L.G.D.J., 2e éd., 1982, no 211; H.L. et J. MAZEAUD, *Droit civil — Les biens*, 6e éd., par F. Gianviti Montchrestien, 1984, p. 1289; C. LARROUMET, *Droit civil*, Economica, t. 1, 1984, nos 452 et s., t. 2, 1985, nos 4 et s.; A. WEILL, F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil — Les biens*, Dalloz, 1985, nos 31 et s.

58. J. DABIN, «Les droits intellectuels comme catégorie juridique», (1984) *Rev. Crit. de législ. et de jurisp.* 413.

59. ROUBIER, «Droits intellectuels ou droit de clientèle», (1935) *Rev. Trim. Dr. Civ.* 251 et s.

de propriété par leur appellation courante et deux de leurs traits fondamentaux, monopole et opposabilité absolue, pour le reste ils s'en éloignent. Ces droits diffèrent d'ailleurs les uns des autres au point que la catégorie qui les englobe se caractérise par son hétérogénéité. Cette diversité s'explique par le fait que, à défaut de tomber sous le sens, un bien incorporel a besoin, pour exister, d'une loi particulière qui le nomme, le définisse, fixe ses conditions d'existence et son régime[60]. Dans cette optique, l'information confidentielle n'ayant pas été légalement consacrée, elle ne saurait faire l'objet d'un droit privatif[61]. Mais cette déduction ne résiste pas à l'analyse moderne du droit de propriété.

2. *L'information confidentielle susceptible de propriété dans une conception moderne du droit de propriété*

Sous la pression des mutations socio-économiques, le droit de propriété est contraint de se transformer ou de dépérir. De nombreuses limitations ou déformations sont en effet venues affecter ce droit (ex.: contraintes administratives liées à l'urbanisation, la sécurité, l'environnement; droits accordés aux locataires, avènement de la copropriété)[62], tandis que s'organisait la monopolisation de nouvelles formes de biens (ex.: propriétés dites incorporelles)[63]. Plutôt que d'envisager les changements, inévitables, uniquement par référence au droit de propriété traditionnellement conçu, pour se borner à regretter les atteintes qui lui sont portées, ce qui est stérile, mieux vaut tirer avantage de la plasticité de ce droit pour accueillir les produits juridiques de l'évolution quitte à repenser la matière[64]. Ainsi procède l'analyse moderne. Le changement provient de ce que c'est désormais le sujet qui prend le pas (a), l'objet peut alors se dématérialiser (b).

a) Dématérialisation du droit de propriété

Une étape décisive de l'analyse juridique a été franchie lorsqu'a cessé la confusion entre le droit et son objet matériel[65]. Le droit s'est

60. J. CARBONNIER, *Droit civil — Les biens*, Thémis, P.U.F., 11e éd., 1983, p. 77 et 83.
61. ROUBIER, *La propriété industrielle*, t. 2, 1954, p. 368 et s.; J.M. MOUSSERON dans Le know-how, 5e rencontre... précité, p. 63 et s.; J.C. MAGNIN, *op. cit.*, no 436; R. FABRE, *op. cit.*, p. 18.
62. E. AGOSTINI, «L'étiolement du droit de propriété en France (1804-1985)», dans *Mélanges Flattet*; Payot-Lausanne, 1985, p. 3.
63. P. CATALA, «La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne», (1966) *Rev. Trim. Dr. Civ.* 185 et s.
64. J.L. BERGEL, «L'évolution contemporaine du droit de propriété en France», dans *Mélanges Raynet*, Université de Toulon et du Var, 1985, p. 13.
65. JOSSERAND, «Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau», dans *Mélanges Sugiyama*, p. 95 et s., extraits rapportés dans H. L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, Lectures, p. 19.

«réifiés», ce qui a permis à sa fonction de supplanter sa structure, dépendante de la corporalité de la chose dans laquelle il s'incarnait, comme pièce maîtresse de sa définition. Or, la fonction du droit de propriété est de conférer à une personne l'exclusivité d'une chose: «Il est notable que ce droit soit le seul à supprimer toute concurrence de principe sur la chose: c'est cette fonction particulière qui le définit»[66]. Cette fonction s'exprime dans une relation privative entre la personne et sa chose, où la personne se trouve privilégiée, «relation par laquelle une chose appartient à une personne»[67] et qui donne à la personne un pouvoir sur la chose. Le droit de propriété peut même en définitive s'analyser comme une «qualité personnelle permettant la jouissance des choses privatives»[68]. Le droit est en outre rendu efficace par son opposabilité absolue: le propriétaire peut exclure les autres du bénéfice de la chose, les autres sont tenus de respecter son droit; l'obligation passive universelle, conçue par Planiol et répudiée par les auteurs modernes comme définissant la propriété, vient du moins justifier son opposabilité à tous[69]. L'exclusivité et l'opposabilité absolue sont les éléments essentiels de la propriété, au reste la configuration de celle-ci peut souffrir des adaptations[70]; sa structure classique, d'ailleurs plus théorique qu'effective, n'est pas essentielle. Cette conception renouvelée a notamment pour conséquence d'autoriser l'appropriation des choses incorporelles[71].

b) Dématérialisation de l'objet du droit de propriété

Le critère des choses appropriables, c'est-à-dire des biens au sens juridique du terme, n'est plus leur nature, mais leur valeur économique: «il semble qu'à l'heure actuelle, la notion de valeur soit fondamentale ... comme elle se réduit à une abstraction, le clivage matériel et immatériel devient indifférent ... un épiphénomène négligeable»[72]. Repérées par leur valeur, les choses appropriables sont

66. C. ATIAS, *op. cit.*, t. 1, no 49.
67. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance — Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., 1960, p. 33.
68. F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété — Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse dact., Lyon, 1981, p. 403.
69. C. LARROUMET, *op. cit.*, t. 2, no 27; S. GINOSSAR, *op. cit.*; F. ZENATI, *op. cit.*
70. J.L. BERGEL, art. précité, p. 24. Adde: K.J. VANDEVELDE, «The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property», (1980) 29 *Buff. L. Rev.* 325.
71. JOSSERAND, précité; S. GINOSSAR, *op. cit.*, no 67; F. ZENATI, *op. cit.*, p. 798; ATIAS, *op. cit.*, t. 1, no 53; A. PIEDELIEVRE, «Le matériel et l'immatériel — Essai d'approche de la notion de bien», dans *Mélanges De Juglart*, 1986, p. 55. Adde: K.J. VANDEVELDE, art. précité.
72. A. PIEDELIEVRE, art. précité, p. 61 et 62. Sur la qualification de bien appliquée à l'information en raison de sa valeur, *cf.* M. VIVANT, «La notion de «biens informationnels»», *J.C.P.* 1984, I, 3132. Adde: D.F. LIBLING, «The Concept of Property: Property in Intangibles», (1978) 94 *L.Q.R.* 103.

en effet toutes d'essence abstraite. En conséquence, à côté des choses matérielles, peuvent être appropriés «tous les autres biens, qui sans être des droits, n'ont pas de consistance matérielle (ensemble de biens, œuvres de l'esprit, clientèle)»[73]. Selon Monsieur Atias «la propriété peut avoir toute chose pour objet, un bien corporel ou un bien incorporel»[74]. Monsieur Ginossar dira plus spécialement des droits intellectuels qu'«ils ne présentent aucune difficulté particulière»[75]. L'éphémérité du bien, qui n'est pas propre, notons-le, aux choses incorporelles, ne constitue pas plus que son immatérialité un obstacle à son appropriation, car la valeur n'est pas fondamentalement dépendante de la durée[76]. L'information confidentielle, chose incorporelle ayant une valeur[77], est donc, suivant cette analyse, susceptible d'appropriation.

En vérité, cette conclusion est prématurée car, à la réflexion, on s'aperçoit que, paradoxalement, le rôle donné à la valeur ne facilite guère l'appropriation généralisée des choses incorporelles. En effet, pour qu'une chose soit estimable en argent, il faut qu'elle ait un marché: certaines personnes la possèdent tandis que d'autres, qui en sont privées, souhaitent l'acquérir moyennant le paiement d'un prix. La valeur, condition du droit, présuppose ainsi une exclusivité de fait. Or, si les choses matérielles sont des biens susceptibles par nature d'un monopole de fait, par l'emprise matérielle, les choses incorporelles, spécialement l'information, évanescentes, ne le sont pas. En ce qui concerne ces dernières, la valeur apparaît donc plutôt comme consécutive à l'instauration du droit que préalable à celle-ci; par exemple, un signe distinctif n'aura une valeur que lorsqu'il sera approprié comme marque. De là, la confirmation, après un détour, que l'existence d'un droit privatif suppose, pour les choses incorporelles, une loi spécifique d'accréditation. En est-on alors réduit, relativement à l'information confidentielle, à regretter l'absence, ou à souhaiter la survenance, d'une reconnaissance légale. Certes non, car, précisément, la confidentialité est à l'information ce que l'emprise matérielle est aux choses corporelles: elle assure la réservation de fait génératrice de la valeur; à cette différence toutefois que, la perte de confidentialité entraînant la perte irréversible de la maîtrise de l'information, la confidentialité doit

73. F. ZENATI, *op. cit.*, p. 798.
74. C. ATIAS, *op. cit.*, t. 1, no 53.
75. S. GINOSSAR, *op. cit.*, no 68.
76. C. ATIAS, *op. cit.*, no 53; A. WEILL, F. TERRE, Ph. SIMLER, *op. cit.*, no 42: «On a pris davantage conscience de la présence de l'éphémère dans la vie juridique quotidienne. En ce sens la description lucide d'une civilisation du «prêt du jeter» a donné à penser qu'en elle-même la durée n'est pas nécessairement une valeur».
77. *Supra*, note 11.

être effective alors que l'emprise matérielle peut n'être que potentielle. Une intervention législative spécifique est nécessaire lorsque le droit est constitutif de monopole, elle ne l'est pas lorsque, comme en l'espèce, il n'est que confirmatif d'un monopole de fait. L'information confidentielle relève donc bien du droit commun de la propriété, et non d'un droit privatif singulier, nécessitant une intervention législative en raison du principe selon lequel les droits réels sont spécifiquement prévus par le droit.

Il apparaît que la possibilité d'appliquer le droit de propriété à une information est étroitement dépendant de la valeur et du caractère confidentiel de celle-ci. Cela confirme le bien-fondé d'un traitement séparé de l'information confidentielle économique.

La particularité de l'information confidentielle n'est pas moins importante lorsqu'il s'agit d'apprécier l'opportunité de son appropriation.

B- Opportunité de recourir au droit de propriété

La reconnaissance d'un droit de propriété au détenteur d'une information confidentielle crée un rapport juridique inégalitaire entre lui et les autres. Une telle situation n'est justifiée qu'à deux conditions: la légitimité de l'intérêt de celui que l'on gratifie du droit (1)[78] et l'utilité du droit au service de cet intérêt (2).

1. Légitimité de l'intérêt protégé

Pour être convaincante, la légitimité de l'intérêt propre au détenteur de l'information confidentielle (a) doit évidemment se confirmer dans une perspective sociale (b).

a) Intérêt propre du détenteur de l'information

La légitimité de l'intérêt propre au détenteur de l'information confidentielle ne fait aucun doute. Ce dernier a élaboré l'information, il est naturel de lui voir réclamer le bénéfice de ce qui est le fruit de son travail[79]. Sa prétention est d'autant mieux fondée que son

78. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, no 190: «La légitimité du titre implique l'admission par l'ordre juridique d'une «cause de préférence» justifiant le bénéfice réservé au sujet de droit».
79. Sur l'activité créatrice comme fondement des droits de propriété incorporelle, *cf.* spéc. J. CARBONNIER, *op. cit.*, no 83: «toutes les propriétés incorporelles ont ce trait commun de n'être pas des propriétés oisives. Leur existence dépend de l'activité ou de la puissance créatrice de l'homme»; P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, L.G.D.J., 1969, p. 207 et s.; P. CATALA, *La propriété de l'information*, précité; H. LEPAGE, *Pourquoi la propriété*, Hachette, 1985, spéc. p. 426. Adde: D.F. LIBLING, art. précité; R.H. TAWNEY, «Property and Creative Work», dans C.B. Mac Pherson, *Property: Mainstream and Critical Positions*, 1978, p. 136.

oeuvre consiste en une création intellectuelle, traditionnellement considérée comme particulièrement digne de récompense. À cette considération de justice élémentaire s'en ajoute une de rationalité économique: il convient de lui assurer la rentabilité des investissements, parfois très importants, engagés pour la mise au point de l'information. Reste à savoir si l'intérêt individuel n'est pas en l'occurrence contredit par l'intérêt de la société.

b) Intérêt social

D'un point de vue social, on considère généralement et traditionnellement que les idées sont de libre parcours, qu'elles échappent à toute logique d'appropriation. Le principe est généreux — il assure l'égalité des hommes devant la connaissance — et efficace — la propagation du savoir favorise le progrès culturel en ce que chaque idée livrée vient enrichir le fonds commun où germent d'autres idées. Le droit positif est respectueux de ce principe: le droit d'auteur institue le monopole de la forme, et non de l'idée; quant au droit des brevets d'invention, il impose la publicité de l'invention pour laquelle il confère, sous des conditions et dans des limites strictes, un monopole d'exploitation. La finalité du principe de libre circulation des idées est culturelle, et non économique, si le bien que le monopole d'exploitation octroyé par le brevet ne contredit pas ce principe. Il semble en aller différemment de la propriété de l'information confidentielle dans la mesure où celle-ci tend à assurer la réservation de la connaissance elle-même. À ce grief s'en ajouterait un autre: la propriété de l'information confidentielle permettrait de contourner les contraintes posées par le droit des brevets d'invention.

La propriété de l'information confidentielle se révèle-t-elle ainsi réellement contraire à l'intérêt social? On s'aperçoit à la réflexion qu'il n'en est rien.

La validité du principe de libre circulation des idées doit s'apprécier au regard de sa finalité, laquelle est le développement du savoir. Or, l'application rigide du principe, dans le monde contemporain, desservirait cette finalité. À l'heure actuelle, en effet, la sophistication des techniques aggrave considérablement le coût de la recherche, de telle sorte que si l'on ne garantit pas aux créateurs potentiels la réservation des résultats de leur effort, on risque bien de les voir renoncer à le consentir[80]. En d'autres termes, en s'attachant

80. Sur la conciliation entre le principe de libre circulation des idées et l'incitation à la création, *cf.* B. EDELMAN, «Création et banalité», *D.* 1983, chr. p. 74; E. MACKAAY, «Les biens informationnels», dans *L'appropriation de l'information*, *op. cit.*, p. 26.

uniquement à la diffusion des connaissances, pour encourager le progrès, on s'expose à l'effet paradoxal d'un blocage de celui-ci. À l'inverse, on peut escompter de la reconnaissance d'un droit privatif un effet incitatif[81], opérant, qui plus est, non seulement sur le créateur initial mais aussi sur ses rivaux, découragés d'emprunter la voie du pillage. L'espionnage économique, dénoncé par les entreprises comme un fléau, est socialement malsain; dans la lutte menée à son encontre, tout ce qui consolide la position juridique du détenteur légitime d'une information confidentielle représente une utile contribution.

En outre, l'effet négatif redouté, de rétention du savoir, s'affaiblit, de fait, à l'observation des deux phénomènes d'époque suivants: l'obsolescence rapide des innovations et l'efficacité des moyens de communication. Le premier phénomène, corrélatif aux performances techniques et au climat de forte compétition économique, a pour conséquence que la réservation des connaissances nouvelles n'a d'intérêt que pour une courte période. Quant au second phénomène, il vient contrebalancer, dans une perspective historique, la gêne que pourrait apporter à la diffusion des informations, la consécration juridique de leur réservation momentanée.

Enfin, l'argument tiré d'un intolérable détournement du droit des brevets d'invention n'est pas fondé: les deux droits en question ont des effets très différents. Cette différence trouve une explication élémentaire dans leur justification commune: la création. Le brevet porte sur une invention publiée, donc que personne ne peut recréer; le breveté n'a pas à craindre ainsi la survenance d'un rival, postérieure à la naissance de son droit. Le droit envisagé porte, lui, à l'inverse, par hypothèse, sur une information confidentielle; un tiers peut donc légitimement concevoir par ses propres moyens une information semblable lui donnant le même droit, pour autant que l'information reste confidentielle. Le droit sur l'information confidentielle n'interdit que l'appropriation d'une connaissance individualisée par sa paternité, autrement dit: X ne peut s'emparer du savoir de Y, mais X peut librement créer le même savoir que Y, tout comme X ne pourrait pas s'emparer d'un objet corporel quelconque appartenant à Y mais pourrait fabriquer le même objet. Cela pose une autre question: celle de l'utilité du droit proposé.

2. *Utilité du droit de propriété*

Pourtant l'utilité du droit de propriété appliqué à l'information confidentielle se vérifie tant dans le domaine du droit civil que dans le domaine du droit pénal.

81. H. LEPAGE, *op. cit.*, spéc. p. 98.

a) Dans le domaine civil

Sur le terrain du droit civil, la consécration d'un droit de propriété permet d'améliorer la protection de l'information confidentielle et, ce qui ne peut se faire autrement, de doter celle-ci du statut de bien[82].

Le droit de propriété est protégé contre toute atteinte sans qu'aient à être satisfaites les conditions de la responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle. Propriétaire, le détenteur de l'information confidentielle peut ainsi s'opposer à tout acte de captation ou d'usage non autorisé, sans buter sur des problèmes tels que la nullité d'une clause restrictive, de concurrence ou de confidentialité, ou la preuve d'un préjudice et d'une faute. Le droit de propriété est opposable à tous. Propriétaire, le détenteur de l'information confidentielle peut donc agir contre l'acquéreur de bonne foi, celui-ci ne pouvant bénéficier de l'acquisition par la possession, comme en matière de choses mobilières corporelles puisque l'information est susceptible de possession au sens juridique du terme. Du point de vue de la sanction, la reconnaissance d'un droit de propriété tend à favoriser de la part du juge, la décision de prescrire des mesures efficaces et adaptées à la nature particulière du bien (saisie, revendication avant jugement, restitution des documents ou de matériel, interdiction d'usage), notamment dans le cadre d'une procédure d'urgence[83].

Il faut néanmoins bien reconnaître que l'exercice du droit de propriété risque en la matière d'être gêné par des difficultés de preuve et que son efficacité ne peut qu'être relativement limitée puisqu'il ne permet pas de s'opposer aux suites d'une création parallèle. Mais ces restrictions sont inhérentes à la fragilité de l'objet protégé; pas plus qu'elles n'interdisent l'application du droit de propriété, elles n'en suppriment pas l'utilité. Le droit de propriété réalise la meilleure protection possible eu égard à la nature du bien.

Appropriable, l'information confidentielle prend enfin une existence juridique, elle devient un bien. À ce titre, elle peut trouver sa place dans un ensemble de biens, fonds de commerce ou masse partageable, et, surtout, être objet de contrats adaptés aux nécessités: contrats de cession ou licence, comme en matière de brevets. La pratique emploie déjà ces qualifications; celles-ci sont toutefois

82. S. RICKETSON, «Confidential Information — A New Proprietary Interest?», (1977-1978) *Melbourn U.L. Rev.* 223; S.J. SOLTYSINSKI, «Are Trade Secrets Property?», (1986) 17 *I.I.C.* 331.

83. *Contra*: R.G. HAMMOND, «Quantum Physics, Econometric Models and Property Rights to Information», (1981) 27 *Rev. Droit de McGill* 47; du même auteur: «The Misappropriation of Commercial Information in the Computer Age», (1986) 64 *R. du B. can.* 342; l'auteur est favorable à la création d'une législation spécifique.

radicalement fausses si l'on nie l'existence d'un droit de propriété car, analogues à celles de vente ou louage pour les biens corporels, elles supposent un droit privatif[84]. À défaut d'être objet d'un tel droit, l'information confidentielle ne serait que l'objet d'une obligation de faire (ex.: de révéler) ou de ne pas faire (ex.: ne pas révéler, ne pas utiliser) découlant d'un simple contrat d'entreprise. Or, il est certain que les qualifications de cession et licence correspondent davantage à la réalité des faits et servent mieux les besoins des intéressés en raison de la réglementation qui s'y attache (détermination de l'objet — transfert solo consensu — obligations de garantie...)[85].

Dans le domaine des contrats, l'information confidentielle est en pratique spontanément traitée comme un objet de propriété, la tentation est grande d'une attitude semblable en droit pénal.

b) Dans le domaine pénal

Le droit pénal doit cependant être abordé avec prudence compte tenu de son autonomie par rapport au droit civil et du principe d'interprétation stricte qui le gouverne. Aussi, on ne saurait raisonner par analogie pour étendre aux choses incorporelles les infractions conçues pour le respect de la propriété des choses corporelles, le vol constituant l'infraction la plus typique à cet égard.

En France, la Cour de cassation n'a jamais retenu le vol relativement à l'information elle-même; cette juridiction se montre seulement assez compréhensive pour retenir le vol du support de l'information; ainsi constitue, selon elle, un vol de document, le fait de s'«approprier» celui-ci pendant le temps nécessaire pour en faire une photocopie[86]. Dans le prolongement, la même juridiction a qualifié par ailleurs de recel la détention de la photocopie d'un document volé[87]. La doctrine dominante soutient une opinion conforme à la position de la Cour de cassation: le texte d'incrimination français[88] ne permet pas d'admettre le vol d'information[89].

84. J.M. MOUSSERON, *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*, Montpellier, 1960; du même auteur: «L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevets d'inventions», *Mélanges Desbois*, Dalloz, 1974, p. 157; J.J. BURST, *Breveté et licencié, leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Litec, 1970.

85. *Supra*, note 84.

86. Cass. Ch. Crim. 8 janvier 1979, D. 1979, p. 509, note P. CORLAY; arrêt interprété restrictivement par la Cour de cassation elle-même dans son rapport annuel, *J.C.P.* 1981, I, 3041, no 95.

87. Cass. Ch. Crim. 12 janvier 1981, Bull. Crim. no 15.

88. Article 379 du C.p. français: «Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol».

89. J. DEVEZE, «Le vol de «biens informatiques»», *J.C.P.* 1985, I, 3210, nos 11 et s.; J. FRANCILLON, dans *Le droit criminel face aux technologies nouvelles de la*

Au Canada le vol, qui fait l'objet d'une définition légale plus compréhensive qu'en France, a été historiquement conçu pour les choses corporelles, mais par la suite occasionnellement appliqué à des choses incorporelles[90]. Le vol de l'information est toutefois controversé. Une décision remarquée de la Cour d'appel de l'Ontario du 30 juin 1983, l'arrêt *Stewart* a admis le vol d'information[91]. Mais cette décision était loin de faire l'unanimité: la doctrine est pour le moins réservée[92] et une position inverse est adoptée par d'autres décisions judiciaires. D'ailleurs la Cour d'appel de l'Alberta a refusé de suivre le précédent de l'Ontario[93]; enfin, celui-ci a été renversé par la Cour suprême dans sa décision de mai 1988 concernant l'arrêt *Stewart*.

Si l'analyse de l'information confidentielle comme un objet de propriété ne conduit pas automatiquement, en raison des contraintes particulières au droit criminel, à une application des infractions classiques qui protègent les biens corporels, cette analyse justifie tout au moins la création d'infractions qui pour être particulières n'en sont pas moins inspirées de la même idée: la protection des biens.

En France, une infraction déjà ancienne, la violation du secret de fabrique (art. 418 du Code pénal), punit la communication intentionnelle, par les salariés d'une entreprise, des secrets de fabrication dont ils ont acquis la connaissance dans leurs fonctions[94]. Cette incrimination réalise l'extension à une information confidentielle de l'infraction classique d'abus de confiance (art. 408 du Code pénal) qui ne peut viser que des biens corporels.

Au Canada, le rapport publié sous l'égide de l'Institut de recherche juridique et de réforme de l'Alberta[95] propose en premier

communication, précité, p. 139; R. GASSIN, «Le droit pénal de l'informatique», *D.* 1986, Ch. p. 35. *Contra*: M.P. LUCAS DE LESSAC, «Une information est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens?», *D.* 1985, Chr. p. 43.

90. Commission de réforme du droit au Canada, Document de travail 1, *Le vol et la fraude*, 1977.
91. *R. c. Stewart*, Cour d'appel de l'Ontario, 30 juin 1983, 5 C.C.C. (3d) 481; *Stewart c. La Reine*, Cour suprême du Canada, 26 mai 1988, no 17827, J. Lamer.
92. R.G. HAMMOND, «Theft of Information», (1984) 100 *L.Q.R.* 252; F.R. MOSKOFF, Q.C., «The Theft of Thoughts: The Realities of 1984», 27 *C.L.Q.* 226.
93. Ex.: *R. c. Offley*, Cour d'appel de l'Alberta, 28 avril 1986, 51 C.R. (3d) 378.
94. Art. 418 (L. 13 mai 1863). Tout directeur, commis, ouvrier de fabrique, qui aura communiqué ou tenté de communiquer à des étrangers ou à des Français résidant en pays étrangers des secrets de la fabrique où il est employé, sera puni d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de 1 800 F à 72 000 F. ... Si ces secrets ont été communiqués à des Français résidant en France, la peine sera d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende (L. 29 décembre 1966, art. 7) «de 500 F à 1 800 F».
95. Précité.

lieu la création de deux infractions essentielles qui ne sont pas sans évoquer respectivement le vol et la fraude[96] et, en second lieu, la modification de nombreux articles du Code criminel, ayant pour objet la protection des biens, afin d'y intégrer l'information confidentielle[97].

La création d'infractions spécifiques, du type de celles que suggère ce rapport, est judicieuse, dès lors qu'est reconnue la nécessité de faire appel au droit répressif pour garantir la régularité du jeu économique en sanctionnant, et donc prévenant, les actes malhonnêtes ayant trait à l'information confidentielle. Au Canada, une intervention législative dans le domaine criminel, forcément fédérale, aurait pour intérêt de soumettre toutes les provinces à une réglementation unique. Plus généralement, de nouvelles incriminations éviteraient une distorsion des textes existants, si contraires aux principes qui gouvernent la matière pénale, et faciliteraient la reconnaissance jurisprudentielle d'un droit de propriété dans le domaine civil.

Conclusion

Ce qui est vertu en droit criminel est vice en droit civil. Le droit criminel autorise, mieux, requiert des textes précis destinés à appréhender des comportements socialement nocifs bien définis; il en va de la liberté des individus. À l'inverse, la force historique du droit civil tient à la cohérence du système de règles générales qui le composent; sa relative abstraction est un facteur d'adaptabilité et partant de permanence et de sécurité, si bien que plus rapides sont les changements de la réalité plus vigilante doit être la résistance à la tentation de dispositions trop ponctuelles et concrètes.

Peut-être l'avènement de l'information dans nos sociétés apportera-t-il de si profondes mutations que de nouveaux concepts juridiques fondamentaux s'imposeront. L'avenir le dira. En attendant, la propriété, traduction juridique de l'avoir, conserve son efficacité. La seule affirmation du droit engendre encore le respect, comme si le mot était doté d'une sorte de pouvoir magique d'intimidation.

96. Schématiquement, l'une réprimait l'acquisition, la révélation ou l'utilisation frauduleuse d'un trade secret au préjudice de son détenteur légitime (Misappropriation), l'autre les manoeuvres incitant une personne à révéler ou utiliser un trade secret (fraudulent misappropriation).
97. Cette démarche est à rapprocher de celle suivie par le législateur, en 1985, relativement aux données informatiques: l'infraction de méfait, qui protège les biens corporels (art. 385 C.cr.) a été étendue aux données informatiques (387(1.1)), définies par ailleurs comme «des représentations d'information ou de concepts qui sont préparées ou l'ont été de façon à pouvoir être utilisées dans un ordinateur» (301-2(2) C.cr.).