

Avant-propos

Le secret est nécessaire à la vie des affaires et est présent dans toutes les branches du droit. Peut-on imaginer l'exercice de la profession d'avocat sans le secret de la correspondance ou le secret professionnel ; des relations de travail avec des collaborateurs sans obligation de confidentialité ou l'audit d'une entreprise sans devoir de réserve du réviseur ?

Au plan juridique, le respect du secret des affaires a acquis ses lettres de noblesse devenant même un principe général de droit européen¹. Le secret des affaires trouve également fondement dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protégeant la vie privée des entreprises.

Pourtant, l'omniprésence des moyens de télécommunication, la mobilité croissante des entreprises et des travailleurs, la capacité technologique de reproduire, de stocker et de diffuser instantanément d'immenses quantités d'informations fragilisent le secret non seulement au plan matériel² mais aussi sur le plan moral, d'aucun voyant dans la révolution technologique l'émergence d'un nouveau paradigme fondé sur la totale transparence.

Les nuances, voire les contrastes, révélés par l'étude du secret dans le droit des affaires traduisent ces tensions. Un exemple : une information susceptible d'influer sur la situation boursière d'une entreprise cotée devra être conservée secrète par les quelques initiés qui la détiendront tandis qu'elle devra impérativement être divulguée par l'entreprise concernée. Nécessaire à la vie des affaires, le secret doit parfois céder devant des exigences de transparence. L'antinomie s'inscrit au cœur même de l'édifice juridique. Si les libertés fondamentales commandent de respecter la vie privée de l'entreprise, ces libertés protègent également le droit pour le public de savoir et pour la presse d'informer. De même les exigences de la raison d'État et du secret défense se trouvent bouleversées par des révélations au nom d'autres valeurs, qu'elles soient d'ailleurs juridiques ou morales ainsi que l'illustrent les affaires *Wikileaks*, *Offshoreleaks* et

¹ Voy. notamment C.J.C.E., 19 mai 1994, SEP, Affaire C36/92 ; voy. aussi sur cette question D. MOUGENOT, « Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire », *R.D.J.P.*, 2009, p. 112.

² Voyez à ce sujet S. GILSON, K. ROSIER, A. ROGER, S. PALATE, *Secret et loyauté dans la relation de travail*, Kluwer, 2012, pp. 11 et s.

Snowden. En droit social, le travailleur invoque son droit à la vie privée pour s'opposer à l'espionnage de ses activités informatiques professionnelles tout en revendiquant son droit à la liberté de divulguer les informations confidentielles de l'entreprise intéressant l'intérêt général dans certains cas de *whistleblowing*.

Le CRIDES étudie le droit de l'entreprise et rassemble à cette fin des enseignants et chercheurs en droit commercial, en droit fiscal, en droit intellectuel et en droit social. Ces quatre disciplines sont confrontées au secret et à ses limites. C'est dans cette perspective que le sujet transversal traité a pour vocation de dépasser les clivages disciplinaires traditionnels.

Le secret est analysé dans sphère interne de l'entreprise mais également dans ses rapports avec les tiers, ce qui ouvre l'interdisciplinarité au-delà des champs d'investigation traditionnels du CRIDES. Dans le droit judiciaire, le secret des affaires est source de tensions entre le droit à la preuve et la confidentialité des preuves³. La charge de la preuve dans un litige peut amener une partie à devoir divulguer une information confidentielle dont la divulgation est susceptible de lui causer un préjudice commercial sérieux.

L'entreprise et le secret ou quand le droit danse le tango. Pour relever ce défi, nous avons pu compter sur de nombreux spécialistes issus de diverses disciplines qui allient l'analyse théorique issue de leurs enseignements universitaires et l'approche pratique tirée de leurs pratiques quotidiennes. Nous les en remercions vivement.

Nous souhaitons également remercier les Professeurs Yves De Cordt et Filip Dorsemont, ancien et actuel président du CRIDES pour leur confiance en nous confiant la coordination scientifique de cette journée d'étude et pour leur infaillible soutien.

Nous remercions notre éditeur Larcier pour l'édition des actes.

Louvain-la-Neuve, le ...
Vincent CASSIERS, Steve GILSON

³ Voy. à ce sujet dans la doctrine la plus récente D. MOUGENOT, « L'administration de la preuve et les mesures d'instruction », in H. BOULARBAH et F. GEORGES, *Actualités droit judiciaire*, 2013, p. 312.

PARTIE I

Le secret dans les rapports entre entreprises

Les secrets d'affaires en droit européen anno 2013 : projet de directive et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Alain Strowel

*Professeur UCLouvain, Université Saint-Louis-Bruxelles
et Munich IP Law Center, Avocat à Bruxelles*

En droit européen, deux développements relatifs à la protection des secrets d'affaires au cours de l'année 2013 méritent d'être présentés. Tout d'abord sur le plan législatif : le 28 novembre 2013, la Commission européenne (Direction Générale Markt) a fait connaître sa *Proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites* (ci-après : la « proposition de directive secrets d'affaires »)¹. Ensuite sur le plan judiciaire : le président du Tribunal de l'Union européenne (TUE) et le Vice-président de la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) se sont prononcés, en première instance et en appel, dans deux procédures en référé portant sur une question particulièrement délicate : l'équilibre à trouver entre la protection des secrets d'affaires et les exigences de transparence dans l'accès aux documents administratifs, en particulier les rapports d'essais cliniques sur des médicaments.

La première partie de la contribution présente la proposition de directive secrets d'affaires. Une proposition de prime abord modeste, mais qui pose des questions néanmoins. Harmonise-t-elle de manière satisfaisante le droit existant dans les États Membres ? Répond-elle aux questions de plus en plus pressantes posées par l'espionnage industriel à l'ère du numérique ? Ou, au contraire, risque-t-elle de susciter des actions en justice

¹ COM(2013) 813 final du 28 nov. 2013 (disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/131128_proposal_fr.pdf).

susceptibles de paralyser la commercialisation de produits, voire d'obtenir de considérables contreparties sous la menace d'une injonction judiciaire ?

La seconde partie de l'article revient sur la jurisprudence récente de la C.J.U.E. en matière de protection des secrets d'affaires face aux obligations de transparence administrative à travers l'affaire *AbbVie c. EMA*². On se demandera en particulier comment concilier l'intérêt privé à la protection des secrets liés au développement de nouveaux médicaments et l'intérêt public à divulguer les résultats des essais cliniques réalisés dans le cadre des procédures d'autorisation de mise sur le marché de médicaments. Aucune disposition de la proposition de directive secrets d'affaires ne traite de cette pondération, mais, comme on le verra, l'un des considérants précise que la divulgation d'informations confidentielles par les autorités publiques dans le cadre des obligations de transparence pesant sur elles ne peut être considérée comme illicite.

I. – La proposition de directive sur la protection des secrets d'affaires

A. – Objectifs, état de la procédure et contexte de la directive

Objectif : harmoniser et/ou renforcer la protection des secrets d'affaires ? La proposition de directive du 28 novembre 2013 mise sur la table du législateur européen par la Commission ne semble *a priori* pas révolutionnaire. Elle vise d'abord à harmoniser les droits nationaux qui protègent les secrets d'affaires à travers des instruments législatifs très divers, tels que le droit de la concurrence déloyale, les législations sur le contrat de travail, le droit des contrats, des dispositions pénales, etc.³. Parfois, la protection repose uniquement sur des principes généraux affinés par la jurisprudence⁴ (principe de la responsabilité extra-contractuelle, « duty of

² Prés. TUE, 25 avril 2013, T-44/13 R (*AbbVie c. European Medicines Agency (EMA)*) et Vice-prés. C.J.U.E., 28 nov. 2013, C-389/13 P(R) (*EMA c. AbbVie*). Voy. également la procédure similaire introduite par *InterMune c. EMA* ayant donné lieu aux décisions en référé : Vice-prés. C.J.U.E., 28 nov. 2013, C-390/13P(R) (*EMA c. InterMune*) en appel de Prés. TUE, 25 avril 2013, T-73/13 R (*InterMune c. EMA*).

³ En droit belge, voy. B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Larcier, 2010, pp. 642 et s.

⁴ Voy. l'exposé des motifs, p. 4 et les considérant 5 à 7 (voy. notamment à la fin du considérant 7, le leitmotiv d'intervention de la DG marché intérieur : « globalement, les différences [de régime juridique] portent atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur »).

confidence », etc.)⁵. L'objectif sous-jacent de la proposition de directive est également de renforcer la protection (des entreprises européennes) face à la concurrence déloyale et l'espionnage industriel (en provenance de l'étranger). La directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 *relative au respect des droits de propriété intellectuelle*, dont s'inspirent les mesures de protection prévues dans la directive secrets d'affaires, était tiraillée entre l'objectif d'harmoniser le marché intérieur et l'objectif d'élever le niveau de protection (avant l'élargissement de l'UE aux 10 pays d'Europe centrale en mai 2004)⁶ ; de manière similaire, la proposition de directive secrets d'affaires est travaillée par une double logique d'harmonisation et de renforcement de la protection existante. Ces deux objectifs ne sont pas toujours convergents : l'harmonisation ne suppose pas nécessairement un relèvement du niveau de protection.

Certes, il est raisonnable de vouloir harmoniser les régimes nationaux alors que les échanges se mondialisent et que la chaîne des sous-traitants couvre souvent de nombreux pays (européens). L'harmonisation poursuivie par la proposition de directive peut combler certaines lacunes des droits nationaux. Cela dit, on peut s'interroger sur sa force harmonisatrice : vu que la directive reste très générale, n'offre-t-elle pas trop de marge de manœuvre aux législateurs nationaux lesquels seront tentés de considérer que le droit existant respecte déjà les obligations européennes ? Avec la conséquence que des protections fondées sur des législations ou principes assez différents (concurrence déloyale, responsabilité civile, duty of confidence, etc.) seront maintenues, et donc le patchwork législatif existant.

S'agissant du second objectif (plus ou moins avoué), il est moins clair qu'il faille durcir la protection en permettant par exemple d'obtenir des mesures de mise en œuvre, notamment des injonctions, à l'encontre des « produits en infraction », à savoir les produits qui bénéficient d'un accès illicite à des secrets d'affaires (voy. *infra*).

⁵ L'étude de droit comparé réalisée par le cabinet Hogan Lovells pour la Commission (*Report on Trade Secrets to the European Commission*, MARKT/2010/20/D, janvier 2012) soulignait que la Suède dispose d'une loi spéciale sur la protection des secrets d'affaires, que d'autres pays comme l'Allemagne et la Belgique ont des dispositions diverses insérées dans les lois sur la concurrence déloyale, le droit pénal ou le droit du travail, que d'autres encore, à l'instar du Royaume-Uni et de l'Irlande, n'ont aucune loi mais utilisent le droit commun de la « confidence », que les Pays-Bas ont recours au principe de la responsabilité aquilienne, que le droit de Malte offre une protection dans le seul cas d'une violation contractuelle.

⁶ Voy. Ch.-H. MASSA et A. STROWEL, *The Scope of the Proposed IP Enforcement Directive : Torn between the Desire to Harmonise Remedies and the Need to Combat Piracy*, in *European Intellectual Property Review*, juin 2004, pp. 244-253.

Antécédents et procédure législative. Le dépôt de la directive est l'aboutissement d'un processus lancé en 2010 et balisé par des études et consultations à la demande de la Commission⁷. La publication de la proposition de directive était donc attendue. En cette fin d'année 2013, il n'est pas acquis que le texte sera encore examiné en première lecture par le Parlement européen avant les élections de mai 2014. En tout état de cause, la directive ne pourra être adoptée par le Parlement et le Conseil que sous la législature découlant de ces élections. Le texte risque donc d'évoluer sensiblement au cours des prochaines d'années. Certaines dispositions seront certainement amendées. Dans les développements qui suivent, quelques lacunes ou imprécisions de la proposition seront mises en évidence. On formulera également quelques suggestions. Revenons d'abord sur le contexte qui entoure cette proposition et qui risque d'influencer les débats à venir tant au Conseil qu'au Parlement.

Contexte de la proposition : accusations d'espionnage économique sur le plan international. Depuis l'affaire Snowden et les révélations quant aux pratiques de la NSA (National Security Agency) américaine, la question de la protection de la vie privée mais aussi des secrets d'affaires a nourri diverses polémiques dont la presse s'est largement fait l'écho. Au point de miner quelque peu les relations entre l'UE et son partenaire américain, notamment dans le cadre des négociations commerciales du TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) lancées en juillet 2013. Mais la tension existe aussi avec la Chine à qui l'on reproche souvent de « voler » les secrets d'affaires, et ce avec l'appui de l'État chinois. Le général Keith Alexander, directeur de la NSA, aujourd'hui accusée par les partenaires des États-Unis, soulignait que le cyberespionnage constituait « le plus grand transfert de richesses de l'histoire »⁸ : les entreprises

⁷ Voy. notamment l'étude juridique précitée réalisée par le cabinet Hogan Lovells (*Report on Trade Secrets for the European Commission* disponible à : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade/201201-study_en.pdf), ainsi que l'étude en partie économique intitulée *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market* (avril 2013), disponible à : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/20130711/final-study_en.pdf. La consultation publique s'est déroulée du 11 décembre 2012 au 8 mars 2013. Les réponses et les résultats de cette consultation sont disponibles sur le site de la Commission : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/trade-secrets_en.htm.

⁸ J. ROGIN, *NSA Chief : Cybercrime Constitutes the « Greatest Transfer of Wealth in History »*, *The Cable*, 9 juillet 2012, disponible à : http://thecable.foreignpolicy.com/posts/2012/07/09/nsa_chief_cybercrime_constitutes_the_greatest_transfer_of_wealth_in_history. Voy. aussi le rapport qui compare le coût de ce « vol » d'informations à la valeur des exportations US vers l'Asie : *The Report of the Commission on the Theft of American Intellectual Property*, février 2013, p. 2, disponible à l'adresse : http://www.ipcommission.org/report/IP_Commission_Report_052213.pdf

américaines auraient en effet perdu plus de 250 milliards de dollars US en 2011⁹.

Le processus d'adoption de la proposition de directive secrets d'affaires sera certainement influencé par le dossier des écoutes et la perception des risques d'espionnage orchestré par des États. D'autres raisons que la « raison d'État » expliquent l'importance croissante de la protection des secrets d'affaires. Le considérant 2 de la proposition de directive explique l'exposition croissante des entreprises à des « appropriations malhonnêtes » d'informations par le phénomène de la mondialisation, par le recours croissant à la sous-traitance et par l'allongement des chaînes d'approvisionnement. Outre ces facteurs économiques, des facteurs sociaux jouent, en particulier la mobilité croissante des travailleurs qui les amène à travailler successivement chez des concurrents. La facilité de transférer des informations à l'ère numérique – emails, clés USB, cloud computing, etc. – explique certainement les risques d'exposition accrus. Ce que l'on a pu appeler « l'éthique hacker »¹⁰, soit l'esprit de transparence à l'ère des réseaux informatiques, met également en cause la préservation des secrets. Comme on l'a écrit, « le monde numérique n'est pas un grand ami des secrets d'affaires »¹¹. C'est le moins que l'on puisse écrire !

La proposition de directive tient-elle compte à la fois de l'esprit d'ouverture de l'Internet et des risques spécifiques au numérique ?

La protection du secret ne peut ignorer les nouvelles exigences de transparence, popularisées par les divulgations de WikiLeaks, et les nouveaux risques, qu'il s'agisse des réseaux sociaux (Web 2.0) ou des réseaux privés (« darknets »¹²). Sur Facebook ou d'autres réseaux publics, beaucoup d'individus peuvent malencontreusement divulguer en toute bonne foi certaines informations qui, collectées systématiquement et reliées les unes aux autres, peuvent dévoiler des secrets. La protection des secrets appelle ici une réponse autre que juridique : faut-il davantage conscientiser les salariés sur les risques des traces laissées en ligne ? Faut-il segmenter

⁹ Aujourd'hui, l'arroseur a été arrosé et on soupçonne plutôt la NSA d'avoir intercepté des informations sensibles en provenance d'entreprises étrangères ...

¹⁰ Voy. P. HIMANEN, *L'Éthique hacker et l'esprit de l'ère de l'information*, Exils, 2001.

¹¹ V. A. CUNDIFF, *Reasonable Measures to Protect Trade Secrets in a Digital Environment*, 49 IDEA 2009, p. 361.

¹² Selon la définition de Wikipedia, un « darknet (parfois appelé réseau friend-to-friend (F2F) : ami à ami) est un réseau privé virtuel dont les utilisateurs sont considérés comme des personnes de confiance... Les darknets sont distincts des autres réseaux pair à pair distribués car le partage y est anonyme (c'est-à-dire que les adresses IP ne sont pas partagées publiquement) et donc les utilisateurs peuvent communiquer avec peu de crainte d'interférence gouvernementale ni d'entreprise ».

l'information interne de l'entreprise davantage que par le passé ? Cela paraît difficile alors que, par ailleurs, le modèle de l'innovation ouverte et collaborative se développe. Les darknets, ces réseaux privés qui garantissent en principe l'anonymat, génèrent d'autres défis : ils favorisent certainement les activités illicites (l'échange d'informations confidentielles ou les atteintes au droit d'auteur), mais ils s'avèrent également précieux pour lutter contre les censures de régimes autoritaires¹³. Quelle dose de régulation est-elle adaptée à cette face cachée de l'Internet qui devient connue du grand public¹⁴ ? La question des exigences et risques du numérique vis-à-vis de la protection des secrets commerciaux est vaste et mérite un examen spécifique qui dépasse le cadre de la présente contribution¹⁵.

Champ de la proposition de directive : comparaison avec les États-Unis. Pour faire face aux violations des secrets d'affaires et aux risques d'espionnage économique, notamment en ligne, les États-Unis ont mis en place un dispositif législatif assez complet. Il comprend tout d'abord l'*Economic Espionage Act* de 1996 lequel prévoit des sanctions pénales pour la « misappropriation » de secrets d'affaires, y compris à des fins économiques. Sur le plan civil, il n'existe pas de loi fédérale, mais les États fédérés sont nombreux (au nombre de 47) à avoir adopté la Loi Uniforme sur les Secrets de Commerce (*Uniform Trade Secrets Act*¹⁶) qui a codifié le droit jurisprudentiel tout en renforçant le régime de protection (notamment en matière de dommages-intérêts). La proposition de directive n'envisage que l'harmonisation des sanctions civiles, ce qui semblera insuffisant aux partisans d'une protection maximaliste des secrets d'affaires. Il est vrai que lorsque la violation des secrets d'affaires s'apparente à de l'espionnage économique, impliquant le cas échéant des acteurs étatiques, des mesures pénales et le recours à la procédure pénale peuvent s'avérer appropriés. Au-delà du cadre législatif, il serait important d'adopter d'autres mesures pour éviter le siphonage systématique des informations secrètes et d'adopter une stratégie à l'échelle de l'Union, comparable au programme adopté en février 2013 par l'administration Obama sous le titre une « Stratégie

¹³ Sur l'activisme politique du mouvement Anonymous, voy. P. OLSON, *We Are Anonymous*, Back Bay Books, 2012 et P. JORION, *La guerre civile numérique*, Textuel, 2011. Plus généralement, voy. le livre de D. CARDON, *La démocratie Internet. Promesses et limites*, Seuil, 2010.

¹⁴ Fin 2013, des magazines papier, tel que *Télérama*, ou TV, tel que « Envoyé spécial », ont consacré des dossiers spéciaux à ce sujet.

¹⁵ Sur l'adéquation de la proposition de directive secrets d'affaires aux défis du numérique, voy. A. STROWEL et H.-E. KIM, *Trade Secret Directive Proposal – Does It Live Up To Web 2.0, WikiLeaks, and Open Innovation ?*, à paraître dans JIPLP, 2014.

¹⁶ 14 U.L.A. 529.

pour réduire le vol des secrets d'affaires US »¹⁷. En effet, une chose est de mettre en place un cadre juridique adapté, une autre est d'adopter des mesures concrètes permettant d'assurer une protection de facto, notamment pour renforcer la cyber-sécurité, ce que l'administration américaine a bien compris¹⁸.

Portée territoriale de la directive. Si la proposition de directive permet, comme on le verra, d'interdire l'importation de produits ayant bénéficié d'un secret d'affaires, rien n'est prévu en cas d'atteinte aux secrets commis hors de l'Union (par exemple dans le cas d'un contrevenant qui s'empare illicitement d'informations confidentielles se trouvant sur les serveurs étrangers d'une société). Il peut s'avérer important d'obtenir des mesures dans une telle hypothèse, laquelle peut être liée à une forme d'espionnage industriel sponsorisé par une autorité étatique étrangère. On pourrait songer à des mesures de mise en œuvre si le secret d'affaires obtenu de manière illicite à l'étranger a des effets sur des opérateurs qui en bénéficient sur le territoire européen. Le sujet est toutefois complexe.

Au commencement était le secret – mais garder le secret est aussi souvent la fin de la protection. L'exposé des motifs de la proposition de directive (pp. 2-3) propose une bible (au commencement...) de la protection des intangibles : « Tout droit de propriété intellectuelle commence par un secret : un écrivain ne dévoile pas l'intrigue sur laquelle il travaille (futur objet du droit d'auteur), un constructeur automobile ne diffuse pas le premier croquis d'un nouveau modèle de véhicule (futur dessin ou modèle), une entreprise ne révèle pas les premiers résultats de ses expériences technologiques (objet d'un futur brevet) ou les informations relatives au lancement d'un nouveau produit de marque (future marque de commerce), etc. ».

Certes, des secrets peuvent constituer le point alpha pour des créations ou innovations, mais le secret commercial peut aussi rester l'omega de la protection, comme la recette du Coca-Cola ou une liste de fournisseurs qui ne peuvent bénéficier d'un droit de propriété intellectuelle. La quintessence du secret d'affaires ou, en tout cas, l'un des types de secrets d'affaires

¹⁷ *Administration Strategy on Mitigating the Theft of U.S. Trade Secrets* (févr. 2013), voy. : http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/IPEC/admin_strategy_on_mitigating_the_theft_of_u.s._trade_secrets.pdf.

¹⁸ Outre la définition de la Stratégie précitée de l'administration, le président Obama a par exemple adopté en février 2013 un *Executive Order 13636* intitulé *Improving Critical Infrastructure Cybersecurity* (78 Fed. Reg. 11,739 (Feb. 12, 2013)), disponible sur : <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2013-02-19/pdf/2013-03915.pdf>.

faisant l'objet de beaucoup de contentieux¹⁹, c'est la liste de clients. Or, pour ce type d'information confidentielle, difficile de considérer que la protection par le secret anticipe une protection par un droit intellectuel : il s'agit d'une information dénuée des qualités qui déclenchent la protection par un droit intellectuel formel²⁰. Lorsque le secret ne peut générer un objet formellement protégeable par une propriété intellectuelle, le maintien du secret peut constituer la seule fin(alité) de la protection.

Questions de terminologie. Pour désigner les informations confidentielles protégées, les dispositions légales, les entreprises et les universitaires utilisent des termes variés : « renseignements non divulgués », « informations commerciales confidentielles », « savoir-faire », « technologie propriétaire », « secret commercial », « secret de fabrique »... Dans sa proposition, la Commission a choisi d'utiliser le concept de « secrets d'affaires ». Le terme de « secret de fabrique » n'est pas paru adéquat car daté et trop lié au secteur industriel. Or, la protection du secret apparaît essentielle dans le secteur des services (représentant 70 % du PIB européen) où rien n'est « fabriqué ». Le secteur manufacturier a davantage recours aux droits de propriété intellectuelle formels comme le brevet ou le dessin ou modèle.

Le secret, une protection très valorisée par les entreprises mais mal couverte par la législation. Il est acquis que les petites et moyennes entreprises (PMEs) s'appuient essentiellement sur le secret (de leur plan d'affaires, d'informations relatives à leurs services, d'études de marché, etc.). Les entreprises de plus grande taille disposent elles de ressources pour déposer, gérer et faire respecter des droits intellectuels. D'où le paradoxe relevé dans le considérant 2 de la proposition de directive : outil sans doute « le plus utilisé par les entreprises » (notamment par les PME), le secret d'affaires est aussi « le moins protégé par le cadre juridique de l'Union ». Davantage que d'autres projets portés par la Commission, notamment en matière de brevet, la proposition de directive secrets d'affaires peut invoquer l'intérêt des PME.

¹⁹ Voy. en tout cas les chiffres pour le contentieux aux États-Unis : D. S. ALMELING *et al.*, *A Statistical Analysis of Trade Secret Litigation in State Courts*, 46 *Gonz. L. Rev.*, 2011, p. 72, note 2.

²⁰ Sauf peut-être le droit *sui generis* sur les bases de données consacré en Europe par la directive 96/9/CE concernant la protection juridiques des bases de données (à condition de pouvoir établir un investissement spécifique dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu, ce qui reste très hypothétique dans le cas d'une liste de clients).

B. – Analyse de la proposition de directive secrets d'affaires

Structure de la proposition de directive. La proposition de directive comprend quatre chapitres : le chapitre 1^{er} (« Objet et champ d'application ») contient des définitions, notamment du secret d'affaires, le chapitre II définit les trois actes illicites (« Obtention, utilisation et divulgation illicites de secrets d'affaires »), les deux derniers chapitres (intitulés respectivement « Mesures, procédures et réparations » et « Sanction, rapports et dispositions finales ») précisent quelles mesures doivent être prévues contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites de secrets d'affaires. Les deux premiers chapitres délimitent le champ de la protection, les deux derniers chapitres prévoient les mesures civiles de mise en œuvre.

Recette de la proposition de directive : prendre une définition connue des secrets d'affaires et ajouter certaines mesures et ingrédients prévus pour la mise en œuvre des droits intellectuels. La définition du « secret d'affaires » à l'article 2(1) de la proposition de directive reproduit à l'identique les termes de l'article 39(2) de l'Accord dit ADPIC (TRIPs en anglais) faisant partie de l'accord de l'Organisation Mondiale du Commerce (seul changement : le texte de l'ADPIC se réfère aux « renseignements non divulgués », alors que le texte de la Commission définit les « informations » secrètes²¹). Si la définition du « secret d'affaires » contenue dans la proposition est connue et communément admise, la Commission innove cependant en étendant la protection aux « produits en infraction », c'est-à-dire aux produits qui bénéficient de secrets d'affaires illicitement appropriés, on y reviendra. S'agissant des sanctions et procédures civiles pour violation de la protection du secret, où « il n'existe pas de cohérence » entre les droits des États membres (considérant 5), notamment en matière d'injonctions de ne pas faire à l'égard de tiers non concurrents, la proposition de directive reprend certaines des mesures conférées aux titulaires de droits intellectuels par la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 *relative au respect des droits de propriété intellectuelle*²². La panoplie de mesures est toutefois réduite puisque les mesures de préservation des preuves, y compris la procédure de saisie-contrefaçon (ou les Anton Piller connus au Royaume-Uni²³) permettant d'obtenir une

²¹ Le terme « renseignements » aurait sans doute été mal perçu vu le contexte un peu tendu et les accusations d'espionnage international...

²² J.O., L. 195/16 du 2 juin 2004.

²³ Que la violation de secrets d'affaires ne doive pas ouvrir la possibilité de demander en justice un Anton Piller (une saisie-description obtenue unilatéralement) est d'autant plus étonnant que cette mesure a pour la première fois été octroyée par un juge anglais dans

information utile sur l'origine et l'importance de la contrefaçon, ainsi que les ordres permettant de saisir les biens du défendeur pour assurer le paiement des dommages-intérêts²⁴, ne sont pas des mesures que les États membres devront prévoir en cas de violation des secrets d'affaires.

Objet de la protection : le secret d'affaires. Le terme de « secret d'affaires » couvre les « informations » qui :

- a) « sont secrètes » au sens qu'elles « ne sont pas généralement connues de personnes appartenant aux milieux » concernés ou « ne leur sont pas aisément accessibles »,
- b) « ont une valeur commerciales parce qu'elles sont secrètes » et
- c) « ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables²⁵ ... destinées à les garder secrètes » (art. 2(1)).

Selon le considérant 8, « cette définition devrait exclure les informations courantes et ne devrait pas être étendue aux connaissances et compétences obtenues par des travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonctions et à celles qui sont généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui traitent habituellement le type d'informations en question ou leur sont aisément accessibles ». La définition identique des « renseignements non divulgués » au niveau international n'a pas fait l'objet d'une interprétation par un panel d'experts dans le cadre de la procédure de règlement des conflits de l'OMC. Une fois adoptée, la définition communautaire pourra faire l'objet d'une interprétation par la Cour de Justice de l'UE, et l'on peut identifier là un des apports principaux de la future directive qui fait basculer une notion tirée du droit international vers le droit européen, tout en permettant son affinement par les juges de Luxembourg²⁶.

une affaire impliquant une violation du secret commercial. Voy. à ce propos, A. STROWEL et V. HANLEY, *The Anton Piller Case and Its Legacy : In Search of a Balance in Civil Search*, in C. HEATH and A. KAMPERMAN SANDERS (eds), *Landmark Intellectual Property Cases and Their Legacy*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 105-120.

²⁴ De telles mesures sont respectivement prévues aux articles 7 et 10 de la directive 2004/48 sur la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle.

²⁵ Les « dispositions » visant à préserver le secret (au point c) visent les mesures concrètes telles que les badges d'accès à certaines zones sensibles, l'aménagement des accès informatiques à certaines données stockées, l'imposition de clauses de confidentialité aux travailleurs de l'entreprise, etc.

²⁶ Il serait utile de comparer cette définition à celle existant en droit national. Pour le droit belge, voy. les développements intéressants dans B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, op. cit., pp. 636 et s.

Objet des mesures de protection : les « produits en infraction ». Plus innovante, et interpellante à divers égards, la définition des « produits en infraction » : « les produits dont le dessin ou modèle, la qualité, le procédé de fabrication ou la commercialisation *bénéficient notablement* [en anglais : « significantly benefit »] d'un secret d'affaires obtenu, utilisé ou divulgué de façon illicite » (art. 2(4)). Le rapport entre le secret et les produits qui l'intègrent ou en bénéficient n'est pas davantage défini. L'extension de la protection à ces produits dérivés du secret risque de poser problème : le chef cuisinier qui a mis au point une recette soigneusement sauvegardée pourra-t-il faire interdire les préparations d'un restaurateur concurrent qui aurait illicitement obtenu et utilisé la recette restée secrète ? Et surtout comment prouver le « bénéfice notable » tiré du secret ? L'inclusion dans le champ de la protection des produits dérivés du secret ne va-t-elle pas conduire à un élargissement disproportionné du champ des actions en justice pour protéger le secret ? Ne suffira-t-il pas de démontrer qu'une entreprise a eu illicitement accès à une liste secrète de fournisseurs ou de clients pour interdire la mise sur le marché de ses produits (dont « la commercialisation bénéficie notablement » du secret) ? L'extension de la protection aux « produits en infraction » pourrait susciter des vocations à agir en justice, tout comme le levier qu'offre le brevet a généré les désormais célèbres « patent trolls »²⁷ qui s'efforcent de monétiser, sous la menace d'une injonction en justice, les brevets, pas toujours de bonne qualité, qu'ils ont acquis.

Autre étrangeté de cette définition des « produits en infraction » : on inclut les produits « dont le dessin ou modèle » bénéficie notablement du secret. Faut-il y voir un nouveau moyen d'agir en justice contre la reprise de l'apparence des produits, en principe déjà suffisamment protégée par le droit des dessins ou modèles sous ses diverses formes (le dessin ou modèle national et les deux types de dessin ou modèle communautaire), le droit d'auteur, le droit des marques tridimensionnelles et le droit de la concurrence déloyale ?

La définition des « produits en infraction » pourrait faire problème. Le terme français « en infraction » utilisé pour traduire l'anglais « infringing » est lui-même source de confusion (une infraction renvoyant en principe au droit pénal). Gageons que cette définition sera sensiblement amendée lors du travail d'adoption de la directive.

²⁷ Voy. les billets de P. Belleflamme et A. Strowel sur www.ipdigit.eu et notamment A. STROWEL, *Les « patent trolls » bientôt sur le marché européen ?* (25 oct. 2013).

Titulaires de la protection. L'article 2 définit le détenteur du secret d'affaires comme celui qui en a « licitement le contrôle ». Cette définition permet une défense du secret d'affaires « non seulement par son détenteur initial, mais aussi par les titulaires d'une licence » (exposé des motifs, p. 8). La proposition de directive ne s'aventure pas à prévoir des dispositions quant aux contrats relatifs aux secrets d'affaires, mais suppose qu'il est possible de passer un contrat et que le licencié du secret a lui aussi la possibilité d'agir au civil pour protéger l'avantage contractuellement conféré. Il restera à définir ce qu'il faut entendre par « contrôle » et qui le détient ; ce sera la plupart du temps une personne morale qui disposera de la faculté de contrôler à travers la mise en place d'un dispositif d'accès et de sécurité. Cela dit, une personne physique (un chef cuisinier) pourra jouir le cas échéant du contrôle sur l'information secrète (la recette).

Étendue de la protection : l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. L'article 3(1) permet donc de demander des mesures « afin d'empêcher l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites d'un secret d'affaires ou d'obtenir réparation pour un tel fait ». Comme le notait d'ailleurs la réponse des autorités françaises à la consultation publique de la Commission européenne, « la recherche des secrets des concurrents n'est pas fautive en elle-même ; elle le devient seulement lorsqu'elle est réalisée par des moyens déloyaux » ou illicites (par ex. embauche de personnel pour recueillir des secrets de fabrication).

Les paragraphes (2) à (5) de l'article 3 définissent le caractère illicite (i) des actes d'obtention, (ii) des actes d'utilisation ou de divulgation et (iii) des actes par rapport aux produits en infraction. Il faut en général que l'acte soit commis « intentionnellement » ou « à la suite d'une négligence grave ».

- (i) L'acte d'obtention est illicite s'il résulte d'un « accès non autorisé », « d'un vol », « d'un acte de corruption », « d'un abus de confiance », du non-respect d'une obligation (contractuelle), de « tout autre comportement...contraire aux usages honnêtes commerciaux ». Ce sont donc des obligations prévues dans le droit pénal (vol, corruption, etc.), le droit des contrats (violation d'une clause de confidentialité) ou le droit de la concurrence déloyale qui détermineront le caractère illicite de l'acte de divulgation. La proposition de directive renvoie donc ici aux dispositions existantes dans le droit des États membres, sans s'aventurer dans une définition de ces obligations et incriminations pénales. D'où l'effet d'harmonisation limité de la proposition de directive.
- (ii) Les actes d'utilisation et de divulgation sont illicites lorsqu'ils sont commis par des personnes qui n'ont pas le droit d'obtenir ou d'utiliser

le secret d'affaires. La protection s'étend aussi à la personne qui « savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ledit secret a été obtenu », utilisé ou divulgué « de façon illicite ».

- (iii) Enfin, « la production, l'offre et la mise sur le marché intentionnelles et délibérées de produits en infraction, ainsi que l'importation, l'exportation et le stockage à ces fins de produits en infraction, sont considérés comme une utilisation illicite d'un secret d'affaires ». Cette présomption d'illicéité de divers actes relatifs aux « produits en infraction » n'est pas claire et va sans doute trop loin, d'autant plus que la définition de ces produits (voy. ci-dessus) laisse beaucoup de champ libre pour des actions en justice susceptibles d'affecter le jeu de la concurrence.

En vertu de l'article 4(1), certains actes de divulgation seront *licites*, notamment s'ils résultent des droits des représentants des travailleurs (point c)) ou de pratiques « conformes aux usages honnêtes en matière commerciales » (point d)). On ne peut s'empêcher de penser que l'ajout de cette dernière exception est redondant par rapport au critère permettant de déterminer le caractère illicite. L'article 4(1) sur les exceptions mériterait d'être revu pour partie. De même, mais on y reviendra ci-après, l'article 4(2) qui délimite les cas empêchant d'exercer les mesures et procédures prévues pour protéger les secrets reste assez vague, ce qui pourrait paralyser l'exercice des actions pour atteinte aux secrets.

Mesures civiles de protection des secrets d'affaires. Des obligations générales, des mesures provisoires et conservatoires, des mesures résultant d'un jugement au fond et des sanctions sont respectivement prévues aux sections 1 à 3 du chapitre III et au chapitre IV.

a) Obligations générales

Nature des mesures : « justes et équitables », proportionnelles, « effectives et dissuasives ». Les articles 5 et 6 prévoient les qualités générales que doivent respecter les « mesures, procédures et réparations », notamment qu'elles soient « justes et équitables », « pas inutilement complexes ou coûteuses », « effectives et dissuasives », appliquées de manière « proportionnée », non abusives. En cela, la proposition de directive suit l'article 3 de la directive 2004/48 (et l'article 41 de l'accord ADPIC) imposant aux mesures pour atteinte à un droit intellectuel de respecter certaines exigences.

Protection des secrets au cours des procédures. L'un des apports importants de la directive, notamment pour la Belgique, est l'article 8 qui entend protéger les secrets d'affaires au cours des procédures

judiciaires²⁸. L'obligation s'appliquerait à toute personne participant à une procédure judiciaire (y compris les témoins et experts). Cependant cette obligation est limitée aux procédures judiciaires « ayant pour objet l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites d'un secret d'affaire », pas aux procédures visant à protéger des droits intellectuels (en Belgique, la question de la confidentialité fait notamment problème en cas de procédure en saisie-description). Les mesures pouvant être prises incluent des restrictions d'accès à certains documents ou aux audiences, l'utilisation de versions non confidentielles de décisions judiciaires ou la limitation de la communication de certaines pièces confidentielles au représentant légal de l'autre partie (pas à la partie elle-même) ou à l'expert soumis à une obligation de confidentialité.

b) Mesures provisoires et conservatoires. Les articles 9 et 10 imposent aux États membres des obligations assez proches de celles prévues à l'article 9 de la directive 2004/48 pour les droits intellectuels formels. Il doit être permis d'obtenir des mesures provisoires et conservatoires, telles que la cessation ou l'interdiction provisoire de l'utilisation d'un secret. On pourra aussi interdire la commercialisation de « produits en infraction » ou les saisir, y compris s'il s'agit de produits importés. On peut imaginer que certains soient tentés d'utiliser ces mesures provisoires pour bloquer l'importation de produits en provenance de pays où l'on peut soupçonner qu'il y a eu violation du secret d'affaires (pensons à la Chine...). Certes l'article 10(2) requiert des autorités judiciaires amenées à prendre une telle mesure « qu'elles évaluent son caractère proportionné, aient l'obligation de prendre en considération la valeur du secret d'affaires, les mesures prises pour le protéger, le comportement du défendeur lors de l'obtention, de la divulgation ou de l'utilisation dudit secret, l'incidence de la divulgation ou de l'utilisation illicites dudit secret, les intérêts légitimes des parties et les incidences que la décision de faire droit à la demande ou de la rejeter pourrait avoir sur ces parties, sur les intérêts légitimes des tiers, sur l'intérêt public et sur la protection des droits fondamentaux, y compris la liberté d'expression et d'information ». Cela laisse une très large marge d'appréciation au juge, ce qui n'est pas sans risque pour la sécurité juridique (notamment des importateurs). Ce volet de la protection

²⁸ L'explication de cette règle se trouve au considérant 14 : « La perspective qu'un secret d'affaires perde son caractère confidentiel pendant une action en justice décourage souvent son détenteur légitime d'engager des poursuites pour le défendre, ce qui nuit à l'efficacité des mesures et réparations prévues. Pour cette raison, il est nécessaire d'établir, moyennant des mesures de sauvegarde garantissant le droit à un procès équitable, des exigences spécifiques visant à protéger le caractère confidentiel du secret d'affaires en cause pendant les actions en justice intentées pour sa protection ».

mérite encore réflexion de façon à assurer la sécurité des parties et à éviter des distorsions du commerce international. Pour le reste, des mesures de garantie (sûreté) et sauvegarde (nécessité d'agir au fond dans un certain délai) sont prévues comme dans la directive 2004/48.

Grande lacune toutefois si l'on compare la proposition de directive secrets d'affaires à la directive 2004/48 : rien n'est prévu pour pouvoir s'assurer les preuves d'une atteinte (les articles 6 et 7 de cette directive quant à la possibilité d'ordonner à l'autre partie la production d'éléments de preuve ou d'obtenir une saisie-description à des fins de conservation des preuves ne sont pas repris dans la proposition). On peut s'en étonner d'autant que les parties intéressées avaient mis en évidence la nécessité d'inclure des mesures facilitant la preuve d'une obtention, utilisation ou divulgation illicite de secrets d'affaires²⁹.

c) **Mesures au fond.** Les articles 11 à 14 énumèrent les mesures qu'un juge au fond doit pouvoir ordonner en cas de violation d'un secret d'affaires. On retrouve les injonctions et mesures correctives (art. 11), les dommages-intérêts (art. 13) et la publication des décisions judiciaires (art. 14). En cela, la proposition de directive transpose grosso modo aux secrets d'affaires ce que les articles 10, 11, 12, 13 et 15 de la directive 2004/48 prévoient pour les droits intellectuels. On renvoie donc aux commentaires des articles de la directive « mise en œuvre » de 2004. Précisons que des mesures correctives diverses (cessation, rappel des produits, destruction, etc.) peuvent être obtenues au fond à l'encontre des « produits en infraction » (voy. art. 11 (1) et (2)³⁰). Des mesures de sauvegarde sont toutefois prévues à l'article 12. S'agissant des dommages-intérêts, ils sont compensatoires et peuvent être calculés de diverses manières (pertes pour le demandeur, profits illicites du contrevenant, par référence aux redevances en cas de licence), tout comme en cas d'atteinte à un droit intellectuel. Les dommages-intérêts peuvent seulement être obtenus si le défendeur sait (ou doit savoir) qu'il a obtenu, divulgué ou utilisé de manière illicite un secret d'affaires ; pas de dommages-intérêts en revanche à l'encontre d'une partie qui a commercialisé des « produits en infraction ».

La proposition de directive ne crée pas à proprement parler un droit exclusif nouveau, mais prévoit une action et des mesures civiles qui

²⁹ Voy. par exemple le Report on the European Commission Conference of 29 June 2012 « Trade secrets : Supporting innovation, protecting know-how », disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/conference20120629/ts_summary_consolidatedfinal20120913_en.pdf.

³⁰ Le texte n'est pas toujours clair. Par exemple, que faut-il entendre par « la suppression de la caractéristique qui met les produits en infraction » (art. 11(2) c) ?

rapprochent la protection d'une quasi propriété intellectuelle. Rejetant l'objection d'une éventuelle restriction de concurrence, le considérant 10 souligne que « les dispositions de la présente directive ne devraient [pourquoi ce conditionnel ?] créer aucun droit exclusif sur les savoir-faire ou informations protégés en tant que secrets d'affaires »³¹, les concurrents du détenteur du secret « devraient [pourquoi à nouveau ce conditionnel, dont la prudence révèle peut-être une hésitation ?] être libres de soumettre à ingénierie inverse tout produit obtenu de façon licite »³². À suivre le texte de la Commission, il serait donc faux de dire que la proposition crée un nouveau droit intellectuel. En tout cas, pas de protection contre l'ingénierie inverse (art. 4(1) b)) ou l'obtention indépendante des secrets. L'article 4(1) a) précise bien que l'obtention est licite si elle résulte « d'une découverte ou d'une création indépendante »³³. Mais on peut avoir un droit intellectuel même si l'on ne peut interdire la création indépendante (c'est le cas avec le droit d'auteur ou le dessin ou modèle communautaire non enregistré).

Cela dit, il est correct de considérer que la protection des secrets prévue par la directive n'est pas assimilée aux autres droits intellectuels, entre autres parce que tous les moyens d'action et mesures dont bénéficient les titulaires de droits intellectuels en vertu de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 *relative au respect des droits de propriété intellectuelle* ne sont pas garantis à ceux qui peuvent invoquer une violation du secret. En outre, quand la proposition de directive traite de la durée de la protection, elle prend le soin de préciser qu'il s'agit d'un « délai de prescription » (art. 7) – non un délai de protection – de deux ans au plus³⁴ à compter de la date à laquelle le requérant a pris connaissance du dernier fait constituant une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite du « secret d'affaires ». Cela aussi laisse entendre que la directive confère une action en justice (donc un droit d'agir) plus qu'un droit intellectuel dont la durée (et d'autres facettes) serait prédéterminée. Mais la distinction ne doit pas

³¹ Voy. aussi l'exposé des motifs (p. 6) précisant, cette fois à l'indicatif, que « l'octroi de droits exclusifs n'est pas prévu » par la directive.

³² Voy. aussi l'exposé des motifs précisant que tout concurrent restera « libre d'obtenir de façon indépendante (y compris par ingénierie inverse) les connaissances protégées par le secret d'affaires » (p. 6 de l'exposé des motifs).

³³ Selon le considérant 10, « il devrait donc rester possible de découvrir indépendamment les mêmes savoir-faire et informations ».

³⁴ Ce délai relativement court est censé générer un « devoir de diligence » (considérant 13). On peut se demander s'il n'est pas trop court compte tenu des délais qui existent en droit national (par ex. délai de prescription de 10 ans en Belgique et de 6 ans au Royaume-Uni pour violation d'une obligation contractuelle (par ex. de confidentialité) ou délai de 5 ans en Belgique si l'action est basée sur la responsabilité délictuelle).

être tenue pour absolue : en précisant les conditions d'exercice de l'action (définition du secret, caractère illicite des actes répréhensibles, délai de prescription,...), la directive définit les contours d'un droit d'agir qui s'éloigne d'une maxime générale sur le comportement (à l'instar du grand principe du Code civil selon lequel « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », utilisé en France pour protéger les secrets commerciaux). En outre, l'inclusion des « produits en infraction » dans le champ de la protection révèle une forme d'« objectivisation » de la protection : contrairement à la protection offerte par le droit de la concurrence déloyale (ou de la responsabilité extra-contractuelle), lequel vise en principe à seulement sanctionner une conduite illicite, le cadre de la directive semble s'étendre aux objets incorporant le secret, puisqu'elle permet d'obtenir des mesures à l'encontre des « produits en infraction » (voy. ci-dessus). Cette extension de la protection tend donc à créer une quasi-propriété intellectuelle ou un « droit *sui generis* », en tout cas un régime qui ne se limite pas à sanctionner une conduite, mais s'étend aux produits dérivés. Cela n'a du reste rien d'étonnant, le droit de la concurrence déloyale (dont s'inspire en partie la proposition de directive) est lui-même toujours partagé entre une protection vis-à-vis d'une conduite ou par rapport à un objet³⁵. Il n'y a pas non plus de frontière stricte entre un droit subjectif (une propriété-maîtrise) et une action en justice (un intérêt légitimement protégé en justice)³⁶.

Protection des secrets et droits fondamentaux. L'analyse d'impact de la proposition de directive prend le soin de préciser que la proposition n'aura pas d'incidence négative en matière de droits fondamentaux, mais ajoute qu'elle « promouvra le droit de propriété et la liberté d'entreprise » (consacrés aux articles 17 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE), tout en garantissant la liberté d'expression et d'information. En vertu de l'article 4(2) de la proposition, « un usage légitime du droit à la liberté d'expression et d'information » peut paralyser la demande des mesures de protection des secrets d'affaires. La formule reste vague, ainsi que les autres causes de neutralisation telles que « la protection d'un intérêt

³⁵ Le droit de la concurrence déloyale lui-même hésite quelque peu entre une protection orientée vers une conduite illicite ou portant sur certains objets (dont la reprise ou l'imitation serait illicite). Voy. à ce propos : A. KUR, *What to Protect, and How ? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series, 2013, n° 13-12 disponible sur www.ssrn.com.

³⁶ Voy. Fr. OST, *Entre droit et non-droit, l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, tome II de *Droit et intérêt*, Ph. GERARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), Bruxelles, Publications F.U.S.L., 1990, 202 p. Voy. aussi Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Larcier, 2005, 894 p.

légitime » (art. 4(2)e)) ou « le respect d'une obligation non contractuelle » (art. 4(2)d)) ou la révélation d'une faute ou fraude du requérant (art. 4(2)b)). (La directive ajoute encore comme cause de rejet d'une demande « la divulgation du secret d'affaires par des travailleurs à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime de leur fonction de représentation » (art. 4(2)c)).

Il est vrai que la pondération à trouver entre protection des secrets et droits fondamentaux est davantage une affaire pour la jurisprudence que pour le législateur. On retrouve ici l'évolution générale du droit qui, au cours des dernières décennies, a multiplié les droits fondamentaux (peu de demandes en justice échappent à une augmentation fondée sur ces droits fondamentaux) au point de laisser toutes les questions délicates aux juges amenés à réaliser des balances entre ceux-ci.

II. – Équilibre entre protection des secrets d'affaires et exigence de transparence administrative dans la jurisprudence de la C.J.U.E.

La protection des secrets, comme d'autres formes de réservation des informations (par les droits intellectuels, le droit sur les données personnelles, le droit à l'image, etc.), entre nécessairement en conflit avec les exigences d'accès à l'information, dont celles tirées de la transparence administrative. Ces tensions inéluctables³⁷ ne peuvent se résoudre qu'à travers de savantes balances qui varient nécessairement selon l'intensité des exigences en cause et le moment où la divulgation intervient. Imposée à un moment donné par une exigence supérieure qui touche à l'intérêt public, une divulgation de secrets d'affaires peut ainsi devenir souhaitable, ce qui nécessite de prévoir une exception. Mais dans d'autres circonstances, l'intérêt à préserver le secret, non seulement au profit de celui qui le détient, mais aussi afin de promouvoir les investissements et l'innovation dans le futur, peut l'emporter sur les besoins de transparence administrative.

³⁷ L'inéluctabilité des conflits de droits relatifs à l'information, entre des droits à l'information et des droits *sur* l'information, est elle-même un sujet qui mérite réflexion, car ces tensions intrinsèques obligent le droit à fonctionner autrement : assigner des positions juridiques a priori par l'effet de la loi devient difficile et hiérarchiser les droits, impossible. Tout cela plaide en faveur d'un règlement procédural des conflits qui intègre l'indispensable notion de temps, la valeur relative des informations évoluant fort avec son écoulement, si bien qu'une balance des droits au moment X peut pencher autrement au moment Y. On reviendra sur la relativité des pondérations à faire en fonction du moment.

Équilibre entre protection du secret et exigence de transparence dans la proposition de directive sur les secrets d'affaires. Les *articles* de la directive n'abordent pas la question de l'équilibre à trouver entre protection des secrets et promotion de la transparence dans l'accès aux documents. Où le droit privé (à contrôler une information confidentielle) entre directement en conflit avec un intérêt public (à faire circuler l'information utile au public). La proposition de directive évoque toutefois la question dans son *considérant 9* qui mérite d'être cité intégralement :

« Il est également important de définir les circonstances dans lesquelles la protection légale se justifie. Pour cette raison, il est nécessaire de déterminer quels comportements et pratiques doivent être réputés constituer une obtention, une utilisation ou une divulgation illicites d'un secret d'affaires. La divulgation par les institutions et organes de l'Union ou par les autorités publiques nationales d'informations commerciales qu'ils détiennent en vertu des obligations du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil³⁸ ou d'autres réglementations en matière d'accès aux documents ne devrait pas être considérée comme la divulgation illicite d'un secret d'affaires ».

Dans sa proposition, la Commission a donc pris position sur l'équilibre entre protection du secret et promotion de l'accès aux documents, puisqu'elle semble présupposer que toute communication ou divulgation d'un secret d'affaires imposée par les règles tant européennes que nationales en matière de transparence administrative n'est pas illicite. On peut s'attendre à ce que de larges segments de l'industrie, notamment l'industrie pharmaceutique (avec les exigences de transparence quant au contenu des dossiers de demande d'autorisation de mise sur le marché) et l'industrie chimique (avec les exigences de transparence résultant du programme REACH), contestent avec vigueur l'insertion de ce considérant 9. On peut parier sur un compromis politique qui laissera aux tribunaux et tout particulièrement à la C.J.U.E. de trancher cet épineux problème.

Le considérant 9 est étonnant en ce qu'il semble également viser « la divulgation ... par les autorités publiques nationales d'informations commerciales » en vertu « d'autres réglementations » (notamment nationales ?) que le Règlement de transparence. Est-ce à dire que la directive va écarter les règles nationales en matière de transparence administrative. Ces règles pourraient aller plus loin dans la protection des informations confidentielles communiquées dans le cadre de relations avec une

³⁸ Il s'agit du Règlement (CE) n° 1049/2001 dit « Règlement transparence » dont il sera question ci-dessous.

administration publique (marchés publics, autorisation de médicaments ou d'autres produits, mesures environnementales, etc.). Cette référence aux instances publiques nationales semble incorrecte sur le plan de la répartition des compétences entre niveau communautaire et national et sera sans doute, à juste titre, contestée.

Principe de publicité administrative et exception pour secret d'affaires en droit européen. En droit européen, le Règlement (CE) n° 1049/2001 *relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission*³⁹ (le « Règlement transparence ») définit les exigences de publicité pour les institutions européennes. En conférant un droit d'accès du public aux documents⁴⁰, les règles de transparence des institutions – on parle communément de « transparence administrative » – contribuent à renforcer les principes d'une démocratie ouverte⁴¹, ainsi que le respect des droits fondamentaux. Le Règlement précise bien que l'exigence de publicité s'applique à tous les documents⁴² « détenus » par une institution, y compris ceux « reçus par elle et en sa possession » (art. 2(3)). Un traitement particulier est réservé aux documents dits sensibles, qui sont classifiés SECRET ou CONFIDENTIEL parce qu'ils protègent « les intérêts fondamentaux » de l'Union ou de ses États membres, en particulier en matière de sécurité publique et de défense (art. 9). Par ailleurs, « certains intérêts publics et privés » sont garantis par le biais d'un régime d'exceptions prévues à l'article 4(1) : ainsi, le refus de donner accès à un document est justifié « dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection : a) de l'intérêt public, en ce qui concerne : la sécurité publique, la défense et les affaires militaires, les relations internationales, la politique financière, monétaire ou économique de la Communauté ou d'un État membre ; b) de la vie privée et de l'intégrité de l'individu ». C'est à l'article 4(2), premier tiret, que l'on trouve l'exception pour secrets

³⁹ Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (J.O. L 145 du 31 mai 2001, p. 43).

⁴⁰ Le système repose sur une demande écrite d'accès.

⁴¹ Comme le rappelle son considérant 1^{er} : « Le traité sur l'Union européenne consacre la notion de transparence dans son article 1er, deuxième alinéa, selon lequel le traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens ».

⁴² Un document est défini comme : « tout contenu quel que soit son support (écrit sur support papier ou stocké sous forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel) concernant une matière relative aux politiques, activités et décisions relevant de la compétence de l'institution » (art. 3(a)).

commerciaux (qui est ici incluse par référence à la « propriété intellectuelle »⁴³) :

« Les institutions refusent l'accès à un document dans le cas où sa divulgation porterait atteinte à la protection :

- des intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale déterminée, y compris en ce qui concerne la propriété intellectuelle [...] à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé » (art. 4(2)).

Intérêt commercial au secret et intérêt public à la divulgation : une pondération entre une pléthore de droits fondamentaux (en droit européen et belge). En droit européen, l'intérêt privé à protéger les secrets d'affaires et l'intérêt public en faveur de la transparence administrative peuvent tout deux revendiquer une protection sur base de diverses dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. On a déjà noté (voy. *supra*) que la protection des secrets peut s'appuyer sur les articles 17 et 16 de la Charte qui consacrent respectivement le droit de propriété et la liberté d'entreprise. Mais comme on le verra ci-dessous, l'article 7 de la Charte sur la protection de la vie privée (ainsi que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme) peut aussi être invoqué à l'appui de la protection du secret commercial.

De l'autre côté de la balance, l'article 41 de la Charte consacre le droit fondamental à une bonne administration, lequel « comporte notamment : [...] b) le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ».

En Belgique, le droit de consulter un document administratif et de s'en faire remettre copie est consacré à l'article 32 de la Constitution, mais l'indispensable pondération avec la protection des affaires n'y est pas inscrite comme dans l'article 41 de la Charte. Ce droit d'accès aux documents administratifs n'est pas absolu puisque la disposition constitutionnelle permet à la loi, au décret et à l'ordonnance d'y déroger. Les différents législateurs belges⁴⁴ ont tous fait usage de cette prérogative pour établir

⁴³ Cela n'implique pas qu'il faille ranger la protection des secrets d'affaires parmi les droits intellectuels formels. De manière similaire, l'inclusion de l'article 39 sur la protection des informations confidentielles dans l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC) ne doit pas conduire à assimiler secrets d'affaires et droits intellectuels exclusifs.

⁴⁴ Ainsi, par exemple, la loi du 11 avril 1994 en matière de publicité de l'administration prévoit à son article 6 : « L'autorité administrative fédérale ou non fédérale rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif si elle a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur

des exceptions au principe de la publicité des actes administratifs, dont l'exception justifiée par la protection du secret commercial⁴⁵, laquelle a fait l'objet de nombreuses interprétations par les juridictions⁴⁶.

Face à ce droit fondamental à la transparence administrative, la protection des secrets peut aussi s'appuyer sur un droit fondamental, le droit à la vie privée (art. 22 de la Constitution et art. 8 C.E.D.H.). Dans un arrêt 118/2007 (19 sept. 2007) impliquant l'accès par un concurrent évincé à certains plans inclus dans l'offre du soumissionnaire auquel le marché public avait été attribué, la Cour constitutionnelle a précisé que « les secrets d'affaires détenus par une personne physique peuvent constituer une part intégrante de sa vie privée [...] Le droit au respect de la vie privée bénéficie aussi, dans une certaine mesure, aux personnes morales [...] Dès lors, il peut être admis que le droit au respect de la vie privée des personnes morales englobe la protection de leurs secrets d'affaires⁴⁷ [...] En imposant à l'autorité administrative de transmettre aux parties devant le Conseil d'État les secrets d'affaires d'une personne morale contenus dans le dossier administratif » des dispositions légales peuvent donc « entraîner une ingérence dans la vie privée de la personne morale intéressée. Une telle ingérence doit donc poursuivre un but légitime et se trouver par rapport à ce but dans un juste rapport de proportionnalité »⁴⁸. La Cour constitutionnelle, s'appuyant sur la jurisprudence de Strasbourg⁴⁹, ajoute ainsi le droit à la vie privée (des personnes morales) comme fondement de la protection du secret commercial. Cet arrêt a posé une question préjudicielle à laquelle la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.) a répondu dans *Varec c. État belge*⁵⁰. La C.J.C.E. considère également que la protection du secret commercial peut s'appuyer sur le droit à la vie privée

la protection de l'un des intérêts suivants : [...] 7° le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité ».

⁴⁵ Voy. A.-L. DURVIAUX, *Le droit d'accès aux documents administratifs et les marchés publics*, in D. RENDERS, (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, Bruylant, 2008, pp. 721 à 746.

⁴⁶ Les lois sur la transparence administrative prévoient également une exception pour le droit d'auteur qu'il pourrait être intéressant de comparer à celle en faveur du secret. Sur l'exception pour le droit d'auteur, voy. : A. STROWEL, *Publicité de l'administration et droit d'auteur*, *Revue de droit communal*, 1999, 1/2, pp. 63-70 ; A. STROWEL et N. VAN DER MAREN, *Publicité de l'administration et exception en faveur du droit d'auteur : état de la question et revue de jurisprudence*, in D. RENDERS (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, Bruylant, 2008, pp. 771-791.

⁴⁷ De la même manière, la Cour de cassation belge a affirmé que l'article 8 C.E.D.H. « implique aussi la protection du secret des affaires et s'applique aussi aux personnes morales » (Cass. 2 nov. 2012, RG C.11.0018.N., concl. VAN IGELEM).

⁴⁸ Cour constitutionnelle, 19 sept. 2007, n° 1118/2007, points B.6.1. à 6.4.

⁴⁹ Cour eur. D.H., 16 déc. 1992, *Niemietz c. Allemagne* et 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*.

⁵⁰ C.J.C.E., 14 février 2008, C-450/06, *Varec SA c. État belge*, § 48.

des personnes morales, et reconnaît par ailleurs « la protection des secrets d'affaires comme principe général »⁵¹.

Comme toujours en cas de conflit de droits fondamentaux, toute la question est celle de la proportionnalité dans la pondération. On l'étudiera ici en droit européen et uniquement dans le contexte de la publication des informations des dossiers de demande d'autorisation de mise sur le marché de médicaments. (La question se pose de manière similaire, mais en même temps de manière différente, dans le contexte des marchés publics ou des procédures en droit de la concurrence⁵²).

Transparence et dossiers d'autorisation de mise sur le marché (AMM) de médicaments. Le Règlement transparence est applicable aux institutions européennes et à d'autres instances européennes⁵³, à l'instar de l'Agence européenne des médicaments (European Medicines Agency ou EMA). Les documents remis à l'EMA afin d'obtenir une autorisation centralisée de mise sur le marché (AMM) peuvent donc faire l'objet de demande d'accès en vertu du Règlement. Selon une politique relative à l'accès à ses documents que l'EMA a constamment appliquée jusqu'en 2007, l'accès du public aux documents contenus dans le dossier présenté par une société, y compris les rapports d'études cliniques, était généralement refusé, au motif que de telles données relevaient de l'exception pour secret d'affaires et propriété intellectuelle de l'article 4(2) du Règlement transparence. Les documents volumineux (souvent plusieurs milliers de pages) des demandes d'AMM contiennent des informations secrètes, par exemple l'exposé de méthodologies et de stratégies, ainsi que l'identification de problèmes/solutions dans le développement du produit, des analyses statistiques, etc. Ces informations ont une valeur commerciale indéniable, et peuvent donc être qualifiées de secrets d'affaires (au sens de l'art. 39 ADPIC et de la proposition de directive ; voy. ci-dessus). En 2010, l'EMA a changé sa politique et considère que les éléments des dossiers d'AMM, en ce compris les données incluses dans les rapports d'essais

⁵¹ *Idem*, § 49 citant entre autres : C.J.C.E., 24 juin 1986, *AKZO Chemie et AKZO Chemie UK/Commission*, 53/85, *Rec.*, p. 1965, § 28, ainsi que C.J.C.E., 19 mai 1994, *SEP/Commission*, C-36/92 P, *Rec.* p. I-1911, § 37.

⁵² Voy. l'analyse de l'exception de l'article 4(2), premier tiret du Règlement transparence in B. DRIESSEN, *Transparency in EU Institutional Law*, Kluwer, 2012, pp. 83-91. En cas de cartel par exemple, la Commission refuse l'accès au dossier, même après que la procédure se soit soldée par une décision, parce que si l'accès était garanti, cela pourrait décourager des entreprises repentantes à dénoncer l'entente afin de bénéficier d'une immunité ou réduction d'amendes (Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 2006/C 298/11, *J.O. C 298/17*).

⁵³ Le considérant 8 du Règlement transparence précise que « toutes les agences créées par les institutions devraient appliquer les principes définis par le présent règlement ».

cliniques, sont réputés être publics et peuvent donc être divulgués une fois que la décision d'AMM est disponible pour le médicament.

Affaire *AbbVie c. European Medicines Agency* (Tribunal et Cour de justice de l'UE)⁵⁴. Saisie d'une demande d'un étudiant d'accéder au dossier d'autorisation pour un médicament afin de préparer une thèse (ainsi que d'une demande d'un concurrent, ensuite retirée), l'EMA a décidé en janvier 2013 de divulguer les documents, dont les essais cliniques, contenus dans un dossier d'AMM déposé par AbbVie pour un médicament « blockbuster » (générant plus d'un milliard de dollars US par an). L'EMA a considéré « qu'elle n'était soumise à aucune obligation juridique de considérer l'ensemble des informations transmises dans un dossier de demande d'AMM comme des informations confidentielles et que les informations cliniques portant sur la sécurité et l'efficacité d'un médicament autorisé pour le traitement des êtres humains ne pourraient pas être considérés comme des informations présentant un caractère de confidentialité commerciale »⁵⁵. L'EMA considère toutefois que certaines informations peuvent relever de la confidentialité commerciale⁵⁶. AbbVie a introduit un recours en référé, arguant notamment que la décision de divulgation méconnaissait l'article 4(2) du Règlement transparence, mais aussi son droit à la vie privée (art. 7 de la Charte et art. 8 C.E.D.H.), ainsi que l'article 339 du Traité sur le Fonctionnement de l'UE⁵⁷. En première instance, le président a suspendu la décision de divulgation de l'EMA aux motifs (i) qu'il y a urgence et (ii) que les droits fondamentaux d'AbbVie risquaient d'être irrémédiablement préjudiciés si la divulgation était réalisée avant la décision au fond (*fumus boni iuris*).

⁵⁴ Prés. TUE, 25 avril 2013, T-44/13 R (*AbbVie c. European Medicines Agency (EMA)*) et Vice-prés. C.J.U.E., 28 nov. 2013, C-389/13 P(R) (*EMA c. AbbVie*). Le cabinet Covington & Burling LLP dans lequel je travaille a représenté la société AbbVie (anciennement Abbott) dans cette procédure de référé visant à suspendre une décision de l'EMA. Le présent article ne reflète nullement la position du cabinet, mais ma seule position personnelle sur la question de l'équilibre entre protection du secret et exigence de transparence administrative.

⁵⁵ Prés. TUE, 25 avril 2013, T-44/13 R, *AbbVie c. EMA*, § 19.

⁵⁶ Sont considérées comme confidentielles : « les informations détaillées concernant la qualité et la fabrication des médicaments ; les informations concernant le développement du produit, y compris les informations détaillées sur la synthèse et la fabrication du principe actif ; la formulation, les procédures d'essai, la validation ainsi que les fabricants et les fournisseurs du principe actif et des excipients ; les descriptions détaillées des processus de fabrication et de contrôle du produit fini ». (Prés. TUE, 25 avril 2013, T-44/13 R, *AbbVie c. EMA*, § 10).

⁵⁷ Selon l'art. 339 TFUE, « Les membres des institutions de l'Union, les membres des comités ainsi que les fonctionnaires et agents de l'Union sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient ».

L'importance d'obtenir une décision en référé dans une affaire de secrets commerciaux s'explique par le caractère irrémédiable d'une divulgation : « *Confidentiality, once breached, is lost forever* »⁵⁸. La balance des intérêts en référé tend par conséquent à pencher en faveur de la protection des secrets d'affaires puisqu'une décision refusant d'ordonner la communication des documents peut toujours être réparée, à l'inverse d'une décision ordonnant la divulgation. Comme le souligne le président, l'exercice du droit d'accès est simplement retardé en cas d'octroi de la mesure provisoire de suspension (« restriction temporelle à l'usage du droit »), tandis que le droit à protéger le secret serait réduit à néant en cas de rejet de la demande en référé. Le facteur temps fait primer en référé l'intérêt lié au secret sur l'intérêt lié à la divulgation. Pour le président du tribunal, l'atteinte alléguée aux droits fondamentaux d'AbbVie suffisait pour établir le risque de préjudice grave et irréparable dans l'attente d'une décision au fond (critère pour l'octroi des mesures provisoires⁵⁹).

En appel, le vice-président de la Cour de justice (K. Lenaerts) a annulé l'ordonnance en première instance, mais toutefois sans se prononcer sur l'affaire, laquelle est renvoyée devant le Tribunal de l'UE. Pour le vice-président, l'ordonnance en première instance ne contient pas une appréciation suffisamment robuste des mérites de la demande de mesures provisoires. S'il est correct de présumer, comme l'a fait le président du Tribunal en première instance, que les rapports sur les essais cliniques contiennent des secrets d'affaires, l'ordonnance aurait dû aller plus loin dans l'analyse du préjudice irréparable. Le vice-président de la Cour rejette en particulier « la thèse selon laquelle un préjudice est par définition irréparable puisqu'il touche à la sphère des droits fondamentaux » : « il ne suffit pas d'alléguer, de façon abstraite, une atteinte à des droits fondamentaux pour établir que le dommage qui pourrait en découler a nécessairement un caractère irréparable »⁶⁰.

⁵⁸ Lord Nicholls, au § 18 dans *Cream Holdings and others v. Banerjee and others*, House of Lords, [2004] UKHL 44. Voy. aussi : Ordonnance du Président du Tribunal UE, 16 novembre 2012, T-341/12 R *Evonik Degussa c. Commission*, au § 25 : « Lorsque des données confidentielles sont divulguées, leur « caractère de confidentialité » est irrémédiablement perdu » (traduction de l'allemand).

⁵⁹ Ce critère pour l'octroi des mesures en référé a également été appliqué pour octroyer des mesures provisoires à l'encontre d'une décision de la DG concurrence visant à publier une version non confidentielle plus détaillée d'une décision ayant conclu à une entente (art. 81 Traité CE) : Prés. TUE, 11 mars 2013, T-462/12 R, *Pilkington Group c. Commission* confirmé en appel par l'ordonnance du vice-prés. C.J.U.E., 10 sept. 2013, C-278/13 P(R), *Commission c. Pilkington Group*.

⁶⁰ Vice-prés. C.J.U.E., 28 nov. 2013, C-389/13 P(R), *EMA c. AbbVie*, § 40.

D'une balance des droits fondamentaux vers une évaluation économique de la valeur des secrets d'affaires. Afin d'évaluer si la divulgation de secrets d'affaires cause un préjudice grave et irréparable, il faut, de manière concrète, tenir compte « d'une combinaison de circonstances, telles que, notamment, l'importance sur les plans professionnel et commercial des informations pour l'entreprise qui les fournit et l'utilité de celles-ci pour d'autres entreprises qui sont susceptibles d'en prendre connaissance et de les utiliser par la suite »⁶¹. L'ordonnance en première instance a donc commis une erreur de droit en considérant que la prétendue violation des droits fondamentaux de la société AbbVie suffisait à établir le risque de survenance d'un préjudice grave et irréparable.

On verra en 2014 comment la pondération économique des intérêts sera opérée par le Tribunal de l'UE, d'abord en référé et puis au fond. L'affaire *AbbVie* (ainsi que l'affaire parallèle *InterMune*) ont en tout cas un impact sur la mise en place d'une politique de divulgation en présence de secrets d'affaires puisque l'EMA est en train d'affiner sa politique de divulgation, parallèlement à la procédure judiciaire. Pour répondre au défi, l'industrie pharmaceutique (européenne et américaine) a, de son côté, développé des « Principes pour un partage responsable des données des essais cliniques » (18 juillet 2013) que les laboratoires devraient volontairement mettre en œuvre à partir du 1^{er} janvier 2014⁶².

Affinement et « gradualisation » de la politique de transparence de l'EMA. Le 17 décembre 2013, l'Agence européenne du médicament confirmait sa volonté de « transparence intégrale » en ce qui concerne les données des essais cliniques. Toutefois, elle s'efforce de définir une politique plus graduelle d'accès aux données des essais cliniques, avec diverses étapes, et reconnaît que son projet de plan d'action doit encore être amendé. Plutôt que de mettre les dossiers de demande d'autorisation sous forme « brute » à la disposition du public, l'EMA préconise désormais une approche graduelle (*stepwise approach*) laquelle implique la préparation pour publication des rapports des études cliniques (avec une

⁶¹ *Idem*, § 42.

⁶² Document disponible sur le site de l'EFPIA (European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations) : <http://www.efpia.eu/mediaroom/132/43/Joint-EFPIA-PhRMA-Principles-for-Responsible-Clinical-Trial-Data-Sharing-Become-Effective-Today>. Ces principes de partage de l'information demeurent en-deçà des souhaits de l'EMA et des groupes de défense des patients militant pour un renforcement de la régulation des essais cliniques et plus de transparence, notamment vu l'allégation de pratiques non-éthiques en cas de tests cliniques conduits sur des humains dans les pays du sud (voy. les critiques de certains groupes comme la Déclaration de Berne : <http://www.evb.ch/fr/p25021721.html> (communiqué de presse du 22 nov. 2013)).

rédaction « appropriée »), le développement d'une méthodologie pour la dés-identification des patients⁶³, la définition d'un format standard pour la soumission des données et aussi « l'introduction d'étapes préliminaires à l'accès aux données afin de tenir compte du risque d'usage commercial déloyal des données tout en assurant un accès pro-actif et non-sélectif »⁶⁴.

Réflexions finales sur la transparence démocratique et les secrets. Les règles européennes de transparence institutionnelle ont d'abord été conçues pour les institutions qui, comme la Commission, le Parlement et le Conseil, traitent directement, à travers le processus législatif, de questions d'intérêt général. Publicité et fonctionnement démocratique vont intimement de pair dans ce contexte. Ces règles de transparence institutionnelle ont migré vers d'autres institutions qui ne sont pas directement liées aux rouages démocratiques, mais dont l'intervention concerne d'autres questions d'intérêt général, comme la santé publique ou l'environnement, qui interpellent les citoyens, parfois plus directement que le fonctionnement des institutions démocratiques. Aujourd'hui, la discussion démocratique doit aussi trouver sa place dans des enceintes spécialisées, loin des Parlements ou de l'administration. En filigrane de décisions relatives à la santé (ou à l'environnement), il existe des enjeux requérant une communication d'informations à diverses parties intéressées, au-delà des parties directement impliquées. L'extension du domaine de la transparence institutionnelle illustre la nécessité d'une « capillarisation »⁶⁵ du fonctionnement démocratique basé sur le principe de publicité. En même temps, cette diffusion d'un modèle ouvert de partage de l'information multiplie les frictions avec les intérêts privés, dont celui à la protection des secrets. Avec les nouveaux déploiements de la société de l'information et l'exigence accrue de transparence, les nouvelles tensions ne pourront plus se résoudre par simple référence aux droits fondamentaux ; il faudra chaque fois évaluer l'importance de l'information pour la discussion démocratique spécialisée et tenir compte de l'utilité qu'elle a pour ceux qui veulent l'utiliser ou ceux qui souhaitent la préserver.

⁶³ Ici, comme dans d'autres domaines, l'atteinte à la vie privée s'ajoute au risque concurrent d'atteinte au secret. Il serait instructif de comparer le traitement de l'exception pour vie privée et de l'exception pour secrets d'affaires à la règle de publicité des documents.

⁶⁴ Voy. le communiqué de presse *European Medicines Agency to push ahead in 2014 towards publication and access to clinical trial data*, 17/12/2013, disponible sur : http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/news_and_events/news/2013/12/news_detail_001991.jsp&mid=WC0b01ac058004d5c1.

⁶⁵ Le terme a été utilisé (depuis M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975) pour désigner la diffusion du pouvoir dans les rouages de la société de contrôle ; il peut tout aussi bien fonctionner pour désigner la multiplication des foyers de contre-pouvoirs démocratiques.

Le secret dans le droit de la concurrence déloyale

Eric Balate

*Avocat, Bâtonnier du Barreau de Mons
Chargé de Cours à l'UMons*

Le culte du paradoxe semble d'emblée habiter toute réflexion sur la nature des liens juridiques entretenus entre le droit de la concurrence déloyale et le secret.

En effet, l'on s'accorde à voir dans le droit de la concurrence déloyale, un ensemble de règles comportementales dont la transgression est contrôlée par un juge qui en droit belge a pour mission essentielle comme dans d'autres systèmes juridiques, de rétablir la loyauté entre les entreprises ou entre les entreprises et les consommateurs.

La loyauté est aussi le domaine du dit, de l'apparence puisqu'elle est la qualité principielle à laquelle tout discours économique sur le marché doit tendre. La loyauté est le « bien dit » et le « bien faire », se présente essentiellement comme une question de communication. Ces expressions en sont multiples mais elle imprime son style à l'expression de l'entreprise. Ce savoir être économique se décrit depuis plus d'un siècle sous diverses formes juridiques. Tantôt et initialement, ce savoir est celui de la bonne famille bourgeoise. Les traités que la doctrine lui consacre la fin du XIX^e siècle et la première moitié du XX^e siècle sont par excellence l'expression de cette exigence première que les marchands s'attribuent à reconnaître comme étant nécessaire pour entretenir entre eux de bonnes relations.

Paul Roubier qui clôture cette période par le traité qu'il a écrit en 1952 en est l'interprète parfait. Il n'est pas contestable et ceci nous ramène à notre sujet, que de la sorte la question du secret s'avère accessoire même si pour des raisons idéologiques elle est reprise comme thèmes de recherche des auteurs de cette première partie de l'histoire du droit de la concurrence.

En fait, nous y reviendrons, le secret va s'engouffrer dans une sphère juridiquement structurée qui est celle de la propriété intellectuelle.

Peu de place pour d'autres occurrences. Dans une seconde partie de l'histoire du droit de la concurrence déloyale, cette réalité « dicible » de la concurrence et partant peu encline à entretenir le secret va connaître deux mouvements qui vont largement infléchir l'élégance toute apparente qu'a la bonne famille dans le discours juridique.

Ce droit de la concurrence au sens traditionnel du terme et le droit de la consommation se développent à des rythmes différents dans la seconde moitié du xx^e siècle.

Le premier est violent puisqu'il vient menacer les alliances, les traités d'amitié, les empires qui font que le marché est loin du modèle libéral enseigné. Ce droit de la concurrence est profondément égalitaire. Il débusque les ententes et les monopoles. Le secret est évidemment écorné par ces menaces et c'est dans cette branche du droit qu'il se recherche un statut juridique plus solide, voire une première légitimité.

Le second apport que constitue le droit de la consommation fait émerger un acteur inconnu qui s'il doit être respecté n'en est pas moins étranger à ces secrets d'affaires. Un peu prolétaire, le consommateur se voit respecté mais le secret d'affaires en quelque sorte est bien gardé. Cette brève évocation des grands mouvements qui caractérisent le droit de la concurrence serait incomplète s'il n'était mentionné que la deuxième moitié de cette période consacre également l'émergence des droits de l'homme et de ses produits dérivés. Le respect à la vie privée est invoqué comme refuge juste et légitime des partisans du secret.

Les plaideurs en droit des affaires comprendront vite l'intérêt qu'il y a pour leur client de se rattacher à ce droit au respect de la vie privée.

Restituer, dans ce cheminement, la place du secret est notre ambition bien que conscient qu'il s'invite en quelque sorte dans un débat qui lui est étranger, du moins dans le domaine de la concurrence déloyale. Toutefois, rien n'est simple en droit et la matière que nous étudions s'est ouverte largement à d'autres domaines et dès lors, a convié le droit au secret des affaires à divers types.

Les fondements légaux, doctrinaux et jurisprudentiels du secret dans le droit des pratiques déloyales retiendront d'abord notre attention.

Dans le cadre de cette première partie, nous identifierons la manière dont la doctrine et la jurisprudence se réfèrent dans le domaine spécifique des pratiques déloyales à la notion de secret au sens large du terme. Il ne s'agit pas seulement du secret des affaires mais aussi du secret de fabrication mais également de la protection de la vie publique d'une entreprise.

Une évidente polyphonie des sources du droit à cet égard sera peut-être relevée. Il faut également évoquer la circonstance que ce secret a été

largement menacé et l'est toujours pas les interventions des législateurs qui renforcent la dimension publique de la décision rendue.

Dans une seconde partie, le secret sera analysé dès lors que son statut juridique aura été soumis à la critique comme une enveloppe protectrice qui tantôt est déstabilisée et tantôt est renforcée. Le secret des affaires en effet dans le domaine des pratiques déloyales présente deux aspects procéduraux importants. D'une part, il peut être à l'occasion d'un litige traditionnel du droit de la concurrence déloyale mis en avant comme étant le domaine inviolable que les parties entendent jalousement protéger.

Ainsi, dans le respect du principe du contradictoire, il se présente comme une brèche évidente puisque fermé sur lui-même, il exclut précisément cette contradiction à laquelle le juge le soumet. Or, pour apprécier le fondement d'une demande, le pouvoir judiciaire doit quant à lui être valablement informé du contenu de ce secret.

C'est bien plus ici la méthode de gestion choisie par le juge pour tenter de rendre le droit dans le respect de ce secret et son exploitation dans le cadre tant de la motivation de la décision que du dispositif qui sera l'objet de cette deuxième partie.

D'autre part, il ne faut pas non plus négliger, et c'est là le second aspect de notre réflexion que le secret peut également être purement et simplement instrumentalisé par l'une des parties. Le procès devient alors par essence subsidiaire par rapport à une demande dont l'objectif non avoué mais pourtant essentiel est de percer le secret.

Obtenir des informations qui précisément sont protégées devient l'enjeu du litige. C'est alors à un juge particulièrement attentif dans l'identification du caractère inapproprié du procès qu'il faudra s'adresser.

L'action en cessation cesse d'être ce qu'elle est réellement pour devenir une action en production de documents.

Comment le juge peut-il sanctionner celui qui agit de la sorte est la question posée.

Dans une troisième partie nous aborderons un domaine plus traditionnel qui est celui de la publicité de la décision rendue au regard du secret.

Le juge en matière de pratique déloyale cloue au pilori en quelque sorte l'entreprise qui a méconnu le droit qui fait l'inventaire de ces principes comportementaux qui assurent la loyauté sur le marché. Ce qui était relativement anonyme par la décision rendue devient public.

Aujourd'hui, les multiples expressions de ces décisions sont évidemment une atteinte au secret.

I. – Les fondements légaux, doctrinaux et jurisprudentiels du secret dans le droit des pratiques déloyales

Il convient de relever que le secret est souvent dans la doctrine et la jurisprudence présenté sous diverses dénominations : secret de fabrique, savoir-faire, secret d'affaires.

Le premier classique ne nous intéresse pas à vrai dire. Il se raccroche essentiellement au droit de la propriété industrielle. En d'autres termes, ce secret cesse de l'être dès lors qu'il est breveté mais il reste néanmoins protégé en droit belge par les articles 309 et suivants du Code pénal.

Il se définit comme un fait technique qui contribuant à la réalisation des opérations mises en œuvre dans une fabrique pour obtenir un produit déterminé est de nature à procurer au fabricant des avantages techniques et à lui assurer sur ses concurrents une supériorité d'une nature telle qu'il y a pour lui un avantage économique à ce qu'il ne soit pas connu de ses concurrents¹.

Cette référence traditionnelle et son extension au savoir-faire qui quant à lui exclut la fabrication se sont rapidement invitées à de multiples occasions dans l'ensemble de normes qui régissent le droit de la concurrence. L'on songe spécialement à l'article 1 du règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie.

Ces textes sont intéressants dans la mesure où ils révèlent d'emblée au sujet du secret des affaires des caractéristiques essentielles qu'il doit présenter : secret, ce qui va de soi et substantiel et enfin identifié, cette dernière condition devant être remplie pour vérifier que les deux premières le sont.

A priori, la concurrence déloyale n'a guère à s'embarrasser de ces définitions. C'est l'extension exceptionnelle affranchie de toute norme qui mérite d'être épinglée. Le secret d'affaires s'est rapidement invité en se dotant au même moment d'une légitimité quasi incontestable.

Le secret d'affaires pour un auteur comme Mireille Buydens² couvre toutes les informations que l'entreprise estime confidentielles pour autant que certaines conditions objectives soient remplies.

¹ Cass., 27 septembre 1943, *Pas.* 1943, I, p. 358.

² M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Larcier, Bruxelles, 1999, pp. 292-293.

L'information ne doit pas être aisément accessible aux concurrents et l'entreprise doit avoir pris des mesures concrètes pour protéger le caractère confidentiel de l'information.

Il est assez exceptionnel de souligner que d'aucuns n'hésitent pas à considérer que le secret d'affaires est en quelque sorte un phénomène par lequel l'entreprise elle-même définit ce qu'elle considère comme confidentiel.

La loi devient alors le seul instrument qui impose la divulgation, le reste pouvant être protégé par le secret.

Cette auto qualification évidemment ne manque pas de surprendre. Elle autorise toute les dérives et sans que jamais, la doctrine ou la jurisprudence n'aient, à ce sujet, manifesté la moindre inquiétude.

Comme nous le verrons, le rattachement au droit fondamental consacré par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et ultérieurement par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, a renforcé cette analyse.

À cet égard, même dans le droit de la concurrence, il est intéressant de relever comment précisément s'est développée la référence au secret. L'arrêt du Tribunal du 13 juillet 2006³ est assez révélateur du cheminement de la pensée.

En synthèse, une association internationale de droit belge regroupant près de 2500 sociétés indépendantes de production musicale sera l'acteur d'une critique d'une opération qui consiste à intégrer les activités mondiales de différentes parties en une concentration en matière de musique enregistrée.

Le litige relève par conséquent de toute évidence du droit de la concurrence traditionnelle.

La Commission avait déclaré la concentration admissible et l'association dont question introduit un recours devant le tribunal.

Dès que la décision de la Commission fut annulée par le tribunal, une des questions qui s'est posée notamment la transparence qui devait exister dans le marché et notamment des rapports entre les producteurs et les revendeurs.

Il s'agissait de vérifier quelle était la légitimité d'une remise étant entendu que ces remises finalement, étaient susceptibles de bénéficier à l'utilisateur final. La seule référence peu pertinente d'ailleurs, est

³ T.P.I.C.E., 13 juillet 2006, Aff. T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale) c. Commission des Communautés européennes*.

l'article 287 du traité à l'époque sur le secret qui s'impose aux agents de la Commission.

Mais en quelque sorte, en entrant par cette porte, le secret s'est vite imposé.

Il n'est pas étonnant, dès lors, que la loi sur la protection de la concurrence économique en droit belge ou la communication de la Commission relative aux règles d'accès aux dossiers de la Commission ait rapidement donné au secret une extension, une place de choix.

La rentabilité, le chiffre d'affaires, la clientèle, les distributeurs, les pratiques commerciales, les coûts, les prix, les parts de marché, les méthodes d'évaluation, des coûts de fabrication, la stratégie commerciale, l'organisation interne d'entreprise bref, tous relèvent du secret puisque précisément d'aucuns considèrent qu'il s'agit d'une autolégitimation.

Sans s'interroger réellement sur le sens de la litanie, l'incorporation des pratiques commerciales dans la liste du domaine de protection des secrets, est assez surprenante.

C'est sans doute grâce au droit des marchés publics que ces dernières années, la légitimité du secret a été quelque peu ébranlée.

En effet, par un arrêt du 14 février 2008⁴, la Cour de justice a confié au juge national le soin de procéder à la balance des intérêts contradictoires protégée par le principe du secret des affaires, d'une part, et par le principe du contradictoire, d'autre part.

C'est ainsi, parce que le secret précisément devient l'enjeu du procès, que le juge en devient son premier interprète et dès lors le premier garant de son champ délimité qu'il convient sans doute de fixer à nouveau à son champ d'application.

Pour information, cet arrêt a été prononcé dans le cadre d'un marché assez étonnant puisqu'il s'agissait de l'annulation de la décision de la défense nationale d'attribuer un marché pluriannuel de 32000 maillons de chenilles pour véhicules blindés.

Ces différentes observations montrent que le discours normatif sur le secret est rattaché à de nombreux domaines du droit et tranche avec l'ampleur que la doctrine lui reconnaît fort naturellement, cherchent à lui trouver un fondement.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et auparavant, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et

⁴ C.J.C.E., 14 février 2008, Aff. C-450/06, *Varec SA c. État belge*, Rec. 2008, p. I-00581.

des libertés fondamentales, sont heureusement venues au secours de ces errances jurisprudentielles.

L'article 41, 2b de la Charte des droits fondamentaux consacre le droit pour toute personne de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable. Et il comporte notamment ce droit l'accès de toute personne au dossier qui la concerne dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires.

Le texte reprend ainsi la manière de penser que la Cour de justice, comme nous l'avons indiqué, et le Tribunal de première instance avaient érigé comme principe général du droit des entreprises.

L'opération s'est déclinée en deux temps. L'arrêt de principe du 24 juin 1986 se lit comme suit :

« La Commission a l'obligation de tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Une protection toute spéciale est ainsi assurée aux secrets d'affaires. Ces dispositions bien qu'ayant trait à des hypothèses particulières doivent être considérées comme l'expression d'un principe général qui s'applique pendant le déroulement de la procédure administrative »⁵.

Il est assez étonnant de constater que l'extrait de cet arrêt ne mentionne pas la justification que la Cour de manière négative donne à cette solution retenant le secret comme étant un principe général qui s'applique pendant le déroulement de la procédure administrative.

Toute autre solution, dit la Cour, aboutirait au résultat inadmissible qu'une entreprise pourrait être incitée à déposer plainte auprès de la Commission uniquement en vue d'avoir accès aux secrets d'affaires des concurrents.

Deux observations méritent d'être retenues à la lecture de cet arrêt. D'une part, c'est dans le cadre de la procédure que le secret est érigé en principe général et d'autre part, la Cour met en avant le risque d'instrumentalisation du droit de la concurrence pour précisément tenter d'obtenir des informations.

De manière générale, cette dernière observation est tout à fait accessoire dans le domaine de la concurrence déloyale puisque comme nous l'avons dit, la pratique est quant à elle connue puisque précisément publique.

⁵ C.J.C.E., 24 juin 1986, Aff. 53/85, *AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK Ltd c. Commission des Communautés européennes*, Rec. 1986, p. 01965, point 28.

Dans le prolongement de ce texte, la jurisprudence ne va pas manquer de légitimer le secret d'affaires ;

Ainsi, même si celui-ci est commercial, il reste rattaché au domaine privé. La Cour de Cassation, dans son arrêt du 22 janvier 2008, écrira :

« Dans une procédure administrative de contrôle des concentrations, les droits des tiers n'entrent pas en règle en ligne de compte »⁶.

Par conséquent, le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense ne peut justifier sans préjudice de ce qui sera dit ci-dessous qu'il soit donné au tiers, dans tous les cas, accès au rapport motivé au dossier d'instruction.

La Cour constitutionnelle dans un arrêt du 19 septembre 2007⁷, considéra qu'il peut être admis que le droit au respect de la vie privée des personnes morales englobe la protection de leurs secrets d'affaires.

À cet égard, la doctrine en matière de droit pénal est également riche d'enseignement puisqu'elle reproduit exactement les mêmes schémas de pensée des lors qu'il s'agit de définir quel est ce secret des affaires.

Adrien Masset écrit récemment :

« Le secret des affaires recouvre des réalités aussi diverses que les secrets de fabrication, le savoir-faire, le know how, le listing des clients, le calcul du prix de revient, les fichiers des prix fournisseurs et les prix clients, des ristournes obtenues ou accordées, le carnet d'adresses, les études de marché, les plans de prospection et de développement, des projets de fusion, acquisition, etc.

Ce sont à la fois des informations qui caractérisent l'entreprise et la rendent différente des autres, touchant ainsi au projet économique lui-même et à la rentabilité de l'entreprise face aux concurrents mais encore et parfois des informations qui relèvent des comportements illicites ou déloyaux au sein de l'entreprise. Comptabilité parallèle, document relevant d'entente illégale à l'entreprise, actes de corruption, faits de fraude fiscale.

Toutes ces informations sont destinées à rester au sein de l'entreprise connues des seules personnes autorisées de moins en moins nombreuses en fonction du degré d'intensité du secret »⁸.

⁶ Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2008, R.G. H.07.0001.F, point 12.

⁷ C.C., 19 septembre 2007, arrêt n° 118/2007, B.6.2.

⁸ A. MASSET, « L'espionnage économique : quelques outils de droit pénal des affaires pour le combattre », *Rev. Dr. Liège*, 2011, p. 160.

Il n'y aurait qu'un pas à suivre cette doctrine pour considérer que le règne de l'opacité est absolu.

La contradiction avec les exigences qui sont imposées en matière de droit comptable ou en matière d'administration est flagrante.

L'accès aux documents administratifs qui s'impose notamment pour les personnes morales de droit public vient également démontrer que ce discours est quelque peu envahissant.

Le paradoxe du secret repose précisément sur le fait que seul celui qui entend en tirer profit, en définit le champ d'application.

Une telle manière de faire sur le plan de la méthodologie ne peut que décevoir.

Sans avoir à appliquer de manière rigoureuse les critères de l'enseignement de Karl Popper à ce type de raisonnement, il faut constater qu'il autorise absolument toutes les dérives.

Seul le caractère essentiel paraît être la protection ultime contre un champ d'intervention de secret par trop excessif.

Or, ce n'est que dans les règlements de la Commission européenne en matière d'application de l'article 85, paragraphe 3 qu'une telle restriction était apparue.

La troisième exigence mérite sans doute aussi dans ce texte de montrer combien elle a été rapidement abandonnée puisque la Commission faisait de l'identification de la chose secrète, une condition. Nous rappelons que dans l'article 1 i), ces critères ont trait au savoir-faire. L'adjectif identifié est défini comme suit, décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité.

Si *a priori*, un tel critère peut surprendre, il aurait en tout cas, le mérite, s'il était appliqué de manière précise, d'éviter les constructions a posteriori destinées à légitimer le refus d'accès à certaines données en termes de procédure.

Toutefois, aujourd'hui, le discours critique autour et à l'entour du secret paraît quelque peu obsolète.

En effet, en ayant, au niveau des juridictions, telles que la Cour de Cassation ou la Cour de justice, affirmé d'une part, qu'il s'agissait d'un principe général et d'autre part qu'il ait été rattaché aux textes fondamentaux, il semble bien que la question ne puisse plus faire l'objet de débats critiques.

Nous observerons simplement que dans les différents domaines qui sont périphériques à la concurrence déloyale, cette affirmation, en ce qui

concerne son objet, c'est-à-dire son champ d'application, est purement assertive et autorise les interprétations les plus diverses.

Cette légitimation est évidemment inacceptable en droit.

Certes, la légère correction qui est opérée par l'intégration de ce principe général dans un processus de contrôle par un juge permet sans doute de pouvoir apporter un bémol à cette critique relative au champ du secret.

Néanmoins, nous savons que cette soumission du principe général à la contradiction sous le contrôle du juge n'est pas nécessairement le seul moyen de pouvoir anticiper de manière légitime sur ce que serait ce concept.

En synthèse, le statut juridique du secret aujourd'hui, paraît conforté mais reste en ce qui concerne la définition même de son contenu, exclusivement fondé sur une historicité confortable et sur une complicité avérée entre la doctrine et la jurisprudence essentiellement sous la plume d'auteurs dont l'intérêt est précisément d'assurer le point de vue des entreprises dans le discours juridique.

II. – Le secret : son traitement procédural

Il est important de revenir à l'affirmation de départ selon laquelle précisément dans le droit des pratiques déloyales, peu de place semble *a priori* susceptible d'être réservée au secret comme moyen de défense.

Il faut, pour s'en convaincre, examiner le texte de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

Pas une seule occurrence : le secret en est absent. Une telle approche est compréhensible.

En effet, le contrôle du marché dans le cas d'espèce, s'intéresse aux communications.

Il s'agit des actions, des omissions, des conduites, des démarches, ou communications commerciales, en ce compris la publicité de la part d'un professionnel. On voit mal à quel titre, celui-ci pourrait expliquer ou légitimer un manquement en se retranchant derrière le secret.

Les dispositions contenues dans la directive en matière de contrôle de ces pratiques ne contiennent pas les réserves habituelles que l'on peut trouver en matière de concurrence déloyale.

Il faut, comme nous l'avons dit, que le marché soit net.

Par contre, les tribunaux et les autorités administratives aux termes de cette directive pour éliminer les effets persistants des pratiques commerciales peuvent exiger la publication de la décision, parce que leur droit national l'exige, prévoir la publication de leur décision en tout ou en partie et dans la forme qu'ils jugent adéquate ou exiger la publication d'un communiqué rectificatif.

C'est précisément là un des aspects dont il sera question ultérieurement à propos de ce renforcement de la publicité des décisions rendues par soit un juge soit une autorité administrative.

Il est toutefois singulier de voir que le secret ne s'est pas encore invité dans ces procès alors même que l'article 12 de la directive prévoit que les tribunaux ou les autorités administratives peuvent à l'occasion d'une procédure judiciaire ou administrative exiger que le professionnel fournisse des preuves de l'exactitude de ses allégations factuelles en rapport avec une pratique commerciale si compte tenu de l'intérêt légitime et professionnel et de toute partie à la procédure, une telle exigence paraît appropriée au vu des circonstances du cas d'espèce.

Il serait donc possible que le secret des affaires soit ici opposé pour tenter de refuser de rapporter la preuve des allégations factuelles.

Toutefois, *a priori*, l'on voit mal quels sont les domaines dans lesquels le secret pourrait être opposé. L'on songe toutefois à cette affaire qui a défrayé la chronique, il y a plus de 20 ans, qui concernait la publicité trompeuse faite par la firme PROCTER & GAMBLE.

Ce n'est qu'au terme de la production du script de la publicité qu'il est apparu que celle-ci avait été faite avec de l'eau distillée et non de l'urine, ce qui renforçait évidemment la protection offerte par la capillarité des couches pour les bébés.

Il eût pu être envisagé que le secret des affaires ou en tout cas le secret de la communication commerciale soit opposé afin de rendre improbable la possibilité de connaître l'exacte conception de cette communication commerciale.

Toutefois, dans un tel cas, le juge eût considéré que le refus de collaborer à la démonstration de ce que l'allégation n'était pas trompeuse était en quelque sorte un aveu et dès lors la cause n'aurait pu réellement prospérer.

L'on peut aisément imaginer que dans un cas semblable, les règles qui se sont dégagées notamment en matière de marché public trouvent à s'appliquer.

Les observations formulées ci-dessus conduisent sans doute à atténuer largement la part que peut prendre le secret dans la procédure qui met en œuvre les règles en matière de contrôle du marché.

A priori, la crainte de voir cette procédure instrumentalisée pour tenter de violer un secret est limitée.

Plus spécialement, eu égard aux critères objectifs que requiert le contrôle de la publicité trompeuse, l'on voit mal comment pourrait se retrancher une entreprise, ainsi qu'indiqué ci-dessus, derrière un secret pour tenter de mettre en échec la procédure intentée contre elle.

Dans le domaine du débauchage de clientèle, la question peut parfois apparaître plus intense. Toutefois, l'on perd souvent de vue que la clientèle appartient à tout le monde.

C'est bien plus la technique de débauchage par la similitude des techniques de communication qui est en cause.

En cela, le secret y est peu présent.

Il reste que les hypothèses *a priori* fortes pourraient voir le jour.

Dans le prolongement de l'arrêt prononcé par la Cour de justice dont question ci-dessus, affaire *Vareck*⁹, il est évident que le conflit entre la protection de la vie privée au-dessus du secret des affaires et le principe du contradictoire sera assuré par plusieurs tempéraments.

1. En tout état de cause, le juge doit pouvoir connaître le dossier sur lequel les parties plaident sans qu'il n'y ait soustraction abusive ou même partielle d'un quelconque élément.
2. Le juge doit également pouvoir dans le respect de la protection juridictionnelle effective et en assurant le respect des droits de la défense, être informé.

En d'autres termes, si le but de la procédure était précisément de percer un secret, il est évident que celle-ci est vouée à l'échec puisqu'en toute hypothèse, le juge pourra apprécier oui ou non dans sa décision jusqu'où ce secret doit être garanti.

Le juge devient ainsi une vaste « data room » dans laquelle les éléments qui précisément étaient jalousement protégés par l'entreprise sont transférés. Le juge « *data room* », s'imprègne des informations. Et s'il estime que le rétablissement de la loyauté sur le marché autorise que l'information ainsi communiquée cesse d'être secrète, il agira en ce sens. Il pourrait également trouver des formules où d'une part, il condamnera et préservera le secret.

Observons cependant que dans le domaine qui nous intéresse, cette manière de faire est quelque peu rhétorique.

⁹ Voy. note de bas de page 4.

En effet, l'on sait que, comme indiqué ci-dessus, des mesures de publicité renforcées peuvent être assurées. Dès lors, celui qui entendait se retrancher derrière ce secret se voit inévitablement appelé vers la place publique pour qu'il soit dit de manière claire et nette, qu'il a méconnu le droit de la concurrence déloyale.

En ce sens, l'avantage qu'il pensait obtenir n'a été que momentané. La diffusion d'une décision notamment par la voix des médias montre qu'il est celui qui a méconnu la loyauté essentielle.

L'on peut dès lors, s'interroger sur le sens de ces data rooms en amont du procès dès lors que dans le dispositif, le secret peut céder.

Notre propos tranche avec certains commentaires que nous avons pu identifier suite à l'arrêt de la Cour de Cassation du 2 novembre 2012¹⁰.

En effet, de Lophem¹¹ dans la contribution qu'il réserve à cet arrêt n'hésite pas à considérer que le principe du secret pourrait être en soi une valeur économique suffisante pour que l'on s'écarte des principes directeurs du procès.

Le secret est ainsi renforcé. Il devient cette forteresse inviolable.

Toutefois, à supposer que cette doctrine puisse prospérer, elle ne pourra être que mise en échec précisément par la publicité réservée aux dispositifs de la décision en la matière. Il y a sans doute dès lors des choix dans l'arbitrage des valeurs qui doivent être prises en compte en la matière qui ont été faits et qui dans le cas d'espèce, ont considéré que de toute évidence, la publicité devait être priorisée par rapport au secret.

C'est sans doute un objectif louable qu'il faut maintes fois rappeler que celui des textes en matière de contrôle des pratiques déloyales que de vouloir à tout prix que la transparence du marché ne soit ébranlée ou écornée par des positions qui relèvent plus de la stratégie commerciale que de la manière dont la communication et les informations peuvent circuler de manière juste et adéquate afin de permettre finalement en dernière instance, aux consommateurs d'opérer le meilleur choix lorsqu'ils décident d'acquérir des produits ou des services.

Cette conclusion provisoire nous amène inévitablement à la question des tempéraments qui peuvent être apportés à la publicité de la décision.

¹⁰ Cass. (1^{re} ch.), 2 novembre 2012, *J.T.*, 2013, pp. 174-176.

¹¹ E. de LOPHEM, « Couvrez cette pièce que je ne saurais voir », *J.T.*, 2013, pp. 176-180.

III. – Le secret et la publicité de la décision

L'article 116 de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur ne contient aucune exception relative au secret des affaires dès lors que le président du tribunal de commerce, autorité de contrôle du marché en matière de concurrence déloyale, décide d'autoriser l'affichage de sa décision ou du résumé qu'il en rédige pendant le délai qu'il détermine tant à l'extérieur qu'à l'intérieur des établissements du contrevenant. De même, il peut ordonner la publication de son jugement ou de son résumé par la voie de journaux ou de toute autre manière, le tout aux frais du contrevenant.

C'est un pouvoir absolu qui n'est que tempéré par l'article 116, alinéa 2 qui autorise ces mesures que si elles sont de nature à contribuer à la cessation de l'acte incriminé ou de ses effets.

Le juge n'a pas à se soucier de savoir s'il viole ou non le secret d'affaires. Ce qui l'intéresse c'est le marché et par conséquent la cessation de l'acte incriminé, voire même de ses effets.

Nombreuses sont les défenses dans cette matière qui se plaignent précisément de l'atteinte qui est ainsi faite à la réputation de l'entreprise concernée ou encore à la manière dont on divulgue qu'elle a méconnu la loi.

Nous ne trouvons dans le texte aucune référence susceptible de raviver ici la théorie du secret. Certes, le propos peut paraître un peu court s'il n'est complété par la circonstance que le dispositif quant à lui d'un jugement n'est pas nécessairement le lieu où sera méconnu le secret. Toutefois, la lecture attentive de l'article 116 permet de constater que l'affichage de la décision ou de son résumé peut être envisagé.

Le texte d'une décision peut contenir des éléments qui précisément sont ceux qui violent le secret d'affaires. Doit-on considérer que le par le biais du résumé, de manière incidente, le juge pourrait ainsi assurer la conciliation du respect du secret des affaires avec le principe du contradictoire ? Rien ne permet non plus de le soutenir.

L'objectif du résumé, tel qu'il existe dans l'article 116, est d'être purement didactique et de permettre à celles et ceux qui sont concernés par la pratique déloyale de rapidement pouvoir se faire une opinion de l'attitude qui a été adoptée par l'entreprise.

Il reste néanmoins, que l'article 116 ouvre une brèche dans le droit de la concurrence au sens classique via le droit de la concurrence déloyale. En effet, de manière constante, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître que la violation de la norme de loyauté au sens de l'article 95 de la loi peut être la violation de la loi.

Ceci signifie que la loi vise l'ensemble de règles en matière de concurrence au sens classique du terme. Il est dès lors indéniable que le juge des cessations qui est amené à se prononcer en matière de concurrence doit respecter les principes qui gouvernent celle-ci et que nous avons évoqués ci-dessus.

Toutefois, dans la mesure où dans bien des cas, il ne statue que *prima facie*. Il ne rentre pas dans ces intentions d'aller dans le secret d'une entente pour pouvoir la condamner. Il estimera que dans un cas semblable, les éléments sont suffisants pour ordonner la cessation.

L'article 116 de la loi est évidemment, l'expression absolue de toute négation du secret. Plusieurs décisions importantes et il faut sans doute les mentionner, ont ainsi ordonné la communication par voie électronique ou par courrier simple, du dispositif d'une action.

La Cour d'appel de Bruxelles, dans l'arrêt du 24 mai 1996¹², s'était montrée particulièrement virulente à l'encontre des compagnies d'assurances et de l'Union professionnelle des entreprises de assurances qui avaient entre elles conclu une entente en matière de soins de santé.

La Cour a ainsi ordonné l'envoi d'un résumé de son arrêt par les compagnies d'assurances condamnées à l'ensemble de leurs clients.

L'objectif était bien de leur signaler que leur assureur avait méconnu le droit de la concurrence en limitant leur droit au remboursement dans le cadre de l'assurance libre complémentaire.

La Cour n'hésite pas ainsi à indiquer de manière claire et nette que l'illégalité dont elles se sont rendues coupables doit être communiquée singulièrement à chaque client.

De la sorte, elle proposait également que cette manière de faire puisse permettre aux consommateurs individuels de faire valoir ces droits.

En synthèse, l'article 116 démontre que le secret aussi protégé soit-il dans le droit de la concurrence ou dans le droit des marchés publics, est ici complètement abandonné par la loi.

Jamais à ce jour, n'a été plaidée la contradiction de l'article 116 avec les dispositions supranationales des – notamment tant de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, **sur** la sauvegarde des libertés fondamentales.

Mais si demain une telle contradiction devait être levée, il conviendrait de rappeler fondamentalement que la loi reste évidemment, l'expression

¹² Bruxelles, 24 mai 1996, *Pratiques du Commerce et Concurrence*, 1996, p. 665.

dans le cas d'espèce d'un choix politique qui permet de limiter sans qu'il n'y ait évidemment d'atteinte excessive au droit, des principes ci-dessus reconnus.

IV. – Conclusion

La réflexion sur le secret dans le droit de la concurrence déloyale ne manque pas surprendre.

La légitimité du secret est douteuse. Elle repose sur un ensemble de propositions émises par la doctrine, relayée par des textes épars.

Son traitement procédural, dans le domaine de la concurrence déloyale, se révèle quasiment inexistant ou, lorsqu'il l'est, peu analysé.

Enfin, le résultat d'un procès en concurrence déloyale est la négation même du secret par la large publicité qu'il ne peut tempérer.

Avoir intégré, dans la réflexion générale sur le secret, la concurrence déloyale est ainsi la révélation de la puissance idéologique du concept.

Celui-ci percole aisément dans toutes les matières, suivant la question de son fondement.

Nous avons tenté de démontrer que dans la matière qui nous intéresse, sa place doit être inexistante parce que la transparence du marché est la ligne fondatrice de toute réflexion.

La notion de secret éclairée par le droit des brevets d'invention

Vincent Cassiers

*Avocat au barreau de Bruxelles
Maître de conférences invité à l'U.C.L.
Crides – Centre Jean Renauld*

Introduction

Le caractère secret de l'information constitue un élément déterminant de l'application des régimes juridiques présentés dans cet ouvrage. Mais qu'est-ce qu'un secret et sur base de quels critères peut-on l'identifier ? Dans la majorité des cas, la loi ne définit pas le secret et elle n'établit pas les critères permettant de distinguer l'information secrète de celle qui ne l'est pas. Si le droit positif contient plusieurs dispositions relatives au secret, il ne propose aucune définition du secret à portée générale.

Cette lacune du droit positif doit, le plus souvent, être comblée par l'interprétation. Ainsi, en l'absence de définition légale, la signification du terme « secret », aussi bien pour ce qui concerne les « secrets de fabrique » (article 309 du code pénal)¹ que pour les « secrets d'affaires » (article 17 de la loi relative aux contrats de travail)², est construite à la lumière du sens normal et usuel du terme « secret ». En tant qu'adjectif, le mot « secret » signifie « qui n'est connu que d'un nombre limité de personnes ; qui est ou doit être caché des autres » ; en tant que nom, le mot « secret » vise un « ensemble de connaissances, d'informations qui doivent être réservées à quelques-uns et que le détenteur ne doit pas révéler. Moyen pour obtenir un résultat, connu seulement de quelques personnes qui se refusent à le répandre »³.

¹ Cass., 26 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 1043 ; *R.C.J.B.*, 1976, p. 351, note L. VAN BUNNEN, « Des conditions de la protection des secrets de fabrique et du "savoir-faire" technique ».

² C. trav. Liège, 8 janvier 2004, inédit, *R.G.* n° 7/228/02, pp. 7-8.

³ M. LEGRAIN, *Le Robert quotidien*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1996, p. 1748.

Considéré dans son sens normal et usuel, le secret se voit caractérisé de deux manières. Il s'agit d'une information qui n'est pas généralement connue et il s'agit d'une information qui n'est pas aisément accessible parce que ceux qui en ont connaissance ne souhaitent pas ou ne peuvent pas la partager avec autrui. Ces caractères du secret se retrouvent dans la définition qu'en donne l'article 39 ADPIC⁴, ainsi que nous l'exposerons ci-dessous.

S'ils constituent un point de départ utile dans la construction de la définition du secret, ces deux caractères du secret ne constituent pas, selon nous, une définition satisfaisante de cette notion. La définition du secret résultant du sens usuel et normal de ce terme ne contient aucun critère permettant déterminer quand ou comment il convient de considérer ni qu'une information est ou n'est pas généralement connue, ni qu'elle est aisément accessible. Cette définition manque de précision.

Cette imprécision présente l'avantage de la flexibilité. N'étant pas rigoureusement définie, la notion de secret reste malléable et susceptible d'être adaptée aux circonstances propres à chaque cas. Mais l'imprécision des contours de la notion de secret risque aussi, selon nous, de fragiliser la protection juridique des informations confidentielles.

La protection juridique des informations confidentielles est étrangère au droit de propriété : l'information, même confidentielle, ne peut constituer l'objet d'un droit de propriété⁵. Nul ne peut se fonder sur l'article 544 du code civil afin d'écarter un tiers de la jouissance d'une information. Il est d'ailleurs impossible de reprendre une information à un tiers qui en aurait connaissance : la détention d'une information ne peut pas être ôtée à celui qui la connaît, c'est-à-dire qui la détient intellectuellement.

⁴ Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce, annexe 1C à l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, annexé à l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay signé à Marrakech le 15 avril 1994, approuvé par la loi du 23 décembre 1994, *M.B.*, 23 janvier 1997, p. 1172. Cet Accord a également été approuvé par une Décision CE/94/800 du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *J.O.C.E.*, 23 décembre 1994, L – 336, p. 214.

⁵ Jean-Christophe Galloux relève que « une très large majorité des informations sera constituée de choses communes » et ajoute : « il en va de l'information comme de toute autre chose : il n'existe ni principe immanent en autorisant une appropriation générale, ni abandon aux seules contingences économiques pour en décider le caractère appropriable » (J.-C. GALLOUX, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.*, 1994, n° 29, *Chron.*, p. 234, n° 29 et 30). *Contra* : P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, *chron.* XVII, 1984, p. 99.

En l'absence de droit de propriété, la protection juridique de l'information confidentielle repose essentiellement sur des obligations de ne pas faire : obligation de ne pas divulguer l'information, de ne pas l'utiliser et de ne pas contourner des mesures de protection du secret. Ces obligations sont autant de limites apportées à la liberté de leurs débiteurs. L'obligation de confidentialité limite la liberté d'expression⁶. L'obligation de ne pas utiliser l'information limite la liberté du travail et la liberté d'entreprendre.

Ces limites apportées aux libertés fondamentales d'autrui trouvent l'assise de leur légitimité dans la protection des libertés du créancier des obligations de ne pas faire. Ces obligations seront notamment légitimes lorsqu'elles permettront de protéger la vie privée du détenteur de l'information secrète. Dans de nombreuses situations, le détenteur de l'information sera une entreprise constituée sous la forme d'une personne morale. Et la jurisprudence admet que la protection des secrets d'affaires puisse être fondée sur le respect de la vie privée de l'entreprise⁷. La liberté d'entreprendre peut aussi légitimer les obligations de ne pas faire visant

⁶ Voy. Cour eur. D.H., *Guja c. Moldavie*, 12 février 2008, requête n° 14277/04 ; Cour eur. D.H., *Heinisch c. Allemagne*, 21 juillet 2011, requête n° 28274/08.

⁷ Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemitz c. Allemagne*, Série A., n° 251-B ; *Rev. trim. dr. h.*, 1993, p. 467, obs. P. LAMBERT et F. RIGAUX : « Perquisition au cabinet d'un avocat et droit au respect de la vie privée, de la correspondance et du domicile » ; Cour eur. D.H., 16 avril 2002, *Sociétés Colas*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2002-III, § 41, confirmé dans Cour eur. D.H., 6 septembre 2005, (décision), *Leveau et Fillon*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2005-X ; Cour eur. D.H., 16 octobre 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH*, § 45 ; Cour eur. D.H., 23 mars 2006, *Albanese*, § 53 ; Cour eur. D.H., 23 mars 2006, *Vitiello*, § 47 ; Cour eur. D.H., 23 janvier 2003, *Peck*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-I, § 57 ; Cour eur. D.H., 27 juillet 2004, *Sidabras*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2004-VIII, § 44 ; Cour eur. D.H., 16 février 2000, *Amann*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2004-VIII, § 44 et Cour eur. D.H., 25 juin 1997, *Halford*, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-III, p. 1016, § 44 ; Cour eur. D.H., 6 septembre 1978, *Klass*, Série A, n° 28, § 41 ; Cour eur. D.H., *Krasimir Yordanov*, 15 février 2007, § 41 ; Cour eur. D.H., 25 mars 1998, *Kopp*, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-II, § 50 ; Cour eur. D.H., 4 mai 2000, *Rotaru*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-V, § 43 ; *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 148, obs. O. DE SCHUTTER : « Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel ». Dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : C.J.C.E., 14 février 2008, *Varec*, C-450/06, *J.T.*, 2008, p. 425, obs. Th. BOMPOIS et Ch. DUBOIS, « La conciliation de la protection du secret des affaires et du principe du contradictoire dans les recours en matière de marchés publics : l'arrêt Varec de la Cour de justice » ; C.C., 19 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1498. Comp. C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoechst AG*, C-46/87 et C-227/88, *Rec.*, 1989, p. 2859, point 18 ; C.J.C.E., 17 octobre 1989, *Dow Benelux NV*, C-85/87, *Rec.*, 1989, p. 3137, point 29 ; C.J.C.E., 17 octobre 1989, *Dow Chemical Ibérica SA*, C-97/87, 98/87 et 99/87, *Rec.*, 1989, p. 3165, point 15 et T.P.I.C.E., 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij et al.*, T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, *Rec.*, 1999, p. II-931,

à protéger la confidentialité de l'information. Lorsque le secret procure un avantage comparatif à celui qui le détient en regard de ses concurrents, la divulgation de ce secret à des tiers sera susceptible d'énervier la capacité de son détenteur à se maintenir et à se développer sur un marché déterminé. Ainsi, si le secret de la recette du Coca-Cola devait être éventé et sa recette être librement copiée, Coca-Cola Company verrait ses profits diminuer⁸. Dans ce cas, la divulgation du secret porte atteinte à la liberté d'entreprendre de son détenteur et, selon les circonstances, ce dernier peut être fondé à se prévaloir de cette liberté d'entreprendre pour voir limitées les libertés d'expression et d'entreprendre des tiers, afin de préserver sa propre capacité de concurrence intacte⁹. L'on voit poindre ici un conflit de libertés dont la solution consiste en la définition d'un équilibre entre celles-ci¹⁰.

Ainsi comprise, la protection juridique du secret résulte d'un équilibre instable et circonstanciel entre plusieurs libertés fondamentales où la protection des libertés fondamentales du détenteur de l'information légitime que des limites soient apportées à l'exercice des libertés fondamentales des tiers. Or, concernant les restrictions apportées aux libertés fondamentales, il est essentiel que celles-ci soient précisément déterminées quant à leurs objets et quant à leurs finalités sous peine de contrevenir à l'ordre public et aux bonnes mœurs¹¹. Les restrictions apportées à l'exercice de libertés fondamentales pour protéger la confidentialité de certaines informations ne seront admissibles que s'il est possible de vérifier le caractère

points 120, 417, 420 ; C.J.C.E., 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, C-94/00, *Rec.*, 2002, p. I-9011, points 23-29 et les conclusions de l'avocat général Mischo, points 27 à 48.

⁸ Cet exemple est caricatural pour la clarté de l'exposé ; il devrait être nuancé pour mieux correspondre à la réalité.

⁹ Voy. T. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du code civil », *R.D.C.*, 2010, pp. 563-593.

¹⁰ Voy. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 655 et s.

¹¹ Voy. M. MELCHIOR et C. COURTOY, « La limitation des droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 269-293. C.E.D.H., *Sunday Times*, 26 avril 1979 ; C.E.D.H., *Silver e.a. c. Royaume-Uni*, 25 mars 1983 ; C.E.D.H., *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984. Voy. P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; P. FRUMER, « La renonciation aux droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 367-394 ; N. VAN LEUVEN, « Les contrats et les droits de l'homme : une interaction mutuelle », in C. CAUFFMAN, J. DE CONINCK et N. VAN LEUVEN, *Droit des contrats : questions choisies*, coll. Contrats & Patrimoine, vol. 7, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 103, n° 32 ; C.E.D.H., *Sorensen et Rasmussen*, 11 janvier 2006 ; C.E.D.H., *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005 ; C.E.D.H., *D.H. c. République tchèque*, 13 novembre 2007. Voy. Bruxelles, 4 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1268 ; *R.T.D.H.*, 1994, p. 605, obs. L. GOFFIN.

secret de ces informations. Afin de cerner l'objet des restrictions apportées aux libertés fondamentales pour assurer la protection de la confidentialité de certaines informations, il est indispensable de pouvoir identifier les informations concernées et les critères permettant de vérifier leur caractère secret. C'est à l'identification de ces critères, fondée sur le droit des brevets d'invention, que nous consacrons notre contribution.

I. – Le secret dans l'Accord ADPIC

A. – L'article 39 ADPIC

Outre quelques règlements d'exemption¹² dont le champ d'application demeure très limité¹³, seul l'article 39, § 2, a) ADPIC formule une définition du secret. Cette disposition porte sur la protection des « renseignements non divulgués » par le droit de la concurrence déloyale. En vertu de celle-ci, les renseignements secrets sont ceux qui « dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ».

L'article 39, § 2, a) ADPIC pose deux critères alternatifs d'identification du secret : l'information est secrète (i) lorsqu'elle n'est pas généralement connue et (ii) lorsqu'elle n'est pas aisément accessible. Ces deux critères s'apprécient non pas à l'égard du commun des mortels mais uniquement

¹² Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *J.O.U.E.*, L 102, 23 avril 2010, pp. 1-7 ; Règlement (UE) n° 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, *J.O.U.E.*, L. 335, 18 décembre 2010, pp. 36-42 ; Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, *J.O.U.E.*, 27 avril 2004, L 123, pp. 11-17 ; rectificatif : *J.O.U.E.*, L 127, 29 avril 2004, p. 158.

¹³ Les définitions du secret dans les règlements d'exemption ont une portée limitée à l'objet desdits règlements, à savoir déterminer les conditions dans lesquelles des accords entre entreprises sont réputés compatibles avec les règles du droit de l'Union en matière de concurrence. La portée des règlements d'exemption reste toujours circonscrite aux domaines spécifiquement visés par ceux-ci : les définitions du secret dans ces règlements sont toujours précédées de la formule consacrée « aux fins du présent règlement, on entend par... ».

en regard du spécialiste du ou des domaine(s) d'activités concerné(s) par le renseignement dont question, c'est-à-dire l'homme du métier¹⁴.

En faisant de l'homme du métier, la personne de référence pour l'appréciation du caractère secret de l'information, l'article 39 ADPIC limite le champ d'application de la notion de secret. Si le caractère secret de l'information avait dû être vérifié en regard des connaissances de l'homme de la rue, le nombre des informations à considérer comme secrètes eut été bien plus élevé. L'homme du métier dispose en effet d'une connaissance plus étendue des informations pertinentes pour son secteur d'activité que le tout-venant. L'information sera plus facilement considérée comme étant généralement connue ou aisément accessible pour l'homme du métier que pour l'homme de la rue.

De la même manière, la référence à l'homme du métier dans l'article 39 ADPIC a également pour conséquence de restreindre le champ d'application de la notion de secret à l'égard des informations susceptibles d'être utilisées dans différents domaines. Par exemple, le taux de cancers dans une catégorie socio-professionnelle déterminée peut être généralement connu dans le secteur des assurances, qui utilise cette information pour le calcul des primes demandées aux assurés. Il est possible que cette information ne soit pas connue et néanmoins utile dans le secteur pharmaceutique pour apprécier la rentabilité d'un investissement dans la recherche d'un médicament ou d'un vaccin contre le cancer. Dans ce type de situation, l'article 39 ADPIC ne permet pas de décider que l'information est secrète au motif qu'elle n'est pas généralement connue, ni aisément accessible, aux pharmaciens. En vertu de l'article 39 ADPIC, l'information n'est pas secrète : elle est généralement connue par « les personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question », à savoir les assureurs. Si l'article 39 ADPIC avait déterminé que le caractère secret devait s'apprécier en regard des hommes du métier actifs dans le domaine d'activité concerné par l'utilisation de l'information, le champ d'application de la protection des renseignements non divulgués s'en serait trouvé élargi.

¹⁴ Selon la jurisprudence de l'O.E.B., « l'homme du métier s'entend d'un praticien qui dispose de connaissances et d'aptitudes moyennes et qui possède les connaissances générales dans le domaine concerné à une date donnée (homme du métier de compétence moyenne). Il est également censé avoir eu accès à tous les éléments de l'état de la technique, notamment les documents cités dans le rapport de recherche, et avoir eu à sa disposition les moyens et la capacité dont on dispose normalement pour procéder à des travaux et expériences courants (Directives G-VII, 3 - version de juin 2012). C'est un expert dans un domaine technique » (O.E.B., *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 7^e éd., septembre 2013, I.D.8., p. 212). Voy. C.R.T., 26 septembre 2002, T-641/00, *J.O.O.E.B.*, 2003, p. 352 ; C.R.T., 17 décembre 2008, T-1030/06.

Enfin, le renvoi à l'homme du métier pour apprécier le caractère secret d'une information limite encore le champ d'application de la notion de secret dans la mesure où sont réputées connues des hommes du métier, toutes les connaissances générales de base de l'homme de métier reprises par les encyclopédies, les manuels, les rapports de recherches, les comptes rendus de conférences, les dictionnaires et les guides relatifs au domaine sur lequel porte l'information¹⁵ ainsi que celles qui, même non écrites, font nécessairement partie de son bagage intellectuel¹⁶. De telles connaissances ne sont pas secrètes.

B. – Critique de la définition du secret dans l'Accord ADPIC

Les critères posés par l'article 39 ADPIC pour l'appréciation du caractère secret de l'information – la notoriété ou l'accès aisé – nous semblent insatisfaisants pour trois motifs.

Le premier motif d'insatisfaction porte sur la formulation des critères retenus. Formellement, deux critères sont posés par l'article 39 ADPIC : le premier critère renvoie à une réalité (l'information est connue) tandis que le second vise une potentialité (l'information peut être connue puisqu'elle est accessible). Mais, d'une part, une information généralement connue est, par hypothèse, aisément accessible aux professionnels du secteur d'activité concerné qui ne la connaissent pas encore et, d'autre part, une information généralement connue n'est, d'évidence, pas secrète. L'on peut dès lors s'interroger sur l'utilité pratique du critère relatif au degré de connaissance de l'information. Selon nous, seul le critère de l'accessibilité de l'information est réellement pertinent.

Le deuxième motif d'insatisfaction porte sur l'imprécision du critère de l'accès à l'information. L'information est réputée secrète lorsqu'elle n'est pas « aisément accessible ». Les mots « aisément accessible » semblent renvoyer à une réalité matérielle : l'homme du métier aura (ou n'aura pas)

¹⁵ C.R.T., 3 mai 2012, T-1641/11 ; C.R.T., 10 octobre 2004, T-890/02, *J.O.O.E.B.*, 2005, p. 497 ; C.R.T., 23 mars 1986, T-206/83, *J.O.O.E.B.*, 1987, p. 5 ; C.R.T., 8 décembre 1988, T-51/87, *J.O.O.E.B.*, 1991, p. 177 ; C.R.T., 24 octobre 1985, T-171/84, *J.O.O.E.B.*, 1986, p. 95 ; C.R.T., 9 novembre 1990, T-426/88, *J.O.O.E.B.*, 1992, p. 427 ; C.R.T., 29 septembre 1993, T-766/91 ; C.R.T., 6 décembre 1995, T-378/93 ; C.R.T., 6 février 1996, T-676/94.

¹⁶ C.R.T., 12 septembre 1995, T-939/92, *J.O.O.E.B.*, 1996, p. 309. Il conviendra cependant d'établir la connaissance de ces éléments par l'homme du métier par toutes voies de droit : C.R.T., 20 octobre 2006, T-1242/04, *J.O.O.E.B.*, 2007, p. 421 ; C.R.T., 20 avril 1993, T-537/90 ; C.R.T., 4 août 2005, T-329/04 ; C.R.T., 11 mai 2010, T-811/06 ; C.R.T., 10 septembre 1991, T-666/89, *J.O.O.E.B.*, 1993, p. 495 ; C.R.T., 14 octobre 2004, T-890/02, *J.O.O.E.B.*, 2005, p. 497 ; C.R.T., 9 mai 2012, T-412/09.

facilement accès à l'information dans la pratique. Mais qu'en est-il si l'information est *de facto* accessible et *de jure* inaccessible, c'est-à-dire si l'accès matériel à l'information est aisé mais qu'il est juridiquement interdit ?

Le programme d'ordinateur permet d'illustrer notre questionnement. Sauf lorsque l'éditeur du logiciel a apposé des mesures techniques de protection particulièrement efficaces sur son produit, le code source d'un logiciel est accessible à tout informaticien. Tout informaticien dispose des compétences requises pour décompiler le code objet d'un logiciel afin d'obtenir le code source¹⁷. Cependant, la loi et la directive relatives à la protection juridique du programme d'ordinateur par le droit d'auteur interdisent, en règle, la décompilation du logiciel¹⁸ : juridiquement, le programme d'ordinateur est un livre que l'on ne peut pas lire¹⁹. En d'autres termes, l'accès au code source d'un logiciel est aisé mais il n'est pas licite. Vu que l'homme du métier y a accès sur le plan matériel, mais que cet accès lui est interdit sur le plan juridique, peut-on considérer que le code source du logiciel demeure secret au sens de l'article 39 ADPIC ? Bien que cette disposition vise un accès aisé, nous considérons que le code source demeure secret car son accès n'est pas licite. Reste que l'article 39 ADPIC manque de clarté et de précision à cet égard. La disposition devrait préciser comment l'accessibilité de l'information doit être appréciée. Nous verrons que le droit des brevets contient des enseignements essentiels à cette fin.

Le troisième motif d'insatisfaction provient de la difficulté à mettre en œuvre les critères retenus par l'article 39 ADPIC. Ces critères sont des critères négatifs : l'information *n'est pas* généralement connue ou

¹⁷ La décompilation désigne l'opération technique visant à traduire le logiciel écrit en code objet (le code du logiciel tel qu'il est lu et exécuté par une machine) en code source (le code du logiciel écrit en langage de programmation et compréhensible par un informaticien). L'accès au code source du logiciel permet de le modifier (pour la correction des erreurs, pour le mettre à jour, pour le faire interagir avec d'autres logiciels,...), de le copier et d'en comprendre le fonctionnement et la structure.

¹⁸ La décompilation partielle du logiciel est autorisée par la loi à titre d'exception, dans certains cas particuliers. Voy. la loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *M.B.*, 27 juillet 1994 et la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *J.O.U.E.*, L 111, 5 mai 2009, pp. 16-22 (version codifiée de la directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *J.O.C.E.*, L 122, 17 mai 1991 pp. 42-46. S. DUSOLLIER, « Protection des programmes d'ordinateur », in D. KAESMACHER (coord.), *Les droits intellectuels*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 381, n° 379.

¹⁹ M. VIVANT, « Une épreuve de vérité pour les droits de propriété intellectuelle : le développement de l'informatique », in *L'avenir de la propriété intellectuelle*, Coll. IRPI, n° 11, Paris, 1993, pp. 50-51, n°s 12-13.

l'information *n'est pas* aisément accessible. Cette formulation de la définition du secret pose un problème de preuve. Il appartiendra en règle à celui qui revendique la protection du secret d'établir le caractère secret de l'information concernée. Nous avons mentionné ci-dessus que ce caractère secret constituait une condition de mise en œuvre des différents régimes juridiques de protection envisageables. Vu la formulation de la définition du secret, le demandeur devra établir un fait négatif pour rapporter la preuve du caractère secret de l'information concernée. Or, il n'est pas possible d'établir un fait négatif. De plus, dès lors que l'Accord ADPIC ne mentionne aucun critère permettant d'apprécier le caractère secret ou non d'une information, celui sur lequel repose la charge de la preuve du secret sera bien en peine de faire état d'indices de l'existence d'un secret. Tel qu'il est formulé, l'article 39 ADPIC peut rencontrer des difficultés dans sa mise en œuvre.

En résumé, la seule définition normative du secret dont la portée est significative est celle contenue dans l'article 39 ADPIC et cette définition n'est pas satisfaisante. Elle constitue cependant un point de départ adéquat pour la réflexion. Cette définition fait reposer le secret sur le critère de l'accessibilité de l'information. Ce critère demeure trop imprécis mais le droit des brevets d'invention permet de mieux en cerner les contours.

II. – Du secret au brevet : la nouveauté de l'invention

A. – Proximité sémantique

Secret et brevet forment un couple inséparable. L'invention, avant de former l'objet d'un dépôt de brevet, doit être secrète. L'inventeur peut d'ailleurs préférer conserver le secret au dépôt d'un brevet, notamment lorsque la rentabilité attendue de l'exploitation de l'invention est inférieure au coût du brevet, lorsque le secret semble très difficile à percer ou lorsque l'imitation de l'invention apparaît très complexe ou très coûteuse²⁰.

²⁰ Quant au choix entre le secret et le brevet, voy. L. VAN BUNNEN, « Secret ou divulgation ? Le choix entre protection du savoir-faire et du brevet », in P. VANCRAESBEEK (dir.), *Problemen van octrooirecht*, C.I.R., vol. 6, Bruxelles, Kluwer, 1994 ; M. DE BRABANTER, « Licence ou recherche ? Brevet ou secret ? », *Ing.-Cons.*, 1980, pp. 53-66 ; CENTRE PAUL ROUBIER, *La propriété industrielle et le secret*, C.E.I.P.I., vol. 40, Paris, Litec, 1996 ; W. M. LANDES et R. A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2003, pp. 366-369.

Le droit des brevets n'utilise pas la notion de « secret » mais la notion de « nouveauté ». Pour être brevetable, l'invention doit être nouvelle. La nouveauté s'apprécie, en droit belge²¹ et en droit européen²² des brevets, en regard de « l'état de la technique » : « une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique »²³. L'état de la technique « est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen »²⁴.

L'on observe une proximité sémantique entre la nouveauté et le secret. Dans les deux cas, le critère décisif réside dans le caractère accessible de l'information.

B. – Proximité juridique

Il est également possible de rapprocher les notions de secret et de nouveauté sur le plan juridique. Les définitions de la nouveauté et de l'état de la technique susmentionnées sont celles du droit belge et du droit européen des brevets. Ces définitions figurent aussi dans le Traité de coopération en matière de brevets (PCT)²⁵ auquel ont adhéré cent quarante-deux États à ce jour²⁶. Il s'agit de notions reconnues en droit international

²¹ Loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, *M.B.*, 9 mars 1985, en abrégé « LBI ».

²² Convention sur la délivrance de brevets européens signée à Munich le 5 octobre 1973 telle que révisée par l'acte portant révision de l'article 63 de la CBE du 17 décembre 1991 et l'acte portant révision de la CBE du 29 novembre 2000, approuvée par la loi du 8 juillet 1977, *M.B.*, 30 septembre et 7 octobre 1977 et par la loi du 21 avril 2007 portant assentiment à l'Acte portant révision de la Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973, révisée en dernier lieu le 17 décembre 1991, fait à Munich le 29 novembre 2000, *M.B.*, 4 septembre 2007, en abrégé « CBE ».

²³ Art. 5 LBI et art. 54 CBE ; art. 4 de la Convention de Strasbourg.

²⁴ Art. 5 LBI et art. 54 CBE. L'état de la technique comprend également le contenu des demandes de brevet déposées mais non encore publiées à la date du dépôt de la demande de brevet pour laquelle la nouveauté est examinée. Cet élément de l'état de la technique est spécifique au système des brevets et nous n'en tiendrons pas compte ici.

²⁵ Traité de coopération en matière de brevets conclu à Washington le 19 juin 1970, modifié le 28 septembre 1979, le 3 février 1984 et le 3 octobre 2001, approuvé par la loi du 8 juillet 1977, *M.B.*, 30 septembre et 7 octobre 1977, entré en vigueur le 14 décembre 1981.

²⁶ Voy. art. 15 et 33 PCT et la règle 33 du règlement d'exécution du PCT. L'article 33, § 2 PCT stipule que : « Aux fins de l'examen préliminaire international, l'invention dont la protection est demandée est considérée comme nouvelle s'il n'est pas trouvé d'antériorité dans l'état de la technique tel qu'il est défini dans le règlement d'exécution ». La règle 33 du règlement d'exécution du PCT définit les composants de l'état de la technique. Il convient de souligner que la définition de la nouveauté dans l'article 33, § 2 PCT voit sa portée limitée

des brevets. Le droit international des brevets comprend encore l'Accord ADPIC, dont l'article 27 stipule que l'invention brevetable doit être nouvelle. L'Accord ADPIC, en tant que traité, présente l'originalité de réunir dans le même texte, les notions de nouveauté et de secret. Onze articles séparent dans cet Accord, ces deux notions qui doivent chacune être interprétées en ayant égard à l'autre²⁷.

Cette règle d'interprétation découle de l'article 31 de la Convention de Vienne²⁸ en vertu duquel les termes d'un traité s'interprètent en fonction de leur contexte, étant entendu que le contexte comprend le texte du traité²⁹, ce qui renvoie ici à l'Accord ADPIC, et en fonction de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », ce qui renvoie ici au PCT.

Cette règle d'interprétation relève aussi d'un souci de cohérence. La cohérence de l'ensemble du système des droits intellectuels de même que la cohérence interne de l'Accord ADPIC commandent de ne pas

à l'examen préliminaire international : il n'est pas possible de fonder sur cette disposition, une harmonisation mondiale des conditions de brevetabilité. L'article 33, § 5 PCT précise à ce sujet que « Les critères qui précèdent ne servent qu'aux fins de l'examen préliminaire international. Tout état contractant peut appliquer des critères additionnels ou différents afin de décider si, dans cet état, l'invention est brevetable ou non ».

²⁷ Certes, l'article 27 ADPIC n'énonce pas le contenu de la condition de nouveauté de l'invention. Mais le PCT donne une substance à cette condition de brevetabilité et une écrasante majorité des États ont ratifié à la fois l'Accord ADPIC et le PCT.

²⁸ Convention de Vienne sur le droit des traités faite à Vienne le 23 mai 1969. Entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, p. 331 approuvée par la loi du 10 juin 1992, *M.B.*, 25 décembre 1993.

²⁹ L'article 31 de la Convention de Vienne s'énonce comme suit :

« Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;

b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;

b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;

c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ».

considérer comme « un renseignement secret » au sens de l'article 39 ADPIC, une information qui ne serait pas « nouvelle » au sens de l'article 27 ADPIC. La notion de nouveauté renvoie à « tout ce qui a été rendu accessible au public » tandis que la notion de secret renvoie à ce qui est « aisément accessible » aux hommes du métier. Il serait d'évidence incohérent qu'une information puisse ne pas être nouvelle au sens du droit des brevets – ce qui signifie qu'elle est accessible pour le public en général – tout en demeurant secrète – c'est-à-dire non accessible aux professionnels du secteur alors que ces derniers sont supposés être mieux informés sur les informations concernant leur profession que le public en général. Secret et nouveauté sont des notions jumelles sur le plan sémantique et sur le plan juridique.

Les enseignements de la jurisprudence développée, principalement par l'Office européen des brevets (« O.E.B. »), en ce qui concerne la notion de nouveauté doivent dès lors permettre de mieux cerner les critères d'appréciation du caractère secret d'un renseignement. Ce lien que nous établissons entre le secret et la nouveauté permet de transposer la jurisprudence en matière de nouveauté à la notion de secret et, ce faisant, de donner davantage de consistance à la notion de secret, à l'égard de laquelle la jurisprudence reste maigre. De plus, la jurisprudence de l'Office européen des brevets jouit d'une large reconnaissance et d'une grande autorité dans les États membres de l'O.E.B.

L'examen de la jurisprudence relative à la notion de nouveauté révèle trois critères permettant de vérifier l'existence d'un secret, ou plutôt la disponibilité d'une information. Selon la jurisprudence bien établie de l'O.E.B. : « une information est accessible au public même dans l'hypothèse où une seule personne non tenue au secret a eu la possibilité de prendre connaissance de l'information et de la comprendre »³⁰. En revanche, l'information est secrète lorsqu'elle est inaccessible aux hommes du métier sur au moins l'un des trois plans suivants : matériel, juridique et intellectuel.

³⁰ O.E.B., *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 7^e éd., septembre 2013, I.C.1., p. 93. C.R.T., 27 septembre 2004, T-1081/01 ; C.R.T., 9 décembre 2008, T-229/06 ; C.R.T., 25 septembre 2008, T-1510/06 ; C.R.T., 23 juin 2009, T-1309/07 ; C.R.T., 12 mars 2012, T-2/09 ; C.R.T., 2 février 2012, T-834/09.

III. – Les critères d'identification du secret

A. – L'accès matériel

Il ressort de l'article 39 ADPIC que l'information secrète est une information qui n'est ni généralement connue, ni aisément accessible. Bien qu'elle ne nous paraisse pas strictement nécessaire en tant que critère d'appréciation du secret, la notoriété de l'information est une question de fait qui ne soulève pas de difficultés particulières : la notoriété d'une information s'imposera, en principe, comme une évidence. Quant à l'accessibilité de l'information, ce critère renvoie aussi à une question de fait. Il convient d'abord de l'examiner sur le plan matériel. Il s'agira de vérifier si les hommes du métier peuvent, dans les faits, accéder aisément à l'information. Par exemple, l'information sera aisément accessible sur le plan matériel si elle est publiée sur un site Internet ouvert au public³¹. En revanche, l'information ne sera pas aisément accessible, sur le plan matériel, si elle se trouve dans une armoire fermée à clé et dont l'ouverture n'est possible que par le détenteur unique de ladite clé³².

L'accessibilité matérielle se distingue de la notoriété en ce sens qu'une possibilité d'accès par les tiers suffit³³ ; il n'est pas requis que les tiers accèdent effectivement à l'information, voire aient connaissance de l'existence de cette information et de la manière d'y accéder ou soient enclins à la rechercher³⁴. L'information est accessible dès qu'il est théoriquement possible d'en prendre connaissance³⁵.

Le support sur lequel l'information est matériellement accessible importe peu (support numérique, support graphique³⁶, divulgation orale³⁷...) ³⁸ de

³¹ La Chambre de recours technique de l'O.E.B. a identifié les critères permettant de décider si un document publié sur Internet est accessible au public dans la décision suivante : C.R.T., 12 mars 2012, T-1553/06. À propos des emails : C.R.T., 12 mars 2012, T-2/09. Voy. G.C.R., 18 décembre 1992, G-1/92, *J.O.O.E.B.*, 1993, p. 277.

³² Voy. Liège, 2 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 508.

³³ G.C.R., 18 décembre 1992, G-1/92, *J.O.O.E.B.*, 1993, p. 27 ; C.R.T., 10 novembre 1988, T-381/87, *J.O.O.E.B.*, 1990, p. 213 ; C.R.T., 5 octobre 2000, T-877/98.

³⁴ C.R.T., 27 novembre 2003, T-947/99 ; G.C.R., 18 décembre 1992, G-1/92, *J.O.O.E.B.*, 1993, p. 277 : « C'est le fait qu'il est possible d'accéder directement et clairement à une information donnée qui rend celle-ci accessible, qu'il y ait ou non des raisons conduisant à la rechercher ».

³⁵ C.R.T., 9 mai 1990, T-444/88.

³⁶ Par exemple : un journal local distribué à 24.000 exemplaires (C.R.T., 30 mai 2000, T-165/96).

³⁷ C.R.T., 16 juillet 1996, T-732/92 ; C.R.T., 10 février 1999, T-202/97. L'existence, la date et le contenu d'une telle divulgation doivent cependant pouvoir être établis avec certitude.

³⁸ Un seul exemplaire dactylographié ou manuscrit peut suffire. Il n'est pas non plus requis que l'antériorité soit un texte, il peut s'agir d'un dessin : C.R.T., 28 avril 1994, T-896/92 ; C.R.T., 24 juin 1985, T-204/83, *J.O.O.E.B.*, 1985, p. 310.

même que le lieu et la langue³⁹ de la divulgation⁴⁰ ou son époque⁴¹. En particulier, il n'y a pas lieu d'appliquer une limite d'ancienneté au-delà de laquelle une information divulguée redeviendrait *ipso facto* secrète⁴².

Si le critère d'accessibilité matérielle à l'information doit être appliqué largement, il convient toutefois de vérifier cette accessibilité dans chaque cas. Ainsi, l'Office européen des brevets a-t-il décidé qu'un mémoire de fin d'études envoyé aux archives d'une bibliothèque, sans accusé de réception, qui n'avait pas encore été inscrit au catalogue et mis à la disposition des usagers n'était pas « accessible »⁴³. Cet Office a aussi décidé que l'exploitation d'une invention dans un lieu privé et non accessible au public ne rendait pas celle-ci « accessible »⁴⁴. En revanche, l'accessibilité matérielle n'implique pas nécessairement que l'information soit disponible

³⁹ C.R.T., 17 juillet 2012, T-1688/08.

⁴⁰ Dans la mesure où le critère décisif reste celui de la « possibilité d'accès », il va de soi qu'une information très ancienne, ayant pour support unique un vieux parchemin écrit en sanscrit, ne pourrait pas être considérée comme faisant partie de l'état de la technique.

⁴¹ C.R.T., 17 novembre 2006, T-1408/04 ; C.R.T., 16 juin 2004, T-1019/99. Cependant si le document est négligé par les professionnels du secteur pendant une longue durée, il peut être exclu de l'état de la technique : C.R.T., 15 février 2002, T-479/00. *Contra* : C.R.T., 2 décembre 1998, T-153/97 ; C.R.T., 6 mai 2010, T-1397/07.

⁴² Directives relatives à l'examen pratiqué à l'O.E.B. (septembre 2013), G-IV-1. Toutefois, le contenu de chaque divulgation s'apprécie à la date à laquelle la divulgation a été produite : « Un objet décrit dans un document ne peut être considéré comme ayant été mis à la disposition du public et par conséquent comme compris dans l'état de la technique conformément à l'article 54(1) que si les informations qu'il fournit à l'homme du métier sont suffisantes pour lui permettre, à la date pertinente du document (cf. G-VI, 3), de mettre en pratique l'enseignement technique qui fait l'objet du document, compte tenu également des connaissances générales qu'il est censé posséder en la matière à cette date (cf. T 26/85, T 206/83 et T 491/99) » (Directives relatives à l'examen pratiqué à l'O.E.B. (septembre 2013), G-VI-2). « Selon la jurisprudence constante des chambres de recours, le contenu de l'état de la technique doit être interprété comme l'homme du métier pouvait le comprendre à la date où il été rendu accessible au public » (O.E.B., *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 7^e éd., septembre 2013, I.C.1., p. 79). Voy. C.R.T., 19 décembre 2001, T-786/00.

⁴³ C.R.T., 21 juin 2001, T-314/99 ; voy. C.R.T., 21 novembre 1994, T-729/91. L'édition d'un catalogue décrivant l'invention ne prouve pas sa distribution au public : C.R.T., 25 août 1998, T-48/96 ; C.R.T., 28 avril 1998, T-77/94. Il en va de même des documents d'une entreprise : C.R.T., 7 février 2000, T-37/96. En revanche, lorsque des publications renvoient au rapport interne d'un institut de recherche contenant l'antériorité et qui est disponible pour tout tiers sur simple demande, l'invention est rendue accessible au public : C.R.T., 13 juillet 1999, T-611/95. Par ailleurs, il a aussi été décidé que le document déposé entre les mains d'un bibliothécaire en vue de sa mise en rayon est rendu accessible au public dès le moment du dépôt car le bibliothécaire fait partie du « public » : C.R.T., 2 février 2012, T-834/09.

⁴⁴ C.R.T., 12 mars 1991, T-245/88 ; C.R.T., 29 octobre 1998, T-901/95.

gratuitement. Le fait de faire payer l'accès à une information ne rend pas celle-ci inaccessible⁴⁵.

La disponibilité de l'information peut aussi découler de son utilisation. En particulier, lorsque l'information peut être obtenue en analysant le produit, le service ou le procédé dans lequel elle est mise en œuvre, la commercialisation dudit produit, service ou procédé entraînera l'accessibilité matérielle de l'information et ce, même si le produit, le service ou le procédé concerné n'a été exploité qu'à des fins de démonstration⁴⁶, à des fins promotionnelles⁴⁷ ou simplement exposé en vente⁴⁸ ou si quelques exemplaires ont été mis à la disposition de tiers à des fins d'essais⁴⁹. Dans la même perspective, la jurisprudence en matière de brevets enseigne qu'en règle une seule vente suffit à détruire la nouveauté⁵⁰, même si l'acquéreur n'est pas un homme du métier⁵¹, sauf si les caractéristiques essentielles de l'invention ne sont plus perceptibles dans le produit fini⁵² (dans ce cas, la possibilité d'accès est inexistante).

Le critère décisif demeure l'existence d'une « possibilité d'accès ». Considérons à titre d'exemple qu'un produit incorporant l'information soit simplement exposé ; l'existence d'une possibilité d'accès ne sera vérifiée que si l'aspect extérieur du produit permet à lui seul d'accéder à l'information concernée⁵³ ou si les éléments constitutifs de l'information sont expliqués par le vendeur au candidat acheteur du produit⁵⁴.

⁴⁵ C.R.T., 22 juillet 2003, T-1030/00.

⁴⁶ C.R.T., 29 septembre 1983, T-84/83.

⁴⁷ Civ. Bruxelles, 17 janvier 2003, *I.R. D.I.*, 2003, p. 140 ; Anvers, 16 février 1994, R.G. 3979/92. Dans le même sens, l'O.E.B. considère que la présentation technique de l'invention dans une brochure, un catalogue ou un prospectus distribué à la clientèle détruit la nouveauté de l'information : C.R.T., 11 juillet 2012, T-111/08 ; C.R.T., 16 octobre 2007, T-804/05 ; C.R.T., 11 février 2003, T-55/01 ; C.R.T., 10 octobre 1989, T-173/83, *J.O.O.E.B.*, 1987, p. 465 ; C.R.T., 25 mars 1984, T-958/91 ; C.R.T., 11 février 2003, T-55/01. Toutefois, dans une affaire plus récente, l'O.E.B. a décidé qu'un descriptif de produit ne permet pas d'induire une mise à la disposition du public par la commercialisation s'il est possible que les clients se voient imposer une obligation de confidentialité : C.R.T., 25 janvier 2011, T-278/09.

⁴⁸ C.R.T., 26 septembre 1991, T-87/90.

⁴⁹ C.R.T., 14 mai 2009, T-1464/05 ; C.R.T., 29 avril 1997, T-809/95 ; C.R.T., 13 septembre 1994, T-602/91 ; C.R.T., 20 juin 1996, T-1054/92 ; C.R.T., 19 avril 2012, T-1587/09. Sur la divulgation d'un médicament lors d'essais cliniques : C.R.T., 7 juillet 2011, T-7/07 ; *contra* : C.R.T., 28 septembre 2004, T-906/01.

⁵⁰ C.R.T., 11 décembre 1990, T-482/89, *J.O.O.E.B.*, 1992, p. 646 ; C.R.T., 19 novembre 1993, T-327/91 ; C.R.T., 5 juillet 1994, T-462/91 ; C.R.T., 28 novembre 1996, T-301/94 ; C.R.T., 11 avril 2001, T-1022/99.

⁵¹ C.R.T., 12 mai 1992, T-953/90 et T-969/90.

⁵² Rb. 's-Gravenhage, 7 novembre 2007, *B.I.E.*, 2008, p. 480.

⁵³ C.R.T., 27 octobre 1997, T-398/90.

⁵⁴ C.R.T., 11 juillet 2012, T-111/08 ; C.R.T., 26 septembre 1991, T-87/90.

Poursuivons notre exemple. Imaginons que le produit soit vendu ; que l'acheteur l'emporte avec lui et que l'information incorporée dans le produit soit potentiellement accessible à la suite du démontage du produit. Sur le plan théorique, l'information devient alors matériellement accessible. Toutefois, dans ce cas, la jurisprudence tend à considérer que l'existence d'une possibilité d'accès n'est pas vérifiée lorsque la durée et le coût de ces opérations rendent leur réalisation peu probable⁵⁵ ou lorsqu'elles n'ont pas été rendues possibles compte tenu du mode de divulgation⁵⁶. Si, au contraire, le produit peut être analysé sans difficulté, son exposition ou, le cas échéant sa commercialisation, entraîne la divulgation de l'information⁵⁷.

On retiendra qu'en règle la divulgation par l'usage détruit le caractère secret d'une information.

B. – L'accès juridique

Sur le plan juridique, la possibilité d'accès implique que les hommes du métier soient en mesure d'accéder, d'utiliser et de divulguer l'information licitement. À cet égard, la jurisprudence de l'Office européen des brevets enseigne que n'est pas réputé accessible au public, l'objet pour lequel le respect du secret a été stipulé expressément ou tacitement parce qu'il découlait des circonstances. Pour s'inscrire dans l'état de la technique, l'information doit être connue ou accessible à d'autres personnes

⁵⁵ C.R.T., 17 avril 1991, T-461/88, *J.O.O.E.B.*, 1993, p. 295. *Contra* : C.R.T., 20 février 1990, T-390/88 ; C.R.T., 17 août 1994, T-952/92, *J.O.O.E.B.*, 1995, p. 755 : « la chambre a considéré qu'une utilisation antérieure connue du public a pour effet de rendre accessible tout ce que l'homme du métier peut découvrir à partir d'une analyse du produit déjà utilisé, effectuée selon des procédés d'analyse appartenant à l'état de la technique. La question de la difficulté excessive de l'analyse est sans importance pour déterminer si la composition d'un produit a été rendue accessible au public » (O.E.B., *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 5^e éd., décembre 2006, I.C.2., p. 88).

⁵⁶ Par exemple, l'exposition dans une foire n'implique pas que les visiteurs puissent démonter l'invention : C.R.T., 12 mars 1991, T-245/88 ; C.R.T., 25 février 1992, T-363/90 ; C.R.T., 26 septembre 1991, T-87/90 ; C.R.T., 20 juillet 1988, T-208/88, *J.O.O.E.B.*, 1992, p. 22.

⁵⁷ C.R.T., 2 mars 1988, T-406/86, *J.O.O.E.B.*, 1989, p. 302 ; C.R.T., 12 mai 1992, T-953/90 et T-969/90. La décision G-1/92 précise que « si l'homme du métier parvient à découvrir la composition ou la structure interne du produit et à la reproduire sans difficulté excessive, alors le produit et sa composition ou sa structure interne sont compris dans l'état de la technique » (O.E.B., *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 5^e éd., décembre 2006, I.C.2., p. 88) ; G.C.R., 18 décembre 1992, G-1/92, *J.O.O.E.B.*, 1993, p. 27).

que celles qu'astreignent au secret leur profession (la loi ou les règles de déontologie)⁵⁸, leurs contrats (les clauses de confidentialité)⁵⁹ et plus largement, les usages⁶⁰. En particulier, les travailleurs d'une entreprise étant légalement obligés de conserver la confidentialité de tous les secrets d'affaires de leur employeur, une divulgation à leur profit n'est pas, en règle, destructrice de nouveauté⁶¹ ou du caractère secret de l'information.

La possibilité de rendre une information indisponible en imposant une obligation de confidentialité à ses destinataires permet de conserver le caractère secret de l'information tout en partageant celle-ci avec plusieurs personnes, ce qui est d'une grande utilité dans la pratique.

À l'inverse, lorsque l'information est portée à la connaissance de personnes qui ne sont pas tenues d'en conserver le secret, elle perd son caractère secret pour autant que cette divulgation rende l'information généralement connue ou aisément accessible aux hommes du métier.

L'Office européen des brevets considère que « une information est accessible au public même dans l'hypothèse où une seule personne non tenue au secret a eu la possibilité de prendre connaissance de l'information et

⁵⁸ Par exemple, l'article 17 LCT. En matière médicale : C.R.T., 28 septembre 2004, T-906/01 ; C.R.T., 22 avril 2004, T-152/03. Concernant les notaires : C.R.T., 15 mars 2012, T-1553/06.

⁵⁹ C.R.T., 14 novembre 2000, T-838/97 ; C.R.T., 27 octobre 2011, T-1469/08.

⁶⁰ Voy. J.-M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Paris, Litec, 1984, n° 244, p. 266 ; C.R.T., 28 juillet 1992, T-877/90 ; C.R.T., 28 août 1989, T-300/86 ; C.R.T., 27 septembre 2004, T-1081/01. Sur l'obligation de confidentialité tacite découlant d'un contrat de commande : C.R.T., 10 novembre 1994, T-1085/92 ; C.R.T., 23 juillet 1993, T-830/90, *J.O.O.E.B.*, 1994, p. 713 ; C.R.T., 3 février 1994, T-799/91 ; C.R.T., 18 octobre 1996, T-823/93 ; C.R.T., 6 octobre 1993, T-887/90 ; C.R.T., 25 janvier 1994, T-541/92 ; C.R.T., 16 février 1995, T-1076/93. Sur l'obligation tacite de confidentialité découlant d'une présentation à un acheteur professionnel dans les locaux de celui-ci : C.R.T., 31 mai 1994, T-634/91 ; C.R.T., 7 décembre 2000, T-478/99 ; en sens inverse (absence de confidentialité) : C.R.T., 13 février 1997, T-292/93. Sur l'obligation de confidentialité implicite dans des pourparlers préalables à la conclusion d'un partenariat pour la production ou la commercialisation de l'invention : C.R.T., 2 avril 1996, T-818/93 ; Rb. 's-Gravenhage, 7 novembre 2007, *B.I.E.*, 2008, p. 480. La confidentialité est implicite dans une *joint-venture* : C.R.T., 20 novembre 1996, T-472/92, *J.O.O.E.B.*, 1998, p. 161. Un mémoire de fin d'études n'est pas confidentiel : C.R.T., 24 octobre 2001, T-151/99 ; C.R.T., 10 février 1999, T-202/97. Il ressort de la jurisprudence de l'O.E.B. que l'intérêt du bénéficiaire de la divulgation à conserver la confidentialité de l'invention est déterminant dans l'appréciation de l'existence d'une obligation implicite de confidentialité (C.R.T., 29 avril 1997, T-809/95) de même que la volonté de l'auteur de la divulgation (C.R.T., 13 septembre 1994, T-602/91). Voy. C.R.T., 8 juillet 2005, T-972/02 ; C.R.T., 25 septembre 2008, T-1511/06 et T-1512/06 ; C.R.T., 23 juin 2009, T-1309/07 ; C.R.T., 15 octobre 2010, T-1168/09.

⁶¹ C.R.T., 10 novembre 1994, T-1085/92. Sur la confidentialité de la correspondance entre deux sociétés : C.R.T., 5 novembre 1996, T-480/95.

de la comprendre »⁶². *A fortiori*, l'information communiquée à un groupe limité de personne aura été rendue accessible au public⁶³. Il ressort de cette jurisprudence que le nombre de personnes concernées par la divulgation importe peu. Par ailleurs, l'O.E.B. a décidé que « l'information divulguée qui fait l'objet d'un accord de confidentialité ne devient pas accessible au public uniquement en raison de l'expiration de l'obligation de confidentialité. Un acte distinct de divulgation est requis »⁶⁴.

Sur le plan probatoire, il appartient à celui qui revendique la protection d'établir l'existence d'une obligation de confidentialité⁶⁵. De la même manière, il appartient à celui qui invoque l'existence d'une « possibilité d'accès » de démontrer l'existence de cette possibilité⁶⁶ et ce, de manière circonstanciée. Lorsque les éléments soumis manquent de précision et qu'ils ne permettent pas de constater avec un degré de certitude raisonnable que l'information a été divulguée, celle-ci ne perd pas son caractère secret⁶⁷.

Si le critère de la disponibilité juridique de l'information divulguée n'est pas clairement mentionné dans l'article 39 ADPIC, ce critère est implicitement visé de deux manières dans cette disposition. D'une part,

⁶² O.E.B., *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 7^e éd., septembre 2013, I.C.1., p. 88 ; C.R.T., 27 septembre 2004, T-1081/01 ; C.R.T., 10 novembre 2009, T-1829/06.

⁶³ C.R.T., 28 juillet 1992, T-877/90 ; C.R.T., 16 juillet 1996, T-732/92 ; C.R.T., 10 février 1999, T-202/97 (les participants à un congrès) ; C.R.T., 27 août 1992, T-228/91 (les élèves d'un cours) ; C.R.T., 13 février 1997, T-292/93 (la démonstration à des clients potentiels).

⁶⁴ C.R.T., 27 septembre 2004, T-1081/01. Traduction libre de : « Information provided subject to a confidentiality agreement does not become available to the public merely by reason of the expiry of the obligation to keep it confidential. Some separate act of making it available to the public would be needed ». Voy. C.R.T., 25 octobre 2011, T-1057/09.

⁶⁵ C.R.T., 20 juin 1996, T-1054/92 ; C.R.T., 8 décembre 1992, T-221/91 ; C.R.T., 12 mai 1992, T-969/90 ; C.R.T., 20 juin 1996, T-1054/92.

⁶⁶ C.R.T., 22 janvier 1985, T-193/84 ; C.R.T., 7 décembre 1988, T-73/86 ; C.R.T., 8 juin 1989, T-162/87 ; C.R.T., 22 février 1989, T-293/87 ; C.R.T., 10 novembre 1988, T-381/87, *J.O.O.E.B.*, 1990, p. 213 ; C.R.T., 12 mars 1991, T-245/88 ; C.R.T., 23 juillet 1992, T-82/90 ; C.R.T., 18 février 1992, T-600/90 ; C.R.T., 28 avril 1993, T-267/91 ; C.R.T., 22 juin 1994, T-782/92 ; C.R.T., 22 mars 1994, T-34/94 ; C.R.T., 29 novembre 1994, T-326/93 ; C.R.T., 20 novembre 1996, T-472/92, *J.O.O.E.B.*, 1998, p. 161 ; C.R.T., 1^{er} avril 1997, T-750/94, *J.O.O.E.B.*, 1998, p. 32. Quant à la preuve du contenu d'une divulgation orale, voy. C.R.T., 14 mai 2001, T-1212/97 ; C.R.T., 9 septembre 1997, T-86/95 ; C.R.T., 21 octobre 1998, T-348/94. Sur la preuve d'une divulgation sur Internet : C.R.T., 2 septembre 2005, T-373/03 ; C.R.T., 16 janvier 2007, T-1134/06 ; C.R.T., 8 janvier 2008, T-1875/06 ; C.R.T., 17 novembre 2011, T-2339/09 ; C.R.T., 3 juillet 2012, T-990/09.

⁶⁷ Civ. Bruxelles, 12 décembre 2003, *I.R. D.I.*, 2004, p. 284 ; appel : Bruxelles, 14 février 2006, *I.R. D.I.*, 2006, p. 153. Voy. Civ. Mons, 9 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 14 ; concernant l'incertitude de la date de publication d'un document sur Internet : Civ. Bruxelles, 19 décembre 2008, *I.C.I.P.*, 2009, p. 68.

l'article 39 ADPIC porte sur la protection des renseignements secrets par le droit de la concurrence déloyale et la note infrapaginale sous cette disposition précise que « aux fins de cette disposition, l'expression "d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes" s'entendra au moins des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit, et comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant ».

Les agissements devant être considérés comme déloyaux en vertu de l'article 39 ADPIC renvoient à un accès matériel à l'information qui serait entaché d'illicéité en raison de la violation d'une obligation légale ou conventionnelle. Dans la mesure où l'article 39 ADPIC vise à sanctionner l'accès illicite à une information *secrète*, cette disposition repose sur le postulat que l'information puisse demeurer secrète tout en étant matériellement accessible pour autant que les personnes susceptibles de donner accès à l'information soient obligées à la confidentialité. Si ce postulat n'était pas admis, l'article 39 ADPIC n'aurait aucun intérêt. L'article 39 ADPIC ne protège que les renseignements non divulgués, c'est-à-dire secrets. Si l'information peut perdre son caractère secret en raison de sa seule disponibilité matérielle, quand bien même l'accès serait illicite, la protection établie par l'article 39 ADPIC ne pourrait plus s'appliquer aux informations matériellement accessibles en raison d'un acte illicite. Or, il s'agit là de son seul champ d'application. L'article 39 ADPIC prévoit qu'un accès illicite à l'information doit être sanctionné. Implicitement, l'article 39 ADPIC admet ainsi qu'une information disponible sur le plan matériel reste secrète si elle n'est pas disponible sur le plan juridique.

D'autre part, l'article 39 ADPIC renvoie à la notion d'accessibilité juridique de l'information en reconnaissant que le bénéficiaire de la protection est celui qui exerce licitement un contrôle sur l'information. La notion de « contrôle » évoque notamment la faculté d'imposer à des tiers des obligations de confidentialité et de non-usage de l'information et le pouvoir d'exiger le respect de ces obligations. L'article 39 ADPIC admet ici aussi que l'information puisse être détenue par plusieurs personnes tout en demeurant secrète, aussi longtemps que les détenteurs restent soumis au contrôle de la personne qui leur a divulgué l'information.

Il convient dès lors de retenir que la disponibilité de l'information sur le plan juridique constitue le deuxième critère permettant de vérifier le caractère secret d'une information.

C. – L'accès intellectuel

Afin de vérifier qu'une information n'est pas secrète, la possibilité d'accès à l'information doit enfin être examinée sur le plan intellectuel. Il ne suffit pas que l'information soit juridiquement et matériellement accessible à une personne pour qu'elle perde son caractère secret, il est encore requis que cette personne soit en mesure de comprendre l'information dont question⁶⁸. À titre d'exemple, l'Office européen des brevets a considéré qu'un homme du métier était susceptible de prendre connaissance d'une information contenue dans un journal de petites annonces distribué à vingt-quatre mille exemplaires à l'homme de la rue dans la banlieue de Copenhague⁶⁹ mais il a refusé de considérer comme étant « accessible » une information technique divulguée lors d'une conférence à laquelle aucun homme du métier n'assistait⁷⁰.

L'appréciation du critère de l'accès intellectuel à l'information est relativement aisée lorsqu'il s'agit de confronter une information divulguée dans un contexte précis avec le public atteint par cette divulgation et de vérifier si ce public était ou non en mesure de comprendre la divulgation. En revanche, la vérification de l'accès intellectuel à l'information est plus compliquée lorsque l'information prétendument secrète n'a jamais été divulguée intégralement dans une source unique mais que l'agencement de différentes sources par un homme du métier, éventuellement complété par ses propres connaissances générales, devrait lui permettre de reconstituer l'objet du secret.

Deux questions se posent ici. La première porte sur la perte du caractère secret de l'information en l'absence d'une divulgation complète de cette information dans une source unique. En d'autres termes, peut-on considérer qu'une information perd son caractère secret si elle n'a jamais été divulguée comme telle mais que le secret peut être percé en combinant différentes sources ? Une réponse affirmative à cette première question soulève inmanquablement une seconde question : sur la base de quels critères peut-on décider que l'homme du métier serait ou non susceptible

⁶⁸ C.R.T., 28 juillet 1992, T-877/90 ; C.R.T., 18 juin 1995, T-406/92.

⁶⁹ C.R.T., 30 mai 2000, T-165/96. Dans le même sens : C.R.T., 28 septembre 2005, T-267/03.

⁷⁰ Dans ce cas en effet, la condition nécessaire pour que l'accessibilité à l'information soit avérée est qu'au moins un homme de métier soit présent dans l'assistance pour comprendre l'exposé lors de la divulgation. Toutefois, si cette considération est pertinente dans le cas d'une description orale, « elle n'est pas transposable à une divulgation liée à la mise à disposition d'un objet dont il peut être fait usage librement » (O.E.B., *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 7^e éd., septembre 2013, I.C.1., p. 94) ; C.R.T., 29 avril 1997, T-809/95.

d'agencer les différentes sources nécessaires à la reconstitution de l'information concernée ? Y-a-t-il une limite quant aux nombres de sources à agencer au-delà de laquelle l'information resterait secrète ? Les informations à agencer doivent-elles provenir d'un même domaine technique ou peuvent-elles être issues de domaines techniques différents ?

Nous nous tournons à nouveau vers la jurisprudence en matière de brevets afin de répondre à ces interrogations.

En droit des brevets, « l'état de la technique » (l'ensemble des connaissances disponibles au moment où l'inventeur sollicite la délivrance du brevet, dénommées « antériorités ») sert à apprécier deux conditions de brevetabilité : la nouveauté et l'activité inventive. Mais l'utilisation qui est faite de l'état de la technique diffère fondamentalement selon qu'il s'agit d'examiner la nouveauté de l'invention ou l'activité inventive.

Lorsqu'il s'agit d'examiner la nouveauté de l'invention, il est requis que l'antériorité destructrice de nouveauté soit une antériorité dite « compacte », « c'est-à-dire qu'elle doit contenir l'invention dans son intégralité ; qu'il faut donc que toutes les caractéristiques de l'invention s'y retrouvent et que le même résultat technique en résulte »⁷¹. Ceci signifie que la nouveauté d'une invention est établie dès que l'on constate des différences entre l'antériorité d'un côté, et l'invention, d'un autre côté⁷². Il s'ensuit notamment qu'une antériorité générique ne peut pas détruire la nouveauté d'une invention portant sur une application particulière de l'élément générique⁷³. Doivent être également écartées, les antériorités qui ne mentionnent pas l'exacte combinaison des moyens mis en œuvre

⁷¹ Civ. Mons, 9 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 894 ; Bruxelles, 25 avril 2006, R.G. 2003/2243 ; Civ. Bruxelles, 18 septembre 1995, *Ing.-Cons.*, 1996, p. 116 ; Civ. Liège, 7 septembre 1993, *Ing.-Cons.*, 1993, p. 297 ; Civ. Mons, 7 février 1995, *Ing.-Cons.*, 1995, p. 77 ; Civ. Bruxelles, 28 novembre 2008, *I.R. D.I.*, 2009, p. 147 ; Comm. Liège, 2 février 1993, *Ing.-Cons.*, 1993, p. 16 ; C.R.T., 20 janvier 2003, T-410/99 ; C.R.T., 14 septembre 1999, T-515/98 ; C.R.T., 26 mars 1986, T-206/83, *J.O.O.E.B.*, 1987, p. 5 ; C.R.T., 27 janvier 1994, T-160/92, *J.O.O.E.B.*, 1995, p. 35 ; C.R.T., 22 avril 1997, T-327/92 ; C.R.T., 5 septembre 2001, T-231/01 ; C.R.T., 27 mai 1993, T-511/92 ; C.R.T., 11 janvier 2000, T-411/98 ; C.R.T., 14 octobre 1994, T-465/92, *J.O.O.E.B.*, 1996, p. 32 ; C.R.T., 19 mars 1996, T-378/94 ; C.R.T., 21 mai 1997, T-464/94.

⁷² C.R.T., 5 juin 2012, T-1859/08 ; C.R.T., 16 janvier 2006, T-715/03 ; C.R.T., 17 octobre 2007, T-892/05.

⁷³ Ainsi, le tribunal de première instance de Liège a considéré que la divulgation d'un produit comprenant des « pièces de métal tel que l'aluminium » ne détruisait pas la nouveauté d'un produit similaire comprenant des « fines pièces d'acier trempé » au motif que « la divulgation générique ne détruit pas la nouveauté d'un exemple spécifique relevant de cette divulgation » (Civ. Liège, 16 décembre 2005, R.G. 2004/5800/A). Voy. C.R.T., 30 août 2006, T-452/05 ; C.R.T., 26 avril 2001, T-60/99 ; C.R.T., 18 février 1993, T-651/91 ; voy. C.R.T., 10 mai 2001, T-427/00.

dans l'invention en cause, avec leur succession essentielle en vue d'un résultat indiqué avec précision⁷⁴.

En règle, lorsque l'on apprécie la nouveauté d'une invention, il n'est donc pas permis de combiner divers éléments de l'état de la technique pour reconstituer l'invention. Il est fait exception à cette règle lorsque l'agencement a été expressément suggéré dans une antériorité⁷⁵, en particulier au moyen d'une référence vers un autre document également accessible⁷⁶. On admet également que le contenu d'une antériorité soit combiné avec les connaissances générales de l'homme du métier pour apprécier la nouveauté⁷⁷. En outre, les éléments implicitement contenus dans une antériorité en ce sens qu'ils découlent directement et sans équivoque du document pour l'homme de métier, doivent également être considérés comme étant compris dans l'état de la technique⁷⁸.

Lorsqu'il s'agit d'examiner l'activité inventive (l'originalité de l'invention), on vérifie que, pour un homme du métier, l'invention « ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique »⁷⁹. Il s'agit d'écarter de la protection, les inventions qui ne dépassent pas l'habileté courante de l'homme du métier supposé informé de l'ensemble des techniques antérieures⁸⁰.

Et un homme du métier peut évidemment combiner plusieurs informations tirées de sources différentes. L'état de la technique susceptible

⁷⁴ C.R.T., 26 octobre 2009, T-1437/07 ; C.R.T., 21 octobre 2010, T-491/08 ; Civ. Bruxelles, 14 juillet 1951, *Ing.-Cons.*, 1952, p. 168 ; Bruxelles, 10 janvier 1967, *Ing.-Cons.*, 1967, p. 190.

⁷⁵ Sur les inventions de sélection-agencement, voy. C.R.T., 9 février 1982, T-12/81, *J.O.O.E.B.*, 1982, p. 296 ; C.R.T., 28 février 1985, T-198/84, *J.O.O.E.B.*, 1985, p. 209 ; C.R.T., 3 juillet 1991, T-279/89 ; C.R.T., 10 septembre 1991, T-666/89, *J.O.O.E.B.*, 1993, p. 495 ; C.R.T., 6 juin 1986, T-17/85, *J.O.O.E.B.*, 1986, p. 406.

⁷⁶ C.R.T., 13 juillet 1999, T-611/95 ; C.R.T., 11 décembre 1986, T-153/85, *J.O.O.E.B.*, 1988, p. 1 ; C.R.T., 13 juillet 1993, T-645/91 ; C.R.T., 9 février 1994, T-942/91 ; C.R.T., 21 février 1995, T-422/92 ; C.R.T., 15 septembre 1995, T-239/94. Le renvoi doit être suffisamment précis : C.R.T., 21 juillet 1999, T-610/95 ; C.R.T., 23 juillet 1987, T-291/85, *J.O.O.E.B.*, 1988, p. 302 ; C.R.T., 8 septembre 1997, T-866/93. Voy. cependant Bruxelles, 25 avril 2006, R.G. 2003/2243.

⁷⁷ C.R.T., 8 juillet 1992, T-233/90 ; voy. C.R.T., 1^{er} décembre 1992, T-288/90.

⁷⁸ Voy. Directives relatives à l'examen pratiqué à l'O.E.B. (septembre 2013), G-VI-1. C.R.T., 3 août 2011, T-701/09 ; C.R.T., 24 novembre 2009, T-1523/07. Comp. Bruxelles, 17 septembre 2004, *Ing.-Cons.*, 2004, p. 367 ; C.R.T., 20 janvier 1987, T-167/84, *J.O.O.E.B.*, 1987, p. 369 ; C.R.T., 12 septembre 2002, T-652/01.

⁷⁹ Art. 56 CBE et art. 6 LBI.

⁸⁰ Bruxelles, 16 juin 2006, *Ing.-Cons.*, 2006, p. 503 ; Civ. Liège, 7 janvier 2005, *I.R. D.I.*, 2005, p. 17 et Civ. Liège, 16 décembre 2005, R.G. 2004/5800/A ; Civ. Liège, 10 février 1999, *Ing.-Cons.*, 1999, p. 434 ; Civ. Liège, 6 décembre 2007, *I.C.I.P.*, 2008, p. 118.

d'anéantir l'activité inventive peut donc être reconstitué en combinant plusieurs antériorités tirées de sources différentes. En d'autres termes, afin d'apprécier l'activité inventive, il convient de tenir compte de plusieurs antériorités, éventuellement en combinant celles-ci et de se demander si la connaissance simultanée de plusieurs antériorités aurait pu conduire le professionnel moyen, automatiquement et sans effort particulier, à l'invention considérée⁸¹. Si la réponse à cette question est positive, l'invention ne pourra pas faire l'objet d'un brevet, pour défaut d'activité inventive.

Le droit des brevets comprend donc deux manières distinctes d'appréhender l'état de la technique dans la mise en œuvre des conditions de brevetabilité. L'état de la technique doit inclure une antériorité compacte pour détruire la nouveauté de l'invention alors que l'état de la technique permettant de démontrer l'absence d'activité inventive peut être constitué de l'agencement de plusieurs antériorités distinctes et dont aucune ne contient à elle seule l'intégralité de l'invention.

Quel est l'état de la technique permettant d'évaluer le caractère secret d'une information ? Pour être accessible, l'information doit-elle être « compacte » ou peut-elle être disponible en combinant différentes sources ? Le secret disparaît-il dès qu'un homme du métier est capable de reconstituer l'information concernée en combinant différentes antériorités ou, au contraire, le secret ne disparaît-il que si et seulement si l'information est accessible dans d'une seule et même source ?

Bien que la thèse de l'information compacte puisse se prévaloir d'arguments sérieux, nous considérons que l'information devient accessible dès qu'un homme du métier est en mesure de percer le secret en agencant différentes sources non secrètes. Ci-dessous, nous exposerons d'abord les arguments qui étayaient la thèse de l'information compacte avant de montrer pourquoi la thèse de la combinaison évidente de données publiques doit être retenue.

La thèse de l'information compacte peut en apparence s'appuyer sur un argument de texte. Le texte de l'article 39 ADPIC semble en effet indiquer que seule une information compacte est susceptible d'anéantir le caractère secret d'un renseignement non divulgué. Cette disposition stipule que sont réputés secrets, les renseignements « qui dans leur globalité ou

⁸¹ C.R.T., 12 août 2010, T-1126/09 ; C.R.T., 2 juillet 2012, 1014/07 ; C.R.T., 10 octobre 2011, T-715/09 ; C.R.T., 12 mars 2004, T-302/02 ; C.R.T., 22 juin 2012, T-881/09 ; Civ. Liège, 7 janvier 2005, *I.R. D.I.*, 2005, p. 157 ; Bruxelles, 17 septembre 2004, *Ing.-Cons.*, 2004, p. 36 ; Bruxelles, 25 avril 2006, R.G. 2003/2243 ; Civ. Bruxelles, 12 décembre 2003, *I.R. D.I.*, 2004, p. 284 ; Bruxelles, 14 février 2006, *I.R. D.I.*, 2006, p. 153.

dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments » ne sont pas aisément et licitement accessibles. Certain liront peut-être dans ce libellé l'exigence d'une information compacte, à savoir une seule source contenant le même agencement des différentes informations concernées, pour anéantir le caractère secret du renseignement.

Au-delà de l'argument de texte, la thèse de l'information compacte bénéficie d'une apparence de légitimité et ce, pour les deux motifs suivants. D'une part, l'intérêt de la protection des informations secrètes par le droit de la concurrence déloyale – c'est-à-dire l'objet de l'article 39 ADPIC – serait sensiblement énérvé si l'on devait limiter la protection aux seules informations procédant d'une activité inventive.

Ainsi, dans le domaine des informations techniques, le secret constitue précisément un mode de protection pour les inventions non brevetables, par exemple parce qu'elles ne satisfont pas à l'exigence d'une activité inventive. Exiger que l'information secrète se démarque de ce qui est déjà accessible en présentant une certaine originalité, qui la soustrait à l'accessibilité intellectuelle des professionnels du secteur, porterait atteinte au caractère subsidiaire ou alternatif de la protection par le secret en excluant du champ d'application de l'article 39 ADPIC toutes les informations *de facto* secrètes – en ce sens qu'elles ne sont pas accessibles en tant que telles – mais qui ne sont pas suffisamment originales pour être brevetables.

D'autre part, à la différence du brevet, la protection des renseignements non divulgués par le droit de la concurrence déloyale ne fait pas naître un droit exclusif opposable *erga omnes* dans le chef du détenteur de ces renseignements. La protection n'est opposable qu'aux seuls tiers qui porteraient atteinte au caractère secret de l'information et à la condition que cette atteinte soit réalisée de manière illicite. En revanche, si le tiers découvre ou reconstruit lui-même l'information secrète, il n'est pas possible de lui interdire l'utilisation et la divulgation de cette information : sa liberté n'est nullement affectée par la connaissance antérieure de l'information par le détenteur du secret.

La reconnaissance du caractère secret d'un renseignement qui est simplement « nouveau » sans procéder d'une « activité inventive », n'empêchera dès lors pas les tiers d'utiliser des informations identiques pour autant que l'obtention et l'utilisation de ces informations ne soit pas frappée d'illicéité. Le détenteur d'une information secrète qui ne présente aucune originalité et n'est pas inventive ne disposera d'aucun moyen d'action à l'encontre d'un tiers qui aurait ultérieurement obtenu la même information d'une manière licite soit auprès d'un autre tiers, soit en reconstituant lui-même l'information en combinant divers éléments librement

accessibles. À première vue, la reconnaissance du caractère secret d'une information simplement nouvelle (au sens du droit des brevets), sans procéder d'une activité inventive, ne devrait pas poser de problèmes aux tiers. La thèse de l'information compacte semble admissible.

Nous considérons néanmoins que la thèse de l'information compacte doit être écartée. La thèse de l'information compacte manque de cohérence car elle implique qu'une information puisse ne pas procéder d'une activité inventive (c'est-à-dire être évidente pour l'homme du métier, découler d'une manière évidente de ses connaissances) tout en étant secrète, à savoir ne pas lui être aisément accessible.

Quant à l'argument de texte relevé ci-dessus pour soutenir la thèse de l'information compacte, il nous semble que l'article 39 ADPIC n'implique nullement le manque de cohérence dénoncé ci-dessus. Cette disposition pose un critère fondamental afin de distinguer ce qui doit être réputé secret et ce qui ne doit pas l'être : la possibilité d'accès. L'article 39 ADPIC requiert que l'information secrète ne soit pas généralement connue ou aisément accessible comme telle ou dans l'assemblage précis de ses composants. Et une information qui peut être aisément reconstituée au départ de quelques sources est d'évidence aisément accessible au sens de l'article 39 ADPIC.

C'est pourquoi nous considérons qu'il convient d'appliquer au caractère secret d'un renseignement, sur le plan intellectuel, la même grille d'évaluation que celle permettant de vérifier l'activité inventive d'une invention.

L'homme du métier peut être considéré comme ayant intellectuellement accès aux informations constituées de l'agencement banal de différentes données publiques. Vu qu'un renseignement perd son caractère secret lorsqu'il devient accessible aux hommes du métier et que l'homme du métier est intellectuellement capable d'agencer différentes données, il convient de décider qu'une information formée de l'agencement évident de plusieurs données qui sont toutes individuellement accessibles, n'a aucun caractère secret.

La possibilité d'accès doit cependant être aussi vérifiée sur les plans matériel et juridique. Si l'agencement des données requiert un travail tellement fastidieux qu'il ne paraît pas raisonnable qu'un homme du métier l'entreprenne, l'information constituée par la combinaison de ces données ne sera pas matériellement accessible et elle conservera son caractère secret. De la même manière, l'accès aux différentes sources à combiner pour reconstituer l'information concernée doit être licite. L'information peut être accessible lorsqu'elle est constituée d'un agencement de données disponibles sur les plans juridique, matériel et intellectuel.

Le critère de l'accès intellectuel à l'information conduit donc à écarter de la sphère du secret, les informations qui sont intellectuellement accessibles à l'homme du métier en ce compris toutes les informations qui ne sont pas disponibles en tant que telles mais qu'un homme de métier pourra aisément reconstituer en combinant plusieurs sources, et le cas échéant en complétant ces dernières avec ses propres connaissances.

IV. – La preuve du caractère secret de l'information

Ayant identifié les trois critères d'appréciation du caractère secret de l'information, il nous reste à commenter le problème de la preuve. Nous avons exposé ci-dessus que la définition de l'information secrète est formulée de manière négative dans l'article 39 ADPIC, ce qui pose un problème de preuve. Celui qui revendique la protection d'un secret devra d'abord établir le caractère secret de l'information dont question. L'information secrète étant définie comme étant celle qui *n'est pas* accessible, il s'agira de prouver un fait négatif, ce qui est impossible.

Dans l'article 39 ADPIC, la difficulté est contournée en ayant recours aux mesures de protection du secret. En vertu de cette disposition, les renseignements non divulgués ne sont protégés par le droit de la concurrence déloyale qu'à la condition d'avoir « fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets ».

Au lieu d'établir que l'information n'est pas accessible, l'article 39 ADPIC invite celui qui revendique la protection d'un secret à prouver qu'il a pris des mesures visant à rendre l'information inaccessible. L'existence de ces mesures constituera un indice du caractère secret de l'information autorisant un renversement de la charge de la preuve. Lorsque l'indice du secret sera établi, il appartiendra à celui auquel la protection du secret est opposée de démontrer qu'il a obtenu l'information d'une manière licite et, notamment, sans passer outre les mesures de protection du secret.

De cette manière, le détenteur du secret ne devra pas formellement prouver que l'information n'est pas accessible. L'indice que constitue l'existence de mesures de protection du secret permettra de renverser la charge de la preuve et d'amener le défendeur à établir un fait positif : la manière dont il a pris connaissance de l'information concernée sans méconnaître aucune norme de comportement.

Pour intéressante qu'elle soit, cette manière de solutionner le problème de la preuve du caractère secret de l'information nous paraît superficielle et incomplète. D'abord, l'article 39 ADPIC ne prévoit formellement aucun

renversement de la charge de la preuve tandis que le secret et l'adoption de mesures spécifiques de protection constituent deux conditions de protection distinctes dans cette disposition. Il n'est dès lors pas acquis que, dans tous les États signataires de l'Accord, la preuve de l'adoption de mesures spécifiques de protection du secret suffise à provoquer un renversement de la charge de la preuve quant à l'existence du secret elle-même puisque le secret constitue formellement une condition de protection distincte de celle relative à l'adoption de mesures de protection.

Ensuite, il existe de nombreuses informations secrètes à l'égard desquelles leur détenteur ne prendra pas ou ne pourra pas prendre des mesures spécifiques de protection. Ainsi, de nombreuses informations commerciales doivent circuler relativement librement dans toute entreprise afin d'assurer le bon fonctionnement de celle-ci. Les mesures de protection du secret qui entraveraient la circulation de ces informations à l'intérieur de l'entreprise ne peuvent pas être envisagées à l'égard de ces informations.

D'autres informations ne feront pas l'objet de mesures de protection si de telles mesures semblent disproportionnées ou hors d'atteinte. L'affaire *DuPont c. Christopher*⁸² illustre ce type de situation. Cette affaire, DuPont avait poursuivi deux photographes, Rolfe et Gary Christopher, au motif que ces derniers auraient illicitement capté des secrets d'affaires de DuPont. Alors que DuPont faisait construire une nouvelle usine de fabrication de méthanol, pour lequel DuPont disposait d'un procédé secret, les Christopher avaient loué un avion afin de survoler le chantier et de prendre des vues aériennes de l'usine en construction.

DuPont soutenait que les photographies de l'usine permettaient à ses concurrents de découvrir le procédé secret et que les Christopher s'étaient donc emparés de ses secrets d'affaires. Les Christopher soutenaient quant à eux que DuPont n'était pas fondée à dénoncer une captation de ses secrets d'affaires, faute d'avoir pris des mesures de protection desdits secrets. La cour saisie du litige décidera qu'il ne pouvait pas être reproché à DuPont de ne pas avoir protégé son usine en construction de la prise de vues aériennes car ce type de protection aurait été trop coûteux. La cour condamnera finalement les photographes en raison de l'atteinte portée aux secrets d'affaires de DuPont et ce, malgré l'absence de mesures de protection des secrets contre une atteinte par voie aérienne⁸³.

⁸² United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 20 juillet 1970, *E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Rolfe Christopher*, 431 F.2d 1012 (5th Cir. 1970).

⁸³ On relèvera que DuPont avait adopté des mesures de sécurité visant à éviter des intrusions non autorisées sur son chantier par la voie terrestre.

Il existe ainsi diverses informations secrètes qui ne font pas l'objet de mesures de protection. À l'égard de ces informations, il ne sera pas possible d'établir leur caractère secret en faisant valoir qu'elles bénéficient d'un traitement spécial.

Enfin, en exigeant que les renseignements « aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets », l'article 39 ADPIC demeure particulièrement vague. La nature des mesures de protection concernées par cette disposition n'est pas déterminée. Ainsi que l'indique le libellé de la disposition, il s'agit d'une condition de protection purement circonstancielle : il conviendra, dans chaque cas, de vérifier l'existence de mesures de protections adéquates « compte tenu des circonstances » propres à chaque cas.

L'efficacité du mécanisme probatoire consistant à induire le caractère secret d'une information de l'existence de mesures de protection de ce secret est affectée par ce manque de précision. L'efficacité de ce mécanisme dépendra très largement des circonstances propres à chaque cas de sorte que le degré de sécurité juridique reste très faible.

L'identification de critères d'appréciation du secret, ayant fait l'objet d'une jurisprudence consistante permettant d'en cerner les contours et les implications selon les différents types de situations susceptibles de se présenter, permet d'envisager une solution au problème de preuve commenté ci-dessus. Certes, notre approche du secret ne permet pas d'évacuer le problème posé par la preuve d'un fait négatif : il s'agit toujours de prouver qu'une information n'est pas accessible. Mais les critères d'appréciation du secret constituent des points de repères précis pour en rapporter la preuve ainsi que pour apprécier les mesures de protection susceptibles d'être adoptées.

La personne sur laquelle la charge de prouver l'existence d'un secret repose pourra utilement s'appuyer sur ces critères afin d'établir sinon la preuve certaine de l'indisponibilité de l'information, des indices permettant d'établir son caractère secret. Il s'agira de montrer que l'information est inaccessible sur tout ou partie des trois plans retenus : les plans matériel, juridique et intellectuel. Lorsque ces indices auront été rapportés, l'on pourra admettre un renversement de la charge de la preuve visant à obliger celui auquel la protection du secret est opposée à révéler comment il a pu obtenir la connaissance du secret d'une manière licite. S'agissant d'établir un acte positif, il sera plus facile de rapporter cette preuve.

Conclusion

En conclusion, la définition de l'information secrète contenue dans l'article 39 ADPIC pourrait être précisée à la lumière des enseignements de la jurisprudence qui s'est développée relativement aux conditions de nouveauté et d'activité inventive en droit des brevets. La définition du secret dans l'article 39 ADPIC pourrait être complétée comme suit. Est secrète, « une information qui dans sa globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, n'est pas aisément accessible aux personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignement en question sur le plan matériel, intellectuel ou juridique ».

Cet ajout dans l'article 39 ADPIC permet de mieux cerner la manière dont l'existence d'un secret peut être retenue ou, au contraire exclue, en ce compris en se fondant sur la jurisprudence développée par l'Office européen des brevets. La référence aux trois critères d'appréciation du secret contribuera en outre à faciliter la preuve du caractère secret de l'information. À cet égard, il serait utile d'insérer dans l'article 39 ADPIC, une règle prescrivant un renversement de la charge de la preuve après que le détenteur du secret ait rapporté des indices relatifs aux critères d'appréciation du secret, permettant de considérer que l'information est secrète et ce, afin d'obliger celui auquel la protection du secret est opposée à révéler la manière dont il a pu percer le secret d'une manière licite.

Toutefois, un amendement de l'Accord ADPIC n'est pas envisageable à court terme. Afin de préparer cet amendement et, surtout, de consolider le cadre normatif en vigueur, les critères d'appréciation du secret pourraient être incorporés, dans un premier temps, dans le chapitre relatif à la propriété intellectuelle du futur traité transatlantique en cours de négociation entre l'Union européenne et les États-Unis, ainsi qu'en droit belge et en droit de l'Union européenne. À cet égard, la Commission européenne a soumis une *proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites*⁸⁴ présentée dans cet ouvrage. Cette proposition de directive constitue une opportunité d'affiner la notion de secret en droit de l'Union européenne. Espérons que le législateur européen pourra la saisir.

⁸⁴ COM(2013) 813 final du 28 novembre 2013. Cette proposition est disponible à l'URL suivant : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/131128_proposal_fr.pdf

PARTIE II

Le secret dans l'entreprise

L'obligation de secret du travailleur : une « vie privée » de l'employeur ?

Catherine Boulanger

Conseiller juridique

Steve Gilson

Avocat au Barreau de Namur (Van de Laer, Rosier & Gilson)

Maître de Conférences à la Faculté de Droit de l'U.C.L.¹

Chargé de Cours à l'ICHEC

Juge suppléant au Tribunal du travail de Namur

Disons-le immédiatement, le sous-titre de notre contribution est quelque peu provocateur et trompeur... Parler de vie privée pour un employeur est susceptible d'engendrer certaines ambiguïtés qu'il faut immédiatement dissiper.

Si l'employeur est une personne physique, il dispose, comme tout un chacun, du droit à la vie privée. Il pourra à cet égard se référer aux instruments généraux comme l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ou l'article 22 de la Constitution. Il pourra également bénéficier des dispositions de droit commun qui encadrent la vie privée. Certes, certaines dispositions du droit du travail qui concernent uniquement les travailleurs ne lui seront pas applicables en tant que telles.

Par contre, si l'employeur est une personne morale, la situation se présente évidemment différemment. Bien que la doctrine a été relevé qu'« une certaine jurisprudence récente a pu soutenir qu'un recours en terme général de « personne », la Convention européenne des Droits de l'Homme octroyait une forme de « vie privée » aux personnes morales [...] alors même qu'elles sont immatérielles »². B. Docquir écrit ainsi : « En recourant

¹ Atelier de droit social – Crides. Ce texte reprend notamment, remaniés et actualisés, des extraits de : S. GILSON, K. ROSIER, A. ROGER et S. PALATE, *Secret et loyauté dans la relation de travail*, Kluwer, 2012, 246 p.

² B. MOUFFE, *Le droit à l'image*, Kluwer, 2013, p. 193.

au terme général de « personne », la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît également aux personnes morales, associations de droit commercial... le droit au respect d'une forme de « vie privée » ». Cet auteur relève toutefois immédiatement que « puisque les personnes morales sont des êtres immatériels qui réagissent nécessairement par leur organe ne peuvent invoquer que des prérogatives compatibles avec leur nature »³. Il faut donc bien admettre que, par ce vocable, on invoquait plutôt un certain nombre de droits spécifiques dont, justement, le secret des affaires et que la notion même de vie privée ne peut guère être transposée *stricto sensu* pour une personne morale. En effet, le droit à la vie privée, tout comme le droit à l'image, fait partie des droits de la personnalité. Étant un droit subjectif reconnu à chaque individu qui vise plus exactement les droits touchant à l'intégrité physique et morale du corps de l'individu, lesquels s'appliquent évidemment au premier plan et pour certains nécessairement, uniquement aux personnes physiques même si cela n'empêche pas, évidemment, une personne morale de se plaindre d'une atteinte portée à sa réputation⁴, ou évidemment à son image de marque, qu'une personne morale peut parfaitement subir⁵.

C'est en ce sens que la doctrine écrit que : « C'est certainement à propos du secret des affaires que l'on reconnaît le plus couramment la vie privée des personnes morales »⁶. Il y a là un corpus de règles, notamment dans l'article 309 du Code pénal, mais également l'article 17 de la loi du 3 juillet 1978, qui consacre l'idée générale du secret des affaires et l'interdiction de la concurrence déloyale à l'aide d'informations confidentielles, notamment. La protection du secret d'affaires est ainsi reconnue comme un principe général qui est considéré comme un principe général de droit⁷ et même un principe général de droit communautaire⁸. La Cour constitutionnelle elle-même a rappelé que les secrets d'affaires pouvaient être un élément du droit à la vie privée protégé tant par l'article 22 de la Constitution que par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹. Donc, il peut donc être tentant de rétablir pour l'employeur personne morale, une forme de « vie privée » au sens commun du terme et non juridique par l'intermédiaire d'une notion telle que le secret des affaires.

³ B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, Larcier 2008, p. 61.

⁴ B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 193.

⁵ Cass. 9 octobre 1985, *Pas.*, 1986, tome I, p. 129.

⁶ B. DOCQUIR, *op. cit.*, pp. 61 et 62.

⁷ Bruxelles, 9 décembre 2005, R.G. 2004/AR/174.

⁸ C.J.U.E., 19 mai 1994, C3692, SEP Commission.36.

⁹ C.C., arrêt 118/2007, 19 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 36.

Introduction

Le contrat de travail est conclu *intuitu personae* dans le chef de la personne du travailleur, qui est choisi en raison de ses qualités intrinsèques. La relation de travail est donc traversée par une dimension de confiance. Cette confiance implique que l'on puisse confier certaines informations au travailleur sans crainte qu'il ne les divulgue. On comprend donc que, dans la relation de travail, le secret puisse être une valeur importante.

Notre contribution entend envisager l'obligation au secret à laquelle le travailleur est tenu dans le cadre de la relation de travail. La question ici posée est plutôt celle d'une « vie privée des affaires » – si on ose l'expression – de l'employeur. La confidentialité ne fonctionne toutefois pas à sens unique. Le travailleur a droit, en effet, à ce que sa vie privée soit protégée. Cette problématique, devenue classique, a été développée dans d'autres ouvrages¹⁰. Il existe ainsi des dispositions particulières qui protègent les données du travail, que ce soit dans une approche contextuelle (les données recueillies lors d'un recrutement), par rapport à certaines informations plus sensibles (informations relatives à la santé, consommation de drogues ou d'alcools) ou du fait de l'usage de certaines technologies (communications électroniques, vidéosurveillance).

Cette exigence de secret se heurte notamment à la *liberté d'expression du travailleur*¹¹. Comme tout citoyen, le travailleur dispose, parmi ses droits fondamentaux¹², d'un droit à la liberté d'expression¹³ qui lui permet d'avoir une opinion, de recueillir et de répandre des informations ou des

¹⁰ Voy. à ce sujet : S. GILSON, K. ROSIER et F. LAMBINET, *Le droit au respect de la vie privée au travail. État des lieux*, Anthemis, 2012.

¹¹ Voy. à ce sujet : S. GILSON et F. LAMBINET, *La liberté d'expression du travailleur salarié*, Dossiers du BSJ, Anthemis, 2012.

¹² Sur les droits fondamentaux des travailleurs, on lira avec intérêt C. LA HOVARI, *Les droits fondamentaux au travail. Origine, statut, impact en droit international*, PUF, 2009 et A. CARILLON, *Les sources européennes des droits de l'homme salarié*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

¹³ En vertu des articles 19 de la Constitution, 10 de la C.E.D.H. et 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'applicabilité de l'article 10 dans les relations privées de travail n'est pas contestée. Voy. à ce sujet F. DORSSEMONT, « Vrijheid van meningsuiting op de werkplek in twee maten en gewichten : de werknemer mag blaffen, de "watchdog" wordt gemuilkorfd - EHRM 21 juli 2011, Application nr. 28274/08 (*Heinisch/Duitsland*) en EHRM 12 september 2011, Application nr. 28955/06, 28957/06, 28959/06 en 28964/06 (*Palomo Sanchez e.a./Spanje*) », *Arbeidsrechtelijke Annotaties* (P.-B.) ,2011 (10). Sur la liberté d'expression des travailleurs, voy. P. HUMBLET, « De la liberté d'expression des travailleurs salariés », *Chr. D.S.*, 2003, pp. 157 à 165. Sur la liberté d'expression en général, on lira avec attention F. TULKENS, « La liberté d'expression en général », in M. VERDUSSEN et M. BOMBLED (dir), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, vol. II, 2011, pp. 821 et s.

idées, (le cas échéant sous forme de critiques à l'égard de son employeur)¹⁴. L'usage de la liberté d'expression connaît toutefois des limites. En effet, « aucun droit, fût-il fondamental, aucune liberté, fût-elle constitutionnelle ou supra-constitutionnelle, ne sont absolues ni susceptibles d'un usage abusif »¹⁵. À titre d'exception à cette règle, l'article 10, § 2, de la C.E.D.H. énonce que l'exercice de la liberté d'expression « peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

Toutefois, tout louage de service implique par lui-même une renonciation à certains principes, dont la liberté d'expression et la liberté du commerce, renonciation partielle portant sur le comportement du salarié qui se situe dans la sphère contractuelle¹⁶. Le principe d'exécution de bonne foi des conventions, consacré à l'article 1134 du Code civil, et l'obligation de loyauté vis-à-vis de l'employeur qui en découle, ainsi que certaines obligations inhérentes au contrat de travail, impliquent que l'exercice de la liberté d'expression toléré dans le cadre professionnel est moins large qu'en dehors de celui-ci¹⁷. Il nous semble qu'il faille considérer que ces restrictions s'étendent au-delà de l'existence du contrat.

On relève différentes obligations imposant aux travailleurs une forme de secret :

1. En application de l'article 17, 3°, a), de la loi du 3 juillet 1978, le travailleur se voit imposer le *secret de fabrication*, le *secret d'affaires* et le *secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel* (Chapitre I). L'obligation du secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel peut être mise en lien avec le *respect de la vie privée*¹⁸ et la *protection des données à caractère personnel*¹⁹. Nous n'aborderons pas ces

¹⁴ *Ibid.*, pp. 157-160.

¹⁵ Civ. Namur (réf.), 24 juin 2006, *J.T.*, 2007, p. 173.

¹⁶ Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 369 ; M. JAMOULLE, *R.P.D.B.*, Complément III, V° « Contrat de travail », Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 596, n° 299.

¹⁷ Sur la validité des contrats restreignant les droits fondamentaux, voy. N. VAN LEUVEN, « Les contrats et les droits de l'homme : une interaction mutuelle », in *Droit des contrats : questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 101 et s.

¹⁸ Voy. à ce sujet : S. GILSON, K. ROSIER et F. LAMBINET, *op. cit.*

¹⁹ En effet, le travailleur peut être amené à opérer des traitements de données à caractère personnel dans le cadre de ses prestations de travail. Ces traitements sont régis par la loi du

- questions²⁰. En vigueur dans certaines professions, le travailleur pourra se voir imposer le secret professionnel. Cette hypothèse restrictive ne sera pas non plus traitée dans le cadre de la présente contribution.
2. En dépit du principe fondamental de la *liberté du travail*, le travailleur se voit frappé de deux interdictions distinctes.
 3. D'une part, celle de **l'interdiction de faire de la concurrence à l'employeur durant l'exécution du contrat** même s'il s'agit d'une concurrence loyale, interdiction découlant du principe d'exécution de bonne foi des conventions²¹. Cette obligation ne s'étend normalement pas aux *activités non concurrentielles*. Cette interdiction de concurrence durant le contrat prend fin logiquement à la fin du contrat de travail, sauf en présence d'une *clause de non-concurrence*²². Celle, d'autre part, de **l'interdiction de faire de la concurrence déloyale**, et ce, en application de l'article 17, 3°, b), interdiction qui vaudra tant durant l'exécution du contrat qu'après la cessation de celui-ci. Le lien avec le secret est lié aux moyens de concurrence déloyale. Plusieurs décisions considèrent que le fait pour un travailleur ayant quitté l'entreprise de prendre contact avec les clients de son ancien employeur n'est pas irrégulier s'il n'est pas établi que, pour ce faire, il a été fait usage d'un fichier appartenant à l'employeur²³. On en déduit que l'identité des clients d'une entreprise n'est pas en soi une donnée confidentielle pour le travailleur qui, en faisant appel à sa mémoire, peut en faire un usage après la fin du contrat de travail. En revanche, une liste de clients²⁴ ou des informations qui ne sont

8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La loi exige notamment que toutes les opérations de traitement effectuées par des préposés n'interviennent que conformément aux instructions spécifiques de l'employeur, que celui-ci traite les données pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers, en qualité de sous-traitant.

²⁰ Voy. à ce sujet : S. GILSON, K. ROSIER, A. ROGER et S. PALATE, *Secret et loyauté dans la relation de travail*, Kluwer, 2012.

²¹ C.T. Mons, 3 février 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 288 ; C.T. Mons, 13 septembre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 14.

²² C.T. Liège, 16 décembre 1997, *R.R.D.*, 1998, p. 106 ; C.T. Bruxelles, 28 juin 2006, *R.A.B.G.*, 2007, p. 104.

²³ Liège, 19 octobre 1993, *Ann. Prat. Comm.*, 1993, p. 499 ; T. Comm. Courtrai (prés.), 31 janvier 1994, *Ann. Prat. Comm.*, 1994, p. 292, note G. STRAETMANS ; T. Comm. Hasselt, 16 février 1996, *Ann. Prat. Comm.*, 1996, p. 509 ; T. Comm. Hasselt (prés.), 25 juin 1996, *Ann. Prat. Comm.*, 1996, p. 537 ; Bruxelles (prés.), 20 mai 1998, *Ann. Prat. Comm.*, 1998, p. 555 ; Bruxelles, 3 décembre 1998, *Ann. Prat. Comm.*, 1998, p. 520 ; T.T. Bruxelles, 24 avril 2002, *Chr. D.S.*, 2006, p. 357 ; C.T. Bruxelles, 27 avril 2011, *J.T.T.*, 2012, p. 28.

²⁴ Bruxelles, 21 février 1996, *Ann. Prat. Comm.*, 1996, p. 432.

pas publiquement accessibles²⁵ (par exemple, des adresses *e-mail* nominatives des clients de l'employeur²⁶) ne peuvent être utilisées par le travailleur pour contacter des clients de son ancien employeur, dès lors que cela dépasse ses propres connaissances personnelles²⁷. Nous n'aborderons pas cette question²⁸.

4. Par ailleurs, le *principe de bonne foi dans l'exécution des conventions* impose au travailleur certaines restrictions quant à l'usage d'informations, notamment par le biais de l'interdiction de concurrence même loyale. Il faut également tenir compte du devoir de loyauté du travailleur vis-à-vis de l'employeur, devoir qui l'oblige notamment à une certaine réserve en ce qui concerne les communications qu'il peut formuler (Chapitre II). Cette notion a surtout été utilisée dans la fonction publique (sujet que nous n'aborderons pas²⁹) mais peut, dans le cadre de l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions, s'appliquer dans une certaine mesure à tous les travailleurs.
5. Il n'est pas interdit de penser, du reste, que le contrat de travail ou le règlement de travail puisse prévoir certaines *clauses de secret, de confidentialité ou de loyauté* visant à limiter la communication par le travailleur de certains éléments (Chapitre III).

I. – L'article 17, 3°, de la loi du 3 juillet 1978

A. – Les informations protégées

Aux termes de l'article 17, 3°, a) de la loi relative aux contrats de travail, le travailleur a l'obligation de s'abstenir, « tant au cours du contrat qu'après la cessation de celui-ci, de divulguer les secrets de fabrication, ou d'affaires, ainsi que le secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle ».

²⁵ Comm. Anvers (prés.), 5 décembre 1996, *Ann. Prat. Comm.*, 1996, p. 559.

²⁶ T.T. Bruxelles, 5 juillet 2001, RG 5/2001 inédit cité par F. FUNCK, « La clause de confidentialité dans le contrat de travail », in V. VANNES (dir.), *Clause spéciale du contrat de travail, utilité, validité, sanction*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 210 ; Comm. Gand (prés.), 23 août 2001, *Ann. Prat. Comm.*, 2001, p. 671.

²⁷ C.T. Liège (sect. Namur), 19 janvier 2010, *R.R.D.*, 2009, p. 121.

²⁸ Voy. à ce sujet : S.GILSON, K.ROSIER, A. ROGER et S. PALATE, *op. cit.*

²⁹ *Ibid.*

L'article 17 mêle plusieurs ordres d'idées. Nous distinguons ainsi trois types de « secret » : le secret de fabrication, le secret d'affaires et enfin les affaires à caractère personnel ou confidentiel.

1. Le secret de fabrication³⁰

a. Le secret de fabrique en droit pénal

Quant au secret de fabrique, l'article 309 du Code pénal dispose que : « Celui qui aura méchamment ou frauduleusement communiqué des secrets de la fabrique dans laquelle il a été ou est encore employé, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 50 € à 2.000 € ».

Le législateur n'a pas donné de définition de la notion de secret de fabrique. Comme l'a déclaré la Cour de cassation dans un arrêt du 26 juin 1975, il appartient dès lors au juge du fond d'apprécier si le procédé de fabrication qu'il constate constitue un secret de fabrique en référence « au sens normal et usuel de ces mots »³¹.

« Est un secret de fabrique un fait technique qui contribue en la réalisation des opérations mises en œuvre dans une fabrique pour obtenir un produit terminé, de nature à procurer au fabricant des avantages techniques et lui assurer sur ses concurrents une supériorité de nature telle qu'il a pour lui un avantage économique à ce qu'il ne soit pas connu de ses concurrents »³². En d'autres termes, le secret de fabrique est envisagé « comme une connaissance ou une formule secrète relative à la fabrication d'un produit industriel »³³. Cela ne vise pas un secret commercial ou financier³⁴.

Dans un arrêt du 2 septembre 2004, la Cour d'appel de Liège précise que « ce qui est susceptible de faire l'objet d'un brevet peut constituer un secret de fabrique, mais pour être un secret de fabrique, le procédé technique ne doit pas nécessairement être susceptible d'un brevet, il n'est pas nécessaire qu'il constitue une nouveauté tirée de l'inventivité de celui qui l'utilise [...]. Il n'est pas nécessaire non plus que ce procédé fasse l'objet

³⁰ A.VAN MENSEL, « De bescherming van fabrieksgeheim op technische know-how naar Belgisch recht », *R.W.*, 1981-1982, col. 2001, n° 13.

³¹ Cass., 26 juin 1975, *R.C.J.B.*, 1976, p. 351, note L. VAN BUNNEN.

³² Cass., 27 septembre 1943, *Pas.*, Tome 1, p. 1043 ; voy. également Anvers, 31 mars 2009, *ICIP*, 2009, liv. 1, p. 133 ; *T. Strafr.*, 2009, liv. 6, p. 320.

³³ M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 293.

³⁴ *Ibid.*

d'une description enregistrée d'une manière ou d'une autre pour lui donner date certaine »³⁵.

L'article 309 du Code pénal suppose donc la réunion des conditions suivantes :

- Un « secret ». Ce secret n'est par hypothèse pas breveté – puisqu'il est secret – mais il est « brevetable »³⁶. Toutefois, la Cour de cassation a estimé qu'un procédé de fabrication peut constituer un secret de fabrique, alors même que ce procédé a fait l'objet de publications, dès lors que la seule lecture de la littérature spécialisée ne suffit pas pour pouvoir mettre en œuvre le procédé et obtenir le résultat recherché³⁷, puisque d'importantes et complexes expérimentations sont nécessaires pendant une longue période afin d'arriver au résultat escompté³⁸.
- Un secret « de la fabrique ». En outre, pour être protégé par le Code pénal, le secret doit être la propriété du fabricant et non celle du travailleur (comme, par exemple, ses capacités personnelles). Pour distinguer, « il y a lieu de se demander si l'intéressé aurait acquis ces mêmes connaissances s'il avait été employé par un concurrent direct de son employeur »³⁹. Il est notamment admis qu'un inventeur qui, après avoir cédé son secret, le communique à une autre personne pourrait être poursuivi et condamné sur base de l'article 309 du Code pénal⁴⁰.
- La « communication » du secret de la fabrique. L'article 309 du Code pénal n'incrimine expressément que la communication des secrets de fabrique et non pas l'utilisation de ces secrets. Ainsi, de façon étonnante, l'ex-employé devenu concurrent de son ancien employeur en exploitant une entreprise personnelle dans le cadre de laquelle il utilise, pour lui-même, les secrets de fabrique de son ancien employeur, ne pourra pas être condamné en vertu de l'article 309 du Code pénal, dès lors qu'il n'y aura aucune communication des secrets de fabrique⁴¹. De même, il n'y pas d'incrimination de la tentative d'infraction.
- L'imputabilité de la communication à une personne qui a été ou qui est encore employée dans la fabrique. L'article 309 concerne principalement l'espionnage économique, scientifique et culturel. Toutefois, il est

³⁵ Liège (ch. des vacations), 2 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 508.

³⁶ V. CASSIERS, *op. cit.*, p. 83.

³⁷ Cass., 26 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 1043.

³⁸ Anvers, 31 mars 2009, *ICIP*, 2009, liv. 1, p. 133 ; *T. Strafr.*, 2009, liv. 6, p. 320.

³⁹ J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », in *LiberAmicorum Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 100.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 101.

⁴¹ A. VAN MENSEL, « De bescherming van fabrieksgeheimen of technische know-how naar Belgisch recht », *R.W.* 1981-1982, col. 2005, n° 8 et col. 2007-2008, n° 13.

rarement applicable à des administrateurs de sociétés anonymes : ceux-ci ne sont, d'ailleurs, plus tenus par le secret professionnel (garanti à l'article 458 du Code pénal) mais uniquement par une obligation civile de discrétion⁴².

- Avoir été animé d'une intention méchante ou frauduleuse (dol spécial). La condition de l'élément moral est remplie lorsque, par la divulgation du secret de fabrique, le prévenu souhaitait se procurer un revenu illégitime, revenu qu'il n'aurait pas obtenu sans la commission du délit⁴³. Le faible recours à l'article 309 du Code pénal peut s'expliquer par la nécessité d'apporter la preuve d'un dol spécial dans le chef du travailleur, chose qui n'est évidemment pas aisée. En effet, la divulgation du secret de fabrication doit procéder d'une intention méchante ou frauduleuse, de sorte qu'une inadvertance ou une négligence ne peut pas donner lieu à sanction pénale⁴⁴. L'intention méchante désigne la volonté de nuire tandis que l'intention frauduleuse fait référence à la volonté de tirer un avantage, même non financier et/ou indirect, pour soi-même ou pour un tiers, à la suite de la communication⁴⁵.

A contrario, n'est pas punissable celui qui fait la révélation par imprudence, par paresse intellectuelle, par défaut de prévoyance ou de précaution ou par ignorance⁴⁶. Par contre, la simple présence d'un *animus nocendi* au moment de la réalisation de la communication suffit à faire exister l'*infraction*⁴⁷ ; il n'est pas requis que l'intention se soit réalisée.

Selon certains, l'employeur devrait également établir le fait que les tracasseries (au cours desquelles ont été commis des actes dont la nature déloyale devra être prouvée) ont été menées totalement à son insu⁴⁸. Selon nous, cette condition n'est pas précisée par l'article 309 du Code pénal mais pourra contribuer à apporter la preuve de l'*animus nocendi*. Cette intention frauduleuse n'existe pas si « le détenteur du secret a négligé de prendre des précautions pour garder son procédé caché »⁴⁹.

⁴² B. FERON et J. MEUNIER, « La "double casquette" de l'administrateur de société anonyme », *J.T.*, 2000, p. 696 ; A. MASSET, « Guide juridique de l'entreprise ; Traité théorique et pratique », 2^e éd., Waterloo, Kluwer, 2012, p. 47.

⁴³ Anvers, 31 mars 2009, *ICIP*, 2009, liv. 1, p. 133 ; *T. Strafr.*, 2009, liv. 6, p. 320.

⁴⁴ E. PIRET, *Obligations des parties à la relation de travail*, Waterloo, 2008, Kluwer, p. 52.

⁴⁵ Cass., 5 avril 1996, *Pas.*, 1996, 1, p. 111 ; *R.D.C.P.*, 1996, p. 634 et p. 712, note H.D. BOLSY ; Cass., 27 juin 2007, P. 05.1685.F ; *Voy.* Anvers, 31 mars 2009, *I.C.I.P.*, 2009, p. 133.

⁴⁶ J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel », in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 101.

⁴⁷ A. VAN MENSEL, « De bescherming van fabrieksgeheimen of technische know-how naar Belgisch recht », *R.W.*, 1981-1982, col. 2006, n° 13.

⁴⁸ C.T. Mons, 1^{er} décembre 1997, R.G. : 11.649, www.juridat.be.

⁴⁹ J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », in *Liber Amicorum Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 101.

- Enfin, selon la Cour de cassation, le secret doit procurer à son titulaire un avantage concurrentiel et commercial⁵⁰. Ainsi, l'information procure un avantage sur la concurrence parce que, d'une part, elle est utile pour l'exploitation de la fabrique et d'autre part, elle est ignorée des concurrents. Si ces derniers en avaient connaissance, l'information ne procurerait aucun avantage et elle ne serait pas non plus secrète.

b. Le secret de fabrication

La notion de « secret de fabrication » est à rapprocher des secrets de fabrique qui sont protégés par l'article 309 du Code pénal. La jurisprudence considère d'ailleurs que le terme « secret de fabrique » et le terme de « secret de fabrication » stipulés dans la loi du 3 juillet 1978 sont similaires⁵¹. Les auteurs utilisent également ces deux notions sans distinction fondamentale. La notion de secret de fabrique ou de secret de fabrication fait référence à quelque chose d'objectivable.

Malgré cette définition, il n'est pas simple d'appréhender les contours du secret de fabrication. La Cour d'appel de Liège estime ainsi que l'on peut se référer à certains indices pour déterminer l'existence éventuelle d'un secret de fabrication. Elle s'exprime en ces termes : « Les recherches longues et coûteuses de l'entreprise pour la mise au point du procédé technique, la circonstance que la connaissance n'en soit partagée que par un nombre restreint de collaborateurs et que l'entreprise prenne certaines précautions pour éviter que l'information ne sorte de ses murs et que des concurrents n'en tirent un avantage économique ou financier sont des indices permettant de conclure à l'existence d'un secret de fabrique »⁵².

Ont notamment été considérés comme des secrets de fabrication : les procédés et inventions (même s'ils n'ont pas été brevetés, du moment qu'ils ont été tenus confidentiels par l'entreprise) ainsi que les perfectionnements originaux et substantiels apportés aux machines brevetées⁵³.

⁵⁰ Cass., 27 septembre 1943, *Pas.*, 1943, p. 358.

⁵¹ T.T. Oudenaerde, 6 mars 1997, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 87, note B. LIETAERT.

⁵² Liège (Ch. des vacations), 2 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 508.

⁵³ Prés. Comm. Charleroi, 18 février 1994, *Ing. Cons.*, 1994, p. 129 ; Cass., 19 février 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 709. cités dans V. GUTMER, « L'obligation de confidentialité du travailleur », *Ors.*, 2012, p. 3.

2. Le secret d'affaires

a. La définition du secret d'affaires

À l'heure actuelle, le secret d'affaires est défini de manière négative comme étant « *toute information ou connaissance qui n'entre pas dans la définition de secret de fabrication ou du secret relatif à une affaire à caractère personnel ou confidentiel au sens de la loi du 3 juillet 1978* »⁵⁴. La notion de secret d'affaires est donc plus large que la définition du secret de fabrication en ce qu'elle englobe le savoir-faire technique de l'entreprise, qui ne serait pas compris dans la notion de secret de fabrication, ainsi que toutes les informations relatives à l'entreprise, dont le savoir-faire commercial⁵⁵.

Selon O. Rijckaert, peuvent être considérés comme un secret d'affaires : « Les prix pratiqués par l'entreprise, les informations relatives à sa stratégie commerciale future, les projets de recherche et de développement en cours, les offres remises au client, les clauses contractuelles, les contrats utilisés dans le cadre des affaires, les informations économiques et financières communiquées au conseil d'entreprise [...] l'invention non brevetée, les perfectionnements et modifications apportées aux machines brevetées, l'objet de résultat des recherches dans l'entreprise, l'usage d'une liste de clients ou d'un fichier de clientèle [...] dès lors que ces fichiers ne relèvent pas du domaine public »⁵⁶.

Une objectivation de cette condition de confidentialité est nécessaire en ce que l'information ne doit pas être aisément accessible au concurrent. Il est désormais admis qu'une personne morale puisse bénéficier, en quelque sorte, du droit au respect d'une forme de vie privée⁵⁷. Le droit à la confidentialité des secrets d'affaires en est une facette. La doctrine considère que le droit de l'entreprise au secret de ses affaires « apparaît comme un principe général consacré par un ensemble de dispositions légales et de pratiques jurisprudentielles qui ont pour but de limiter le droit à l'information dont les tiers (c'est-à-dire, en pratique, essentiellement les concurrents) bénéficiaires en vertu d'autres dispositions »⁵⁸. Ce droit est

⁵⁴ J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 117.

⁵⁵ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 308.

⁵⁶ O. RIJCKAERT, *op. cit.*, p. 458. ; T.T. Charleroi, référé, 29 décembre 2006, *Chron. D.S.*, 2010, p. 43.

⁵⁷ B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, De Boeck/ Larcier, 2008, p. 61. Ce droit était, d'ailleurs, déjà reconnu par H. De Page, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 30.

⁵⁸ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 295 qui cite les dispositions légales et pratiques jurisprudentielles.

notamment consacré par l'article 309 du Code pénal et par l'article 17, 3° de la loi du 3 juillet 1978⁵⁹. La Cour constitutionnelle a rappelé qu'un secret d'affaires peut être un élément du droit à la vie privée protégé tant par l'article 22 de la Constitution que l'article 8 de la C.E.D.H.⁶⁰

La doctrine a relevé une grande proximité entre le **secret professionnel** (sujet que nous n'abordons pas) et le secret d'affaires qui seraient deux notions qui feraient « partie d'un même ensemble prônant le droit au respect de la vie privée ». La doctrine a relevé, par exemple, qu'un notaire n'était tenu au secret professionnel que quant aux activités propres à sa fonction mais restait soumis à un devoir de discrétion applicable à ses activités de gestion de patrimoine. Le devoir de discrétion propre à la vie des affaires n'est pas sanctionné pénalement et reste d'une intensité moins grande⁶¹.

b. Le caractère secret de l'information

Le secret ne doit pas être compris dans un sens absolu. Comme le souligne J.-F. Funck, « l'on pourra y intégrer des informations qui sont susceptibles d'être connues mais dont la possession résulte soit d'un important travail de recherche ou d'investigation, soit d'une longue présence ou expérience dans le secteur d'activité »⁶². Cela peut être le cas d'une liste de clients⁶³, de données relatives à une clientèle, d'une documentation technique, etc.

De même, il est admis que l'information doit être secrète en ce qu'elle ne doit être connue que d'un nombre restreint de personnes. C'est le caractère original de l'information qui lui donnera sa valeur puisqu'une information vulgarisée ou dont la reconstitution est aisée à l'aide de banques de données accessibles n'obtiendra pas le statut de secret d'affaires⁶⁴. Le caractère original peut notamment provenir de la structuration de l'information. Peuvent ainsi être protégées par ce biais, des banques de données qui ne seraient pas forcément protégées par le droit

⁵⁹ C.J.C.E., 19 mai 1994, *SEP/Commission*, C-36/92, *Rec.*, 1994, p. I-01911, point 36.

⁶⁰ C.C. 118/2007, 19 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 36, p. 1499.

⁶¹ J.-P. BUYLE, *op. cit.*, pp. 129-130.

⁶² J.-F. FUNCK, « La clause de confidentialité dans le contrat de travail », in V. VANNES (dir.), *Clause spéciale du contrat de travail, utilité, validité, sanction*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 202.

⁶³ Voy. A. VAN BEVER, « Concurrentie, afwerving en confidentialiteit », *NjW*, n° 237, févr. 2011, p. 124.

⁶⁴ B.-H. VINCENT, « La concurrence d'un ancien salarié à son ancien employeur : les enseignements de l'article 17 de la loi sur les contrats de travail », *Orientations*, 2001, pp. 77-78.

d'auteur⁶⁵, telle une liste de consommateurs susceptibles d'être contactés dans le cadre d'une enquête par téléphone⁶⁶. On pourrait également imaginer qu'une *mailing-list* soit par nature accessible au public ou que des numéros de téléphone puissent se trouver dans l'annuaire mais qu'une telle liste soit protégée parce que le regroupement des informations est lié à une analyse d'un marché⁶⁷.

La doctrine relève que le secret d'affaires doit être une information de nature commerciale ou financière qui appartient à l'entreprise, dont la non-divulgaration constitue pour l'entreprise un avantage sur ses non-concurrents et qui, par nature, est donc confidentielle⁶⁸. Le caractère préjudiciable de la divulgation de l'information constitue également un élément requis pour qu'il y ait secret d'affaires⁶⁹. En ce sens, J.-F. Funck relève que « L'existence d'une violation d'un secret d'affaires suppose que l'entreprise dépositaire du secret puisse subir un préjudice concurrentiel de la divulgation de l'information et que le bénéficiaire en tire profit »⁷⁰. Pourraient ainsi être visés les prix pratiqués, le *know-how* ou la stratégie d'investissement dès lors que la connaissance que pourrait en acquérir un tiers serait préjudiciable à l'entreprise.

Tout ce qui est public ou banal ne peut pas constituer un secret d'affaires. Ainsi, une brochure de présentation d'un concept commercial qui est du domaine public, le prix d'une journée de travail d'un consultant, ne pourraient se voir reconnaître la qualité de secrets d'affaires s'ils sont largement connus. Toutefois, des informations qui se trouvent partiellement dans le domaine public peuvent constituer un secret. La connaissance partielle du procédé par des concurrents n'empêche pas non plus l'existence d'un secret, comme le souligne J.-F. Funck⁷¹.

⁶⁵ O. RIJCKAERT, « La protection des base de données et des informations numériques de l'employeur », in *Le patrimoine intellectuel de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 130.

⁶⁶ Prés. Comm. Anvers, 5 décembre 1996, *Ann. Prat. Comm.*, 1996, p. 559.

⁶⁷ Voy. en ce sens, B.-H. VINCENT, « La concurrence d'un ancien salarié à son ancien employeur : les enseignements de l'article 17 de la loi sur les contrats de travail », *Orientations*, 2001, p. 77.

⁶⁸ B. TILLEMANS, « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs de sociétés », *J.T.*, 1993, p. 552 ; O. RIJCKAERT, « Motif grave et concurrence (déloyale) », in S. GILSON (dir.), *Le congé pour motif grave. Notions, évolutions, questions spéciales*, Limal, Anthemis, 2011, p. 457. Voy. également E. CARLIER et B. COPS, « Werknemers (vertegenwoordigers) en hun plicht tot vertrouwelijkheid », *Or.*, 2012, p. 3.

⁶⁹ E. PIRET, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁰ J.-F. FUNCK, « La clause de confidentialité dans le contrat de travail », in V. VANNES (dir.), *Clause spéciale du contrat de travail, utilité, validité, sanction*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 203.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 199 et 202.

L'information doit se distinguer de simples connaissances ou compétences personnelles acquises par les travailleurs⁷². E. Piret confirme que l'interdiction d'utilisation d'un secret d'entreprise n'empêche pas d'utiliser l'expérience acquise auprès de l'ancien employeur, les données librement accessibles (c'est-à-dire celles qui sont du domaine public), même si elles ont été acquises à l'occasion du travail, les connaissances propres à l'ancien employeur acquises durant le temps de service tant qu'il ne s'agit pas d'un secret de fabrication, d'un secret d'affaires ou de renseignement confidentiels⁷³.

V. Gutmer synthétise comme suit les trois conditions cumulatives afin qu'une information puisse être qualifiée de secret d'affaires : (i) l'information ne doit pas être banale (ii) elle doit présenter pour l'entreprise un avantage concurrentiel (iii) elle ne doit pas faire partie du domaine public⁷⁴.

c. La divulgation du secret d'affaires

La divulgation d'un secret d'affaires est une faute, même en l'absence de toute intention frauduleuse⁷⁵. Il a ainsi déjà été jugé que l'interdiction de divulguer le secret de fabrication s'oppose à l'organisation, par des travailleurs, dans le cadre d'un conflit collectif, d'une journée porte ouverte⁷⁶. Cela étant, il appartient à l'employeur qui invoque une violation d'un secret d'affaires par le travailleur d'apporter une preuve certaine de la divulgation car le secret peut avoir été appris par d'autres biais⁷⁷. La preuve peut être apportée par tout moyen de droit : écrits, caméras (si leur utilisation est légale), constatations par huissier, etc.⁷⁸. Il résulte de ce qui précède que, si l'employeur ne doit pas apporter la preuve d'un dol particulier, son indemnisation en cas de violation du secret d'affaires ne sera pas pour autant facilitée.

⁷² *Ibid.*

⁷³ E. PIRET, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁴ V. GUTMER, « L'obligation de confidentialité du travailleur », *Ors.*, 2012, p. 4.

⁷⁵ E. PIRET, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁶ T.T. Liège, (Prés.), 11 juin 1982, *Chron. D.S.*, 1982, p. 383, obs. N.T. CUVELIEZ.

⁷⁷ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 200 ; C.T. Mons, 1^{er} décembre 1997, *R.R.D.*, 1998, p. 198.

⁷⁸ D. MERTENS, « Noot – Over onrechtmatige afwerving van cliënteel. Veel geblaat, weinig wol », Note sous Trib. Comm. Dendermonde, 15 oct. 2009, *R.W.*, 2011-2012, n° 25, p. 1139.

3. Les affaires à caractère personnel ou confidentiel

a. Le contour des affaires à caractère personnel ou confidentiel

Cette obligation de confidentialité est « très générale et couvre de très nombreuses situations »⁷⁹. Il s'agit donc d'informations dont le contour est plus large que ceux des secrets de fabrication et de secrets professionnels⁸⁰ et qui peut varier selon la fonction du travailleur et selon l'entreprise. Les informations confidentielles constituent dès lors une catégorie générique qui regrouperait le secret de fabrique, le secret d'affaires, le savoir-faire, toute information à caractère confidentiel, etc.

On notera que, de manière générale, et même si les deux sujets peuvent se superposer, comme le relève F. de Visscher, « la protection légale des informations confidentielles diffère fondamentalement de celles qui résultent d'un droit de propriété intellectuelle, en ce sens que la loi ne prévoit aucun monopole, aucun droit exclusif d'exploitation de sorte qu'au cas où un tiers reproduit ou utilise les informations qu'une entreprise juge lui appartenir à titre d'informations confidentielles, il ne suffira pas à celle-ci de s'en prévaloir pour arrêter cette activité du tiers »⁸¹. Il faudra démontrer un manquement à une règle contractuelle ou extracontractuelle, ce qui est la fragilité du secret⁸².

Cependant, pour qu'elle tombe sous le champ d'application de l'article 17, 3°, de la loi du 3 juillet 1978, l'information confidentielle doit avoir été acquise par le travailleur *à l'occasion de l'exécution du contrat*, du fait de l'exercice de ses fonctions⁸³, contrairement aux secrets de fabrication et d'affaires, pour lesquels cette condition n'est pas requise. Certains auteurs se fondent sur le texte néerlandais (« *persoonlijke of vertrouwelijke aangelegenheden, waarvan hij in de uitoefening van zijn beroepsarbeid kennis kan hebben, bekend te maken* ») pour considérer qu'il n'est pas exigé que l'information ait été portée à la connaissance du travailleur pendant l'exécution de son travail⁸⁴ ; il suffirait qu'elle ait pu tout

⁷⁹ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 204.

⁸⁰ S. MAES, « Beschermde werkgever of vogel voor de kat ? », in X, *La loi du 3 juillet 1978. 30 ans après...vue sous un angle différent*, Gand, De Boeck/Larcier, 2008, p. 74.

⁸¹ F. de VISSCHER, « La protection des inventions et du savoir-faire », *Guide juridique de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, Livre 98/1, p. 65, n° 1580.

⁸² *Ibid.*

⁸³ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 204 ; K. VAN BISSCHOP et E. CARLIER, « Klokkenluidersregelingen in een grensoverschrijnende context », *Orientatië*, 2009, p. 56.

⁸⁴ J. HERMAN, « Goede trouw van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst : discretieplicht en concurrentieverbod », *Or.*, 1988, p. 222.

aussi bien être communiquée au sein de l'entreprise pour être couverte par l'obligation de confidentialité⁸⁵.

Sont ainsi visées toutes les informations qui doivent rester secrètes, même si elles sont connues dans l'entreprise ou même de certaines personnes extérieures à celle-ci⁸⁶, du moment que l'ensemble ne soit pas dans le domaine public⁸⁷. Toutefois, plus une information est connue, moins l'employeur pourra prouver qu'elle est confidentielle. Plus l'information est connue d'un nombre restreint de personnes, plus sa protection est grande et plus sa valeur est le cas échéant importante. Plus elle a été difficile à acquérir, mieux elle sera protégée⁸⁸.

Les affaires à caractère personnel ou confidentiel ont davantage « trait aux personnes et à l'environnement de l'entreprise, par opposition aux secrets de fabrication et d'affaires qui ont plutôt trait à l'entreprise elle-même »⁸⁹.

Il semble, par ailleurs, qu'il faille distinguer l'information confidentielle par nature⁹⁰ (par exemple l'information couverte par une obligation de secret professionnel⁹¹) et celle qui le devient selon le contexte et notamment l'activité de l'employeur. Dans ce dernier cas, l'employeur aura la charge de la preuve du caractère confidentiel du document. Même si ce n'est pas obligatoire, il y a donc un intérêt pour l'employeur à définir ce qui est confidentiel chez lui. Ce qui est confidentiel au sein d'une entreprise ne l'est pas dans d'autres entreprises ou secteurs d'activités.

En ce qui concerne les informations relatives aux travailleurs ou à l'employeur, on retiendra les éléments de calcul des rémunérations⁹², le tarif préférentiel auprès de fournisseurs⁹³, le nom des concurrents ayant soumissionné lors d'adjudications⁹⁴, les données personnelles des personnes

⁸⁵ E. CARLIER et B. COPS, « Werknemers(vertengenwoordigers) en hun plicht tot vertrouwelijkheid », *Oriëntatie*, 2012/1, p. 3.

⁸⁶ E. PIRET, *op. cit.*, 2008, p. 54.

⁸⁷ Cass., 26 juin 1975, *R.C.J.B.*, 1976, p. 351, note L. VAN BUNNEN.

⁸⁸ F. de VISSCHER, *op. cit.*, p. 65, n° 1550.

⁸⁹ V. GUTMER, « L'obligation de confidentialité du travailleur », *Ors.*, 2012, p. 5.

⁹⁰ La rémunération n'en fait pas nécessairement partie si l'employeur a mis ces données sur le réseau interne de l'entreprise, accessible à tous (T.T. Malines, 22 octobre 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 201).

⁹¹ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 205.

⁹² C.T. Anvers, 24 mai 1993, *J.T.T.*, 1994, p. 76. Il a également été jugé que le fait d'accéder sans autorisation à un fichier de rémunération constituait un motif grave (C.T. Liège, 25 octobre 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 158).

⁹³ C.T. Mons, 8 septembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 2000.

⁹⁴ T.T. Tournai, 13 octobre 1992, inédit, R.G. : 70/2121 cité in B. PATERNOSTRE, *Motif grave : les enseignements et jurisprudence*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 150.

faisant appel au CPAS⁹⁵, des projets de restructuration confidentiels⁹⁶, pour un employé de banque, l'identité d'une grande partie des clients en leur faisant signer une pétition⁹⁷, le contenu d'un courrier adressé à un collègue⁹⁸. Le Tribunal du travail de Liège a également considéré, dans une décision du 30 janvier 2007, que violait son obligation de discrétion par rapport aux données à caractère personnel et confidentiel, l'employée qui communiquait à son compagnon policier des informations compromettantes concernant une possible simulation de son supérieur d'une incapacité de travail suite à des coups et blessures reçus⁹⁹.

Échapperait, en revanche, à l'obligation de confidentialité, les informations confidentielles communiquées à un membre du personnel en raison par exemple d'un lien familial qui lierait les deux personnes¹⁰⁰. J.-P. Buyle estime toutefois que subsisterait dans ce cas, dans le chef du travailleur, une information de discrétion en raison de son obligation d'exécution de bonne foi des conventions concernant des informations dont il aurait eu connaissance hors de tout contexte professionnel¹⁰¹.

Par ailleurs, une obligation de confidentialité existe pour les informations confidentielles communiquées au candidat à un poste pendant la procédure de sélection. L'article 14 de la CCT n° 38¹⁰² prévoit, en effet, que « Le candidat s'abstiendra de divulguer les données confidentielles dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de la procédure de recrutement et de sélection ». Parallèlement, l'article 12 de la convention collective de travail n° 38 stipule que toutes les informations concernant le candidat sont traitées de manière confidentielle par l'employeur.

⁹⁵ C.T. Bruxelles, 26 février 2003, inédit, R.G. : 41.727 et cité in B. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 150.

⁹⁶ C.T. Bruxelles, 20 février 1980, *Bull. F.E.B.*, 1981, p. 1784.

⁹⁷ T.T. Charleroi, 26 janvier 1987, *R.R.D.*, 1987, p. 185.

⁹⁸ C. trav. Bruxelles (2^e ch., réf.), 5 novembre 1998, *Chron. D.S.*, 1999, p. 482.

⁹⁹ T.T. Liège, 30 janvier 2007, RG n° 359.457, www.juridat.be.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰² Convention collective de travail n° 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs, modifiée par les conventions collectives de travail n° 38*bis* du 29 octobre 1991, n° 38*ter* du 17 juillet 1998, n° 38*quater* du 14 juillet 1999, n° 38*quinqs* du 21 décembre 2004 et n° 38*sexies* du 10 octobre 2008 rendues obligatoires par les arrêtés royaux des 11 juin 1984 (art. 1 à 6), 8 octobre 1998, 31 août 1999, 13 avril 2005 et 11 janvier 2009, parus au *M.B.* des 28 juillet 1984, 27 octobre 1998, 21 septembre 1999, 11 mai 2005 et 4 février 2009.

b. Vie privée de l'employeur versus expérience professionnelle du travailleur

Selon la doctrine : « Cette obligation générale de discrétion emporte une protection de la vie privée de l'employeur, des collègues de travail du travailleur et de tous tiers avec lesquels le travailleur se trouve mis en rapport à l'occasion de l'exécution de son contrat de travail »¹⁰³. En ce sens, M. Jamoulle indique que l'obligation de discrétion, « au-delà de l'organisation même de l'entreprise couvre un domaine extraprofessionnel (telle la vie privée de l'employeur) tandis qu'elle est susceptible d'être méconnue alors que les indiscretions du salarié concerneraient des tiers, compagnons de travail, clients, fournisseurs de l'entreprise »¹⁰⁴.

Il a, par exemple, été jugé que n'était pas abusif le licenciement intervenu à la suite d'un manquement à un devoir de discrétion d'une ouvrière concernant des faits s'étant déroulés sur son lieu de travail, en l'occurrence un hôpital. La Cour mentionne à cet égard qu'« il se conçoit aisément qu'un secteur d'activité tel qu'un centre hospitalier soit soucieux d'assurer à sa clientèle une totale réserve au sujet de tout ce qui est lié de près ou de loin à la dispensation des soins »¹⁰⁵.

Cela étant, comme le relève, à juste titre, J.-F. Funck¹⁰⁶, l'obligation de confidentialité doit se concilier avec l'intérêt du travailleur de valoriser ou d'utiliser ses compétences personnelles qu'il a accumulées au fur et à mesure de ses années d'expérience professionnelle. Le Tribunal du travail de Bruxelles considère ainsi que les travailleurs peuvent « utiliser leur connaissance de la clientèle et la connaissance qu'ils ont acquise auprès d'elle et de leur dirigeant ainsi que la connaissance du secteur d'activités de leurs clients »¹⁰⁷. On ne peut donc pas imaginer une clause de confidentialité qui interdirait au travailleur d'utiliser sa formation et ses connaissances après la fin du contrat¹⁰⁸. Par ailleurs, bien que cela ne soit pas stipulé de manière expresse dans la loi du 3 juillet 1978, l'employeur est aussi tenu à un devoir de discrétion afin que, d'une part, l'entreprise

¹⁰³ E. PIET, *Obligations des parties à la relation de travail*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 53.

¹⁰⁴ M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Tome II, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, p. 42.

¹⁰⁵ C.T. Mons, 20 septembre 1993, RG 10949, www.juridat.be.

¹⁰⁶ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 206.

¹⁰⁷ T.T. Bruxelles, 24 avril 2002, R.G. : 31.06400 et 31.06600, inédit, cité in J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 209.

¹⁰⁸ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 211.

puisse fonctionner normalement, et, d'autre part, afin de garantir la vie privée du travailleur, sur la base du principe d'exécution de bonne foi¹⁰⁹.

c. La divulgation des affaires à caractère confidentiel

La preuve de la divulgation d'informations confidentielles n'est pas aisée à rapporter. Par exemple, une liste de clients potentiels peut être connue par le travailleur du fait de ses contacts antérieurs. Tout dépend des circonstances. Si la liste de clients a été constituée par le travailleur dans le cours de son contrat, qu'elle comporte des indications précises (par exemple des personnes de contact), des informations qui ne sont pas aisées à reconstituer sans autre information, il y a là un indice d'un manquement dans le chef du travailleur¹¹⁰.

4. Les informations qui échappent à la protection

La doctrine reconnaît que certains éléments ne peuvent pas être frappés de confidentialité.

a. L'expérience et le savoir-faire acquis par le travailleur

La loi ne définit pas la notion de **savoir-faire**. La doctrine l'analyse souvent comme un « ensemble de connaissances techniques transmissibles, non immédiatement accessibles au public et non brevetées »¹¹¹, c'est-à-dire les connaissances acquises par le travailleur durant l'exécution du contrat, l'expérience professionnelle gagnée et la compétence développée, ainsi que les idées que le travailleur a pu récolter dans le cadre de son travail et qu'il a pu développer¹¹². La formation qui a été donnée par l'ancien employeur s'intègre à l'expérience du salarié et n'est pas secret d'affaires sauf, évidemment, si cela porte sur des pratiques ou des procédés protégés¹¹³.

¹⁰⁹ S. DE DIER et A. VAN BEVER, « Zo zijn we niet getrouwd. Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder », *Jura Falconis*, 2008-2009, n° 3, p. 369.

¹¹⁰ Voy. à ce sujet les références citées par J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 210.

¹¹¹ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 291.

¹¹² O. RIJCKAERT, « Motif grave et concurrence (déloyale) », in S. GILSON (dir.), *Le congé pour motif grave. Notions, évolutions, questions spéciales*, Limal, Anthemis, 2011, p. 456 et références citées ; C.T. Bruxelles, 23 mai 2006, *J.T.T.*, 2007, p. 98 ; T.T. Bruxelles, 24 avril 2002, *Chron. D.S.*, 2006, p. 357 ; T.T. Gand, 11 juin 2004, *T.G.R.*, 2004, p. 422.

¹¹³ T.T. Nivelles, section de Wavre, 5 octobre 2005, *Chron. D.S.*, 2006, p. 367.

La connaissance (non spécifique) et l'expérience acquise (de manière générale) par un travailleur par le biais de son occupation au service d'un employeur ne constituent pas des secrets de fabrication ou secret d'affaires¹¹⁴. Par rapport au savoir-faire, le secret de fabrication est une notion plus restreinte puisqu'il ne vise qu'un secret technique qui est une notion plus confidentielle. Le point commun réside, par contre, dans le fait qu'il s'agit d'informations de nature technique qui ne sont pas accessibles au public¹¹⁵.

Cela étant, la distinction entre l'expérience personnelle et le savoir-faire propre à l'entreprise et couvert par le secret est souvent délicate¹¹⁶. L'employeur prudent se protégera contre l'utilisation future des compétences acquises par son employé au sein de l'entreprise en insérant une clause de non-concurrence dans le contrat qu'il lui fera signer lors de son engagement¹¹⁷.

Le *know-how* d'un préposé ne constitue pas non plus un secret de fabrication au sens du droit pénal¹¹⁸. La notion de secret de fabrication est donc plus restreinte que celle du « *know how* » ou savoir-faire¹¹⁹, même s'il n'est pas aisé d'établir une frontière entre les deux : seule une partie du savoir-faire de l'entreprise sera susceptible de constituer des secrets de fabrique.

On pourrait imaginer, également, au sein du secret d'affaires, un savoir-faire technique qui n'est pas compris dans la définition restrictive du secret de fabrication¹²⁰. On voit donc le lien entre le savoir-faire et le secret puisqu'il y a une condition que l'information ne soit pas immédiatement accessible et nécessite donc des efforts d'obtention. Comme le souligne F. de Visscher, « le *know-how* ou le savoir-faire a une connotation nettement moins technique, tandis que les secrets d'affaires recouvrent des informations de nature commerciale ou de gestion »¹²¹. En d'autres termes, le secret de fabrique – qui porte exclusivement sur un procédé ou des techniques de fabrication – est plus restreint que le savoir-faire car il

¹¹⁴ T. Comm. (prés.) Gand, 28 avril 2008, *T.G.R.*, 2010, p. 101 et T.T. Bruxelles, 12 mai 2010, R.G. n° 2009/1B/51684, *inéd.* cités dans A. VAN BEVER, « Concurrentie, afwerving en confidentialiteit », *NjW*, n° 237, févr. 2011, p. 124.

¹¹⁵ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 294.

¹¹⁶ B. MICHAUX, « Concurrence déloyale et anciens cocontractants. Les mises au point de la dernière jurisprudence », *R.D.C.*, 1994, p. 578 ; V. LEBBE-DESSARD, *Clauses spéciales du contrat de travail*, Jeune barreau de Nivelles, 30 avril 2003, n° 82, p. 260.

¹¹⁷ Bruxelles, 18 juin 1986, *R.D.C.*, 1986, p. 736.

¹¹⁸ E. PIRET, *Obligations des parties à la relation de travail*, Kluwer, 2008, p. 52.

¹¹⁹ J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 99.

¹²⁰ J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 117.

¹²¹ F. de VISSCHER, *op. cit.*, p. 65, n° 1170.

nécessite une nature technique écartant des procédés et des connaissances commerciaux et administratifs¹²². Le « savoir-faire » qui ne constitue pas un « secret de fabrique » se distingue de ce dernier en ce qu'il s'agit d'un procédé technique qui ne sert pas à fabriquer un produit¹²³.

Ne peuvent pas être considérées comme confidentielles les connaissances acquises par le travailleur durant l'exécution du contrat. Sont visées tant les connaissances acquises grâce au travail fourni par l'employeur que celles acquises du fait de la mise à disposition de matériel par l'employeur (manipulation de certains outils, de certains programmes d'ordinateur, de connaissances linguistiques ou d'un marché particulier, etc.). Ces connaissances s'intègrent à l'expérience professionnelle et de vie du travailleur et ne doivent pas donc être liées à des fichiers, des notes particulières ou des instruments de travail qui auraient dû être restitués. Comme le relève V. Cassiers : « Font partie de l'état de la technique et ne pourraient dès lors constituer un savoir-secret, toutes les connaissances générales de base de l'homme de métier, encyclopédies, manuels, rapports de recherche, compte-rendu de conférences, dictionnaires et guides relatifs au domaine technique sur lequel porte le savoir-faire »¹²⁴. Il est, en général, retenu que l'habileté courante « de l'homme du métier supposé informer de l'ensemble des techniques antérieures »¹²⁵ ne peut pas être visée par un savoir-faire secret. Il s'agit du bagage intellectuel que le travailleur a acquis dans le cours de son existence. Le travailleur peut donc faire usage de sa formation et de son expérience et notamment en ce qui concerne les actes techniques, l'activité commerciale, la gestion de l'entreprise¹²⁶. C'est donc à juste titre que le Président du Tribunal de commerce d'Anvers a estimé qu'il n'était pas interdit que des ex-salariés fassent concurrence à leur ancien employeur au profit d'un nouvel employeur, en faisant usage du savoir-faire acquis chez cet ancien employeur, pour autant qu'il ne soit pas fait usage d'informations confidentielles qui soient la propriété de ce dernier¹²⁷.

¹²² J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 99.

¹²³ E. GONTHIER et M. VASTMANS, « Le secret d'affaires : un char à l'assaut de la transparence administrative, de la motivation formelle des actes administratifs et du principe du contradictoire ? », *A.P.T.*, 2010, liv. 3, p. 322.

¹²⁴ V. CASSIERS, « La protection du savoir-faire de l'entreprise », in J.-F. NEVEN, E. CORNU (dir.), *Le patrimoine intellectuel de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 72.

¹²⁵ V. CASSIERS, *op. cit.*, p. 76.

¹²⁶ Prés. Comm. Gand, 28 avril 2008, *T.G.R.*, 2010, p. 101 ; T.T. Bruxelles, 24 avril 2002, *Chron. D.S.*, 2006, p. 357.

¹²⁷ Prés. Comm. Anvers, 24 mars 2005, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 2005, pp. 601 et s.

On le voit, la différence peut être mince lorsqu'il s'agit, par exemple, de la connaissance spécifique d'un marché très pointu voire même de la connaissance de certaines personnes ressources dans ce marché. Sans doute le travailleur, s'il n'avait pas eu ce travail particulier, n'aurait pas pu prendre connaissance de certaines techniques ou rencontrer certaines personnes mais, dès lors que les connaissances ne sont pas exploitées de manière déloyale (par exemple en prospectant des clients sur base d'un fichier de l'ancien employeur), le travailleur peut les utiliser, le cas échéant au profit d'un employeur ultérieur.

Un obstacle à une réutilisation d'un savoir-faire pourrait être lié au fait que ce patrimoine intellectuel fasse l'objet d'un support écrit ou électronique (*know-how*), puisque, dans cette hypothèse, le travailleur devrait alors le restituer à l'expiration du contrat de travail¹²⁸.

Dans un arrêt du 19 janvier 2010, la Cour du travail de Liège avait à connaître de la situation où un travailleur qui donnait auparavant des formations avait été engagé par un nouvel employeur qui était un bénéficiaire de ces formations depuis plusieurs années. Il contactait donc le travailleur afin que celui-ci puisse continuer à les donner lui-même alors que l'entreprise initiale n'entendait plus le faire. La Cour releva que « si le fait de donner des formations précédemment données par l'appelante mais qu'elle a cessé de donner ne peut dès lors constituer ni une divulgation d'un secret de fabrication, ni une divulgation de secret d'affaires, ni même un acte de concurrence déloyale, le fait d'utiliser, pour donner des formations rigoureusement identiques, non seulement la méthodologie mise au point par l'appelante mais aussi un ouvrage dont celle-ci est propriétaire de droit d'auteur, pourrait par contre constituer un acte de concurrence déloyale s'il est établi que l'intimée a conservé par devers elle la documentation qu'elle aurait dû restituer à la fin du contrat »¹²⁹.

La seule nuance que l'on pourrait donner à ce propos est l'existence d'une réglementation relative désormais à la clause d'écolage prévue dans l'article 22*bis* de la loi du 3 juillet 1978¹³⁰, introduit par la loi du 27 décembre 2006. En vertu de cette clause, un travailleur qui a suivi une formation spécifique (80 heures minimum) aux frais de son employeur s'engage à rembourser tout ou partie des frais engagés par cet employeur (coût excédant une valeur égale au double du revenu minimum moyen garanti), en cas de démission ou de licenciement pour motif grave dans un délai convenu entre parties¹³¹. Avant l'adoption de la loi portant des

¹²⁸ O. RIJCKAERT, *op. cit.*, p. 132.

¹²⁹ C.T. Liège (sect. Namur), 19 janvier 2010, *R.R.D.*, 2009, p. 121.

¹³⁰ Sur la clause d'écolage, B. NYSSSEN, *op. cit.*, p. 383.

¹³¹ Th. STIEVENARD, « La clause d'écolage », *J.T.T.*, 1998, p. 489.

dispositions diverses, la doctrine et la jurisprudence¹³² étaient divisées sur la validité de cette clause. Il était, en toute hypothèse, considéré que la formation devait être réelle et sérieuse et améliorer réellement la qualification professionnelle du travailleur¹³³, cette qualification pouvant être valorisée en dehors de l'entreprise. Le but en est d'éviter la perte, pour l'employeur, d'un investissement sous forme d'une formation.

Une partie de la doctrine¹³⁴ estime que « Le régime légal de la clause d'écolage n'empêche en tout cas pas, selon nous, de convenir par ailleurs que le travailleur remboursera en tout ou en partie les frais de formation au cas où il ne suit pas régulièrement la formation ou s'il interrompt ou met fin à la formation sans motif valable »¹³⁵, ce qui nous paraît toutefois alourdir les obligations du travailleur.

Parmi les connaissances acquises par le travailleur, un sort particulier doit être réservé au savoir-faire. Le savoir-faire serait une notion proche de celle du secret de fabrique, du secret de fabrication ou du secret d'affaires mais ne recouvrirait pas ces termes. Comme le relève V. Cassiers¹³⁶ : « Le savoir-faire désigne un ensemble secret, substantiel, identifié d'informations pratiques non brevetées résultant de l'expérience et testées [...] ».

V. Cassiers propose de distinguer trois types de savoir-faire :

- Le *savoir-faire brevetable*, qui doit, alors, être une invention nouvelle susceptible d'application industrielle.
- Le *tour de main*, qui désigne une dextérité personnelle, propre à une personne et indissociable de celle-ci. Si le travailleur la possède, elle ne peut pas être cédée, elle ne peut pas lui être ôtée.
- Le *savoir-faire non brevetable*, qui vise les méthodes commerciales, administratives, financières.

Pour ces deux dernières catégories, on est à la limite des connaissances acquises par le travailleur si ce n'est qu'elles ne sont pas communes ni nécessairement aisément accessibles. Comme l'a souligné V. Cassiers : « Le savoir-faire considéré comme un ensemble ne fait l'objet d'aucun droit exclusif établi par la loi, d'aucun droit de propriété intellectuelle, d'aucun

¹³² Cass., 10 mars 1997, *Chr.D.S.*, 1997, p. 435 qui a confirmé C.T. 21 avril 1995, *Chr.D.S.*, 1995, pp. 380-381 ; C. trav. Bruxelles, 10 septembre 2003, RG 42954, www.juridat.be.

¹³³ C. T. Anvers, 15 septembre 1993, *R.W.* 1993-1994, pp. 573-576.

¹³⁴ K. DE SCHUTTER et S. MARQUANT, *Concurrence et débauchage*, coll. « Entreprise et droit social », Kluwer, 2008 (ouvrage existant aussi en néerlandais sous le titre : *Concurrentie en afwerving*, Malines, Kluwer, 2008), p. 104.

¹³⁵ A. DDRESEN et I. PLETS, « Wettelijke regeling van het scholingsbeding », *Or.*, 2007, pp. 66 et s.

¹³⁶ V. CASSIERS, *op. cit.*, p. 57.

monopole légal »¹³⁷. En dehors donc de la protection qui est donnée par un droit de propriété intellectuelle, tel qu'un brevet, il n'y a qu'une seule façon de protéger ce savoir-faire, c'est par le secret. De la sorte, la loi « protège indirectement le savoir-faire en prohibant les atteintes à ce qui protège directement le secret ». Le secret présente toutefois sur le brevet l'avantage de l'absence de limitation dans le temps, du moindre coût, de l'absence d'obligation du titulaire d'un brevet.

Dans un arrêt du 12 mai 2010, la Cour du travail de Bruxelles¹³⁸ a considéré que des connaissances techniques spécifiques à une technologie et la connaissance des besoins d'un client font partie de l'expérience professionnelle d'un consultant que celui-ci peut alors utiliser au service d'un nouvel employeur sans violer d'obligation de confidentialité, sauf à divulguer des informations confidentielles, ce qui doit être démontré.

b. Les informations relatives à des infractions

Selon M. Jamoulle, l'ordre public ferait obstacle à ce qu'un fait constitutif d'une infraction (telle une fraude fiscale), puisse être protégé au regard de l'article 17, 3° de la loi du 3 juillet 1978. Toutefois, cela n'implique pas qu'une dénonciation d'un tel fait ne puisse être valablement sanctionnée par un licenciement¹³⁹. L'auteur relève une décision déjà ancienne¹⁴⁰ qui avait estimé régulier le licenciement pour motif grave d'un travailleur qui avait, de sa propre initiative, dénoncé des fraudes fiscales au fisc dès lors que, ce faisant, le travailleur avait manqué à son obligation d'exécution de bonne foi de son contrat de travail. Nous renvoyons également à cet égard à la problématique du *whistleblowing* qui traite précisément de la dénonciation de comportements irréguliers, voire illégaux, sujet que nous ne traiterons pas dans le cadre de la présente contribution¹⁴¹.

¹³⁷ V. CASSIERS, *op. cit.*, p. 63 ; Pour un cas d'application voy. Prés. Comm. Gand, 28 avril 2008, *T.G.R.*, 2010, liv. 2, p. 101.

¹³⁸ C.T. Bruxelles, 12 mai 2010, R.G. : 2009/AB/51684 commenté in H.F. LENAERTS, J.Y. VERSLYPE, G. WILLEMS, A. FRY, *La rupture du contrat de travail*, Chronique de jurisprudence 2006-2010, Larcier, pp. 551-552.

¹³⁹ M. JAMOULLE, « Contrat de travail et contrat d'emploi », in *R.P.D.B.*, Complément, Tome III, 1969, Bruxelles, Bruylant, n° 295, p. 595.

¹⁴⁰ Cons. Prud'h. app. Gand, 9 décembre 1935, *Pand. Pér.*, 1936, p. 299.

¹⁴¹ L. ROTTIERS, *Le sonneur de tocsin : ses origines, son évolution et ses implications en droit social belge*, Kluwer, 2013 ; O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la Vie Privée au travail*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 148-159 ; P. VAN EECCKE, « Klokkenluiden in het bedrijfsleven : privacy aspecten », *D.A.O.R.*, 2010/93, pp. 21-39 ; K. VAN BISSCHOP et E. CARLIER, « Klokkenluidersregelingen in een grensoverschrijnende context », *Orientatië*, 2009, pp. 48-60 ; T. VAN CANNYET, « Whistleblowing tussen hamer en aambeeld. Het spanningsveld tussen fraude bestrijding en privacybescherming », *Cah. Jur.*, 2008/1, pp. 8-15 ; O. GOFFARD,

B. – La protection des secrets de fabrication, d'affaires et des affaires à caractère personnel ou confidentiel

1. De ce qui constitue une violation de l'article 17, 3°

Afin qu'un secret soit violé sur la base de l'article 17, 3°, de la loi du 3 juillet 1978, il est seulement exigé que le secret soit « divulgué », peu importe :

- la manière de la divulgation (orale, écrite, passive, ...) ;
- l'intention de son auteur : tant l'acte réfléchi que la divulgation par négligence sont interdits, bien que l'appréciation puisse en être différente (voy. *infra*) ;
- la prise de connaissance effective ou non par un tiers du secret : il suffit que, par la communication, la possibilité existe qu'un tiers ait pu prendre connaissance des données secrètes (notamment en laissant trainer des données confidentielles)¹⁴² ;
- le fait que la communication puisse être purement hypothétique ; par contre, la divulgation doit être effective¹⁴³.

Comme le constate J.-F. Funck, certains auteurs soutiennent que l'article 17, 3° n'impliquerait qu'une interdiction de divulguer les informations mais pas nécessairement le droit d'en faire usage¹⁴⁴. Cette interprétation est critiquée dans la mesure où elle amènerait à devoir distinguer selon que le travailleur en fasse usage dans le cadre d'un commerce en personne physique, auquel cas il ne serait pas sanctionné puisqu'il n'aurait pas divulgué l'information, ou qu'il agirait dans le cadre d'un contrat de travail ou en société, cas de figure emportant violation de l'obligation¹⁴⁵.

« Les systèmes d'alerte professionnelle (*whistleblowing*) et le respect de la vie privée : du Sarbanes-Oxley Act à la Recommandation de la Commission de la Vie privée », *R.D.C.*, 2007, p. 203. JUNOD, « La liberté d'expression du Whistleblower. Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), *Guja c. Moldavie*, 12 février 2008 », *Rev. Trim. D.H.*, 2009, pp. 245 à 248 et décisions citées. P. VAN ECKE, « Klokkenluiden in het bedrijfsleven : privacy aspecten », *D.A.O.R.*, 2010/93, p. 23. F. ROBERT, « La relation de travail face à l'entreprise socialement responsable. Entre Tics et Tocs », *D.A.O.R.*, 2010/93, p. 88.

¹⁴² P. DE WULF et K. CHERRETTE, « De actiemogelijkheden van de (ex-)werkgever in geval van concurrentie door zijn (ex) werknemer : een beknopte leidraad », *Or.*, 2005, p. 234.

¹⁴³ E. CARLIER et B. COPS, *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁴ E. CARLIER et B. COPS, « Werknemers (vertengenwoordigers) en hun plicht tot trouwelijkheid », *Or.*, 2012/1, p. 4 ; J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 212. Voy. B. MICHAUX, « Concurrence déloyale et anciens co-contractants. Les mises au points de la dernière jurisprudence », *T.B.H.R.*, 1994, p. 584. Voy. également en ce sens J.-P. BUYLE, (*op. cit.*, p. 105) qui estime que l'usage de l'information pour soit même pourrait être sanctionné comme un manquement à l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail.

¹⁴⁵ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 210.

B.-H. Vincent estime, quant à lui, que l'usage emporte divulgation et inversement¹⁴⁶.

Toutefois, il y a lieu d'apprécier le degré de confidentialité des informations et l'usage qui en est fait par le travailleur. Comme le relève B. Paternostre, c'est surtout l'intention qui préside à la commission du manquement qui va déterminer son appréciation¹⁴⁷. La jurisprudence analyse ainsi l'intention du travailleur (et notamment l'intention de nuire¹⁴⁸ ou au contraire de faire valoir ses droits¹⁴⁹), le dommage aux intérêts de l'entreprise¹⁵⁰, les personnes auxquelles les documents ont été communiqués (concurrents ou non, ...) Ainsi, un usage concurrentiel sera considéré comme un motif grave alors que, par contre, la nécessité de se constituer des preuves dans le cadre d'un litige avec son employeur, ou plus généralement un usage dans lequel le travailleur n'a pas l'intention de dévoiler ces informations à des tiers, ne permet pas de consacrer un motif grave¹⁵¹. Peut entrer en ligne de compte, également, la fonction du travailleur. Ainsi, une personne de confiance peut copier des adresses de la clientèle si on ne prouve pas un mauvais usage des données¹⁵².

Néanmoins, l'article 17, 3° ne nécessite pas que la divulgation soit méchante ou frauduleuse, comme l'exige quant à lui l'article 309 du Code pénal¹⁵³.

2. Des sanctions au non-respect de l'article 17, 3°

De manière générale, il y a lieu de distinguer selon que la violation de cette disposition intervient alors que le travailleur est ou non toujours sous contrat de travail.

a. Licenciement pour motif grave

Les comportements de consultation ou de copiage par les travailleurs sont, en général, jugés avec sévérité et donnent fréquemment lieu à motif

¹⁴⁶ B.-H. VINCENT, « La concurrence de l'ancien salarié à son employeur : les enseignements de l'article 17 de la loi sur le contrat de travail », *Orientations*, 2001, p. 79.

¹⁴⁷ B. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 132.

¹⁴⁸ Cette intention n'est toutefois pas requise, une simple curiosité peut être critiquable, voy. C.T. Liège, 25 octobre 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 158 ; C.T. Bruxelles, 11 octobre 1989, *Chron. D.S.*, 1992, p. 170.

¹⁴⁹ C.T. Anvers, 22 mars 1982, *Chron. D.S.*, 1984, p. 220 ; C.T. Bruxelles, 26 juin 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 188.

¹⁵⁰ C.T. Bruxelles, 5 mai 1980, *R.D.S.*, 1980, p. 159.

¹⁵¹ C.T. Bruxelles, 26 juin 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 188.

¹⁵² C.T. Bruxelles, 23 juin 1998, *Chron. D.S.*, 1999, p. 483.

¹⁵³ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 309.

grave¹⁵⁴, susceptible de justifier un licenciement immédiat, sans pour autant que la faute grave ait nécessairement causé un préjudice à l'employeur¹⁵⁵.

b. Action en cessation

Par ailleurs l'employeur peut agir pour interdire à son travailleur de divulguer des secrets d'affaires¹⁵⁶ ou de fabrication, devant le juge des référés¹⁵⁷ qui pourra également ordonner la restitution de documents sur pied de l'article 17, 5^o¹⁵⁸. Dans ce contexte, c'est le Tribunal du travail qui est compétent sur pied de l'article 578, 1^o du Code judiciaire. Certaines juridictions du travail se sont également déclarées compétentes pour connaître d'une action qui tend à interdire à l'ancien travailleur salarié de participer à des actes de concurrence déloyale après la cessation du contrat de travail, dès lors qu'il s'agit d'une demande relative à une obligation née de ce contrat¹⁵⁹.

En revanche, la question de la possibilité d'agir devant le Tribunal du travail en cas de violation du secret de fabrication commis après la fin du contrat de travail est controversée. L'article 578, 1^o du Code judiciaire l'exclut *a priori* mais certains auteurs estiment que cela ne se justifie pas et relèvent de la jurisprudence en faveur de cette compétence¹⁶⁰.

c. Octroi de dommages et intérêts

Il est également envisageable de réclamer des dommages et intérêts au travailleur qui n'aurait pas respecté l'article 17, 3^o. Il convient toutefois d'être attentif à l'application de l'article 18 de la loi sur les contrats de travail : la divulgation de secrets ne donnera lieu à des dommages et intérêts à l'employeur que si elle constitue un dol, une faute lourde ou une faute légère habituelle¹⁶¹. Tel pourrait être le cas si cette violation s'inscrit dans le

¹⁵⁴ B. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 132 ; C. trav. Bruxelles, 14 déc. 2004, *Chron. D.S.*, 2006, liv. 3, p. 143.

¹⁵⁵ Voy. not. Cass., 6 mars 1995, *J.T.T.*, 1995, p. 281.

¹⁵⁶ J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 107 ; T. T. Liège, 30 janvier 2007, R.G. n° 359.457, www.juridat.be.

¹⁵⁷ T.T. Arlon, 11 août 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 87 ; C.T. Bruxelles, 5 novembre 1998, *Chron. D.S.*, 1999, p. 482.

¹⁵⁸ C. T. Bruxelles (2^e ch., réf.), 5 novembre 1998, *Chron. D.S.* 1999, p. 482, note.

¹⁵⁹ Prés. Trib. Trav. Bruxelles, 5 janvier 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 333 ; Trib. trav. Bruxelles (16^e ch.), 24 avril 2002, *Chron. D.S.*, 2006, p. 357, note ; T. T. Mons (sect. Mons), 10 janvier 2011, RG n° 09/3107/A, www.juridat.be.

¹⁶⁰ J. CLESSE et Fr. BAERT, « Les procédures d'urgence en cas de concurrence illicite par le salarié », in V. VANNES, (dir.), *Clauses spéciales du contrat de travail Utilité Validité Sanction*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 290.

¹⁶¹ P. DE WULF et K. CHERRETTE, « De actiemogelijkheden van de (ex-)werkgever in geval van concurrentie door zijn (ex-)werknemer : een beknopte leidraad », *Or.*, 2005, p. 241.

contexte d'une activité concurrentielle du travailleur. B.-H. Vincent relève à cet égard un arrêt inédit du Tribunal du travail de Bruxelles qui a considéré que « La violation systématique d'obligations prévues par la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail ou à l'article 1134 du Code civil est constitutive de dol ou de faute lourde »¹⁶². L'auteur considère qu'est constitutif de dol ou de faute lourde le fait de manquer à son obligation d'abstention de concurrence, à son obligation de probité ou à son devoir de loyauté¹⁶³.

Par ailleurs, si le travailleur viole ses obligations après la fin du contrat, il ne bénéficie plus de l'exonération partielle de responsabilité instituée par l'article 18¹⁶⁴.

d. Tierce complicité

L'employeur préjudicié pourrait se fonder sur les principes de la tierce-complicité pour mettre en cause la responsabilité du tiers qui aurait apporté son concours actif et conscient à la violation de l'article 17, 3°¹⁶⁵, telle la société créée par le travailleur ou la société du nouvel employeur¹⁶⁶. Cela peut présenter un intérêt lorsque le travailleur n'est pas ou peu solvable, par exemple.

e. Pratiques du commerce et protection du consommateur

Il est également possible pour l'employeur d'agir contre un tiers qui entendrait ou aurait fait usage de données divulguées par un travailleur en violation de l'article 17, 3° et ce sur la base de l'article 95 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur. Il peut ainsi solliciter la cessation¹⁶⁷ ou l'interdiction d'un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché portant ou susceptible de porter atteinte à des intérêts professionnels¹⁶⁸, auprès du Président du

¹⁶² T.T. Bruxelles (1^{re} ch.), 17 octobre 1990, *inédit*, RG n° 48 195/89 cité par B.-H. VINCENT, « La concurrence de l'ancien salarié à son ancien employeur : les enseignements de l'article 17 de la loi sur les contrats de travail », *Orientations*, 2001, p. 75.

¹⁶³ B.-H. VINCENT, *op. cit.*, p. 75 ; P. DE WULF et K. CHERRETTE, *op. cit.*, p. 243.

¹⁶⁴ C.T. Liège (sect. Namur), 19 janvier 2010, *R.R.D.*, 2009, p. 121 ; C.T. Liège (sect. Namur), 19 mars 2010, *R.R.D.*, 2009, p. 225.

¹⁶⁵ ; H. DE BAUW, « Gebruik van bedrijfsgeheimen : (on)geoorloofdemarktpraktijk ? », *Cah. Jur.*, 1/2011, p. 8

¹⁶⁶ C. T. Liège, 17 janv. 2001, R.G. n° 28041/99, www.juridat.be ; P. DE WULF et K. CHERRETTE, *op. cit.*, p. 249.

¹⁶⁷ Quant à l'action en cessation sous astreintes, voy. P. DE WULF et K. CHERRETTE, *op. cit.*, p. 239.

¹⁶⁸ Voy. l'article 2 de la loi du 6 avril 2010 concernant le règlement de certaines procédures dans le cadre de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

Tribunal de commerce (art. 589, 1°, C. jud.). J.-P. Buyle relève, à cet égard, qu'un secret, même s'il est divulgué, continue à présenter de la valeur lorsqu'il n'est pas accessible à tous et confère un avantage concurrentiel à celui qui le détient¹⁶⁹. D'autres auteurs ne partagent pas cette position et estiment que le savoir-faire révélé perd sa protection tirée du secret¹⁷⁰. M. Buydens fait valoir que l'action en cessation pour interdire l'usage d'un secret comporte une épine similaire : pour interdire l'usage d'un secret, il faudra que le jugement le décrive (le juge ne peut interdire qu'un acte défini). Or, les jugements étant publics, le secret le deviendra également¹⁷¹.

Dans l'hypothèse où la violation de l'obligation intervient après la fin du contrat de travail, il également envisageable d'agir sur pied de l'article 95 de la loi du 6 avril 2010 contre le travailleur ou un tiers qui exploiterait l'information protégée dans le cadre d'une autre activité.

Enfin, tant avant qu'après la cessation du contrat de travail, si les conditions constitutives de l'infraction stipulée à l'article 309 du Code pénal sont réunies, l'employeur peut également déposer une plainte pénale à l'encontre de son travailleur, avec constitution de partie civile auprès du juge d'instruction (en vue de l'obtention de dommages et intérêts dans le cadre de la procédure pénale)¹⁷².

II. – Principe d'exécution de bonne foi, devoirs de loyauté et secret

A. – Le fondement du devoir de loyauté¹⁷³

La loyauté est « l'une des plus importantes manifestations du lien de subordination unissant le salarié et l'employeur »¹⁷⁴. Le rapport avec la subordination est évident puisqu'il y a dans la loyauté, au sens commun du terme, la « fidélité à tenir ses engagements » et l'obéissance « aux règles de l'honneur et de la probité »¹⁷⁵. La doctrine reconnaît l'existence d'un

¹⁶⁹ J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 109.

¹⁷⁰ A. VAN MENDEL, « De bescherming van fabrieksgeheimen of technische know-how naar Belgisch recht », *R.W.*, 1981-82, p. 2018 ; B. MICHAUX, « Concurrence déloyale et anciens co-contractants, les mises au point de la dernière jurisprudence », *R.D.C.*, 1994, p. 578.

¹⁷¹ M. BUYDENS, « La protection des secrets d'affaires et la procédure de saisie en matière de contrefaçon », *Cah. Jur.*, 1/2011, p. 15.

¹⁷² V. GUTMER, « L'obligation de confidentialité du travailleur », *Ors.*, 2012, p. 9.

¹⁷³ Voy. à ce sujet : S. GILSON, K. ROSIER, A. ROGER et S. PALATE, *op. cit.*

¹⁷⁴ C. BRUNELLE et M. SAMSON, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté : plaidoyer pour un espace critique accru », *Les Cahiers de droit*, 2005, vol. 46, n° 4, p. 850.

¹⁷⁵ *Le Petit Robert*, Paris, 1991, p. 1.115.

devoir de loyauté qui survit même à la fin du contrat de travail¹⁷⁶. Ce devoir trouve sa source dans l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, qui consacre le principe de bonne foi dans l'exécution des conventions. Ainsi, le fait de divulguer un secret constitue un acte de concurrence prohibé par le principe d'exécution de bonne foi¹⁷⁷.

Le principe d'exécution de bonne foi des conventions, de par sa nature même, doit être considéré comme étant d'ordre public : les parties ne peuvent pas y déroger contractuellement¹⁷⁸. D'ailleurs, même si le contrat de travail a pris fin, les parties ont toujours la possibilité d'invoquer la violation de ce principe¹⁷⁹.

L'article 17 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail est parfois avancé comme fondement du devoir de loyauté du travailleur salarié. Cette disposition s'inscrit plutôt dans la lignée du principe de bonne foi et constitue une explicitation de ce principe plus large, dans les relations de travail¹⁸⁰. Comme le souligne S. Wynsdau « ce n'est pas l'article 17, 1° de la loi du 3 juillet 1978 qui a pour corollaire le devoir de loyauté mais bien le droit commun des obligations, soit les articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil »¹⁸¹.

Indépendamment des obligations précisées par l'article 17, il est difficile de ne pas succomber à la tentation de confondre, purement et simplement, devoir de loyauté et principe de bonne foi, tout en considérant que ce dernier présente une raison d'être particulière dans les relations contractuelles de travail dont l'essence même requiert une confiance mutuelle¹⁸². La portée de la bonne foi et de l'obligation de loyauté qu'elle comprend dépend alors de la conception de la relation de travail et du point de vue selon lequel on l'envisage. Comme l'ont relevé J. Clesse et V. Bertrand, « la reconnaissance d'un devoir de loyauté réciproque est liée à la représentation institutionnelle de l'entreprise par rapport à une thèse contractuelle »¹⁸³. L'intensité de l'obligation de loyauté est donc tributaire de l'intensité du lien personnel dans la relation de travail. Alain Supiot

¹⁷⁶ O. RIJCKAERT, *op. cit.*, p. 447.

¹⁷⁷ C. T. Mons, 1er déc. 1997, RG n° 11649, www.juridat.be, cité dans C. BEDORET, « La bonne foi et le contrat de travail : baliverne, balise ou baliste ? », *Ors.*, 2009, p. 22.

¹⁷⁸ S. DE DIER et A. VAN BEVER, *op. cit.*, p. 325.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 388.

¹⁸⁰ M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Tome II, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, p. 42 et 125.

¹⁸¹ S. WYNSDAU, « La clause d'exclusivité de service », in V. VANNES (dir.), *Clause spéciale du contrat de travail, utilité, validité, sanction*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 158.

¹⁸² C.T. Mons, 27 février 1997, R.G. n° 11.228, www.juridat.be, (sommaire).

¹⁸³ J. CLESSE et V. BERTRAND, « La bonne foi et le droit du travail », in *La bonne foi*, Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 205.

explique que « lorsque la relation de travail est conçue comme un lien personnel, la dépendance qu'elle engendre ne peut être située dans le temps et dans l'espace, elle marque la personne même du salarié qui est tenu toujours et partout d'un devoir de loyauté et de fidélité vis-à-vis de son employeur »¹⁸⁴. Dans cette perspective, le principe d'exécution de bonne foi recouvrirait donc, sur un autre fondement, des notions telles que la fidélité, l'allégeance, la loyauté, etc.¹⁸⁵. Par contre, « dans une conception purement contractuelle, la distribution de la subordination et de la liberté s'identifie avec les portes de l'entreprise »¹⁸⁶.

Mais on sait que le droit du travail belge – la loi du 3 juillet 1978 en particulier – reste attaché à une conception contractuelle de la relation de travail, ce qui restreint potentiellement l'application du principe de bonne foi : « en même temps qu'elle atteste de sa vigueur, la loi sur le contrat de travail dévitalise le principe de l'exécution de bonne foi : légalement décrites les obligations accessoires rendent le plus souvent superflue une référence formelle au principe de l'exécution de bonne foi et de ce fait ne favorisent pas une expansion aussi spectaculaire que celle qui est observée dans d'autres domaines de droit privé »¹⁸⁷.

B. – L'étendue du devoir de loyauté

1. Les fonctions modératrice et complétive de la bonne foi

La portée de l'obligation de loyauté peut donc être précisée au départ des implications générales de la bonne foi, tout en gardant à l'esprit la sphère contractuelle particulière dans laquelle elle intervient. Selon Christophe Bedoret, la bonne foi comprend deux fonctions principales : une fonction modératrice (ou limitative), et une fonction complétive.

D'une part, le devoir de modération interdit au créancier de réclamer l'exécution scrupuleuse du contrat, dès lors que le débiteur remplirait ses obligations dans des conditions satisfaisantes. Afin de ramener l'usage (abusif) à un usage normal. C'est pourquoi la bonne foi est régulièrement invoquée à l'occasion d'un licenciement, lorsqu'il est reproché à l'auteur du congé d'avoir commis un abus de droit. La bonne foi est rarement

¹⁸⁴ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 160-161.

¹⁸⁵ M. JAMOULLE, *op. cit.*, p. 125.

¹⁸⁶ A. SUPLOT, *op. cit.*, p. 161.

¹⁸⁷ J. CLESSE et V. BERTRAND, *op. cit.*, p. 211 ; les auteurs soulignent que « l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978 constitue un facteur légal freinant l'expansion du principe d'exécution de bonne foi ».

invoquée durant l'exécution du contrat ou même avant la conclusion du contrat.

D'autre part, la fonction complétive de la bonne foi permet au juge d'imposer aux parties des obligations additionnelles, bien que celles-ci ne soient pas mentionnées dans le contrat, qui ne se rattachent donc pas à la volonté des parties mais qui reposent sur une idée de solidarité entre parties au contrat¹⁸⁸ :

- le devoir de collaboration emporte l'obligation de mettre le débiteur en mesure de remplir son obligation¹⁸⁹ (notamment en vue de la bonne fin du contrat) ;
- le devoir de conseil, de renseignement, de manière précise et en temps utile¹⁹⁰ ;
- le devoir de loyauté impose aux parties de s'abstenir de toute attitude ayant pour effet de priver l'autre du bénéfice normal du contrat ou d'aggraver les charges. Jean-Luc Fagnart relève que « le devoir de loyauté interdit à toute partie de se livrer à des manœuvres ayant pour effet d'empêcher l'autre partie de retirer le bénéfice normal du contrat »¹⁹¹ ;
- l'obligation pour la partie lésée de restreindre son dommage¹⁹² ;
- l'obligation pour le créancier de prévenir clairement et en temps utile le débiteur des sanctions envisagées ou prises¹⁹³.

2. Les obligations du travailleur

Les travailleurs doivent veiller aux intérêts de l'employeur dans les contacts qu'ils ont avec leurs collègues et ne pas les inciter, par exemple, à commettre des fautes contractuelles¹⁹⁴. De même, dans les rapports avec les clients, les fournisseurs, les concurrents, les anciens salariés, le travailleur ne peut pas accomplir d'actes nuisibles à son cocontractant¹⁹⁵. La bonne foi impose également au travailleur de manifester du respect et

¹⁸⁸ C. BEDORET, *op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁸⁹ S. WYNSDAU, « La clause d'exclusivité de service », in V. VANNES (dir.), *Clause spéciale du contrat de travail, utilité, validité, sanction*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 161.

¹⁹⁰ C. BEDORET, « La bonne foi et le contrat de travail : baliverne, balise ou baliste ? », *Ors.*, 2009, pp. 12-13.

¹⁹¹ J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », *R.C.J.B.*, 1986, p. 282.

¹⁹² Cass., 17 mai 2001, R.G. n° C00224F, www.juridat.be.

¹⁹³ Bruxelles, 9 mai 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1386 ; Bruxelles, 12 déc. 1991, *J.T.*, 1992, p. 203 ; cités dans C. BEDORET, *op. cit.*, p. 13.

¹⁹⁴ M. JAMOULLE, *R.P.D.B.*, Complément III, Verbo « Contrat de travail », Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 300, n° 299.

¹⁹⁵ *Ibid.*

des égards envers l'employeur, d'exécuter son travail avec soin (probité et conscience), d'agir conformément aux ordres et aux instructions donnés par l'employeur¹⁹⁶.

De manière générale, les travailleurs salariés sont considérés comme étant tenus à une obligation de discrétion du fait de cet article 17, 3°. Il est donc admis qu'indépendamment de toute divulgation de secret, l'employé ou l'ex-employé doit s'abstenir « de diffuser des informations susceptibles de nuire à la réputation ou au goodwill de son employeur ou de son ex-employeur »¹⁹⁷. Il a ainsi une certaine forme de devoir de réserve ou de discrétion du fait du principe d'exécution de bonne foi. L'information confidentielle dont le travailleur a connaissance dans l'exercice de son activité relève du droit de discrétion visé à l'article 17, 3°, a de la loi du 3 juillet 1978¹⁹⁸. Peu importe la façon dont le travailleur a appris l'information, peu importe également quelle est sa fonction et l'éventuelle absence de lien entre l'objet de son contrat et le secret d'affaires¹⁹⁹.

Cette obligation de bonne foi peut être considérée comme d'autant plus importante que le travailleur occupe une fonction particulière dans l'entreprise, notamment pour ceux qui occupent des fonctions de confiance²⁰⁰. Il est ainsi admis que les cadres, les employés supérieurs ou les contremaîtres contractent des obligations plus étendues que les autres salariés à cet égard²⁰¹. Il nous semble que ces obligations accessoires qui pèsent sur les travailleurs sont également d'autant plus importantes que le contrat de travail est conclu *intuitu personae* dans le chef de la personne du travailleur.

En raison de l'obligation de coopération qu'il comprend, le principe d'obligation de bonne foi implique non seulement que l'on doive interpréter la convention au-delà de sa lettre²⁰² mais aussi que cette convention s'accompagne d'un « minimum d'esprit de coopération » et d'obligations implicites. Le travailleur doit *in facto* contribuer à la bonne exécution de la convention et à la réalisation de l'intérêt de l'entreprise ; il doit s'abstenir de compromettre l'activité de l'employeur²⁰³.

¹⁹⁶ C. BEDORET, *op. cit.*, pp. 21-22.

¹⁹⁷ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 309.

¹⁹⁸ J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 106.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ T.T. Bruxelles, 17 octobre 1990, inédit, R.G. : 48.195/89 cité in B.-H. VINCENT, *op. cit.*, p. 73.

²⁰¹ M. JAMOULLE, *R.P.D.B.*, Complément III, Verbo « Contrat de travail », Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 595, n° 297.

²⁰² M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Tome II, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, p. 125.

²⁰³ *Ibid.*, pp. 125-126.

À défaut d'exécution de bonne foi du contrat de travail, le travailleur s'expose notamment à l'une des sanctions suivantes : résolution judiciaire ; exécution forcée ; obtention de dommages et intérêts ; congé pour motif grave²⁰⁴.

3. Les obligations de l'employeur

Inversement, le devoir de loyauté, imposant le respect du bénéfice normal du contrat par l'autre partie, implique la prise en compte des intérêts de l'employeur, qui ne peuvent être mis en péril sans raison légitime, ce que le devoir de collaboration implique également dans une certaine mesure. Parmi ces raisons légitimes figure, selon nous, le respect des droits des travailleurs, qu'ils soient individuels ou collectifs. Ainsi, dès lors que l'employeur méconnaît des obligations contractuelles ou légales, le travailleur a toujours le droit de s'en plaindre et d'agir en conséquence dans les limites que le droit lui donne. Il nous semble également que le travailleur demeure libre de revendiquer des droits nouveaux et, le cas échéant, de participer à des actions collectives à ce sujet²⁰⁵.

La bonne foi impose également à l'employeur de manifester du respect et des égards envers le travailleur, d'assurer le respect des convenances et des bonnes mœurs, de faire travailler dans les conditions, au temps et au lieu convenus, de payer la rémunération selon les modalités convenues ainsi que de veiller au bien-être au travail (santé et sécurité)²⁰⁶. À l'inverse, l'étendue du devoir de loyauté sera enfin limitée par l'usage de libertés fondamentales, telles que la liberté d'expression et la liberté syndicale.

III. – Clauses de secret, de confidentialité ou de loyauté²⁰⁷

A. – Principes généraux

En droit commun, une restriction à des droits fondamentaux comme la liberté d'expression peut être valable²⁰⁸. Ainsi, la Commission européenne des droits de l'homme a admis qu'une personne puisse consentir

²⁰⁴ C. BEDORET, *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁵ Sur cette question, voy. *infra* la section 8 du présent chapitre.

²⁰⁶ C. BEDORET, *op. cit.*, p. 18.

²⁰⁷ Voy. à ce sujet : S. GILSON, K. ROSIER, A. ROGER et S. PALATE, *op. cit.*

²⁰⁸ Voy. à ce sujet : S. GILSON et F. LAMBINET, *La liberté d'expression du travailleur salarié*, Dossiers du BSJ, Anthemis, 2012.

à une limitation de sa liberté d'expression²⁰⁹, sans qu'il puisse toutefois être question d'une suppression ou d'une renonciation totale au droit de s'exprimer librement. Si certains droits fondamentaux, dont le droit à la vie et la prohibition de l'esclavage, ne pourraient jamais faire l'objet d'une renonciation²¹⁰, la liberté d'expression serait en effet, quant à elle, dérogeable²¹¹. Une telle limitation peut découler du devoir de loyauté incombant au travailleur, à condition qu'elle soit proportionnelle à la nature de l'emploi et à l'importance de la question pour l'employeur²¹².

Il a ainsi été jugé que, dans une entreprise dite de tendance, les travailleurs peuvent consentir à une certaine limitation de leur liberté d'expression en tenant compte de l'orientation de l'entreprise et des fonctions spécifiques occupées au sein de celle-ci²¹³. Le devoir de réserve des fonctionnaires peut emporter aussi certaines restrictions à l'exercice de la liberté d'expression, vu les fonctions spécifiques appelées à être remplies²¹⁴.

La doctrine a relevé que l'on pouvait déduire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la renonciation au droit fondamental est en principe valable²¹⁵, à condition toutefois que la renonciation soit non équivoque et libre de contrainte. On peut certainement soutenir à ce sujet que certaines dispositions impératives ou d'ordre public de notre droit national sont plus protectrices du travailleur que la Convention européenne, qui n'analyse en quelque sorte que le « contexte » de la renonciation.

La doctrine a montré que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme estime que la dépendance économique et juridique du travailleur, qui est inhérente au contrat de travail, peut invalider sa renonciation²¹⁶. La nullité d'une telle renonciation ne peut néanmoins avoir lieu que dans des circonstances spécifiques, relativement rares, de vices

²⁰⁹ Commission européenne des droits de l'homme, requête 11308/84 du 13 mars 1986, cité in P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 395. Sur la limite de la liberté d'expression dans le cadre de la sphère professionnelle, on verra F. DORSEMON, *op. cit.*, pp. 76 et s.

²¹⁰ N. VAN LEUVEN, « Les contrats et les droits de l'homme : une interaction mutuelle », in *Droit des contrats : questions choisies*, Larcier, Bruxelles, 2008, p. 106.

²¹¹ *Ibid.*, p. 147.

²¹² Commission européenne des droits de l'homme, requête 12242/86 du 6 septembre 1989, cité in P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 396-397.

²¹³ Commission européenne des droits de l'homme, requête 11002/84 du 8 mars 1985, cité in P. FRUMER, *op. cit.*, pp. 395-396.

²¹⁴ Voy. Cour eur. D.H., *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, § 60, 3^e al.

²¹⁵ N. VAN LEUVEN, *op. cit.*, p. 103.

²¹⁶ Voy. et comp. N. VAN LEUVEN, « Les contrats et les droits de l'homme : une interaction mutuelle », in *Droit des contrats : questions choisies*, Larcier, Bruxelles 2008, p. 123 et sur la lésion qualifiée : N. VAN LEUVEN, *op. cit.*, pp. 124 et s.

de consentement (par la lésion qualifiée, l'erreur, le dol ou la violence)²¹⁷. Il apparaît en tout cas utile qu'il y ait une information claire au moment de l'engagement sur les limitations aux droits fondamentaux²¹⁸, information qui permettrait alors de valider une renonciation en connaissance de cause.

Il faut que ces renonciations répondent à une condition de proportionnalité et de finalité : « un contrat dans lequel on restreint un droit fondamental sans aucun but rationnel est inacceptable »²¹⁹. Cette appréciation peut se faire notamment sur la base du caractère définitif ou total de la renonciation. C'est donc en termes de proportionnalité que devront être appréciées les restrictions aux droits fondamentaux.

En droit social, le cadre impératif et d'ordre public de la législation permet d'effectuer un premier contrôle à ce sujet, mais à supposer que la clause ne soit pas strictement interdite, il faudrait vérifier si la clause n'est pas contraire, de manière plus générale, à l'ordre public et/ou aux normes *supranationales*. La C.E.D.H. pourrait alors être un soutien partiel pour l'interprétation de l'ordre public et des bonnes mœurs, même s'il n'y a pas correspondance totale entre l'ordre public, les bonnes mœurs et les droits de l'homme²²⁰.

B. – Applications en droit social

1. Principes généraux de validité en droit social

Toute clause reprenant les obligations légales ou les explicitant est licite. Il est admis que la clause interdisant la concurrence déloyale ne constitue qu'un rappel des obligations de l'article 17, 3° mais qui peut constituer un argument supplémentaire pour montrer quelle importance cette obligation a pour l'employeur, notamment dans le cadre de l'appréciation d'un motif grave, même s'il n'est pas possible de définir conventionnellement un motif grave²²¹.

Pour E. Plasschaert, « L'effectivité de la protection de la liberté du travail du travailleur salarié telle qu'elle est organisée par les dispositions précitées ne semble pas devoir commander la nullité de toute clause restrictive de la liberté du travail mais uniquement de celle ayant une portée absolue

²¹⁷ Cass., 2 mai 1969, *R.W.*, 1968-1969, p. 1929.

²¹⁸ N. VAN LEUVEN, *op. cit.*, p. 110.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 150.

²²⁰ *Ibid.*, pp. 132-133.

²²¹ C. MERLA, « Les clauses et conventions de non-concurrence », *Orientations*, 2002, p. 68.

et générale ou non fondée sur des intérêts légitimes de l'employeur, et ce sous réserve des dispositions impératives protectrices des droits des travailleurs mais indépendamment de l'existence ou non d'une disposition légale prévoyant la possibilité d'une telle restriction »²²². Certains estiment que l'article 17, 3° de la loi relative aux contrats de travail aurait prévu une protection minimale au bénéfice de l'employeur, que celui-ci pourrait compléter par le biais de clauses contractuelles²²³. Cela pourrait s'appuyer sur un principe extensif de l'exécution de bonne foi des conventions. Il semble, au contraire, que le cadre impératif du droit du travail, au profit du travailleur, interdit ce type d'interprétation.

On peut imaginer l'insertion de bon nombre des clauses dans le contrat de travail visant à restreindre la liberté du travail, du commerce et de l'industrie. Comme le souligne E. Plasschaert, ces clauses peuvent être analysées au travers d'un triple filtre²²⁴ :

1. Est-il possible aux parties au contrat de travail de prévoir une telle clause en dehors des cas prévus par la loi ?
2. La clause envisagée n'est-elle pas une clause de non-concurrence déguisée ?
3. N'est-elle pas contraire à l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978 ?

2. La clause de confidentialité

La conclusion d'une clause de confidentialité est en droit commun, parfaitement licite²²⁵. Ce type d'obligation s'appuierait sur l'article 1135 du Code civil : la convention oblige non seulement à ce qui 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 cette base, on déduit des obligations entre contractants, telle que l'obligation de loyauté, l'obligation d'information, l'obligation implicite de secret si elle est rendue nécessaire par la nature du contrat, de l'équité ou de l'usage. Aucun délai n'est strictement prévu, bien qu'il soit en général admis que cette obligation soit limitée dans le temps²²⁶. V. Cassiers²²⁷ relève à juste titre que : « Cette obligation

²²² E. PLASSCHAERT, « La pérennisation du capital humain de l'entreprise au moyen de clauses contractuelles », in J.F. NEVEN et O. CORNU (dir.), *Le patrimoine intellectuel de l'entreprise*, Bruxelles, 2010, Larcier, p. 156.

²²³ Voy. les références citées par J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 115.

²²⁴ E. PLASSCHAERT, *op. cit.*, p. 180.

²²⁵ C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *D.A.O.R.*, 2001, p. 4.

²²⁶ *Ibid.*, pp. 6 et 9.

²²⁷ V. CASSIERS, *op. cit.*, pp. 78 et s.

doit contenir la description des informations confidentielles, la procédure d'identification de ces informations, l'obligation de confidentialité et les personnes tenues de la respecter, la nature et l'objectif de la collaboration, la durée de l'obligation de confidentialité et la procédure de restitution ou de destruction des informations confidentielles et éventuellement une indemnité forfaitaire, une clause pénale ».

Comme le souligne J.-F. Funck, « l'obligation de confidentialité vise spécifiquement l'interdiction de divulguer des informations confidentielles. Elle n'a dès lors pas pour objet de régler de manière générale les limites dans lesquelles le travailleur peut librement s'exprimer ou communiquer avec autrui »²²⁸. Il a d'ailleurs été jugé que « tout travailleur, même soumis à une clause de confidentialité, a le droit d'utiliser, après la cessation de son contrat, sa connaissance de la clientèle, la confiance qu'il a pu acquérir auprès d'elle et de ses dirigeants, ainsi que le secteur d'activité de ces clients. Il peut également utiliser les méthodes de travail qu'il a apprises et expérimentées auprès de son précédent employeur, s'inspirer de la manière de penser une mission et de formuler une offre. Si un employeur souhaite empêcher un de ces travailleurs de lui faire concurrence, il doit faire souscrire une clause de non-concurrence valable et s'engager à lui payer les indemnités prévues par la loi à cet effet »²²⁹.

En droit social, il est recommandé de rappeler le devoir de confidentialité dans une clause, car ce qui va sans dire va encore mieux en le disant. La clause de confidentialité peut être conclue à tout moment : avant, pendant ou après la cessation des relations de travail²³⁰. Toutefois, la mention détaillée des points suivants ne garantit pas nécessairement l'effectivité de cette clause, quoiqu'elle reste préconisée pour contrer l'insécurité juridique et l'application d'une clause « standardisée »²³¹. La clause peut également jouer à titre préventif.

a. L'objet de la clause

Il n'est pas toujours aisé de déterminer ce qui, *in concreto*, est confidentiel. En droit commun, il y a lieu de déterminer les informations qui sont

²²⁸ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 197. Il souligne également que « La clause de confidentialité ne peut se confondre avec la clause de non-concurrence ou s'y substituer. Les deux clauses ont des objets distincts et sont différemment réglementées ».

²²⁹ C.T. Bruxelles, 12 novembre 2004, R.G. n° 2001/AR/748, www.juridat.be, (sommaire).

²³⁰ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 198.

²³¹ K. ANDRIES, « Geheimhoudingsovereenkomsten. Een samenvattend overzicht », *I.R.D.I.*, 2010, p. 375.

considérées comme confidentielles et la limite de cette confidentialité²³², d'identifier les personnes liées par cette obligation, son étendue, la nature et la finalité d'une telle clause.

J.-F. Funck relève, parmi les intérêts à conclure une clause de confidentialité, celui de savoir ce qu'est l'information secrète ou confidentielle tout en restant dans le cadre légal. On opérerait une sorte de renversement de la charge de la preuve car, si le travailleur soutient que les informations visées par la clause n'ont plus le caractère confidentiel, il lui appartiendra alors de le démontrer²³³.

En droit commun, des limites à cette obligation de confidentialité peuvent être tracées. On peut imaginer des limites à cette obligation de confidentialité, notamment dans le cadre des obligations de diffuser certaines informations auprès d'instances administratives ou judiciaires. Une injonction d'un juge pourrait constituer un cas de force majeure. La situation serait toute différente pour la production spontanée en justice d'éléments confidentiels pour la défense d'un des intérêts des cocontractants qui violerait alors purement et simplement l'obligation contractuelle²³⁴. On retrouve ce type de clause en droit du travail dans le cadre de transactions lors de la fin des contrats.

L'objet de la clause doit en toute hypothèse être limité. On ne peut pas imaginer une clause de confidentialité qui interdit au travailleur d'utiliser sa formation et ses connaissances après la fin du contrat. Il faut que l'employeur évoque des informations qui ont été recueillies avec un investissement financier, un travail de recherches, une expérience significative, etc. La clause de confidentialité, contraire aux conditions légales, est nulle mais les obligations légales de l'article 17, 3° demeurent²³⁵.

Pour le surplus, la clause de confidentialité n'est soumise à aucune condition de forme²³⁶.

²³² La clause peut être établie sur ce point de différentes manières : via une énumération limitative ou abstraite, en fonction de l'objectif pour lequel la clause a été stipulée, via un canal d'information ou une procédure spécifique de communication, etc. Voy. E. DE WALSCHE, « Duurzaamheid, behoud en bescherming van de kennis en intellectuele activa van de werknemer binnen de onderneming », *Cah. Jur.*, 2012, n° 2, p. 35 ; K. ANDRIES, *op. cit.*, p. 372.

²³³ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 195.

²³⁴ C. GUYOT, *op. cit.*, p. 8.

²³⁵ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, pp. 211-212.

²³⁶ *Ibid.*, p. 198.

b. La durée de la clause

Les parties peuvent déterminer librement la durée de l'obligation de confidentialité, après la rupture du contrat de travail. En principe, un secret n'est soumis à aucune limite de temps. La protection effective des informations confidentielles exige toutefois que la clause ait un caractère durable. Plus la durée de la clause sera longue, moins le travailleur sera susceptible de porter préjudice par la divulgation du secret²³⁷.

Toutefois, le juge pourra considérer, quant à la durée, qu'une clause est partiellement ou totalement devenue sans objet, dans l'hypothèse où les informations confidentielles seraient devenues banales ou publiques²³⁸.

Selon J.-F. Funck, la clause de confidentialité présenterait également l'intérêt de limiter dans le temps le secret – la loi ne prévoit pas de limite donc il est possible de le restreindre²³⁹ – et l'intérêt de prévoir une sanction en cas de violation. Le juge pourrait, néanmoins, considérer qu'à partir d'un certain temps, les informations sont devenues banales ou appartiennent au domaine public²⁴⁰.

c. La sanction en cas de violation de la clause

En droit commun, une clause de confidentialité peut être assortie d'une clause pénale. Le montant forfaitaire de l'indemnité peut être réduit par le tribunal, en application de l'article 1226 du Code civil²⁴¹. Il y a cependant lieu d'apprécier la validité des clauses pénales en droit du travail selon que l'on se situe pendant l'exécution du contrat ou après l'expiration de celui-ci.

Durant l'exécution du contrat, eu égard à l'application conjointe des articles 6 et 18 de la loi du 3 juillet 1978, les clauses pénales sont nulles²⁴². Il appartient à l'employeur d'apporter la preuve du dol, de la faute lourde ou de la faute légère habituelle. L'immunité de responsabilité ne vaut toutefois que pour la responsabilité civile. Le travailleur pourrait être poursuivi sur base de la violation de l'article 309 du Code pénal²⁴³. En toute hypothèse, on rappellera que la clause pénale doit avoir un caractère strictement indemnitaire et assortir une obligation licite. E. Plasschaert estime

²³⁷ K. ANDRIES, *op. cit.*, p. 373.

²³⁸ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 198.

²³⁹ Comp. avec J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 196.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 198.

²⁴¹ C. GUYOT, *op. cit.*, pp. 6 et 12.

²⁴² Comp. : C.T. Mons, 1^{er} décembre 1997, *R.R.D.*, 1998, p. 198.

²⁴³ J.Y. VERSLYPE, *Eviter le débauchage et la fuite du personne. Approche en droit du travail et en droit commercial*, Bruxelles, 2003, Kluwer, pp. 82-83.

que l'article 18 ne s'oppose pas *a priori* à l'insertion d'une clause pénale puisqu'il ne parle pas du dommage. Il ne précise que les limites dans lesquelles la responsabilité du travailleur peut être engagée. Il est évident que dans tous les cas où l'article 18 sortira ses effets, la clause pénale n'aura pas lieu d'être. Pour E. Plasschaert, une telle clause est valable car elle n'aggrave pas les obligations du travailleur si elle est purement indemnitaire²⁴⁴.

Après la rupture du contrat de travail, la clause pénale doit être reconnue comme valable, dès lors qu'elle couvrirait uniquement la concurrence déloyale qui est interdite par l'article 17, 3°. Toutefois, la clause de confidentialité ne peut se confondre avec la clause de non-concurrence ou s'y substituer : les deux clauses comportent des objets distincts et sont soumises à une réglementation différente²⁴⁵. C'est à juste titre que J.-Y. Verslype relève que la violation de la clause de confidentialité présente une particularité puisque cela constitue une faute post-contractuelle pour laquelle l'article 18 ne s'applique pas. Dans ces conditions, une telle disposition n'alourdit pas les obligations du travailleur²⁴⁶. Elle n'est pas réglementée par une règle spéciale du droit du travail et est organisée par les articles 1226 à 1231 du Code civil. Reste la fixation du dommage. À cet égard, il y a lieu de tenir compte du préjudice prévisible²⁴⁷, la clause devant par ailleurs être indemnitaire, sans préjudice du pouvoir du juge de la réduire si son montant excède le dommage potentiel. L'octroi de dommages et intérêts peut s'avérer problématique puisque le dommage précis causé par la violation sera difficile à démontrer²⁴⁸.

3. La validité du contenu d'une clause de confidentialité dérogatoire

La validité d'une clause de confidentialité dérogatoire à l'article 17, 3° de la loi du 3 juillet 1978 – et qui donc permettrait de sortir de la simple explication de ce que l'article 17, 3° prévoit – est discutée²⁴⁹. Certains ont soutenu la possibilité de conclure des clauses qui étendraient l'obligation de confidentialité des travailleurs parce que l'obligation énoncée par l'article 17, 3° de la loi sur le contrat de travail ne serait qu'une application

²⁴⁴ E. PLASSCHAERT, *op. cit.*, pp. 168-169.

²⁴⁵ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 197.

²⁴⁶ J.Y. VERSLYPE, *op. cit.*, p. 84.

²⁴⁷ Cass., 15 janvier 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 574.

²⁴⁸ K. ANDRIES, *op. cit.*, p. 373.

²⁴⁹ Voy. A. VAN BEVER, « Concurrentie, afwerving en confidentialiteit », *NjW*, n° 237, févr. 2011, p. 123.

de l'obligation générale d'exécution de bonne foi. En outre, l'article 17, 3° constitue un devoir minimal du travailleur que les parties peuvent étendre, via une clause conventionnelle²⁵⁰. Une telle clause serait valable à condition qu'elle respecte les limites du principe général d'exécution de bonne foi.

D'autres²⁵¹, au contraire, estiment que puisque l'article 17, 3° constitue une loi spéciale, une telle possibilité est exclue : cette disposition prévaut sur les règles de droit commun relatives à la bonne foi²⁵². En effet, le principe d'exécution de bonne foi des conventions aurait été en la matière coulé dans l'article 17, 3°, auquel il ne pourrait pas être dérogé en application de l'article 6. Jacques Clesse relève à ce sujet que : « légalement décrites, les obligations accessoires rendent le plus souvent superflue une référence formelle au principe d'exécution de bonne foi et de ce fait ne valorisent pas une expansion aussi spectaculaire que celle qui est observée dans d'autres domaines du droit privé. Il en résulte qu'à l'heure actuelle dans sa fonction complétive, le principe d'exécution de bonne foi est pris moins comme une source d'obligations nouvelles ou additionnelles comme une matrice de la loi »²⁵³.

C'est la raison pour laquelle, une clause de confidentialité a été jugée nulle parce qu'elle imposait au travailleur une interdiction de toute communication et même d'évoquer le type d'activité ou de recherches qu'il a effectuées auprès de la société²⁵⁴. De même, le Tribunal du travail de Bruxelles a estimé nulle une clause qui interdit à l'employé, pendant les dix ans qui suivent, de ne divulguer aucune des informations qu'il détient du fait de ses fonctions et notamment des techniques, savoir-faire, méthodes ainsi que des idées afférents à ce domaine²⁵⁵. Dans un arrêt du 27 avril 2011, la Cour du travail de Bruxelles a considéré que « les clauses contractuelles qui détaillent les données confidentielles qu'il est interdit au travailleur de divulguer, ou qui lui interdisent de faire usage d'informations acquises au cours de l'exécution du contrat de travail, ne peuvent être prises en considération que si elles explicitent ou concrétisent, dans la relation de travail particulière, les termes de l'article 17 de la loi du

²⁵⁰ J. HERMAN, « Goede trouw van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst : discretieplicht en concurrentieverbod », *Or.*, 1988, p. 224.

²⁵¹ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 193 ; voy. en ce sens C. T. Bruxelles, 2 juin 2009, R.G. n° 43.776, www.juridat.be.

²⁵² E. DE WALSCHE, *op. cit.*, p. 35.

²⁵³ J. CLESSE, « La bonne foi du droit du travail », in *La bonne foi*, Jeune barreau de Liège, 1990, p. 211.

²⁵⁴ C. T. Mons, 1^{er} décembre 1997, *R.R.D.*, 1998, p. 198.

²⁵⁵ T. T. Bruxelles, 24 avril 2002, R.G. : 31.064/000 et 31.066/000, *Chr.D.S.*, 2006, pp. 358-365.

3 juillet 1978 »²⁵⁶. Dans un arrêt du 12 mai 2010, la Cour du travail de Bruxelles avait déjà estimé que la clause d'un contrat prévoyant que toute information est confidentielle à l'exception de celles dont l'employé prouve le caractère public, est nulle parce qu'elle aggrave l'obligation de confidentialité que la loi met à charge du travailleur, en vertu de l'article 6 précité²⁵⁷.

Il nous semble que la question peut néanmoins être discutée parce que l'article 17, 3° est sujet à interprétation et qu'il y a lieu de donner un contenu explicite aux obligations qu'il prévoit. Ainsi, il ne sera pas aisé de définir les informations que le travailleur doit garder secrètes. Certes, il ne peut s'agir que de secret de fabrication, d'affaires ou encore de toute affaire à caractère confidentiel ou personnel²⁵⁸ mais encore faut-il savoir ce que l'on vise sous ces termes.

4. Clause de loyauté et entreprise de tendance

L'analyse qu'a menée Micheline Jamoulle de la licéité des stipulations limitant les libertés fondamentales au sein des entreprises de tendances reste d'actualité²⁵⁹. Les principes suivants peuvent être dégagés.

De telles obligations doivent être liées à des fonctions spécifiques qui touchent directement l'orientation philosophique de l'employeur. Elles ne peuvent pas concerner des activités neutres comme, par exemple, le nettoyage, la dactylographie, etc.²⁶⁰ qui pourraient être accomplies malgré une divergence d'opinion. Il n'est donc pas question de régir la pensée du travailleur quoiqu'il fasse.

Ces stipulations ne pourraient viser que l'activité proprement dite de l'employeur et non pas, par exemple, des activités qui ne visent pas directement la poursuite de la tendance philosophique ou religieuse (par exemple les hôpitaux privés gérés par une association philosophique ou religieuse).

En conclusion, le contrat de travail doit impliquer une participation directe à « l'objectif idéologique de l'entreprise » au sein de l'activité « cruciale » de l'entreprise.

²⁵⁶ C.T. Bruxelles, 27 avril 2011, *J.T.T.*, 2012, p. 28 ; dans le même sens : T.T. Liège, 2 septembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 109.

²⁵⁷ C. T. Bruxelles, 12 mai 2010, *J.T.T.*, 2011, liv. 1103, p. 313.

²⁵⁸ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 194.

²⁵⁹ M. JAMOULLE, *op. cit.*, p. 53.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 54.

On pourrait imaginer, vu le caractère *intuitu personae* du contrat de travail dans le chef du travailleur, une certaine limitation des droits du travailleur, tout en sachant que celui-ci conserve le droit de la libre association et de liberté d'opinion²⁶¹.

5. Possibilité licite de non-respect de la clause de confidentialité

Une question que l'on peut se poser est celle de savoir si le fait qu'un travailleur soit tenu par une obligation de confidentialité, que ce soit par le biais de l'article 17, 3°, de la loi du 3 juillet 1978 ou par une clause contractuelle spécifique, fait obstacle à ce qu'il puisse faire état de ces informations en justice pour assurer la défense de ses intérêts. On peut envisager l'action intentée à la fin du contrat de travail, pour contester la régularité d'un licenciement par exemple, mais également des plaintes en justice durant l'exécution du contrat de travail (action en cessation dans le cadre d'un harcèlement, plainte pour discrimination, etc.). On peut ainsi imaginer que le travailleur entende produire des PV de réunion contenant des éléments confidentiels quant à l'activité de l'entreprise pour démontrer la réalité de certains faits susceptibles de contester l'existence d'une faute (l'origine de telle décision, par exemple), ou encore une liste du personnel avec mention des rémunérations pour établir l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe.

Cette situation se distingue donc de celle où le travailleur se verrait enjoindre par une juridiction de produire des informations confidentielles²⁶². C. Guyot estime que les clauses de confidentialité ne sont pas opposables aux tribunaux²⁶³. Elles ne créent donc pas un secret professionnel contractuel. Nous envisageons donc la situation dans laquelle un travailleur ferait spontanément état d'informations confidentielles en sa possession pour la défense de ses intérêts.

J. Dumortier défend l'idée que la notion de « confidentialité » est à distinguer de celle de « secret ». La confidentialité implique généralement des restrictions à la divulgation, que ces restrictions soient fixées contractuellement ou qu'elles résultent des attentes raisonnables des personnes qui ont révélé l'information. La confidentialité laisserait donc ouverte une

²⁶¹ *Ibid.*, p. 55.

²⁶² Cf. art. 872 C.J. Voy., à ce sujet, P. BUYLE, *op. cit.*, pp. 111 et s.

²⁶³ C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *D.A.O.R.*, 2001, p. 5 ; Voy. pour une analyse de la conciliation entre une production ordonnée par le juge et le respect d'une obligation de secret : D. MOUGENOT, « Le charme discret des « petites » mesures d'instruction », *R.D.J.P.* 2007, liv. 4-5, pp. 239-249.

possibilité de révéler des informations lorsque les circonstances l'exigent, mais à un cercle de personnes limité²⁶⁴. Cela nous semble devoir s'appliquer lorsque le travailleur, pour contester l'existence d'une faute ou démontrer le caractère abusif d'un licenciement, est amené à faire état d'informations qui seraient confidentielles, pour autant que celles-ci soient pertinentes. Dans ce cas, l'information confidentielle est d'ailleurs utilisée dans le cadre d'un litige opposant les cocontractants, et non des tiers à la convention à l'origine de cette obligation, ce qui, selon certains auteurs, pose la question de l'existence même d'une véritable violation de l'obligation²⁶⁵.

On relève d'ailleurs plusieurs décisions de jurisprudence qui vont dans ce sens. Il a ainsi été admis qu'un travailleur puisse avoir besoin de prendre copie de documents confidentiels à des fins probatoires dans le cadre d'une demande légitime qu'il formule en justice. Si ces documents n'ont été pris qu'à cette fin et ne sont pas distribués à des concurrents, il n'y a pas de faute²⁶⁶. Il convient toutefois de rappeler qu'il doit être en possession de ce document de manière régulière²⁶⁷.

Ne peut pas non plus être considéré comme une faute le fait, pour un travailleur, de répondre avec franchise lorsqu'il est interrogé par la police, l'inspection sociale ou un magistrat. Le travailleur ne peut pas être tenu de mentir pour protéger son employeur.

Toutefois, on peut penser à des hypothèses dans lesquelles l'utilisation de données confidentielles pourrait s'avérer illicite. On pense, par exemple, à l'utilisation de données auxquelles le travailleur a accédé sans autorisation, en violation de la loi du 8 décembre 1992, ou qu'il traite en violation d'une autre loi protégeant ces données. À titre d'exemple, on pourrait citer des données relatives à des communications électroniques auxquelles le travailleur n'est pas partie et dont il n'aurait pas pris

²⁶⁴ J. DUMORTIER, « Confidentiality and privacy : complementary or conflicting values ? », *R.E.D.C.*, 2011/3, p. 478.

²⁶⁵ C. GUYOT, *op. cit.*, p. 6.

²⁶⁶ C.T. Anvers, 22 mars 1982, *Chron. D.S.*, 1984, p. 220 ; C.T. Bruxelles, 26 juin 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 188.

²⁶⁷ Dans un arrêt du 10 novembre 2008, la Cour de cassation a énoncé le principe selon lequel lorsqu'une partie entend produire en justice une lettre missive qui ne lui est pas destinée, il lui appartient, en cas de contestation, de faire la preuve qu'elle est régulièrement entrée en sa possession (Cass. (3^e ch.), 10 novembre 2008, *J.L.M.B.* 8/2009, p. 347).

connaissance sans le consentement des parties concernées²⁶⁸ ou de la confidentialité de la correspondance^{269, 270}.

On pourrait évoquer enfin le sort des preuves qui seraient recueillies en violation d'un tel devoir de confidentialité. Il convient de préciser d'emblée que la question ne se pose que lorsque le juge estime que l'information communiquée par le travailleur viole une obligation contractuelle ou légale de secret.

Il y a lieu d'évoquer, à cet égard, l'évolution de la jurisprudence en matière de recevabilité des preuves irrégulières²⁷¹. La règle de base antérieurement admise était, en matière civile, le principe de l'exclusion des preuves illégales et irrégulières²⁷². Ce principe est toutefois remis en cause par la jurisprudence dite « Antigone » de la Cour de cassation²⁷³. Tel n'est pas notre propos.

Par ailleurs, une clause de confidentialité pourra être déclarée nulle dans l'hypothèse où elle s'analyserait comme étant une clause de non-concurrence illicite, telle si elle entend interdire à un travailleur de faire usage, auprès d'un nouvel employeur, de son expérience et des connaissances

²⁶⁸ Cf. Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, art. 124.

²⁶⁹ Voy. à cet égard l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 13 mai 2008 qui rappelle que « la production et le dépôt sans leur accord, dans le cadre d'une procédure judiciaire, de lettres échangées entre deux personnes par une tierce personne qui n'en est ni l'expéditrice, ni la destinataire, peut s'analyser en une ingérence dans la vie privée de ces personnes » (Cour. Eur D.H., *1N.N. et T.A. c. Belgique*, 3 mai 2008, requête. n° 65097/01).

²⁷⁰ Cette problématique rejoint celle, plus large, de la question de la violation d'un droit au respect de la vie privée qui peut surgir, on l'a vu, en cas de méconnaissance du caractère confidentiel de certaines informations acquises à la connaissance du travailleur dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail.

²⁷¹ Pour une analyse de cette jurisprudence et de ces critères en matière de licenciement pour motif grave, voy. S. GILSON, K. ROSIER, A. FRANKART et M. GLORIEUX, « La preuve du motif grave », in *Le congé pour motif grave*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 229-250 ; F. KEFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 340 à 342 ; K. VAN KILDONCK, « Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk », *NjW*, 2010, n° 218, p. 183 ; pour une réflexion plus générale voy. B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour « Antigoon » », *J.T.* n° 6469, 9/2012, p. 165 et s. ; D. MOUGENOT, « *Antigoon* face aux juges civils - L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *D.A.O.R.*, 2011, pp. 240 et s. B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Gerechtelijk recht*, formation permanente Themis, n° 59, Bruges, la Charte, 2010, pp. 35 et s. ; I. VERHELST et N. THOELÉN, « Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs », *Or.*, 2008, n° 8, 197-208 ; F. HENDRICKX, « Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag : (spook) Antigoon in het arbeidsrecht ? », *R.D.S.*, 2006, 659-704.

²⁷² F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *J.T.*, 2005, p. 349.

²⁷³ Cass. (2^e ch.), 14 octobre 2003, R.G. n° P. 03.0762.N, www.juridat.be, concl. Av. gén. DE SWAEF.

acquises auprès du précédent employeur. Ce qui reviendrait à lui interdire d'exercer une activité dans le même domaine²⁷⁴.

Conclusion

Au terme de ce parcours, nous pouvons constater que le droit au secret des affaires constitue un principe fondamental dans notre système juridique.

Le droit au secret des affaires peut être évoqué par l'employeur à l'encontre du travailleur. Dans le cadre notamment de l'exécution de bonne foi des conventions, le travailleur a un certain nombre d'obligations qui ont été concrétisées également par l'article 17 troisièmement, a, de la loi du 3 juillet 1978 et l'article 309 du Code pénal. Néanmoins, les contours de la notion de secret d'affaires n'ont fait l'objet d'importantes précisions par la jurisprudence, sans doute parce que le juge des pratiques du commerce serait préféré- sans doute à tort- aux tribunaux du travail pour en juger²⁷⁵. Ce qui complique toute évaluation préalable relative à l'aboutissement d'un litige, créant l'ambiance d'une réelle « roulette russe », comme l'estime A. De Bever. Dès lors, l'employeur qui souhaiterait invoquer la violation du devoir de secret d'un de ses travailleurs, a plutôt intérêt à se construire un dossier solide²⁷⁶.

Le fait, pour un travailleur, de s'engager dans un contrat de travail, implique donc pour lui des restrictions à des droits fondamentaux comme la liberté d'expression ou encore sa liberté fondamentale du travail. C'est lié, nous semble-t-il, au principe général d'exécution de bonne foi des conventions dont l'article 17 ne constitue qu'une illustration expresse.

Plus que la protection du seul et strict secret des affaires, la loi du 3 juillet 1978 crée des obligations pour les travailleurs en ce qui concerne les informations qui sont relatives à des affaires à caractère personnel ou confidentiel. Il faut bien évidemment s'entendre sur ces termes, notamment parce qu'il ne s'agit pas de priver un travailleur de son expérience ou de son savoir-faire ou encore parce que les obligations du travailleur s'arrêtent dans certaines hypothèses. On peut évidemment évoquer la problématique fort actuelle du *whistleblowing*.

²⁷⁴ C. trav. Bruxelles, 27 avril 2011, *J.T.T.*, 2012, p. 29 ; V. GUTMER, *op. cit.*, p. 13.

²⁷⁵ B.-H. VINCENT, *op. cit.*, p. 83.

²⁷⁶ A. VAN BEVER, « Concurrentie, afwerving en confidentialiteit », *NjW*, n° 237, févr. 2011, p. 125.

Toutes ces questions peuvent donner lieu à un intéressant débat sur la notion du devoir de loyauté du travailleur et l'étendue de ce devoir.

La tentation d'étendre les obligations légales par le biais de clauses spécifiques suscite également des questions intéressantes dans les rapports entre l'autonomie de la volonté et les dispositions impératives. La portée d'une clause de confidentialité reste limitée. Néanmoins, celle-ci présente une dimension symbolique non négligeable, en décrivant une règle presque déontologique à laquelle doit se soumettre le travailleur²⁷⁷. Sans doute faut-il aussi opérer à cet égard une analyse contextuelle *in concreto* qui tient compte notamment de la nature de l'entreprise et d'où par exemple, la question intéressante des entreprises de tendance.

²⁷⁷ J.-F. FUNCK, *op. cit.*, p. 215.

Les obligations de confidentialité dans certains contrats d'intermédiation

Hervé Jacquemin

Chargé d'enseignement à l'Université de Namur (CRIDS)

Chargé de cours invité à l'UCL

Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

1. Diversité des contrats d'intermédiation. En droit des affaires, il n'est pas rare que, dans la chaîne de production et/ou de distribution des biens et services, de nombreux acteurs interviennent. On constate en effet qu'entre le producteur (le fabriquant) du produit et le client final, un certain nombre de prestataires intermédiaires vont être amenés à jouer un rôle déterminé sur lequel les parties se seront accordées conventionnellement.

Précisons d'emblée que le contrat d'intermédiation ne constitue pas un contrat nommé qui serait doté d'un régime juridique propre. Il s'agit tout au plus d'une catégorie générique assez large qui regroupe une grande variété d'opérations contractuelles, de nature commerciale (agence commerciale, courtage mobilier ou immobilier, intermédiation en assurance, commission, franchise, agence de voyage, etc.) ou technique (service d'archivage ou de recommandé électronique offert par un tiers de confiance, fourniture d'accès à internet, hébergement en ligne, etc.).

De manière schématique, ces opérations visent globalement à mettre en relation un producteur et un client, dans le cadre d'un contrat de distribution commerciale (intermédiation commerciale) ou, toujours dans cette relation producteur/client, à procurer aux parties des moyens techniques leur permettant, à titre accessoire, de se rencontrer et de réaliser certaines opérations en lien avec le contrat principal (intermédiation technique).

2. Intérêt des contrats d'« intermédiation » pour l'analyse de l'obligation de confidentialité. Qu'il s'agisse d'une intermédiation commerciale

ou technique, le prestataire est généralement amené à prendre connaissance (ou, à tout le moins, a la possibilité de prendre connaissance) d'informations de nature confidentielle, qu'il lui est ensuite loisible de divulguer à un tiers ou d'utiliser pour son propre compte.

Deux exemples simples permettent de s'en convaincre.

En matière de distribution commerciale, lorsqu'un agent commercial est chargé par son commettant de la négociation d'affaires et de la conclusion de contrats en son nom et pour son compte, il aura logiquement accès à diverses informations de nature commerciale ou industrielle relatives au produit ou à l'entreprise du commettant (en termes de prix, de marge bénéficiaire, de caractéristiques techniques, de concurrence, de liste de clients, etc.). Ces informations sont assurément utiles pour lui permettre d'exécuter les missions qui lui sont contractuellement confiées par le commettant. On ne peut toutefois pas exclure que l'agent commercial décide de divulguer ces informations potentiellement sensibles à des tiers, concurrents du commettant, ou de les utiliser pour son propre compte, en mettant fin au contrat qui le lie au commettant et en lançant sa propre activité économique.

De même, on comprend sans peine que le gestionnaire d'un forum de discussion ou d'un site de partage de contenus (vidéos, photos, musique, films, etc.), qui joue un rôle d'intermédiaire technique, dispose nécessairement d'information lui permettant d'identifier, avec un niveau d'efficacité plus ou moins grand, les personnes qui postent de manière anonyme des messages sur le forum ou proposent des films en téléchargement (en se référant aux données de connexion, telles que l'adresse IP des utilisateurs). Dès lors qu'elles permettent raisonnablement d'identifier une personne physique, ces informations constituent des données à caractère personnel, régies par un cadre normatif strict, tout en ressortissant à la vie privée des personnes concernées. On peut toutefois se demander si, en cas de propos diffamatoires tenus sur le forum ou de téléchargement effectué en violation des droits de propriété intellectuelle des ayant-droits, ces informations peuvent (ou doivent) être révélées aux victimes ou aux autorités publiques compétentes en vue de poursuivre les contrevenants.

Aussi les contrats d'intermédiation constituent-ils *a priori* un terreau fertile pour l'analyse de l'obligation de confidentialité.

3. Plan et limites de la présente contribution. Dans un premier temps, nous dressons un panorama des règles – d'origine normative ou conventionnelle – susceptibles de s'appliquer aux contrats d'intermédiation, et prescrivant une obligation de confidentialité à charge de ces intermédiaires commerciaux ou techniques (I).

Ensuite, nous examinons l'objet et le contenu de ces règles, en nous attachant sur les notions de « confidentialité », de « secret » ou de « vie privée » et en précisant les obligations qui en résultent pour les parties (II).

D'un point de vue pratique, l'établissement exprès ou implicite d'une obligation de confidentialité à charge d'un intermédiaire poursuit un objectif *préventif*. Pour autant que de besoin, il est ainsi rappelé au prestataire que tout ou partie des informations échangées revêt un statut particulier qui interdit de les divulguer ou de les réutiliser. On ne peut évidemment pas exclure que cette finalité préventive ne soit pas atteinte et qu'à *titre curatif*, des mesures doivent être prises pour sanctionner la violation des obligations de confidentialité voire, dans la mesure du possible, pour limiter autant que possible son incidence. Dans un troisième temps, ces sanctions seront analysées (III).

I. – Sources des obligations de confidentialité

4. Méthodologie retenue pour présenter les sources des obligations de confidentialité. Les sources des obligations de confidentialité (en ce compris les obligations de secret) sont nombreuses et variées. Par souci de clarté, nous distinguons, d'une part, les exigences d'origine normative, d'autre part, les dispositions conventionnelles prises par les parties elles-mêmes. Précisons que les deux catégories ne sont pas parfaitement étanches : des dispositions légales ou réglementaires peuvent en effet imposer la rédaction d'un contrat muni d'un contenu particulier et sanctionner, par ailleurs, sa méconnaissance¹.

Les exigences d'ordre normatif doivent s'entendre largement : elles couvrent non seulement les dispositions légales ou réglementaires (au niveau belge et international) mais également les règles d'auto- ou de co-régulation. Elles seront présentées du particulier au général, tenant compte de leur champ d'application plus ou moins large².

A. – Normes particulières

5. Intermédiation commerciale. De manière générale, de nombreux contrats d'intermédiation commerciale ne sont pas des contrats nommés, soumis à un cadre normatif spécifique qui régirait tout ou partie de la

¹ Sur ce point, voy. par ex. *infra*, n° 9.

² Les références sont données à titre exemplatif et ne prétendent pas à l'exhaustivité, tant les hypothèses d'intermédiation sont nombreuses.

relation contractuelle³. Aussi faut-il se référer à la théorie générale des contrats ou aux dispositions conventionnelles à moins que, par nature, le contrat requière de l'intermédiaire qu'il fasse preuve de discrétion : tel est le cas du commissionnaire qui ne peut pas communiquer l'identité du commettant (uniquement sa qualité) ou du prête-nom, qui ne peut divulguer aucune des informations relativement à son mandant (ni son identité, ni sa qualité)⁴.

On trouve également des législations particulières pour certains contrats d'intermédiation commerciale (et qui règlent tout ou partie de la relation contractuelle), dans lesquelles des obligations de confidentialité (à entendre au sens large) sont expressément introduites.

On songe notamment à la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial⁵ (ci-après, loi sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial), qui s'applique principalement à la franchise et qui dispose, en son article 6, que « les personnes sont tenues à la confidentialité des informations qu'elles obtiennent en vue de la conclusion de l'accord de partenariat commercial et ne peuvent les utiliser, directement ou indirectement, en dehors de l'accord de partenariat commercial à conclure »⁶. Les principales obligations de la loi reposent sur la personne qui octroie le droit et consistent en la fourniture de diverses informations pour permettre à la personne qui reçoit le droit de s'engager en pleine connaissance de cause. Elle est en effet considérée comme la partie faible au rapport contractuel (pour la clarté de l'explication, nous nous référons uniquement au contrat de franchise). Au nombre des informations

³ De manière générale, sur ces contrats d'intermédiation commerciale, qu'ils fassent ou pas l'objet de dispositions légales spécifiques, voy. N. THIRION et al., *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 477 et s. ; Y. DE CORDT, C. DELFORGE, Th. LÉONARD, Y. POULLET, avec la coll. de H. JACQUEMIN, *Manuel de droit commercial*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 331 et s. ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1990, pp. 29 et s.

⁴ P.A. FORIERS, « Concurrence et preuve : quid en cas de clause de confidentialité ? », *Le droit des affaires en évolution. Que dire ou ne pas dire avant de conclure un contrat ?*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 440 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., p. 10, n° 7.

⁵ M.B., 18 janvier 2006.

⁶ Sur cette disposition, voy. P. DEMOLIN, « Le contrat de franchise et l'information précontractuelle », *Le droit de la distribution*, Liège, Anthemis, 2009, pp. 168 et s., n° 86 ; P. KILESTE et A. SOMERS, « L'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *J.T.*, 2006, p. 264 ; A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *D.A.O.R.*, 2006, pp. 128 et s.

échangées, on trouvera des informations confidentielles, notamment en ce qu'elles ressortissent au savoir-faire du franchiseur. Il fallait donc éviter que, sous prétexte de rétablir un équilibre entre les parties, la communication d'informations se traduise par un pillage légalement organisé des secrets du franchiseur par des concurrents peu scrupuleux. Rappelons en effet que rien n'oblige les parties qui participent à la négociation de l'accord de partenariat commercial à conclure le contrat. Dans le domaine de la franchise, on peut aussi mentionner le Code de déontologie européen de la franchise, qui définit l'opération comme un « système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés, dans lesquelles le franchiseur accorde à ses franchisés le droit et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur ». Le mécanisme suppose à tout le moins la transmission d'un « savoir-faire », qui doit être secret, substantiel et identifié⁷.

On peut encore citer la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial⁸ (ci-après, loi sur le courtage matrimonial) qui détermine la manière dont les données personnelles des candidats au mariage sont utilisées et diffusées aux tiers⁹ ; la loi du 11 février 2013 organisant la profession d'agent immobilier¹⁰, suivant laquelle des normes déontologiques doivent imposer aux titulaires de la profession « de respecter une obligation de discrétion, à savoir que toute information obtenue par la voie professionnelle ne soit utilisée que dans un cadre professionnel, en tenant compte du droit au respect de la vie privée de tous les intéressés »¹¹ ou encore l'arrêté du Gouvernement wallon du 27 mai 2010 portant statut des agences de voyage qui leur impose une obligation de secret relativement aux informations des clients¹².

⁷ Pour la définition du « savoir-faire », voy. le Code de déontologie européen de la franchise et l'art. 1^{er}, g), du Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

⁸ M.B., 24 avril 1993.

⁹ Voy. l'art. 3, al. 4, et l'art. 6, § 2, de la loi sur le courtage matrimonial. On comprend aisément que les entreprises exerçant des activités de courtage matrimonial seront nécessairement amenées à prendre connaissance d'informations ressortissant à la vie privée des candidats au mariage ou à une union stable.

¹⁰ M.B., 22 août 2013.

¹¹ Art. 13, 2°, de la loi.

¹² Art. 18, 1°, c), de l'A.G.W. du 27 mai 2010 portant statut des agences de voyages, M.B., 16 juin 2010.

Dans une moindre mesure, la loi 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale¹³ peut être citée : l'obligation imposée à l'agent commercial de veiller aux intérêts du commettant et d'agir loyalement et de bonne foi¹⁴ est en effet interprétée comme un devoir de l'agent de s'abstenir de divulguer des secrets commerciaux ou industriels (pendant l'exécution du contrat ou après sa dissolution), ou d'exploiter après la cessation du contrat les informations confidentielles dont il aurait eu connaissance¹⁵.

6. Intermédiation technique. En matière d'intermédiation technique, des dispositions particulières ont également été prises.

Des exigences de confidentialité figurent dans la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification (ci-après, loi sur la signature électronique)¹⁶. Elles s'adressent au titulaire du certificat et au prestataire de services de certification et ont trait à la confidentialité des données afférentes à la création de signature¹⁷. Cette loi est également intéressante en ce qu'elle règle certains aspects des traitements de données à caractère personnel réalisés dans le cadre de la délivrance et de la conservation des certificats¹⁸ (sans préjudice de la LVP). Dans ce contexte, on doit mentionner la proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique¹⁹ (ci-après, proposition de loi sur les services de confiance). Elle vise en effet à insérer un titre 2 dans le Livre XII du Code de droit économique, pour encadrer les signatures électroniques (en abrogeant et remplaçant la loi précitée) mais aussi d'autres activités d'intermédiation technique telles que l'archivage électronique, le recommandé électronique et l'horodatage électronique. Le texte en projet contient ainsi de nombreuses exigences de confidentialité ou relatives aux actes posés sur les données par les prestataires, tout en réglant également certains aspects des traitements de

¹³ M.B., 2 juin 1995.

¹⁴ Art. 6, al. 1^{er}, de la loi.

¹⁵ P. DEMOLIN, *Agent commercial, agent de banque, agent d'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 63-64, n° 45. Voy. aussi Cl. VERBRAEKEN p et A. DE SCHOUTHEETE, *Manuel des contrats de distribution commerciale*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 109, n° 87.

¹⁶ M.B., 29 septembre 2001.

¹⁷ Voy. les art. 12, § 2, 19, § 1^{er}, ainsi que l'Annexe II, point g) et l'Annexe III, point 1.a). Les « données afférentes à la création de signature » sont définies par la loi comme étant « des données uniques, telles que des codes ou des clés cryptographiques privées, que le signataire utilise pour créer une signature électronique avancée » (art. 2, 6°, de la loi).

¹⁸ Art. 5 de la loi sur la signature électronique et les PSC.

¹⁹ Doc. Parl., Ch. Repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001.

données à caractère personnel²⁰. Il faut encore citer, dans le même sens, la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur²¹, qui impose une obligation de confidentialité et d'intégrité des données au prestataire de services de confiance (art. 11).

Sur le plan de l'intermédiation technique, il existe encore la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques²², qui contient une section intitulée « secret des communications, traitement des données et protection de la vie privée » (art. 122 et s.). En ce qu'elle s'adresse aux intermédiaires techniques (en particulier les opérateurs), on peut la considérer comme une norme spécifique. Il faut toutefois souligner que certaines dispositions ont un champ d'application *ratione personae* beaucoup plus large, qui permettent de les considérer comme des normes générales (*infra*, n^{os} 7 et s.). Tel est notamment le cas de l'article 124, aux termes duquel, « s'il n'y est pas autorisé par toutes les personnes directement ou indirectement concernées, nul ne peut :

1° prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement ; 2° identifier intentionnellement les personnes concernées par la transmission de l'information et son contenu ;

3° sans préjudice de l'application des articles 122 et 123 prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques et relatives à une autre personne ;

4° modifier, supprimer, révéler, stocker ou faire un usage quelconque de l'information, de l'identification ou des données obtenues intentionnellement ou non ».

Dans le même registre, on peut encore mentionner l'article 314*bis* du Code pénal qui punit les infractions relatives au secret des communications et des télécommunications privées (suivant le titre du chapitre VII*bis*).

²⁰ Voy. les art. XII.33, XII.43 et XII.26 de la proposition de loi, ainsi que l'Annexe II, g), l'Annexe III, 1.a), l'Annexe V, l'Annexe VI et l'Annexe VII, tels qu'introduits par l'amendement du Gouvernement du 25 septembre 2013 et relatif à la proposition de loi modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration d'un droit de l'économie électronique (Doc. Parl. Ch. Repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/004).

²¹ Note : COM(2012) 238 final.

²² M.B., 20 juin 2005.

B. – Normes générales

7. Variété des normes générales. Aux règles particulières citées précédemment s'ajoutent les nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui ne concernent pas uniquement l'intermédiation commerciale ou technique, mais qui peuvent néanmoins être invoquées dans cette hypothèse, eu égard à leur champ d'application large. *A priori*, aucune différence ne doit être faite entre l'intermédiation technique et l'intermédiation commerciale, dans la mesure où l'application de ces normes générales ne paraît pas dépendre des éléments caractéristiques révélés par cette distinction. Aussi analysons-nous successivement l'obligation de secret des affaires et/ou professionnel (*infra*, n° 8), le droit à la protection de la vie privée des personnes physiques ou morales (*infra*, n° 9) et les exigences de bonne foi ou de loyauté (*infra*, n° 10).

8. Obligation de secret (des affaires ou professionnel). Pour autant que l'on s'entende sur la notion (*infra*, n° 16), la violation de secrets d'affaires et/ou de la fabrique²³ peut être considérée comme un acte de concurrence déloyale, dans les conditions de l'article 95 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur²⁴ (ci-après, LPMC) ou de l'article IV.104 du Code de droit économique, qui remplacera cette disposition, dès son entrée en vigueur. Une sanction pénale est également possible dans certains cas puisqu'aux termes de l'article 309 du Code pénal, « celui qui aura méchamment ou frauduleusement communiqué des secrets de la fabrique dans laquelle il a été ou est encore employé, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de cinquante euros à deux mille euros ». Enfin, des recours sont envisageables conformément aux règles en matière de propriété intellectuelle ou de droit du travail²⁵.

On peut se demander si l'article 458 du Code pénal, qui punit d'une peine d'emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent euros à cinq cents euros la violation du secret professionnel, s'applique aux intermédiaires commerciaux ou techniques, voire à certains d'entre

²³ Sur le secret des affaires et/ou de la fabrique, voy. M. BUYDENS, « La protection des secrets d'affaires et la procédure de saisie en matière de contrefaçon », *Cah. Jur.*, 2011/1, pp. 13 et s. ; J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 93 et s.

²⁴ *M.B.*, 12 avril 2010.

²⁵ Nous renvoyons le lecteur aux contributions du présent ouvrage consacrées à ces sujets.

eux²⁶. *Ratione personae*, l'obligation de secret s'impose aux « médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie »²⁷. C'est en se basant sur cette dernière catégorie, potentiellement large, que l'obligation de secret professionnel est imposée aux avocats, notaires ou ministres du culte. S'agissant des intermédiaires commerciaux ou techniques, il faut raisonner au cas par cas, en tenant compte des caractéristiques de chaque activité d'intermédiation, pour établir si leurs titulaires sont dépositaires des secrets qu'on leur confie par état ou par profession. De manière générale, la réponse devrait cependant se révéler négative. La jurisprudence a ainsi décidé que l'article 458 du Code pénal ne s'appliquait pas aux agents de change²⁸ ou aux compagnies d'assurance²⁹. Il devrait en être de même des agents immobiliers : l'arrêté royal du 6 septembre 1993 protégeant le titre professionnel et l'exercice de la profession d'agent immobilier soumettait ceux-ci au « secret professionnel »³⁰ mais la doctrine jugeait douteux, à raison, que cette disposition renvoie au secret professionnel tel que protégé par l'article 458 du Code pénal³¹. La conclusion se vérifie d'autant plus depuis que l'article contenant cette référence au secret professionnel a été abrogé³² et que la profession d'agent immobilier est régie par de nouvelles règles, qui ne contiennent plus une telle référence et se bornent à leur imposer un devoir de discrétion (voy. l'article 13 de la loi du 11 février 2013 organisant la profession d'agent immobilier, citée *supra*, n° 5). La formulation de cette disposition est plus conforme aux principes généralement défendus et suivant lesquels les prestataires qui ne sont pas soumis au secret professionnel de l'article 458 du Code pénal peuvent le cas échéant être débiteurs d'un devoir de discrétion, dont la méconnaissance n'est pas sanctionnée pénalement.

9. Protection de la vie privée (en ce compris dans le cadre des traitements de données à caractère personnel). De nombreux textes ont été

²⁶ Sur cette disposition, en particulier son champ d'application, voy. P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 324 et s. ; Th. MOREAU, « La violation du secret professionnel », *Les infractions*, Vol. 5, *Les infractions contre l'ordre public*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 689 et s.

²⁷ C'est nous qui soulignons.

²⁸ Cass., 26 septembre 1966, *Pas.*, 1967, I, p. 89.

²⁹ Mons, 21 juin 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.793.

³⁰ Art. 5, 4° de l'arrêté royal.

³¹ P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 332, n° 441.

³² Art. 8, § 1^{er}, de l'A.R. du 30 août 2013 relatif à l'accès à la profession d'agent immobilier, *M.B.*, 6 septembre 2013.

adoptés au niveau international et européen³³ et au niveau belge³⁴ en vue de protéger la vie privée des personnes physiques et, le cas échéant, des personnes morales. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi étendu la protection de la vie privée aux activités professionnelles et commerciales³⁵, tout en acceptant de protéger le domicile d'une personne morale³⁶. Aussi était-il cohérent et logique qu'un pas supplémentaire soit franchi, avec la protection de la vie privée des personnes morales³⁷. Dans un arrêt du 19 septembre 2007, la Cour constitutionnelle a aussi jugé que « le droit au respect de la vie privée des personnes morales englobe la protection de leurs secrets d'affaires »³⁸. Ces exigences s'appliquent assurément en matière d'intermédiation commerciale ou technique, à un double niveau. D'une part, l'entreprise en relation avec l'intermédiaire peut revendiquer la protection des éléments ressortissant à sa vie privée professionnelle (et tenant principalement à ses secrets d'affaires), et qui concernent par exemple les informations financières, commerciales ou techniques en lien direct avec son activité professionnelle. D'autre part, la protection de la vie privée dont peuvent se prévaloir les clients de l'entreprise en relation avec l'intermédiaire (en amont ou en aval) peut également bénéficier, indirectement, au cocontractant de ce dernier. Elle limite en effet les opérations susceptibles d'être réalisées par l'intermédiaire avec ces données (des données clients, essentiellement, contenant des données d'identification, des habitudes d'achat, etc.) puisque, ce faisant, il risque de poser des actes qui violent le droit à la vie privée de ces clients.

Le cas échéant, la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel³⁹

³³ Art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; art. 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; art. 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; art. 17 du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

³⁴ Art. 22 de la Constitution.

³⁵ Cour eur. D. H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, § 29 ; Cour eur. D.H., 23 mars 2006, *Vitiello c. Italie*, § 47.

³⁶ Cour eur. D.H., 16 avril 2002, *Société Colas e. a. c. France*, § 41.

³⁷ En doctrine, voy. not. M. COIPEL, « Le droit à la vie privée des personnes morales et sa contradiction avec le principe du contradictoire », *J.D.S.C.*, 2012/2, pp. 12 et s. ; J.-P. BUYLE, *op. cit.*, pp. 106-107.

³⁸ C. const., arrêt n° 118/2007 du 19 septembre 2007. Voy. aussi C.J.C.E., 14 février 2008, aff. C-450/06, *Valrec c. État belge*.

³⁹ *M.B.*, 18 mars 1993. À ce sujet, voy. par ex. J.-M. VAN GYSEGHEM, « La loi dite "vie privée" du 8 décembre 1992 : la transversalité en évolution », *Droits de la personnalité*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 9 et s. ; R. ROBERT, « Archivage des emails et protection de la vie privée », *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 59 et s. On note que le cadre normatif pourrait évoluer prochainement. La Commission européenne a en effet

(ci-après, LVP) doit être observée. Cette loi s'applique aux traitements de données à caractère personnel⁴⁰ : les informations doivent par conséquent concerner des personnes physiques identifiées ou identifiables. Elle impose diverses obligations au responsable du traitement (information de la personne concernée ; déclaration auprès de la Commission de protection de la vie privée ; exigence d'un motif de légitimation du traitement, tel que le consentement de la personne concernée ou le respect d'une obligation légale ou réglementaire ; interdiction du traitement de certaines données sensibles, sauf exception prévue par la LVP ; etc.). Dans la grande majorité des cas, l'intermédiaire commercial ou technique sera amené à traiter des données à caractère personnel dans le cadre de ses activités. En tant qu'intermédiaire commercial, il utilisera des fichiers comprenant diverses informations sur ses clients (nom d'une personne physique, coordonnées, opérations effectuées, etc.), fichiers qu'il aura constitué lui-même ou que l'acteur économique en amont – le commettant, par exemple, dans le cadre d'un contrat d'agence commerciale – aura mis à sa disposition. Quant à l'intermédiaire technique, il peut s'agir d'un tiers de confiance qui intervient pour archiver certaines données d'une relation contractuelle entre un prestataire et son client (dématérialisation à la source ou numérisation ultérieure de données originellement au format « papier »).

Pour l'application de cette loi, il importe de déterminer si l'intermédiaire intervient en qualité de responsable du traitement⁴¹, de sous-traitant⁴², ou de tiers⁴³, par rapport aux traitements de données qui sont réalisés. Suivant l'hypothèse, les obligations qui lui incombent seront en effet plus ou moins importantes. Il y a sous-traitance lorsque l'intermédiaire traite les données pour le compte du responsable du traitement. Ces considérations ne sont pas anodines : lorsqu'un traitement de données à caractère personnel est confié à un sous-traitant, l'article 16, § 1^{er}, de la LVP impose la rédaction d'un contrat écrit qui doit en tout cas fixer la responsabilité

déposé une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM (2012) 11 final. Sur ce règlement, voy. C. GAYREL et R. ROBERT, « Proposition de règlement sur la protection des données », *J.D.E.*, 2012, pp. 173-181.

⁴⁰ Les notions de « données à caractère personnel » et de « traitement » sont respectivement définies à l'art. 1^{er}, §§ 1^{er} et 2, de la LVP.

⁴¹ Cette notion est définie à l'art. 1^{er}, § 4, de la LVP. Le responsable du traitement est celui qui détermine, seul ou conjointement avec d'autres, les finalités et les moyens du traitement de données.

⁴² Cette notion est définie à l'art. 1^{er}, § 5, de la LVP.

⁴³ Cette notion est définie à l'art. 1^{er}, § 6, de la LVP.

du sous-traitant l'égard du responsable et établir que le sous-traitant n'agit que sur la seule instruction du responsable. Le choix du sous-traitant doit également se faire en tenant compte des garanties apportées par ce dernier au regard des mesures de sécurité technique et organisationnelle relatives aux traitements. En pratique, l'exercice de qualification, qui doit se faire à l'aune des éléments de fait du cas d'espèce, peut se révéler délicat. Tel est notamment le cas pour certains intermédiaires techniques proposant leur services dans le Cloud (informatique dans les nuages), en SaaS (Software as a Service), PaaS (Platform as a Service) ou IaaS (Infrastructure as a Service). L'acteur économique qui décide de recourir au Cloud pour héberger certaines données doit normalement être vu comme le responsable du traitement ; quant au prestataire de Cloud, on estime généralement qu'il intervient en tant que sous-traitant⁴⁴, dès lors qu'il fournit les moyens et la plateforme pour le compte de l'acteur économique⁴⁵. On trouve cependant des auteurs qui défendent de manière convaincante l'idée que certains prestataires de Cloud ne seraient pas nécessairement des sous-traitants au sens de la LVP⁴⁶.

10. Bonne foi et loyauté. Rien n'empêche d'invoquer l'obligation de bonne foi en matière contractuelle, ou l'exigence de loyauté en matière commerciale, pour en déduire une obligation de confidentialité à charge de l'intermédiaire commercial ou technique.

L'article 1134, alinéa 3, du Code civil stipule en effet que les obligations sont exécutées de bonne foi⁴⁷. Il s'agit assurément d'un principe essentiel

⁴⁴ Groupe 29, Avis n° 5/2012 sur l'informatique en nuage, adopté 1^{er} juillet 2012, WP196, spécialement point 3.3. ; CNIL, *Recommandations pour les entreprises qui envisagent de souscrire à des services de Cloud computing*, juin 2012, disponible sur http://www.cnil.fr/fileadmin/images/la_cnil/actualite/Recommandations_pour_les_entreprises_qui_envisagent_de_souscrire_a_des_services_de_Cloud.pdf (voy. en particulier la recommandation n° 5) ; *Le Cloud computing – Une opportunité pour l'économie en Belgique*, rapport rédigé par UNISYS pour le SPF Economie, 2013, p. 42. En doctrine, voy. not. J.-M. VAN GYSEGHEM, « Cloud Computing et protection des données à caractère personnel : mise en ménage possible ? », *R.D.T.I.*, 2011/42, pp. 39 et s. ; B. DOCQUIR, « Le "cloud computing" ou l'informatique dématérialisée : la protection des données au cœur de la relation contractuelle », *R.D.C.*, 2011, pp. 1007 et s.

⁴⁵ Même si, dans certains cas d'espèce, une qualification en tant que co-responsable ou responsable à part entière n'est pas à exclure.

⁴⁶ W. KUAN HON, Ch. MILLARD et I. WALDEN, « Who is Responsible for "Personal Data" in Cloud computing ? – The Cloud of Unknowing, Part 2 », Legal Studies Research Paper no 77/2011, accessible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1794130, et également publié dans *International Data Privacy Law*, 2012/2, pp. 3-18.

⁴⁷ Sur l'obligation de bonne foi, voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 125 et s., n°s 112 et s. ; P. VAN OMMESLAGNE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 168 et s., n°s 93 et s.

du droit des obligations contractuelles, dont l'application ne se limite pas à la phase d'exécution des contrats, mais s'étend également à la période précontractuelle (jusqu'à la conclusion du contrat proprement dite) et à la dissolution du contrat. En matière contractuelle, la bonne foi impose d'« agir en honnête homme, en homme normalement raisonnable et équitable »⁴⁸. Par application de sa fonction complétive, on peut ajouter aux obligations contractuelles acceptées par ailleurs de nouveaux devoirs, à charge des parties ou de l'une d'elles. Si ce fondement a surtout permis à la jurisprudence et à la doctrine d'imposer des obligations d'information, de renseignement, de conseil ou de mise en garde, on peut également l'invoquer dans l'hypothèse contraire, pour interdire la divulgation ou l'utilisation de certaines informations obtenues par l'intermédiaire en cours de négociation ou d'exécution du contrat (peu importe, du reste, que l'acteur de la chaîne de distribution qui a divulgué l'information confidentielle ou le secret est situé en amont ou en aval)⁴⁹.

On peut également se fonder sur l'interdiction des actes de concurrence déloyale figurant à l'article 95 de la LPMC (remplacé, dès son entrée en vigueur, par l'article VI.104 du Code de droit économique, identique sur le fond). Cette disposition interdit en effet « tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises ». La notion d'*acte contraire aux pratiques honnêtes du marché* n'est pas définie légalement. La doctrine et la jurisprudence ont toutefois eu l'occasion d'en préciser les contours⁵⁰. On admet que les « pratiques honnêtes du marché » couvrent les normes formulées, figurant expressément

⁴⁸ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources », *J.T.*, 1996, p. 701.

⁴⁹ En ce sens, P.A. FORIERS, « Concurrence et preuve : quid en cas de clause de confidentialité ? », *Le droit des affaires en évolution. Que dire ou ne pas dire avant de conclure un contrat ?*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 441 ; A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *D.A.O.R.*, 2006, p. 129 ; P. MARCHANDISE, « La libre négociation, droits et obligations des négociateurs », *J.T.*, 1987, p. 623, n° 23.

⁵⁰ En doctrine, voy. not. P. DE VROEDE, « La notion "usages honnêtes en matière commerciale" », note sous Bruxelles, 27 novembre 1979, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 65 et s. ; J. STUYCK, « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », *Les pratiques du commerce et l'information et la protection des consommateurs depuis la loi du 14 juillet 1991*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1995, pp. 148 et s. ; F. DE PATOUL, Z. PLETINCKX et L. VAN DE KERCHOVE, « Les pratiques du commerce (volume 2) », *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur – Commentaire de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 2 août 2002*, tiré à part du *Gu.J.E.*, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 91 et s. ; H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché déloyales entre entreprises », *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, Liège, Anthemis, 2010, pp. 113 et s.

dans un texte normatif ainsi que les normes de comportement non formulées. Dans cette seconde hypothèse, on apprécie le comportement d'une entreprise (qui violerait des obligations de confidentialité ou de secret) à l'aune de la pratique honnête du marché. S'agissant spécifiquement de l'« honnêteté », on se souviendra que celle-ci renvoie plus précisément au standard minimum de fair-play ou de loyauté dont les entreprises doivent faire preuve. On considère d'ailleurs qu'il ne suffit pas à l'entreprise d'être de bonne foi pour échapper à l'application de l'article 95 LPMC⁵¹. De même, l'honnêteté économique ne se confond pas nécessairement avec la morale⁵² ou les règles déontologiques⁵³. La jurisprudence a ainsi pu estimer, en raison des circonstances, que le débauchage, par une entreprise, du personnel d'une autre entreprise constituait un acte de concurrence déloyale lorsque le personnel employé utilise les données confidentielles de son ancien employeur⁵⁴. Par identité de motifs, il devrait en être de même des intermédiaires commerciaux ou techniques méconnaissant leur obligation de confidentialité.

C. – Obligation de confidentialité d'origine conventionnelle

11. Obligation prescrite à tout moment du processus contractuel. Par application du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent décider de s'imposer mutuellement une obligation de confidentialité⁵⁵.

Lorsque les négociations commerciales impliquent (comme ce sera généralement le cas) que chaque partenaire divulgue certaines informations couvertes par le secret et/ou la confidentialité, les parties veilleront généralement à signer d'entrée de jeu une convention de confidentialité (ou NDA – *Non Disclosure Agreement*).

⁵¹ Liège, 22 juin 2004, *Ann. Prat. Comm.*, 2004, p. 316 ; Comm. Gand (prés.), 4 février 2002, *Ann. Prat. Comm.*, 2002, p. 530 ; Cass., 31 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 481.

⁵² Un comportement immoral peut toutefois contrevenir aux pratiques honnêtes du marché (en ce sens, Comm. Turnhout (prés.), 7 novembre 2008, *Ann. Prat. Comm.*, 2008, p. 289).

⁵³ Voy. F. DE PATOUL, Z. PLETINCKX et L. VAN DE KERCHOVE, « Les pratiques du commerce (volume 2) », *op. cit.*, pp. 92-93.

⁵⁴ Pour des illustrations, voy. Comm. Charleroi (prés.), 10 décembre 2008, *Ann. Prat. Comm.*, 2008, p. 652 (pas de débauchage en l'espèce) ; Comm. Bruges (prés.), 12 juin 2008, *T.G.R.*, 2008, p. 344 ; Liège, 2 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 209.

⁵⁵ Sur les accords de confidentialité, voy. par ex. P.A. FORIERS, « Concurrence et preuve : quid en cas de clause de confidentialité ? », *Le droit des affaires en évolution. Que dire ou ne pas dire avant de conclure un contrat ?*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 437 et s. ; M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit des contrats internationaux*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 259 et s.

La convention signée ultérieurement par l'intermédiaire commercial et/ou technique contiendra également une clause de confidentialité, applicable indifféremment à tous les cocontractants, et qui « survivra » généralement à la dissolution du contrat (pendant une période contractuellement convenue).

12. Éléments principaux. Les parties étant libres de définir le contenu et la portée de cette clause particulière (dans la limite des dispositions impératives ou d'ordre public, applicables par ailleurs), on peut théoriquement trouver autant de clauses de confidentialité différentes que de contrats. En pratique, il s'agit cependant d'une clause assez standard et, sous réserve de différences de formulation, on y trouve généralement les éléments suivants.

Les parties veilleront d'abord à définir, plus ou moins largement, ce qu'elles entendent par « information confidentielle ». Parallèlement, elles s'emploieront à déterminer les critères permettant d'exclure certaines données du champ d'application de la clause (informations appartenant au domaine public ou déjà connues du cocontractant avant l'entrée en vigueur de la convention, etc.). Sur le plan matériel, la clause de confidentialité règlera ensuite les obligations de la partie qui reçoit ou a accès aux informations concernées (interdiction générale de révéler l'information et détermination des personnes susceptibles d'en prendre connaissance au sein de l'entreprise, destruction ou restitution des informations confidentielles sur demande, etc.) et les hypothèses dans lesquelles elle sera dispensée de respecter celles-ci (obligation légale ou réglementaire, demande d'une autorité publique, etc.). Le non-respect de la clause peut également être assorti d'une sanction lourde (clause pénale, possibilité de mettre fin au contrat, etc.).

II. – Objet et contenu des obligations de confidentialité

A. – Notions de « secret », de « confidentialité » ou de « vie privée »

13. Diversité terminologique. L'analyse des sources des obligations de confidentialité en matière d'intermédiation commerciale ou technique fait clairement apparaître que, sur le plan terminologique, on fait tantôt référence à la « confidentialité » en tant que telle, tantôt au « secret », qui peut être d'affaires, de la fabrique, professionnel ou des communications, tantôt encore à la protection de la « vie privée » ou des données à caractère personnel.

On peut s'interroger sur l'acception de ces différents termes, qui ne sont pas nécessairement définis légalement, et sur la manière de les articuler entre eux.

14. Éléments communs. L'obligation de confidentialité (entendue au sens large et englobant également l'obligation de secret) ne peut se concevoir que dans une perspective relationnelle.

Une personne – le cocontractant de l'intermédiaire commercial ou technique – détient une information « privilégiée » et secrète, en ce sens qu'elle n'est pas connue au-delà d'un cercle restreint, ni aisément accessible. À l'occasion de négociations ou de l'exécution d'un contrat avec l'intermédiaire commercial ou technique, cette information est divulguée à ce dernier, qui en prend effectivement connaissance ou, à tout le moins, a l'occasion d'en prendre connaissance. L'information est ainsi divulguée dans un contexte précis et pour des finalités spécifiques (par exemple, permettre la négociation d'affaires par l'agent commercial ou héberger au format électronique diverses données transmises par un destinataire de service). C'est cette première divulgation qui fait naître, dans le chef de la personne désormais dépositaire de l'information, une obligation de confidentialité. Plus précisément, celle-ci est en tous cas tenue à une obligation de « se taire », qui lui interdit, sauf exception, de divulguer l'information à un tiers.

De manière générale, la violation de l'obligation de confidentialité résulte donc d'une première relation entre un acteur économique et l'intermédiaire commercial ou technique (à l'occasion de laquelle l'information est divulguée à ce dernier), suivie d'une seconde relation entre ce dernier et un tiers, auquel il divulgue à son tour l'information privilégiée. Il faudra établir si la violation de l'obligation de confidentialité et l'application d'une éventuelle sanction est la conséquence de la simple divulgation de l'information au tiers ou s'il faut également que le tiers utilise cette information (de nature à porter préjudice à l'auteur de l'information privilégiée).

Nous verrons par la suite s'il est également possible d'assimiler à la divulgation au tiers l'utilisation, par le dépositaire du secret, de l'information à son profit⁵⁶ (en dehors du contexte de divulgation initiale et pour d'autres finalités).

15. Éléments permettant de donner une portée plus ou moins large à l'obligation de confidentialité. À la lumière des éléments décrits précédemment (*supra*, n° 14) et tenant compte de dispositions normatives ou

⁵⁶ Même si, *stricto sensu*, il n'y a pas de divulgation dans cette hypothèse spécifique.

conventionnelles susceptibles d'encadrer l'obligation de confidentialité (*supra*, point I), une portée plus ou moins large peut être donnée à celle-ci. Il nous paraît intéressant de revenir brièvement sur ces notions et sur la manière de les articuler entre elles.

Dans tous les cas, et tenant compte de la portée particulièrement large reconnue au droit à la protection de la vie privée, il semble que les obligations de confidentialité ou les obligations de secret puissent généralement être vues comme des applications de ce droit fondamental.

16. Obligation de confidentialité et secret. L'analyse des sources de l'obligation de confidentialité dans les contrats d'intermédiation a montré que l'intermédiaire, en tant que destinataire de l'information, pouvait être tenu, de manière générale, à une « obligation de confidentialité »⁵⁷.

Dans ces hypothèses, aucune information ne semble écartée, même si l'exigence est étroitement liée au domaine d'application de la loi. S'agissant par exemple de l'obligation de confidentialité visée à l'article 6 de la loi sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial, la doctrine relève que cette exigence couvre le savoir-faire de l'entreprise mais également, dans le chef du candidat, « des informations confidentielles sur sa personne, sur son patrimoine et sur ses activités antérieures »⁵⁸. Dans la loi sur la signature électronique, les obligations de confidentialité sont plus circonscrites puisqu'elles se limitent aux informations en lien direct avec le procédé de signature utilisé (les données afférentes à la création de signature). Lorsqu'une clause de confidentialité est introduite dans un contrat, les parties veillent d'ailleurs à définir l'information confidentielle de manière très large, celle-ci couvrant *a priori* tout type d'information qui est divulguée par l'une des parties à l'autre, quelle que soit par ailleurs sa nature (commerciale, financière, technique, ressortissant par exemple au know how ou aux secrets d'affaires, et qu'il s'agisse de rapports, de programmes d'ordinateurs, d'études, de dessins, de bilan, etc.), son support (papier ou électronique) ou son mode de diffusion. Logiquement, les parties veillent à

⁵⁷ Tel est le cas à l'article 6 de la loi sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial (intermédiation commerciale), dans diverses dispositions de la proposition de loi sur les activités de certains prestataires de services de confiance (intermédiation technique) ou dans les clauses de confidentialité d'origine conventionnelle (et que l'on trouve dans les contrats d'intermédiation commerciale ou d'intermédiation technique).

⁵⁸ P. DEMOLIN, « Le contrat de franchise et l'information précontractuelle », *Le droit de la distribution*, Liège, Anthemis, 2009, pp. 168 et s., n° 86.

exclure de la notion d'information confidentielle toute information qui ressortirait au domaine public ou qui serait déjà connue par le destinataire de l'information, avant la divulgation. Dans ces hypothèses, on peut difficilement considérer que l'information ne serait pas connue au-delà d'un cercle restreint ou aisément accessible. Il appartient toutefois au destinataire de faire la preuve de ces conditions.

Les exigences de « secret » des affaires, professionnel ou des communications, semblent constituer des variantes de l'obligation de confidentialité, en ce qu'elles possèdent un champ d'application plus restreint (elles sont soumises à davantage de conditions).

La notion de « secret d'affaires » n'est pas définie en droit belge. Aussi se fonde-t-on généralement sur des instruments normatifs adoptés au niveau international ou européen pour en circonscrire la portée. On cite par exemple le Traité ADPIC (art. 39.2.) ou le règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie⁵⁹. C'est notamment à l'aune de ces textes que la doctrine retient plusieurs conditions pour admettre qu'un secret d'affaires puisse être protégé : il doit « être secret (en ce sens qu'il n'est pas généralement connu ni aisément accessible pour les milieux intéressés, et ce même s'il est partagé par plusieurs entreprises), être substantiel (en ce sens que sa divulgation est susceptible de causer un préjudice à son détenteur) et avoir fait l'objet de mesures raisonnables pour en conserver le secret (un secret non raisonnablement protégé n'est en effet un secret que par accident, et non par nature, puisqu'il peut dans ce cas être percé sans grands efforts) »⁶⁰. Toute information, aussi secrète soit-elle, ne constitue donc un « secret

⁵⁹ J.O., L 123 du 27 avril 2004. Le règlement définit le « savoir-faire » (généralement considéré comme un sous-ensemble du « secret d'affaire »), comme « un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées, qui est :

- i) secret, c'est-à-dire qu'il n'est pas généralement connu ou facilement accessible ;
- ii) substantiel, c'est-à-dire important et utile pour la production des produits contractuels, et
- iii) identifié, c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité » (art. 1^{er}, littera i).

Voy. aussi la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non-divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, COM(2013) 813 final.

⁶⁰ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 14 ; M. COIPEL, *op. cit.*, p. 15. Pour une autre définition du secret d'affaires, voy. J.-P. BUYLE, *op. cit.*, p. 122, n° 29 (qui le définit comme « toutes informations ou connaissances de nature commerciale, financière ou administrative (voire technique dans l'hypothèse où il ne s'agit pas d'un secret de fabrication) ayant une valeur réelle pour l'entreprise qui les détient et qui, de ce fait, bénéficie d'une protection contre leur divulgation à tout tiers susceptible de nuire à ses intérêts »).

d'affaires » que si elle est possède un caractère substantiel (l'information doit avoir une valeur commerciale susceptible de conférer un avantage concurrentiel à l'entreprise) et si des mesures raisonnables ont été prises pour en préserver le secret (ce qui témoigne de la valeur et de l'importance que l'entreprise lui témoigne). Il s'agit généralement d'informations de nature commerciale, financière ou technique.

Le « secret de la fabrique » possède une acception encore plus réduite puisqu'il s'agit d'une subdivision du secret d'affaires, portant avant tout sur des secrets de nature technique⁶¹. Telle est d'ailleurs la signification qu'il convient de lui donner au sens de l'article 309 du Code pénal⁶².

L'obligation de secret professionnel peut également être mentionnée étant entendu que, comme indiqué précédemment, les intermédiaires ne sont normalement pas soumis à l'article 458 du Code pénal. Toutefois, ils restent au moins tenus à une obligation de discrétion (nonobstant, d'ailleurs, les termes utilisés dans les textes légaux ou réglementaires). L'obligation de secret qui pèse sur ces intermédiaires est donc limitée (et justifié) par l'exercice d'une activité professionnelle spécifique. Par exemple, conformément à l'arrêté du Gouvernement wallon, le titulaire d'une autorisation permettant d'exercer une activité d'agent de voyages est tenu, envers ses clients, « de garder secrètes toutes les conditions d'un voyage ou séjour, même si ce voyage n'a pas été accompli, à moins qu'il n'ait reçu des instructions du client à ce sujet, qu'il ne soit appelé à rendre témoignage en justice ou que la loi ne l'oblige à faire connaître ces conditions »⁶³.

17. Protection des données à caractère personnel. Les dispositions de la LVP ont pour objectif principal de protéger la vie privée des personnes physiques concernées par les traitements de données à caractère

⁶¹ Voy. M. BUYDENS, « La protection des secrets d'affaires et la procédure de saisie en matière de contrefaçon », *Cah. Jur.*, 2011/1, p. 14 ; J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 97, n° 9 ; Cass., 27 septembre 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 358 (le secret de fabrique est « un fait technique qui, contribuant à la réalisation des opérations mises en œuvre dans une fabrique pour obtenir un produit déterminé, est de nature à procurer au fabricant un avantage technique et à lui assurer sur ses concurrents une supériorité d'une nature telle qu'il y a pour lui un avantage économique à ce qu'il ne soit pas connu de ses concurrents »).

⁶² Pour un commentaire de cette disposition, voy. Ch. DE VALKENEEER, « Les infractions relatives à l'industrie et au commerce », *Les infractions*, Vol. 5, *Les infractions contre l'ordre public*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 498 et s.

⁶³ Art. 18, 1°, c), de l'A.G.W. du 27 mai 2010 portant statut des agences de voyages, *M.B.*, 16 juin 2010.

personnel. Dans le cadre des activités d'intermédiation commerciale ou technique, le champ d'application des dispositions protectrices (et, corrélativement, l'objectif poursuivi) est donc plus limité qu'en matière d'obligation de confidentialité ou de secret d'affaires (puisque'il ne concerne que les données à caractère personnel). Il est aussi beaucoup plus large dans la mesure où il ne s'agit pas seulement de préserver la confidentialité des données (en encadrant et, le cas échéant, en empêchant leur divulgation et/ou toute possible utilisation par des tiers ou d'autres intervenants). Le but est aussi de veiller à ce qu'indépendamment de tout problème de confidentialité, les traitements soient légitimes (et fondés sur le consentement de la personne concernée par exemple) et transparents (de nombreuses obligations d'information étant imposées au responsable).

Pour garantir la sécurité des données à caractère personnel, l'article 16, § 4, de la LVP impose ainsi au « responsable du traitement et, le cas échéant, son représentant en Belgique, ainsi qu' [au] sous-traitant [de] prendre les mesures techniques et organisationnelles requises pour protéger les données à caractère personnel contre la destruction accidentelle ou non autorisée, contre la perte accidentelle ainsi que contre la modification, l'accès et tout autre traitement non autorisé de données à caractère personnel ». Ces mesures doivent par ailleurs « assurer un niveau de protection adéquat, compte tenu, d'une part, de l'état de la technique en la matière et des frais qu'entraîne l'application de ces mesures et, d'autre part, de la nature des données à protéger et des risques potentiels ».

Les conditions matérielles auxquelles tout traitement doit satisfaire permettent également de réguler toute divulgation des données : aux termes de l'article 4 de la LVP, les données doivent être « traitées loyalement et licitement » (1°), et « collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités, compte tenu de tous les facteurs pertinents [...] » (2°). Lorsque l'intermédiaire transmet les données à des tiers (à des fins de marketing, par exemple) ou qu'il les utilise lui-même, on pourrait considérer qu'il réalise un traitement contraire aux dispositions de la loi lorsque les finalités ne correspondent pas à celles qui avaient été indiquées précédemment et qu'aucun élément ne permet de justifier un tel traitement.

Indirectement, la régulation des traitements de données à caractère personnel peut également contribuer à protéger les intérêts des acteurs économiques en relation avec le prestataire intermédiaire et qui mettent des données à caractère personnel à leur disposition pour leur permettre d'exécuter les prestations contractuellement convenues. Toute utilisation non-conforme des données par l'intermédiaire pourrait en effet engager

la responsabilité de celui-ci, vis-à-vis de la personne concernée et de son cocontractant.

Au-delà de ce cadre normatif général, et comme relevé dans le point I, précédemment, des exigences spécifiques de protection des données peuvent se trouver dans des législations particulières, telles que la loi sur le courtage matrimonial.

B. – Régime de l'obligation de confidentialité

18. Focus sur trois éléments du régime de l'obligation de confidentialité. Après avoir établi l'acception à donner à l'obligation de confidentialité, de secret, de vie privée ou de données à caractère personnel (*supra*, point A), encore faut-il s'entendre sur le régime de l'obligation.

Nous examinons la portée de l'obligation de confidentialité (*infra*, n° 19), sa durée (*infra*, n° 20) et les hypothèses dans lesquels il peut (ou il doit) y être dérogé (*infra*, n°s 21-22).

19. Portée de l'obligation de confidentialité. L'obligation de confidentialité (entendue au sens large) interdit à tout le moins au destinataire de l'information de divulguer celle-ci à des tiers non autorisés.

Dans ce cadre, deux questions peuvent se poser : on peut en effet se demander si l'obligation de confidentialité interdit au destinataire direct d'utiliser l'information à son profit, sans la divulguer, et, dans l'hypothèse d'une divulgation, si cette communication au tiers suffit (ou s'il est aussi requis qu'il utilise l'information).

On peut s'interroger sur la question de savoir si l'utilisation de l'information par le destinataire, à son profit (et donc, à proprement parler, sans divulgation à un tiers), constitue une violation de l'obligation de confidentialité. On peut en effet imaginer que l'intermédiaire utilise les informations acquises dans le cadre de sa relation contractuelle avec son cocontractant (données financières, commerciales, techniques ou relatives à la clientèle par exemple) pour créer sa propre entreprise et développer une activité concurrente. Un examen au cas par cas est requis : la réponse dépend en effet étroitement du recours éventuel qui sera introduit par le cocontractant et des conditions d'application de celui-ci (à ce sujet, voy. aussi *infra*, n°s 23 et s.). À ce stade, on peut noter que, pour certains recours, la divulgation de l'information à un tiers est requise (la simple utilisation à son profit ne suffit donc pas). Tel est notamment le cas conformément à l'article 309 du Code pénal : cette disposition requiert en effet la communication à un tiers de l'information couverte par le secret, peu importe, cependant, que ce tiers ait fait, ou pas, usage

de cette information⁶⁴. Si l'on se fonde sur l'article 95 de la LPMC (remplacé par l'article VI.104 du Code de droit économique dès son entrée en vigueur) pour reprocher à l'intermédiaire un acte de concurrence déloyale, la simple utilisation par celui-ci des informations confidentielles pourra être sanctionnée s'il est établi que, ce faisant, il a commis un acte contraire aux pratiques du marché qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts d'une autre entreprise.

Le même raisonnement s'impose pour déterminer si la seule divulgation au tiers est sanctionnée ou s'il est aussi requis qu'il ait utilisé l'information. Au sens de la LVP, la simple divulgation non autorisée de données à caractère personnel constitue un traitement illégal et pourrait donner lieu aux sanctions – pénales notamment – prescrites par la loi. Il en va de même par application des clauses de confidentialité assorties d'une clause pénale, qui ne sont généralement pas subordonnées à la démonstration d'une utilisation ultérieure de ces informations. La solution devrait par contre être différente s'il s'agit d'engager la responsabilité civile de la personne qui a méconnu son obligation de secret ou de demander la cessation d'un acte sur la base de l'article 95 de la LPMC. Dans le premier cas, il faudra en effet prouver que la victime a subi un dommage en lien de causalité avec la faute (ce qui ne sera guère facile si le tiers a gardé l'information secrète et ne l'a pas diffusée ni utilisée). En cas de concurrence déloyale (art. 95 LPMC), c'est la preuve de l'atteinte, même potentielle, aux intérêts professionnels d'une entreprise qui devra être fournie. Quant à la cessation commerciale, à supposer qu'elle soit envisageable en cas de violation du secret (*infra*, n° 29), elle ne pourra être ordonnée que si la partie demanderesse convainc le juge que les informations litigieuses ont été et sont toujours utilisées par l'autre entreprise (et satisfont donc aux conditions du secret d'affaires au moment où la cessation est demandée).

20. Durée de l'obligation de confidentialité. Les clauses de confidentialité prévues contractuellement par les parties seront en tous cas applicables pendant la durée du contrat (ou pendant la durée des négociations, si un NDA a été conclu pour couvrir cette période). En toute logique, il est également stipulé qu'elles resteront valables après la dissolution du lien contractuel, quelle qu'en soit du reste la raison : c'est en effet à ce moment que le risque est grand de voir l'une des parties réutiliser certaines informations à son profit, voire les communiquer à des tiers.

⁶⁴ Ch. DE VALKENEER, « Les infractions relatives à l'industrie et au commerce », *Les infractions*, Vol. 5, *Les infractions contre l'ordre public*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 501.

Une durée peut être spécifiquement prévue (une période de 2 à 5 ans en général), en fonction des circonstances de l'espèce. Le point de départ de ce délai doit également être fixé avec précision (divulgaration ou fin du contrat, par exemple).

On peut imaginer qu'aucune durée ne soit indiquée. Dans cette dernière hypothèse, on se souviendra néanmoins que le caractère confidentiel d'une information est limité dans le temps. Il est difficile de soutenir qu'après plusieurs années, des informations relatives aux ventes ou aux parts de marché présentent encore une valeur commerciale qui justifie qu'elles bénéficient du régime de protection. Dans une communication de la Commission européenne, on peut ainsi lire qu'en règle générale, celle-ci considère que « les informations relatives au chiffre d'affaires, aux ventes, aux parts de marché des parties et autres données similaires datant de plus de cinq ans ne sont plus confidentielles »⁶⁵.

21. Exceptions à l'obligation de confidentialité. L'obligation de confidentialité n'est pas absolue en ce sens que, dans certaines hypothèses précisément circonscrites et vis-à-vis de certaines personnes, le dépositaire du secret est dispensé de la respecter (autrement dit, il ne sera pas sanctionné suite au non-respect de cette obligation).

On trouve généralement cette possibilité dans les conventions de confidentialité : dans l'hypothèse où la divulgation est requise conformément à une disposition légale ou réglementaire et/ou par une autorité publique compétente, le destinataire de l'information est autorisé à divulguer celle-ci. En général, il lui est toutefois imposé d'avertir son cocontractant, de sorte qu'il puisse prendre les mesures éventuelles en vue de s'opposer à une telle divulgation. Il doit également veiller à limiter la divulgation à ce qui est expressément requis.

De telles exceptions sont également mentionnées par les dispositions légales étudiées dans la présente contribution, telles que l'article 458 du Code pénal (témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire et obligation légale) ; l'article 18 de l'arrêté du Gouvernement wallon portant statut des agences de voyage (témoignage en justice ou obligation légale) ou l'article 16, § 3, de la LVP (obligation imposée par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance).

⁶⁵ Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil, J.O. du 22 décembre 2005, n° C 325, point 23. Cfr aussi E. DE LOPHEM, « For your eyes only – L'accès des tiers au dossier de l'instruction dans les procédures en matière de pratiques restrictives de concurrence, en droit belge », *T.B.M./R.C.B.*, 2010, p. 19.

Un équilibre doit être trouvé entre des intérêts divergents et on conçoit sans peine que l'exercice est loin d'être facile. Le cas particulier des prestataires intermédiaires de l'internet permet d'illustrer ces écueils.

22. Cas particulier des prestataires intermédiaires sur l'internet. Dans le cas des prestataires intermédiaires sur les réseaux, il est particulièrement important de fixer les conditions auxquelles certaines informations couvertes par la confidentialité pourront être divulguées aux autorités publiques compétentes, voire aux victimes de certains propos ou activités litigieuses. Il n'est en effet pas rare que ces dernières s'adressent au prestataire pour identifier l'auteur de propos litigieux ou d'activités illicites (dans le cas de propos diffamatoires exprimés sous pseudonyme dans un forum de discussion, par exemple), voire pour mettre en place des moyens permettant de les prévenir (par des mesures de filtrage visant à lutter contre les sites de téléchargement peer-to-peer qui méconnaissent les droits de propriété intellectuelle des titulaires des œuvres, par exemple).

Les prestataires intermédiaires visés par les articles XII.17 et suivants du Code de droit économique⁶⁶ (ci-après, CDE) sont ainsi tenus de collaborer avec les autorités judiciaires ou administratives compétentes, conformément à l'article XII.20, § 2, du CDE⁶⁷. Aux termes de cette disposition, « les prestataires visés au § 1^{er} ont l'obligation d'informer sans délai les autorités judiciaires ou administratives compétentes des activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou des informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient.

Sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations

⁶⁶ Dès leur entrée en vigueur, ces dispositions abrogent et remplacent, à droit constant, les dispositions de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003. Les articles 18 et suivants de cette loi instaurent un régime d'exonération de responsabilité au profit de certains prestataires intermédiaires. Plus précisément, ceux-ci peuvent bénéficier d'une exonération de responsabilité (moyennant le respect des conditions prescrites par la loi) lorsqu'ils fournissent un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication (simple transport visé à l'art. 18 de la loi) ; à stocker de manière automatique, intermédiaire et temporaire une information transmise sur un réseau de communication dans le but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service (activité de stockage sous forme de copie temporaire des données, visé à l'article 19 de la loi) ou à stocker des informations fournies par un destinataire de service (hébergement, visé à l'article 20 de la loi).

⁶⁷ Cette obligation de collaboration imposée aux prestataires intermédiaires vise à « contrebalancer » l'absence d'obligation générale de surveillance (exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 10).

dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire ».

Une distinction est ainsi faite entre la collaboration réalisée à l'initiative du prestataire (alinéa 1^{er}) ou à la demande des autorités judiciaires ou administratives compétentes (alinéa 2). Dans la seconde hypothèse, la question se pose de savoir si lesdites informations doivent être réservées aux autorités judiciaires compétentes qui les ont demandées ou si elles peuvent être communiquées à toute personne intéressée par celles-ci, soit directement en exécution d'une injonction faite au prestataire de procéder de la sorte, soit indirectement, les informations étant retransmises par l'autorité judiciaire. Dans un arrêt du 16 juin 2011, la Cour de cassation s'est clairement prononcée en faveur de la première solution (confirmant ainsi l'arrêt *a quo*⁶⁸) : la personne victime des propos litigieux ne possède pas de droit subjectif à obtenir du prestataire qu'il lui communique, sur ordre d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les informations relatives à l'auteur de l'infraction, en vue d'introduire contre celui-ci une action civile en réparation⁶⁹. Il faut en effet avoir égard aux droits respectifs des parties impliquées, dont l'équilibre doit être assuré. Si les victimes des propos litigieux peuvent effectivement se prévaloir du droit à l'honneur et à la réputation, ainsi que du droit à une protection juridictionnelle effective, ceux-ci doivent être mis en balance avec le droit à la protection de la vie privée des auteurs desdits propos, consacré par la Constitution et de nombreux autres textes nationaux et internationaux. En particulier, il échet d'observer la LVP : lorsque les informations sont des données à caractère personnel, concernant une personne physique identifiée ou identifiable, l'accès à celles-ci et leur communication constituera un traitement, soumis aux exigences de la loi (en termes de légalité, de légitimité et de proportionnalité). Toute atteinte à la vie privée des auteurs des propos litigieux doit donc être vue comme une exception au principe de protection, tel qu'établi par les textes précités, ce qui, par conséquent, commande une interprétation stricte de la disposition. Nous sommes donc d'avis que l'arrêt doit être approuvé même si, *de lege ferenda*, le CDE devrait être amendée en vue d'octroyer aux victimes de propos litigieux le droit subjectif d'obtenir d'un prestataire intermédiaire qu'il lui communique les informations permettant notamment d'identifier l'auteur de ceux-ci en vue de le poursuivre civilement⁷⁰. On peut en effet trouver choquant que d'aucuns

⁶⁸ Liège, 22 octobre 2009, *R.D.T.I.*, 2010/38, p. 95, note J. FELD.

⁶⁹ Cass., 16 juin 2011, *R.D.T.I.*, 2012, p. 6, note H. JACQUEMIN.

⁷⁰ H. JACQUEMIN, « Qui peut obtenir les informations permettant de poursuivre et de rechercher les auteurs d'infraction commises sur les réseaux », note sous Cass., 16 juin 2011, *R.D.T.I.*, 2012/47, pp. 74 et s.

profitent de cet anonymat relatif et tiennent des propos diffamatoires ou calomnieux sans risque de voir leur responsabilité civile engagée.

Pour analyser une telle mesure, il convient d'avoir égard à la jurisprudence de la Cour de justice en la matière, en particulier l'arrêt *Promusicae*⁷¹, qui traite de l'équilibre à trouver entre le droit à la protection de la vie privée et la protection effective des droits d'auteur (s'agissant d'identifier les auteurs des violations à ceux-ci en vue de les poursuivre civilement). Une disposition octroyant ce droit subjectif constituerait une limitation au droit à la protection de la vie privée dont jouit l'auteur des propos. Conformément à l'article 15 (1) de la directive vie privée et communications électroniques⁷², une telle atteinte peut être introduite par le biais d'une disposition légale si cette limitation « constitue une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée, au sein d'une société démocratique, pour sauvegarder la sécurité nationale – c'est-à-dire la sûreté de l'État – la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques, comme le prévoit l'article 13, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE ». Cette dernière disposition fait également référence à la protection des droits et libertés d'autrui. Aussi faut-il en déduire que la volonté du législateur européen n'a pas été d'exclure du champ d'application de l'article 15 les situations dans lesquelles les victimes cherchent à obtenir la protection de leurs droits dans le cadre d'une procédure civile⁷³. En conséquence, comme l'a affirmé la Cour de justice dans l'affaire *Promusicae*, « la directive 2002/58 n'exclut pas la possibilité, pour les États membres, de prévoir l'obligation de divulguer, dans le cadre d'une procédure civile, des données à caractère

⁷¹ C.J.C.E. (gde chambre), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*. Voy. aussi C.J.C.E., ordonnance du 19 février 2009, aff. C-577/07, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH* ; C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*. À ce propos, voy. S. DUSOLIER, « Responsabilités des intermédiaires de l'Internet : un équilibre compromis ? », *R.D.T.I.*, 2007/29, pp. 269 et s. ; F. COUDERT et E. WERKERS, « La protection des droits d'auteur face aux réseaux *peer-to-peer* : la levée du secret des communications est-elle justifiée ? », note sous C.J.C.E., 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, *R.D.T.I.*, 2008/30, pp. 76 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du conflit entre l'accès à l'information nécessaire à l'action en contrefaçon et le droit au respect de la vie privée », *AM*, 2008/4, pp. 264 et s. ; O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2010, p. 126.

⁷² Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.*, L 201 du 31 juillet 2002.

⁷³ En ce sens, voy. C.J.C.E. (gde chambre), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, point 53.

personnel »⁷⁴. La Cour ajoute cependant que l'article 15 (1) de la directive vie privée et communications électroniques « ne peut pas être interprété comme contraignant, dans les situations qu'il énumère, les États membres à prévoir une telle obligation »⁷⁵. Un équilibre doit être trouvé entre les droits fondamentaux en présence : le droit à la protection de la vie privée, dans le chef de l'auteur des propos litigieux, le droit à une protection juridictionnelle effective ainsi que le droit à l'honneur et à la réputation, dans le chef de la victime⁷⁶. Nous sommes d'avis que cet équilibre peut être préservé si la communication des informations permettant d'agir civilement contre l'auteur de propos litigieux est autorisée et réalisée moyennant l'intervention d'une autorité judiciaire compétente⁷⁷.

On peut aussi avoir égard à deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne – les arrêts *Scarlet*⁷⁸ et *Netlog*⁷⁹ – dans lesquels celle-ci était appelée à se prononcer sur la mise en place de mesures de filtrage destinées à lutter contre le téléchargement illégal, sur l'internet, d'œuvres protégées par des droits de propriété intellectuelle (nonobstant le contexte, rien n'empêche, *a priori*, d'appliquer les enseignements qui résultent de

⁷⁴ C.J.C.E. (gde chambre), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, point 54 ; C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*, point 55.

⁷⁵ C.J.C.E. (gde chambre), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, point 55 ; C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*, point 55.

⁷⁶ À ce propos, on aura égard au point 68 de l'arrêt *Promusicae*, suivant lequel « il incombe aux États membres, lors de la transposition des directives susmentionnées, de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de ces directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme auxdites directives, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité » (voy. aussi C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*, point 56).

⁷⁷ Concrètement, l'article XII.20, § 2, al. 2, du CDE pourrait être rédigé comme suit (nous soulignons l'amendement) : « sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire. *Indépendamment de poursuites pénales ou administratives, les autorités judiciaires compétentes peuvent également ordonner aux prestataires de communiquer les mêmes informations aux personnes victimes de ces infractions s'il existe des indices sérieux démontrant que les éléments constitutifs de ces infractions sont réunis et pour autant que droits de la victime ne peuvent pas être préservés par la mise en œuvre de mesures moins attentatoires à la vie privée de l'auteur de l'acte* ».

⁷⁸ C.J.U.E., 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c. Sabam*

⁷⁹ C.J.U.E., 16 février 2012, aff. C-360/10, *Sabam c. Netlog*

ces arrêts à d'autres hypothèses)⁸⁰. La Cour a décidé que, *dans les circonstances de l'espèce*⁸¹, une telle injonction était interdite⁸². La Cour a eu égard, notamment, aux dispositions de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (telles que transposées dans la LSSI et reprises ensuite dans la CDE), qui interdit aux États membres d'imposer aux prestataires intermédiaires visés par la directive (sont couvertes les activités de *mere conduit*, de *caching* et d'hébergement) une obligation générale de surveillance (art. 15 de la directive). Plus précisément, on ne peut leur imposer une obligation générale consistant à surveiller les informations stockées ou transmises ou à rechercher activement les faits ou les circonstances révélant des activités illicites. Cette absence d'obligation *générale*

⁸⁰ Sur ces arrêts et, plus globalement, sur la jurisprudence de la Cour de justice en matière de responsabilité des prestataires intermédiaires, voy. D. GOBERT et J. JOURET, « L'arrêt *Scarlet contre Sabam* : la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre les échanges illicites d'œuvres protégées sur Internet », *R.D.T.I.*, 2012/46, pp. 33 et s. ; D. MELISON, « "Arrêt Scarlet" : le filtrage préventif par les fournisseurs d'accès à internet écarté au nom de l'équilibre entre droit d'auteur et libertés fondamentales », *J.D.E.*, 2012, pp. 43 et s. ; E. WERKERS et G. SOMERS, « Commentaar bij het arrest van het Europese Hof van Justitie van 24 november 2011 (*Scarlet/Sabam*) [Verhoudingen tussen auteursrechthebbenden en dienstverlenende tussenpersonen op internet (ISPs) en digitale piraterij] », *Computerr.*, 2012, pp. 80-82 ; Th. LÉONARD, « L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne : un état de la question », *J.T.*, 2012, p. 818, n° 11 ; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « Commerce électronique et contrats de l'informatique », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2009-2011)*, *R.D.T.I.*, 2012/48-49, pp. 25-27.

⁸¹ La Cour de justice n'interdit donc pas, purement et simplement, toute mesure de filtrage. En l'espèce, elle renvoie aux circonstances énoncées dans la question préjudicielle posée par la juridiction de renvoi. Dans l'affaire *Scarlet*, la question a été posée par la Cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 28 janvier 2010, *A.M.*, 2010, p. 176) en vue d'établir, « en substance, si les directives 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 et 2002/58, lues ensemble et interprétées au regard des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables, doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une injonction faite à un FAI de mettre en place :

- un système de filtrage de toutes les communications électroniques transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels « peer-to-peer » ;
- qui s'applique indistinctement à l'égard de toute sa clientèle ;
- à titre préventif ;
- à ses frais exclusifs, et
- sans limitation dans le temps,

capable d'identifier sur le réseau de ce fournisseur la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits de propriété intellectuelle, en vue de bloquer le transfert de fichiers dont l'échange porte atteinte au droit d'auteur » (arrêt *Scarlet*, point 29 ; arrêt *Netlog*, point 26)

⁸² Arrêt *Scarlet*, point 54 ; arrêt *Netlog*, point 52.

de surveillance n'empêche cependant pas la mise en place d'une obligation *spécifique* de surveillance⁸³.

Pour apprécier si l'injonction faite au prestataire de services de la société de l'information de mettre en place des mesures de filtrage est conforme au droit communautaire (qui interdit d'imposer une obligation générale de surveillance), il faut tenir compte des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux. À ce sujet, la Cour a notamment jugé que « les effets de ladite injonction ne se limiteraient pas au FAI [Fournisseur d'Accès à l'Internet] concerné, le système de filtrage litigieux étant également susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des clients de ce FAI, à savoir à leur droit à la protection des données à caractère personnel ainsi qu'à leur liberté de recevoir ou de communiquer des informations, ces droits étant protégés par les articles 8 et 11 de la charte.

En effet, il est constant, d'une part, que l'injonction de mettre en place le système de filtrage litigieux impliquerait une analyse systématique de tous les contenus ainsi que la collecte et l'identification des adresses IP des utilisateurs qui sont à l'origine de l'envoi des contenus illicites sur le réseau, ces adresses étant des données protégées à caractère personnel, car elles permettent l'identification précise desdits utilisateurs [...] »⁸⁴.

Ainsi faut-il mettre en balance, en particulier, les objectifs de lutte contre des contenus illicites (avec les droits et libertés qui les sous-tendent, tels que la protection des droits de propriété intellectuelle) avec la liberté d'expression, la liberté d'entreprise, le droit à la protection de la vie privée ainsi que la liberté de recevoir et de communiquer des informations. Le point d'équilibre ne peut être trouvé que par application du principe de proportionnalité. C'est cette exigence qui permet de faire la distinction entre une mesure de filtrage interdite (en ce qu'elle viole l'absence d'obligation générale de surveillance) et une mesure de filtrage autorisée (en ce qu'il s'agit d'une obligation particulière de surveillance)⁸⁵. On le

⁸³ Voy. l'art. XII.20, § 1^{er}, al. 2, du CDE et les art. 12 (3), 13 (2) et 14 (3) de la directive sur le commerce électronique (voy. aussi le considérant n° 47 de la directive).

⁸⁴ Arrêt *Scarlet*, points 50-52 ; arrêt *Netlog*, points 48-50.

⁸⁵ Comme l'indique Thierry Léonard, « c'est [...] par le correctif de l'abus de droit – le principe de proportionnalité – que l'on peut comprendre l'enseignement de la Cour européenne. Ce qu'elle fustige ce n'est pas le droit de prévenir l'atteinte par un système de filtrage mais bien la manière dont est exercé ledit droit dans les espèces qui lui sont soumises. Et rien n'exclut de penser qu'elle pourrait parfaitement admettre un système de filtrage simple, non permanent, à coût raisonnable et pourquoi pas partagé avec les titulaires des droits, fondé sur un processus de recherches de contenus illicites restant anonymes tant que le caractère illicite n'est pas dûment rapporté et portant sur des communications ou contenus limités à l'égard desquels une forte présomption d'illicéité est rapportée. C'est toute la différence entre une surveillance générale — interdite — et une surveillance spécifique

voit, l'exercice imposé à l'interprète est loin d'être facile. Il l'est d'autant moins que, dans la recherche de cet équilibre entre les droits et libertés, en tenant compte du principe de proportionnalité, il faut avoir égard à l'état de l'art, notamment sur le plan technique. Il convient en effet d'apprécier l'existence et les performances des mécanismes de filtrage, à l'aune des exigences précitées.

III. – Sanction du non-respect des obligations de confidentialité

23. Préalable à la sanction : la preuve de la violation de l'obligation de confidentialité. Conformément aux règles en vigueur, c'est en principe sur la partie qui prétend mettre en œuvre une sanction donnée que repose la charge de prouver que les conditions d'application sont réunies, par la production des éléments de fait de nature à étayer suffisamment ses allégations (art. 1315 C. civ. et 870 C. jud.).

Partant du principe que l'ampleur de la divulgation est restée limitée, on comprend que la partie demanderesse souhaite en dire (et en montrer) le moins possible, pour préserver ce qui peut encore l'être vis-à-vis de l'intermédiaire qui aurait révélé les informations litigieuses ou des tiers. On peut évidemment comprendre ses préoccupations et sa volonté de sélectionner scrupuleusement les éléments de fait produits devant le juge, le cas échéant sous forme anonyme ou caviardée. D'un autre côté, ce souci légitime ne doit pas devenir un prétexte à l'introduction de recours manifestement non fondés : il serait en effet trop facile de prétendre que des secrets sont cachés dans les parties non produites ou anonymisées des documents. Pour éviter ces écueils, une expertise peut être demandée mais il doit à tout le moins exister un début de preuve des faits avancés par la partie demanderesse, qui rend ceux-ci vraisemblables⁸⁶. Dans tous les cas, une procédure devra être organisée pour permettre à la juridiction saisie de prendre connaissance des pièces couvertes par le secret, dans le

— acceptée — qui reste à ce jour encore à préciser. La clé de la solution se trouve dans la détermination de la rupture de proportionnalité entre l'avantage retiré dans l'injonction par le titulaire des droits et les désavantages qui en découlent pour les intermédiaires et utilisateurs des services en cause » (Th. LÉONARD, « L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne : un état de la question », *J.T.*, 2012, p. 818, n° 11).

⁸⁶ Voy. D. MOUGENOT, « Le point de la jurisprudence relative aux mesures d'instruction », *Le point sur les procédures (2ème partie)*, Formation permanente CUP, 2000, p. 224.

respect du principe du contradictoire et des prétentions légitimes quant à la confidentialité.

24. Diversité des sanctions pénales. Dès lors que, comme on l'a vu, des obligations de confidentialité ou de secret sont prescrites par des dispositions pénales (C. pén., art. 309, 458, 314*bis*, etc.), il va de soi que leur application – pour autant qu'elle se justifie – pourra donner lieu à l'application des peines prévues par celles-ci.

La méconnaissance d'autres dispositions légales ou réglementaires peut également donner lieu à des sanctions pénales. On songe par exemple aux dispositions de la LVP (art. 37 et s.) ou de la loi sur le courtage matrimonial (art. 10 et s.). Par contre, l'existence d'acte de concurrence déloyale au sens de l'article 95 de la LPMC n'est pas sanctionnée pénalement⁸⁷.

En droit des affaires, l'application de sanctions pénales (amende et/ou prison) ne constitue pas forcément une réponse adéquate aux comportements infractionnels. Elles n'en restent pas moins utiles, compte tenu de leur fonction dissuasive et préventive, en particulier lorsque les actes interdits sont susceptibles de porter atteinte à l'intérêt général (comme en matière de secret professionnel, par exemple).

25. Présentation des sanctions civiles. Sur le plan civil, on trouve des sanctions civiles spécifiques dans des législations particulières (*infra*, n° 26). Les parties peuvent également convenir contractuellement de certaines sanctions (*infra*, n° 27). À défaut (ou, si rien ne s'y oppose, complémentairement à celles-ci), on peut invoquer les sanctions tirées de la théorie générale des contrats (*infra*, n° 28) ou se fonder sur d'autres mécanismes, tels que l'action en cessation commerciale (*infra*, n° 29).

Dans l'hypothèse spécifique de la violation d'une obligation de confidentialité, il faut garder à l'esprit que, si des sanctions civiles existent et peuvent effectivement être invoquées, elles pourront se révéler insuffisantes pour réparer adéquatement le dommage. C'est sans aucun doute une lapalissade mais le principal intérêt du secret est... de rester secret. Une fois dévoilé, il perd l'essentiel de sa valeur commerciale. Dès que l'information confidentielle est divulguée, les dommages-intérêts éventuels ou la dissolution du contrat ne constitueront qu'un pis-aller qui interviendra à contretemps et sera sans réel intérêt pour l'entreprise (puisque, par définition, ses secrets, qui lui permettaient de se démarquer de ses concurrents, ne le sont plus).

⁸⁷ A ce sujet, voy. L. KERZMANN et H. JACQUEMIN, « Le point sur les sanctions pénales dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur », *D.C.C.R.*, 2011/92, pp. 5-30.

Aussi faut-il conseiller aux entreprises d'exploiter autant que possible la fonction dissuasive et préventive de la sanction civile, par exemple en introduisant une clause pénale condamnant au paiement d'un montant élevé de dommages et intérêts en cas de violation de l'obligation de confidentialité (montant qui doit cependant rester indemnitaire).

26. Sanctions civiles spécifiquement prévues dans les législations particulières. Conformément à l'article 6, § 2, de la loi sur le courtage matrimonial, l'obligation pour l'entreprise de courtage matrimonial d'obtenir l'approbation par écrit du client sur la façon dont les données personnelles précises seront communiquées à des tiers est prescrite à peine de nullité du contrat. La mesure a le mérite d'exister même si on peut sérieusement douter de son efficacité (en particulier de son caractère dissuasif). Dans le chef de la personne dont les données auraient été divulguées sans son consentement, la fin du contrat constitue un pis-aller. On note cependant que, s'agissant d'un traitement de données à caractère personnel, la LVP devra être observée (avec l'application éventuelle de ses sanctions).

De même, suivant le futur article XII.36 du Code de droit économique (introduit par la proposition de loi sur les services de confiance), « un prestataire de service de certification qui fournit un service d'archivage électronique qualifié à l'intention du public est responsable du préjudice causé à tout organisme ou personne physique ou morale dû au non-respect des exigences mentionnées à l'annexe V concernant les prestataires de service de certification qui offrent des services d'archivage électronique qualifié, sauf si le prestataire de service de certification prouve qu'il n'a commis aucune négligence ». L'annexe V prescrit notamment des exigences de confidentialité à respecter par le prestataire d'archivage électronique (intermédiaire technique). Cette disposition a pour effet de renverser la charge de la preuve, au bénéfice du cocontractant du prestataire, laissant à ce dernier la possibilité d'échapper à toute responsabilité s'il démontre qu'il n'a commis aucune négligence.

27. Sanctions contractuellement prévues. Lorsqu'un NDA est signé ou qu'une clause de confidentialité est introduite dans une convention, les parties veillent généralement à sanctionner son inobservation.

La violation de cette obligation est en général citée parmi les causes possibles de dissolution du contrat (en cas de pacte commissoire exprès), ce qui paraît justifié. Les parties veilleront d'ailleurs à prévoir que cette mesure s'applique sans préjudice des sanctions tirées de la théorie générale des obligations, et notamment l'allocation de dommages et intérêts en vue de réparer le préjudice subi par ailleurs. Une clause pénale peut

aussi être introduite, pour fixer forfaitairement le montant des dommages et intérêts. Les parties veilleront à fixer un montant suffisamment dissuasif, étant entendu que la clause doit conserver un caractère indemnité, sous peine d'être réduite par le juge conformément à l'article 1231 du Code civil.

La loi sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial impose une obligation de confidentialité mais sa méconnaissance n'est assortie d'aucune sanction civile spécifique. La question se pose de savoir si le NDA signé au début des négociations pourrait prévoir une clause pénale déterminant conventionnellement le montant dû en cas d'inobservation. Des doutes sont permis dans la mesure où l'article 3 de la loi prévoit la fourniture de documents spécifiques (le projet d'accord et un document reprenant diverses informations) un mois avant la conclusion de l'accord, en interdisant que la moindre obligation soit prise, ou qu'une rémunération, somme ou caution soit demandée ou payée avant l'expiration de ce délai. Or, la méconnaissance de cette disposition est sanctionnée par la nullité de l'accord, conformément à l'article 5, alinéa 1^{er}, de la loi (dans les deux ans de l'accord). La doctrine est cependant d'avis, avec raison, que la signature d'un engagement de confidentialité assorti d'une sanction spécifique doit être autorisée⁸⁸. Les objectifs poursuivis par le législateur en imposant des obligations d'information à la personne qui octroie le droit vise à protéger le cocontractant de celle-ci en raison de son manque de connaissance sur des éléments de fait et de droit du contrat. Ces finalités doivent être distinguées de celles qui résultent de l'obligation de confidentialité et ne devraient donc pas empêcher de mettre en œuvre la clause.

28. Sanctions tirées de la théorie générale des contrats. *A priori*, les manquements d'une partie à ses obligations de confidentialité ou de secret sont contemporains à l'exécution du contrat et devront être sanctionnés sur cette base.

La résolution – judiciaire ou extrajudiciaire – du contrat pourrait ainsi être envisagée⁸⁹ : on devrait en effet considérer que ces manquements

⁸⁸ P. DEMOLIN, « Le contrat de franchise et l'information précontractuelle », *Le droit de la distribution*, Liège, Anthemis, 2009, pp. 168 et s., n° 90 ; A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *D.A.O.R.*, 2006, pp. 129-130.

⁸⁹ Sur la résolution judiciaire, voy. not. P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », *La fin du contrat*, Liège, Formation permanente CUP, 2001, pp. 32 et s., n°s 24 et s. ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », P.A. FORIERS (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2000, pp. 375 et s. ; *Idem*, « La résolution pour inexécution en droit belge :

portent atteinte à la relation de confiance qui doit présider aux relations entre les parties et être suffisamment graves pour justifier une dissolution rétroactive du lien contractuel dans son ensemble.

La partie victime d'une méconnaissance de l'obligation de confidentialité pourrait aussi chercher à engager la responsabilité contractuelle de son cocontractant, en démontrant l'existence d'une faute en lien de causalité avec le dommage⁹⁰. Tel pourrait notamment être le cas lorsqu'une disposition légale prescrit une obligation de confidentialité et que celle-ci a été méconnue (le devoir de discrétion qui s'impose à certains professionnels comme les agents immobiliers ou l'obligation de confidentialité imposée à l'article 6 de la loi sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial, par exemple). Même en l'absence d'une telle exigence, spécifiquement prévue, on peut considérer que le cocontractant ne s'est pas comporté comme un professionnel normalement prudent et diligent en violant une obligation de confidentialité, ce qui est de nature à engager sa responsabilité.

29. Action en cessation commerciale. En général, les actes de concurrence déloyale (au sens de l'article 95 de la LPMC) donnent lieu à une action en cessation devant le président du Tribunal de commerce. S'il aboutit, ce type de recours peut se révéler particulièrement efficace puisque le juge pourrait être amené à interdire toute utilisation, par la partie citée, des informations obtenues illégalement (l'empêchant ainsi de poursuivre normalement ses activités professionnelles).

conditions et mise en œuvre. Rapport belge », M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 513 et s. ; *Idem*, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2008, pp. 343 et s. ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, pp. 128-132, n^{os} 177 et s. Sur la résolution unilatérale, voy. not. S. STIJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre. Rapport belge », *op. cit.*, pp. 513 et s. ; *Idem*, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », *op. cit.*, pp. 374 et s. ; P. WÉRY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », note sous Cass., 2 mai 2002, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 300 et s.

⁹⁰ Sur les conditions et les effets de la responsabilité contractuelle, voy. P. WÉRY, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 233 et s., n^{os} 24 et s. ; I. DURANT et N. VERHEYDEN-JEANMART, « Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel », M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 307-360 ; M. COIPEL, *Éléments...*, *op. cit.*, pp. 124 et s., n^{os} 171 et s.

Plusieurs écueils doivent cependant être évités. Il faut d'abord libeller l'ordre de cessation avec précision⁹¹, en évitant que celui-ci aboutisse « à interdire l'exercice normal d'une activité commerciale dans le chef du défendeur »⁹². De même, le juge ne peut ordonner une interdiction générale et préventive⁹³ et doit veiller à ce que la mesure ordonnée reste proportionnelle. Dans un arrêt du 12 juin 2008, la Cour d'appel de Liège a ainsi jugé que tel n'était pas le cas en l'espèce. Dans cette affaire, une expertise avait établi que des formules secrètes de peinture avaient été obtenues de manière illicite par une entreprise, qui les avait utilisées pour une partie de sa gamme. La demande tendait « à interdire définitivement à la première appelante [...] tout acte de fabrication ou de commercialisation tant des produits illicites que de tout autre produit donc la description est la suivante (suit une liste de 37 types de produits) »⁹⁴. La demande est jugée disproportionnée par la Cour d'appel de Liège en ce qu'elle « reviendrait à interdire à l'appelante toute production concurrent celle de l'intimée ».

En outre, pour interdire la cessation d'un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché, le juge doit normalement le décrire avec précision⁹⁵. Eu égard au caractère public des jugements, l'information perdra nécessairement son caractère secret. Enfin, d'aucuns estiment que la violation des secrets d'affaires, dès lors qu'elle est consommée par sa divulgation et son utilisation par un tiers, ne peut faire l'objet d'un ordre de cessation. Comme l'a jugé la Cour d'appel de Liège dans l'arrêt précité du 12 juin 2008, « il est certain que l'appelante connaît les formules de l'intimée et maîtrise depuis longtemps le processus de fabrication des produits litigieux, ce qui est irréversible, la connaissance et l'expérience acquises par l'appelante ne pouvant être abolies par un ordre de cessation. Lorsque le secret est éventé, il serait vain de vouloir revenir en arrière [...] ». On note encore que l'interdiction d'utiliser le secret d'affaires aurait également

⁹¹ M.-Cl. ERNOTTE, « L'action en cessation – Le point sur les aspects procéduraux de l'action comme en référé en matière de pratiques du marché et modifications introduites par les lois du 6 avril 2010 », *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, Liège, Anthemis, 2010, p. 202, n° 35 ; D. MOUGENOT, « L'action en cessation. Les particularités procédurales d'un mécanisme atypique », *Actualités de droit commercial*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 117-118, n° 50 ; J.-F. MICHEL, « Les actions en cessation en droit de la consommation », *Les actions en cessation*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 121 ; Liège, 12 juin 2008, *I.R. D.I.*, 2008, p. 339.

⁹² M.-Cl. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 202, n° 35 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 118, n° 50

⁹³ J.-F. MICHEL, *op. cit.*, p. 121, et la jurisprudence citée ; Liège, 12 juin 2008, *I.R. D.I.*, 2008, p. 339.

⁹⁴ Liège, 12 juin 2008, *I.R. D.I.*, 2008, p. 339.

⁹⁵ Soulignant cet écueil, M. BUYDENS, « La protection des secrets d'affaire... », *op. cit.*, p. 15.

pour effet de placer son titulaire dans une position plus favorable que celle du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, dont la durée est limitée dans le temps (tel un brevet, par exemple)⁹⁶. Alors même que le secret d'affaire ne fait pas l'objet de mesure légales de protection similaires à celles des droits de propriété intellectuelle (et n'implique pas, corrélativement, les mêmes concessions), l'utilisation du secret serait interdite indéfiniment.

Conclusion

30. Cadre normatif complexe... En substance, la présente étude a mis en lumière que, dans l'hypothèse des intermédiaires commerciaux ou techniques, naturellement conduits, par leur fonctions, à prendre connaissance de nombreuses informations confidentielles, il existait diverses règles, d'origine normative ou conventionnelle, permettant de protéger ces informations. La difficulté réside néanmoins dans la multiplicité des règles susceptibles de s'appliquer, qui révèlent en outre une terminologie fluctuante et un régime loin d'être harmonisé et cohérent. Il en résulte une insécurité juridique, qui ne sert pas la confidentialité.

31. Et suffisamment protecteur de la confidentialité ? Des règles existent. On peut cependant se demander si elles sont suffisamment efficaces, eu égard à l'objectif poursuivi. À certains égards, des doutes sont permis dès lors que, dans l'hypothèse spécifique du secret ou de la confidentialité, c'est le caractère dissuasif et préventif de la norme qui importe par-dessus tout. Et sur ce point, il faut malheureusement constater que les sanctions ne possèdent pas toujours cette caractéristique.

En définitive, s'il faut souhaiter une intervention normative ponctuelle et ciblée, c'est en tout cas sur le terrain de la sanction qu'elle devrait avoir lieu.

⁹⁶ Soullignant cet écueil, M. BUYDENS, « La protection des secrets d'affaire... », *op. cit.*, p. 15 ; Liège, 12 juin 2008, *I.R. D.I.*, 2008, p. 339.

Administrateur et secret : le droit de savoir et le devoir de discrétion

Henri Culot

*Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain,
avocat au barreau de Bruxelles*

Introduction

La question de l'information dans la vie des sociétés n'est pas neuve. Souvent abordée sous l'angle des informations qui doivent être communiquées à telle ou telle catégorie d'intervenants, elle est une composante centrale des conflits de pouvoir fréquemment étudiés en droit des sociétés, en particulier entre le management exécutif et les administrateurs, et entre les administrateurs et les actionnaires.

Comme l'objet de ce colloque y invite, l'idée est plutôt ici d'explorer le thème du secret ou, pour choisir un vocable moins extrême, de la discrétion. En particulier, on se propose de partir à la recherche du fondement juridique de l'obligation de discrétion qui, de manière incontestée, pèse sur les administrateurs des sociétés anonymes. On se concentrera sur cette catégorie de dirigeants, étant entendu que certains enseignements s'appliquent aussi à d'autres organes de la société anonyme ou aux dirigeants d'autres formes de sociétés.

Dans un premier temps, on précisera certains concepts utiles pour la suite de l'exposé (I). On dira ensuite quelques mots de fondements possibles de l'obligation de discrétion qui, à l'analyse, s'avèrent inaptes à remplir cette fonction (II). On pourra alors aborder ce qui nous apparaît comme les deux fondements réels de cette obligation, à savoir le statut de l'administrateur (III) et la définition des pouvoirs des organes (IV). Dans la dernière section, on montrera en conclusion l'enjeu de la distinction entre ces deux fondements. Plutôt que concurrents, ils sont complémentaires dès lors qu'ils ont des implications l'un sur l'autre.

I. – Droit de savoir et obligation de discrétion

L'obligation de discrétion se situe à un carrefour des relations entre la société, ses organes et les tiers. Avant d'examiner différents fondements juridiques possibles, cette première section cherche à clarifier l'origine du problème. Celle-ci se situe dans l'interaction entre, d'une part, les mécanismes juridiques qui permettent à une personne morale de posséder des informations (A) et, d'autre part, le fait que ces informations transitent nécessairement par des personnes physiques, juridiquement distinctes de la personne morale (B). Le devoir de discrétion permet la cohabitation de ces deux mécanismes apparemment contradictoires (C).

A. – Une société peut posséder des informations

Est-il sensé d'affirmer qu'une société possède ou détient des informations ? L'information n'est-elle pas d'une nature telle que seule une personne physique peut la produire et la détenir ? C'est exact sous un certain angle de vue, mais ce n'est pas ainsi que le droit aborde la question. L'information, qui est certes un bien immatériel, ne doit pas être traitée différemment des biens corporels. Une société peut être propriétaire d'une voiture et peut même (juridiquement) la conduire, même s'il faut nécessairement une personne physique derrière le volant. De la même manière, si l'on considère la qualité en laquelle les personnes physiques agissent, on peut considérer qu'elles produisent ou connaissent l'information *en qualité de* représentants (au sens large) d'une personne morale, et qu'en conséquence, cette information doit être juridiquement considérée comme celle de la personne morale.

Cette idée est nécessairement à la base de la reconnaissance aux personnes morales d'un droit au respect de la vie privée. On trouve dans l'arrêt *Varec* de la Cour constitutionnelle une belle illustration de ce type de raisonnement, fondant le droit au respect de la vie privée des personnes morales sur une assimilation avec les personnes physiques. La Cour part de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en matière de vie privée, selon laquelle sont également protégés des éléments de la vie professionnelle et commerciale. S'agissant du droit d'une personne physique, la Cour EDH écrit en effet : « Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de « vie privée » comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans leur travail

que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur »¹. La Cour constitutionnelle en déduit d'abord « que les secrets d'affaires détenus par une personne physique peuvent constituer une part intégrante de sa vie privée »². Elle reconnaît ensuite que « le droit au respect de la vie privée bénéficie aussi, dans une certaine mesure, aux personnes morales »³. Ce droit (fondamental) des personnes morales « englobe la protection de leurs secrets d'affaires »⁴. Moyennant une conception doublement large, qui inclut les aspects professionnels et commerciaux dans la vie privée et qui étend la protection aux personnes morales⁵, ces dernières se voient ainsi reconnaître un droit à ce que les informations confidentielles qui les concernent ne soient pas divulguées sans leur consentement.

Ce droit d'empêcher toute autre personne d'accéder à certaines informations et de les utiliser à son profit peut être considéré comme une sorte d'équivalent, s'agissant d'un bien immatériel, du droit de propriété pour les objets corporels. En ce sens, on peut dire qu'une société « possède » des informations, ou même qu'elle en « est propriétaire ». C'est aussi dans la mesure où ce droit est reconnu que l'information acquiert une valeur économique⁶.

Outre le raisonnement basé sur les droits fondamentaux, on trouve d'autres justifications juridiques du droit au secret des affaires. Par exemple, la Cour de justice de l'Union européenne considère la protection des secrets d'affaires comme un « principe général du droit des entreprises »⁷.

¹ C.E.D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, § 29.

² C. Const., 19 septembre 2007, 118/2007, B.6.1. Aussi Cass., 2 novembre 2012, *Pas.*, 2012, 2092, *J.T.*, 2013, p. 174.

³ C. Const., 19 septembre 2007, 118/2007, B.6.2. Aussi Cass., 2 novembre 2012, *Pas.*, 2012, 2092, *J.T.*, 2013, p. 174.

⁴ C. Const., 19 septembre 2007, 118/2007, B.6.2. Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Bruxelles reprend ce raisonnement de la Cour constitutionnelle, mais met ce droit en balance avec l'exercice des droits de la défense (Bruxelles, 30 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1181, *J.D.S.C.*, 2012, p. 8, note M. COIPEL). Pour une mise en balance similaire, voy. Cass., 2 novembre 2012, *Pas.*, 2012, 2092, *J.T.*, 2013, p. 174.

⁵ Déjà, en doctrine, R. HENRION, « Le secret des affaires en droit belge », in *Le secret et le droit (Journées Libanaises)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 196, invoquant « l'intimité de l'être moral » pour fonder le secret des affaires. Aussi K. Cox, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, pp. 187-194, qui privilégie ce fondement de la protection du secret des affaires.

⁶ Voy. K. Cox, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, pp. 185-186.

⁷ C.J.C.E., 19 mai 1994, *SEP*, C-36/92, *Rec.*, 1994, I, p. 1932, § 36-37. Aussi, antérieurement, C.J.C.E., 4 juin 1986, *AKZO Chemie*, C-53/85, *Rec.*, 1986, I, p. 1985, § 28 et, plus récemment, C.J.C.E., 14 février 2008, *Varec*, C-450/06, *Rec.*, 2006, p. I-601 (dans le même

Certains auteurs estiment que le droit de maintenir ce secret provient de la liberté individuelle et de l'autonomie de la volonté, qui implique également, dans le domaine qui nous occupe, la liberté de commerce⁸.

S'il existe un droit à la protection de certains secrets d'affaires, il faut encore examiner quelles informations sont ainsi protégées. Car assurément, la protection ne vise pas n'importe quelle information.

L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), qui fait partie des accords de l'OMC, impose aux États membres de prévoir une protection des « renseignements non divulgués ». En précisant les conditions de cette protection, l'Accord ADPIC donne, dans le contexte qui est le sien, une définition des renseignements méritant cette protection : il faut qu'ils « a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ; b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets ; et c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets » (art. 39.2 ADPIC).

On trouve dans la doctrine des définitions globalement convergentes de l'information confidentielle (ou secrets d'affaires), notamment pour définir la portée de l'obligation de discrétion des administrateurs. Il doit s'agir d'une information tenue secrète, non connue du public en général⁹, ou à tout le moins qui n'a pas encore été confirmée officiellement par la société¹⁰, ou même d'informations certes publiques, mais « peu ou

litige que celui où intervient l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 septembre 2007, précité).

⁸ J.-L. DEVOGELE, « L'administrateur de la société anonyme et son rapport individuel à l'information : droit d'investigation et devoir de discrétion », *D.A.O.R.*, 2007, p. 76 ; X. DIEUX, « La divulgation d'informations concernant la société anonyme – Principes et sanctions », *Rev. dr. ULB*, 1992, p. 64, 106. Sur ce lien entre secret et liberté de commerce, Chr. GAVALDA, « Le secret des affaires », *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 296.

⁹ M. COIPEL, « Le droit à la vie privée des personnes morales et sa confrontation avec le principe du contradictoire », *J.D.S.C.*, 2012, p. 15 ; K. COX, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, p. 195 ; S. DE DIER et A. VAN BEVER, « Zo zijn we niet getrouwd. Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder », *Jura Falconis*, 2008-2009, p. 370.

¹⁰ S. DE DIER et A. VAN BEVER, « Zo zijn we niet getrouwd. Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder », *Jura Falconis*, 2008-2009, p. 370. Sur les rumeurs non confirmées, voy. aussi B. ALLEMEERSCH, « Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes », *R.W.*, 2003-2004, p. 17 (en matière de secret professionnel).

pas favorables aux intérêts de la société »¹¹. La société doit vouloir que cette information reste secrète¹², et déployer en conséquence des efforts raisonnables pour que cela soit le cas¹³. La divulgation de cette information doit être de nature à causer préjudice à la société¹⁴. Selon les auteurs, l'information confidentielle reçoit une signification plus ou moins large, mais on retrouve toujours les éléments essentiels. Par exemple, pour M. Wyckaert et C. Grenson, il s'agit des « aspecten van het vennootschapsleven die essentieel bijdragen tot de goede werking van de vennootschap en haar succes, haar sterktes en haar zwaktes, die bestuurders vernemen dankzij hun functie en waarvan de mededeling aan derden naar algemeen aanvoelen aan de vennootschap schade zou kunnen toebrengen »¹⁵.

Tout ceci ne donne certes pas une image parfaitement nette des informations couvertes par le secret des affaires, d'autant que la définition peut aussi varier selon le contexte juridique et factuel dans lequel elle est utilisée. On retrouve toutefois l'idée d'un secret qu'une société cherche à conserver, car un préjudice est lié à la divulgation. C'est ce type de secret qui est protégé par le droit. Quel que soit le fondement – provenant plutôt des droits fondamentaux ou du droit économique –, l'information « appartient » à la société, si l'on accepte de donner un sens large, non technique, à la notion de propriété. Dès lors, seule la société peut en disposer.

B. – Société et organe

« Les sociétés agissent par leurs organes » (art. 61 C. soc.). Ainsi le Code exprime-t-il à la fois une règle et une nécessité : étant un être moral, la société ne peut agir qu'en passant par l'intermédiaire de personnes physiques. Il en va notamment ainsi pour ce qui est de connaître et de communiquer des informations.

¹¹ B. TILLEMAN, « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés », *J.T.*, 1993, p. 554.

¹² K. COX, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, pp. 197-198.

¹³ M. COIPEL, « Le droit à la vie privée des personnes morales et sa confrontation avec le principe du contradictoire », *J.D.S.C.*, 2012, p. 15.

¹⁴ *Ibid.* ; K. COX, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, pp. 195-196 ; B. FERON et J. MEUNIER, « La « double casquette » de l'administrateur de société anonyme », *J.T.*, 2000, p. 691.

¹⁵ M. WYCKAERT et C. GRENSON, « Het zakengeheim en het bestuursorgaan van de naamloze vennootschap », in M. WYCKAERT, C. GRENSON, L. CORNIL, H. DE BAUW et D. DEWANDELEER, « Het zakengeheim : een voorstelling in vier bedrijven... », *C.J.*, 2011/1, pp. 2-3. B. TILLEMAN défend aussi une conception large de l'information protégée, dépassant les secrets d'affaires (« L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés », *J.T.*, 1993, p. 554).

Sur un plan purement théorique, une société ne peut « savoir » que dans la mesure de ce que savent ses organes. Cette conception est, bien entendu, trop abstraite, car tant le droit que la pratique sont familiers de cas où des informations (juridiquement pertinentes) sont portées à la connaissance d'une société, d'une manière reconnue valide par le droit, sans qu'elles soient matériellement communiquées aux organes désignés par le Code des sociétés. Par exemple, la plainte d'un client communiquée au « service après-vente », c'est-à-dire à l'employé de la société désigné pour recevoir ce type de communication, sera considérée comme connue par la société même si elle ne « remonte » pas jusqu'à l'administrateur délégué ou au conseil d'administration. Quand bien même on ne peut le pousser à l'extrême, le principe demeure : l'information détenue par une société, c'est celle que possèdent ses organes, agissant en cette qualité.

Pour cette raison, les organes d'une société ont vocation à connaître toute l'information appartenant à la société¹⁶. Certes, en pratique, les organes ne savent pas tout ; et l'on ne pourrait exiger d'eux qu'ils connaissent absolument toutes les informations de la société, car c'est probablement impossible¹⁷. Mais ils ont en principe le droit de tout savoir. Ce droit se justifie d'autant plus qu'une excellente connaissance est indispensable pour exercer correctement la fonction d'administrateur, ce qui revient à dire que les administrateurs ont aussi l'*obligation* de connaître suffisamment les affaires de leur société¹⁸.

D'une part, cette fonction implique de participer à la prise de décision collégiale en vue de la réalisation de l'objet social et, plus généralement, de tous les aspects de vie sociale qui ne ressortissent pas à la compétence d'un autre organe. Or, comment les administrateurs pourraient-ils prendre de bonnes décisions au nom de la société s'ils ne sont pas adéquatement mis au courant de ses affaires ? Et comment la loi pourrait-elle rendre les administrateurs responsables de leur gestion (art. 527 C. Soc.) sans leur

¹⁶ Ph. COLLE, « Het (begrensd) recht of informatie van de individuele vennootschapsbestuurder », *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, die Keure, 2001, p. 450 et J.-L. DEVOGELE, « L'administrateur de la société anonyme et son rapport individuel à l'information : droit d'investigation et devoir de discrétion », *D.A.O.R.*, 2007, pp. 58-59 (qui confirment le principe mais introduisent des nuances).

¹⁷ Voy. M. WYCKAERT et C. GRENSON, « Het zakegeheim en het bestuursorgaan van de naamloze vennootschap », in M. WYCKAERT, C. GRENSON, L. CORNIL, H. DE BAUW et D. DEWANDELEER, « Het zakegeheim : een voorstelling in vier bedrijven... », *C.J.*, 2011/1, p. 2.

¹⁸ K. COX, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, p. 171 ; E. POTTIER et L. CULOT, « Droit à l'information et pouvoirs d'investigation des administrateurs », in O. CAPRASSE (dir.), *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 303-304.

permettre simultanément d'obtenir les informations utiles pour accomplir cette mission ? Certes, l'organe décide collégialement, mais la délibération collective qui précède la décision n'est possible que si chaque membre, individuellement, dispose de l'information pertinente. C'est pourquoi l'on reconnaît aux administrateurs un droit individuel à l'information sur les affaires sociales¹⁹, ce qui n'implique pas, comme on le verra, le pouvoir de décider seul de transmettre cette information à un tiers²⁰.

D'autre part, le droit des sociétés et le droit financier imposent moult obligations d'information (*infra*). Parfois, ces obligations sont formulées comme reposant sur la société. Dans d'autres occasions, en particulier lorsque l'information n'est pas (en premier lieu) destinée aux tiers, mais à un autre organe de la société, l'obligation est présentée comme celle des administrateurs²¹. Dans les deux cas, cependant, c'est l'organe de gestion qui est chargé de communiquer l'information conformément au prescrit légal. À nouveau, pour pouvoir s'acquitter de leurs obligations, les administrateurs doivent disposer des informations nécessaires.

Comme il existe plusieurs organes, la répartition de l'information entre eux suit celle des compétences²². L'organe de gestion, à qui est reconnue la plénitude des compétences dans la société anonyme, a donc vocation à obtenir toutes les informations de la société.

Même si l'organe n'a, en tant que tel, aucune personnalité juridique, il est, dans la société anonyme, un être abstrait dans la mesure où il s'agit d'un regroupement de personnes physiques. Le conseil d'administration

¹⁹ Ph. COLLE, « Het (begrensd) recht of informatie van de individuele vennootschapsbestuurder », *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, die Keure, 2001, pp. 450-451 ; K. COX, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, p. 170 et les références citées aux nos 19 et 20 ; J.-L. DEVOGELE, « L'administrateur de la société anonyme et son rapport individuel à l'information : droit d'investigation et devoir de discrétion », *D.A.O.R.*, 2007, pp. 57-58 ; B. FERON et J. MEUNIER, « La « double casquette » de l'administrateur de société anonyme », *J.T.*, 2000, p. 696 ; A. FRANÇOIS, « De controlebevoegdheid en het recht op informatie van de individuele bestuurder van de N.V. », *V. & F.*, 1997, pp. 2-4 ; E. POTTIER et L. CULOT, « Droit à l'information et pouvoirs d'investigation des administrateurs », in O. CAPRASSE (dir.), *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 284 ; L. SIMONT, « L'administrateur d'une société anonyme agissant isolément a-t-il un droit d'investigation individuelle ? », *R.P.S.*, 1963, pp. 189-203.

²⁰ M. WYCKAERT et C. GRENSON, « Het zakengeheim en het bestuursorgaan van de naamloze vennootschap », in M. WYCKAERT, C. GRENSON, L. CORNIL, H. DE BAUW et D. DEWANDELEER, « Het zakengeheim : een voorstelling in vier bedrijven... », *C.J.*, 2011/1, p. 3.

²¹ Par exemple, l'article 95 du Code de sociétés dispose que « les administrateurs [...] établissent un rapport... », et l'article 540 du même Code prévoit que « les administrateurs répondent aux questions... ».

²² Dans un sens proche, définissant l'information à recevoir par l'assemblée générale par référence aux compétences de cette dernière, Gand, 18 avril 2002, *R.D.C.*, 2002, p. 730.

et le comité de direction sont ainsi des organes collégiaux, nécessairement composés de plusieurs personnes, qui prennent des décisions en commun au terme d'une délibération (art. 521, al. 1^{er} et 524^{bis}, al. 2 C. Soc.). Si des personnes morales font partie de ces organes, elles doivent désigner un représentant permanent qui siège au conseil ou au comité (art. 61, § 2 C. Soc.). L'organe est donc toujours, *in fine*, une réunion de personnes physiques. L'assemblée générale peut, en théorie, être composée d'une seule personne (soit que la société ne compte qu'un actionnaire, soit qu'un seul actionnaire est présent), mais il s'agit le plus souvent d'une réunion de deux ou plusieurs personnes, qui décident au terme d'un vote sur les questions portées à l'ordre du jour. Le délégué à la gestion journalière et, plus marginalement, le commissaire, font exception dans la mesure où ces organes peuvent être constitués d'une personne agissant seule.

L'organe se distingue donc, conceptuellement, des personnes physiques qui le composent. Cette distinction est importante pour ce qui nous occupe. En effet, seul l'organe est juridiquement habilité à prendre des décisions et à représenter la société. Il décide collégialement, selon la règle de la majorité. Mais, dans les faits, ce sont des personnes physiques qui, *individuellement*, connaissent, transmettent ou taisent l'information. Pour le dire autrement, les constructions juridiques qui attribuent des droits et des obligations à la société, ou des pouvoirs à certains groupes constitués de personnes, ne peuvent transformer les faits au point de rendre totalement « transparentes » les personnes physiques qui, dans le concret, agissent, se réunissent, discutent et échangent l'information. Ceci crée donc une tension, sur laquelle on reviendra, entre les aspects individuels et collégiaux des règles concernant la discrétion et l'information.

C. – L'obligation de discrétion est le corollaire du droit de savoir

Nous avons vu qu'une personne morale, et singulièrement une société anonyme, peut posséder des informations et a le droit de garder ces informations secrètes. Mais ceci suppose l'intervention de personnes physiques, en particulier les membres des organes, qui sont des personnes juridiquement distinctes de la personne morale. Le devoir de discrétion imposé aux membres des organes est la règle qui permet de réconcilier ces deux perspectives. Pour que la société puisse garder la maîtrise des informations qu'elle possède, il faut que les membres des organes soient tenus au silence sur les informations qu'ils apprennent en cette qualité.

Selon une formule ramassée, le droit de tout savoir s'accompagne d'une obligation de discrétion²³. De la même manière que les administrateurs ne pourraient exercer leur fonction s'ils n'avaient pas droit à la totalité de l'information, le droit de la société au secret des affaires ne pourrait exister sans une obligation de discrétion.

Ne sont visées par le devoir de discrétion de l'administrateur que les informations appartenant à la société et qui sont confidentielles. Les informations qui n'appartiennent pas à la société, et notamment les informations développées ou acquises par l'administrateur en dehors de sa fonction, ne font pas l'objet de son devoir de discrétion en tant qu'administrateur, ce qui n'exclut pas qu'une autre norme vienne interdire leur diffusion. Par ailleurs, les administrateurs doivent s'abstenir de nuire aux intérêts de la société, ce qu'ils pourraient faire en tenant certains propos, même non confidentiels, au sujet des affaires de la société. Les circonstances de fait ont une importance particulière pour l'appréciation de ce type de comportement, qui ne relève toutefois pas du devoir de discrétion, mais se rattache à d'autres obligations de l'administrateur.

II. – Fondements de l'obligation de discrétion : les candidats non retenus

S'agissant du fondement de l'obligation de discrétion des administrateurs, on trouve, dans la doctrine, différents candidats, dont certains ne sont guère convaincants pour servir de base à une obligation générale de discrétion (cette section). On examinera d'autres bases juridiques plus prometteuses dans les deux sections suivantes.

A. – Secret professionnel

Il est tentant de fonder le devoir de discrétion des administrateurs sur les règles pénales protégeant le secret professionnel (art. 458 C. Pén.). On y trouve en effet une des plus fortes protections du secret, et c'est la base traditionnelle de l'obligation de secret qui s'impose à plusieurs autres professions « intellectuelles », dont les médecins et les avocats.

²³ M. WYCKAERT et C. GRENSON, « Het zakengeheim en het bestuursorgaan van de naamloze vennootschap », in M. WYCKAERT, C. GRENSON, L. CORNIL, H. DE BAUW et D. DEWANDELEER, « Het zakengeheim : een voorstelling in vier bedrijven... », *C./.*, 2011/1, p. 2 : « wie alles mag weten, moet ook kunnen zwijgen ».

Pourtant, il est unanimement admis que les règles pénales protégeant le secret professionnel ne s'appliquent pas aux administrateurs²⁴. La doctrine²⁵ renvoie souvent à l'arrêt de la Cour de cassation du 20 février 1905 et aux conclusions du Procureur général Janssens, au sujet du secret imposé aux témoins assistant le notaire qui reçoit un testament authentique²⁶. On comprend de cet arrêt que le secret professionnel s'impose aux confidents nécessaires. Selon le Procureur général, le secret s'impose « à raison de la nécessité où l'on s'est trouvé de parler devant une personne dont le ministère était *imposé par la loi*, [de sorte qu']il ne peut être question d'une confidence qu'on était libre de ne pas faire, mais, au contraire, qu'on ne l'a faite que parce qu'on était forcé de se fier à la discrétion de celui qui la recevait » (italiques de l'original). Si l'on s'en tient à cette idée, il faut reconnaître qu'il est tout aussi nécessaire pour la société de confier des informations à ses administrateurs que ce l'est pour le testateur de dicter ses dernières volontés devant témoins. Dans le cas d'une personne morale, c'est même, en quelque sorte, une nécessité « naturelle » de s'incorporer dans des personnes physiques pour savoir et pour agir.

Mais le secret professionnel vise à protéger un intérêt public²⁷. Toujours selon le Procureur général : « C'est donc dans un intérêt d'ordre social, reposant sur la confiance que doivent inspirer au public certaines

²⁴ S. DE DIER et A. VAN BEVER, « Zo zijn we niet getrouwd. Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder », *Jura Falconis*, 2008-2009, p. 377, qui ne sont toutefois pas pleinement convaincus par cette opinion ; B. FERON et J. MEUNIER, « La « double casquette » de l'administrateur de société anonyme », *J.T.*, 2000, p. 696 ; J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 155, n° 430 ; R. HENRION, « Le secret des affaires en droit belge », in *Le secret et le droit (Journées Libanaises)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 212 ; B. TILLEMANN, « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés », *J.T.*, 1993, p. 549. Voy. aussi Mons (ch. mises acc.), 12 novembre 1993, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 1024 (dont la motivation n'est toutefois pas parfaitement claire).

²⁵ B. ALLEMEERSCH, « Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes », *R.W.*, 2003-2004, p. 5, n. 34 ; K. COX, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, p. 179 ; J.-L. DEVOGELE, « L'administrateur de la société anonyme et son rapport individuel à l'information : droit d'investigation et devoir de discrétion », *D.A.O.R.*, 2007, p. 63 ; R. HENRION, « Le secret des affaires en droit belge », in *Le secret et le droit (Journées Libanaises)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 199 ; M. FONTAINE, obs. sous Cass. fr., 5 février 1970, *R.P.S.*, 1970, p. 220-221 ; B. TILLEMANN, « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés », *J.T.*, 1993, p. 549.

²⁶ Cass., 20 février 1905, *Pas.*, 1905, I, 141.

²⁷ B. ALLEMEERSCH, « Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes », *R.W.*, 2003-2004, p. 10 ; R. HENRION, « Le secret des affaires en droit belge », in *Le secret et le droit (Journées Libanaises)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 198. Comp. J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 124-127.

professions, que la loi punit les révélations de secrets confiés à ces personnes ». Plusieurs théories sont avancées pour expliquer le fondement du secret professionnel protégé par l'article 458 du Code pénal²⁸ ; mais toutes incluent l'idée de la protection d'une confiance que le public en général – et pas seulement ceux qui ont effectivement confié des secrets – doit pouvoir placer dans les titulaires de certaines fonctions ou professions. C'est ici sans doute qu'on peut distinguer les administrateurs des témoins et des médecins. Le secret qui s'impose à eux est prévu dans l'intérêt de la personne morale²⁹, mais il ne s'agit pas d'un intérêt public qui doive être sauvegardé dans une perspective d'intérêt général³⁰. En d'autres termes, c'est un secret d'ordre privé et non public. On comprend dès lors qu'il ne soit pas protégé par une norme pénale.

La Cour de cassation de France s'est prononcée plus directement à ce sujet. Après avoir rappelé que l'article 378 du Code pénal français de 1810³¹ « ne vise que les faits parvenus à la connaissance d'une personne dans l'exercice d'une profession ou d'une fonction aux actes de laquelle la loi, dans un intérêt général et d'ordre public, a imprimé le caractère confidentiel ou dans le cas où les mêmes faits lui ont été confiés sous le sceau du secret en raison d'une semblable profession ou fonction », la Cour indique que « le président-directeur général d'une société commerciale n'exerçant pas une des fonctions visées par l'art. 378 précité c. pén., les indiscrétions qu'il peut commettre en cette qualité ne sauraient donner lieu à l'application de ce texte »³². Cette décision est d'autant plus significative que le pourvoi soutenait plutôt que les *informations* communiquées en l'espèce par l'administrateur n'étaient pas couvertes par le secret.

Comme le relève M. Fontaine dans ses observations sous cet arrêt, on peut d'ailleurs douter que la société « confie » des informations à ses administrateurs : la transparence de l'organe rend la situation différente de celle du client qui se confie à son avocat ou du patient qui consulte son médecin³³.

²⁸ Pour un aperçu, voy. I. WIRTZ, « Secret professionnel », *Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer, 2004, pp. 37-41.

²⁹ K. COX, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, p. 204 ; J.-L. DEVOGELE, « L'administrateur de la société anonyme et son rapport individuel à l'information : droit d'investigation et devoir de discrétion », *D.A.O.R.*, 2007, p. 91.

³⁰ O. CLEVENBERGH, « La communication d'informations confidentielles dans le cadre des « due diligence », en particulier dans le cas des sociétés cotées », *R.D.C.*, 2005, p. 119.

³¹ Cet article, analogue à l'article 458 du Code pénal qu'il a inspiré, est aujourd'hui remplacé par l'article 226-13 du Code pénal français.

³² Cass. fr., 5 février 1970, *R.P.S.*, 1970, p. 218, obs. M. FONTAINE.

³³ M. FONTAINE, obs. sous Cass. fr., 5 février 1970, *R.P.S.*, 1970, p. 221.

B. – Secrets de fabrique

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

Il n'est pas exclu qu'à l'une ou l'autre occasion, cet article soit invoqué contre un administrateur trop bavard. Mais il ne peut constituer le fondement d'un devoir général de discrétion. Tout d'abord, il ne vise que les secrets de fabrique, définis comme suit par la Cour d'appel de Gand, approuvée par la Cour de cassation : « un fait technique qui, contribuant à la réalisation des opérations mises en œuvre dans une fabrique pour obtenir un produit déterminé, est de nature à procurer au fabricant des avantages techniques et à lui assurer sur ses concurrents une supériorité d'une nature telle qu'il y a pour lui un avantage d'ordre économique à ce qu'il ne soit pas connu de ses concurrents »³⁴.

De tels secrets ne sont pas toujours confiés aux administrateurs mais, surtout, les administrateurs disposent de nombreuses informations confidentielles qui n'ont pas le caractère *technique*³⁵ propre aux secrets de fabrique (notamment les informations financières et stratégiques). De nombreuses sociétés n'exploitent d'ailleurs aucune fabrique. L'article 309 du Code pénal ne vise donc qu'une petite partie des informations couvertes par le secret. En outre, il ne punit que la divulgation frauduleuse et exige même un dol spécial³⁶, alors que les administrateurs sont aussi responsables de divulgations résultant d'une imprudence. Enfin, cet article n'est pas spécifique aux administrateurs : il s'applique aux employés et anciens employés, ce qui vise (prioritairement) une foule d'autres personnes que les administrateurs. Leur statut est d'ailleurs incompatible avec la notion d'employé au sens du droit social³⁷, mais à cet égard l'autonomie du droit pénal permet d'interpréter les termes de l'article 309 du

³⁴ Cass., 27 septembre 1943, *Pas.*, 1943, I, 358 ; J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 97 et s. ; B. TILLEMANS, « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés », *J.T.*, 1993, p. 550.

³⁵ J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 98-100.

³⁶ B. TILLEMANS, « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés », *J.T.*, 1993, p. 550.

³⁷ Il en va autrement du délégué à la gestion journalière, même lorsque celui-ci est simultanément administrateur (J. MALHERBE *et al.*, *Droit des sociétés – Précis*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 601).

Code pénal sans être lié par la signification donnée à ces termes dans une autre branche du droit³⁸.

C. – Obligations contractuelles ou légales spécifiques

De nombreuses sociétés contractent explicitement ou implicitement des obligations spécifiques de confidentialité. Il se peut qu'à côté de l'obligation de la société coexiste une obligation personnelle de l'administrateur.

À nouveau, on ne peut voir dans ce type de contrat la source d'une obligation générale de l'administrateur de tenir secrètes les informations de la société. Seules sont visées des informations spécifiques, liées à une opération ou à une activité de la société, et non toutes les informations que les administrateurs détiennent en cette qualité. Il ne s'agit pas davantage d'un fondement spécifique aux administrateurs : toute personne qui s'oblige (au secret) doit, en règle, tenir son engagement.

Le Code des sociétés reconnaît l'existence de telles obligations, en ce qu'il autorise les administrateurs à refuser de répondre aux questions des actionnaires si « la communication de données ou de faits [est] de nature à porter préjudice [...] aux engagements de confidentialité souscrits par la société ou ses administrateurs » (art. 540 C. Soc.). Cet article confirme ainsi que les administrateurs peuvent opposer les engagements qu'ils ont pris (en nom personnel ou au nom de la société) de tenir certaines informations confidentielles, non seulement aux actionnaires individuels, mais aussi à l'assemblée générale, qui est pourtant un (autre) organe de la société.

On trouve de nombreux exemples de ces obligations particulières. Choisissons-en deux. Premièrement, dans le cadre d'un projet d'acquisition, l'acheteur potentiel souhaite obtenir une grande quantité d'informations concernant la société-cible (*due diligence*). Cette communication se fait moyennant l'engagement du candidat-acheteur de garder l'information confidentielle et de ne pas l'utiliser à d'autres fins que l'examen de l'opportunité du projet d'acquisition. L'obligation de confidentialité est souvent souscrite par la société candidate à l'achat et par les personnes physiques qui, concrètement, ont accès à l'information. Mais même à défaut d'engagement personnel, les administrateurs ne peuvent pas révéler les informations obtenues lors d'une *due diligence*, même aux actionnaires

³⁸ Cass., 27 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, 362-363 ; Cass., 25 février 1997, *Pas.*, 1997, I, 281 ; Cass., 31 octobre 2006, P. 06.928.N ; Cass., 22 avril 2008, *Pas.*, 2008, 982, *T. Straf.*, 2009, p. 16 ; Cass., 2 octobre 2012, P. 12.0279.N.

ou à l'assemblée générale de leur propre société. Cet acte serait constitutif, *pour la société*, d'une violation de son obligation de confidentialité³⁹.

En second lieu, on se demande parfois si les actionnaires d'une société peuvent connaître les informations relatives à une procédure d'arbitrage dans laquelle la société est impliquée, sachant que l'arbitrage est, en règle, confidentiel. Cette question se résout grâce aux mêmes principes : la confidentialité de l'arbitrage est une obligation contractuelle de la société, qui serait transgressée si les informations étaient portées à la connaissance de tiers, dont les actionnaires. L'article 540 du Code des sociétés est précisément destiné à permettre aux administrateurs de garder le silence dans ce type de cas.

III. – Statut de l'administrateur

Le statut de l'administrateur offre un fondement plus prometteur à son obligation de discrétion.

Aucune disposition légale n'impose explicitement un devoir de secret aux administrateurs, à l'inverse de la situation qui prévaut en France, où l'article L225-37, al. 5, du Code de commerce dispose que « les administrateurs, ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions du conseil d'administration, sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président du conseil d'administration »⁴⁰. Une disposition expresse existe également dans le droit allemand de la société anonyme : elle vise les « données confidentielles et les secrets de la société, particulièrement les secrets d'entreprise ou commerciaux, que les membres du comité de direction ont appris par leur activité au comité de direction »⁴¹.

Les statuts de la société peuvent contenir une disposition particulière à ce sujet. Cette clause statutaire s'impose aux administrateurs. Ainsi, l'article 9, § 6, des statuts de la SNCB Holding précisent que « dans le cadre de l'exercice de leur mandat et au regard des intérêts de la société,

³⁹ Sauf évidemment les conditions et/ou exceptions dont l'obligation est éventuellement affectée.

⁴⁰ L'article L225-92 du même Code prévoit une obligation similaire pour les membres du directoire et ceux du conseil de surveillance.

⁴¹ « Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren. » (§ 93 (1), 3^e phrase, Aktiengesetz). Le § 116, applicable aux membres du conseil de surveillance, renvoie au § 93.

les membres des organes de la S.N.C.B. Holding sont tenus à un devoir de discrétion »⁴². Au moins le principe est-il ainsi posé. On pourrait évidemment songer à une clause rédigée de manière plus détaillée, avec l'indication d'éventuelles exceptions. Dans le même ordre d'idées, le règlement d'ordre intérieur du comité de direction de la Régie des Bâtiments indique que « les documents et les délibérations concernant des points ayant un caractère confidentiel sont considérés comme tels ; tous ceux qui en prennent connaissance dans l'exercice de leur fonction sont tenus au devoir de discrétion. »⁴³

En l'absence de disposition légale ou statutaire spécifique, on reconnaît généralement que les rapports entre l'administrateur et la société sont calqués sur les règles du mandat (même si l'administrateur n'est pas – en cette qualité – mandataire de la société)⁴⁴. On ne peut pas affirmer que le mandataire est, d'une manière générale, tenu à la confidentialité. D'une part, le mandataire doit en principe révéler l'existence du mandat, de manière à ne pas laisser penser qu'il agit en son nom propre. Mais ceci ne lui impose évidemment pas de révéler les informations confidentielles qu'il a reçues du mandant pour l'exécution de l'acte qui lui est confié. D'autre part, certains mandats sont soumis à des règles spécifiques, qui imposent le cas échéant des obligations de secret (l'avocat). Mais le mandat peut aussi impliquer des obligations de communication d'informations, et c'est parfois même son objet principal lorsqu'il porte sur des formalités ou déclarations qui doivent être faites au nom du mandant (par exemple, le mandat donné pour faire publier un acte de société aux Annexes du *Moniteur belge* ou pour déposer une déclaration fiscale).

Ceci étant précisé, on trouve en doctrine l'indication d'une obligation de confidentialité à charge du mandataire, sauf lorsque, implicitement ou explicitement, le mandat impose le contraire. Le R.P.D.B. s'appuie sur Troplong⁴⁵ pour donner comme exemple d'une faute du mandataire la

⁴² Version coordonnée au 30 septembre 2011 ; statuts approuvés par l'A.R. du 18 novembre 2011 approuvant une modification aux statuts de la SNCB Holding, société anonyme de droit public, *M.B.*, 25 novembre 2011, 3^e éd., p. 69951.

⁴³ Art. 11 du Règlement d'ordre intérieur du Comité de direction de la Régie des Bâtiments du 1^{er} octobre 2008, *M.B.*, 12 février 2010, 2^e éd., p. 9003.

⁴⁴ D. WILLERMAIN, « Les "corporate opportunities" (notamment au sein des groupes de sociétés) », *R.D.C.*, 2005, p. 462 et D. WILLERMAIN, « Le statut de l'administrateur de sociétés anonymes : principes, questions et réflexions », *R.P.S.*, 2008, pp. 228-229, rappelant les nuances qui s'imposent ; S. DE DIER et A. VAN BEVER, « Zo zijn we niet getrouwd. Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder », *Jura Falconis*, 2008-2009, pp. 334-335.

⁴⁵ Au passage cité, Troplong écrit : « Un premier devoir du mandataire, et surtout du mandataire commercial, c'est la discrétion et le secret » (TROPLONG, *Commentaire du mandat*,

commission d'une « indiscretion préjudiciable pour le mandant, surtout en matière commerciale »⁴⁶. La nouvelle édition de cet ouvrage indique de manière plus nuancée que « certains mandataires doivent rester discrets »⁴⁷, que cette obligation soit sanctionnée pénalement ou non.

Plusieurs auteurs fondent l'obligation de discrétion des administrateurs sur cette base contractuelle⁴⁸. Nombreux sont aussi ceux qui invoquent l'exécution de bonne foi du mandat d'administrateur comme fondement de l'obligation de discrétion⁴⁹. C'est une manière de dire que le statut de l'administrateur contient cette obligation de discrétion, de même que certains mandataires, eu égard à la nature des tâches qui leur sont confiées, doivent garder secrètes les informations confiées par le mandant.

éd. augmentée par A. DELEBECQUE, Bruxelles, Meline, Cans et Compagnie, 1847, p. 136, n° 395), mais il dérive ensuite sur le contrat de commission. La conception de la commission était toutefois différente à l'époque (v. Y. DE CORDT, C. DELFORGE, TH. LÉONARD et Y. POULLET, *Manuel de droit commercial*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2011, p. 337) : on la considérait comme le mandat commercial, rémunéré, alors qu'aujourd'hui, on insiste plutôt sur son caractère « non représentatif » dans la mesure où le commissionnaire agit en son propre nom. Ceci n'exclut pas qu'il indique agir pour le compte d'un commettant, même si l'identité de ce dernier reste souvent cachée.

⁴⁶ R.P.D.B., v° Mandat, t. VII, 1950, n° 450.

⁴⁷ F. GLANSDOFF, *Mandat et fiducie*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 85, n° 77. Aussi R. HENRION, « Le secret des affaires en droit belge », in *Le secret et le droit (Journées Libanaises)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 212, pour qui un mandataire est soumis à une obligation de discrétion « en ce qui concerne les faits non publics appris à l'occasion de sa mission » ; M. FONTAINE, obs. sous Cass. fr., 5 février 1970, *R.P.S.*, 1970, p. 222 ; B. TILLEMANN, « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés », *J.T.*, 1993, p. 553.

⁴⁸ B. ALLEMEERSCH, « Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes », *R.W.*, 2003-2004, p. 3 ; J.-L. DEVOGELE, « L'administrateur de la société anonyme et son rapport individuel à l'information : droit d'investigation et devoir de discrétion », *D.A.O.R.*, 2007, p. 89 ; J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 155.

⁴⁹ Par exemple, S. DE DIER et A. VAN BEVER, « Zo zijn we niet getrouwd. Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder », *Jura Falconis*, 2008-2009, p. 369-370 et les références citées ; B. FERON et J. MEUNIER, « La « double casquette » de l'administrateur de société anonyme », *J.T.*, 2000, p. 697 ; A. FRANÇOIS, « De controlebevoegdheid in het recht op informatie van de individuele bestuurder van de N.V. », *V. & F.*, 1997, p. 9 ; J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 157 ; B. TILLEMANN, « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés », *J.T.*, 1993, p. 553 ; M. WYCKAERT et C. GRENSON, « Het zakengeheim en het bestuursorgaan van de naamloze vennootschap », in M. WYCKAERT, C. GRENSON, L. CORNIL, H. DE BAUW et D. DEWANDELEER, « Het zakengeheim : een voorstelling in vier bedrijven... », *C.J.*, 2011/1, p. 3.

IV. – Pouvoirs des organes

On peut aussi fonder l'obligation de discrétion de l'administrateur sur la théorie de l'organe.

Le point de départ est que la société, personne morale, détient des informations qui lui sont personnelles, ou, si l'on veut, qui lui appartiennent (*supra*).

La première conséquence, évidente, de cette conception, est la règle interdisant à l'administrateur agissant à titre personnel de s'approprier les informations de la société, c'est-à-dire de les divulguer ou de les utiliser en dehors de l'exercice de son mandat, *a fortiori* dans son intérêt personnel⁵⁰ ou dans le but de nuire à la société. Un exemple de ce dernier cas a fait l'objet d'une ordonnance sur requête unilatérale du Président du Tribunal de première instance de Gand : probablement mécontent d'avoir été révoqué, un administrateur a communiqué des informations (négatives) aux banquiers de la société. Le Président lui interdit, sous peine d'astreinte, de communiquer à des tiers avec lesquels la société est en relation des informations obtenues en sa qualité d'administrateur ou de directeur⁵¹. Malheureusement, l'ordonnance ni la requête ne précisent guère la base juridique permettant de critiquer ce comportement.

Le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009⁵², pourtant plus préoccupé de faire (correctement) circuler l'information que de préserver des secrets, prend la peine de le répéter explicitement : « les administrateurs ne peuvent pas utiliser l'information reçue en leur qualité d'administrateur à des fins autres que l'exercice de leur mandat » (disposition 3.4). C'est d'ailleurs la seule disposition de ce Code qui concerne notre sujet. La ligne de conduite qui suit ajoute, de manière plus mystérieuse, que « les administrateurs sont tenus de traiter avec prudence l'information confidentielle qu'ils reçoivent en leur qualité d'administrateur ».

Cet angle de vue permet aussi de préciser les droits et les devoirs de l'administrateur lorsqu'il agit en cette qualité.

⁵⁰ D. WILLERMAIN, « Les "corporate opportunities" (notamment au sein des groupes de sociétés) », *R.D.C.*, 2005, pp. 463-464 ; M. WYCKAERT et C. GRENSON, « Het zakengeheim en het bestuursorgaan van de naamloze vennootschap », *in* M. WYCKAERT, C. GRENSON, L. CORNIL, H. DE BAUW et D. DEWANDELEER, « Het zakengeheim : een voorstelling in vier bedrijven... », *C.J.*, 2011/1, p. 3.

⁵¹ Civ. Gand (réf.), 4 juin 1987, *T.R.V.*, 1992, p. 327. Pour une suite de cette affaire (la société ayant été déclarée en faillite), Civ. Gand (réf.), 13 février 1990, *T.R.V.*, 1992, p. 325.

⁵² http://www.corporategovernancecommittee.be/fr/code_corporate_governance/code_definitieve.

D'une part, mais il est trivial de le rappeler, l'administrateur doit veiller à ce que les décisions qu'il prend au nom de la société ne la mettent pas en contradiction avec ses obligations légales. Au sujet de l'information, on peut en général classer les règles en trois catégories. Certaines normes imposent la communication d'informations, au moment et selon les modes qu'elles définissent. Par exemple, la loi relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers oblige à rendre « publique immédiatement toute information privilégiée »⁵³ et l'article 540 du Code des sociétés impose aux administrateurs de répondre aux questions des actionnaires, aux conditions fixées dans cet article. D'autres normes, au contraire, interdisent la communication d'informations, à tout le moins pendant un temps déterminé et/ou à l'égard de certaines personnes : le délit d'initié se repose sur une interdiction de « communiquer l'information privilégiée à une autre personne »⁵⁴. Enfin et pour le surplus, la société peut faire usage comme elle l'entend des informations qu'elle détient et qui ne font l'objet ni d'une obligation ni d'une interdiction de communication. La marge de manœuvre de l'organe de gestion est certes plus importante dans le troisième cas, mais cela ne signifie pas qu'il n'aurait aucun pouvoir d'appréciation dans les deux premières hypothèses : par exemple, la règle imposant au conseil d'administration d'inclure dans son rapport une « analyse équilibrée et complète de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation de la société, en rapport avec le volume et la complexité de ces affaires » (art. 96, § 1^{er}, 1^o C. Soc.) implique à l'évidence une importante marge d'appréciation sur le choix des informations à communiquer et sur la présentation de ces informations.

D'autre part, dans toute la mesure (qu'elle soit grande ou non) où la loi lui laisse une marge de manœuvre, l'organe de gestion doit agir dans l'intérêt de la société, ce qui limite son pouvoir d'appréciation. La norme de l'intérêt social s'impose également lorsque les administrateurs décident de transmettre des informations à des tiers⁵⁵.

⁵³ Art. 10 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, *M.B.*, 4 septembre 2002, p. 39121.

⁵⁴ Art. 40, § 2, 1^o de la loi du 2 août 2002 précitée.

⁵⁵ O. CLEVENBERGH, « La communication d'informations confidentielles dans le cadre des « due diligence », en particulier dans le cas des sociétés cotées », *R.D.C.*, 2005, p. 120 ; S. DE DIER et A. VAN BEVER, « Zo zijn we niet getrouwd. Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder », *Jura Falconis*, 2008-2009, p. 374 ; X. DIEUX, « La divulgation d'informations concernant la société anonyme – Principes et sanctions », *Rev. dr. ULB*, 1992, p. 114 ; J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 155-156 ; B. TILLEMANS, « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés », *J.T.*, 1993, pp. 553-554.

Il faut ensuite distinguer les relations internes à la société, c'est-à-dire les relations entre l'administrateur et d'autres organes (en particulier l'assemblée générale et le commissaire) et les relations de la société à l'égard des tiers, dans lesquelles la société est généralement représentée par un ou plusieurs administrateur(s).

A. – Rapports internes à la société

L'organisation juridique de la société est basée sur une répartition des pouvoirs entre plusieurs organes, composés d'individus sinon distincts, à tout le moins titulaires de fonctions différentes, et en conséquence de droits et d'obligations spécifiques.

Le Code des sociétés contient des règles destinées à faire en sorte que les membres de chaque organe disposent de l'information utile à l'exercice de leurs prérogatives.

Ainsi, diverses obligations imposent d'informer les actionnaires pour leur permettre d'exercer leurs droits lorsqu'ils sont réunis en assemblée générale. On trouve ces règles dans les articles relatifs à la convocation de l'assemblée (art. 533 C. Soc.), au rapport de gestion (art. 96 C. Soc.) et aux questions posées lors de l'assemblée (art. 540 C. Soc.). Le Code des sociétés consacre par ailleurs des droits à l'information sur des questions spécifiques, lorsque certaines opérations ont été accomplies ou sont proposées (par exemple conflits d'intérêts, rapports spéciaux en cas d'augmentation de capital ou de dissolution, etc.). Enfin, à défaut de commissaire, chaque actionnaire peut exercer « les pouvoirs d'investigation et de contrôle » du commissaire et jouit donc des droits d'information reconnu à ce dernier (art. 166 C. Soc.).

Le commissaire doit recevoir les informations qui lui permettent de mener à bien sa mission (art. 137, § 1^{er} C. Soc.). Le Code décrit un ensemble particulièrement large d'informations : « livres, [...] correspondance, [...] procès-verbaux et généralement [...] tous les documents et [...] toutes les écritures de la société ». Il précise aussi que si un collègue de commissaires est nommé, le droit à l'information peut s'exercer individuellement (art. 137, § 2, al. 1^{er} C. Soc.), confirmant explicitement la règle qui s'applique aussi aux administrateurs.

D'une manière générale se dessine l'idée que l'information à fournir aux différents organes, qui sert à l'exercice de leurs compétences respectives, doit être distribuée comme celles-ci. Le conseil d'administration, jouissant de la plénitude des compétences, doit ainsi recevoir toute l'information. L'assemblée générale et le commissaire, titulaires des seules compétences

que le Code leur attribue spécifiquement, n'ont droit qu'à l'information prévue en leur faveur. C'est pourquoi il n'existe pas, en droit positif belge, de principe général de droit à l'information en faveur de l'actionnaire⁵⁶ : les actionnaires n'ont le droit de recevoir l'information que dans les cas prévus par la loi, et moyennant la réalisation des conditions fixées par celle-ci⁵⁷.

Cette conception limitée du droit à l'information implique, en négatif, que les organes disposant d'informations dans le cadre de l'exercice de leurs compétences ne peuvent pas, en règle, transmettre cette information à un autre organe, sauf dans la mesure (qui peut être assez large) où ce dernier aurait le droit de l'obtenir.

Le droit de dénonciation visé à l'article 528, alinéa 3, du Code des sociétés se comprend aussi dans cette perspective. D'une part, l'assemblée générale appelée à statuer sur la décharge des administrateurs doit être informée des violations de la loi ou des statuts qui ont été commises. D'ailleurs, pour que la décharge puisse valablement porter sur ces actes, ils doivent avoir été spécialement indiqués dans la convocation (art. 544, al. 2, C. Soc.). D'autre part, l'administrateur dont la responsabilité risque d'être engagée, par l'effet de la solidarité, alors qu'il n'a personnellement rien fait d'illicite, doit pouvoir se dégager en dénonçant l'infraction dès qu'il en a connaissance⁵⁸. Puisque l'administrateur se « désolidarise » du collège dont il fait partie, la dénonciation est un acte individuel, qui relève de l'appréciation de chaque administrateur personnellement⁵⁹.

⁵⁶ Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, 2004, pp. 831-836 ; Y. DE CORDT et G. PARISIS, « La preuve et l'information dans la vie des sociétés : principes généraux », *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Larcier, 2010, pp. 72-74 ; M. FYON, « Portée, limites et sanctions des droits subjectifs des actionnaires à l'obtention de certaines informations spécifiquement définies par le législateur », *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Larcier, 2010, pp. 228-231.

⁵⁷ K. COX, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, p. 203 ; X. DIEUX, « La divulgation d'informations concernant la société anonyme – Principes et sanctions », *Rev. dr. ULB*, 1992, p. 104-107 ; P. VAN OMMESLAGHE, « L'acquisition du contrôle d'une société anonyme et l'information de l'acquéreur », *Mélanges Roger O. Dalq*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 595 et s. ; D. WILLERMAIN, « Les "corporate opportunities" (notamment au sein des groupes de sociétés) », *R.D.C.*, 2005, p. 465.

⁵⁸ Le même régime s'applique aux membres du comité de direction, l'infraction devant alors être portée à la connaissance du conseil d'administration.

⁵⁹ Voy. K. GEENS et M. WYCKAERT, « Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang : spreken is zilver, zwijgen blijft goud ? », *Van alle markten. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 534 ; K. COX, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, pp. 206-207.

B. – Rapports externes à la société

Les rapports externes à la société sont ceux qui ne relèvent pas du fonctionnement de la société elle-même, mais des relations qu'en tant que personne morale, elle entretient avec les personnes qu'elle côtoie. Parmi ces personnes figurent notamment les travailleurs, les cocontractants, les autorités publiques, les personnes intéressées par l'achat des actions de la société, c'est-à-dire les tiers au sens le plus large, mais aussi les actionnaires considérés à titre individuel (par opposition aux mêmes actionnaires en tant qu'ils forment collectivement l'organe appelé « assemblée générale »).

Les rapports entre la société et le monde environnant relèvent de la décision de l'organe de gestion : conseil d'administration comme organe collégial doté d'une compétence générale, éventuellement comité de direction et délégué à la gestion journalière dans la sphère de leurs attributions. Il lui appartient de décider, dans le respect des règles légales et de l'intérêt social, quelles informations sont transmises à des tiers⁶⁰.

Les rapports avec les tiers sont ensuite établis par l'organe de représentation. Communiquer à un tiers une information appartenant à la société fait naturellement partie de la représentation de la société. C'est la société qui, par son représentant, « parle » au tiers. Dès lors, les règles relatives à la compétence de l'organe de représentation doivent être respectées pour toute communication d'information. En principe, l'organe de représentation est le même que l'organe de décision. Il s'agit, pour toutes matières, du conseil d'administration (art. 522, § 2 C. Soc.), étant entendu que les statuts donnent habituellement le pouvoir de représenter la société à un ou plusieurs administrateurs ou membres du comité de direction en précisant, s'ils sont plusieurs, s'ils agissent seuls ou conjointement (art. 522, § 2, et 524bis, al. 3 C. Soc.). Le délégué à la gestion journalière peut aussi être chargé de la représentation de la société pour ce qui concerne cette gestion (art. 525, al. 1^{er} C. Soc.). Quoique les restrictions à ses pouvoirs ne soient pas opposables aux tiers, l'organe de représentation ne peut évidemment agir que sur la base d'une décision prise par l'organe de décision.

Par ailleurs, la société – agissant par l'organe compétent – peut donner mandat, au sens du droit commun, à toute personne (administrateur,

⁶⁰ K. COX, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, pp. 205 et 208 ; M. WYCKAERT et C. GRENSON, « Het zakengeheim en het bestuursorgaan van de naamloze vennootschap », in M. WYCKAERT, C. GRENSON, L. CORNIL, H. DE BAUW et D. DEWANDELEER, « Het zakengeheim : een voorstelling in vier bedrijven... », *C.J.*, 2011/1, p. 3.

employé, ...) pour la représenter dans l'accomplissement d'une opération juridique⁶¹. Le mandataire est alors habilité à agir au nom de la société, ce qui peut inclure la tâche de communiquer certaines informations à des tiers. Les règles du mandat tacite ou du mandat apparent sont susceptibles de s'appliquer.

Toutes ces règles permettent d'expliquer le devoir de discrétion des administrateurs, dans ses volets tant positif que négatif⁶².

D'une part, un administrateur n'a pas le pouvoir de décider seul au nom de la société. Il n'est donc, notamment, pas habilité à décider de transmettre à un tiers une information détenue par celle-ci⁶³. En l'absence d'une décision en ce sens de la société, il ne peut pas non plus transmettre l'information au tiers, même si les statuts lui accordent individuellement un pouvoir de représentation. Il n'y a là rien de particulier : on applique les mêmes règles lorsqu'il s'agit de conclure un contrat. En matière de communication d'information, ceci revient à soumettre l'administrateur individuel à une obligation de discrétion, ce qui rejoint l'analyse tirée des règles applicables au statut de l'administrateur (dérivées des règles du mandat).

D'autre part, l'organe de gestion, en particulier le conseil d'administration et, dans les limites bien connues, le délégué à la gestion journalière⁶⁴, peuvent décider que telle information peut, ou doit, être communiquée à un tiers. Dès ce moment, l'organe de représentation, qui peut être un administrateur agissant individuellement, deux administrateurs conjointement ou le délégué à la gestion journalière, ou encore un mandataire de droit commun, peut ou doit, selon le cas, transmettre l'information, conformément à la décision de la société. Ceci correspond à la règle selon laquelle la société peut autoriser un administrateur à révéler certaines

⁶¹ Des dispositions particulières prévoient parfois que l'information doit être transmise par une personne autre que l'organe sociétaire. Ainsi, dans le contexte des relations collectives de travail (soit une branche du droit reposant sur des concepts partiellement différents de ceux du droit des sociétés), l'arrêté royal du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprises (*M.B.*, 28 novembre 1973, p. 13352) prévoit que l'information est communiquée par « le chef d'entreprise ou son délégué, qui l'engage » (art. 1^{er}).

⁶² Comp. S. DE DIER et A. VAN BEVER, « Zo zijn we niet getrouwd. Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder », *Jura Falconis*, 2008-2009, p. 371, estimant que ce fondement n'est pas parfaitement convaincant.

⁶³ K. Cox, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, p. 206.

⁶⁴ Comp. O. CLEVENBERGH, « La communication d'informations confidentielles dans le cadre des « due diligence », en particulier dans le cas des sociétés cotées », *R.D.C.*, 2005, p. 118, n. 9, pour qui décider de communiquer une information ne fait partie de la gestion journalière qu'à titre exceptionnel.

informations ou, pour l'exprimer autrement, au caractère d'ordre privé du devoir de discrétion.

On peut ainsi arriver à la conclusion que la source et la mesure du devoir de discrétion de l'administrateur se trouvent en réalité dans les règles définissant ses pouvoirs.

C. – Le cas (particulier ?) de l'actionnaire qu'un administrateur représente en fait

Les actionnaires importants d'une société obtiennent fréquemment de celle-ci qu'elle désigne comme administrateur une personne qui leur est proche. Ceci résulte de leur pouvoir votal à l'assemblée générale, ou de l'application d'une convention entre les principaux actionnaires qui se « répartissent » les postes au conseil d'administration.

Quoique siégeant à titre personnel, on dit alors de cet administrateur qu'il représente « en fait » tel actionnaire. La loi reconnaît cette « représentation de fait » et y attache certaines obligations dans ces circonstances particulières⁶⁵.

Sur le plan de la discrétion et de l'information, faut-il envisager les rapports entre ces administrateurs et les actionnaires qu'ils « représentent » autrement que selon les règles rappelées plus haut ? De nombreux auteurs ont en effet adopté une position pragmatique revenant à légitimer (plus ou moins) une forme de privilège, sur le plan de l'information, de l'actionnaire disposant d'un tel « représentant » au conseil d'administration⁶⁶. Être informé des affaires sociales serait, semble-t-il, l'objectif premier du choix d'un tel « représentant », ce qui permet ensuite de lui donner des indications sur les orientations décisionnelles souhaitées par l'actionnaire.

⁶⁵ Art. 28, § 1^{er} et 2 de l'arrêté royal du 27 avril 2007 relatif aux offres publiques d'acquisition, *M.B.*, 23 mai 2007, p. 27736.

⁶⁶ Voy. par exemple O. CLEVENBERGH, « La communication d'informations confidentielles dans le cadre des « due diligence », en particulier dans le cas des sociétés cotées », *R.D.C.*, 2005, p. 137 ; J.-L. DEVOGELE, « L'administrateur de la société anonyme et son rapport individuel à l'information : droit d'investigation et devoir de discrétion », *D.A.O.R.*, 2007, pp. 95-98 ; B. FERON et J. MEUNIER, « La « double casquette » de l'administrateur de société anonyme », *J.T.*, 2000, p. 697 ; K. GEENS et M. WYCKAERT, « Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang : spreken is zilver, zwijgen blijft goud ? », *Van alle markten. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 539-540 ; J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 157-158 ; E. POTTIER et L. CULOT, « Droit à l'information et pouvoirs d'investigation des administrateurs », in O. CAPRASSE (dir.), *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 306-308 ; P. VAN OMMESLAGHE, « L'acquisition du contrôle d'une société anonyme et l'information de l'acquéreur », *Mélanges Roger O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 599 et s.

Il ne fait pas de doute qu'une telle circulation d'information existe. Mais cela ne la rend pas nécessairement conforme à la règle. Deux arguments majeurs s'opposent à toute forme d'exception en faveur des actionnaires « représentés » au conseil d'administration.

D'une part, le droit des sociétés anonymes sépare les tâches entre actionnaires et administrateurs. Les premiers investissent et bénéficient d'une responsabilité limitée. Mais ils ne sont pas chargés des affaires sociales. Les seconds gèrent, et sont responsables de leurs décisions – à l'égard de la société et souvent à l'égard des tiers. Le comportement d'un actionnaire qui intervient dans la gestion (par l'information qui se transforme facilement en instructions) rompt cet équilibre et permet finalement à l'actionnaire de diriger sans responsabilité, ce qui risque à l'évidence de produire de mauvais résultats⁶⁷. L'actionnaire important a donc le choix : soit il confie la gestion de la société à des administrateurs agissant en leur nom personnel, et qu'il contrôle par les moyens juridiques habituels que sont la responsabilité civile (art. 527 et s. C. Soc.) et la révocation *ad nutum*, soit il se fait nommer personnellement administrateur. Dans le second cas, il détient alors (en collègue) le pouvoir de gestion, mais supporte aussi la responsabilité, y compris à l'égard des tiers. Cette seconde solution est possible même lorsque l'actionnaire est une personne morale⁶⁸. Cela n'a pas toujours été une pratique courante, ce qui explique peut-être cette tradition des « représentants de fait » et la doctrine accommodante sur le plan de la circulation de l'information.

D'autre part, un privilège des actionnaires importants dérange sur le plan de l'égalité des actionnaires. Celle-ci n'est certes pas une règle absolue, mais c'est aussi plus qu'une vague idée. Il est possible que, dans certaines circonstances, l'intérêt social commande que l'actionnaire de contrôle, ou les actionnaires importants, reçoivent une information préalable, ou plus complète. Mais on revient alors à la règle générale : l'information est en principe secrète, sauf si l'organe de gestion décide, dans le respect de l'intérêt social, de la communiquer à un tiers. Diverses conceptions de l'intérêt social existent mais aucune d'entre elles ne le réduit à l'intérêt des actionnaires importants : l'intérêt social, c'est au moins celui de tous les actionnaires. Ceci ne veut pas dire qu'ils doivent tous recevoir en même temps la même information, mais (seulement) que la décision par laquelle certains seraient mieux informés que d'autres doit être

⁶⁷ Comp. art. 207, § 2 C. Soc., rendant responsable l'associé commanditaire qui intervient dans la gestion.

⁶⁸ Déjà L. SIMONT, « L'administrateur d'une société anonyme agissant isolément a-t-il un droit d'investigation individuelle ? », *R.P.S.*, 1963, p. 200, n° 6.

justifiable au regard de l'intérêt de tous (et d'ailleurs d'autres *stakeholders* également)⁶⁹.

En conclusion, la même règle s'applique à l'actionnaire influent qu'à n'importe quel autre actionnaire, étant entendu que la règle est plus souple qu'on le croit habituellement, mais aussi que l'actionnaire important dispose de davantage de leviers pour obtenir un poste d'administrateur. Une telle fonction peut être la source d'avantages, mais entraîne aussi une responsabilité.

Enfin, une disposition légale ou réglementaire spécifique peut toujours déroger à ce régime. Par exemple, l'article 123 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés impose à la société-mère de « faire usage du pouvoir de contrôle dont elle dispose pour obtenir des filiales comprises ou à comprendre dans la consolidation qu'elles lui transmettent en temps voulu à sa demande les renseignements qui lui sont nécessaires » pour établir les comptes consolidés. L'actionnaire majoritaire, chargé de l'obligation comptable particulière consistant à établir des comptes consolidés, doit faire en sorte que les administrateurs lui fournissent des informations qui ne sont pas nécessairement transmises aux minoritaires.

D. – Incidence d'obligations légales d'information

L'obligation de discrétion de l'administrateur s'envisage-t-elle différemment en présence de règles imposant la communication de certaines informations, en particulier si ces règles sont de droit public, voire assorties d'une sanction pénale ? Deux raisons principales permettent de répondre négativement⁷⁰.

Premièrement, les obligations légales d'informations dont il est question obligent la société, et non l'administrateur. Par exemple, les obligations d'information périodiques ou de publicité dans le cadre de la transparence de l'actionnariat des sociétés cotées s'imposent à l'émetteur⁷¹. Il en va

⁶⁹ K. Cox, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, p. 219.

⁷⁰ Pour K. Cox, les informations faisant l'objet d'une obligation d'information ne sont pas visées par l'obligation de discrétion (« De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, p. 203).

⁷¹ Art. 11 à 14 de l'arrêté royal du 14 novembre 2007 relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé, *M.B.*, 3 décembre 2007, p. 59762 ; art. 14 et 15 de la loi du 2 mai 2007 relative à la publicité des participations importantes dans des émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et portant des dispositions diverses, *M.B.*, 12 juin 2007, p. 31588.

de même des informations occasionnelles⁷². C'est bien à la société qu'incombe l'obligation de déposer ses comptes (en vue de leur publication) à la Banque nationale de Belgique (art. 98 C. Soc.). Lorsque l'obligation d'information est conçue en premier lieu comme une information entre organes (donc interne à la société), la loi renseigne souvent un des organes comme le débiteur de l'obligation (souvent le conseil d'administration), mais cette obligation demeure celle de la société. L'obligation d'établir un rapport de gestion (art. 95 et 96 C. Soc.) en constitue un bel exemple, complété d'ailleurs, pour les sociétés cotées, par l'obligation imposée à la société de rendre ce rapport disponible sur son site internet (art. 533bis, § 2, al. 1^{er}, c) C. Soc.).

En second lieu, l'existence d'une obligation d'information, fût-elle définie de manière stricte et précise, n'exclut pas un pouvoir d'appréciation sur ce qui doit être communiqué et sur les modalités de cette communication⁷³. Par exemple, s'il est certain que toute société cotée doit communiquer une série d'informations financières au moins quatre fois par an, dans les formes et les délais fixés⁷⁴, plusieurs éléments restent à sa discrétion, notamment le timing de la communication (avant la date limite), le contenu du « commentaire », l'appréciation de ce qui constitue « des événements et transactions importants », l'évaluation de leurs « incidences » sur l'émetteur, etc. De manière similaire, seul le conseil d'administration (collégalement) est à même de déterminer ce qui est « de nature à porter préjudice aux intérêts commerciaux de la société » et qui, dès lors, ne doit pas être inclus dans la réponse à la question d'un actionnaire lors de l'assemblée générale (art. 540 C. Soc.). L'administrateur qui, se fondant sur l'obligation de communication de certaines informations, prendrait l'initiative individuelle de les diffuser, outrepasserait ses pouvoirs en prenant position, fût-ce implicitement, sur ces questions qui relèvent du pouvoir de décision collégial du conseil d'administration⁷⁵.

⁷² Art. 10 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, *M.B.*, 4 septembre 2002, p. 39121.

⁷³ Sur ce thème, S. DE DIER et A. VAN BEVER, « Zo zijn we niet getrouwd. Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder », *Jura Falconis*, 2008-2009, p. 373.

⁷⁴ Art. 11 à 14 de l'arrêté royal du 14 novembre 2007 relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé, *M.B.*, 3 décembre 2007, p. 59762.

⁷⁵ Sur le caractère collégial et non individuel des appréciations qui doivent être faites dans le cadre de l'article 540 du Code des sociétés, K. Cox, « De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap », *R.P.S.*, 2013, pp. 214-215.

V. – Enjeux du débat

Si, finalement, les obligations des administrateurs qui découlent de leur statut et celles qui résultent du mode d'exercice des pouvoirs de l'organe dont ils font partie se rejoignent, pourquoi est-il utile de les distinguer ?

La différence majeure provient du caractère individuel ou collégial qui s'attache à chacun des fondements. Selon le domaine dans lequel on se situe, on est confronté à des droits et devoirs soit individuels (les droits et devoirs de chaque administrateur, résultant de son statut), soit collectifs (l'exercice des pouvoirs du conseil d'administration). Ce qui résulte du statut se décide individuellement, alors que les décisions du conseil d'administration se prennent en principe à la majorité.

Les deux sont nécessairement complémentaires, car la collégialité qui est organisée par le droit ne peut pas faire totalement abstraction de la réalité concrète, où prédomine l'interaction entre des personnes physiques.

Comme on l'a vu, le droit de l'administrateur à être correctement informé est un droit individuel. Car aucune délibération collective n'est possible si chaque individu n'est pas, personnellement, informé des éléments sur lesquels la discussion se base, ou pourrait se baser. Pour que chaque administrateur puisse se positionner de manière critique face à toute proposition de décision, mais aussi pour qu'il puisse soulever les questions qui lui paraissent le mériter, on ne peut se satisfaire d'une information qui serait donnée au collège des administrateurs en tant que tel. D'ailleurs, par qui cette information serait-elle donnée ? Qui en fixerait le contenu et les limites ? À l'évidence, on ne peut confier cette responsabilité au seul président, encore moins au management. La seule option à cet égard est de donner à chaque administrateur un droit complet, égal et individuel à l'information.

Ce droit individuel, lorsqu'il est exercé, implique ensuite un partage de l'information pertinente entre les administrateurs, au plus tard au moment de la délibération collégiale. Ainsi l'information devient-elle collective.

L'obligation de discrétion suit un cheminement inverse. Elle trouve sa source la plus cohérente dans le principe de collégialité, qui implique que la communication vers les tiers et vers les autres organes fasse l'objet d'une décision collégiale⁷⁶. Aussi, en règle, aucun administrateur, individuellement ne peut décider de divulguer l'information appartenant à

⁷⁶ Comp. B. TILLEMANN, « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés », *J.T.*, 1993, p. 553, qui défend la présentation inverse.

la société. Mais dans le même mouvement, ceci implique que chaque administrateur, individuellement, maintienne la confidentialité tant que le contraire n'a pas été décidé.

Le secret professionnel (des réviseurs d'entreprises)

Stéphane Folie

Conseiller à l'Institut des réviseurs d'entreprises

Michel De Wolf

*Professeur à l'UCL et à l'ULg,
président honoraire de l'Institut des réviseurs d'entreprises*

Hugues Fronville

*Maître de conférences invité à l'UCL,
membre du Conseil de l'Institut des réviseurs d'entreprises¹*

I. – Introduction

Dans toute organisation sociale, le besoin de pouvoir garantir la confiance ou le secret s'est fait ressentir. Dès l'antiquité, le secret professionnel, au travers du secret médical, se trouve concrétisé par le serment d'Hippocrate. Il ne sera plus jamais remis en question par la suite, dans son principe en tout cas.

Car durant le Moyen-Âge, les premières exceptions au secret professionnel voient le jour. Il était fait obligation aux médecins de dénoncer les cas de lèpre et de peste.

Le principe a été intégré, peu à peu dans le droit positif. Le droit anglais a reconnu le secret professionnel des avocats au début du 17^e siècle mais il a fallu attendre la loi de ventôse sur le notariat ou le Code pénal napoléonien pour que l'obligation du respect du secret professionnel, limité

¹ Les auteurs occupent ou ont occupé diverses fonctions à l'Institut des réviseurs d'entreprises. Même s'ils se sont largement appuyés sur la doctrine de l'Institut telle que publiée notamment dans le « Vade-mecum du réviseur d'entreprises », leur présente contribution n'engage pas l'Institut.

aux notaires d'une part et aux médecins d'autre part, soit consacrée dans notre droit. L'article 458 du Code pénal dont il sera question ci-dessous en est l'héritier.

Nous aurons la possibilité, à l'occasion de cette contribution, de constater la tentation toujours plus grande du législateur ou des régulateurs des professions économiques d'insérer des exceptions de plus en plus nombreuses à l'obligation du respect du secret professionnel, qui n'est réellement plus absolu pour personne aujourd'hui.

II. – Utilité

Le secret professionnel se situe à l'intersection entre le droit pénal, la déontologie et la morale du praticien. Il repose sur l'idée que la confiance entre parties est indispensable à l'exercice correct de certaines professions dont le bon fonctionnement participe à l'intérêt général. Ainsi, l'art de la médecine et dès lors la santé publique seront renforcés si le patient peut se livrer sans réserve quant à son état de santé. Le droit au procès équitable, fondement de l'État de droit, sera garanti si le justiciable peut faire des confidences à son avocat sans risquer d'être dénoncé. La Cour de cassation a jugé, concernant les avocats, que le secret professionnel est un élément fondamental des droits de la défense².

La législation belge ne contient aucune disposition définissant la notion de secret professionnel. L'article 458 du Code pénal réglemente en effet uniquement la sanction d'une violation du secret professionnel.

Néanmoins, même si nul ne songe à remettre complètement en cause le secret professionnel, le concept est amené à évoluer afin de vivre avec son époque, et de s'adapter aux besoins et défis qui la caractérisent. Le défi auquel seront confrontés le juriste et le praticien sera sans aucun doute de sauvegarder le principe même du secret professionnel, qui pourrait être peu à peu vidé de sa substance par la multiplication des exceptions insérées dans des lois particulières.

Ce sont ces exceptions qui retiendront principalement notre attention, surtout en ce qu'elles concernent les professionnels du chiffre et plus particulièrement les réviseurs d'entreprises.

La question qui se pose actuellement aux juristes est de réfléchir à la manière permettant de concilier les droits du sujet de droit privé avec le besoin nécessaire d'ouverture et de transparence requis par la société.

² Cass., 13 juillet 2005, www.juridat.be

III. – Généralités

A. – Base légale – la violation du secret professionnel

L'article 458 du Code pénal stipule : « Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent euros à cinq cent euros ».

L'article 458 du Code pénal vise nomment certains professionnels du secteur des soins de santé et contient, par la suite, une formulation générale visant les dépositaires de secrets par état ou par profession.

Sont ainsi visés les avocats, notaires, magistrats, greffiers, huissiers de justice, policiers, réviseurs d'entreprises, experts-comptables, ministres du culte, conducteurs d'ambulance,...

Certaines dispositions particulières visent l'administration ou des institutions telles que l'Institut des Réviseurs d'Entreprises, ses organes et son personnel, les employés de l'administration fiscale, les membres et le personnel de la FSMA, le Conseil supérieur des Professions économiques.

Ainsi, à titre d'exemple, le secret professionnel des comptables et experts-comptables est concrétisé par l'article 58, alinéa 3, de la loi du 22 avril 1999 relative aux professions comptables et fiscales, qui stipule que l'article 458 du Code pénal est d'application aux experts-comptables externes, aux conseils fiscaux externes, aux comptables agréés externes, aux comptables-fiscalistes agréés externes, aux stagiaires externes et aux personnes dont ils sont responsables ainsi qu'aux personnes visées aux articles 37*bis* et 52*bis*. En outre, il est précisé que les personnes morales sont civilement responsables du paiement des amendes auxquelles leurs organes ou préposés sont condamnés en vertu de cet article.

La base légale du secret professionnel du réviseur d'entreprises est inscrite dans l'article 79 de la loi coordonnée du 22 juillet 1953 :

« § 1^{er}. L'article 458 du Code pénal s'applique aux réviseurs d'entreprises, aux stagiaires et aux personnes dont ils répondent. Aux exceptions à l'obligation du secret prévues à cet article s'ajoutent :

a) la communication d'attestations ou de confirmations opérée avec l'accord écrit de l'entreprise auprès de laquelle ils exercent leur fonction ;

b) la communication d'attestations ou de confirmations adressée à un commissaire ou à une personne exerçant dans une entreprise de droit étranger une fonction similaire à celle de commissaire, dans le cadre du contrôle des comptes annuels ou des comptes consolidés d'une entreprise dont ils sont chargés ;

c) la consultation par un réviseur d'entreprises, dans le cadre de la succession dans une mission révisoriale, des documents de travail d'un réviseur d'entreprises qui exerçait la même mission révisoriale au préalable ;

d) le contact d'un réviseur d'entreprises avec un autre réviseur d'entreprises, lorsque le premier est amené à mettre en cause le travail ou l'attestation du second, sauf en cas d'opposition de la personne qui a confié la mission au premier réviseur d'entreprises ;

e) le contact entre un réviseur d'entreprises et l'Institut, ses organes et en particulier les organes chargés de l'organisation de la surveillance et du contrôle de qualité.

§ 2. Lorsqu'une personne morale établit des comptes consolidés, le commissaire de la personne morale consolidant et les commissaires des personnes morales consolidées sont, les uns à l'égard des autres, libérés du secret professionnel, dans le cadre du contrôle des comptes consolidés d'une entreprise dont ils sont chargés. Cette disposition s'applique également à l'égard d'une personne exerçant dans une personne morale de droit d'un pays de l'Union européenne une fonction similaire à celle de commissaire. Au sens du présent alinéa, est assimilé au commissaire, le réviseur d'entreprises qui, sans exercer un mandat de commissaire, est chargé du contrôle des comptes consolidés ».

Concernant les réviseurs d'entreprises, il résulte clairement du texte de loi que ce ne sont pas seulement les réviseurs d'entreprises inscrits au registre public de l'Institut mais également les stagiaires et les autres personnes dont les réviseurs d'entreprises répondent (par exemple les employés et même les collaborateurs indépendants qui interviennent dans une mission sans être stagiaires) qui sont soumis au secret professionnel.

Selon nous, la société, même unipersonnelle, d'un titulaire d'une profession libérale soumise au secret professionnel, est également tenue par le secret professionnel (même si cette société n'exerce pas en tant que telle la profession). Dès lors, des informations recueillies, par exemple, par l'administration fiscale concernant la clientèle de cette société sont protégées par le secret professionnel.

Différentes distinctions s'imposent.

Il convient tout d'abord de distinguer ceux qui sont librement choisis par un citoyen pour être leur confident (médecin, avocat). Les réviseurs d'entreprises ou les notaires par exemple sont choisis non pas tellement à titre personnel, mais davantage en qualité de représentant d'un corps professionnel investi de certaines fonctions d'intérêt général ; le secret est ainsi avant tout la conséquence d'une fonction³. Les magistrats ou greffiers sont quant à eux imposés aux citoyens concernés par une procédure judiciaire. Mais ces derniers sont tenus à l'obligation de dénoncer les infractions pénales dont ils auraient connaissance dans le cadre de leur fonction (article 29 du Code d'instruction criminelle).

Ensuite, une distinction s'impose également entre les avocats et les professions médicales d'une part, dont le secret est qualifié d'absolu, et les professions du chiffre dont le secret est plus relatif. La distinction repose sur la nature de l'intervention. Le mandat confié au médecin ou à l'avocat concerne uniquement la personne qui les consulte, et le droit à la santé ou au procès équitable est jugé comme d'intérêt supérieur⁴. De son côté, le réviseur d'entreprises effectue sa mission au profit de différentes parties prenantes (la société ou l'association qui recourt à lui, ses associés ou actionnaires, son personnel, les dispensateurs de crédit, l'administration...) et donc de l'intérêt général ou d'un intérêt plus général. Sa mission implique qu'il révèle un certain nombre d'informations sur lesquelles il est appelé à se prononcer. On considère donc en général que le secret professionnel du réviseur d'entreprises est relatif.

Enfin, on peut s'interroger sur la question de savoir si le client peut lever le dépositaire du secret professionnel ? Il a été longtemps défendu que le professionnel tenu au respect du secret professionnel en était le gardien, et que son client, patient, etc. ne pouvait le délier de son obligation. Cette thèse est aujourd'hui souvent battue en brèche. Le client peut délier son médecin, avocat ou autre du secret professionnel. Il est d'ailleurs aujourd'hui habituel, quoique parfois regrettable, de voir de véritables conférences de presse tenues sur les marches du palais de justice. *A contrario*, l'article 79, § 1^{er}, b) de la loi coordonnée du 22 juillet 1953 créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises autorise le réviseur d'entreprises à *confirmer* ou *attester* des informations à un éventuel acquéreur de la société avec l'accord écrit de son client. Donc si le client peut délier le réviseur d'entreprises du secret professionnel à des fins d'attestation ou de

³ Th. DUPONT, J.-Ph. LEBEAU et D. MATRAY, *Secret professionnel, déontologie et anti-blanchiment*, in Tribunaux, barreaux et révisorats d'entreprises : actualité de leur collaboration et actualités en droit des affaires, Maklu, 2012, p. 224.

⁴ Cour Const., 26 septembre 2013, n° 127/2013, *J.T.*, 2014, p. 136 (concernant l'annulation partielle de l'article 458bis du Code pénal en ce qu'il concerne les avocats).

confirmation, il ne peut cependant l'autoriser à *divulguer motu proprio* des informations confidentielles. L'autorisation du client permet seulement au réviseur d'entreprises de confirmer l'exactitude de certaines informations qui sont transmises à l'acquéreur.

B. – Le délit de révélation du secret professionnel

Il n'entre pas dans le cadre de la présente contribution de revenir sur les principes généraux du droit pénal. Il peut simplement être rappelé que la responsabilité pénale est personnelle et qu'elle ne vise pas les faits commis par autrui, qu'elle suppose l'accomplissement d'un comportement inadéquat spécifiquement décrit par un texte de loi, lequel y attache une sanction réellement punitive.

Un délit pénal suppose, en général, la réunion de deux éléments : l'élément matériel et l'élément moral.

En l'espèce, l'élément matériel consiste en la révélation effective à un tiers d'informations ou de données soumises au secret professionnel. La révélation doit concerner une confidence nécessaire à l'exercice de la profession ou un fait recueilli ou connu à l'occasion de celui-ci⁵, et ce même entre membres de la même profession tous deux tenus au respect du secret professionnel⁶. La seule révélation de l'identité d'un client peut être constitutive d'une violation du secret professionnel⁷. Le fait notoire ou public (la faillite d'une société ou un élément repris dans ses comptes annuels publiés, par exemple) ne tombe pas sous le coup du secret professionnel. Par contre, une confidence trahie après avoir été reçue à titre privé de la part d'un ami n'engagerait pas la responsabilité pénale d'un professionnel. Il en va de même si le fait était connu par le professionnel avant d'avoir été consulté⁸.

La prudence s'impose par contre au titulaire d'une profession libérale couverte par le secret professionnel lorsqu'il s'agit de confirmer ou infirmer une rumeur persistante. *A priori*, il pourrait être affirmé qu'un fait public ne constitue plus un secret et n'est dès lors plus protégé. *A contrario*, il est évident que l'opinion émise, ou la réponse donnée par le professionnel pourraient donner plus de consistance à cette rumeur et en renforceraient le caractère indiscutable pouvant entraîner des conséquences dommageables pour son client.

⁵ Cass., 30 octobre 1978, J.T., 1979, p. 369.

⁶ Cass., (1^{re} ch., sect. nl.), 3 mai 2012, C.10.0571.N.,

⁷ Civ. Louvain, 1 juin 2012, *Fisc. Act.*, 2012, p. 16 (résumé)

⁸ Th. DUPONT, J.-Ph. LEBEAU et D. MATRAY, *op. cit.*, p. 214.

La révélation peut être orale, écrite, électronique. L'élément matériel sera constaté dès que la révélation a eu lieu, sans qu'il soit nécessaire qu'un dommage soit causé. D'un point de vue pénal, le moyen ou le support utilisé à l'occasion de la révélation n'a pas d'influence sur la commission de l'infraction. Le délit est accompli dès que la confiance a été révélée même à une seule personne.

L'élément moral vise la volonté consciente de révéler une information couverte par le secret. Cette volonté de révéler une information ne doit pas être confondue avec une quelconque intention de nuire⁹. Par exemple, le « ragot » colporté par le professionnel à un confrère auquel il est demandé de faire preuve de discrétion, constitue une violation du secret professionnel.

Par contre, en ce que le délit requiert la volonté consciente comme élément constitutif de l'infraction, une simple négligence, ou une légèreté (oubli d'une serviette contenant des documents...) ne peuvent pas engendrer la responsabilité pénale. Néanmoins, dans un tel cas, la responsabilité civile du professionnel pourrait être mise en cause et aboutir à la condamnation au paiement de dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice subi.

Le secret professionnel ne doit pas être confondu avec le devoir de discrétion. Ce dernier, dont le fondement est contractuel ou déontologique¹⁰, s'applique du reste à un grand nombre de professions. L'on conçoit aisément qu'un architecte ne révèle pas sur la place publique le coût d'un chantier mis en œuvre par un particulier. Il est admis que le banquier n'est tenu qu'à un devoir de discrétion, lequel, s'il devait être violé, ne tombe pas sous le coup de la loi pénale mais peut constituer une faute civile.

C. – Le contenu du secret

Le secret professionnel concerne :

- les confidences reçues ;
- la correspondance échangée entre le client et le professionnel, ou entre le professionnel et des tiers, au bénéfice de son client ;

⁹ B. DE CLERCQ, *Généralités*, in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, La Charte, 2009, p. 6.

¹⁰ Th. DUPONT, J-Ph. LEBEAU et D. MATRAY, *op. cit.*, p. 214.

- les notes du professionnel ayant trait aux conversations engagées avec son client ou avec des tiers relatives à l'affaire ;
- les conclusions et notes rédigées par le professionnel en vue de défendre son client.

Cette dernière catégorie est plus incertaine. Selon certains, l'échange ou le dépôt des conclusions et pièces qui ont déjà été communiquées à la partie adverse, au tribunal ou à l'administration, libèrent le professionnel du secret¹¹. On imagine néanmoins mal l'avocat adresser ses conclusions à d'autres destinataires que les parties au litige, à tout le moins en raison d'une obligation de discrétion.

IV. – Exceptions au secret professionnel

Les exceptions au secret professionnel peuvent être classées en deux catégories :

- celles qui obligent le professionnel à parler ou à révéler une information ;
- celles qui permettent au professionnel de parler ou de révéler une information.

A. – Obligation légale de parler

De la lecture combinée de l'article 79 de la loi du 22 juillet 1953, des lois particulières et de l'article 458 du Code pénal, il résulte que le réviseur d'entreprises doit s'exprimer dans certains cas parce qu'il y est obligé par la loi. Dans ces cas, bien entendu, il ne peut pas être sanctionné pénalement pour non-respect de son obligation au secret professionnel.

B. – Obligation légale de parler en vertu de la loi anti-blanchiment

Une telle obligation de parler est prévue avec force par la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

¹¹ R. DEVLOO, *De aansprakelijkheid van de accountant en belastingconsulent*, Nieuwe aspecten I, De Belgische accountant en belastingconsulent, 1999, p. 43.

Fruit de trois directives européennes successives, la version actuelle de la loi du 11 juillet 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (ci-après loi anti-blanchiment) a introduit une exception assez fondamentale à l'obligation de respecter le secret professionnel de certains titulaires de professions libérales. Elle contient en effet une obligation de dénonciation, elle-même sanctionnée pénalement.

La loi anti-blanchiment a été modifiée à diverses reprises afin d'étendre son champ d'application, conformément aux directives européennes, à d'autres professions, et pour introduire de nouvelles obligations. Le spectre de la loi décrit aux articles 2 et 3 est extrêmement large et vise, dans sa version actuelle, de manière générale pratiquement tout intervenant dans le cadre d'une transaction financière.

L'article 3 contient l'énumération de professions libérales qui y sont soumises :

- les notaires ;
- les huissiers de justice ;
- les réviseurs
- les experts-comptables externes ;
- les conseils fiscaux externes ;
- les comptables agréés externes et les comptables-fiscalistes agréés externes ;
- les avocats : « a) lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant : 1° l'achat ou la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ; 2° la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs appartenant au client ; 3° l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires ou d'épargne ou de portefeuilles ; 4° l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés ; 5° la constitution, la gestion ou la direction de sociétés, de trusts, de fiducies ou de constructions juridiques similaires ; ou b) lorsqu'ils agissent au nom de leur client et pour le compte de celui-ci dans toute transaction financière ou immobilière ».

L'introduction de la profession d'avocat dans le champ d'application de la loi a fait couler beaucoup d'encre. Le défi imposé au législateur était de trouver un équilibre acceptable entre deux principes parfaitement légitimes mais antagonistes puisqu'il s'agissait de permettre la lutte contre cette forme de criminalité tout en sauvegardant, au mieux, le secret professionnel de l'avocat.

Le compromis trouvé consiste à viser uniquement les activités de l'avocat liées à l'assistance d'un client souhaitant accomplir certaines

transactions ou constituer une société¹². Le cœur de l'activité de l'avocat, la défense du client, reste donc couvert par le secret professionnel.

La Cour constitutionnelle est venue au moins à trois reprises au secours du secret professionnel de l'avocat. Elle a rappelé avec force que « la défense ou la représentation en justice et le conseil juridique, même en dehors de toute procédure judiciaire, demeurent couvertes par le secret professionnel et ne peuvent être portées à la connaissance des autorités »¹³. La Cour européenne des droits de l'homme a statué récemment dans le même sens¹⁴. Il n'en reste pas moins que le barreau dans une large majorité s'interroge sur l'utilité et l'applicabilité de la législation actuelle. Reprenant une position du Président de la Cellule de Traitement des Informations Financières (CTIF), selon laquelle le risque existe « pour les avocats qui exercent certaines activités d'être utilisés comme vecteur de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme [...] d'être impliqués consciemment ou inconsciemment dans des actes ou des constructions en relation avec le blanchiment de capitaux criminels », le bâtonnier Dal en relève le caractère quelque peu illogique. Soit l'avocat a conscience de participer à une telle opération et il en est alors co-auteur ou complice et dès lors passible de poursuites pénales. Dans cette hypothèse, l'on imagine difficilement l'avocat effectuer la déclaration à la CTIF. Soit l'avocat n'en a pas conscience et il ne peut donc éprouver aucun soupçon¹⁵.

La CTIF est une autorité administrative dotée de la personnalité juridique chargée du traitement et de la transmission d'informations, en vue de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Elle est chargée de recevoir et d'analyser les informations notamment transmises par les professionnels en application de la loi anti-blanchiment.

Les articles 7 et 8 de la loi contiennent pour leur part les obligations imposées aux professionnels concernant la prudence nécessaire et l'identification d'une nouvelle relation d'affaire. Il s'agit pour eux en tout cas d'identifier leurs clients, et de vérifier leur identité, au moyen d'un

¹² Voy. à ce sujet J.-C. DELEPIÈRE, « Le secret professionnel de l'avocat versus l'obligation de déclaration à la CTIF : est-ce le vrai problème ? ne se trompe-t-on pas dangereusement de débat ? », *J.L.M.B.*, 2013, p. 25 note sous C.E.D.H, *Michaud c. France*, 6 décembre 2012.

¹³ Cour. const. 23 janvier 2008, n° 10/2208. Voy. également G-A DAL et J. STEVENS, « La Cour constitutionnelle et la prévention du blanchiment de capitaux : le rappel à l'Ordre – À propos de l'arrêt 10/2008 du 23 janvier 2008 », *J.T.*, 2008, pp. 501 et s.

¹⁴ C.E.D.H, *Michaud c. France*, 6 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 16.

¹⁵ G.A. DAL, « Le secret professionnel de l'avocat versus l'obligation de déclaration à la CTIF : ne s'est-on pas trompé de législation ? », *J.L.M.B.*, 2013, p. 29, note C.E.D.H, *Michaud c. France*, 6 décembre 2012.

document dont il est pris copie, lorsqu'il s'agit de nouveaux clients destinés à devenir habituels, ou s'apprêtant à effectuer, en une ou plusieurs fois, une opération d'au moins 10.000 euros. Le cas échéant, il s'agit aussi d'identifier les « bénéficiaires effectifs » du client, c'est-à-dire « la ou les personnes physiques pour le compte ou au bénéfice de laquelle ou desquelles une transaction est exécutée ou une relation d'affaires nouée ou encore la ou les personnes physiques qui possèdent ou contrôlent en dernier ressort le client ». Au sens de la loi, sont des bénéficiaires effectifs d'une société, la ou les personnes physiques qui, en dernier ressort, possèdent ou contrôlent directement ou indirectement plus de 25 % des actions ou des droits de vote de cette société, ou celles qui exercent autrement le pouvoir de contrôle sur la direction de la société. Cette identification des bénéficiaires effectifs n'est cependant pas requise si le client ou le détenteur d'une participation de contrôle consiste en certaines sociétés cotées. Lorsque le client est une personne morale, autre qu'une société, telle qu'une fondation ou une association sans but lucratif, ou est un trust, une fiducie ou une construction juridique similaire, qui gère ou distribue des fonds, il s'agit d'identifier les futurs bénéficiaires qui auraient déjà été désignés, c'est-à-dire la ou les personnes physiques qui sont bénéficiaires d'au moins 25 % des biens de la personne morale ou de la construction juridique. Lorsque les personnes physiques qui sont les bénéficiaires de la personne morale ou de la construction juridique n'ont pas encore été désignées, l'on identifiera plutôt le groupe de personnes, « défini in abstracto », dans l'intérêt duquel la personne morale ou la construction juridique a été principalement constituée ou a principalement produit ses effets. Si une ou plusieurs personnes physiques exercent un contrôle sur au moins 25 % des biens d'une personne morale ou d'une construction juridique, elles devront en tout état de cause être identifiées. Les professionnels devront veiller à vérifier la pertinence et la vraisemblance des informations recueillies, ainsi qu'à leur mise à jour, en fonction du risque.

Si les identifications ne peuvent pas être adéquatement réalisées, les professionnels ne peuvent « ni nouer ou maintenir une relation d'affaires, ni effectuer une opération pour le client ». Et ils déterminent dans ces cas s'il y a lieu *d'informer la CTIF*, conformément aux articles 23 à 28 de la loi.

Ces obligations de non-intervention voire de dénonciation à la CTIF ne s'appliquent toutefois pas lorsque des avocats « évaluent la situation juridique de leur client ou lorsqu'[ils] exercent leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou dans le cadre d'une procédure judiciaire, y compris des conseils dans la perspective d'une telle procédure et en particulier la manière d'engager ou d'éviter une procédure ».

Au-delà des difficultés dans l'identification des clients et des bénéficiaires effectifs de ceux-ci, l'article 26 de la loi anti-blanchiment exige encore des professionnels « qui dans l'exercice de leur profession, constatent des faits qu'[ils] savent ou soupçonnent être liés au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme » d'en informer immédiatement la CTIF. Les avocats informent quant à eux leur bâtonnier plutôt que la CTIF, à charge pour le bâtonnier de faire le tri de ce qui doit être communiqué à la CTIF.

Les professionnels, y compris les avocats, ne transmettent pas ces informations « si celles-ci, dans le cadre de l'exercice de leur profession, ont été reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client, sauf [s'ils] prennent part à des activités de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, [ils] fournissent un conseil juridique à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou [ils] savent que le client sollicite un conseil juridique à de telles fins ». Pour les avocats, l'exception de non-transmission est ici aussi élargie à leur activité de défense judiciaire.

En vertu de l'article 30 de la loi anti-blanchiment, les professionnels ne peuvent pas informer leur client qu'ils font une communication à la CTIF (ou au bâtonnier).

L'ensemble de ces obligations en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, outre qu'elles impliquent une véritable obligation de dénonciation, posent la question de l'anonymat et même éventuellement de la sécurité du déclarant. Le paragraphe 4 de l'article 30 de la loi précise à cet égard, laconiquement, que les autorités compétentes prennent les mesures appropriées pour protéger les déclarants. Il ne faut pas se voiler la face, dans le cadre d'éventuelles poursuites pénales, le prévenu, à la lecture de son dossier, risque fort de prendre connaissance de l'existence d'une déclaration de soupçon à la CTIF. Les éventuelles mesures pour rendre cette déclaration anonyme dans le dossier pénal n'enlève rien au fait que le prévenu peut forcément, dans certains cas et selon l'attitude du professionnel, identifier l'auteur de la communication à la CTIF.

Enfin, en marge des questions liées à l'obligation de dénonciation, il est à noter que l'article 38 de la loi anti-blanchiment, tel que modifié le 18 janvier 2010, requiert des ordres professionnels concernés qu'ils adoptent un règlement déterminant les modalités d'application des obligations prévues au chapitre II de la loi. La norme adoptée par l'Institut des Réviseurs d'Entreprises¹⁶ décrit notamment les mesures à adopter par les réviseurs d'entreprises ou les cabinets de révision.

¹⁶ Norme de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises du 4 février 2011 relative à l'application de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme.

C. – Obligation légale de parler en vertu du droit des sociétés ou découlant de la spécificité des missions du réviseur d'entreprises

Le droit des sociétés contient diverses dispositions qui obligent le réviseur d'entreprises à rendre publiques des informations relatives à la société contrôlée. Il ne s'agit cependant que de « demi-exceptions » dans la mesure où il est de la nature même de la fonction confiée au réviseur d'entreprises d'attester et de faire rapport, par le biais de rapports dont certains sont destinés à être publiés. Ainsi, le rapport du commissaire établi conformément à l'article 144 du Code de sociétés fait l'objet d'une publication sur le site de la Banque nationale de Belgique, simultanément avec les comptes annuels que ce rapport concerne.

L'exercice par le réviseur d'entreprises d'un mandat de commissaire entraîne donc un certain nombre d'exceptions au secret professionnel. Ces exceptions se justifient par la nature même du mandat de commissaire. En effet, la mission du commissaire, désigné par l'assemblée générale, consiste à certifier que les comptes annuels arrêtés par l'organe de gestion reflètent ou non l'image fidèle de la situation financière et patrimoniale de la société. À la suite de ses travaux de contrôle, il établit un rapport qu'il présente à l'assemblée générale, mais qui n'est pas seulement destiné à celle-ci : ce rapport est ensuite publié en annexe des comptes annuels et devient un document public également destiné à informer des tiers (personnel, dispensateurs de crédit, fournisseurs, administrations...). La mission du commissaire participe à l'intérêt général, il est donc assez normal, qu'en certaines situations, le commissaire doive faire état d'informations précises relatives à la société contrôlée.

L'article 144 du Code des sociétés impose aussi au commissaire, dans le cadre de son rapport à l'assemblée générale par lequel il atteste ou non l'image fidèle des comptes de la société, de signaler les infractions à la législation comptable, au droit des sociétés (ou à la loi du 27 juin 1921 pour les ASBL, AISBL et fondations) et aux statuts.

Dans ces hypothèses, le réviseur d'entreprises doit se tenir aux informations qui sont requises par la loi. Mentionner des renseignements complémentaires qui n'ont pas trait au champ du rapport tel que spécifiquement exigé par la loi, doit être considéré comme une infraction à l'obligation de secret professionnel. Ainsi, cette exception au secret professionnel vise les infractions aux statuts et au droit des sociétés, mais pas les infractions éventuelles en matière fiscale ou sociale qui n'auraient pas ou plus d'impact sur les comptes annuels.

Pratiquement, le commissaire qui constate une infraction aux statuts ou au droit des sociétés, en informe l'organe de gestion, lequel peut y

tenter d'y remédier. C'est uniquement si l'organe de gestion s'abstient de rectifier l'infraction ou qu'il ne peut plus le faire (un arrêt tardif des comptes annuels, par exemple, ne peut plus être rectifié) que le commissaire devra en faire mention dans son rapport. L'article 140 du Code des sociétés prévoit en effet que la mention d'une infraction peut être omise lorsque la révélation de celle-ci est susceptible de causer à la société un préjudice injustifié, notamment parce que l'organe de gestion a pris des mesures appropriées pour corriger la situation illégale.

Dans la plupart des formes de société, le commissaire doit être présent à l'assemblée générale devant statuer sur les comptes de l'exercice, et est tenu de répondre aux questions posées par les associés et actionnaires, exclusivement au sujet de leur rapport (voyez par exemple l'article 540 du C. Soc.). Ici aussi, le réviseur d'entreprises doit donc parler, mais de manière limitée et ciblée.

D. – Obligation légale de parler prévue par la loi du 22 juillet 1953

L'article 79 de la loi du 22 juillet 1953 précitée énumère une série d'exceptions à l'obligation du secret professionnel qui ont pour objet de concilier la pratique, souvent internationale de l'audit, avec les impératifs du secret professionnel.

La première situation concerne la transmission d'attestations ou de confirmations opérée avec l'accord du client. L'article 79, § 1^{er}, a) de la loi du 22 juillet 1953 prévoit expressément l'exception suivante à l'obligation au secret professionnel : la communication d'attestations ou de confirmations opérée avec l'accord écrit de l'entreprise auprès de laquelle ils (les réviseurs d'entreprises) exercent leur fonction. Il convient d'attirer l'attention à ce sujet sur l'interprétation restrictive des mots « attestations » et « confirmations ». Il s'agit ici nécessairement d'informations qui sont déjà en possession du destinataire qui demande une garantie supplémentaire à propos de leur exactitude. Les attestations ou confirmations adressées à certaines personnes spécifiques peuvent même être opérées sans l'autorisation de la société (art. 79, § 1^{er}, b) de la loi du 22 juillet 1953). Il s'agit ici seulement des communications qui se réalisent dans le cadre du contrôle des comptes annuels ou des comptes consolidés et exclusivement vis-à-vis d'un autre commissaire ou d'une personne exerçant dans une entreprise de droit étranger une fonction similaire à celle de commissaire.

Dans le cadre de la succession dans une mission révisoriale et afin de faciliter le travail du nouveau commissaire, le réviseur d'entreprises peut consulter les documents de travail du réviseur d'entreprises qui exerçait la

même mission révisoriale au préalable (art. 79, § 1^{er}, c) de la loi du 22 juillet 1953).

L'article 79, § 1^{er}, d) de la loi du 22 juillet 1953, prévoit une exception supplémentaire au secret professionnel, afin de permettre au réviseur d'entreprises amené à mettre en cause le travail ou l'attestation d'un autre réviseur d'entreprises de prendre contact avec ce dernier, excepté en cas d'opposition de la personne qui lui a confié la mission.

Par ailleurs, un réviseur d'entreprises est déchargé de son secret professionnel vis-à-vis de l'Institut et de ses organes et plus particulièrement vis-à-vis de la Commission de surveillance et de la Commission Contrôle de qualité (art. 79, § 1^{er}, e) de la loi du 22 juillet 1953) et le cas échéant vis-à-vis des instances disciplinaires¹⁷. Les différents intervenants dans ces procédures de surveillance, de contrôle de qualité et de discipline, sont eux-mêmes soumis au secret professionnel, lequel est donc reporté sur eux.

À cet égard, la Cour de cassation a estimé qu'un ordre professionnel ne doit pas être considéré comme une autorité devant signaler un indice d'infraction pénale au parquet conformément à l'article 29 du Code d'instruction criminelle¹⁸. En outre, la jurisprudence soucieuse, à cet égard du moins, du secret professionnel, a également estimé que le parquet ne peut pas utiliser à des fins pénales des informations dont il aurait eu connaissance dans le cadre de son implication éventuelle dans une procédure disciplinaire¹⁹ (par exemple, les décisions rendues par les instances disciplinaires de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises et notifiées au procureur général qui dispose d'un droit d'appel).

En vertu du paragraphe second de l'article 79, lorsqu'une personne morale établit des comptes consolidés, le commissaire de la personne morale consolidante et les commissaires des personnes morales consolidées sont les uns à l'égard des autres, libérés du secret professionnel, dans le cadre du contrôle des comptes consolidés d'une entreprise dont ils sont chargés. Cette disposition s'applique également à l'égard d'une personne

¹⁷ La Cour de cassation estime de manière générale, quoique de manière de plus en plus nuancée, que le devoir de sincérité et de collaboration peut primer sur le secret professionnel dont les instances disciplinaires sont également les garantes. Cass., 25 novembre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 340. La Cour de cassation a rejeté le grief fondé sur la violation de l'article 6.1 de la C.E.D.H. qui découlerait de la condamnation du titulaire d'une profession libérale ayant refusé de communiquer des documents qu'il était légalement tenu de rédiger et a estimé que la production de ces documents n'équivaut pas à l'obligation de coopérer à sa propre condamnation disciplinaire. Cass., 3 juin 2005, D.04.0016.N, www.juridat.be.

¹⁸ Cass., 29 mai 1986, *Pas.*, I, p. 1194.

¹⁹ Cass., 3 juin 1976, *J.T.*, p. 644.

exerçant dans une personne morale de droit d'un pays de l'Union européenne une fonction similaire à celle de commissaire. Au sens de cette règle, est assimilé au commissaire, le réviseur d'entreprises qui, sans exercer un mandat de commissaire, est chargé du contrôle des comptes consolidés.

Enfin, il va de soi que deux réviseurs d'entreprises désignés pour former un collège de commissaires ne sont tenus à aucun secret l'un envers l'autre puisqu'ils agissent dans le cadre d'un seul et unique mandat. Au contraire, une parfaite transparence et communication sont requises entre les membres du collège.

E. – Communication au président du tribunal de commerce dans le cadre de la législation relative à la continuité des entreprises

La dernière réforme en date de la loi sur la continuité des entreprises (loi du 27 mai 2013 entrée en vigueur le 1^{er} août 2013), vient d'apporter des ajouts aux articles 10 et 12 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, lesquels contiennent des exceptions expresses à l'article 458 du Code pénal.

Jusqu'alors, seul le réviseur d'entreprises, dans le cadre de l'exercice du mandat de commissaire, était tenu conformément à l'article 138 du Code des sociétés, de communiquer ses constatations au président du tribunal de commerce, au cas où la continuité de l'entreprise contrôlée semblait compromise et que l'organe de gestion, bien que dûment informé par le commissaire, n'y remédiait pas.

L'actuel article 10 de la loi relative à la continuité des entreprises, élargit le champ d'application et vise à présent aussi l'expert-comptable externe, le conseil fiscal externe, le comptable agréé externe, le comptable-fiscaliste agréé externe et le réviseur d'entreprises. Le réviseur d'entreprises intervenant en une autre qualité que celle de commissaire est ainsi également tenu par cette obligation.

L'article 10 dispose plus précisément : « L'expert-comptable externe, le conseil fiscal externe, le comptable agréé externe, le comptable-fiscaliste agréé externe et le réviseur d'entreprises qui constatent dans l'exercice de leur mission des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise du débiteur, en informent de manière circonstanciée ce dernier, le cas échéant au travers de son organe de gestion. Si dans un délai d'un mois à dater de l'information faite au débiteur, ce dernier ne prend pas les mesures nécessaires pour assurer la continuité de

l'entreprise pendant une période minimale de douze mois, l'expert-comptable externe, le conseil fiscal externe ou le réviseur d'entreprises peuvent en informer par écrit le président du tribunal de commerce. Dans ce cas, l'article 458 du Code pénal n'est pas applicable ».

Un nouveau paragraphe est également inséré à l'article 12, afin de permettre au tribunal de commerce de recueillir des informations concernant les recommandations faites : « Le juge peut recueillir auprès de l'expert-comptable externe, du conseil fiscal externe, du comptable agréé externe, du comptable fiscaliste agréé externe et du réviseur d'entreprises du débiteur des informations concernant les recommandations qu'ils ont faites au débiteur et, le cas échéant, les mesures qui ont été prises afin d'assurer la continuité de l'entreprise. Dans ce cas, l'article 458 du Code pénal n'est pas applicable ».

Le législateur a ainsi estimé que la préservation de la continuité de l'entreprise rejoint l'intérêt général et constitue un principe supérieur au secret professionnel des professionnels du chiffre.

L'objectif est louable en soi. Néanmoins, dans la pratique, il y aura lieu d'être attentif à la question de savoir si certains dirigeants de société, qui à première vue ne distinguent pas nécessairement l'utilité des mesures mises en place par la loi en vue de favoriser la continuité des entreprises, ne risquent pas de redouter une déclaration du professionnel auprès du président du tribunal de commerce. Ces dirigeants ne vont-ils pas dès lors préférer cacher certaines informations à leurs conseillers ou commis-saires ?

F. – Information au conseil d'entreprise

Dans chaque entreprise où un commissaire est nommé, si celui-ci estime ne pas pouvoir délivrer la certification ou s'il constate des lacunes dans les informations économiques et financières transmises au conseil d'entreprise, il doit en informer l'organe de gestion. Si ce dernier n'y donne pas suite dans le mois qui suit son intervention, le réviseur d'entreprises est tenu d'en informer d'initiative le conseil d'entreprise (art. 151, 4°, C. Soc.).

Il doit cependant être noté que le commissaire intervenant devant le conseil d'entreprises ne peut répondre à d'autres questions que celles portant sur leur rapport ou visant à analyser et à expliquer les informations économiques et financières transmises par le chef d'entreprise au conseil d'entreprise (art. 151 du C. Soc.). Il ne pourrait pas, par exemple, sans violer le secret professionnel, répondre à des questions sur le prix d'acquisition d'un paquet d'actions représentant une majorité de contrôle.

G. – Exceptions liées au droit fiscal

L'article 315 du Code des impôts sur les revenus permet à l'administration fiscale de demander des informations à un tiers. Lorsque ce tiers est un avocat ou un professionnel du chiffre qui invoque le secret professionnel pour se soustraire à cette demande, l'administration peut, conformément à l'article 334 du même Code, solliciter l'intervention des autorités disciplinaires dont le professionnel dépend. Ces autorités apprécieront la demande au regard des impératifs liés au secret professionnel.

La terminologie choisie est cependant peu heureuse. En effet, ce sont les autorités ordinales (Conseil de l'Ordre ou de l'Institut) qui se prononcent, alors même que la loi a organisé pour de nombreuses professions des instances disciplinaires indépendantes des autorités ordinales.

H. – Exception prévue en vue de la mise en œuvre du concept d'audit unique en Flandre

L'article 67 du décret flamand du 8 juillet 2011 réglant le budget, la comptabilité, l'attribution de subventions et le contrôle de leur utilisation, et le contrôle par la Cour des Comptes, prévoit que le Gouvernement flamand règle la collaboration entre les services d'audit centralisés et décentralisés et diverses personnes et organisations qui sont chargées de la surveillance, du contrôle ou de l'audit, et de l'échange des résultats de contrôle, mutuellement et avec la Cour des Comptes.

L'Institut des Réviseurs d'Entreprises, la Cour des Comptes et l'agence « Interne Audit van de Vlaamse Administratie » (Audit interne de l'Administration flamande, devenue entre-temps « Audit Vlaanderen ») ont signé le 26 janvier 2011 une convention relative à l'audit financier des entités de l'autorité flamande, par laquelle ces intervenants « visent une harmonisation et complémentarité maximales de leurs travaux d'audit, dans le respect de leurs autonomie, réglementation et responsabilités spécifiques respectives. Leur objectif est d'éviter les doubles emplois, d'alléger le poids des contrôles pour les entités contrôlées de l'autorité flamande et d'augmenter l'efficacité du coût de leurs audits ».

Il s'en suit dès lors que le réviseur d'entreprises doit communiquer des informations aux autres intervenants.

Le législateur flamand a prévu les exceptions appropriées au secret professionnel (art. 50 du décret précité du 8 juillet 2011 et art. 20 du décret du 5 juillet 2013 portant l'organisation de tâches d'audit auprès de l'administration flamande et des pouvoirs locaux).

I. – Exceptions relatives à la collaboration avec diverses autorités prudentielles

Conformément à l'article 55, 4°, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, les réviseurs d'entreprises agréés d'un établissement de crédit ont l'obligation de dénoncer à la BNB des décisions, des faits ou des évolutions qui influencent ou peuvent influencer de façon significative la situation de l'établissement de crédit ou qui peuvent constituer des violations du Code des sociétés, des statuts ou encore qui seraient de nature à entraîner le refus ou des réserves en matière de certification des comptes.

Les lois du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance et la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement contiennent une obligation similaire, envers la BNB ou la FSMA selon le cas, pour le réviseur d'entreprises agréé pour l'audit d'entreprises d'assurance ou d'investissement.

J. – Quelques cas d'applications²⁰

Après avoir obtenu l'avis de la Commission juridique de l'Institut, le Conseil de l'IRE est d'avis qu'un curateur n'a pas le droit d'accéder aux documents de travail du réviseur d'entreprises. En effet, selon l'IRE, le curateur n'est pas lui-même tenu au secret professionnel et il peut être requis par le procureur du Roi de lui fournir toutes les informations qu'il juge utiles. Si le curateur transmet au procureur du Roi les informations obtenues du réviseur d'entreprises, ce dernier pourrait se le voir reprocher, tant au pénal qu'au civil.

Un raisonnement analogue peut être tenu en ce qui concerne une collaboration avec un expert judiciaire.

Dans les deux cas, le réviseur pourrait cependant confirmer, en présence du client (l'organe de gestion ou son préposé), les informations divulguées par ledit organe de gestion.

²⁰ Vademecum IRE, Tome I, Doctrine, Éd. Standaard, 2009, pp. 430 et s.

K. – Secret professionnel partagé avec l'avocat ou le notaire

L'environnement juridique dans lequel nous évoluons s'étant singulièrement compliqué dans les dernières décennies, le concept de multidisciplinarité s'est développé. Il arrive fréquemment que différents intervenants relevant de professions différentes soient consultés par un client dans le cadre d'une même opération ou d'un même dossier (avocat, réviseur d'entreprises, notaire...).

Cette situation ne soulève pas de difficulté majeure dans la mesure où les différents intervenants sont eux-mêmes soumis au secret professionnel pour l'ensemble des informations dont ils ont connaissance à cette occasion.

Plus précisément, la notion de secret professionnel partagé vise l'hypothèse où une personne tenue au secret professionnel, doit communiquer des informations confidentielles à un tiers, lequel partage ensuite ledit secret. L'on songe notamment à l'avocat devant confirmer des informations concernant des litiges au commissaire d'une société ou d'une association, et la situation du notaire amené à communiquer la copie d'un acte à un réviseur d'entreprises.

La doctrine énumère quatre conditions pour partager un secret : la communication se fait entre personnes tenues au secret professionnel, avec le consentement, et dans l'intérêt de la personne protégée par le secret, et est limitée au strict nécessaire²¹.

Ainsi, dans le cadre de ses travaux de contrôle en vue d'attester les comptes d'une entité, le commissaire se voit dans de nombreux cas imposer par les normes professionnelles l'obligation de demander des confirmations auprès de différentes personnes ou entités en relation avec l'entité auditée. Il se fera ainsi confirmer les soldes des comptes bancaires, ou l'existence d'une hypothèque. Il s'adressera également à l'avocat de l'entité auditée pour lui demander des informations sur les litiges en cours (état et enjeu). Le barreau ne voit pas d'objection avec cette pratique pour autant que l'avocat fasse preuve de prudence²². Il le fera après avoir obtenu l'accord de son client et se limitera aux questions posées, sans par exemple transmettre le contenu de notes ou consultations.

²¹ Th. DUPONT, J.-Ph. LEBEAU et D. MATRAY, *op. cit.*, p. 226 ; B. De KLERCK et V. YANGANDI, *Secret professionnel partagé*, in Collectif, *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, Brugge, ICCI / Die Keure, 2009, p. 52.

²² Th. DUPONT, J.-Ph. LEBEAU et D. MATRAY, *op. cit.*

La loi de ventôse organisant le notariat fait quant à elle interdiction aux notaires de se défaire des minutes d'un acte et de donner connaissance d'actes authentiques à d'autres personnes que les intéressés, leurs ayants droits ou héritiers. Néanmoins, le notaire peut communiquer une copie d'un acte authentique à un réviseur d'entreprises intervenant dans le cadre d'une mission révisorale pour autant que l'entreprise auditée soit partie à l'acte²³. Le fondement de cette autorisation est à trouver dans les règles du mandat car le réviseur d'entreprises intervient en qualité de mandataire de la société concernée. Il est à noter, contrairement aux communications faites par les avocats au commissaire, que la communication porte le cas échéant sur le contenu détaillé de l'acte.

L. – La faculté de parler – les exceptions liées à une procédure judiciaire²⁴

1. Droits de la défense

Le professionnel qui est lui-même appelé à être entendu comme prévenu ou qui est partie à une procédure civile, peut parler, en application des droits de la défense, sans violer le secret professionnel. Il peut invoquer tous les éléments qu'il juge utiles à sa défense, même si son client lui demande de garder le secret. Cette exception est une application du principe supérieur que constitue le droit de la défense et, dans le cadre d'une procédure pénale éventuelle, le droit pour quiconque d'organiser sa défense comme il l'entend. Il serait inéquitable que la personne tenue au secret professionnel puisse pâtir de la situation en ne pouvant invoquer l'ensemble des éléments utiles à l'élaboration de sa défense. Par contre, s'il choisit de parler, il doit porter à la connaissance l'ensemble des éléments dont il dispose sans se montrer sélectif.

2. Témoignage en justice

Le professionnel ne viole pas son secret professionnel lorsqu'il est cité comme témoin tant dans une procédure civile que pénale devant le tribunal et qu'il accepte de parler. Mais il convient d'attirer l'attention ici sur le fait qu'il n'est pas obligé de s'exprimer. Il a le choix mais s'il parle, il n'est pas sanctionnable au regard de la loi pénale. Le témoignage verbal

²³ B. De KLERCK et V. YANGANDI, *op. cit.*, p. 54.

²⁴ Voy. E. VANDERSTAPPEN, Exceptions au secret professionnel, in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, *op. cit.*, p. 37.

ne l'autorise cependant pas à transmettre des documents couverts par le secret professionnel.

Ici également, s'il choisit de parler, il doit porter à la connaissance du juge ou du tribunal l'ensemble des éléments dont il dispose sans se montrer sélectif.

3. L'information pénale préliminaire

L'information préliminaire est l'ensemble des actes destinés à rechercher les infractions, leurs auteurs et les preuves, et à rassembler les données utiles à l'exercice de l'action publique. Ceci concerne non seulement des faits punissables déjà commis mais également des faits punissables qui n'ont pas encore été commis (c'est l'*enquête proactive*). Le procureur du Roi en assume la responsabilité. Les actes d'information ne peuvent, en principe, comporter aucun acte de contrainte. Le procureur du Roi peut toutefois demander des actes de contrainte spécifiques au juge d'instruction (c'est la *mini-instruction*).

En principe, le professionnel tenu au secret professionnel ne peut pas, dans le cadre d'une information préliminaire, être obligé de se soumettre à un interrogatoire et ce aussi bien en tant que prévenu que comme témoin. Il se taira donc, dans l'hypothèse où il considère que l'interrogatoire a trait à des questions qui tombent sous son secret professionnel. Il arrive en effet que des titulaires de professions libérales soient questionnés par des agents de la police judiciaire sur la base d'une apostille émanant du procureur du Roi. Le dossier se trouve en conséquence au stade de la collecte d'informations dirigée par le parquet, et le professionnel est tenu au secret professionnel.

Pour les mêmes raisons, hormis le cas de flagrant délit, le professionnel doit refuser une saisie de documents ou une visite à son cabinet par le parquet ou les agents délégués par lui.

4. L'enquête ou l'instruction judiciaire

Il s'agit de l'enquête qui est réalisée sous la direction d'un magistrat d'instruction spécialement désigné, à savoir un juge d'instruction. Dans le cadre de l'enquête judiciaire, le juge d'instruction peut procéder, entre autres, à l'interrogatoire du prévenu et des témoins, réclamer des pièces, effectuer une visite sur place, une perquisition, une saisie.

Le prévenu et le témoin sont obligés de donner suite à la convocation du juge d'instruction à comparaître devant lui (ou devant un officier de police dûment mandaté).

Le prévenu dispose évidemment du droit de se taire car il ne peut être imposé à quiconque de participer à sa propre incrimination. Le droit au silence du prévenu ou le droit à la non auto-incrimination est fondé sur l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et sur l'article 14.3.b du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ils visent à maintenir, autant que possible, l'égalité des armes entre parties, ce qui implique la recherche d'un équilibre entre la situation du prévenu et celle de l'autorité publique disposant d'importants moyens d'investigation humains, techniques et scientifiques.

Par contre, un témoin n'a pas toujours le droit général de se taire dans le cadre d'une enquête judiciaire. Il est en tout cas obligé de répondre à l'invitation du juge d'instruction. En cas de non-respect de cette obligation, l'intéressé est considéré comme étant un témoin qui n'a pas comparu et il s'expose à une amende. Le témoin est donc tenu de se présenter et estimera s'il doit ou non répondre aux questions posées en fonction de son secret professionnel ou des propres risques pour lui-même.

Il existe en effet deux exceptions à l'obligation générale de parler du témoin.

Une première exception concerne le témoin qui est tenu par le secret professionnel tel que visé par l'article 458 du Code pénal. Ce témoin a le droit de se taire mais n'y est pas obligé. Il peut en conséquence refuser de répondre à des questions, lorsqu'il est appelé dans le cadre d'une enquête judiciaire et que les questions ont trait à des éléments qui tombent sous le secret professionnel.

Une deuxième exception concerne le témoin qui considère qu'il s'exposerait à des poursuites pénales en cas de déclaration. Ce témoin peut se taire mais s'il devait s'avérer qu'il n'y a aucune raison de craindre une poursuite pénale, ce témoin pourrait être condamné au paiement d'une amende basée sur le fait qu'il a refusé de parler. Mais le principe demeure : dans l'hypothèse où le professionnel est entendu en tant que témoin par le juge d'instruction ou à la demande de ce dernier, et qu'il considère que ses déclarations pourraient être utilisées à son encontre, il a le droit de se taire. Cette hypothèse concerne en effet le respect des droits de la défense. La situation du professionnel appelé en qualité de témoin est inconfortable dans la mesure où cette qualité pourrait évoluer vers celle de prévenu. La prudence s'impose donc.

Bien qu'il semble hautement souhaitable que le juge d'instruction procède lui-même à l'audition d'une personne tenue au secret professionnel, cette formalité n'étant pas prescrite à peine de nullité, le juge d'instruction peut déléguer son pouvoir d'entendre un témoin, fût-il soumis au secret professionnel.

5. La perquisition et la saisie pénale

Les cabinets de certains titulaires de professions libérales peuvent être l'objet de perquisitions ou de saisies pénales, alors même que, fort heureusement, ils ne sont pas impliqués dans les indices de faits délictueux. Certains magistrats estiment parfois, surtout en matière financière, qu'il est plus commode de se procurer directement certains éléments probants, comme la comptabilité par exemple, auprès des comptables, experts-comptables, réviseurs d'entreprises... Ceux-ci ne peuvent pas s'opposer à une perquisition effectuée entre 5 heures et 21 heures (horaire étendu en cas de flagrant délit), sur la base d'un mandat délivré par un juge d'instruction.

Un usage assez répandu a permis la présence lors de ces perquisitions ou saisies d'un représentant de l'ordre professionnel. L'objectif de cette présence n'est pas de défendre le confrère mais bien de garantir le secret professionnel, puisque le représentant de l'ordre est amené à donner un avis quant à la question de savoir si les pièces incriminées sont ou non couvertes par le secret professionnel.

Les tribunaux ont été amenés à se prononcer sur la régularité d'une perquisition menée en l'absence d'un tel représentant et la Cour de cassation a reconnu l'existence de l'usage qui prévoit la présence d'un représentant tout en précisant que ce dernier ne peut donner qu'un avis non contraignant sur la question de savoir si les pièces sont ou non couvertes par le secret professionnel²⁵.

Une circulaire du Collège des procureurs généraux a en tout cas confirmé l'utilité de la présence d'un représentant du Conseil de l'Institut des réviseurs d'entreprises lors d'une perquisition d'un cabinet²⁶.

Il est unanimement admis que l'objet de la perquisition auprès d'un cabinet doit être clairement défini et précis. La Cour européenne des droits de l'homme a condamné la pratique de la « *fishing expedition* » consistant en une perquisition menée au cabinet d'un avocat dans le cadre d'une instruction pénale menée uniquement à charge du client de l'avocat et dont l'objet aurait été très largement défini²⁷.

Les documents de travail du professionnel ainsi que toutes les notes et correspondances échangées avec son client sont couverts par le secret professionnel. Par contre, les documents publics et des éléments appartenant

²⁵ Cass., 24 avril 2012, n° 12.0064.N, www.juridat.be.

²⁶ Circulaire COL 5/2011 du 25 mai 2011.

²⁷ C.E.D.H., *André et autres c. France*, 24 juillet 2008, n° 18603/03, www.echr.coe.int.

au client (comme sa comptabilité, des factures...) peuvent faire l'objet d'une saisie.

Au moindre doute, les professionnels tenus au respect du secret professionnel et les représentants de l'ordre professionnel *doivent* invoquer ce secret professionnel. Ils ne peuvent certes pas s'opposer à la saisie d'une pièce et, en cas de désaccord, il est conseillé d'émettre des réserves dans le procès-verbal de la saisie, lesquelles pourraient être prises en compte par le juge du fond qui estimerait que les enquêteurs ont enfreint le secret professionnel.

Il faut bien admettre que, dans ce cas de contestations sur l'application du secret professionnel, la procédure belge requiert des magistrats une étonnante aptitude à la schizophrénie. En effet, il leur est demandé d'examiner une pièce pour estimer si elle est ou non couverte par le secret professionnel. Dans l'affirmative, le magistrat doit l'écarter du dossier et devrait immédiatement en oublier le contenu sans nullement se laisser influencer dans la suite de l'enquête par ce qu'il a pu lire ou découvrir. Si la pièce est versée au dossier et que le secret professionnel devait être invoqué, ce serait ensuite au juge du fond, également après en avoir pris connaissance de ladite pièce, de décider de l'écarter ou non et d'en apprécier les conséquences éventuelles sur la régularité de la procédure.

À ce sujet, le système français pourrait être une source d'inspiration puisqu'il prévoit qu'en cas de contestations sur l'application du secret professionnel, le document est mis sous scellés et c'est un autre magistrat qui ne connaît pas du dossier qui statuera sur l'incident sans que le juge en charge du dossier doive examiner la pièce.

6. Saisie de données informatiques

L'organisation actuelle des cabinets des avocats ou des professionnels du chiffre implique que les enquêteurs cherchent à accéder aux systèmes informatiques des cabinets, lesquels, en général contiennent aussi des fichiers complètement étrangers à l'objet de la perquisition.

À ce sujet, l'article 88^{ter} du Code d'instruction criminelle concernant la perquisition menée dans le cadre d'une instruction judiciaire renvoie à l'article 39^{bis} relatif à l'information préliminaire. Ledit article 39^{bis} vise précisément l'hypothèse particulière des données contenues dans un système informatique dont en principe, la saisie est autorisée. Après avoir rappelé que les règles relatives à la saisie s'appliquent aux données stockées dans un système informatique, l'article 39^{bis}, § 2 précise que « [...] si la saisie du support n'est néanmoins pas souhaitable, ces données, de

même que les données nécessaires pour les comprendre, sont copiées sur des supports qui appartiennent à l'autorité [...] ».

Les autorités judiciaires ne peuvent emporter ni avoir accès à des données étrangères à l'objet de l'enquête.

Le support informatique lui-même ne sera en principe pas saisi.

Il est à noter que le verbe « saisir » vise ici une notion de déplacement physique, mais il reste permis de « saisir » un ordinateur (au sens de s'opposer à son déplacement ou à sa manipulation par le professionnel), sans le déplacer, en y apposant des scellés.

En pratique donc, conformément à l'article 39*bis*, § 2, il appartient aux autorités judiciaires de prendre les mesures pour copier les données à saisir sans emporter les ordinateurs ou disques durs, mais il est permis aux instances judiciaires d'interdire au confrère l'accès au système informatique en attendant que toutes les données utiles soient copiées. Dans certains cas, l'autorité judiciaire peut rendre l'accès ultérieur impossible.

V. – Conclusion

Au terme de ce parcours – où l'exposé des exceptions au secret professionnel a été plus long que celui du principe –, l'on peut se demander ce qu'il reste aujourd'hui du secret professionnel.

Si les professions médicales semblent échapper à la tendance actuelle consistant à allonger la liste des exceptions, il n'en va pas de même notamment pour les professionnels du chiffre, et même les avocats.

Faut-il tirer la sonnette d'alarme face à une dérive, à l'instar de Madame Defraigne à l'occasion des travaux préparatoires à la modification de l'article 458*bis* du Code pénal : « Le secret professionnel est la raison d'être du colloque singulier entre le client et le dépositaire du secret. On a tendance à grignoter le secret professionnel sans avoir une approche globale et cohérente de cette notion. Il ne faudrait pas finir par inverser la tendance en prévoyant une sorte d'obligation de délation dans le chef du professionnel qui, s'il ne dénonce pas, se rendrait coupable d'une infraction pénale »²⁸.

Peut-on, en tout cas, encore raisonnablement parler de secret professionnel lorsque l'on est tenu de faire une déclaration à la CTIF ou lorsqu'un

²⁸ Doc. parl., Sénat, 2011-2012, 11 janvier 2012, n° 5-30/4, p. 11.

magistrat instructeur, de manière automatique et large, perquisitionne les cabinets des professionnels et saisit leurs dossiers de travail ?

D'un autre côté, l'intérêt social global n'impose-t-il pas qu'une autorité légitime puisse percer le secret professionnel quand il s'agit, par exemple, de tracer le financement du terrorisme, la traite d'êtres humains ou d'autres comportements particulièrement abjects et déstabilisateurs de la société tout entière ?

Le défi actuel est donc de réfléchir à la manière de concilier les attentes du sujet de droit privé avec les demandes de transparence qui sont à la base d'une société qui protège aussi l'intégrité des autres sujets de droit. Mais l'équilibre demeurera toujours délicat, entre la sauvegarde du principe fondamental qu'est le secret professionnel, et l'intérêt général.

PARTIE III

Le secret dans les rapports
avec l'autorité publique

Secret d'affaires et principe du contradictoire, l'impossible équilibre¹

Alexandre Verheyden

Avocat au barreau de Bruxelles

Werner Derijcke

Maître de conférences invité à l'Université catholique de Louvain

Avocat au barreau de Bruxelles

I. – Introduction

1. Le secret d'affaires est, à l'heure actuelle, un droit reconnu tant au niveau communautaire que national. Les contours de cette notion restent cependant peu clairs et l'application concrète en est encore plus incertaine.

2. Le fondement légal original – et ténu – en droit communautaire de ce qui est aujourd'hui le secret d'affaires a été inventé – au double sens du terme – dans le cœur de l'article 214 du Traité de Rome (1957) instituant la Communauté économique européenne : « Les membres des institutions de la Communauté, les membres des comités, ainsi que les fonctionnaires et agents de la Communauté sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient »².

¹ Les auteurs remercient Me François Doumont, avocat au barreau de Bruxelles, pour son aide précieuse.

² C.J.C.E., 26 juin 1986, *Akzo*, aff. C-53/85, *Rec.*, 1986, p. I-1991, § 26. Cette disposition a été reproduite *ne varietur* – sous réserve des adaptations nécessaires à l'évolution de la terminologie institutionnelle – à l'article 339 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE – Traité de Lisbonne) après avoir été un temps l'article 287 du Traité instituant la Communauté européenne (Amsterdam). Sur la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Akzo* précité, voy. B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, « Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux », *R.D.C.B.*, 2013/10, numéro spécial dans le cadre du Congrès RDCB du 4 décembre 2013, p. 1059, n° 3. Voy. aussi e.a. C.J.U.E., 14 septembre 2010, *Akzo*, aff. C-570/07, *Rec.*, 2010, p. I-8301 ; C.J.U.E., 14 février 2008, *Varec*, aff. C-450/06, *Rec.* 2008, p. I-581 ; C.J.U.E., 13 juillet 2006, *Mobistar*, aff. C-438/04, *Rec.*, 2006, p. I-6675.

Cette disposition qui ne régit que l'obligation de discrétion des personnes physiques agissant au sein des institutions européennes n'induit en rien l'existence d'un quelconque secret d'affaires dont les citoyens pourraient se prévaloir vis-à-vis de l'autorité ou les uns vis-à-vis des autres. Le caractère proprement inventif de ce fondement est d'ailleurs consacré par un étrange passage des conclusions de M. l'avocat général C.O. Lenz précédant l'arrêt *Akzo* du 24 juin 1986. Après avoir rappelé le texte conventionnel précité, le haut magistrat relève qu'il en résultait d'emblée que « le législateur communautaire n'a pas donné une définition limitative de secret professionnel » avec cette conséquence que « [c]ette notion ... doit être dégagée de la nature des dispositions pertinentes ». Il s'agissait en l'espèce du règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (actuellement les articles 101 et 102 TFUE)³. Le secret d'affaires, posé en hypothèse, devait être défini à la lumière de ses applications concrètes. C'est donc la pratique qui induit la règle et non de la règle que se déduit la pratique.

3. Plus récemment, le secret d'affaires a été rattaché au droit à la protection de la vie privée telle que régi par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« CESDH »)⁴.

La Cour européenne de Strasbourg a fini par estimer que le droit à la protection de la vie privée s'étendait aux personnes morales⁵, étant

³ J.O. 13 du 21 février 1962, p. 204/62. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1216/1999 (J.O. L 148 du 15 juin 1999, p. 5). Il a été abrogé par l'article 43.1 du règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (J.O. L 1 du 4 janvier 2003, p. 1).

⁴ Voy. p.e. cass., 2 novembre 2012, R.G. n° C.11.0640.N, *Pas.*, 2012, n° 588, p. 2105 ; C. const., 19 septembre 2007, arrêt n° 118/2007. *Adde* C. const., 7 août 2013, n° 117/2013. Outre l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la CESDH, la Cour constitutionnelle vise également l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La référence à la CESDH est d'autant plus importante et décisive que même si l'Union européenne n'est pas (encore) partie à la CESDH, l'article 6.3 du Traité sur l'Union européenne (« TUE ») range « [l]es droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres » parmi les « principes généraux [du droit de l'Union] ». Sur le processus d'adhésion de l'Union européenne à la CESDH, voy. D. SPIELMANN, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, allocution prononcée à Helsinki le 6 septembre 2013 à l'occasion d'une réunion conjointe de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre du Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne.

⁵ Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne* ; Cour eur. D.H., 23 mars 2006, *Vitello c. Italie*, § 47. Sur l'élaboration de cette jurisprudence voy. l'opinion dissidente du juge Helena Jäderblom après Cour eur. D. H., 18 juillet 2013, aff. *Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Luxembourg*, Requête n° 26419/10.

entendu qu'elle n'a jamais explicitement consacré le secret d'affaires⁶ ni d'ailleurs, jusqu'au 15 février 2007⁷, accepté la moindre entorse au principe du contradictoire.⁸

Et même depuis ce 15 février 2007, si la Cour européenne des droits de l'homme a légèrement égratigné le principe intangible du contradictoire, ce n'est qu'en refusant de sanctionner la décision d'un juge qui avait connu d'une pièce qui n'avait pas été soumise à la contradiction des parties mais qui n'avait eu aucune influence sur l'issue du procès.⁹

4. Une fois générée, la notion de secret d'affaires – en tant que distincte de la notion étroite du secret professionnel protégé par l'article 458 du Code pénal¹⁰ – ne pouvait donc qu'être déconnectée de ses fondements

⁶ Débusser cette reconnaissance dans Cour eur. D.H., 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, §§ 41-42, serait audacieux. Comp. O. DE SCHUTTER, « Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel », note sous Cour eur. D.H., 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 170, note infrapaginale n° 45. Dans ses conclusions avant l'arrêt *Varec* du 14 février 2008 de la Cour de justice de l'Union européenne, Mme l'avocat général E. Sharpston écrit : « En effet, il ressort de la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme que, même dans le cadre de procédures pénales, certaines preuves peuvent ne pas être divulguées, lorsque cela est nécessaire pour préserver les droits fondamentaux d'un autre individu ou sauvegarder un intérêt public important » (aff. 450/06, *Recueil*, p. I-592, § 39) ; elle n'en cite cependant pas un seul. La Cour elle-même n'en a pas trouvé de pertinent, puisqu'elle cite (au §§ 47 et 48 de son arrêt) : (i) Cour eur. D. H., 16 février 2000, *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-II, § 61, alors que cette décision est strictement pénale (vol, meurtre) ; (ii) Cour. eur. D.H., 24 avril 2007, *V. c. Finlande*, requête n° 40412/98, § 75, également strictement pénale (drogue), (iii) Cour eur. D. H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, série A n° 251-B, § 29 (perquisition chez un avocat dans une sombre affaire de lettre d'insulte), (iv) ; Cour eur. D. H., 16 avril 2002, *Société Colas Est e.a. c. France*, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-III, § 41, où la Cour décide à l'unanimité que, dans le cadre d'une affaire où des sanctions ont été imposées pour des pratiques illicites commises par de grandes entreprises du bâtiment, la France a violé la vie privée en permettant une perquisition selon une procédure n'offrant pas de « garanties adéquates et suffisantes contre les abus » (§ 48) et (v) Cour eur. D.H., 28 janvier 2003, *Peck c. Royaume-Uni*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-I, § 57, concernant la diffusion d'images à propos d'un homme ayant essayé de se suicider. Aucune de ces décisions ne touche de près ou de loin à la notion de secret d'affaires.

⁷ Cour eur. D.H., 15 février 2007, *Verdu c. Espagne*, § 25-27 ; *J.T.*, 2007, p. 543, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK.

⁸ Cour eur. D.H., 21 février 2002, *Ziegler*, § 38 ; 25 janvier 2004, *H.A.L. c. Finlande*, § 39.

⁹ G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2000 à 2010) – Droit judiciaire privé – les mesures d'instruction », *R.C.J.B.*, 2011/1, p. 113 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in *Le droit judiciaire en effervescence*, Jeune Barreau de Bruxelles, 2007, pp. 412 à 414, n° 83.

¹⁰ Sur la distinction voy. e.a. B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, *op. cit.*, *R.D.C.B.*, 2013/10, numéro spécial dans le cadre du Congrès RDCB du 4 décembre 2013, p. 1060, n° 7.

prétendus dont elle n'était en réalité qu'une excroissance adventice, d'ailleurs contraire au sens de l'histoire¹¹.

Il s'en est suivi une approche strictement conséquentialiste : le secret d'affaires n'a jamais pu être défini par sa nature mais ne l'a été que par la conséquence de sa violation. Ainsi, tout récemment : « Le secret d'affaires est une information commerciale que l'entreprise considère comme confidentielle dans le chef de son détenteur et dont la communication à des tiers causerait à l'entreprise un préjudice commercial ou financier sérieux »¹².

Même dans les instruments européens les plus récents, la consécration du secret d'affaires n'est qu'incidente : « Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union. ... Ce droit comporte notamment ... — le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires »¹³.

5. Différents textes¹⁴ et décisions¹⁵, à défaut de fournir une définition contraignante, permettent néanmoins d'énoncer quelques lignes de force.

¹¹ B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, *op. cit.*, R.D.C.B., 2013/10, numéro spécial dans le cadre du Congrès RDCB du 4 décembre 2013, p. 1058, n° 1.

¹² « Zakengeheim is bedrijfsinformatie die de onderneming beschouwt als confidencieel in hoofde van de houder en waarvan de bekendmaking aan derden de onderneming ernstige commerciële of financiële schade zou toebrengen » (B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, *op. cit.*, R.D.C.B., 2013/10, numéro spécial dans le cadre du Congrès RDCB du 4 décembre 2013, p. 1059, n° 3).

¹³ Art. 41.1 et 41.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, J.O. C.364 du 18 décembre 2000, p. 1.

¹⁴ Traité ADPIC – OMC 01/01/1995 : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touche au commerce, art. 39 ; art. 6 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ; art. 20 de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (Directive « cadre ») ; Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, J.O. n° L-123 du 27 avril 2004, pp. 11-17 ; Communication 2005/C325/07 de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, J.O. n° C-325 du 22 décembre 2005 ; art. 309 du Code pénal ; art. 17, 3°, a) de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ; art. 1481 du Code judiciaire ; projet de loi sur la protection de la concurrence économique, exposé des motifs, *Doc. Parl. Ch.*, sess. 2005-2006, n° 51-2180, p. 56. À propos du secret d'affaires et du droit pénal, voy. K. DE SCHEPPER et F. VERBRUGGEN, « De bescherming van het zakengeheim in het strafrecht: cavalerie of calvarie ? », in *Zakengeheim* (B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS et F. VERBRUGGEN), Brugge, Die Keure, 2012, pp. 131-188.

¹⁵ TUE, 12 octobre 2007, *Pergan*, aff. T-474/04, *Rec.*, 2007 II-03601 ; C.J.U.E., 13 juillet 2006, *Mobistar*, aff. C-438/04, *Rec.*, 2006, p. I-6675 ; C.J.U.E., 14 février 2008, *Varec*, aff.

On peut en déduire que, pour être susceptible de protection, le secret doit remplir plusieurs conditions : « D'abord, les "secrets d'affaires" recouvrent les informations qu'une entreprise a réunies et qu'elle considère comme **secrètes**,¹⁶ ce qui implique qu'**aucune norme n'en impose la divulgation**¹⁷ et en outre, que des **mesures concrètes**¹⁸ ont été prises visant à en préserver le caractère confidentiel. Il faut ensuite que ces informations soient **substantielles**, c'est-à-dire qu'elles procurent un **avantage concurrentiel** à celui qui les détient. Il faut enfin, dans la foulée des deux conditions précitées, que la divulgation des informations soit de **nature à nuire** à leur détenteur en lui faisant perdre l'avantage concurrentiel qu'elles lui confèrent et qu'il a veillé à protéger »¹⁹.

6. Nous l'avons déjà évoqué incidemment (*cf. supra*, n^{os} 1 et s.), bien que cette notion relève de l'*opinio juris* et que son fondement, ténu²⁰, soit

C-450/06, *Rec.* 2008, p. I-581 ; TUE, 18 septembre 1996, *Postbank*, aff. T-353/94, *Rec.* 1996, II-921 ; C. Const., 19 septembre 2007, n^o 118/2007 ; Cass., 2 novembre 2012, RG n^o C.11.0018.N, *Pas.*, n^o 587, p. 2103, § 3.

¹⁶ En ce sens qu'il doit s'agir d'une « information ... qui n'est pas généralement connue des milieux intéressés ou qui ne leur est pas aisément accessible » ; M. BUYDENS, « La protection des secrets d'affaires et la procédure de saisie en matière de contrefaçon », *Cah. Jur.* 2011/1, p. 14.

¹⁷ Pour S. JOCHEM, le « secret d'affaires » comprend toutes les informations que l'entreprise souhaite tenir confidentielles, à l'exception de celles que la loi lui impose de divulguer (S. JOCHEM, note sous C. const., 19 septembre 2007, « De bescherming van het zakengeheim erkend door het Grondwettelijk Hof », *R.A.B.G.*, 2008/6, pp. 390 : « Zakengeheimen omvatten alle informatie die de onderneming vertrouwelijk wenst te houden, met uitzondering van hetgeen krachtens de wet openbaar moet gemaakt worden »).

¹⁸ « [U]n secret non raisonnablement protégé n'est en effet un secret que par accident, et non par nature, puisqu'il peut être percé sans grands efforts » ; M. BUYDENS, *op. cit.*, *Cah. Jur.*, 2011/1, p. 14.

¹⁹ E. GONTHIER et M. VASTMANS, « Le secret d'affaires : Un char à l'assaut de la transparence administrative, de la motivation formelle des actes administratifs et du principe contradictoire », *A.P.T.*, 2010, pp. 337-338. Dans le même sens B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, *op. cit.*, *R.D.C.B.*, 2013/10, numéro spécial dans le cadre du Congrès RDCB du 4 décembre 2013, pp. 1059-1060, n^o 5, qui mettent bien en évidence l'imprécision du concept.

²⁰ Comp. B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, *op. cit.*, *R.D.C.B.*, 2013/10, numéro spécial dans le cadre du Congrès RDCB du 4 décembre 2013, p. 1061, n^o 10, qui voient dans la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects de droit judiciaire de la protection des droits de propriété intellectuelle (*M.B.*, 10 mai 2007) une forme de consécration implicite de l'idée de secret des affaires par le législateur belge. Cette loi a notamment introduit dans le code judiciaire – dans le cadre de la procédure de saisie en matière de contrefaçon – un article art. 1369bis/6 qui dispose : « Sans porter préjudice au droit du requérant à la description, l'expert veille, tout au long des opérations de description et dans la rédaction de son rapport, à la sauvegarde des intérêts légitimes du prétendu contrefacteur et du détenteur des objets décrits, en particulier quant à la protection des renseignements confidentiels ». Voy. F. DE VISSCHER et P. BRUWIER, *La saisie-description et sa réforme*, Chronique de jurisprudence 1997-2009, Les dossiers du Journal des Tribunaux, n^o 79, Bruxelles, Larcier, 2011, n^{os} 101-107, pp. 80-84.

reconnu et accepté, le secret d'affaires ne peut être un droit absolu. Il est confronté à un obstacle – qu'on aurait souhaité insurmontable – lors des procédures judiciaires et administratives : le principe du contradictoire, lequel est indissolublement lié au principe des droits de la défense et à celui de l'égalité des armes²¹.

Ces principes sont inhérents à toute procédure, qu'elle soit pénale, civile ou administrative. Sans la garantie de ces principes, un procès ne peut être considéré comme équitable au sens de l'article 6 de la CESDH.

C'est pourquoi, le secret d'affaires – admis comme axiome mais douteux comme théorème – est si délicat à appliquer puisqu'il suppose à tout moment une approche casuistique et la recherche d'un équilibre entre la protection des secrets d'affaires et les principes intangibles gouvernant un procès équitable²².

C'est la recherche de cet équilibre qui est sujette à de nombreuses différences entre les juridictions internes, européenne et internationales.

7. Dans l'état actuel du droit belge, de nombreuses questions et doutes tant juridiques que pratiques subsistent à propos du traitement procédural du secret d'affaires dans les différentes procédures juridictionnelles. Nous allons passer en revue ci-après les principales procédures pertinentes. Nous partirons de la plus respectueuse des droits de la défense pour aboutir à celle qui accueille le plus libéralement la protection du secret d'affaires.

Nous commencerons par la procédure pénale qui est par excellence celle où la moindre entrave au principe du respect des droits de la défense n'est reçue qu'avec la plus extrême réticence. Nous parcourrons les grandes étapes de la procédure en nous attardant aux moments où la question du secret d'affaires est la plus sensible (perquisition, accès au dossier) (chapitre II).

Dans le chapitre suivant, nous réutiliserons la même méthode mais en nous concentrant cette fois sur la procédure civile de droit commun, non sans consacrer quelques considérations aux compétences spéciales de la cour d'appel de Bruxelles (chapitre III).

Le chapitre IV de cette étude sera consacré à la procédure devant le Conseil d'État et à la manière dont les chambres – francophones d'une part, néerlandophones d'autre part – de la haute juridiction administrative traitent les documents confidentiels et concilient les intérêts contradictoires inhérents à la problématique du secret d'affaires.

Le chapitre V sera celui de nos conclusions.

²¹ Voy. E. DE LOPHEM, « Couvrez cette pièce que je ne saurais voir », observations sous cass., 2 novembre 2012, *J.T.*, 2013, n° 6512, pp. 176-177.

²² D. MOUGENOT, « Le secret d'affaires et ses implication en droit judiciaire », *R.D.J.P.*, 2009/3, pp. 112-117.

II. – La procédure pénale

A. – La portée du principe du contradictoire²³

8. Le principe en vertu duquel toute partie a le droit de porter la contradiction à l'égard de toutes les pièces du dossier est un principe général du droit interne mais également une composante essentielle d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la CESDH : « Tout procès pénal, y compris ses aspects procéduraux, doit revêtir un **caractère contradictoire** et garantir l'**égalité des armes** entre l'accusation et la défense : c'est là un des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. En matière pénale, le droit à un procès contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre **connaissance des observations ou éléments de preuve** produits par l'autre partie [...]. De surcroît, l'article 6 exige, [...], que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, à charge comme à décharge »²⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme a restrictivement admis, en matière pénale, que certaines preuves détenues par l'accusation ne soient pas communiquées au prévenu, au nom d'*intérêts concurrents* tels que la sécurité nationale, la nécessité de protéger des témoins ou de garder secrètes certaines méthodes policières de recherches²⁵. Toutefois, souligne la Cour, « seules sont légitimes [...] les mesures restreignant les droits de la défense qui sont **absolument nécessaires** »²⁶. En outre, si l'on veut garantir un procès équitable à l'accusé, toutes difficultés causées à la défense par une limitation de ses droits doivent être **suffisamment compensées par la procédure**²⁷ suivie devant les autorités judiciaires »²⁸⁻²⁹. Par contre, la

²³ Cf. *infra*, note infrapaginale n° 69.

²⁴ Cour eur. D. H., 22 juillet 2003, *Edwards et Lewis/Royaume-Uni*, requêtes n°s 39647/98 et 40461/98 ; Cour eur. D. H., 16 février 2000, *Jasper c. Royaume-Uni* ([GC], requête n° 27052/95).

²⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, Vol. 1, Articles 1 à 6 de la Convention, coll. Les dossiers du J.T., n° 57, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 177.

²⁶ Nous soulignons.

²⁷ Nous soulignons.

²⁸ Cour eur. D. H., 22 juillet 2003, *Edwards et Lewis/Royaume-Uni*, § 53.

²⁹ En matière pénale, lorsque des pièces du dossier répressif demeurent confidentielles à l'égard du prévenu, la Cour européenne des droits de l'homme a témoigné de son vif intérêt pour le procédé dit de l'*avocat spécial* : Cour eur. D. H. [GC], 27 octobre 2004, *Edwards et Lewis/Royaume-Uni*, §§ 43-45 ; Cour eur. D. H., 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, requête n° 22414/93 ; Cour eur. D. H., 16 février 2000, *Jasper c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 27052/95 ; Cour eur. D. H., 16 février 2000, *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, requête n° 28901/95 ; Cour eur. D. H., *Tinnelly c. Royaume-Uni*, 10 juillet 1998, Recueil 1998-IV. Voy. J.-P. BUYLE, « La production forcée de documents au regard du secret et de

Cour européenne des droits de l'homme affirme très clairement qu'aucune garantie procédurale particulière ne peut compenser le fait qu'une pièce ou un témoignage ayant servi à asseoir de quelconque manière la conviction du juge pénal n'ait pas été soumis à la contradiction des parties³⁰. L'arrêt, précité, du 15 février 2007 (*cf. supra*, n° 3) ne change rien à cette conclusion.

9. En droit interne, la loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins³¹⁻³², comme son nom l'indique, permet dans certaines conditions strictes qu'un témoin soit couvert d'un anonymat complet (86*bis* C.I.Cr.), aucune contradiction n'étant alors envisageable. L'article 189*bis*, alinéa 3, nouveau, du Code d'instruction criminelle (« C.I.Cr. »), introduit par la loi du 8 avril 2002, précise cependant que « [l]a condamnation d'une personne ne peut être fondée de manière exclusive, ni dans une mesure déterminante, sur des témoignages anonymes obtenus en application des articles 86*bis* et 86*ter*. Ces derniers doivent être corroborés dans une mesure déterminante par des éléments recueillis par d'autres modes de preuve »³³. Sans cette précision, la législation belge aurait nécessairement été en contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : « La Cour européenne des droits de l'homme a estimé sans la moindre équivoque que, même s'il est satisfait aux garanties ci-avant, une condamnation en matière pénale ne peut pas être fondée uniquement, ni même dans une mesure déterminante, sur un témoignage anonyme »³⁴.

la confidentialité », *R.D.C.B.*, 2013/10, numéro spécial dans le cadre du Congrès RDCB du 4 décembre 2013, p. 1084.

³⁰ Cour eur. D. H., 20 février 1996, *Doorson c. Pays-Bas*.

³¹ Loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins, *M.B.*, 31 mai 2002, p. 23725.

³² Sur cette notion, voy. e.a. H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6^e éd., Bruges, La Charte, 2010, pp. 587 et s. ; M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, « La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins », *Rev. dr. pén. crim.*, 2002, pp. 715-744 ; A DE NAUW, « De wet op de anonymiteit van de getuigen », *R.W.*, 2002-2003, pp. 921 et s. ; F. SCHUERMANS, « Témoins anonymes », *Vigiles*, 2002, pp. 74-84 ; Chr. DE VALKENNER, *Manuel de l'enquête pénale*, 4^e éd., Larcier, 2011, pp. 118-142 ; M. GUERRIN, « Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droit de l'homme », *Revue trim. D. H.*, 2002, pp. 45 et s.

³³ *Adde* art. 326, al. 3, C.I.Cr. : « Le cas échéant, le président [de la cour d'assises] avertit les jurés que les témoignages qui ont été obtenus en application des articles 86*bis*, 86*ter*, 112*bis*, § 6, 294, 298, § 5, et 299, §§ 4 et 5, ne peuvent être pris en considération comme preuve que pour autant qu'ils soient corroborés dans une mesure déterminante par d'autres moyens de preuve ».

³⁴ Projet de loi relatif à l'anonymat des témoins, *Doc. Parl.*, Ch., 2000-2001, n° 50-1185/001, p. 15. Voy. aussi Cour eur. D.H., 15 février 2007, *Verdu c. Espagne*, §§ 25-27.

10. En ce qui concerne les méthodes particulières³⁵⁻³⁶ de recherches, un dossier confidentiel est constitué séparément du dossier d'instruction afin de garder secrets les moyens techniques et les techniques policières utilisées. La chambre des mises en accusation est responsable de contrôler la légalité de ces mesures (art. 235^{ter} C.I.Cr.), lors d'une procédure non contradictoire.

L'article 235^{ter} C.I.Cr. dispose : « ... § 3. ... Seuls les magistrats de la chambre des mises en accusation ont le droit de consulter ce dossier confidentiel. Le président de la chambre des mises en accusation prend les mesures nécessaires en vue d'assurer la protection du dossier confidentiel. Il le restitue immédiatement au ministère public après en avoir pris connaissance. § 4. L'arrêt de la chambre des mises en accusation **ne peut pas faire mention du contenu du dossier confidentiel, ni du moindre élément susceptible de compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête policière** utilisés ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat de l'indicateur, des fonctionnaires de police chargés de l'exécution de l'observation ou de l'infiltration et du civil visé à l'article 47^{octies}, § 1er, alinéa 2 »³⁷.

Par conséquent, dans la situation visée à l'article 235^{ter} C.I.Cr., si la chambre des mises en accusation conclut à l'illégalité de méthodes particulières de recherche, elle ne peut motiver son arrêt en renvoyant explicitement aux irrégularités constatées dans le dossier.

Adde H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 489.

³⁵ A. JACOBS, « La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2004/1, p. 16 : « Les méthodes particulières de recherche se caractérisent, d'une part, par leur caractère secret et, d'autre part, par le fait qu'elles sont susceptibles de porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux ainsi que d'empiéter sur les principes de base de la procédure pénale » (contradictoire, loyauté de la collecte des preuves,...). On entend par *méthodes particulières de recherche* par exemple l'observation ou l'infiltration policières.

³⁶ Sur cette notion, voy. e.a. M. NÈVE et M.-A. BEERNAERT, op. cit., p. 15 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, op. cit., pp. 644 et s. ; H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., pp. 475 et s. ; M. DE RUE et Chr. DE VALKENNEER, *Les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête*, coll. Les dossiers du J.T., n° 66, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, 208 p. ; Chr. DE VALKENNEER, *Manuel de l'enquête pénale*, op. cit., pp. 237 et s. ; A. DE NAUW, *De groeipijen van het stafrecht*, Bruges Die Keure, 2007, pp. 59-108 ; A. JACOBS, op. cit., *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2004/1, pp. 15-129.

³⁷ « **Art. 47^{octies}.** ... L'infiltrant peut, dans des circonstances exceptionnelles et moyennant l'autorisation expresse du magistrat compétent, recourir brièvement, dans le cadre d'une opération spécifique, à l'expertise d'une personne externe aux services de police si cela s'avère absolument indispensable à la réussite de sa mission ».

11. Nous ne nous attardons pas davantage à ces exceptions au principe du contradictoire qui ne concernent pas le secret d'affaires. Le législateur les a confinées dans d'étroites et justes limites : certes, fût-ce dans le cadre d'une procédure pénale, le principe du contradictoire peut être écorné, mais uniquement à la condition que l'utilisation d'informations confidentielles soit absolument nécessaire et ne constitue pas l'essentiel des éléments ayant fondé la conviction du juge pénal. Ce sont ces mêmes conditions qui ont balisé le raisonnement de la Cour constitutionnelle dans le cadre de son arrêt, précité, du 19 septembre 2007³⁸.

B. – L'accès au dossier répressif

12. Le droit d'accéder au dossier est considéré par la Cour de cassation³⁹, de même que par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁰, comme un préalable essentiel à l'organisation d'un procès pénal équitable, lequel suppose notamment le droit à un recours effectif et le respect des droits de la défense (article 6 CESDH)⁴¹.

1. Phase d'information préliminaire

13. Au stade de l'information, depuis le 10 février 2013 et l'entrée en vigueur de la loi du 27 décembre 2012⁴², les dossiers d'enquête pénale peuvent faire l'objet d'une demande d'autorisation de consultation et même de photocopie⁴³. D'ailleurs, il est dorénavant possible de demander

³⁸ Cf. *supra*, note infrapaginale n° 4.

³⁹ Cass., 5 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 111, p. 283 ; *Rev. Dr. pén.*, 1996, p. 634 ; Cass., 15 décembre 2004, R.G. n° P. 04.1189.F, *Pas.*, 2004, n° 612, p. 1985, avec les conclusions de M. l'avocat général R. LOOP ; *J.T.*, 2004, p. 4., *NjW*, 2005, p. 766, note J. DEENE, *Rev. Dr. pén.*, 2005, p. 331 ; Cass., 10 octobre 2007, R.G. n° P. 07.0864.F., *Pas.*, 2007, n° 472, p. 1754, avec les conclusions de M. l'avocat général D. VANDERMEERSCH.

⁴⁰ Cour eur. D.H., *Menet c. France*, 14 juillet 2005.

⁴¹ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *op. cit.*, p. 1305 ; O. KLEES et D. VANDERMEERSCH, « La réforme "Franchimont" ? Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », *J.T.*, 1998, n° 5886, pp. 431-434 ; G. MAES, « De inzage in het strafdossier », *R.W.*, 1998-1999, pp. 481-490.

⁴² Loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 31 janvier 2013, p. 5286, entrée en vigueur dix jours plus tard en vertu de l'article 4, alinéa 2, de la loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires.

⁴³ F. KONING, « Les éléments de procédure pénale revisités par la loi du 27 décembre 2012 », *J.T.*, 2013, n° 6526, pp. 445 et s. Voy. p. 446 : « La réforme majeure, à notre estime, instaurée par la loi du 27 décembre 2012 consiste en effet à permettre, depuis le 10 février

cette autorisation à toutes les étapes de la procédure⁴⁴. Toutefois, aucun recours n'est possible contre un refus du ministère public vis-à-vis de cette demande.⁴⁵

2. Phase d'instruction judiciaire

14. Au stade de l'instruction, malgré le caractère secret de celle-ci (même vis-à-vis des parties en cause), il existe des règles spécifiques organisant l'accès au dossier.

En vertu du nouvel article 21*bis* du C.I.Cr.⁴⁶, toute personne directement concernée⁴⁷ peut demander l'autorisation d'accéder au dossier mais l'obtention de cet accès n'est pas automatique.⁴⁸⁻⁴⁹

15. L'article 61*ter*, § 3, première phrase, du C.I.Cr., dans son libellé issu de la loi précitée du 27 décembre 2012, circonscrit dans les termes suivants cette possibilité d'accès : « Le juge d'instruction peut interdire la

2013, aux personnes susmentionnées de demander l'autorisation d'obtenir une photocopie du dossier d'enquête pénale, qu'il soit à l'instruction auprès d'un juge d'instruction ou à l'information auprès du parquet ou à tout autre stade de la procédure ».

⁴⁴ Art. 21*bis*, nouveau, du Code d'instruction criminelle, introduit par l'article 24 de la loi, précitée, 27 décembre 2012 :

« **Art. 21*bis*.** Sans préjudice des dispositions des lois particulières et de l'application des articles 28*quinquies*, § 2, 57, § 2, et 127, § 2, il est statué sur la demande de la personne directement intéressée de consulter le dossier ou d'en obtenir copie par le juge d'instruction, conformément à l'article 61*ter*, ou par le ministère public, en fonction de l'état de la procédure.

Est considérée comme personne directement intéressée : l'inculpé, la personne à l'égard de laquelle l'action publique est engagée dans le cadre de l'instruction, la personne soupçonnée, la partie civilement responsable, la partie civile, celui qui a fait une déclaration de personne lésée, ainsi que ceux qui sont subrogés dans leurs droits ou les personnes qui les représentent en qualité de mandataire ad hoc, de curateur, d'administrateur provisoire, de tuteur ou de tuteur *ad hoc*.

Dans tous les autres cas, la décision sur l'autorisation de consulter le dossier ou d'en obtenir copie est prise par le ministère public, même pendant l'instruction ».

⁴⁵ F. KONING, *op. cit.*, J.T., n° 6526, p. 447. Une action en référé est considérée, par l'auteur, comme une solution possible à l'absence (selon lui discriminatoire) de recours.

⁴⁶ Cf. *supra*, note infrapaginale n° 44.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ O. KLEES et D. VANDERMEERSCH, « Chronique de jurisprudence : Un an d'application de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », J.L.M.B., 1999/37, p. 1588 ; H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, pp. 689 et s.

⁴⁹ En revanche avant une comparution devant la chambre du conseil se réunissant en vue de statuer sur le maintien d'une détention préventive, l'inculpé détenu et son conseil ne peuvent se voir refuser l'accès au dossier.

consultation ou la copie du dossier ou de certaines pièces **si les nécessités de l'instruction le requièrent, ou** si la consultation présente un **danger pour les personnes ou porte gravement atteinte à leur vie privée** ou que le requérant ne justifie **pas** d'un **motif légitime** pour consulter le dossier. [...] ».

Le juge d'instruction possède donc un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne le refus d'accès au dossier (ou à des parties de celui-ci).

Deux motifs retiennent particulièrement notre attention.

L'accès peut être refusé en l'absence de motif légitime de la partie requérante. Ceci vise singulièrement la partie civile. Avant de se prononcer sur la demande d'accès au dossier, le juge d'instruction devra donc en réalité se prononcer sur l'intérêt légitime même dont cette partie a dû se prévaloir pour justifier sa constitution de partie civile. Le juge d'instruction devra notamment vérifier l'absence d'abus ou de mauvaise foi⁵⁰⁻⁵¹. Le cas topique serait celui où la constitution de partie civile n'aurait d'autre justification que la seule volonté d'avoir accès au dossier d'un concurrent.

Le juge d'instruction doit également procéder à une balance des intérêts en présence : droit d'accès contre protection de la vie privée. La protection de la vie privée étant, on l'a vu, le porte-manteau ultime auquel est suspendue la cape du secret d'affaires, il pourrait être tentant, pour le magistrat instructeur, de refuser un accès au dossier (ou à une partie de celui-ci) pour protéger les secret d'affaires de personnes impliquées.

16. L'étendue de l'accès accordé au dossier peut différer entre les parties suivant leurs intérêts respectifs.

Cette modulation de l'accès au dossier répressif est acceptée par la Cour constitutionnelle : « Il n'est [...] pas déraisonnable, par rapport au secret de l'instruction, que le législateur ait subordonné à certaines conditions la consultation du dossier répressif par la partie civile, au stade de l'instruction préparatoire »⁵².

⁵⁰ O. KLEES et D. VANDERMEERSCH, « La réforme "Franchimont" ? Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », *op. cit.*, pp. 431-434.

⁵¹ De surcroît, l'article 460ter du Code pénal incrimine l'usage abusif du droit de consultation du dossier répressif.

⁵² C. Arb., 18 juillet 1997, n° 54/97.

17. L'ordonnance motivée du juge d'instruction sur l'accès au dossier est susceptible d'appel (61^{ter}, §§ 5 et 6, C.I.Cr) mais non, en règle, d'un pourvoi en cassation⁵³⁻⁵⁴.

Que l'accès ait été refusé ou non, la demande ne pourra être renouvelée dans la même procédure moins de trois mois depuis la dernière décision sur cette question.

3. Clôture de l'instruction – Juridictions de jugements

18. Lorsque le procureur du Roi a établi son réquisitoire en vue du règlement de procédure, un accès inconditionnel à la totalité du dossier est accordé à toutes les parties et leurs conseils pendant au moins quinze jours avant l'audience. Elles ont aussi la possibilité de lever une copie du dossier⁵⁵⁻⁵⁶.

Au final, tôt ou tard, les parties ont donc accès à l'ensemble du dossier qui sera soumis au juge du fond, sous la seule réserve d'exceptions qui ne sont que périphériques pour note sujet (*cf. supra*, n^{os} 9-10). Il n'est donc pas certain que le sursis accordé par le juge d'instruction à la consultation du dossier soit réellement de nature à conjurer le risque d'atteinte grave à la vie privée.

C. – Les perquisitions-saisies

19. Il ne peut s'agir ici d'examiner, même superficiellement, la procédure de perquisition en tant que telle. Notre seul propos est d'en prendre prétexte pour souligner un traitement procédural différent du secret professionnel et du secret d'affaires.

20. On sait que si aucune disposition légale ne régit les perquisitions chez un avocat ni, d'ailleurs, chez tout autre dépositaire de secrets professionnels, les exigences inhérentes au secret professionnel des membres

⁵³ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *op. cit.*, pp. 454-455.

⁵⁴ Il est également possible, pour un tiers ou une partie, de demander au procureur général ou, le cas échéant, au procureur fédéral, de communiquer certains documents relatifs au dossier ou le dossier lui-même (art. 125 et 144^{bis} du règlement général sur les frais de justice en matière répressive [arrêté royal du 28 décembre 1950]). Voy. aussi art. 1380, al. 2, nouveau, du Code judiciaire.

⁵⁵ H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 736.

⁵⁶ Art. 127, § 2, C.I.Cr.

du barreau ont suscité des usages qui ont permis d'entourer ce type de perquisition de garanties spécifiques⁵⁷.

Ces usages requièrent que le juge agisse avec circonspection, c'est-à-dire sur la base de présomptions, sinon de preuves, suffisantes.

En outre, la perquisition doit avoir une cible aussi précise que possible et être proportionnée aux besoins de l'instruction de façon à ce que ne soient pas saisis de dossiers ne présentant aucun lien avec l'affaire qui a justifié la mesure. En toute hypothèse, la correspondance entre l'avocat et son client ne peut jamais être saisie.⁵⁸

Ces mêmes usages requièrent que la perquisition se fasse en présence du bâtonnier ou d'un de ses représentants en plus de l'avocat concerné. La Cour de cassation a reconnu cet usage et a délimité la mission du bâtonnier ou de son représentant : « La présence du bâtonnier ou d'un membre du Conseil de l'ordre qu'il a désigné, lors d'une perquisition dans le cabinet d'un avocat, constitue un usage constant. Le bâtonnier ou la personne désignée par celui-ci doit veiller à ce que l'instruction et la saisie éventuelle ne concernent pas des pièces auxquelles s'applique le secret professionnel. Il prendra connaissance des pièces que le juge d'instruction souhaite examiner ou saisir et donnera son avis sur ce qui relève ou non du secret professionnel. Le juge d'instruction n'est pas lié par le point de vue du bâtonnier et décide en dernière instance si un document est saisi ou non »⁵⁹.

21. Contrairement au secret professionnel, le secret d'affaires, en matière pénale, n'est protégé par aucun usage spécifique ni semble-t-il par une pratique jurisprudentielle.

Le risque d'atteinte aux secrets d'affaires n'est pas que théorique. Ne serait-ce que par manque de temps, il n'est pas rare qu'au cours d'une perquisition les autorités judiciaires se saisissent sans discernement de tous les documents trouvés même si ceux-ci s'avèrent en définitive dénués de pertinence⁶⁰. Certes, un tri sera fait et les éléments non pertinents pour l'enquête seront restitués aux personnes concernées, le cas échéant après

⁵⁷ Voy. p.e. A. JACOBS et P. HENRY, « Non, les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données ! », note sous Cour eur. D.H., 24 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2009/19, p. 871, n° 3 et la note infrapaginale n° 9. Voy. aussi D. VAN GERVEN, « Het beroepsgeheim van de advocaat », *T.P.R.*, 2012, liv. 4, pp. 1413-1506.

⁵⁸ Cour eur. D. H., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, *Rev. Trim D.H.*, 1993, p. 467.

⁵⁹ Cass., 24 avril 2012, R.G. n° P. 12.0064.N, *Pas.*, 2012, n° 251 p. 888 (891). Voy. aussi Cass., 18 mai 2006, R.G. n° D.05.0015.N., *Pas.*, 2006, n° 281, p. 1159.

⁶⁰ F. LUGENTZ, « Les perquisitions en matière économique et financière – Première partie », *Rev. dr. pén. entr.*, 2009/1, pp. 39-40.

l'exercice d'un recours⁶¹. Mais, d'une part, il ne s'agira jamais que d'une mesure *a posteriori* et, d'autre part, le pouvoir d'appréciation des magistrats est particulièrement large⁶².

D. – La publicité devant le juge du fond

1. La publicité des audiences et des débats

22. Le juge du fond a le devoir d'apprécier la valeur probante des éléments de preuve, y compris les informations qui ont peut-être un temps été traités comme étant confidentielles⁶³.

Les articles 148 et 149 de la Constitution, l'article 6.1 de la CESDH et l'article 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacrent le principe de la publicité des audiences et des débats des juridictions.

Il existe des exceptions légales à ce droit fondamental, parmi lesquelles la protection de la vie privée des parties au procès⁶⁴.

Toutefois, l'article 148 de la Constitution n'autorise le huis clos que pour protéger l'ordre public et les bonnes mœurs et le Code d'instruction criminelle ne protège la vie privée que dans des causes concernant les attentats à la pudeur ou les viols (art. 190, alinéa 1^{er}, C.I.Cr.). On aperçoit mal ici – sauf à prétendre que la Constitution viole la CESDH – comment l'interprétation ingénieusement extensive de la notion de vie privée (*cf. supra*, n° 3) pourrait justifier que soit ordonné un huis clos pour protéger d'éventuels secrets d'affaires.

2. La publicité du prononcé

23. Tout jugement doit être prononcé en audience publique même si le huis clos a été ordonné durant les audiences. Aucune exception ne déroge à ce principe prescrit à la fois par l'article 149 de la Constitution,

⁶¹ Art. 28*sexies* (au niveau de l'information judiciaire) ou 61*quater* (au niveau de l'instruction judiciaire) C.I.Cr.

⁶² M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *op. cit.*, pp. 534-535.

⁶³ *Ibid.*, pp. 1142-1160 ; D. VANDERMEERSCH, « L'appréciation de la preuve et la motivation du verdict de culpabilité », in *La réforme de la Cour d'assises*, Anthemis, 2011, p. 124 ; Cass., 13 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 690 ; Cass., 5 septembre 1995, RG n° P. 94.294.N, *Pas.*, I, n° 365, p. 772 ; *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 429 ; Cass., 31 octobre. 2006, P. 06.0927.N, *Pas.*, 2006, n° 530, p. 2230 [sommaire].

⁶⁴ Cour eur. D. H., *Diennet c. France*, 26 septembre 1995, série A n° 325-A.

l'article 6.1 de la CESDH et 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Si, d'une manière ou d'une autre, un secret d'affaires était mentionné dans un jugement, il n'existerait aucune protection pour son détenteur.

III. – La procédure civile

A. – Rappel des principes directeurs du procès civil

1. Le principe dispositif

24. À la différence de la procédure (inquisitoire) pénale où le juge d'instruction instruit à charge et à décharge, la procédure civile est accusatoire. Ce sont les parties qui décident de ce qu'elles apportent au litige comme preuves. En application du principe dispositif le juge doit normalement se tenir à ce qui lui est demandé et communiqué. Il s'opère donc un premier filtre des informations effectué par les parties elles-mêmes : « Le procès civil est "la chose des parties" [...]. Ce sont elles qui, en règle, introduisent la demande [...], fixent les limites (parties, objet et cause) du litige soumis au juge [...], assument la direction de la procédure et décident d'y mettre fin, notamment par désistement d'action ou d'instance ou encore par transaction, avant qu'une décision soit rendue [...] »⁶⁵.

Il faut cependant tempérer ce principe par d'autres qui prennent de plus en plus d'importance, notamment « [l]es nouveaux principes directeurs du procès civil que sont la célérité et la loyauté procédurale » qui « trouvent aussi à s'appliquer en matière de preuve »⁶⁶. Ces principes émergents constituent de réels obstacles au respect des secrets d'affaires. Dès lors que chaque partie se doit d'apporter sa contribution à *l'œuvre de la vérité judiciaire*⁶⁷, l'une d'elles ne pourrait justifier sa passivité par le seul fait que la charge de la preuve incomberait à la partie adverse⁶⁸.

⁶⁵ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, R.C.J.B., 2011/1, p. 97, n° 5.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 94, n° 1. Dans le même sens : B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, *op. cit.*, R.D.C.B., 2013/10, numéro spécial dans le cadre du Congrès RDCB du 4 décembre 2013, p. 1060, n° 6. Voy. cependant G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, R.C.J.B., 2011/1, p. 103, n° 10.

⁶⁷ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1987, n° 476, p. 353.

⁶⁸ G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, « Culture et droit processuel – Rapport belge », in *Droit et culture*, Journées internationales Henri Capitant 2008, p. 8.

2. Le principe du contradictoire

25. Le principe du contradictoire est un principe du droit interne⁶⁹. Il « est “le” pilier de notre procédure civile »⁷⁰ mais il est également un élément essentiel au respect de l'article 6 de la CESDH. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme estime que le principe du contradictoire implique « le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce, toutes observations soumises au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision et de la discuter »⁷¹.

Ce principe s'oppose à ce que le moindre document, la moindre note, qui puissent d'une manière ou d'une autre avoir un impact sur la décision du juge saisi, soient dissimulés à une des parties alors qu'ils sont portés à la connaissance de la juridiction saisie et versés au dossier de procédure. L'article 736 du Code judiciaire ne prévoit d'ailleurs aucune exception à l'obligation des parties de se communiquer les pièces dont elles entendent faire usage.

26. L'arrêt, précité (*cf. supra*, n° 3), rendu le 15 février 2007 par la Cour européenne des droits de l'homme⁷² ne contient qu'une très légère atténuation du caractère inconditionnel du principe du contradictoire : ne viole pas le droit à un procès équitable le fait qu'a été soumis à un juge un acte de procédure dont il apparaît en définitive qu'il « n'aurait pu avoir aucune incidence sur l'issue du litige » (§ 27 de l'arrêt)⁷³.

La Cour a récemment rappelé cette jurisprudence en soulignant le caractère restrictif : « le droit à une procédure contradictoire ne revêt pas un caractère absolu et son étendue peut varier en fonction notamment des spécificités de la procédure en cause. Dans quelques affaires **aux circonstances très particulières**⁷⁴, la Cour a estimé, par exemple, que la

⁶⁹ Prudemment, nous n'utilisons pas à dessein l'expression de principe général du droit au sens technique du terme. Il est en effet difficile de lui donner une spécificité distincte de celle du principe des droits de la défense qui lui, pour le coup, est un principe général du droit. Voy. I. VEROUSTRATE, J.-F. LECLERCQ, A. BOSSUYT et Th. ERNIQUIN, *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2002 – 2003*, pp. 216-220 et pp. 225-228. Voy aussi A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, n° 6201, p. 733 et la note infrapaginale n° 180.

⁷⁰ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2011, p. 97, n° 13.

⁷¹ Cour eur. D.H., 18 octobre 2007, *Asnar c. France* ; Cour eur. D.H., 26 juin 1993, *Ruiz-Martino c. Espagne*, § 63.

⁷² Cour eur. D.H., 15 février 2007, *Verdu c. Espagne*, §§ 25-27 ; *J.T.*, 2007, p. 543, obs. J-Fr. VAN DROOGHENBROECK.

⁷³ Cette légère entorse a d'ailleurs donné lieu à une sévère critique des juges Lorenzen et Villiger.

⁷⁴ Nous soulignons.

non-communication d'une pièce de la procédure et l'impossibilité pour le requérant de la discuter n'avaient pas porté atteinte à l'équité de la procédure, dans la mesure où cette faculté n'aurait eu **aucune incidence sur l'issue du litige et**⁷⁵ **où la solution juridique retenue ne prêtait guère à discussion**⁷⁶ »⁷⁷.

La Cour a eu l'occasion de tempérer sèchement l'ardeur de certains États trop prompts à invoquer une jurisprudence qui constitue un ajustement bien plus qu'un revirement : « The Court notes that in Verdú Verdú, cited above, it **seemed to adopt**⁷⁸ a less strict approach by examining whether the applicant's response could have had any influence on the impugned decision (§§ 27-28). The Court, however, firstly takes note of the special circumstances of that case and the explicit reference to those special circumstances in that case (see Verdú Verdú, cited above, § 28). It further observes that in its subsequent decisions it has confirmed its established case-law »⁷⁹.

3. Nécessaire conciliation des deux principes

27. Chaque partie aura donc en principe la liberté – en vertu du principe dispositif – de produire ou non les pièces qu'elle estime pertinentes. Chaque fois cependant que l'une d'elles estimera la production d'une pièce nécessaire à la défense de ses droits, elle ne pourra le faire qu'en l'offrant à la contradiction de l'autre partie à qui elle ne pourra pas ne pas la divulguer.

Les parties sont donc amenées à faire une balance des intérêts entre leur volonté de protéger leurs secrets d'affaires et l'éventuelle nécessité de les divulguer pour soutenir leur procès : « Le principe du contradictoire s'oppose ... à toute cachoterie de la part d'une partie : dès lors qu'elle prend l'initiative de soumettre certains éléments au tribunal, elle doit aussi les porter à la connaissance de la partie adverse »⁸⁰.

⁷⁵ On notera le caractère cumulatif de ces conditions.

⁷⁶ Nous soulignons.

⁷⁷ Cour eur. D.H., 5 septembre 2013, requête n° 9815/10, *Čepek c. République tchèque*, § 46. Voy. aussi Cour eur. D.H., 18 février 2010, requête n° 22584/06, *Baccichetti c. France*, § 31 ; Cour eur. D.H., 3 juillet 2008, requête n° 20728/05, *Vokoun c. République tchèque*, § 26.

⁷⁸ Nous soulignons.

⁷⁹ Cour eur. D.H., 24 février 2011, requêtes nos 33908/04, 7937/05, 25249/05, 29402/05 et 33571/06, *BENet Praha, spol. s r.o. c. République tchèque*, § 140.

⁸⁰ D. MOUGENOT, « Le secret d'affaires et ses implication en droit judiciaire », note sous comm. Tongres (réf.), 13 février 2007 et Anvers, 20 novembre 2007, *R.D.J.P.*, 2009, liv. 3, p. 114.

Dans sa stratégie judiciaire, chaque partie devra en outre tenir compte du « rôle actif du juge en matière de mesures d'instructions. ... La conjugaison du pouvoir d'initiative du juge et du principe du contradictoire peut ...avoir des effets dévastateurs en matière de respect de la confidentialité de certaines données ».

B. – Intervention volontaire à titre conservatoire ou agressive d'un tiers

28. Tout comme la constitution de partie civile dans la procédure pénale (cf. *supra*, n° 15), la procédure civile s'expose à l'immixtion de tiers dans une procédure en cours. Dans le cadre de la procédure civile, cette immixtion prendra la forme d'une requête en intervention volontaire. « L'intervention volontaire est le fait d'une personne qui, de son propre mouvement, se mêle à une instance qu'elle n'a pas introduite ou qui n'est pas dirigée contre elle, soit pour faire déclarer que le droit litigieux lui appartient, soit pour s'assurer la conservation de ses droits, qui pourraient être compromis par le résultat de l'instance »⁸¹.

Comme toute action, l'intervention est recevable dès lors que l'intervenant « justifie [...] d'un intérêt matériel ou moral »⁸², étant entendu que la jurisprudence appréciera plus ou moins sévèrement l'intérêt de l'intervenant selon que son intervention est agressive ou simplement conservatoire⁸³.

29. L'intervention volontaire peut venir singulièrement bousculer les attentes procédurales des parties originaires. L'intervenant aura notamment accès à un dossier construit, par hypothèse, sans prendre en considération l'éventuelle intervention d'un tiers.

Ce tiers pourra le cas échéant être un concurrent dont le principal intérêt sera d'avoir accès au dossier de procédure et aux pièces de toutes les parties.

30. La propension bien compréhensible des juridictions à joindre les exceptions au fond – chaque décision interlocutoire faisant courir le risque d'un recours de nature à démultiplier les procédures – contribue à faciliter ce parasitage procédural. Même si son intervention est finalement

⁸¹ D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, in *Répertoire notarial*, t. XIII, liv. 0, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 327, p. 250.

⁸² *Ibid.*, n° 328, p. 250.

⁸³ *Ibid.*, n°s 329-330, pp. 250-251.

rejetée, le tiers intervenant aura eu un accès très large à l'information, en ce compris à une information qui ne lui était pas destinée.

La seule parade à ces interventions intempestives suppose que les juridictions acceptent de se faire violence et d'examiner, le cas échéant dans une décision préalable et spécifique, la recevabilité de l'intervention.

C. – Mesures d'instruction

31. On l'a dit (*supra*, n° 27), le principe dispositif n'est pas absolu : il est balisé par le droit d'initiative du juge, lequel peut également être amené à réserver suite aux demandes d'une partie qui s'estime insuffisamment informée par son adversaire. Lorsqu'une partie prend l'initiative de lancer une procédure, elle s'expose donc à être contrainte à se dévoiler plus qu'elle ne le souhaitait, étant entendu qu'elle-même pourrait être amenée à solliciter l'aide du juge contre une partie défenderesse peu coopérative.

Qu'il agisse d'office ou sur demande, le juge apprécie souverainement l'opportunité et la pertinence de la mesure qu'il pourrait être amené à ordonner⁸⁴. Le juge doit notamment être attentif aux possibles tentatives d'abus de procédure de la part les parties⁸⁵.

1. Production (forcée) de document

32. L'article 877 du Code judiciaire⁸⁶ permet au juge de contraindre une partie à produire un ou plusieurs documents mais à la condition expresse que ceux-ci soient clairement identifiés et qu'ils soient pertinents pour la solution du litige. « [H]ormis dans les cas prévus par la loi (p.e. la saisie-description en matière de droits intellectuels), le juge civil ne peut ordonner une mesure ayant pour effet de rechercher, d'identifier ou d'individualiser des éléments inconnus de preuve, utiles à la solution du litige. C'est ce qu'expriment la doctrine ... et la jurisprudence ... lorsqu'elles rejettent, en les qualifiant de "perquisition civile" ou de "fishing expedition", les demandes de production d'éléments de preuve formulées de manière générale »⁸⁷.

⁸⁴ G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, *op. cit.*, in *Droit et culture*, Journées internationales Henri Capitant 2008, p. 9.

⁸⁵ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, R.C.J.B., 2011, p. 116, n° 22.

⁸⁶ « **Art. 877.** Lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner que ce document ou une copie de celui-ci certifiée conforme, soit déposé au dossier de la procédure ».

⁸⁷ Bruxelles, 17 décembre 2008, R.G. n° 2008/AR/90, <http://www.cass.be>.

33. Il arrive que le motif implicite et parfois unique qui se cache derrière une demande de production de documents réside dans la volonté d'un agent de l'activité économique de prendre connaissance des secrets d'affaires d'un de ses concurrents.

Le prof. A. Puttemans évoque par exemple « le cas de fabricants ou d'importateurs exclusifs en Belgique, de produits qui sont souvent des produits de marque, assignant certains commerçants – en général des grandes surfaces – dans le but de connaître leur fournisseur par importation parallèle – pour prendre ensuite, on peut l'imaginer, des mesures propres à empêcher désormais ce type d'importation »⁸⁸.

34. En vue d'éviter cette instrumentalisation de la procédure, certains auteurs proposent d'assortir cette mesure d'instruction de conditions empêchant l'autre partie de prendre connaissance d'informations confidentielles. Cette proposition permettrait de concilier le devoir de collaboration à l'administration de la preuve des parties avec le respect des secrets d'affaires.

Le juge saisi puiserait la possibilité de modaliser une production de documents dans l'article 879, aliéna 1^{er}, du Code judiciaire qui dispose : « Le jugement qui ordonne la production d'un document en original ou en copie indique l'identité de la partie ou du tiers qui doit faire cette production ainsi que les **modalités** et le délai dans lesquels elle doit avoir lieu »⁸⁹.

La pratique a ainsi vu se développer des productions de documents où une partie occultait certaines données confidentielles, le cas échéant sous le contrôle du juge (mais sans contrôle de la partie adverse) voire où cette occultation était le fait d'un tiers. On songe encore à la pratique du constat d'huissier où une partie, à défaut de produire un original intégral, peut au moins produire en copie un extrait certifié en une forme authentique⁹⁰.

On est cependant frappé par la rareté de la jurisprudence citée par les auteurs. La jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, n° 26) et l'arrêt de la Cour de cassation du 2 novembre 2012⁹¹, dont il sera question ci-après (*infra*, n° 25), ne laissent d'ailleurs

⁸⁸ A. PUTTEMANS, « La réglementation de la vente à perte », *J.T.*, 1991, p. 236.

⁸⁹ En ce sens : J.-P. BUYLE, *op. cit.*, *R.D.C.B.*, 2013/10, numéro spécial dans le cadre du Congrès RDCB du 4 décembre 2013, p. 1082.

⁹⁰ Sur ces pratiques, et d'autres, voy. *ibid.*, pp. 1083-1085 ; B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, *op. cit.*, *R.D.C.B.*, 2013/10, numéro spécial dans le cadre du Congrès RDCB du 4 décembre 2013, pp. 1066-1074, nos 25-49.

⁹¹ Cass., 2 novembre 2012, *Pas.*, RG n°C.11.0018.N, n° 587, p. 2092 ; *J.T.*, 2013, n° 6512, p. 174, note E. DE LOPHEM ; *T.B.O.*, 2013/2, p. 84, note T. TOREMAN et T. DUPON.

que peu de possibilités pour une procédure de production de documents où toutes les parties ne s'affronteraient pas sur la base d'un même dossier.

Certes il sera toujours loisible à une partie de ne produire que partiellement une pièce, mais le juge restera libre soit d'ordonner la production d'une version intégrale soit, en cas de refus de la partie concernée, de ne pas avoir égard à une pièce tronquée.

2. L'expertise judiciaire

35. La matière du secret d'affaires les procédures judiciaires donne lieu à des commentaires fouillés et créatifs⁹². La question du secret d'affaires à l'occasion d'une expertise a cependant connu une évolution décisive suite à l'arrêt, précité, de la Cour de cassation du 2 novembre 2012.

Une partie demanderesse souhaitait faire état, dans le cadre d'une expertise, de pièces contenant des secrets d'affaires. La cour d'appel a estimé cette demande légitime et a mis en place une procédure *ad hoc* où toutes les pièces seraient inventoriées mais ne pourraient être consultées que dans le cadre d'un local de consultation des données (« data room »). Selon le protocole mis en place « les parties peuvent uniquement consulter les documents repris dans le local de consultation des données et la copie ou la prise de notes sous quelque forme que ce soit est exclue ». Les parties doivent en outre signer un accord de confidentialité.

Il ne s'agit là que du noyau de la procédure mise en place dont les autres modalités tendaient à atténuer le plus possible cette entorse faite au principe du contradictoire pur et simple.

La Cour de cassation rejettera le pourvoi et admettra donc que le principe du contradictoire peut connaître des tempéraments.

Cette entorse aux droits de la défense est cependant beaucoup plus modeste qu'il n'y paraît.

Voy. aussi B. ALLEMEERSCH et W. VANDENBUSSCHE, *op. cit.*, *R.D.C.B.*, 2013/10, numéro spécial dans le cadre du Congrès RDCB du 4 décembre 2013, pp. 1066-1070, n°s 25-34.

⁹² Outre les contributions déjà citées, voy. aussi D. MOUGENOT, « L'utilisation de données confidentielles en matière judiciaire : quelques réflexions d'un magistrat », *R.D.C.B.*, 2013/10, numéro spécial dans le cadre du Congrès RDCB du 4 décembre 2013, pp. 1092-1098 ; B. ALLEMEERSCH, « Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs », in *Zakengeheim* (B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS et F. VERBRUGGEN), Brugge, Die Keure, 2012, pp. 3-23.

Dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁹³, la Cour de cassation distingue l'expert du juge : « Le principe du contradictoire, tel qu'il est garanti par cette disposition conventionnelle (article 6 CESDH), concerne l'instance devant le tribunal et pas l'expertise ordonnée par le juge »⁹⁴. Et les conclusions de M. l'avocat général A. Van Ingelgem, publiées aux *Arresten* à leur date, viennent corroborer la conviction que pareille façon de faire eût été impensable s'il s'était agi de permettre la production auprès du juge lui-même de dossiers asymétriques.

Pour le surplus, la Cour ne valide le *modus operandi* mis en place par la cour d'appel⁹⁵ qu'en soulignant ceux des motifs de l'arrêt attaqué dont il résultait que, même si elles n'ont pu être copiées, les pièces litigieuses ont pu être examinées de façon approfondies dès lors que le nombre d'accès au local de consultation des données et le nombre de personnes susceptibles d'être habilitées n'étaient pas limités, de sorte que les parties étaient en mesure d'exercer effectivement leur droit de contrôle du rapport d'expertise.

36. L'arrêt de la Cour de cassation n'est pas incompatible avec l'arrêt n° 118/2007 du 19 septembre 2007 de la Cour constitutionnelle. Certes, en son § B.9.3, celle-ci considérait qu'il fallait « qu'un juge indépendant et impartial puisse contrôler la confidentialité alléguée de ces pièces ainsi que leur exactitude et leur pertinence ». Il s'agissait alors d'une production non dans le cadre d'une expertise, mais devant la juridiction elle-même, en l'espèce le Conseil d'État.

La Cour constitutionnelle se prononçait en outre avant les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (*cf. supra*, n° 26) qui a précisé qu'était exclue la possibilité de soustraire à la contradiction des parties une pièce susceptible d'avoir une incidence sur l'issue du litige.

⁹³ Cour eur. D.H., 2 juin 2005, *Cottin c. Belgique*, requête n° 48386/99, § 30.

⁹⁴ Cass., 2 novembre 2012, *Pas.*, RG n°C.11.0018.N, n° 587, p. 2102, § 2.

⁹⁵ Comp. Bruxelles, 30 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011/25, p. 1076 : « [i] ne peut ...être admis, comme l'a décidé le premier juge, que ce soit l'expert qui soit chargé d'apprécier la confidentialité des pièces qui lui sont soumises. Le fait qu'il soit neutre et contrôlé par le tribunal, à la demande des parties, est sans incidence et ne peut justifier qu'il assume une responsabilité qui n'appartient qu'au juge. Il n'appartient pas plus à des tiers, par exemple des réviseurs d'entreprise ou des conseils techniques désignés par les parties, de se substituer au juge en cette matière ».

D. – Les compétences particulières de la cour d'appel de Bruxelles

37. Outre ses compétences de juge d'appel ordinaire des juridictions d'instance de son ressort et quelques compétences spéciales historiques⁹⁶, la cour d'appel de Bruxelles s'est vu attribuer au fil des ans un certain nombre de compétences de recours contre des décisions d'organes ayant une nature administrative. On sait que l'article 144 de la Constitution réserve exclusivement aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire les contestations « qui ont pour objet des droits civils », tandis que pour « [l]es contestations qui ont pour objet des droits politiques », le législateur peut, mais ne doit pas, les soustraire aux mêmes cours et tribunaux.

38. Parmi ces compétences spéciales de la cour d'appel de Bruxelles, on relèvera, pêle-mêle, sans prétention à l'exhaustivité :

- Les recours « contre toute décision de la [Banque Nationale] infligeant une astreinte ou une amende administrative »⁹⁷ ;
- Les recours contre un certain nombre de décisions de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (« *CREG* »)⁹⁸ ;
- Les recours contre un certain nombre de décisions de l'Autorité des services et marchés financiers (« *FSMA* »)⁹⁹ ;
- Les recours contre les décisions de l'Institut belges des services postaux et des télécommunications¹⁰⁰ ainsi que contre les décisions de l'Autorité

⁹⁶ Voy. art. 602 et s. du code judiciaire.

⁹⁷ Art. 36/21, § 1^{er}, de la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique. Les paragraphes 2 à 5 de l'article 36/21 de la même loi fixent les principales modalités de la procédure sans référence au code judiciaire.

⁹⁸ Art. 12, § 14, 18*bis*, § 2, c), 29*bis*, 29*quater*, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité. Les recours portés devant la cour d'appel de Bruxelles en vertu de cette loi sont soumis aux articles 870 et suivants du code judiciaire (art. 19*quater*, § 5, de cette loi).

⁹⁹ Art. 120, § 1^{er}, 121, 123 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur et aux services financiers. Ces dispositions légales ne font pas directement référence au code judiciaire mais elles sont bien des procédures judiciaires au sens plein du terme de par leur mention à l'article 615*bis* du code judiciaire. Les dispositions du code judiciaire relatives à la preuve sont donc également applicables dans le cas de ces recours.

¹⁰⁰ Art. 2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges. Sauf exception, les règles du code judiciaire s'appliquent à ce recours. Dès lors qu'elles ne sont visées par aucune exception, les règles en matière de preuve s'appliquent également devant la cour d'appel à ces recours.

belge de la concurrence rendues dans le cadre de la réglementation des activités postales et de télécommunication¹⁰¹ ;

- Les décisions de la Commission d'éthique pour les télécommunications¹⁰² ;
- Les recours en matière d'offres publiques d'acquisition¹⁰³.
- Les recours visés aux l'article IV.79¹⁰⁴ et V.5¹⁰⁵ du code de droit économique.

39. Toutes ces procédures et compétences posent évidemment des questions épineuses mais périphériques pour les besoins de la présente étude. En effet, quel que soit le régime organique spécifique de chacune de ces compétences, elles sont nécessairement soumises au principe général du respect des droits de la défense que d'aucuns, en ce compris le législateur¹⁰⁶, voudraient tempérer par la règle de la confidentialité.

¹⁰¹ Art. 4, al. 1^{er}, première phrase de la loi, précitée (cf. *supra*, notre infrapaginale n° 100), du 17 janvier 2003 : « **Art. 4.** L'Autorité belge de la concurrence ... dans un délai de quatre mois statue sur les litiges entre opérateurs de télécommunications ou fournisseurs de services de télécommunication relatifs à l'interconnexion, les lignes louées, l'accès spécial, l'accès dégroupé à la boucle locale et les utilisations partagées et sur les litiges entre les prestataires de services postaux relatifs à la mise en œuvre des dispositions figurant dans leur licence et concernant l'accès aux éléments d'infrastructure postale ou aux services qui sont offerts dans le cadre du service universel qui sont nécessaires pour l'exécution d'activités postales ... ». Le dernier alinéa de l'article 4 précise que « [p]our l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant la cour d'appel de Bruxelles qui ne sont pas traités par ce Chapitre » – donc en compris les règles en matière de preuve – « les dispositions du Code judiciaire relatives à l'appel sont d'application ».

¹⁰² Art. 2 de la loi du 6 juillet 2005 relative à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques. Le paragraphe 2 de ce même article dispose que « [l]e code judiciaire est d'application pour la procédure devant la cour d'appel de Bruxelles ».

¹⁰³ Art. 41, § 1^{er}, de la loi du 1^{er} avril 2007 relative aux offres publiques d'acquisition :

« **§ 1^{er}.** Toute demande, au fond ou au provisoire vu l'urgence, fondée en tout ou en partie sur une ou plusieurs dispositions de la présente loi, ainsi que toute demande qui a pour objet ou qui est susceptible d'avoir pour effet de provoquer l'ouverture d'une offre publique d'acquisition ou de modifier le résultat, les conditions ou le déroulement d'une telle offre, sont de la compétence exclusive de la cour d'appel de Bruxelles.

L'alinéa précédent ne porte pas sur le recours qui peut être introduit contre une décision de la FSMA conformément à l'article 121, § 1^{er}, al. 1^{er}, 2°, de la loi du 2 août 2002 ».

Ce recours s'inscrit dans le cadre du Code judiciaire (art. 605^{ter} C. Jud.).

¹⁰⁴ Il s'agit d'un certain nombre de décisions du collège de la concurrence ou de l'auditeur. Cette disposition ne fait pas explicitement référence à l'application du Code judiciaire.

¹⁰⁵ Il s'agit de recours liés au livre V du code de droit économique, concernant « la concurrence et les évolutions de prix ». Cette disposition ne fait pas explicitement référence à l'application du Code judiciaire.

¹⁰⁶ Voy. e.a. art. 2, § 5, de la loi, précitée, du 17 janvier 2003.

Même si le recours est porté devant une chambre – civile – de la cour d'appel, on enseigne parfois que les droits procéduraux qui étaient ceux des parties devant l'autorité administrative qui a rendu la décision attaquée ne changent pas automatiquement lorsque ces parties se retrouvent devant la juridiction de l'ordre judiciaire et qu'elles garderaient leur spécificité procédure, par exemple vis-à-vis du contradictoire¹⁰⁷.

En particulier, sous l'impulsion de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰⁸, la cour d'appel de Bruxelles devrait, dans son traitement de la procédure, accorder un soin particulier à la problématique de la confidentialité.

La question du respect du secret des affaires et de la confidentialité a dès lors, dans toutes ces procédures, donné lieu à une littérature et une jurisprudence abondante¹⁰⁹.

L'écueil majeur auquel cette littérature et cette jurisprudence viennent se heurter est celui de la suprématie du principe fondamental du respect des droits de la défense garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Tant que la Cour européenne des droits de l'homme résistera aux pressions qui lui enjoignent de permettre à une décision de justice de se fonder sur des éléments décisifs qui n'auraient pas été soumis à la contradiction des parties, on n'aperçoit pas comment pourrait être validée une jurisprudence organisant un accès asymétrique au dossier soumis à la juridiction saisie.

¹⁰⁷ E. DE LOPHEM, « For your eyes only », *TBM-RCB*, 2010/1, p. 22 ; X. TATON, « Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire », *R.D.C.B.*, 2005, pp. 803-804 ; Bruxelles, 6 mai, aff. jointes 2009/MR3, 4, 5, 6, 7 et 8 (*Belgacom mobile*).

¹⁰⁸ C.JUE, *Mobistar*, aff. C-438/04, *Rec.*, 2006, p. I-6675.

¹⁰⁹ Voy. e.a. P.-O. DE BROUX, « La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux économique administratif », note sous C.J.C.E., 13 juillet 2006, *R.D.C.B.*, 2007/6, pp. 553-564 ; G. DE FOESTRAETS, « Examen de jurisprudence : aspects procéduraux des recours objectifs de pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles », *R.D.C.B.*, 2009/5, pp. 449-462 ; J.-M. GOLLIER, « Contentieux des OPA : recevabilité de l'action individuelle, pouvoir de dérogation de la CBFA – Contrôle et action de concert visant à maintenir ce contrôle », note sous Bruxelles, 19 janvier 2010, *R.D.C.B.*, 2010/10, pp. 1003-1020 ; X. TATON, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, Larcier, Bruxelles, 2010, 321 p. D. VANDERMEERSCH et A.S. CLOOTS, « De toegang tot het dossier zaken van restrictieve mededingingspraktijken voor de Raad voor de Mededing en het Hof van Beroep », *TBM/RCB*, 2010/4, pp. 46-60.

IV. – Le Conseil d'État

A. – La procédure relative au traitement de documents confidentiels devant le Conseil d'État dans le cadre du contentieux de l'annulation

40. La procédure d'instruction des recours en annulation et en suspension des actes administratifs est, à l'image de la procédure pénale, une procédure inquisitoire et d'ordre public¹¹⁰.

L'article 21 des lois sur le Conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973 impose à la *partie adverse* – c'est-à-dire à l'auteur de l'acte administratif attaqué – de déposer un dossier administratif complet¹¹¹ c'est-à-dire comprenant au moins l'ensemble des pièces rassemblées pour adopter l'acte attaqué¹¹².

L'article 23, alinéa 2, des mêmes lois coordonnées¹¹³ prescrit par ailleurs que la section du contentieux administratif a le droit de se faire communiquer, par les autorités et administrations, tous les documents et renseignements, sans exception, relatifs aux affaires sur lesquelles elle est appelée à statuer¹¹⁴.

41. La question du respect du secret des affaires dans les procédures devant le Conseil d'État¹¹⁵ a fait l'objet d'un arrêté royal du 24 mai 2011¹¹⁶ qui

¹¹⁰ Art. 21 des lois sur le Conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973 ; C.E., arrêt n° 136.666 du 17 octobre 2006, *Guislain*.

¹¹¹ Le Conseil d'État ne peut cependant être instrumentalisé pour permettre à une partie d'avoir accès à un dossier détenu par une personne morale de droit public en contournant les exigences des articles 877 et suivants du Code judiciaire relatifs à la production de documents : C.E., arrêt n° 225.098 du 15 octobre 2013, *Services & Assets Management*.

¹¹² Voy. art. 6 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État et l'art. 11 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État.

¹¹³ Voy. aussi art. 12 et 16 du Règlement de procédure, rendus applicables à la procédure en référé par l'art. 2 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État.

¹¹⁴ M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 494.

¹¹⁵ Nous n'examinons donc pas ici au premier chef la façon dont, en cas de recours, le Conseil d'État analyse comment l'autorité administrative concernée elle-même a traité la question de la confidentialité de certaines données. Voy. p.e. C.E., arrêt n° 218.355 du 8 mars 2012, *Fun Belgium SA*.

¹¹⁶ Arrêté royal du 24 mai 2011 modifiant divers arrêtés relatifs à la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État concernant la confidentialité des pièces, *M.B.*, 15 juin 2011, p. 34.653. Voy. dès avant cet arrêté royal : C.E., arrêt n° 210.561 du 20 janvier 2011, *Venturis* ; C.E. arrêt n° 185.177 du 4 juillet 2008, *spri Radio Pasa* ; C.E. arrêt n° 183.174 du 21 mai 2008, *s.m. Aqualiege & Crts* ; C.E. arrêt n° 176.826 du 14 novembre 2007, *Betonac*.

a modifié diverses dispositions relatives aux procédures devant le Conseil d'État avant de combler ce que d'aucuns considéraient une *lacune* : l'absence de dispositions assurant la protection de secrets d'affaires devant la haute juridiction administrative.

Cette *lacune* – en même temps que la *ratio legis* des dispositions nouvelles – est parfaitement résumée dans le rapport au Roi précédent l'arrêté royal précité qu'il suffira de citer et que nous ne commenterons pas davantage :

« Cette lacune a notamment été mise en évidence par le Conseil d'État dans son arrêt n° 164.028 du 24 octobre 2006, en cause de la SA Varec contre l'État belge.

Dans cet arrêt, le Conseil d'État, amené à se prononcer sur une demande d'annulation d'une décision de l'État belge, représenté par le Ministre de la Défense, attribuant un marché relatif à la fabrication et à la fourniture de matériel militaire, a estimé qu'il y avait lieu de poser deux questions préjudicielles, l'une à la Cour de Justice des Communautés européennes, l'autre à la Cour constitutionnelle, afin de savoir si, en application du principe du débat contradictoire, des éléments confidentiels ou sensibles d'un dossier administratif devaient être communiqués tant au juge qu'à l'ensemble des parties et si le droit au respect des secrets d'affaires contenus dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause devait être garanti.

Par son arrêt C-450/06 du 14 février 2008, la Cour de justice des Communautés européennes a déclaré que l'instance chargée d'examiner le recours, en l'occurrence le Conseil d'État, devait garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération.

Dans son arrêt n° 118/2007 du 19 septembre 2007, la Cour constitutionnelle a de son côté également estimé qu'il appartenait au Conseil d'État d'apprécier la confidentialité de certaines pièces contenues dans le dossier administratif en faisant, dans chaque cas, la balance entre les exigences du procès équitable et celles liées au secret des affaires.

La Cour constitutionnelle a par ailleurs jugé que les articles 21 et 23 des lois coordonnées sur le Conseil d'État violent l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce sens qu'ils

ne permettent pas à la partie adverse d'invoquer la confidentialité de certaines pièces contenues dans le dossier administratif afin d'empêcher leur communication aux parties ».

42. Dans le cadre des dispositions nouvelles, les parties – spécialement l'administration concernée – déposent un dossier intégral et, à la demande de la partie invoquant le secret, le Conseil d'État se prononce sur le caractère secret ou non¹¹⁷.

On croit pouvoir percevoir une différence de philosophie entre chambres francophones et néerlandophones.

B. – Jurisprudence des chambres francophones

43. Les chambres francophones font preuve de la plus extrême prudence, voire n'hésitent pas à botter en touche¹¹⁸.

¹¹⁷ Art. 87 de l'arrêté du Régent déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État :

« **Art. 87.** § 1^{er}. Les parties et leurs conseils peuvent prendre connaissance au greffe du dossier de l'affaire.

§ 2. Lorsqu'une partie dépose une pièce pour laquelle elle demande qu'elle ne soit pas communiquée aux autres parties, elle doit la déposer de manière distincte. Elle doit en mentionner le caractère confidentiel de manière expresse et exposer les motifs à sa demande dans l'acte de procédure auquel est jointe ladite pièce et en établir un inventaire dans lequel est précisée la pièce dont la confidentialité est requise.

Lorsqu'une partie ou un requérant en intervention requiert la confidentialité d'une pièce versée au dossier ou déposée par une autre partie ou un autre requérant en intervention, le demandeur de confidentialité notifie au greffe une requête spécifique en ce sens en mentionnant avec précision la pièce pour laquelle la confidentialité est demandée et en exposant les motifs de sa demande.

Lorsqu'en application de l'article 23 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, une pièce est déposée par une autorité, celle-ci peut demander qu'elle ne soit pas communiquée aux parties, conformément aux alinéas 1^{er} et 2 du présent paragraphe.

A défaut du respect des conditions du présent paragraphe, la pièce ne bénéficie pas de la confidentialité.

§ 3. Lorsque la demande est introduite conformément au § 2, la pièce qui fait l'objet d'une demande de confidentialité est provisoirement classée de manière distincte dans le dossier de l'affaire et ne peut pas être consultée par les parties autres que celle qui a demandé la confidentialité ou qui a déposé ladite pièce.

§ 4. Si la demande de confidentialité est rejetée par arrêt, les autres parties peuvent prendre connaissance de la pièce ».

¹¹⁸ La confidentialité ne vise pas que le droit des affaires : voy. C.E., arrêt n° 225.285 du 30 octobre 2013, *J.P. Quatacker*. La Région de Bruxelles-Capitale avait demandé – et obtenu – la confidentialité de la plainte de l'occupant d'un logement qui avait conduit à une interdiction de location. Le Conseil d'État se contente de faire droit à la demande de confidentialité au motif que le requérant avait simplement « estim[é] que le principe du contradictoire

44. On exceptera d'emblée le cas où les parties (déjà à la cause) sont d'accord pour demander au Conseil d'État une déclaration de confidentialité préventive pour l'hypothèse où une partie tierce ferait ultérieurement intervention volontaire¹¹⁹.

Nous croyons pouvoir déduire d'un grand nombre d'arrêts où le Conseil d'État ne relève aucune opposition, que la déclaration de confidentialité peut souvent se prévaloir de l'accord au moins tacite des parties à la cause¹²⁰.

et les droits de la défense ont, par là, été gravement méconnus ». « De la sorte », estime le Conseil d'État, le requérant « n'avance ... même de manière générale, aucune raison, aucun argument, de nature à justifier cette affirmation ». Pour un bel exercice de slalom entre les exigences du contradictoire et ceux de la confidentialité, voy., dans un affaire similaire, C.E., arrêt n° 221.041 du 16 octobre 2012, où, d'irrecevabilité en irrecevabilité, la demande de transparence est réduite à une portion à ce point congrue que le Conseil d'État peut la rejeter sans trop s'exposer aux foudres de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹¹⁹ C.E., arrêt n° 225.578 du 22 novembre 2013, *VV Stago BNL NV* ; C.E., arrêt n° 223.512 du 17 mai 2013, *Syntaxe SPRL et Altiplan Architects SC* ; C.E., arrêt n° 223.301 du 26 avril 2013, *Action Global Services SPRL* ; C.E., arrêt n° 223.237 du 22 avril 2013, *Cofely Services* ; C.E., arrêt n° 222.651 du 27 février 2013, *ABC Études et Constructions SPRL* ; C.E., arrêt n° 222.259 du 25 janvier 2013, *Tetrade Consulting SA* ; C.E., arrêt n° 219.175 du 4 mai 2012, *Ecoterres SA, Mourik SA et Aanemingsbedrijf Aertssen SA*. Voy. aussi C.E., arrêt n° 223.532 du 21 mai 2013, *T.P.F. Utilities SA* ; C.E. arrêt n° 218.446 du 13 mars 2012, *Delta Thermic SA* ; C.E. arrêt n° 218.447 du 13 mars 2012, *Close SA*.

Sur l'opportunité, pour éviter les interventions intempestives, de statuer séparément sur la recevabilité de celles-ci et sur le fond de l'affaire : voy. E. GONTHIER et M. VASTMANS, *op. cit.*, A.P.T., 2010, p. 339. Adde C.E., n° 192.103 du 31 mars 2009, *European Air Transport SA*.

Comp. C.E., arrêt n° 218.514 du 16 mars 2012, *Electrabel SA*, où le Conseil d'État rejette une demande de déclaration de confidentialité vis-à-vis des autres producteurs au motif « qu'aucun autre producteur que la requérante n'est partie à la cause » de sorte « que la demande de confidentialité est sans objet ».

¹²⁰ Voy. C.E., arrêt n° 224.930 du 2 octobre 2013, *Esco Benelux SA* ; C.E., arrêt n° 224.368 du 15 juillet 2013, *Recyclage Mosan SA* ; C.E., arrêt n° 224.229 du 3 juillet 2013, *Vanas Engineering* ; C.E., arrêt n° 224.166 du 27 juin 2013, *B.T.G.-Belgische Technische Gassen-G.T.B.-GAZ Technique Belge* ; C.E., arrêt n° 223.954 du 18 juin 2013, *T.P.F. Utilities SA* ; C.E., arrêt n° 223.826 du 11 juin 2013, *Air Liquid Benelux SA* ; C.E., arrêt n° 223.823 du 11 juin 2013, *Modern Car SPRL* ; C.E., arrêt n° 223.822 du 11 juin 2013, *Besix SA et Art & Build Architect* ; C.E., arrêt n° 223.357 du 2 mai 2013, *Ch. Berhin-Maguin SPRL* ; C.E., arrêt n° 222.634 du 26 février 2013, *AEGBelgium SA* ; C.E., arrêt n° 222.890 du 15 mars 2013, *Architecture Radiancé35 SPRL* ; C.E., arrêt n° 222.473 du 13 février 2013, *Kone Belgium SA* ; C.E., arrêt n° 222.372 du 4 février 2013, *Esco Benelux SA* ; C.E., arrêt n° 222.318 du 30 janvier 2013, *Ocea SA* ; C.E., arrêt n° 222.259 du 25 janvier 2013, *Energys SA* ; C.E., arrêt n° 222.037 du 11 janvier 2013, *Elster SA* ; C.E., arrêt n° 221.905 du 21 décembre 2012, *Transgem SA et Vanheede Environnemental Logistic SA* ; C.E., arrêt n° 221.542 du 28 novembre 2012, *Eurofides SA* ; C.E., arrêt n° 221.541 du 28 novembre 2012, *Venturis SA* ; C.E. 219.382 du 16 mai 2012, *Thomas & Piron SA* ; C.E., arrêt n° 219.202 du 7 mai 2012, *De Graeve SA* ; C.E., arrêt n° 218.926 du 17 avril 2012, *Venturis SA* ; C.E., arrêt n° 214.047 du 22 juin 2011, *Hullbridge Associated SA*.

Le cas échéant, le Conseil d'État procède d'office d'ailleurs à cette déclaration de confidentialité¹²¹.

Même en cas de consensus, le Conseil d'État pourra lever la confidentialité sur l'un ou l'autre élément du dossier¹²². La question relève d'ailleurs de l'ordre public¹²³.

45. Pour illustrer la réserve des chambres francophone, on peut pointer une affaire où, à l'occasion d'une demande de suspension d'extrême urgence en matière de marchés publics, le Conseil d'État, après avoir reconnu la légitimité d'un appel au secret des affaires, prend néanmoins soin d'ajouter que « la diligence avec laquelle la procédure d'extrême urgence, prévue par la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services¹²⁴, doit être menée, ne permet pas, *prima facie*, après l'introduction du recours, une consultation partielle des offres, portant sur des aspects qui ne seraient pas couverts par le secret des affaires, dans le but d'autoriser la requérante à soulever de nouveaux moyens »¹²⁵. La simple invocation du secret, fût-il légitime, ne suffit pas au Conseil d'État.

Dans la même affaire, le Conseil d'État prend encore soin d'ajouter qu'il statue « [s]ans préjudice de l'appréciation qui pourrait être effectuée...,

¹²¹ C.E., arrêt n° 223.096 du 2 avril 2013, *Def Belgium SA* ; C.E., arrêt n° 222.711 du 4 mars 2013, *Medibridge SA* ; C.E., arrêt n° 222.373 du 4 février 2013, *Creaspace & Masereel SA* ; C.E., arrêt n° 222.175 du 22 janvier 2013, *M.K.S. & Partners SPRL et R.S.M. Interaudit SC*. *Adde* C.E., 225.164 du 21 octobre 2013, *Saint-Gobain Pipe Systems Belgium*.

¹²² C.E., arrêt n° 221.928 du 28 décembre 2012, *Franki SA et Asvalt Wegenis en Bouwerken SA*.

¹²³ C.E., arrêt n° 177.029 du 22 novembre 2007, *Telenet Bidco SA*.

¹²⁴ Voy. art. 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative entre autres aux marchés publics reproduit à l'identique à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services : « L'instance de recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par l'autorité adjudicatrice qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable ». Cet texte impose uniquement au juge d'effectuer un arbitrage entre le respect du secret d'affaires, d'une part et le respect des droits de la défense ainsi que le droit à un procès équitable, d'autre part. Il ne garantit donc pas la protection du secret d'affaires de façon absolue et ne met d'ailleurs pas en place les modalités de la mise en balance des principes qu'elle prescrit (voy. E. GONTHIER et M. VASTMANS, *op. cit.*, A.P.T., 2010, p. 339).

¹²⁵ C.E., arrêt n° 219.088 du 27 avril 2012, *ADEM SPRL et Piron Études en Construction SA*.

à un autre stade de la procédure » et ajoute qu'« il apparaît [enfin] qu'en l'espèce, la requérante a disposé de suffisamment d'informations au sujet de la procédure et de la décision d'attribution relatives au marché public contesté afin de préparer utilement le présent recours ».

46. Par un arrêt du 3 mai 2013, le Conseil d'État décide que « [s]ans qu'il soit besoin d'examiner si les pièces visées relèvent, en tout ou en partie, du « secret des affaires », elles n'apparaissent pas utiles à la solution du litige. Elles peuvent être soustraites à la consultation des parties sans que ne soient affectées la régularité de la procédure ou les exigences du procès équitable et sous réserve de l'appréciation de la nécessité de les porter à la connaissance des parties à un autre stade de la procédure »¹²⁶.

Cet arrêt n'est que l'illustration d'un courant de jurisprudence abondant¹²⁷.

47. Dans un arrêt du 11 juillet 2013, après avoir constaté que « [l]a partie adverse a jugé régulière l'offre des requérantes et [que] le Conseil d'État n'est pas compétent, dans le cadre du présent recours, pour réformer cette décision de la partie adverse », le Conseil d'État décide qu'« il n'est pas nécessaire de permettre à la partie intervenante de consulter l'offre des requérantes. En effet, à supposer même qu'elle y détecterait une cause d'irrégularité, il n'appartiendrait pas au Conseil d'État de déclarer en lieu et place de la partie adverse cette offre irrégulière »¹²⁸.

¹²⁶ C.E., arrêt n° 223.371 du 3 mai 2013, *Solheid Location SPRL*.

¹²⁷ Dans le même sens : C.E., arrêt 224.399 du 26 juillet 2013, *Gestanet SA* ; C.E., arrêt n° 224.298 du 8 juillet 2013, *Besix Group SA, Compagnie d'entreprises C.F.E. SA et DIF Infra 3 PPP 1 Luxembourg* ; C.E., arrêt n° 223.741 du 5 juin 2013, *Gestanet SA* ; C.E., arrêt n° 223.704 du 4 juin 2013, *Médasys société de droit français* ; C.E., arrêt n° 223.916 du 14 juin 2013, *Servitex SA* ; C.E., arrêt n° 223.633 du 29 mai 2013, *Prologe SPRL et Entreprises Koeckelberg SA* ; C.E., arrêt n° 223.411 du 7 mai 2013, *Geo MEasuring & Analyses SA* ; C.E., arrêt n° 223.301 du 26 avril 2013, *Action Global Services SPRL* ; C.E., arrêt n° 222.729 du 5 mars 2013, *Global Design Project and Facility Management SC* ; C.E., arrêt n° 222.091 du 16 janvier 2013, *Immo Bam SA et Participation Gestion Synergie SA* ; C.E., arrêt n° 221.600 du 30 novembre 2012, *Artbel SA* ; C.E., arrêt n° 221.238 du 30 octobre 2012, *Galère SA et Bétonac SA* ; C.E., arrêt n° 221.222 du 29 octobre 2012, *G.B.M. SA* ; C.E., arrêt n° 220.779 du 27 septembre 2012, *Israel Military Industries LTD* ; C.E., arrêt n° 220.544 du 10 septembre 2012, *Sodexo Pass Belgium SA* ; C.E. arrêt n° 220.166 du 3 juillet 2012, *Axima Contracting SA* ; C.E. arrêt n° 219.341 du 14 mai 2012, *Axima Contracting SA* ; C.E., arrêt n° 218.804 du 2 avril 2012, *Perspective Consulting SA* ; C.E., arrêt n° 218.334 du 6 mars 2012, *Entreprises Générales Louis Duchêne* ; C.E., arrêt n° 217.151 du 9 janvier 2012, *Addé C.E.*, arrêt n° 222.635 du 26 février 2013, *Bâtiments et Ponts Construction SA* ; C.E., arrêt n° 221.382 du 13 novembre 2012, *Sodexo Pass Belgium* ; C.E., arrêt n° 221.338 du 12 novembre 2012, *S.C.A. Hygiene Products SA* ; C.E., arrêt n° 221.281 du 7 novembre 2012, *Zénobe SA* ; C.E., arrêts n°s 218.520 et 218.521 du 16 mars 2012, *J.-M. Wolter et Exelia SC*.

¹²⁸ C.E., arrêt n° 224.337 du 11 juillet 2013, *Sita Wallonie SA et Cimenteries C.B.R. SA*.

48. Certes, le Conseil d'État accorde parfois de manière très nette le droit à la confidentialité demandée par une partie adverse et une partie intervenante, mais il le fait après avoir jugé que l'unique moyen de la requérante est pour partie irrecevable et que pour le surplus le moyen n'est pas sérieux¹²⁹. Il en va de même en cas d'irrecevabilité de la requête en suspension¹³⁰ ou de désistement par le requérant de son recours¹³¹ ou encore lorsque l'affaire est remise *sine die* en raison du retrait au moins provisoire de l'acte attaqué¹³².

Dans un autre cas, le Conseil d'État accorde la confidentialité de pièces produites par une partie intervenante au motif que la partie requérante a tendance à se répandre dans la presse à propos du litige en cours. La partie requérante n'a cependant pas à s'en plaindre dès lors qu'elle a gain de cause¹³³.

La Conseil d'État a par ailleurs déclaré « *sans objet* » une demande de confidentialité portant sur un document (une offre) qui « [b]ien que la partie adverse en ait communiqué une copie sous format électronique, ... n'a été ni régulièrement transmise, ni déposée à l'audience »¹³⁴.

49. Ce chaste mariage de raison entre le Conseil d'État et la pratique de la confidentialité connaît parfois des tentations inattendues : ainsi, dans le cadre d'une procédure en suspension, le Conseil d'État, après avoir constaté que la partie adverse donnait une « explication ...particulièrement lacunaire », reproche à cette partie adverse de « ne dépose[r] aucune note de calcul, **même à titre confidentiel**¹³⁵, permettant de s'assurer de cette affirmation »¹³⁶. C'est ici le Conseil d'État qui pousse au crime à un moment où il n'est déjà plus possible de le commettre, du moins de façon utile pour la procédure en cours¹³⁷.

¹²⁹ C.E., arrêt n° 224.366 du 12 juillet 2013, *Delta Thermic SA*. Voy. aussi C.E., arrêts n°s 225.343 et 225.344 du 6 novembre 2013, *Lux Green SA* ; C.E., arrêt n° 225.286 du 30 octobre 2013, *Techno-Tool SC* ; C.E., arrêt n° 222.319 du 30 janvier 2013, *Oshkosh Corporation* ; C.E., arrêt n° 222.371 du 4 février 2013, *Delta Thermic SA* ; C.E., arrêt n° 222.372 du 4 février 2013, *Esco Benelux SA* ; C.E., arrêt n° 219.984 du 26 juin 2012, *Vectra SA*.

¹³⁰ C.E., arrêt n° 222.440 du 12 février 2013, *Creaspace & Masereel*.

¹³¹ C.E., arrêt n° 224.853 du 26 septembre 2013, *Les entreprises Louis De Waele SA*.

¹³² C.E., arrêt n° 225.578 du 22 novembre 2013, *Fact Security SPRL* ; C.E., arrêt n° 224.880 du 30 septembre 2013, *Fact Security SPRL*.

¹³³ C.E., arrêt n° 222.838 du 13 mars 2013, *D. Bolle*.

¹³⁴ C.E., arrêt n° 225.155 du 21 octobre 2013, *Société Générale de Plantation SA*.

¹³⁵ Nous soulignons.

¹³⁶ C.E., arrêt n° 223.915 du 14 juin 2013, *T.N.C. SA*.

¹³⁷ *Adde* C.E., arrêt n° 221.498 du 23 novembre 2012, *Ligue des droits de l'homme ASBL*.

C. – Jurisprudence des chambres néerlandophones

50. Les chambres néerlandophones semblent nettement moins embarrassées.

Comme les chambres francophones, elles jugent qu'il n'y a pas lieu de lever la confidentialité en l'absence de contestations des parties sur ce point¹³⁸ ou pour des pièces qui ne servent pas de soutienement à l'arrêt¹³⁹.

Cependant, dans un arrêt du 20 décembre 2012, le Conseil d'État souligne que c'est à la partie qui demande de lever le secret de prouver que dans une pièce – que par hypothèse elle ne connaît pas¹⁴⁰ – ne figurent pas de secrets d'affaires dont la divulgation serait susceptible de porter préjudice aux intérêts commerciaux de la partie qui demande le bénéfice de la confidentialité ou de nature à fausser la concurrence entre parties¹⁴¹.

La charge de la preuve que le Conseil d'État fait reposer sur la partie qui demande la levée de la confidentialité n'empêche cependant pas la haute juridiction administrative de vérifier que la demande de confidentialité ait été formée dans le respect des dispositions applicables¹⁴² et que les objections d'une autorité administrative soient convaincantes en leur principe¹⁴³.

Dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence, celui qui demande la levée du secret doit même établir que la pièce concernée n'est manifestement pas couverte par le secret et c'est encore à elle de prouver que

¹³⁸ C.E., arrêt n° 225.016 du 8 octobre 2013, *Orbit Geospatial Technologies* ; C.E., arrêt n° 222.134 du 18 janvier 2013, *Ghent Dredging SA*.

¹³⁹ C.E., arrêts nos 225.156 et 225.157 du 21 octobre 2013, *C. Bauwens* (il s'agissait d'un problème de promotion au sein de l'administration).

¹⁴⁰ Dans un même ordre d'idée, il n'y a pas lieu de lever le secret pour une pièce – par hypothèse inconnue – sur laquelle aucun moyen n'est basé : « Zoals hierna zal blijken worden de stukken 4.a, 4.b en 4.c niet betrokken bij de beoordeling van de ingeroepen middelen. Er is dan ook geen grond om ze van hun vertrouwelijk karakter te ontdoen » (C.E., arrêt n° 215.194 du 19 septembre 2011, *Evonet Belgium SA*).

¹⁴¹ C.E., arrêt n° 221.886 du 20 décembre 2012, *Cleaning Masters SA* : « In de huidige stand van het geding wordt door verzoekende partij niet aangetoond dat de offerte van tussenkomende partij geen vertrouwelijke informatie zou bevatten, waarvan de openbaarmaking de rechtmatige commerciële belangen van tussenkomende partij kan schaden, alsook de eerlijke mededinging tussen verzoekende partij en tussenkomende partij ». Dans le même sens : C.E., arrêt n° 216.963 du 20 décembre 2011, *Baeck & Jansen SA* ; C.E., arrêt n° 214.718 du 28 juillet 2011, *Ghent Dredging SA et Baggerbedrijf De Boer BV*.

¹⁴² Cf. *supra*, note infrapaginale n° 117. Voy. C.E., arrêt n° 217.910 du 13 février 2012, *E. Cuyers*.

¹⁴³ C.E., arrêt n° 219.329 du 11 mai 2012, *Elanco Confectiebedrijven SA*.

son droit à un procès équitable implique la communication de la pièce en question¹⁴⁴.

51. Savoir si une information constitue un secret d'affaires peut s'avérer un problème délicat. Déjà avant l'entrée en vigueur de l'arrêté royal, précité, du 24 mai 2011 (*supra*, n° 41), le Conseil d'État avait tenté de le résoudre en confiant à un expert la tâche de l'aider à séparer le bon grain de l'ivraie¹⁴⁵.

Ultérieurement, le Conseil d'État a cependant été amené à exprimer toute sa réticence à confier à un expert une tâche qui était celle du Conseil lui-même. Par un arrêt interlocutoire, le Conseil d'État avait ordonné la production intégrale d'un dossier administratif relatif à un marché relevant de la défense nationale, étant entendu que les pièces que l'autorité administrative qualifiait de confidentielles ne pourraient être examinées que par les membres de la chambre compétente du Conseil d'État et par le membre de l'auditorat désigné à cet effet, ce dernier ayant pour tâche d'éclairer le Conseil d'État à propos du caractère confidentiel ou non de certains documents¹⁴⁶. L'auditeur se déclara incapable d'arriver à une conclusion et proposa de confier le dossier à un expert qui aurait accès aux pièces qualifiées confidentielles. Le Conseil d'État pria l'auditeur de revoir sa copie, d'autant que la mission proposée pour l'expert était déraisonnablement large¹⁴⁷ et que l'auditeur avait au demeurant lui-même la possibilité de faire appel à un expert. Après dépôt d'un rapport complémentaire de l'auditeur, le Conseil fut en mesure de trancher lui-même la question de la confidentialité¹⁴⁸.

¹⁴⁴ C.E., arrêts n°s 219.188 et 219.189 du 7 mai 2012, *Geert Van Grieken SPRL et G. Van Grieken* : « In het kader van de huidige procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid lijkt het voorts niet aangetoond dat het betrokken stuk manifest als niet-vertrouwelijk is te beschouwen en vanuit het oogpunt van het recht op een eerlijk proces in dit stadium noodzakelijk dient te worden meegedeeld aan verzoekende partijen ». Dans le même sens : C.E., arrêts n°s 216.879 et 216.880 du 15 décembre 2011, *Geert Van Grieken SPRL et G. Van Grieken*.

¹⁴⁵ C.E., arrêt n° 184.598 du 24 juin 2008, *Siemens SA*.

¹⁴⁶ C.E., arrêt n° 212.712 du 26 avril 2011, *Patria Land & Armament OY*.

¹⁴⁷ C.E., arrêt n° 220.467 du 17 août 2012, *Patria Land & Armament OY* : « Gelet op de aard van de te dezen aangevoerde middelen en eveneens in het algemeen is het niet passend meteen op het voorstel van het auditorsverslag in te gaan om zonder meer een deskundige aan te stellen, met de daarin verwoorde algemene opdracht, die niet nader naar technische vragen is verduidelijkt. Een dergelijke opdracht zou in wezen de rechtsmacht van de Raad aan de deskundige overdragen ».

¹⁴⁸ C.E., arrêt n° 225.846 du 17 décembre 2013, *Patria Land & Armament OY*.

52. On comprend plus aisément que, pour obtenir la levée du secret, la partie qui demande cette levée doit présenter un moyen recevable¹⁴⁹ et rendre crédible la thèse selon laquelle elle ne dispose pas en l'espèce d'une information suffisante pour exercer ses droits procéduraux¹⁵⁰.

53. Cela ne doit pas priver le Conseil d'État d'avoir lui-même égard aux pièces tenues pour confidentielles¹⁵¹. Au demeurant, la procédure d'extrême urgence n'est en principe pas le lieu pour prendre une mesure aussi irréversible que celle consistant à lever le droit au secret¹⁵².

54. La façon résolue dont les chambres néerlandophones protègent les secrets d'affaires, ne les empêchent pas de prendre une décision de levée de secret avec la même résolution. Ainsi, par un arrêt du 29 novembre 2011¹⁵³, le Conseil d'État refuse le bénéfice du secret à une partie intervenante qui

¹⁴⁹ C.E., arrêt n° 223.403 du 7 mai 2013, *De Meteor SPRL*. Adde C.E., arrêt n° 221.025 du 16 octobre 2012, *WK Verwaltungen*.

¹⁵⁰ C.E., arrêt n° 219.116 du 2 mai 2012, *Belgacom SA*.

¹⁵¹ Cf. *supra*, note infrapaginale n° 124. C.E., arrêt n° 221.886 du 20 décembre 2012, *Cleaning Masters SA* : « Aangezien te dezen de betrokken offerte, waarvoor de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd, volledig werd meegedeeld aan de Raad van State, kan de Raad zelf deze offerte wel in zijn beoordeling betrekken ». Dans le même sens : C.E., arrêt n° 225.846 du 17 décembre 2013, *Patria Land & Armament OY* ; C.E., arrêt n° 222.134 du 18 janvier 2013, *Ghent Dredging SA* ; C.E., arrêts n°s 219.188 et 219.189 du 7 mai 2012, *Geert Van Grieken SPRL et G. Van Grieken* ; C.E., arrêt n° 217.987 du 15 février 2012, *GHR Partners Belgium SC* ; C.E., arrêts n°s 216.879 et 216.880 du 15 décembre 2011, *Geert Van Grieken SPRL et G. Van Grieken* ; C.E., arrêt n° 216.963 du 20 décembre 2011, *Baeck & Jansen SA* ; C.E., arrêt n° 214.846 du 23 août 2011, *Ondernemingen Jan De Nul SA, Dredging International SA et Baggerwerken De Cloedt en zoon SA* ; C.E., arrêt n° 217.103 du 3 janvier 2012, *Lampiris SA*. Ce dernier arrêt ne mentionne qu'à titre surabondant le fait que l'examen des pièces en question n'est pas même nécessaire pour se prononcer sur la demande : « Te dezen lijkt er zelfs geen noodzaak te bestaan om het bedoelde stuk te laten inzien, nu dit niet noodzakelijk is om er de uitspraak over de vordering op te steunen ». Adde C.E., arrêt n° 215.468 du 29 septembre 2011, *Bedimo SA*. Comp. C.E. arrêt n° 177.029 du 22 novembre 2007, *Telenet Bidco SA* : « le Conseil d'État n'a recouru au "dossier confidentiel" que pour s'assurer de la fidélité de la citation à l'original ».

¹⁵² C.E., arrêt n° 221.886 du 20 décembre 2012, *Cleaning Masters SA* : « Daarenboven lijkt het hoe dan ook niet raadzaam om reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijver te bewerkstelligen ». Dans le même sens : C.E., arrêt n° 220.563 du 11 septembre 2012, *Hendrickx & Co SA* ; C.E., arrêts n°s 219.188 et 219.189 du 7 mai 2012, *Geert Van Grieken SPRL et G. Van Grieken* ; C.E., arrêt n° 215.468 du 29 septembre 2011, *Bedimo SA* ; C.E., arrêt n° 214.718 du 28 juillet 2011, *Ghent Dredging SA et Baggerbedrijf De Boer BV*.

¹⁵³ C.E., arrêt n° 216.546 du 29 novembre 2011, *Houben SA*.

ne voulait pas dévoiler ses prix unitaires¹⁵⁴. Pour la haute juridiction administrative, les entorses au principe du contradictoire doivent rester exceptionnelles¹⁵⁵. Or, en l'espèce, ces prix unitaires étaient précisément au cœur du litige, sans qu'on aperçoive de raison, eu égard au secteur concerné (un immeuble de bureau avec parkings), pour estimer qu'il s'agissait d'un domaine d'activité exceptionnel.

D. – Tentative de synthèse

55. Malgré une sensibilité apparemment différente entre les chambres francophones et néerlandophones du Conseil d'État, les secondes étant nettement plus à l'aise en leur qualité d'arbitres de la confidentialité et de titulaires d'informations privilégiées, les effets pratiques ne sont guère différents. La casuistique domine.

Tandis que les chambres francophones se montrent réservées¹⁵⁶, les chambres néerlandophones appliquent leur pouvoir de sélection de façon décomplexée¹⁵⁷, s'exprimant à l'occasion avec un paternalisme discutable¹⁵⁸.

Toutes les chambres semblent cependant veiller autant que possible à ce que même le héraut le plus sourcilieux des droits de la défense ait peine à invoquer la violation de ceux-ci, soit parce que les parties elles-mêmes n'ont apparemment soulevé aucune contestation à cet égard¹⁵⁹, ou ne l'ont fait qu'en toute fin de procédure¹⁶⁰, soit parce que, en définitive, la partie contre laquelle la confidentialité était invoquée a obtenu gain de cause¹⁶¹.

¹⁵⁴ Pour une décision en sens contraire : C.E., arrêt n° 214.718 du 28 juillet 2011, *Ghent Dredging SA et Baggerbedrijf De Boer BV*. Dans ce dernier cas cependant, la partie demandant la levée du secret souhaitait paradoxalement bénéficier du secret en ce qui concernait ses propres informations.

¹⁵⁵ Comp. C.E., arrêt n° 224.136 du 26 juin 2013, *Total Concept Expo SPRL*.

¹⁵⁶ Voy. aussi E. GONTHIER et M. VASTMANS, *op. cit.*, A.P.T., 2010, p. 343 : « A ce jour, le Conseil d'État n'a jamais eu à trancher ce dilemme cornélien car s'il a soustrait certaines pièces à la contradiction des débats, c'est après avoir vérifié qu'elles ne lui étaient pas nécessaires pour trancher la question dont il était saisi ».

¹⁵⁷ Voy. C.E., arrêt n° 217.010 du 23 décembre 2011, *Oneliner language & ebusiness solutions*.

¹⁵⁸ C.E., arrêt n° 224.114 du 26 juin 2013, *SPRL IR.-Architect Bart Tryhou* : « Overigens vermag de Raad van State acht te slaan op de vertrouwelijk verklaarde stukken en zal hij aldus waken over de door verzoekende partij in vraag gestelde compatibiliteit ».

¹⁵⁹ C.E., arrêt n° 225.565 du 21 novembre 2013, *Algemene ondernemingen Chris Vuylsteke SA* ; C.E., arrêt n° 224.305 du 9 juillet 2013, *Artes Roegiers SA* ; C.E., arrêt n° 224.156 du 27 juin 2013, *Deme Environmental Contractors SA*.

¹⁶⁰ C.E., arrêt n° 225.429 du 12 novembre 2013, *Natuur- & Groenbedrijf Heylen SPRL*.

¹⁶¹ C.E., arrêt n° 218.184 du 23 février 2012, *Traffic Services SA*.

V. – Conclusion

56. Le principe de respect du droit de la défense, qui inclut le droit des parties de discuter tout élément qui est de nature à fonder la décision à intervenir, est un droit fondamental. Y apporter la moindre restriction ouvre la porte à l'arbitraire. La Cour européenne des droits de l'homme s'y est d'ailleurs toujours refusée. Certes elle a couvert l'une ou l'autre entorse au principe mais elle ne l'a jamais fait qu'avec la plus extrême réticence, dans des cas périphériques et jamais pour des éléments qui seraient de nature à fonder peu ou prou la décision de la juridiction saisie.

57. Sous l'impulsion initiale de la Cour de justice des Communautés européennes, les besoins et la pratique des affaires ont néanmoins poussé les juridictions à tolérer un principe de confidentialité. Tous les mécanismes qui ont pu être envisagés pour limiter le droit à la contradiction présentent cependant la faiblesse majeure de n'avoir jamais été validés par la Cour européenne des droits de l'homme qui ne laisse d'ailleurs percevoir aucun signe avant-coureur en ce sens.

58. Ce qu'il y a de rassurant, c'est que, si les diverses juridictions concernées peuvent avoir, en la forme, des approches fort différentes, elles répugnent en définitive à fonder leur décision sur des pièces qui n'ont pas été soumises à la contradiction.

59. C'est sans doute dans l'arrêt du 2 décembre 2012 de la Cour de cassation qu'il convient de trouver l'équilibre, le seul possible, entre le principe de droit intangible dit du respect des droits de la défense et le principe, en réalité prétorien malgré ses alibis légaux et son contenu volatile, du secret des affaires. Cet arrêt marque un tournant décisif dans une évolution récente qui avait fait de l'expertise un procès dans le procès. Certes, le principe général des droits de la défense s'applique aux relations des parties avec l'expert. En effet, si l'expertise n'est pas un procès, elle n'en est pas moins l'émanation. Cependant, ce que doit émettre l'expert ce n'est pas un jugement, mais un avis technique motivé : si une certaine information confidentielle peut guider son analyse, seul son rapport – délesté de ce que l'expert aura été seul à apprendre – sera transmis au juge et si la motivation de ce rapport n'est pas auto-suffisante, le juge l'écartera.

Du secret en droit fiscal

Philippe Malherbe et Edoardo Traversa

*Professeurs à l'Université catholique de Louvain
Avocats au Barreau de Bruxelles (Liedekerke)¹*

« Le respect de la vie privée est aussi,
au moins autant que l'honnêteté fiscale,
l'une des conditions de la moralité publique »
(I. CLAEYS BOUUAERT, *Le secret en droit fiscal*, 1974)

1. En droit fiscal, la question de la publicité et du secret est une thématique récurrente et sensible². Elle ne concerne pas uniquement l'état du patrimoine et des revenus du contribuable. Ces éléments matériels sont des indicateurs significatifs de comportements et d'attitudes qui méritent également une protection particulière sous l'angle de la vie privée, tant vis-à-vis de l'État que vis-à-vis des autres contribuables. En effet, dans une certaine mesure, nous sommes définis par notre rapport à l'argent. Dans une mesure moindre, mais tout aussi certaine, nous sommes définis par notre argent, celui que nous possédons, celui que nous gagnons, celui que nous dépensons. Depuis l'instauration de l'impôt sur le revenu – qui n'a pas toujours existé –, voire sur le patrimoine, que ce soit annuellement ou au décès, les administrations fiscales de nombreux pays qui appliquent ces

¹ Les parties I et II sont de Edoardo Traversa, la partie III de Philippe Malherbe. Les auteurs remercient Linda Traversa pour l'aide apportée dans la rédaction de cet article.

² Parmi les nombreux auteurs ayant abordé la délicate interaction entre fiscalité et secret en droit belge, voy. notamment J. VAN HOUTTE, « Le secret professionnel et le fisc - Solutions du droit belge », extrait des rapports belges au VIII^e congrès international de droit comparé, *Rev. fisc.*, 1970, p. 487 ; I. CLAEYS-BOUUAERT, « Le secret en droit fiscal », *Travaux de l'association Henri Capitant*, 1974, *Rép. fisc.*, 1974, p. 141. ; J.-P. BOURS, « Le secret professionnel et le respect de la vie privée », *R.G.C.F.*, 2003/5 ; J.-P. BOURS, « La notion de secret dans ses rapports avec le droit fiscal », in *Réflexions offertes à Paul Sibille*, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 233 ; G. DE LEUZE, « Secret professionnel des contrôleurs des contributions directes et calcul des ressources », *J.T.*, 1976, p. 129 ; cf. également M.-C. VALSCHAERTS, *Les pouvoirs d'investigation des administrations fiscales, spécialement dans leur rapport avec le respect de la vie privée de l'individu*, Bruylant, Bruxelles, 1989 p. 130. Voy. aussi D. VAN BORTEL & R. NEYT, « Belgium », in E. KRISTOFFERSSON et alii (eds.), *Tax secrecy and tax transparency*, Peter Lang, 2013, pp. 135-168.

types d'impôts – et la Belgique ne fait pas exception – se sont vu octroyer des pouvoirs d'investigation très importants. Dans le même temps, les contribuables se sont vu imposer des obligations de publicité de plus en plus lourdes, à tel point que l'on peut parler aujourd'hui du paradigme de la transparence en matière fiscale.

Toutefois, la transparence ne justifie pas tous les voyeurismes et ne s'impose que quand elle sert de façon proportionnée une fonction utile à la société. Au-delà subsiste le domaine de la vie privée, constitutionnellement et conventionnellement protégé, qui est et demeure privée, secrète.

Le fisc peut nous demander beaucoup. Peut-il tout nous demander ? C'est la question du droit du contribuable de se taire. Le fisc sait beaucoup sur nous. À qui peut-il le communiquer ? C'est la question du secret professionnel du fisc, du secret fiscal.

Le fisc veut savoir encore plus sur nous. À qui peut-il le demander ? C'est un aspect de la question du secret professionnel du banquier, du secret bancaire fiscal.

I. – Secret et fiscalité : les enjeux

2. Le secret en droit fiscal a toujours été un sujet complexe. La complexité trouve son origine dans le fait que le rapport entre le fisc et le contribuable est marqué par une tension entre intérêt général et droits individuels, parmi lesquels le droit à la vie privée. L'existence-même de l'impôt sur le revenu présuppose pour le besoin de son application que l'administration soit en possession d'informations d'ordre personnel concernant le contribuable.

3. Les interactions entre fiscalité et droit au secret peuvent être constatées à un double niveau : soit au niveau des choix de politique fiscale liés à la construction du système fiscal lui-même (détermination des contribuables et des faits générateurs d'imposition), soit au niveau de l'application et de la détermination des obligations des contribuables et des pouvoirs d'enquête de l'administration dans l'établissement et la perception des impôts. On observe, dans une perspective comparée, une grande diversité d'approches entre les différents pays, certains érigeant le secret fiscal en véritable dogme, d'autres prônant une transparence totale et publique des données fiscales des contribuables³.

³ Voy. la très récente et complète étude de E. KRISTOFFERSSON *et alii* (eds.), *op. cit.*, 2 volumes, présentant une description de la situation de 37 pays, dont la Belgique.

4. D'un point de vue historique, beaucoup d'éléments du système fiscal qui semblent évidents aujourd'hui sont le fruit d'une longue et difficile évolution. L'impôt sur le revenu (des personnes physiques et des sociétés), en sa forme moderne, n'existe que depuis le XIX^e, voire depuis le XX^e, pour la Belgique. Cet impôt exige la présence de plusieurs facteurs, tels qu'une économie basée sur la monnaie, la diffusion de règles de comptabilité communes ainsi qu'une administration nombreuse et suffisamment qualifiée. Cette exigence vaut aussi pour la taxe sur la valeur ajoutée. L'adoption de l'impôt sur le revenu fut motivée par plusieurs éléments, principalement d'ordre budgétaire. Il constitue aujourd'hui dans la plupart des États (avec des rares exceptions, comme la France) l'impôt générant les recettes les plus importantes. Par ailleurs, l'introduction de la progressivité en a fait un instrument de redistribution, ce qui a accru sa légitimité. L'introduction d'abattements et de déductions permet au législateur de poursuivre des objectifs extra fiscaux, comme par exemple une politique de soutien aux familles (par le biais d'abattements pour enfants à charge) ou la protection de l'environnement.

5. Sans remettre en question ni l'existence ni la légitimité de l'impôt sur le revenu, l'analyse de cet impôt sous l'angle du secret pose de nombreuses questions sur le « coût » de cet impôt en matière d'atteinte à la vie privée. Jadis, les impôts se déterminaient sur la base d'éléments apparents ou facilement vérifiables. C'est bien évidemment le cas des impôts indirects sur les biens. C'est aussi le cas des impôts directs, sur le revenu et la fortune. À titre d'exemple, on peut citer l'impôt sur les portes et fenêtres institué en France à la fin du XVIII^e siècle : cet impôt taxait la propriété immobilière (bâtie), raccrochant la valeur de la construction au nombre des portes et des fenêtres. Certes, ce mécanisme était approximatif, mais il respectait parfaitement la vie privée ; l'administration ne devait pas entrer dans l'intimité du contribuable et pouvait se contenter de demeurer littéralement sur le pas de la porte. En revanche, l'impôt sur les revenus dans sa forme actuelle exige une transparence quasi parfaite tant de la situation personnelle des contribuables que de l'utilisation de leurs revenus. Déjà l'évaluation de l'impôt requiert une connaissance de données personnelles comme la situation familiale actuelle ou passée (par exemple pour la déduction d'aliments entre ex-conjoints) ou de la nature de certaines dépenses (qui peuvent donner lieu à des avantages fiscaux).

6. La quantité des données nécessaires au fisc pour évaluer l'impôt sur le revenu est telle que la déclaration, c'est-à-dire l'obligation du contribuable de communiquer des données personnelles sous peine de sanctions administratives et pénales, est devenue obligatoire. L'obligation de déclaration soulève deux types d'interrogations. La première concerne la nature de

cette obligation de déclaration des revenus qui vise en même temps à violer et à protéger le secret. La seconde concerne les finalités de l'utilisation par l'administration fiscale des données personnelles ainsi collectées.

7. Pour ce qui est de la nature ambigüe de l'obligation de déclaration en droit fiscal, il convient de rappeler que la déclaration vise entre autres à protéger le contribuable d'une invasion encore plus étendue de la part de l'administration fiscale dans sa vie privée. En Belgique (comme dans la plupart des États européens) les données contenues dans une déclaration sont présumées exactes et lient l'administration. Celle-ci ne peut s'écarter des données ainsi communiqués pour évaluer l'impôt que si elle est en mesure de prouver que les données ne correspondent pas à la réalité. Ainsi, à travers la déclaration, moyen pour l'évaluation de l'impôt, le contribuable évite par exemple des contrôles préventifs systématiques (au domicile ou au lieu du travail) qui pourraient s'avérer plus préjudiciables quant à la vie privée en tant que l'administration fiscale pourrait prendre connaissance d'autres informations non nécessaires à l'évaluation de l'impôt.

8. La deuxième interrogation concerne la marge de manœuvre accordée à l'administration dans l'utiliser des données reçues, en particulier la manière dont elle peut communiquer les données à des tiers, que ce soit à une autre administration ou au public en général.

9. La réponse à cette question varie grandement selon les pays. Aux États-Unis par exemple, après environ un siècle d'incertitude et de va-et-vient législatifs, le principe de confidentialité fiscale (*tax privacy*) fut introduit par une loi fédérale en 1976. L'administration fiscale peut communiquer les données personnelles au Congrès et au Président ainsi que dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire⁴. Malgré cela, l'application du principe de confidentialité fiscale pourrait subir des modifications, en particulier en réponse à des événements qui exigent de la part de l'État des actions énergiques, comme par exemple la lutte contre le terrorisme ou la crise économique et financière.

10. D'autres pays pratiquent une politique de la transparence assez extrême, du moins au regard des standards en vigueur en Belgique. Par exemple, en Finlande, toute personne intéressée par la situation fiscale d'un contribuable peut demander et obtenir ces informations via un

⁴ P. SCHWARZ, « The Future of tax Privacy », *National Tax Journal*, Vol. LXI, n.4, 2008, pp. 883-900.

simple SMS⁵. Un autre exemple est l'Italie, où la publication *online* par l'administration fiscale de données concernant l'ensemble des contribuables italiens suscita de nombreuses polémiques en avril 2008. Peu après, les listes furent retirées de l'internet suite à une décision de l'autorité italienne de la protection de la vie privée. L'initiative de l'administration italienne suscita de fortes réactions, tant positives que négatives.

11. En faveur de la publicité, les arguments invoqués concernaient le principe de la transparence de l'action publique et de l'administration, la lutte contre l'évasion et la fraude et le fait que de telles données étaient publiées régulièrement dans certains quotidiens, sur la base d'informations obtenues de manière légale et qu'elles étaient ainsi déjà publiques. En effet, la législation italienne prévoit la publicité des données concernant les revenus des contribuables via leur consultation à la commune ou dans les locaux de l'administration fiscale. La publication des données fiscales peut effectivement avoir comme effet indirect une plus grande *compliance* de la part des contribuables dans la mesure où une déclaration qui ne correspond manifestement pas à la réalité pourrait entraîner des réactions (dénonciations) venant d'autres contribuables (par exemple des concurrents).

12. À l'encontre de la publicité fut invoqué le fait que l'obligation fiscale crée un rapport entre l'État et un citoyen particulier qui ne concerne pas directement le public, du moins lorsque ce rapport n'a pas de portée pénale, ce qui le rendrait nécessairement public. Par ailleurs, furent exprimées à maintes reprises des craintes que de telles données pourraient être utilisées par des organisations criminelles en vue de « rationaliser » leur action en se concentrant sur les citoyens aisés. En général, il a été mis en évidence qu'une fois les données publiées, leur circulation, leur diffusion et ainsi leur utilisation deviennent incontrôlables. Outre ces arguments d'ordre politique, cette pratique du Bureau des contributions italien a soulevé des controverses de conformité avec la législation italienne en vigueur sur la protection de la vie privée.

13. Sur le plan international et européen, le rapport entre la fiscalité et la *privacy* est d'une relevance particulière en ce qui concerne la transmission des données fiscales des contribuables à des administrations étrangères. Contrairement à ce qu'on pourrait penser, de nombreux outils règlementaires (conventions bilatérales ou multilatérales et au niveau européen directives et règlements) existent déjà en la matière. Par ailleurs, différentes

⁵ E. KRISTOFFERSON et P. PISTONE, « General Report », in E. KRISTOFFERSON *et alii* (eds.), *op. cit.*, p. 4

organisations internationales, telle l'OCDE (et dans une moindre mesure l'Union européenne) sont activement engagées dans un processus visant à améliorer le standard de transparence de coopération en matière fiscale, avec la création du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements⁶.

II. – Le secret fiscal en Belgique : un droit du contribuable et une obligation de l'administration fiscale ?

A. – Le droit au secret du contribuable

1. Le principe : le devoir de collaboration

14. À l'instar de la plupart des États, le système belge d'imposition des revenus se fonde principalement sur les renseignements fournis par le contribuable⁷ et sur le principe de collaboration entre ce dernier et l'administration fiscale⁸. Parmi les obligations qui pèsent sur lui, on compte l'obligation de transmettre à l'administration une déclaration de ses revenus, de communiquer tous les livres et documents nécessaires à la détermination du montant imposable, de permettre le libre accès à ses locaux ou encore de répondre à des demandes de renseignements à différents stades de la procédure d'établissement et de contestation de l'impôt⁹.

15. Les pouvoirs d'investigation du fisc, exorbitants du droit commun, sont considérables. Par ailleurs et dans une certaine mesure, ces pouvoirs peuvent s'avérer plus vastes que ceux reconnus aux autorités judiciaires¹⁰. En effet, afin d'en assurer l'effectivité, le législateur a assorti le non-respect

⁶ OCDE, *Coopération fiscale 2009 : vers l'établissement de règles du jeu équitables/Évaluation par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements 2009*, OCDE, 2009. Le compte-rendu des travaux de ce forum sont disponible sur www.oecd.org/fiscalite/transparence.

⁷ C.E.D.H., *JANOSEVIC c. Suède*, arrêt du 21 mai 2003, n° 34619/97, § 103, www.echr.coe.int.

⁸ J.-P. BOURS, « Étendue et limites, tant en Belgique qu'à l'étranger, des pouvoirs d'investigation du fisc belge », in *Actualités en droit fiscal. Les effets de la crise et dix ans de réforme de la procédure fiscale*, M. BOURGEOIS et J.-P. BOURS (dir.), Liège, CUP, Anthémis, vol. 111, 2009, pp. 77 et s.

⁹ Voy. par exemple art. 315 et 316 CIR ; Art. 61 et 62 C.T.V.A. ; Art. 183 C. enr. ; Art. 100 C. succ. ; Art. 201, Loi générale sur les douanes et accises du 18 juillet 1997, *M.B.*, 21 septembre 1997, p. 11476.

¹⁰ L'inverse étant, à d'autres égards, vrai également. Voy. : F. KONING, *Le redressement fiscal à l'impôt sur les revenus – Analyse et moyens de défense*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 143.

de ces obligations de nombreuses sanctions. Le contribuable non-coopérant s'expose ainsi au risque de se voir infliger des amendes administratives, voire pénales, et offre au fisc la possibilité d'enrôler l'impôt *via* la procédure de taxation d'office¹¹.

2. L'exception : le droit de se taire

16. Dans certains cas, le contribuable est toutefois en droit de revendiquer la faculté de s'abstenir de collaborer avec l'administration fiscale. Ce droit découle du droit au procès équitable reconnu dans la Convention européenne des droits de l'homme. Selon la C.E.D.H., « même si l'article 6 de la Convention ne le mentionne pas expressément, le droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6, § 1. En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'« accusé »¹². La Cour de cassation de Belgique a également reconnu, dans le cadre d'une procédure pénale, que « le droit à un procès équitable, garanti au prévenu par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, implique que celui-ci, comme le prévoit expressément l'article 14, § 3, g, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne peut être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable »¹³.

17. Encore faut-il cependant que ces instruments soient applicables à la matière fiscale. Comme la C.E.D.H.¹⁴, la Cour de cassation a décidé de longue date que l'article 6 C.E.D.H. ne s'appliquait pas à la matière fiscale sous son volet civil¹⁵. Toutefois, dans un arrêt de principe du 23 janvier

¹¹ Respectivement : Art. 445, 449 et 351-352 C.I.R. 1992.

¹² C.E.D.H., 5 avril 2012, *Chambaz c. Suisse*, § 52. Voy. le commentaire de Fr. KONIG, « Cour eur. D.H., *Chambaz contre Suisse*, 5 avril 2012 - Prohibition de l'auto-incrimination en matière fiscale et égalité des armes », *R.G.C.F.*, 2012, n° 6, pp. 403-417.

¹³ Cass., 11 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 618.

¹⁴ Sur le droit de se taire dans la Convention européenne des droits de l'Homme voy. C. FRANSSEN et E. TRAVERSA, « La demande de renseignements adressée au contribuable à l'impôt sur les revenus et le droit de se taire », *R.G.C.F.*, 2012, n° 1, pp. 31-37 ; Ph. MALHERBE, « Vers un droit fiscal à visage humain ? », *Mélanges Michel Waelbroeck*, Bruylant, 1999, pp. 1181-1203.

¹⁵ Cass., 8 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 871. Cass., 20 avril 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 957. Voy. aussi Cass., 29 octobre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 213 et V. SEPULCHRE, *Droits de l'homme et*

1992, la Cour a ajouté à cette jurisprudence précitée que, si l'article 6 C.E.D.H. ne s'appliquait pas à la matière fiscale c'était « sauf le cas où une procédure fiscale aboutit ou peut aboutir à une sanction procédant d'une accusation en matière pénale au sens de cette disposition »¹⁶. La Cour de cassation a même érigé le droit de se taire en un principe général du droit, à tout le moins, en ce qui concerne le droit de la preuve, en considérant, dans un litige fiscal, illégale la preuve obtenue en violation de la loi mais aussi « celle obtenue par un acte inconciliable avec les règles substantielles de la procédure [...] ou avec les principes généraux du droit, et plus particulièrement avec le respect des droits de la défense, dont le droit au silence fait partie »¹⁷. Plus tard, la Cour constitutionnelle a également reconnu au droit de se taire la valeur de principe général du droit¹⁸.

18. Malgré sa reconnaissance par les juridictions suprêmes, des incertitudes demeurent au sujet de la portée exacte du droit de se taire en matière fiscale. On peut toutefois raisonnablement penser que le contribuable sera fondé à exercer son droit au silence dans les trois cas suivants.

19. Tout d'abord, lorsque le fisc fait usage du délai extraordinaire d'investigation de sept ans (article 333 CIR/92), le contribuable peut en toute circonstance exercer son droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer. En effet, pour utiliser ce délai, l'administration fiscale est légalement tenu d'envoyer au contribuable, par écrit, une notification préalable précisant les indices de fraude fiscale qu'elle possède contre lui. Dès lors, le contribuable qui reçoit une demande de renseignements dans ce délai extraordinaire peut raisonnablement penser qu'il fait l'objet d'une « accusation en matière pénale ».

libertés fondamentales en droit fiscal, Coll. de Droit fiscal, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 244-245 et la jurisprudence y citée. À cet égard voy. : M. MORIS, « Le fisc et la protection de la vie privée », in *L'évolution des principes généraux du droit fiscal – 20^e anniversaire de la maîtrise en gestion fiscale*, coord. Th. ASCHRIFF, Coll. Solvay Brussels School, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 227-277. Ce qui n'empêche qu'une loi fiscale puisse violer la protection de la propriété privée (C.E.D.H., 14 mai 2013, *N.K.M.C. Hongrie*, par le protocole N° 1).

¹⁶ Cass., 23 février 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 453. Voy. les arrêts de la C.E.D.H. *Öztürk* du 21 février 1984, *Bendenoun c. France* du 24 février 1994, *A.P. c. Suisse* du 29 août 1997, *J-J c. Pays-Bas* du 27 mars 1998 et *JB c. Suisse* du 3 mai 2001. À l'instar de la jurisprudence européenne, la protection du droit de se taire ne jouera dès lors qu'envers la personne « accusée », et ce, en matière « pénale ». Sur ces notions C. FRANSSSEN et E. TRAVERSA, *op. cit.*, [n. 14], pp. 31-37.

¹⁷ Cass., 13 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 28.

¹⁸ C.A., 25 janvier 2001, n° 4/2001, *M.B.*, 10 février 2001, p. 3721. Le droit au silence faisant ainsi partie des principes généraux du droit, il peut être invoqué directement sans se soucier d'invoquer, au préalable, l'article 6 C.E.D.H. ou l'article 14, § 3, g) P.I.D.C.P.

20. Ensuite, lorsque le contribuable fait l'objet d'une procédure pénale – par exemple, pour abus de biens sociaux ou pour blanchiment d'argent – parallèlement à une procédure fiscale, il est certain qu'il est fondé à exercer son droit au silence¹⁹. Il ne saurait, en effet, pour les mêmes faits, devoir répondre au fisc alors qu'il a le droit de se taire face à un juge d'instruction ou à tout autre acteur de la procédure pénale. En d'autres termes, il ne saurait disposer de moyens de défense différents en fonction de son interlocuteur alors qu'il est jugé pour les mêmes faits. Comme l'a décidé la Cour constitutionnelle le 6 novembre 2008 par un raisonnement similaire, une telle différence de traitement serait injustifiée et aboutirait à une violation du droit au procès équitable tel que protégé par l'article 6 C.E.D.H.²⁰.

21. Enfin, lorsque le contribuable reçoit une demande de renseignements contenant des indications émanant du fisc lui permettant d'en conclure que celui-ci rassemble des preuves susceptibles d'aboutir contre lui à une sanction telle qu'un accroissement d'impôt, une amende pénale ou administrative, le contribuable dispose de suffisamment d'éléments pour être convaincu qu'il fait l'objet d'une « accusation en matière pénale » et, en conséquence, il peut choisir d'exercer son droit au silence.

22. Dans les autres cas, dès que la plupart des obligations déclaratives sont assorties de sanctions qui peuvent avoir un caractère pénal, il est évident que l'étendue du droit au silence devra être appréciée avec proportionnalité en fonction des circonstances de l'espèce²¹.

B. – Secret professionnel de l'administration fiscale

23. Le contribuable est donc légalement tenu de communiquer à l'administration fiscale un nombre important d'informations concernant non seulement sa situation patrimoniale mais aussi sa situation familiale et personnelle. En contrepartie, les fonctionnaires sont tenus à un secret

¹⁹ À la suite de l'adoption de la réforme *Una Via*, il ne devrait plus avoir de procédure pénale concomitante avec une procédure administrative portant sur les mêmes infractions fiscales. Voy. à ce sujet A. LECOCQ et E. CECI, « Réforme Una Via : le dessus de l'iceberg », *Droit pénal de l'entreprise*, 2013/1, pp. 3-25.

²⁰ C. Const., 6 novembre 2008, n° 157/2008, www.fiscalnet.be (19 février 2011). En l'espèce, cela concernait le droit de prononcer le sursis en matière fiscale comme cela peut se faire en matière pénale.

²¹ Voy. à ce sujet C. FRANSEN et E. TRAVERSA, *op. cit.*, [n. 14], *R.G.C.F.*, 2012, n° 1, pp. 45-46. Pour une interprétation extensive du droit au silence en matière fiscale, voy. Fr. KONIG, « Cour eur. D.H., *Chambaz contre Suisse*, 5 avril 2012... », *op. cit.*, *R.G.C.F.*, 2012, n° 6, p. 417.

professionnel qui prend la forme d'une obligation légale. En matière d'impôt sur les revenus, l'article 337 du C.I.R. établit que :

« Celui qui intervient, à quelque titre que ce soit, dans l'application des lois fiscales ou qui a accès dans les bureaux de l'administration des contributions directes, est tenu de garder, en dehors de l'exercice de ses fonctions, le secret le plus absolu au sujet de tout ce dont il a eu connaissance par suite de l'exécution de sa mission ».

Des dispositions similaires sont contenues dans les autres codes fiscaux²². Le fonctionnaire fiscal ne peut donc pas communiquer à des tiers des informations obtenues dans l'exercice de ses fonctions. La violation du secret professionnel de l'administration fiscale est passible de sanctions pénales (articles 453 du C.I.R. et 458 du Code pénal).

24. Concernant l'étendue des informations couvertes par le secret, ce n'est pas uniquement le montant des revenus imposables (comme le prévoyait la disposition originaire, introduite en 1919²³) mais l'ensemble des éléments contenus dans les dossiers fiscaux des contribuables qui sont protégés. Selon la Cour de cassation, le secret « concerne toutes les affaires dont (le fonctionnaire) a eu connaissance en exécution de sa mission, même celles qui sont dénuées de caractère fondamental ou ne sont que de nature statistique »²⁴. Ceci inclut les déclarations fiscales, la correspondance avec les autorités fiscales, les accords passés avec celle-ci ou encore les informations collectées par l'administration lors de contrôles. Contrairement à d'autres pays, en Belgique, aucune information n'est rendue publique au sujet de la situation fiscale des contribuables et l'administration se doit de refuser des demandes qui lui seraient adressées en ce sens²⁵. Cette obligation ne s'étend pas à des informations du domaine public²⁶. Par ailleurs, le secret professionnel ne fait pas obstacle à l'utilisation par l'administration des informations collectées auprès d'un contribuable pour l'établissement de l'impôt dans le chef d'autres contribuables (article 317 CIR)²⁷.

²² Pour un historique, voy. L. ORBAN, « Le secret professionnel des agents du fisc », *R.G.C.F.*, 2007/3, pp. 168-169.

²³ Loi du 29 octobre 1919 établissant des impôts cédulaires sur les revenus et un impôt complémentaire sur le revenu global, *M.B.*, 24 et 25 novembre 1919, art. 76.

²⁴ Cass. 14 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1146.

²⁵ Une exception à ce principe existe pendant matière de droits de succession, ou l'article 143 du code des droits de succession permet à certaines conditions un tiers d'obtenir un extrait ou une copie de la déclaration de succession.

²⁶ Bruxelles, 25 mai 2000, R.G. n° 1993/FR/362, www.fisconet.be.

²⁷ Sur les problèmes spécifiques soulevés pas la procédure de taxation par comparaison, voy. L. ORBAN, *op. cit.* p. 179 et I. CLAEYS BOUUAERT, « Le secret en droit fiscal », *Rép. fisc.*, 1974, p. 154, n° 21

25. Dans le cadre du secret professionnel de l'administration fiscale, la notion de tiers n'englobe pas certaines catégories de personnes ou d'organismes, auxquels donc la communication d'informations relatives aux contribuables est permise. Ne sont ainsi pas des tiers, selon l'article 327 CIR, les « autres services administratifs de l'État, y compris les parquets et les greffes des cours et de toutes les juridictions, aux Communautés, aux Régions et aux établissements ou organismes publics visés à l'article 329 », dans la mesure où les renseignements communiqués « sont nécessaires à ces services pour assurer l'exécution des dispositions légales ou réglementaires dont ils sont chargés »²⁸. L'adoption de cette disposition se justifiait historiquement par une jurisprudence extrêmement restrictive de la part de la Cour de cassation qui interdisait l'utilisation d'informations collectées dans le cadre de l'établissement d'un impôt pour l'établissement d'un autre impôt dans le chef du même contribuable²⁹. En revanche, la transmission de l'obligation de secret suit celle des données. L'article 327 CIR précise en effet que « Les personnes appartenant aux services à qui l'administration des contributions directes ou l'administration du cadastre a fourni des renseignements d'ordre fiscal en application de l'alinéa 2 sont également tenues au même secret et elles ne peuvent utiliser les renseignements obtenus en dehors du cadre des dispositions légales pour l'exécution desquelles ils ont été fournis ». Par ailleurs, entre membres de l'administration fiscale, la communication d'informations est non seulement permise, mais est obligatoire (article 335)³⁰.

26. De même, ne viole pas l'obligation de secret la communication d'information des administrations fiscales étrangères, qu'il s'agisse d'administrations d'autres États de l'union européenne, sur la base des directives et règlements existant en matière d'échange d'informations³¹, ou de tout

²⁸ Pour un commentaire critique, voy. J.-P. BOURS, « Le secret bancaire fiscal en Belgique - Un état des lieux », *J.T.*, 2012, p. 207.

²⁹ Cass., 9 janvier 1936, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1937, p. 1711. Voy. D. VAN BORTEL et R. NEYT, « Belgium », *Tax secrecy and tax transparency, op. cit.*, [n. 1], pp. 146-148.

³⁰ Art. 335 CIR : « Toutes les administrations qui ressortissent du Service public fédéral Finances sont tenues de mettre à disposition de tous les agents dudit Service public régulièrement chargés de l'établissement et du recouvrement des impôts tous les renseignements adéquats, pertinents et non excessifs en leur possession, qui contribuent à la poursuite de la mission de ces agents en vue de l'établissement ou du recouvrement de n'importe quel impôt établi par l'État ». Pour un commentaire des articles 327 et 335 CIR, voy. D. VAN BORTEL et R. NEYT, « Belgium », *Tax secrecy and tax transparency, op. cit.*, [n. 1], pp. 146-153.

³¹ Voy. en droit européen, Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant la fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts ; la Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, et la Directive

autre État avec lequel la Belgique a conclu une convention internationale, bilatérale ou multilatérale contenant des dispositions d'assistance mutuelle en matière d'établissement de recouvrement de l'impôt³².

27. Enfin, l'administration est déliée de son obligation de secret vis-à-vis du conjoint du contribuable, dans la situation particulière où elle souhaite procéder au recouvrement de dettes fiscales sur les biens de celui-ci (Article 337 CIR).

28. Outre les cas visés par l'article 337, se pose la question de savoir si l'administration fiscale est en droit d'opposer le secret professionnel au contribuable lui-même en ce qui concerne les éléments contenus dans son dossier et obtenus dans le cadre d'une procédure administrative, pénale ou civile à laquelle il n'est pas partie. Cette attitude qui peut apparaître paradoxale est néanmoins présente dans la pratique³³. Au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il semble que le droit au procès équitable commande de créer une ultérieure exception au secret professionnel des agents du fisc. Selon la C.E.D.H., « le refus de communiquer au requérant l'intégralité du dossier détenu par l'administration n'était pas justifié par des motifs en adéquation avec les principes se dégageant de la jurisprudence de la Cour en matière d'égalité des armes. Le processus décisionnel n'a en outre pas été assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé. Celui-ci a donc été placé dans une situation de net désavantage »³⁴. Cette position a d'ailleurs été adoptée par le Conseil d'État belge, d'abord, dans le cadre de procédure en recouvrement concernant des dettes fiscales d'autres contribuables³⁵, puis au sujet de déclarations de tiers concernant la situation fiscale du contribuable³⁶.

2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal.

³² Voy. la Convention du 25 janvier 1988 concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, la Convention Benelux du 5 septembre 1952 relative à l'assistance réciproque en matière de recouvrement des créances fiscales, ainsi dans les conventions bilatérales préventives de la double imposition les article 26 (modèle OCDE) en matière d'échange d'informations et 27 (modèle OCDE) en matière d'assistance en matière de recouvrement des impôts. Des accords bilatéraux spécifiques en matière d'échanges d'informations ont également été conclus par la Belgique (liste disponible sur www.fisconet.be).

³³ Fr. KONIG, « Cour eur. D.H., *Chambaz contre Suisse*, 5 avril 2012... », *op. cit.*, R.G.C.F., 2012, n° 6, p. 417.

³⁴ Voy. C.E.D.H., arrêts *Chambaz*, précité, § 68 et *Bendenoun c. France*, précité, § 52 ; *Adde* Civ. Namur (6^e Ch.), 14 décembre 2001, R.G. n° 545/2001.

³⁵ V. not. C.E., arrêt n° 126.678 du 19 décembre 2003 ; C.E., 13 décembre 2003, *J.D.F.*, 2003, p. 289.

³⁶ C.E., 29 janvier 2010, n° 200.264, *Courr. fisc.*, 2010, pp. 421 à 425.

29. Par ailleurs, on peut se demander si le caractère secret des informations fiscales présente outre une dimension subjective (interdiction pour les membres de l'administration fiscale de les communiquer), une dimension objective, qui imposerait à un devoir de réserve toute personne (en dehors de l'administration) qui aurait connaissance d'une information fiscale émanant de l'administration, éventuellement étayée par des documents fiscaux dont elle serait entrée en possession. Bien que cette question n'ait à notre connaissance pas encore été abordée en Belgique, il existe à ce sujet d'intéressants précédents dans la jurisprudence de la C.E.D.H. concernant la diffusion par la presse de données fiscales. Par exemple, l'affaire *Publico* concerne la divulgation par un journal au Portugal d'informations, étayées par des documents de l'administration fiscale et relatives à l'existence de dettes fiscales importantes d'un club de football au Portugal, dont l'administration fiscale n'aurait sciemment pas procédé au recouvrement. À la suite d'une procédure civile, le journal et les journalistes ont été condamnés par la Cour suprême du Portugal au paiement de dommages et intérêts pour avoir divulgué cette information au motif qu'indépendamment de sa véracité, elle portait atteinte à la réputation du club de football en cause. Dans cette affaire, la C.E.D.H. a censuré cette condamnation et considéré que « lorsque des secrets officiels, tels que le secret fiscal, créent un obstacle dans l'accès à l'information, la révélation d'une telle information sur des questions d'intérêt général ne saurait en soi être perçue comme une indication d'une éventuelle mauvaise foi du journaliste ou d'un manquement aux « devoirs et responsabilités » visés à l'article 10 § 2 [autorisant des limitations à la liberté d'expression] »³⁷. En effet, bien que la Cour ait reconnu que la préservation du secret fiscal était susceptible de justifier une restriction aux droits garantis par la Convention, elle est particulièrement attentive à examiner la proportionnalité des ingérences opérées par l'État sur cette base, en particulier lorsque des journalistes font l'objet de poursuites pénales³⁸.

III. – Le Secret bancaire vis-à-vis du fisc en Belgique

30. Le secret est une valeur et a une valeur. Le code pénal de 1810 le protégeait :

Article 378. Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes, et toutes autres personnes

³⁷ C.E.D.H., 7 décembre 2010, *Affaire Público – Comunicação Social, S.A. et autres c. Portugal*.

³⁸ Voy. à ce sujet C.E.D.H., 21 janvier 1999, *Fressot et Roire*.

dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de cent francs à cinq cents francs.

L'on aperçoit que la loi ne définissait pas le secret, qui semblait aller de soi, mais se réservait d'obliger à dénoncer, énonçant la tension entre le droit de l'individu au secret et le droit de l'État à le percer.

31. Le secret bancaire est au premier chef l'obligation et le devoir du banquier de conserver secret ce que ses clients lui révèlent. L'on peut certes gloser s'il s'agit d'un secret professionnel³⁹ ou d'un devoir de discrétion, mais le principe est admis.

La question qui nous occupe concerne un aspect particulier : ce devoir cesse-t-il quand la curiosité exprimée est celle de l'État, et singulièrement du fisc ?

A. – Le secret bancaire dans la pratique internationale

32. Le secret bancaire vise à protéger les clients contre la curiosité des tiers, et au premier chef celle des États étrangers, en ce compris leur administration fiscale. Admis pendant longtemps, il ne l'est plus de nos jours.

1. La naissance du secret bancaire

33. Le secret bancaire a été introduit par différents États dans leur législation pénale, notamment en Suisse⁴⁰ pour protéger les clients de leurs banques contre des lois jugées iniques (régime nazi en Allemagne) ou simplement excessives (front populaire en France).

Les modèles de convention préventives de la double imposition organisaient l'échange international de renseignements entre administrations fiscales, mais admettaient l'exception traditionnelle du secret bancaire.

Celui-ci pouvait être levé dans le cadre de la coopération pénale internationale, mais pour des crimes non fiscaux et sans permettre l'utilisation à des fins fiscales de l'information ainsi obtenue.

³⁹ Observons à cet égard qu'avec l'interdiction croissante des paiements en liquide, le banquier devient de plus en plus un confident obligé.

⁴⁰ Art. 47 de la Loi fédérale suisse du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne.

2. Le déclin international du secret bancaire

34. Le secret bancaire avait déjà été mis à mal dans le cadre de la lutte contre le blanchiment qui peut favoriser le crime organisé et le terrorisme. Les banquiers ont dû identifier leurs clients et parfois les dénoncer.

35. Le secret bancaire favorise incontestablement la fraude et l'évasion fiscales, elles-mêmes sources de pertes de recettes fiscales et causes d'un sentiment d'injustice chez les contribuables qui payent l'impôt⁴¹ face à cet impôt que certains ne paient pas.

La crise économique déclenchée par le système bancaire en a terni l'image tout en accroissant les besoins budgétaires : les banques qui avaient failli étaient en train de défaillir et devaient être sauvées à coups de milliards. En outre, quelques scandales ont courroucé les États-Unis, dont Al Capone sait qu'ils ne badinent pas avec la fraude fiscale : il est intolérable que les banques étrangères aident des contribuables américains à frauder le fisc ou, allèguent des esprits chagrins, ne se bornent pas à aider des contribuables non américains à frauder leur propre fisc.

L'ampleur des déficits budgétaires contraignait à une réflexion en profondeur sur les solutions pour les combler, les recettes d'une (hypothétique ?) croissance étant insuffisantes pour renflouer les caisses. L'une des solutions allait consister à renforcer l'efficacité des règles organisant la lutte contre la fraude fiscale, où la possibilité d'obtention d'informations par le fisc est primordiale. Que cette évolution soit légitime ou constitue une manœuvre de diversion destinée à masquer les manquements des gouvernements dans la régulation bancaire ou une étape préalable à l'augmentation de la pression fiscale, les questions restent ouvertes.

L'OCDE a donc lancé une véritable campagne en trois temps contre le secret bancaire. D'abord la rédaction en 2002 d'un modèle de convention d'échange de renseignements avec les paradis fiscaux, avec lesquels ne se concluent normalement pas de conventions préventives de la double imposition incluant un article 26. Ensuite la modification en 2005 de l'article 26 de sa convention modèle, dont le nouveau paragraphe 5 se lit :

5. En aucun cas, les dispositions du paragraphe 3 ne peuvent être interprétées comme permettant à un État contractant de refuser de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci sont détenus par une banque, un établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne.

⁴¹ Et souvent aussi chez qui n'en payent pas ou guère.

Et enfin la restructuration en 2009 d'un « forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales » destinée à clouer au pilori ceux qui n'adoptaient pas les nouveaux modèles ou ne les mettaient pas effectivement en pratique⁴².

3. L'évolution en droit européen

36. L'échange de renseignements fut organisé par le premier texte fiscal européen. La directive de 1977⁴³ admettait l'expression du secret bancaire s'il était légalement organisé, ce qui avait d'ailleurs conduit le Luxembourg à le transférer d'un simple arrêté grand-ducal vers une véritable loi⁴⁴.

La directive épargne⁴⁵ allait préconiser l'échange automatique des données bancaires concernant certains revenus. La directive sur la coopération administrative⁴⁶ a consacré l'échange automatique dans un spectre qui va s'élargissant.

B. – Le secret bancaire en Belgique⁴⁷

1. La naissance

37. Organisé en 1980⁴⁸, le secret bancaire⁴⁹ servait un double objectif concurrentiel : rendre le système belge plus compétitif face à l'attrait de

⁴² Voy. Ph. MALHERBE et M. BEYNSBERGER, « 2011 : The year of the implementation of the standards », dans E. FORT et A. RUST (eds.), *Exchange of Information and Bank Secrecy*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 119-150 ; Ph. MALHERBE et M. BEYNSBERGER, « Het Belgische fiscale bankgeheim : het einde van een tijdperk ? », *T.F.R.* 2011, n° 408, pp. 751-760.

⁴³ Directive 77/799/CE du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs.

⁴⁴ Voy. Ph. MALHERBE, « Le Contrôle de l'impôt dans le contexte européen », *J.D.F.*, 1991, p. 321.

⁴⁵ Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts.

⁴⁶ Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE.

⁴⁷ Cette partie s'inspire des contributions récentes : Ph. MALHERBE et M. BEYNSBERGER, « Les nouvelles limites du secret bancaire en droit fiscal belge », *R.G.C.F.*, 2012, pp. 51-71 ; Ph. MALHERBE et M. BEYNSBERGER, « Het Belgische fiscale bankgeheim : het einde van een tijdperk ? », *T.F.R.* 2011, n° 408, pp. 740-766. Voy. aussi Ph. MALHERBE, M. BEYNSBERGER et Ph. DAENEN, « Heeft het Belgische fiscale bankgeheim nog een toekomst ? », *T.F.R.* 2010, n° 377, pp. 223-242.

⁴⁸ Loi du 8 août 1980, modifiant l'article 224 du CIR 1964.

⁴⁹ L'on considère jusqu'ici qu'il s'agit *stricto sensu* d'un devoir de discrétion du banquier puisque son secret professionnel n'est pas pénalement sanctionné. Voy. aussi : Ph. MALHERBE, M. BEYNSBERGER et Ph. DAENEN, « Heeft het Belgische fiscale bankgeheim nog een toekomst ? »,

banques situées dans des paradis fiscaux et, il faut bien l'avouer, attirer les épargnants des pays voisins. Dans cette mesure, le secret bancaire belge favorisait une concurrence internationale, tout en maintenant certains aspects douteux et dépassés.

2. Le système

38. Le secret bancaire fiscal interdisait au fisc d'aller fouiner dans les comptes bancaires, que ce soit en contrôlant la banque elle-même ou en l'interrogeant en tant que tiers⁵⁰, sauf en cas de mécanisme de fraude, d'une sorte de fraude organisée avant la lettre⁵¹.

En vertu de l'article 318, alinéa 1^{er}, du CIR, l'administration des contributions directes n'est pas autorisée à recueillir des renseignements dans les comptes, livres et documents des établissements de banque, de change, de crédit et d'épargne (ci-après, « établissements financiers ») en vue de l'imposition de leurs clients⁵².

Cependant, si une enquête effectuée auprès d'un établissement financier⁵³ fait apparaître des éléments concrets permettant de présumer l'existence ou la préparation d'un mécanisme de fraude fiscale, l'administration a le droit de relever dans les comptes, livres et documents de l'établissement, les renseignements permettant de compléter l'enquête et

T.F.R. 2010, n° 377, p. 225. Mais le banquier devient de plus en plus souvent un « confident nécessaire ».

⁵⁰ Ph. MALHERBE et M. BEYNSBERGER, « *Een poging tot exegese van artikel 318, 2^{de} lid wib* », note sous Trib. Bruxelles, 28 janvier 2011, *T.F.R.*, à paraître ; A. ZENNER, « Les limites du devoir de discrétion du banquier vis-à-vis du fisc », *R.G.F.* 2002, pp. 223-229 et E. MERCIER, « Les pouvoirs d'investigations du receveur des contributions face aux banques » (note sous Tr. charleroi 4 novembre 2003), *J.L.M.B.* 2005, p. 981. Pour un aperçu détaillé des controverses doctrinales, voy. M. VAN DEN BOSSCHE, « Het fiscale bankgeheim in België. op zoek naar consistentie in de rechtspraak anno 2007 », *T.F.R.* 2007, pp. 342-346.

⁵¹ Sur la pertinence de cette notion dans la problématique du blanchiment, Voy. Ph. MALHERBE, « Fraude fiscale simple et blanchiment : Un glissement malsain ? », C. DOCCLO (ed.), *Alabaster 1938-2013*, Anthemis, 2013, pp. 567-587.

⁵² Ce qui compte est la nature de l'activité de sorte que l'article 318 du CIR s'applique par exemple aux seules activités financières des sociétés de leasing. Un tiers qui exerce l'option d'achat (qui lui est transférée) à la fin du contrat de leasing n'est donc pas protégé par l'article 318 CIR. Cette thèse a récemment été confirmée par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt *Atos (Banksys)* du 14 octobre 2010 (*T.F.R.* 2011, n° 395, p. 97, note T. AFSCHRIFT et P. VAN HISSENHOVEN, qui renvoie à Cass. 7 octobre 2004, *T.B.H.* 2005, n° 3, p. 293, avec note de Ph. MALHERBE).

⁵³ Il s'agit ici d'un contrôle préalable de la situation fiscale de l'établissement financier lui-même sur la base des articles 315, 315bis et 316 CIR (voy. Com. IR, n° 318/14). Sur la notion d'établissement financier, voy. Cass., 8 avril 2011, *Pas.*, I, n° 256, p. 1024 (application à des sociétés de leasing financier).

de déterminer les impôts dus par ce client⁵⁴. La méconnaissance de cette règle est sanctionnée par la nullité de la preuve.

Et si l'administration fiscale a obtenu des renseignements d'institutions financières sans les avoir sollicités, l'article 318 ne fait pas obstacle à ce qu'elle les utilise en vue de l'imposition des clients concernés ou de tiers⁵⁵.

Le secret bancaire fiscal connaît d'autres exceptions, notamment lors de l'instruction d'une réclamation⁵⁶, d'une procédure de recouvrement⁵⁷ ou d'une enquête pénale⁵⁸, mais nous ne nous y attarderons pas ici⁵⁹.

Ce secret est circonscrit aux impôts directs ; ainsi, il ne s'applique pas en matière de droits de succession où le fisc peut notamment rechercher les traces bancaires des libéralités des trois dernières années précédant le décès et se voit automatiquement communiquer des données d'assurances.

Ce secret bancaire a mené la Belgique, ensemble avec l'Autriche et le Luxembourg, à refuser l'échange automatique de renseignements dans le cadre de la directive « épargne » et à lui préférer un système de retenue à la source partagée⁶⁰.

3. L'évolution

39. L'évolution est différenciée selon qu'il s'agit d'établir ou de recouvrer l'impôt.

⁵⁴ Art. 318, al. 2, CIR.

⁵⁵ Cass., 19 avril 2012, *Pas.*, I, n° 240, p. 838.

⁵⁶ Art. 374 CIR.

⁵⁷ Art. 319bis CIR. Voy. aussi art. 413quater CIR dans le cadre d'une procédure de sur-séance indéfinie au recouvrement des impôts directs. L'art. 319bis CIR a récemment été modifié par l'art. 7 de la loi du 7 novembre 2011 portant des dispositions fiscales et diverses (MB 10 novembre 2011). Cet article, qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2011, prévoit que (voy. la partie soulignée) : « Les pouvoirs des fonctionnaires chargés du recouvrement visés à l'alinéa 1er s'exercent également sans les limitations prévues à l'égard des établissements visés aux articles 318, 322 §§ 2 à 4, et 327, § 3 ». Cf. *infra*, note n° 72.

⁵⁸ Art. 327, al. 1^{er}, CIR ; Com. IR, n° 327/30 et Cass. 16 février 2001, *TFR-Net*, 321, 2007/N29.

⁵⁹ Pour plus de détails, voy. Ph. MALHERBE, M. BEYNSBERGER et Ph. DAENEN, « Heeft het Belgische fiscale bankgeheim nog een toekomst ? », *T.F.R.*, 2010, n° 377, pp. 227 et s.

⁶⁰ Art. 10, Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts.

a. En vue de l'établissement de l'impôt

40. L'une des recommandations de la commission d'enquête parlementaire chargée de l'enquête sur les grands dossiers de fraude fiscale était d'assouplir le secret bancaire fiscal interne^{61,62}. Les exigences de l'OCDE ont servi de déclencheur pour réformer le système dans l'urgence, voire la précipitation.

41. La loi du 14 avril 2011 portant des dispositions diverses (« loi du 14 avril 2011 »), a introduit dans le CIR trois nouveaux paragraphes à l'article 322 et un nouvel article 333/1⁶³.

La technique adoptée consiste tout simplement à maintenir le secret bancaire, mais à l'assortir de la création d'un « cadastre » des comptes bancaires et de l'élargissement de la possibilité d'enquête auprès d'une banque en tant que tiers⁶⁴. L'article 318 CIR ne concerne donc plus les relations entre l'administration et les tiers⁶⁵, mais désormais uniquement le contrôle de l'établissement financier en tant que contribuable.

L'article 322 CIR définissait les moyens d'investigation dont dispose l'administration à l'égard des tiers, mais ne pouvait être utilisé pour contourner l'article 318 CIR⁶⁶. Désormais, dans certains cas et selon une procédure définie, le fisc pourra avoir accès aux comptes bancaires dont il disposera d'une liste via un « cadastre » des comptes bancaires créé au sein de la Banque Nationale de Belgique pour tout le secteur bancaire.

Enfin, le nouvel article 333/1 CIR impose à l'administration, outre l'obligation d'informer le contribuable, de fournir une fois par an un rapport au ministre (section 1.1.3).

⁶¹ *Trav. Parl.*, Chambre 2008-09, n° 52-034/004, p. 242.

⁶² Ph. MALHERBE, M. BEYNSBERGER et Ph. DAENEN, *op. cit.*, n° 377, pp. 223-242. Voy. aussi F. VANISTENDAEL, « Het bankgeheim, een geheim agenda », *A.F.T.* 2011, n° 2, pp. 1-2 ; F. VANISTENDAEL, « De versoepeling van het bankgeheim. Een verborgen agenda », *A.F.T.* 2011, n° 6, pp. 6 et s. et l'audition d'A. Haelterman sur la levée du secret bancaire en Commission des finances et du budget (*Doc.*, Chambre, n° 53-1312/001, p. 5 et suivantes).

⁶³ *M.B.*, 6 mai 2011. L'art. 322 CIR a été complété par les § 2 à 4 et un art. 333/1 CIR a été introduit.

⁶⁴ *Circ. AAF* n° 6/2011 du 27 juin 2011, annexe 3, p. 26.

⁶⁵ Art. 318 CIR se trouve dans la section « Obligations du contribuable ». Pourtant, il est admis que cet article s'applique également lorsque l'administration s'adresse à un établissement financier en tant que tiers et qu'il ne s'agit dès lors pas uniquement du contrôle de l'établissement financier en tant que contribuable. Voy. aussi *Circ. AAF* n° 7/2011 du 27 juin 2011, p. 26.

⁶⁶ *Com. IR*, n° 322/7 et *Circ. AAF* n° 6/2011 du 27 juin 2011, annexe 3, p. 24.

42. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2011⁶⁷. On peut vraisemblablement en déduire que l'administration peut procéder à des investigations auprès d'établissements financiers à partir de cette date, mais avec effet « rétroactif » au 1^{er} janvier 2008, – dans certains cas en 2004 (!) – à condition que l'administration ait notifié préalablement au contribuable, par écrit et de manière précise, les indices de fraude fiscale qui existent pour la période considérée⁶⁸. Des amendements visant à limiter l'enquête (et ainsi le délai d'investigation) aux informations qui ont trait à une période postérieure au 1^{er} janvier 2011 n'ont pas été retenus⁶⁹, ce qui constitue au moins une violation du principe de *fair play*⁷⁰, mais qui serait inspiré par la volonté de la Belgique de se conformer à ses obligations internationales⁷¹.

43. La loi du 7 novembre 2011 portant des dispositions fiscales et diverses⁷² (la « loi du 7 novembre 2011 ») a rapidement corrigé certaines imperfections de cette modification législative trop rapidement portée.

⁶⁷ Art. 57 de la loi du 14 avril 2011.

⁶⁸ Art. 333, 3^e al., CIR. Selon une jurisprudence (critiquable) de la Cour de cassation, la notification préalable n'est exigée que si l'enquête se fait auprès du contribuable lui-même (Cass. 18 novembre 2010, www.juridat.be ; pour une analyse, voy. aussi : JVD, « Investigation à l'égard de tiers : pas de "notification préalable" », *Fiscologue*, n° 1254, p. 1 et suivantes). Si une demande de renseignements bancaires est effectuée pendant le délai d'investigation extraordinaire, le contribuable recevra une notification préalable en application de l'art. 322, § 2, 3^e al., CIR.

⁶⁹ Amendement n° 3, *Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1208/007, p. 1 ; amendement n° 29, *Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1208/007, p. 47 ; amendement n° 32, *Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1208/014, p. 12 et amendement n° 11 (extrait Sénat 5-869/2), *Trav. Parl.*, Sénat, 2010-11, n° 5-869/3.

⁷⁰ Partiellement compensée par l'extension de la possibilité de transiger en matière pénale (art. 84 de la loi du 14 avril 2011). C'est exclusivement dans le cadre d'un compromis politique que la question de l'extension de la possibilité de transiger en matière pénale a été inscrite dans la loi du 14 avril 2011. Certains considéraient qu'il devait être permis aux personnes accusées (entre autres) de fraude fiscale de transiger sur l'action publique par le paiement d'une somme d'argent. S. CHATZIGIANNIS, « La loi du 14 avril 2011 « portant des dispositions diverses » instaurant une certaine levée du secret bancaire en matière d'impôts sur les revenus », *Act. Fisc.* 2011, partie I, n° 24 (pp. 1-8) et partie II, n° 25 (pp. 5-8).

⁷¹ *Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1208/007, p. 2. La convention préventive de la double imposition avec les Pays-Bas prévoit par exemple l'échange d'informations à partir du 8 janvier 2008 ; la convention préventive de la double imposition avec le Canada prévoit l'échange d'informations à partir du 1^{er} janvier 2006 à condition qu'il s'agisse de fraude, etc.

⁷² *M.B.*, 10 novembre 2011. En matière de secret bancaire, cette loi procède à :

(i) La modification de l'article 319*bis* CIR, qui prévoit qu'à l'occasion de l'adaptation de la modification récente de la règle en matière de suppression du secret bancaire les receveurs ne sont pas tenus de suivre les mêmes règles strictes que les taxateurs.

(ii) La modification de l'article 327, § 3, CIR qui tient compte de la disparition d'établissements de crédit publics et de l'intégration de divers services au sein de Bpost en vue d'éviter

L'urgence était visiblement toute relative, puisque l'arrêté royal relatif au fonctionnement du point de contact central visé à l'article 322, § 3, du CIR n'a été pris que le 17 juillet 2013 et publié le 26 juillet.

1) Cadastre des comptes et contrats financiers

44. Un point de contact central est créé pour tout le secteur financier belge au sein de la Banque Nationale de Belgique. Tous les établissements financiers sont tenus de communiquer à celle-ci l'identité de leurs clients, les numéros de leurs comptes bancaires et de leurs contrats⁷³.

Les « clients » sont les titulaires ou co-titulaires des comptes et les contractants ou cocontractants à titre principal aux contrats, mais pas les mandataires.

Les « comptes » sont les comptes bancaires ouverts⁷⁴ en Belgique en vue de recevoir ou d'effectuer des paiements, versements et retraits.

Les « contrats » sont visés s'ils sont conclus entre un client et un établissement financier, le cas échéant à l'intervention d'un agent, mais sans être indissociablement liée à un compte. Il s'agit des crédits hypothécaires ; des ventes ou prêts à tempérament et ouvertures de crédit au-delà de 200 euros ; des locations-financements ; des services ou activités d'investissement ; des transmissions de fonds par un établissement de paiement ; et plus généralement des prêts ou garanties.

Le Conseil d'État a considéré que ces définitions des comptes et contrats étaient restrictives et donc illégales. Il a peut-être en réalité voulu signifier que le champ de la loi était inutilement large... Soucieux de légalité, le gouvernement s'est fait habiliter à cet effet⁷⁵.

que celle-ci puisse invoquer cette disposition pour échapper au niveau régime en matière de levée du secret bancaire (art. 8 de la proposition de loi) (cette modification ne fera pas l'objet d'un commentaire) ; et

(iii) La clarification de l'article 333/1 CIR précisant que (i) l'administration est tenue d'informer au préalable le contribuable par écrit de son intention de déterminer la base imposable sur base de signes et indices et (ii) ce devoir d'information préalable ne s'applique pas aux demandes de renseignements provenant d'administrations fiscales étrangères.

⁷³ Art. 322, § 3, CIR.

⁷⁴ En néerlandais « in België geopende bankrekening » ; vise-t-on le lieu où le compte fonctionne ou celui où a été signé le contrat de compte ?

⁷⁵ L'article 30 de la loi du 17 juin 2013 portant des dispositions fiscales et financières et des dispositions relatives au développement durable prévoit cette habilitation : « Cette obligation vaut uniquement pour autant qu'il s'agisse de types de comptes et de contrats qui sont relevant pour le prélèvement de l'impôt. Le Roi détermine de quels types de comptes et de contrats il s'agit ».

L'information va concerner annuellement l'identité complète des clients et l'existence à un moment quelconque de l'année d'un compte ou contrat. Elle sera communiqué le 31 mars et, pour les années 2010 à 2012, le 1^{er} mars 2014.

La communication des données respectera un format défini par la BNB et leur consultation sera enregistrée via le système « Identity and Access Management » du SPF Finances.

La BNB n'a voulu être responsable qu'en cas de dol ou de faute lourde et a été entendue par le législateur⁷⁶. On se demande bien pourquoi la vénérable institution voulait et pourra se permettre d'être négligente – au bénéfice de son actionnaire majoritaire, l'État, par surcroît.

2) Demandes d'informations auprès des établissements financiers belges

45. La demande d'information doit respecter des conditions de fond et suivre une procédure.

i) Conditions de la demande d'informations en banque

46. Ce n'est que dans trois hypothèses que l'administration fiscale peut recueillir des informations auprès d'un établissement financier dans le but d'en imposer les clients à l'impôt sur les revenus.

47. La première hypothèse est celle d'un ou de plusieurs indices de fraude fiscale⁷⁷.

Contrairement à l'exception au secret bancaire prévue à l'article 318, alinéa 2, CIR, l'établissement d'*éléments concrets* de fraude fiscale n'est pas requis. En effet, un simple *indice* de fraude fiscale suffit. Les indices ne doivent pas être prouvés mais doivent reposer sur plus que de « vagues ou folles suppositions » pour être suffisamment crédibles⁷⁸.

Pour tracer la limite, la jurisprudence relative à l'article 333, alinéa 3, CIR peut certainement être utile, même si les principes élaborés par la Cour de cassation manquent de clarté. En effet, quand y a-t-il indices (de fraude)⁷⁹ ? Les travaux parlementaires contiennent une liste non

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Cette formulation est assez maladroite, maladresse que l'on retrouve également dans l'expression néerlandophone « een aanwijzing of aanwijzingen van belastingontduiking ».

⁷⁸ *Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1208/007, p. 14 et Circ. AAF n° 6/2011 du 27 juin 2011, annexe 3, p. 6.

⁷⁹ Bien qu'il ne soit pas requis que l'administration fiscale se fonde sur des faits connus ou des constatations pouvant permettre de démontrer la fraude fiscale (Cass., 8 mai 2009,

exhaustive d'exemples de ce qui constitue un indice de fraude fiscale : l'utilisation de fausses factures, la détention d'un compte bancaire à l'étranger non déclaré, le travail au noir, mais également des hypothèses plus improbables comme la constatation d'une marge bénéficiaire supérieure aux années précédentes alors que les conditions d'exploitation n'ont pas changé, la présence d'une « caisse négative », etc. D'autres exemples ne constituent (heureusement !) pas des indices de fraude : une erreur dans les charges familiales ou dans les dépenses déductibles, le simple fait d'une introduction tardive de déclaration, l'absence d'avantages de toute nature fixés de manière forfaitaire, les problèmes d'interprétation juridique, etc.⁸⁰.

48. La deuxième hypothèse est celle d'une demande de renseignements par un État étranger en vertu soit de la directive européenne transposée par l'article 338, § 5, CIR⁸¹, soit d'une disposition concernant l'échange d'informations contenue dans un traité où *la réciprocité est assurée*⁸².

Cependant, une distinction s'impose selon que la Belgique fournit des informations à des administrations fiscales étrangères ou les reçoit et selon l'utilisation qu'elle pourra en faire. Cette dernière hypothèse a manifestement été négligée par le législateur ; nous y reviendrons⁸³.

Qu'en est-il lorsque l'administration reçoit une demande de renseignements d'un État étranger ?

49. Selon l'article 322, § 4, CIR, le système prévu aux §§ 2 à 4 s'applique également dans l'hypothèse de demandes de renseignements d'États étrangers. Une telle demande suffit, sans que l'État partenaire doive fournir de preuves concrètes de l'existence d'indices de fraude fiscale⁸⁴. Une telle disposition serait d'ailleurs contraire à la norme internationale qui retient comme seul critère celui de la « pertinence vraisemblable »⁸⁵.

www.juridat.be ; voy. aussi *Fiscologue*, n° 1167, p. 7), les indices doivent être suffisamment précis (Cass., 14 octobre 1999, *Arr. Cass.* 1999, p. 535 ; voy. aussi *Fiscoloog*, n° 731, p. 4). Mais la nature exacte de ces indices est moins claire. Voy. JVD, « De quels "indices de fraude" le fisc doit-il disposer ? », *Fiscologue*, n° 1167, pp. 7-8.

⁸⁰ *Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1208/007, pp. 14 et s.

⁸¹ La directive concernant l'assistance mutuelle sera abrogée, à partir du 1^{er} janvier 2013, par la directive 2011/16/UE sur la coopération administrative. L'art. 338 CIR devra être adapté à cette nouvelle directive.

⁸² Pour le contenu de cette condition, voy. *infra*, n° 50.

⁸³ *Infra*, n° 59.

⁸⁴ Ceci a été confirmé par l'administration elle-même (Circ. AAF n° 7/2011 du 27 juin 2011, pp. 4-5).

⁸⁵ Voy. par exemple, l'art. 1^{er} de la Directive coopération administrative. Cet article prévoit que : « La présente directive établit les règles et procédures selon lesquelles les États

L'autorisation de recueillir les renseignements demandés auprès d'un établissement financier est automatiquement accordée par le fonctionnaire désigné⁸⁶ sur la base de la demande de l'État étranger⁸⁷. La condition que le fonctionnaire (étranger dans cette hypothèse) qui mène l'enquête doit, au préalable, avoir mis tout en œuvre pour obtenir les renseignements auprès du contribuable lui-même est donc écartée. Cette dérogation serait justifiée par le principe général – appelé « principe de l'épuisement préalable » – qui « veut qu'un État ne demande l'assistance d'un État partenaire (en l'occurrence, la Belgique) que s'il a lui-même fait au préalable tout ce qui était en son pouvoir afin d'obtenir les renseignements du contribuable (étranger)⁸⁸ ». Mais le contribuable belge a-t-il suffisamment de garanties si l'administration belge sollicite des renseignements bancaires auprès d'un État étranger ? Nous y reviendrons⁸⁹.

50. Dans une circulaire du 27 juin 2011⁹⁰, l'administration belge annonce la méthode qu'elle entend appliquer. La demande d'informations par un État étranger est traitée par la direction III/1 de l'Administration générale de la Fiscalité (AGF).

Dans un premier temps, la direction vérifie l'instrument juridique international invoqué par l'État partenaire pour obtenir des renseignements bancaires de la Belgique⁹¹ : il importe que les dispositions reprises

membres coopèrent entre eux aux fins d'échanger les informations vraisemblablement pertinentes pour l'administration et l'application de la législation interne des États membres aux taxes et impôts visés à l'article 2 ».

⁸⁶ Selon l'AM du 24 juin 2011 (M.B. 30 juin 2011), il s'agirait du directeur de la direction III/1 de l'administration générale de la fiscalité.

⁸⁷ Art. 322, § 4, CIR.

⁸⁸ Circ. AAF n° 7/2011 du 27 juin 2011, p. 5.

⁸⁹ Cf. *infra*, n° 38 et suivants.

⁹⁰ Circ. AAF n° 7/2011 du 27 juin 2011.

⁹¹ Il doit s'agir d'un des quatre instruments juridiques suivants :

- (i) les CPDI applicables ;
- (ii) les TIEAs applicables ;
- (iii) la Convention multilatérale OCDE/Conseil de l'Europe du 25 janvier 1988 concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale (www.oecd.org) (la « Convention multilatérale »). Le 27 mai 2010, un protocole à la Convention multilatérale a été ouvert pour signature qui prévoit entre autres la levée des restrictions de droit national (comme par exemple le secret bancaire) en matière d'échange d'informations international ; ou
- (iv) la directive 77/799/CEE du Conseil du 19 décembre 1977 concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs (JO L-336, 27 décembre 1977, 15-20) (la « Directive d'assistance mutuelle »). Cette directive sera abrogée avec effet au 1^{er} janvier 2013 par la Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE (la « Directive de coopération administrative ») (l'art. 338 CIR devra être adapté pour tenir compte de cette nouvelle Directive).

dans cet instrument juridique international prévoient expressément que l'échange s'étend aux renseignements nécessaires pour l'application, ou la mise en œuvre, de la législation interne relative aux impôts perçus par l'État partenaire et auxquels l'accord concerné est applicable⁹². Cette dernière condition n'est pas applicable lorsque les demandes sont effectuées sur la base de la Directive d'assistance mutuelle ou de la Convention multilatérale. Il n'est donc pas requis que les accords contiennent une disposition basée sur l'article 26, § 5, de la Convention Modèle de l'OCDE. Ceci est essentiel : en effet, l'article 322 CIR permet précisément à l'administration fiscale belge de procéder aux échanges internationaux d'informations sur base (entre autres) des traités de double imposition existants, qui au demeurant permettent souvent à un État de refuser de fournir des renseignements quand ces renseignements sont détenus par un établissement financier.

Ensuite, la direction III/1 vérifie si la condition de réciprocité est bien remplie. Ceci signifie que l'État requérant doit également être à même de fournir des renseignements bancaires si la Belgique en fait la demande⁹³. Par conséquent, sous cet État ne connaît pas de secret bancaire, soit cet État a signé avec la Belgique une CPDI incluant une disposition calquée sur celle qui figure au § 5, nouveau, de l'article 26 de la Convention Modèle de l'OCDE. À notre sens, la condition de réciprocité doit non seulement être remplie en théorie, mais elle doit également l'être dans les faits : en d'autres termes, l'État concerné doit satisfaire aux exigences d'un *Phase II Global Forum peer review*⁹⁴.

Enfin, la direction vérifiera si la demande de renseignements bancaires satisfait aux autres dispositions de l'instrument juridique international sur lequel se base l'État partenaire.

⁹² En ce qui concerne le Kirghizistan, le Koweït, la Moldavie, le Tadjikistan, le Turkménistan et la Suisse, cette condition n'est toutefois pas remplie à l'heure actuelle.

⁹³ L'administration fiscale a demandé aux autres États partenaires de confirmer que la condition de réciprocité est satisfaite. La circulaire sera complétée dès que possible par la liste des États ayant fournis cette confirmation. Entre-temps, l'administration vérifiera au cas par cas si la condition est remplie (Circ. AAF n° 7/2011 du 27 juin 2011, p. 7).

⁹⁴ Le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (OCDE) a lancé en 2010 un processus d'examen par les pairs afin de suivre et d'examiner les progrès accomplis en direction d'un échange (international) de renseignements efficace et complet. L'examen par les pairs comporte deux phases. La Phase 1 porte sur le cadre juridique d'une juridiction et la Phase 2 concerne la mise en œuvre pratique de ce cadre. Cf. Ph. MALHERBE et M. BEYNSBERGER, « 2010 – The year of implementation of the standards », E. FORT et A. RUST (eds.), *Exchange of Information and Bank Secrecy*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 119-150.

Après l'octroi de l'autorisation, la demande, accompagnée d'un document écrit, est envoyée à l'établissement financier concerné par un fonctionnaire du grade d'inspecteur au moins. Par ailleurs, il peut s'indiquer⁹⁵, dans certains cas, de faire appel au point de contact central tenu par la Banque Nationale de Belgique. À notre sens, le directeur compétent ne doit pas relever un ou plusieurs indices de fraude fiscale dès lors que la simple demande de renseignements d'un État étranger est à cet égard assimilée à un indice de fraude fiscale. L'administration semble également de cet avis⁹⁶.

L'établissement financier répond à la demande de renseignements⁹⁷ dans le délai fixé par l'administration ; pour l'application des CPDI actuellement en vigueur, notez que l'administration générale est également tenue par les délais prévus par le CIR pour les actes d'investigation.

51. La troisième exception vise l'hypothèse où l'administration a l'intention d'imposer sur la base de signes ou d'indices, d'où résulte une aisance supérieure à celle qu'attestent les revenus déclarés. À noter que les travaux parlementaires précisent qu'un déficit indiciaire important et non raisonnablement justifié peut constituer un « indice de fraude »⁹⁸.

Vu le caractère libératoire du précompte mobilier et l'exonération de la gestion normale du patrimoine privé, cette exception et son commentaire surprennent dès lors que le « déficit indiciaire » est toujours présent

⁹⁵ Circ. AAF n° 7/2011 du 27 juin 2011, pp. 6 et 7.

⁹⁶ La circulaire prévoit que :

« Le fonctionnaire désigné peut estimer qu'il est indiqué de demander des données au point de contact central notamment dans les cas suivants :

- (i) l'administration étrangère dispose d'indices permettant de penser qu'un de ses résidents omet de déclarer une partie des revenus d'une activité professionnelle et dissimule ces revenus sur un compte de la banque belge B. Comme il est à craindre que des revenus soient versés sur des comptes non connus, l'État étranger demande, outre le détail du compte de la banque B, si le résident concerné, son conjoint et ses enfants mineurs possèdent des comptes auprès d'autres établissements financiers en Belgique ;
- (ii) l'administration étrangère souhaite obtenir un relevé de tous les comptes dont le contribuable est (co-)titulaire ou mandataire auprès d'un établissement financier déterminé ;
- (iii) l'administration étrangère dispose d'indices permettant de penser qu'un de ses résidents a recours à un système de prêts « back-to-back » dans lequel un établissement financier belge est impliqué. Cette administration demande un relevé de tous les contrats (de prêt) que ce résident a contractés auprès de l'établissement financier concerné et auprès d'autres établissements financiers belges » (Circ. AAF n° 7/2011 du 27 juin 2011, p. 7) ».

⁹⁷ L'établissement financier fournit les renseignements demandés dans la langue nationale dans laquelle les relations contractuelles entre l'établissement financier et le contribuable concerné ont été établies. Les annexes sont fournies dans la langue originale du document (Circ. AAF n° 7/2011 du 27 juin 2011, p. 6).

⁹⁸ *Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1208/007, p. 14.

pour le contribuable « rentier » : ne devant pas déclarer ses plus-values, dividendes et intérêts, il dépense inévitablement plus qu'il ne déclare de revenus.

Le dispositif s'applique donc potentiellement en dehors de tout indice de fraude fiscale, ce qui surprend⁹⁹, voire discrimine¹⁰⁰, et en tout cas ouvre la porte à des abus¹⁰¹. Il apparaît en outre inutile, puisque, parmi les exemples d'indices de fraude fiscale, comme le relève la Cour constitutionnelle¹⁰², figure fort logiquement l'existence d'« un écart important entre les signes extérieurs de richesse ou le train de vie et les revenus connus ou déclarés, et pour lequel le contribuable ne peut fournir d'explication satisfaisante après avoir été interrogé à ce sujet ». Il paraît donc permis de ne pas voir ici une hypothèse vraiment distincte : soit le contribuable peut répondre de façon satisfaisante à la demande de renseignement, et la procédure s'arrête, soit il ne le peut, et il y a indice de fraude.

ii) Procédure de demande d'informations bancaires

52. Des garanties procédurales en quatre paliers, comportant l'intervention d'un fonctionnaire plus expérimenté et vraisemblablement plus pondéré devraient permettre d'éviter les abus et les excès.

⁹⁹ C. MARCUS et M. ELOY, « Situation indiciaire et secret bancaire », *R.G.F.*, 2011, p. 4.

¹⁰⁰ Une enquête bancaire peut être menée sur la base d'indices sans qu'il ne soit question d'indices de fraudes fiscales prouvées. Selon F. Smet, il s'ensuit qu'il peut y avoir une différence de traitement « entre un contribuable avec un déficit indiciaire (mais sans indices démontrables de fraude fiscale) et un autre contribuable dans le chef duquel il n'existe pas d'indices de fraude fiscale [...] ». Dans le premier cas, le secret bancaire pourrait être levé, dans l'autre, non » (F. SMET, « Secret bancaire : compromis sur une procédure "échelonnée" », *Fiscologue* n° 1241, p. 5). Le gouvernement même mentionne d'ailleurs une autre possible violation du principe d'égalité, à savoir le traitement égal qui est introduit par l'art. 322 CIR pour deux groupes différents de contribuables : le contribuable pour lequel il existe un ou des indices de fraude fiscale et le contribuable vis-à-vis duquel l'administration a l'intention d'appliquer une taxation indiciaire. Le gouvernement estime néanmoins que le traitement égal de ces groupes différents est justifié puisqu'il s'est avéré en pratique que « de administratie zich net in deze twee situaties het vaakst tot de financiële instellingen wou/moest wenden om inlichtingen omtrent een klant te bekomen. Door de bepaling van artikel 318, WIB 92 was het evenwel onmogelijk gebruik te maken van die inlichtingen behalve bij aanwijzingen van fraude. Zoals in [...] wordt vermeld, toont het bestaan van een indiciair tekort volgens het Hof van Cassatie weliswaar aan dat de aangifte onjuist was [...] maar het vormt op zich geen bewijs van belastingontduiking [...] » (*Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1737/001, pp. 23 et 24). Ce n'est pas convaincant.

¹⁰¹ Dans le cadre d'une enquête bancaire, l'administration peut réclamer « tout renseignement pouvant être utile pour déterminer le montant des revenus imposables du contribuable » (art. 322, § 2, 2° al., CIR).

¹⁰² Arrêt n° 39/2013 du 14 mars 2013, B.8.3. *Adde* Arrêt n° 6/2013 du 14 février 2013.

53. Tout d'abord, le fonctionnaire chargé de mener l'enquête devra mettre tout en œuvre pour obtenir les informations auprès du contribuable lui-même¹⁰³. Logiquement, les éventuelles demandes de renseignements bancaires qui suivront devront avoir le même objet.

La demande concerne « les informations et données relatives aux comptes » et le test consiste à vérifier si le contribuable « dissimule les informations demandées ou s'il refuse de les communiquer » ; faut-il considérer que le contribuable qui répond utilement et fermement aux questions de fond mais qui ne communique pas ses extraits bancaires échoue au test permettant ainsi à l'administration de passer au deuxième palier ? Nous ne le pensons pas.

54. Au deuxième palier, seul un fonctionnaire du grade de directeur au moins est compétent pour autoriser une demande de renseignements auprès d'un établissement financier¹⁰⁴. Par arrêté ministériel du 24 juin 2011, le ministre des Finances a désigné à cet effet le « directeur dont relève le service qui a effectué l'enquête »¹⁰⁵.

Le directeur vérifie donc si les conditions d'application sont remplies ou non et motive sa décision¹⁰⁶. À cet effet, il doit vérifier qu'une des conditions de fond de l'article 322, § 2, CIR est présente, qu'une demande d'informations et données relatives aux comptes a été adressée au préalable au contribuable conformément à l'article 316 CIR, que le délai de réponse est bien expiré et que le contribuable dissimule.

Il doit en effet décider s'« il existe des présomptions que le contribuable dissimule des données à ce sujet auprès d'un établissement visé à l'article 322, § 2, alinéa 2, CIR 92 ou refuse de les communiquer lui-même ». Nous sommes tentés de lire ou de réécrire ce texte comme portant : « si le contribuable n'a pas répondu de façon satisfaisante et s'il y a des présomptions que des données pertinentes peuvent être recueillies auprès des établissements financiers visées par le 2^e alinéa ».

Alternativement, après avoir vérifié la conformité d'une demande de coopération internationale au regard de la directive ou des dispositions conventionnelles concernées¹⁰⁷, il accordera automatiquement l'autorisation.

¹⁰³ Art. 322, § 2, 3^e al., CIR.

¹⁰⁴ Art. 322, § 2, 2^e al., CIR.

¹⁰⁵ A.M. du 30 juin 2011.

¹⁰⁶ Voy. aussi l'avis n° 13/2010 de la Commission de la protection de la vie privée, n° 13, p. 11 et l'avis n° 12/2010 de la Commission de la protection de la vie privée, n° 31, p. 12.

¹⁰⁷ Cf. *supra*, n° 20.

Le directeur peut donc lever le secret bancaire et autoriser un fonctionnaire du grade d'inspecteur au moins à réclamer « auprès d'un établissement de banque, de change, de crédit et d'épargne tout renseignement pouvant être utile pour déterminer le montant des revenus imposables du contribuable »¹⁰⁸.

55. En troisième étape, s'il constate que l'enquête révèle un indice de fraude fiscale¹⁰⁹ – et donc pas un simple déficit indiciaire¹¹⁰ –, le directeur compétent¹¹¹ peut recueillir les données disponibles relatives au contribuable auprès du point de contact central. Le point de contact n'a aucun pouvoir d'appréciation et doit communiquer les numéros de compte.

Le texte mentionne « les investigations menées visées au § 2 de l'article 322 ». Selon nous, ceci signifie qu'il ne s'agit pas d'une enquête quelconque, mais bien d'une enquête au cours de laquelle l'administration a demandé en vain des renseignements au contribuable sur la base de l'article 322 CIR, et à la suite de laquelle le directeur a été saisi d'une demande de renseignements auprès d'un établissement financier¹¹².

Le directeur met ces données à la disposition de l'inspecteur qui, selon la circulaire, peut continuer l'enquête auprès du contribuable sur la base de l'article 316 CIR et, au besoin, demander une nouvelle autorisation au directeur afin de pouvoir s'adresser directement à l'établissement financier¹¹³.

56. Enfin, en quatrième phase, l'inspecteur adressera sa demande de renseignements à un ou plusieurs établissements financiers. L'on sait que, si l'article 316 CIR prévoit un délai de principe d'un mois, l'article 322 CIR ne prévoit rien. L'administration a dès lors la fâcheuse habitude d'impartir un délai de huit jours. Espérons que cette pratique soit abandonnée ou, à tout le moins, qu'elle ne soit pas appliquée en cas de telles demandes à des établissements financiers.

¹⁰⁸ Art. 322, § 2, 2^e al., CIR.

¹⁰⁹ Art. 322, § 3, 2^e al., CIR.

¹¹⁰ La Commission de la protection de la vie privée a déjà fait comprendre que la création d'un point de contact central constituerait une mesure excessive (*cf. infra*, n° 67).

¹¹¹ La décision est prise par le directeur, qui est également le seul à être autorisé à demander des données auprès du point de contact central. Le directeur compétent est celui du service qui effectue le contrôle, qui est de plus compétent pour autoriser une enquête relative à des renseignements bancaires (A.M. du 24 juin 2011, M.B. 30 juin 2011).

¹¹² Circ. AAF n° 6/2011 du 27 juin 2011, annexe 3, p. 28.

¹¹³ *Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1208/007, p. 17. Voy. aussi Circ. AAF n° 6/2011 du 27 juin 2011, annexe 3, p. 28.

Les établissements financiers peuvent-ils refuser de fournir les renseignements ? Peut-on supposer que la décision du directeur autorisant l'enquête bancaire est communiquée à l'établissement financier ? Dans l'affirmative, l'établissement financier peut-il traiter cette demande de la même manière qu'une « garantie bancaire à première demande », en ce sens qu'il doit refuser de fournir les renseignements demandés en cas de demande manifestement irrégulière ou infondée¹¹⁴ ? Dans ce contexte, peut-on utilement se référer à l'interprétation, établie de longue date, de l'article 100 du Code des droits de succession¹¹⁵ ? L'établissement financier interrogé dans le cadre de cet article, ne doit répondre que sur présentation de l'autorisation donnée par le directeur général de l'administration du cadastre, des domaines et de l'enregistrement. L'établissement financier peut ainsi s'assurer que la loi a été correctement appliquée sur le plan procédural. L'appréciation des conditions de fond ne lui appartient pas (et le client ne peut pas lui en imputer l'omission à faute), puisqu'il se trouve dans l'impossibilité d'apprécier. À ce propos, la loi est étrangement silencieuse. Cependant, la question n'est pas sans intérêt puisque les établissements financiers encourent le cas échéant des reproches, voire des actions en responsabilité, de la part d'une clientèle mécontente, sans parler qui pourraient être intentées à leur égard... Le secteur bancaire avait pourtant (à juste titre) fortement insisté sur la nécessité d'apporter un maximum de clarté¹¹⁶. L'administration peut d'ailleurs demander toutes les données « pouvant être utiles pour déterminer le montant des revenus imposables du contribuable »¹¹⁷. Que faire avec des demandes formulées de manière particulièrement large ? Nous supposons que l'administration ne va pas envoyer des demandes telles que : « *Veillez me communiquer toutes les données qui pourraient m'être utiles afin de déterminer le montant des revenus imposables du contribuable X* » ? Dans ce cas, l'étendue des données sur lesquelles porte précisément la demande reste incertaine : le banquier ne dispose que d'informations financières et ne sait pas si elles sont effectivement pertinentes pour le dossier fiscal du client. L'on peut difficilement attendre de lui une appréciation d'une demande de renseignements. Par

¹¹⁴ M. DELIERNAUX et Ch. CENTNER, « Les nouvelles règles uniformes de la CCI applicables aux garanties sur demande (URDG 758) un nouvel instrument à intégrer dans la pratique belge des garanties », *T.B.H.* 2011, n° 3, p. 215 ; J.-F. ROMAIN, « La fraude et l'abus manifeste dans les garanties bancaires autonomes : persistance ou transformation des concepts de droit commun au regard de la jurisprudence internationale, en particulier française et belge », *Rev. banc. fin.* 2002, p. 28.

¹¹⁵ J. DECUYPER et J. RUYSEVELDT, *Successierecht 2010-2011*, II, Kluwer, 2010, n° 1604.

¹¹⁶ *Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1312/001, pp. 42 et s. (exposé M. Vermaerke, président de Febelfin).

¹¹⁷ Art. 322, § 2, al. 2, CIR.

ailleurs, l'administration peut-elle auditionner le personnel, demander des informations telles que des notes du personnel, etc. ? Il aurait été préférable que la demande d'informations bancaires soit limitée à des données (bancaires) objectives¹¹⁸.

57. Reste à savoir comment cette levée « partielle » du secret bancaire interférera avec l'assouplissement de l'échange de renseignements entre les administrations suite à la modification des articles 335 et 336 CIR¹¹⁹. Ces articles ne constituaient pas, conformément à leur ancienne interprétation, une exception au secret bancaire¹²⁰, mais ils devront dorénavant être lus en combinaison avec l'article 322 CIR modifié. Quel en sera dès lors l'impact ?

Les autres administrations ne peuvent, logiquement, toujours pas transférer à l'administration des contributions directes des données recueillies lors du contrôle d'un établissement financier. L'article 318 CIR reste, en effet, inchangé. Mais qu'en est-il des données recueillies par les autres administrations au cours d'une enquête auprès d'un établissement financier en tant que « tiers » ? Étant donné qu'avant de recueillir des données auprès d'établissements financiers, l'administration des contributions directes doit soit disposer d'indices de fraude fiscale, soit avoir l'intention de procéder à une taxation indiciaire, elle ne pourra à notre sens pas utiliser de telles informations provenant d'autres administrations afin d'établir une imposition¹²¹. Une autre question est de savoir comment séparer le bon grain de l'ivraie. L'administration des contributions directes peut naturellement déduire un indice de fraude fiscale ou avoir l'intention de procéder à une taxation indiciaire sur la base d'« autres » renseignements qu'elle reçoit des diverses administrations.

¹¹⁸ Comme les données chiffrées, les paiements de salaires, les montants des transactions, etc.

¹¹⁹ Selon les art. 335 et 336 CIR les diverses administrations peuvent : « mettre à disposition de tous les agents dudit Service public régulièrement chargé de l'établissement ou le recouvrement des impôts tous les renseignements adéquats, pertinents et non excessifs en leur possession, qui contribuent à la poursuite de la mission de ces agents en vue de l'établissement et du recouvrement de n'importe quel impôt établi par l'État [...] ».

¹²⁰ Pour une analyse de l'application des art. 335 et 336 CIR en combinaison avec l'art. 318 CIR, voy. Ph. MALHERBE, M. BEYNSBERGER et Ph. DAENEN, « Heeft het Belgische fiscale bankgeheim nog een toekomst ? », *T.F.R.* 2010, n° 377, p. 230.

¹²¹ Cass. 14 septembre 2007, note F. SMET, *T.F.R.* 2008, p. 19. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a jugé que l'administration des contributions directes porte atteinte au secret bancaire prévu à l'art. 318 CIR si elle utilise des informations obtenues par une autre administration dans le cadre de l'application d'autres impôts, alors qu'elle n'aurait pas pu les recueillir elle-même puisqu'elles se trouvaient entre les mains d'un établissement financier. Nous pensons que cette jurisprudence de la Cour de cassation reste d'application en ce qui concerne l'art. 322 CIR modifié.

58. Simultanément à l'envoi de la demande de renseignements, l'inspecteur doit informer par lettre recommandée le contribuable des indices de fraude fiscale. Des recours seront possible si les contions ne sont pas respectées ou si les questions vont trop loin¹²². Une modification a voulu en dispenser quand il s'agit d'une demande de renseignements provenant de l'étranger¹²³, mais a fort heureusement été annulée¹²⁴.

La notification préalable d'une consultation du point de contact central n'est pas davantage prévue. Cela nous paraît tout aussi regrettable : non seulement le point de contact central sert de « portail d'accès » à des informations confidentielles¹²⁵ mais en outre, cette consultation intervenir illégalement, si bien qu'un contrôle notamment de l'existence d'un indice de fraude fiscale doit pouvoir intervenir en temps utile.

Cependant, si les droits du trésor sont en péril, l'inspecteur peut effectuer la notification jusqu'à 30 jours après l'envoi de la demande de renseignements à l'établissement financier. Il s'agit des intérêts financiers de l'État et la notification ne peut être ainsi retardée que s'il existe, par exemple, des indices laissant penser que le contribuable à l'intention de se rendre insolvable¹²⁶.

Etant donné que ces formalités tendent à protéger le contribuable, elles paraissent prescrites à peine de nullité des actes de procédure ultérieurs¹²⁷.

¹²² Plusieurs clients de la banque suisse UBS ont poursuivi la Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme. La Suisse aurait violé leur droit à la vie privée suite à la communication de données bancaires aux États-Unis en vertu de la convention entre Berne et Washington. Voy. R. JACKSON, « UBS Clients Sue Switzerland for Privacy Violations », *Tax Notes International* 2011, pp. 618 et s.

¹²³ Art. 333/1 CIR réécrit par la Loi du 7 novembre 2011 portant des dispositions fiscales et diverses, M.B. 10 novembre 2011 (la « loi du 7 novembre 2011 »).

¹²⁴ C. Const., arrêt n° 66/2013 du 16 mai 2013. La Cour maintient les effets de la disposition annulée à l'égard de toutes les applications qui en auraient été faites avant la publication de son présent arrêt au *Moniteur belge*, soit le 31 juillet 2013. La Cour de justice de l'U.E. a cependant jugé que la directive 77/782/CEE ne conférait pas au contribuable le droit d'être conforme d'une demande d'assistance le concernant (CJUE, 22 octobre 2013, C-276/12, *Jiri Sabou*).

¹²⁵ La Commission de la protection de la vie privée a d'ailleurs confirmé que la création d'un tel registre constituerait une mesure excessive tenant compte du droit à la vie privée du contribuable (avis n° 13/2010 de la Commission de la protection de la vie privée, n° 33, p. 12).

¹²⁶ C'est l'interprétation retenue par la cour constitutionnelle (Arrêt n° 39/2013 du 14 mars 2013) et l'objectif déclaré par le législateur : La lutte contre la fraude échouerait complètement si le contribuable avait la possibilité de dissimuler les fortunes frauduleusement édifiées avant que l'administration puisse tenter une action (*Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1208/007, p. 18 et *Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1208/012, p. 24).

¹²⁷ D'après l'art. 333, 3^e al., CIR. Voy. aussi F. SMET, « Secret bancaire : compromis sur une procédure échelonnée », *Fiscologue*, n° 1241, p. 4.

3) La demande belge de collaboration internationale

59. L'article 322 CIR modifié permet à l'administration belge de fournir des renseignements bancaires à un État étranger moyennant le respect de certaines conditions. Mais sous quelles conditions l'administration belge peut-elle, à l'inverse, recevoir des renseignements d'un État étranger et les utiliser par la suite ? La loi reste muette sur ce point, mais il serait logique d'exiger le respect des mêmes conditions¹²⁸.

Les accords d'échange de renseignements permettent de demander l'assistance des administrations étrangères afin de recueillir des données qui ne sont en vertu du principe de territorialité pas à la portée de l'administration belge. Ainsi l'administration étrangère peut, par exemple, demander des renseignements à un établissement financier de son pays pour le compte de l'administration belge. Cependant, vis-à-vis du contribuable, l'administration belge ne peut user que des moyens d'investigations que lui offre le droit interne¹²⁹.

Le droit interne organisant la collecte de données concernant un contribuable belge auprès d'un établissement financier réside dorénavant à l'article 322 CIR modifié. Par conséquent, l'administration, lorsqu'elle a l'intention d'adresser une demande de renseignements à un État étranger, est tenue de respecter les conditions prévues aux articles 322 CIR et 333/1 CIR¹³⁰.

Comment traduire ce principe en pratique ? Il nous semble que s'impose une interprétation par analogie de l'article 322 CIR. Tentons-la.

60. Avant tout, l'administration devra soit disposer d'un ou plusieurs indices de fraude fiscale, soit avoir l'intention de procéder à une taxation indiciaire. Elle devra ensuite adresser au contribuable une demande

¹²⁸ Par contre, le législateur suisse a réglé cette question dans une « *Ordonnance sur l'assistance administrative* », adoptée par le Conseil fédéral le 1 septembre 2010. Voy. à cet égard, O. UNTERSANDER, « The Exchange of Information Procedure according to Double Tax Conventions : The Swiss Approach or How Taxpayer Rights Are Protected under Swiss Procedural Rules », in E. FORT et A. RUST (eds.), *Exchange of information and Bank Secrecy*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 197-220.

¹²⁹ F. HELLEMANS, « De grensoverschrijdende uitwisseling inlichtingen op het vlak van inkomstenbelastingen, BTW en successierechten », *T.F.R.* 2001, pp. 115 et s. ; Ph. MALHERBE, M. BEYNSBERGER et Ph. DAENEN, « Heeft het Belgische fiscale bankgeheim nog een toekomst ? », *T.F.R.* 2010, n° 377, pp. 239 et s. et C. DOCCLO, « L'esquif du secret bancaire belge sur la vague des accords internationaux d'échange de renseignements », *J.D.F.*, 2010, pp. 22-23 et pp. 25-26.

¹³⁰ L'État étranger peut d'ailleurs refuser de communiquer des renseignements bancaires à l'administration belge si son droit interne ne lui permet pas de les obtenir (voy. art. 26 (3) de la Convention Modèle OCDE et art. 7 (1) du modèle TIEA).

de renseignements, où elle veillera à mentionner qu'elle se propose de recueillir, le cas échéant en faisant appel à une administration fiscale étrangère, des renseignements auprès d'un établissement financier. Avant d'autoriser une enquête bancaire, le directeur du service compétent devra examiner si les conditions précitées ont été respectées et si le délai de réponse est expiré. Si le directeur constate que l'enquête justifierait l'application éventuelle de l'article 341 CIR ou révèle un ou plusieurs indices de fraude fiscale et que le contribuable dissimule les informations demandées auprès d'un établissement financier ou refuse de les communiquer, il peut octroyer l'autorisation de procéder à une enquête bancaire.

Mais à quel fonctionnaire l'autorisation doit-elle être donnée ? Des renseignements à un État étranger ne peuvent pas être demandés par un fonctionnaire quelconque. En effet, seule l'administration centrale des contributions directes est compétente en matière d'échange international de renseignements¹³¹ ; les services belges locaux ne peuvent en principe pas demander directement des renseignements à des administrations étrangères (ce qui entraînerait à notre avis la nullité de l'imposition). L'autorisation du directeur doit dès lors être octroyée à un fonctionnaire de l'administration centrale, qui peut par la suite adresser une demande de renseignements à une administration étrangère. Les données devraient ensuite être transmises, via l'administration centrale, à l'administration fiscale locale qui pourra les utiliser afin d'établir, le cas échéant, une imposition dans le chef d'un contribuable belge.

b. En vue du recouvrement de l'impôt

61. Depuis sa modification par l'article 7 de la loi du 7 novembre 2011 L'article 319*bis*, al. 2, CIR¹³² permet aux fonctionnaires chargés du recouvrement de demander des informations bancaires sans les limitations prévues par les articles 318, 322, §§ 2 à 4, et 327, § 3, donc sans l'essentiel des garanties encadrant la levée du secret bancaire en vue de l'établissement de l'impôt.

c. Rapport annuel

62. L'administration fiscale adressera annuellement au Ministre des Finances un rapport relatif à l'application de la procédure de levée du

¹³¹ Anvers 15 janvier 1996, *F.J.F.* 1996, n° 96/84, pp. 188 et s. ; Circ. R9 Div./271.842 du 31 octobre 1995, *Bull.contr.*, n° 535, p. 2180 et Com. Conv., n° 26/15, pp. 33-35. Voy. aussi F. HELLEMANS, « De grensoverschrijdende uitwisseling van inlichtingen op het vlak van inkomstenbelastingen, BTW en successierechten », *T.F.R.*, 2001, p. 126.

¹³² Introduit par l'article 8 de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006.

secret bancaire. Ce rapport devra au moins contenir les données suivantes :

« 1° le nombre de fois que, conformément à l'article 318, alinéa 2, une enquête a été menée auprès d'établissements financiers et que des données ont été utilisées en vue de l'imposition de leurs clients ;

2° le nombre de fois que, conformément à l'article 322, § 2, une enquête a été menée et que des données ont été demandées auprès d'établissements financiers ;

3° les indices concrets, répartis en catégories, par lesquels les personnes visées à l'article 322, § 2, alinéa 2, se sont laissé guider dans leur décision d'accorder une autorisation ;

4° le nombre de décisions positives et négatives des directeurs ;

5° une évaluation globale, tant sur le plan technique que juridique, de la manière dont a été menée la procédure selon l'article 322, §§ 2 à 4.

Ce rapport est publié par le Ministre des Finances et transmis à la Chambre des représentants »¹³³.

À tous les égards, ce rapport assurera une certaine visibilité sur la pratique concrète de l'administration fiscale et renforcera (espérons-le) sa responsabilisation. Dans le meilleur des cas, le rapport servira à l'ajustement et l'affinement de la réglementation actuelle. Les derniers rapports de l'administration fiscale ne paraissent pas satisfaire à ce prescrit¹³⁴.

C. – La jurisprudence constitutionnelle sur le respect de la vie privée

63. Il faut trouver un juste équilibre entre les obligations et les droits du contribuable : le consentement à un principe de taxation et le choix politique d'un système fiscal qui se base en grande partie sur la technique de la déclaration, implique que le contribuable doive, en échange, tolérer certaines mesures administratives de contrôle, tout en se voyant garantir le respect de ses droits fondamentaux¹³⁵.

¹³³ Art. 333/1, § 2 CIR, modifié par l'art. 9 de la loi du 7 novembre 2011.

¹³⁴ <http://www.rapportannuel.finances.belgium.be/rapport/rapport-chiffre-0>

¹³⁵ D. GUTMANN, « Dossier. La lutte contre la fraude fiscale », in *Cahiers de droit de l'entreprise*, mars-avril 2011, 20. Voy. à ce sujet J.-M. CALDERON, « Taxpayer Protection within the Exchange of Information Procedure Between State Tax Administrations », *Intertax* 2002, pp. 462 et s. La Commission de la protection de la vie privée le formule ainsi : « la protection de la vie privée n'est pas une donnée absolue, comme également mentionné dans les avis

La Cour constitutionnelle a déjà rendu trois arrêts sur ces dispositions¹³⁶.

64. Très classiquement, elle commence par constater qu'il y a ingérence au sens de l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : *La collecte et le traitement des données relatives aux comptes et transactions financières constituent une ingérence dans le droit au respect de la vie privée des personnes concernées, ainsi que des personnes qui ont réalisé des opérations financières avec celles-ci et que ces mesures d'investigation peuvent... révéler des informations plus ou moins précises et concordantes sur « la conduite, les opinions ou les sentiments » de la personne qui en fait l'objet (voy. mutatis mutandis, C.E.D.H., 2 septembre 2010, Uzun c. Allemagne, § 52)*¹³⁷.

Elle poursuit que cette ingérence est prévue par la loi, qui doit :

- être et est libellée en *des termes clairs et suffisamment précis qui permettent d'appréhender de manière prévisible les hypothèses dans lesquelles le législateur autorise pareille ingérence dans le droit au respect de la vie privée* et
- satisfaire à l'exigence de précision, incluse dans celle de prévisibilité, en *délimitant le pouvoir d'appréciation des autorités concernées avec une netteté suffisante, d'une part, et en prévoyant un contrôle juridictionnel effectif, d'autre part* (voy., entre autres, C.E.D.H., 4 mai 2000, Rotaru c. Roumanie, § 55 ; 6 juin 2006, Segerstedt-Wiberg c. Suède, § 76 ; 4 juillet 2006, Lupsa c. Roumanie, § 34)¹³⁸ ; tout en
- servir un objectif légitime d'intérêt général, étant respectivement l'établissement et le recouvrement de l'impôt, en ce que *l'établissement correct de l'impôt est nécessaire à assurer « le bien-être économique du pays »*¹³⁹ et que *le recouvrement efficace de l'impôt vise à garantir l'égalité*

du Conseil d'État. La vie privée est un droit relationnel qui est toujours lié à d'autres droits et libertés et qui doit être examiné en fonction de ceux-ci. La Commission estime également que la lutte contre la fraude fiscale peut justifier une poursuite du démantèlement du secret bancaire fiscal, du moins dans la mesure où ce démantèlement va de pair avec une législation de qualité et une procédure équilibrée qui tient compte des droits et intérêts de toutes les parties impliquées (administration fiscale, contribuables et établissements concernés) (article 8 de la C.E.D.H., article 22 de la Constitution et article 16.1 du TFUE) et qui exclut efficacement l'utilisation arbitraire des pouvoirs d'investigation » (avis n° 12/2010 du 31 mars 2010, p. 4, n° 8 et avis n° 13/2010 du 31 mars 2010, p. 4, n° 9). Voy. également l'exposé du Prof. A. Haelterman lors de son audition sur la levée du secret bancaire en Commission des Finances et du budget (*Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1312/001, pp. 8 et s.).

¹³⁶ Arrêt n° 6/2013 du 14 février 2013 ; Arrêt n° 39/2013 du 14 mars 2013 ; Arrêt n° 66/2013 du 16 mai 2013.

¹³⁷ Arrêt n° 66/2013, B.6.

¹³⁸ 6/2013, B.9.1.

¹³⁹ 6/2013, B.7.

*des citoyens devant la loi fiscale et à sauvegarder les intérêts du Trésor, ce qui est nécessaire pour assurer « le bien-être économique du pays »*¹⁴⁰.

65. La proportionnalité est garantie,

- en matière d'établissement de l'impôt :
 - par l'exigence d'indices de fraude fiscale ;
 - par la circonscription de l'objet de la demande à *des renseignements utiles à la détermination du montant des revenus imposables du contribuable*¹⁴¹ ;
 - par des exigences procédurales, étant l'organisation d'une procédure par paliers qui n'aboutit que si le contribuable *dissimule ou refuse de communiquer des données*¹⁴² et l'intervention de fonctionnaires de grade élevé, directeur et inspecteur ;
- en matière de recouvrement : par la garantie que *seuls des renseignements nécessaires à l'établissement de la situation patrimoniale du débiteur en vue du recouvrement de l'impôt peuvent être sollicités auprès des établissements financiers par les fonctionnaires chargés du recouvrement*¹⁴³.

Ces garanties étant combinées aux règles que, dans les deux hypothèses, les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel et les prescriptions de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹⁴⁴ la mesure n'est pas disproportionnée.

66. L'on constate que l'ingérence n'est jugée justifiée que dans la mesure où les questions sont limitées à l'utile, voire au nécessaire et où cette limitation peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel effectif. Il restera à voir si cette motivation est incantatoire ou prophétique.

L'on peut se demander si des irrégularités moins graves, telle, par exemple, une certaine exagération des frais professionnels¹⁴⁵, sont suffisamment substantielles pour justifier une violation du droit à la vie privée du

¹⁴⁰ 66/2013, B.9.

¹⁴¹ 6/2013, B.11.2

¹⁴² 6/2013, B.11.3.

¹⁴³ 66/2013, B.13

¹⁴⁴ À cet égard, apparaît sujet à critique le décret flamand du 21 juin 2013 relatif à la coopération administrative dans le domaine fiscal qui, dans sa version de l'article 319bis CIR, écarte également l'application de l'article 322, § 5, et donc de l'article 337, qui consacre le secret fiscal.

¹⁴⁵ Dans cette hypothèse, il est difficile de concevoir ce qu'une enquête bancaire pourrait apporter puisque la charge de la preuve des frais déductibles revient au contribuable, qui, le cas échéant, doit également communiquer l'identité du bénéficiaire.

contribuable¹⁴⁶. Et s'il ne serait pas souhaitable, comme le suggère le Prof. Vanistendael, de prévoir une limite absolue et relative des montants en dessous desquels aucune enquête bancaire ne peut être menée¹⁴⁷ ? Dans son avis n° 13/2010, la Commission de la protection de la vie privée remet d'ailleurs en question qu'une « telle large possibilité de recours au pouvoir d'investigation fiscale dans les cas qui ne se rapportent pas à la non déclaration de revenus (par exemple une déclaration tardive) implique encore un exercice proportionnel et effectif des pouvoirs d'investigation fiscale »¹⁴⁸.

67. La Commission de la vie privée a également déjà laissé entendre que la mise en place d'un registre central de données constituerait une mesure excessive¹⁴⁹. Le Prof. Haelterman rejoint ce point de vue et soutient même que le simple fait que les banques doivent communiquer l'existence d'un compte détenu au nom de ses clients n'est pas acceptable¹⁵⁰.

D. – Conclusion

68. Le secret fiscal paraît bien participer de la protection de la vie privée et le secret bancaire fiscal paraît bien en procéder. Si la juste perception de l'impôt est antinomique à la protection de la vie privée, faut-il sacrifier celle-ci ou changer le paradigme fiscal pour privilégier des impôts plus respectueux de la vie privée ?

¹⁴⁶ Dans ce sens F. VANISTENDAEL, « De versoepeling van het bankgeheim. Een verborgen agenda ? », *A.F.T.*, 2011, n° 6, p. 12.

¹⁴⁷ F. VANISTENDAEL, « Het bankgeheim, een geheime agenda ? », *A.F.T.*, 2011, n° 2, p. 3.

¹⁴⁸ Avis n° 13/2010 de la Commission de la protection de la vie privée, n° 13, p. 6.

¹⁴⁹ Avis n° 13/2010 de la Commission de la protection de la vie privée, n° 33, p. 12.

¹⁵⁰ Voy. l'exposé de A. Haelterman lors son audition sur la levée du secret bancaire en Commission des finances et du budget (*Trav. Parl.*, Chambre, n° 53-1312/001, pp. 8 et 9).

La discrétion bancaire en droit civil

André-Pierre André-Dumont

*Avocat au barreau de Bruxelles
Maître de conférences à l'UCL*

1. Contrairement à ce qui existe dans d'autres États européens, les établissements bancaires de droit belge¹ ne bénéficient pas de texte législatif spécifique organisant, en dehors de la matière fiscale², un secret bancaire.

Certains auteurs ont un temps soutenu que les « banquiers » pouvaient se prévaloir d'un secret professionnel couvert par l'article 458 du Code pénal. La doctrine majoritaire était cependant d'avis que les établissements de crédit n'étaient pas susceptibles de se prévaloir de cette disposition³.

Par un arrêt du 25 octobre 1978, la Cour de cassation a décidé que « ni la nature des fonctions exercées par les banquiers ni aucune disposition légale ne confèrent à ceux-ci la qualité de personne tenue au secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal »⁴.

S'il n'existe donc pas, en droit civil belge, de secret bancaire protégé par l'article 458 du Code pénal, cela ne signifie toutefois que la banque n'est tenue à aucun « secret » même non protégé par le Code pénal. Au contraire, il est admis qu'il pèse sur les banquiers une obligation de discrétion, laquelle est d'ailleurs affirmée par la Cour de cassation dans son arrêt

¹ Cette situation doit être clairement distinguée de celle d'établissements de crédit de droit étranger originaires d'un État consacrant un secret bancaire pénalement sanctionné, qui exerceraient leur activité en Belgique, par exemple dans le cadre d'une libre prestation de service. Dans une telle hypothèse se pose la question de l'application extra-territoriale d'un secret étranger (Sur cette question, voy. A. BRUYNEEL, « Le secret professionnel du banquier. (30 ans après) », in *Van Alle Markten. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 102, n° 7 ; C.J.C.E., 10 décembre 2002, C-153/00).

² La matière fiscale est totalement exclue de la présente contribution.

³ Sur les différentes thèses en présence, voy. A. BRUYNEEL, note sous Cass., 25 octobre 1978, *J.T.*, 1979, p. 371 (et les références citées) ; J.-P. BUYLE, D. GOFFAUX, « Les devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise », in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Éd. jeune barreau de Bruxelles, 2005, p. 46, n° 20 (et les références citées).

⁴ Cass., 25 octobre 1978, *J.T.*, 1979, p. 371, note A. BRUYNEEL.

du 25 octobre 1978 : l'application du secret professionnel consacré par l'article 458 du Code pénal « ne peut s'étendre à ceux qui sont seulement tenus d'un devoir de discrétion »⁵.

2. Le devoir de discrétion connaît en doctrine plusieurs définitions.

Il s'agit tantôt de « l'obligation pour le banquier de garder le secret, tant sur les opérations traitées avec son client que sur les renseignements donnés par celui-ci en vue de leur réalisation »⁶ tantôt de « l'obligation au secret qui existe lorsqu'une personne accepte expressément ou tacitement de participer à la confiance d'une autre personne et prend dès lors connaissance d'informations confidentielles »⁷.

La première définition n'est pas totalement satisfaisante. En effet, elle semble limiter ce devoir de discrétion à l'hypothèse de l'existence d'une relation contractuelle entre une banque et un client. Or, comme nous le verrons, ce devoir existe également au bénéfice de personnes qui, bien que n'étant pas clientes, ont confié des informations confidentielles à la banque.

La seconde permet en revanche de mettre en lumière les objectifs poursuivis par cette obligation à savoir d'une part, le respect de la vie privée et d'autre part, la confiance⁸.

3. Bien que l'existence du devoir de discrétion remonte à des temps immémoriaux⁹, son fondement est discuté¹⁰.

Il pourrait être de nature coutumière générant une obligation contractuelle sous-entendue¹¹, le cas échéant combinée à une responsabilité aquilienne¹².

⁵ Cass., 25 octobre 1978, *J.T.*, 1979, p. 371, note A. BRUYNEEL.

⁶ J.-P. BUYLE, D. GOFFAUX, « Les devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise », in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Éd. jeune barreau de Bruxelles, 2005, p. 46, n° 20.

⁷ Ph. MALHERBE, « Le secret bancaire en Belgique et en Europe (1ère partie) », *R.G.F.*, 1996, p. 351.

⁸ A. BRUYNEEL, « Le secret professionnel du banquier. (30 ans après), in *Van Alle Markten. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Intersentia, 2008, p. 97, n° 2.

⁹ Ce devoir était déjà mentionné à l'époque du Code d'Hammourabi ou à l'époque romaine (K. MAUEN, J. FASTENAEKELS, « De discretieplicht van Belgische banken. "Een onderzoek naar haar grondslagen en toepassingsgebieden" (Deel 1) », *T. Fin. R.*, 2006-1, p. 1285, n° 15.

¹⁰ La jurisprudence belge sur le devoir de discrétion est peu fréquente. Elle ne paraît pas s'être interrogée sur le fondement de cette obligation.

¹¹ R. HENRION, « Le secret professionnel du banquier », ULB, 1963 cité par J.-P. BUYLE, D. GOFFAUX, « Les devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise, in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Éd. jeune barreau de Bruxelles, 2005, p. 46, n° 20.

¹² J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, 1977, p. 239.

Donner à ce devoir un fondement exclusivement contractuel est peu convaincant¹³. Il ne permet en effet pas de justifier la persistance du devoir après la fin des relations contractuelles¹⁴. Par ailleurs, il existe des cas où un devoir de discrétion s'impose au banquier en l'absence de toutes relations contractuelles. Ainsi, il est admis que des personnes qui, dans le cadre d'une phase pré-contractuelle, ont communiqué des informations confidentielles, mais qui au final ne sont pas devenues clientes de la banque, peuvent se prévaloir, à l'égard de la banque, de ce devoir de discrétion.

Il apparaît plus approprié de considérer qu'il s'agit d'un usage professionnel¹⁵, c'est-à-dire d'une « pratique, en générale locale ou professionnelle, habituellement suivie que l'on sous-entend dans les actes juridiques, pour interpréter ou compléter la volonté des parties ou celle de l'auteur de l'acte (Van Ryn et Heenen, *Principes de droit commercial*, Tome I, 1976, n° 21, 7°, p. 35) »¹⁶.

La jurisprudence belge, outre qu'elle est peu abondante, ne s'est pas prononcée sur le fondement de ce devoir.

4. Le devoir de discrétion a pour objet les informations confidentielles qui ont été confiées à la banque, expressément ou au travers de la réalisation d'opérations, par un client (situation la plus fréquente) ou par un prospect.

Sont ainsi couverts par le devoir de discrétion notamment :

- le fait qu'une personne soit cliente de la banque ou, en cas de compte codé, l'identité de la personne titulaire de ce compte¹⁷ ;

¹³ Voy. Ch.-G. WINANDY, « La vie privée et le patrimoine. Les rapports entre la vie privée et les informations utilisées en matière de crédit et de prêt à tempérament », *Ann. Dr. Louvain*, 1984, p. 116.

¹⁴ Paris, 6 février 1975, *D.*, 1975, p. 318, obs J. VEZIAN.

¹⁵ J. PARDON, « Quelques normes propres au secteur bancaire », in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 16 ; J.-P. BUYLE, A. WILLEMS, « Les usages en droit bancaire », *D.A.O.R.*, 1990, n° 17, p. 92 ; J.-P. BUYLE, D. GOFFAUX, « Les devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise », in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Éd. jeune barreau de Bruxelles, 2005, p. 46, n° 20.

¹⁶ Bruxelles, 14 mars 2008, *R.D.C.*, 2010, p. 109, note O. STEVENS.

¹⁷ Luxembourg, 12 mars 2002, *Bulletin Banque et droit*, n° 33, 2002, p. 40. On peut se demander si cette solution ne devrait pas davantage être nuancée. En effet, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg, il s'agissait pour des héritiers réservataires de préserver leur réserve. Ces héritiers demandaient en conséquence à une banque de leur communiquer l'identité du titulaire du compte codé sur lequel le défunt avait effectué un virement. La Cour a estimé que le secret bancaire faisait obstacle à la divulgation de cette identité. Cette solution peut permettre de rendre la réserve purement théorique, et ce, bien qu'elle soit considérée comme relevant de l'ordre public.

- l'identité de la personne à qui le titulaire du compte a donné une procuration¹⁸ ;
- les données relatives aux comptes d'un client¹⁹. Ainsi des renseignements précis sur la solvabilité d'un client ne peuvent être communiqués par la banque²⁰. De même, l'ancienne gérante d'une société ne peut obtenir des relevés de compte de la société ou des renseignements sur des opérations²¹ ;
- la date de l'encaissement et l'identité du bénéficiaire de l'encaissement de bons anonymes²².

En revanche, le devoir de discrétion ne fait pas obstacle :

- à la communication de renseignements commerciaux d'ordre général et économique sur la solvabilité d'un client²³. Sont ainsi visées les informations objectives faisant l'objet de publications comme les comptes annuels. Il en est de même des appréciations générales sur un secteur d'activité dont un client fait partie ;
- à la communication de l'état civil d'un client, état civil relevant de la « notoriété publique »²⁴ ;
- à la communication par la banque à son client tireur d'un chèque, de l'identité de la personne qui a encaissé un chèque nominatif dont le bénéficiaire affirme qu'il ne l'a ni touché ni endossé²⁵ ;
- à l'usage des données par la banque pour assurer sa défense dans le cadre d'une procédure qui l'oppose à la personne qui lui a confié ces données²⁶.

5. Cette obligation de discrétion empêche la banque de communiquer *positivement* les informations qui lui ont été confiées.

Plus délicate est la question de savoir si elle interdit à la banque de délivrer des attestations de fait *négatif*.

La question s'est posée dans le cadre de l'affaire Reynders. En l'espèce, le journal De Morgen avait publié trois articles dans lesquels il reproduisait

¹⁸ C.A. Rouen, 4 décembre 1996, *Juris-Data*, n° 565586.

¹⁹ C.A. Paris, 6 février 1996, *Revue de droit bancaire et de la bourse*, n° 69, 1998, p. 175.

²⁰ Cass. Com. (Fr.), 18 septembre 2007, *Revue de droit bancaire et financier*, novembre-décembre 2007, p. 46.

²¹ Cass. Com. (Fr.), 16 janvier 2001, *Banque & Droit*, n° 80, 2001, p. 45.

²² Cass. Com. (Fr.), 30 mai 2007, *Banque & Droit*, n° 115, 2007, p. 29.

²³ Cass. Com. (Fr.), 18 septembre 2007, *Revue de droit bancaire et financier*, novembre-décembre 2007, p. 46.

²⁴ C.A. Paris, 6 février 1998, *Revue de droit bancaire et de la bourse*, n° 69, 1998, p. 175.

²⁵ Comm. Verviers, 7 octobre 2004, RG C/04.0009, www.juridat.be.

²⁶ C.A. Paris, 23 mai 1996, *Revue de droit bancaire et de la bourse*, n° 58, 1996, p. 236.

des extraits d'un compte ouvert dans les livres d'une banque luxembourgeoise, dont le titulaire aurait été Monsieur Reynders. Ce dernier a alors demandé à cette banque luxembourgeoise de délivrer une attestation indiquant qu'il n'était pas et n'avait jamais été titulaire d'un compte dans ses livres. Alléguant le secret professionnel (pénalement sanctionné au Luxembourg), la banque refusa de lui remettre une telle attestation. Confronté à ce refus, Monsieur Reynders introduisit à l'encontre de la banque luxembourgeoise une action en responsabilité.

Par un arrêt du 15 septembre 2005, la Cour d'appel de Liège a écarté la demande de Monsieur Reynders au motif que le secret bancaire luxembourgeois s'opposait à ce que la banque pose un « acte quelconque qui peut entraîner d'une manière directe ou indirecte, la violation d'un secret »²⁷. Or, la délivrance de l'attestation demandée « est susceptible d'entraîner une violation du secret professionnel du seul fait que l'impossibilité dans laquelle elle serait de délivrer pareille attestation à un client impliquerait *ipso facto* et *a contrario* que ce dernier est bien en compte auprès d'elle, information dont il n'est discuté par personne qu'elle est couverte par le secret professionnel »²⁸.

6. Le devoir de discrétion est édicté non en faveur de la banque elle-même mais bien en faveur du client ou, plus exactement, de la personne qui, faisant confiance au banquier, lui a confié des informations confidentielles.

Il n'est donc pas destiné à protéger la banque mais bien la personne qui a placé sa confiance en elle.

Il s'ensuit que la banque ne peut se prévaloir de ce devoir de discrétion à l'égard de son client ou de l'ayant-cause universel de celui-ci²⁹.

L'opposabilité de ce devoir de discrétion à l'égard de la caution est discutée. Il a été jugé que « tenu à la discrétion professionnelle, le banquier ne peut, en cours de contrat, sans engager sa responsabilité, révéler à la caution les détails et les circonstances des opérations conclues jusqu'à un moment déterminé avec le crédité, notamment le solde du compte

²⁷ Liège, 15 septembre 2005, *Bulletin Droit et Banque*, n° 40, p. 57, note O. POELMANS ; *J.L.M.B.*, 2007, p. 134 note Ch.-G. WINANDY.

²⁸ Liège, 15 septembre 2005, *Bulletin Droit et Banque*, n° 40, p. 57, note O. POELMANS ; *J.L.M.B.*, 2007, p. 134 note Ch.-G. WINANDY.

²⁹ T.G.I. Paris, 10 juillet 1991, *Banque*, 1991, p. 1088 ; Luxembourg, 12 mars 2002, *Bulletin Banque et droit*, n° 33, 202, p. 40 ; T. Arr. Luxembourg, 19 novembre 2009, *Bulletin Droit et Banque*, n° 46, 2010, p. 32

courant où les opérations de crédit sont comptabilisées »³⁰. Dans un arrêt plus récent, la Cour d'appel de Bruxelles³¹ a néanmoins considéré que la banque ne pouvait se prévaloir de ce devoir pour refuser à la caution « l'accès au dossier de crédit, si ce refus est de nature à porter atteinte aux droits des tiers qui ont consenti des sûretés »³².

La Cour de cassation française a, quant à elle, décidé que le secret bancaire ne pouvait être opposé aux héritiers de la caution qui demandaient à la banque des informations relativement aux engagements de la société garantie, au jour du décès de la caution³³.

7. Ce devoir de discrétion pesant sur le banquier connaît des exceptions. Celles-ci peuvent être de nature contractuelle, légale ou « coutumière ».

Il est ainsi parfaitement loisible au client ou à celui qui a placé sa confiance dans la banque de délier contractuellement celle-ci de son devoir. Celui-ci n'étant pas sanctionné pénalement, cette personne est en effet maître des secrets qu'elle a confiés. Elle peut ainsi demander à la banque qu'elle délivre à des tiers diverses informations la concernant comme par exemple sa situation en compte.

Les lois écartant le devoir de discrétion du banquier sont variées.

En matière pénale³⁴, il est constant que ce devoir s'efface devant les nécessités de l'enquête. Ainsi, la banque est tenue de répondre aux questions qui lui sont posées par un juge d'instruction. De même, elle ne peut se prévaloir de ce devoir pour refuser de communiquer des documents, par exemple dans le cadre d'une perquisition.

En matière civile, le devoir de discrétion ne peut être opposé par la banque tiers-saisie au créancier saisissant pour ne pas faire la déclaration complète et exacte requise par la loi³⁵. De même, l'article 218 du Code civil impose au banquier de dénoncer au conjoint marié (quel que soit

³⁰ Mons, 17 mars 1989, RG 8007, inédit ; Comm. Bruxelles, 28 mars 2000, R.G. 3608, inédit.

³¹ Bruxelles, 20 février 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 383, noot R. STEENNOT.

³² A. BRUYNEEL, E. VAN DEN HAUTE, « Chronique de droit bancaire privé – Les opérations de banque (2002-2003) », *Droit bancaire et financier*, 2005/IV, n° 4. Ces auteurs estiment, à l'instar de Monsieur Steennot, qu'un devoir d'information périodique existerait à l'égard de la caution pour toute somme due. Cette question fait aujourd'hui l'objet d'une réglementation pour les cautions à titre gratuit, à l'article 2043septies du Code civil.

³³ Cass. com. (Fr.), 16 décembre 2008, *Rec. Dalloz*, p. 784, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

³⁴ Sur le devoir de discrétion et le droit pénal, voy. K. MAUEN, J. FASTENAEKELS, « De discretplicht van Belgische banken. "Een onderzoek naar haar grondslagen en toepassingsgebieden" (Deel 1) », *T. Fin. R.*, 2006-1, pp. 1290-1294, n°s 33-45.

³⁵ Bruxelles, 16 juin 2008, *Droit bancaire et financier*, 2010/II, p. 98.

le régime matrimonial) l'ouverture d'un compte dans ses livres³⁶. En matière de caution à titre gratuit, l'article 2043^{septies} du Code civil oblige le créancier bénéficiaire de la caution à fournir à celle-ci des informations de manière périodique sur l'exécution de l'obligation garantie. En matière de divorce, l'article 1253^{quinquies} du Code judiciaire permet au juge d'enjoindre à des tiers de communiquer tous « renseignements et documents de nature à établir le montant des revenus et créances des époux ». En matière de règlement collectif de dettes, l'article 1675/8 du Code judiciaire confie également au juge un tel pouvoir d'injonction en vue d'obtenir « tous renseignements utiles sur des opérations accomplies par le débiteur et sur la composition et la localisation du patrimoine »³⁷.

D'une manière plus générale, l'article 877 du Code judiciaire permet au juge d'ordonner à la banque de produire des documents dès lors qu'ils contiendraient la preuve d'un fait pertinent pour le litige qu'il est chargé de trancher. Ce tiers peut toutefois s'opposer à la production du ou des documents demandés s'il existe un motif légitime.

La jurisprudence est partagée sur la possibilité de considérer que le devoir de discrétion constitue un motif légitime permettant de s'opposer à la demande de production³⁸. Le cas échéant, le devoir de discrétion ne constituera un motif légitime que combiné avec une autre valeur comme le secret des affaires³⁹.

³⁶ Civ. Gand, 11 janvier 1994, *T.G.R.*, 1994, p. 77, noot ; Civ. Ypres, 7 septembre 1990, *R.G.D.C.*, 1992, p. 242.

³⁷ Il faut relever que cette disposition prévoit expressément que le médiateur de dettes, s'il l'estime nécessaire, peut demander à ce que des « tiers soumis au secret professionnel ou au devoir de discrétion en soient déliés ».

³⁸ Ont admis que le devoir de discrétion était un motif légitime : Comm. Bruxelles, 12 mars 1973, inédit ; Comm. Hasselt, 17 avril 2000, et 26 mars 2001, *R.D.C.*, 2001, p. 837, obs. M. DELIERNEUX, J.-P. BUYLE ; Comm. Bruxelles, 22 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 980. Ont en revanche refusé le devoir de discrétion comme motif légitime : Civ. Namur (réf.), 11 octobre 1998, *Rev. Rég. Dr.*, 1989, p. 203 ; Comm. Namur, 29 juin 1995, *J.T.*, 1996, p. 328 ; Comm. Anvers (réf.), 9 juin 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 168.

³⁹ Comm. Bruxelles, 22 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 980 ; Bruxelles, 13 janvier 2005, 2002/AR/2103, inédit. La Cour d'appel de Mons a décidé, dans un arrêt du 15 avril 2009, que l'article 877 du Code judiciaire autorisait le juge à ordonner à la banque de produire les rapports internes d'analyse de crédit de façon à vérifier le respect des obligations d'information, de renseignement, de conseil ou de mise en garde en précisant qu'une « telle mesure d'instruction ne constitue ni une atteinte au « secret des affaires » (...) ni une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme » (Mons, 15 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1864). Cette décision est critiquable au regard des conditions posées par l'article 877 du Code judiciaire. La lecture de la décision donne en effet l'impression qu'il s'agissait pour la partie opposée à la banque d'aller à la pêche aux informations et documents de façon à asseoir ses demandes.

En matière « administrative », la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme impose à la banque de communiquer des informations voire de dénoncer, dans certaines circonstances, son client⁴⁰. Des obligations similaires découlent des législations en matière d'embargo financier.

8. Si la banque méconnaît son devoir de discrétion, elle engage sa responsabilité sur le plan civil.

Toutes les règles applicables en matière de responsabilité seront applicables. Outre l'existence d'une faute, le plaignant devra également démontrer l'existence dans son chef d'un dommage réparable, qu'il soit matériel ou moral, ainsi que d'un lien de causalité entre la faute et le dommage allégué.

Les cas d'application sont peu fréquents.

Il a toutefois déjà été jugé qu'une banque qui transmet au réviseur plus d'informations que celles qui avaient été demandées, méconnaît son obligation de discrétion professionnelle dès lors que les informations supplémentaires communiquées étaient confidentielles, et s'oblige en conséquence à réparer le dommage ainsi causé. Dans cette espèce, ce dommage qui était purement moral, a été évalué à la somme de 100.000 francs⁴¹.

Sur le secret des affaires, voy. notamment, J.-P. BUYLE, « "Geheim en bewijs" in aansprakelijkheidsprocedures » : regards croisés. La production forcée de documents au regard du secret et de la confidentialité, *R.D.C.*, 2013, pp. 1078-1091.

⁴⁰ L'article 30 de cette loi prévoit même une obligation au silence à l'égard du client. Les banques « ne peuvent en aucun cas porter à la connaissance du client concerné ou de personnes tierces que des informations ont été transmises à la Cellule de traitement des informations financières en application des articles 20 ou 23 à 28 ou qu'une information du chef de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme est en cours ou pourrait être ouverte ».

⁴¹ Civ. Bruxelles, 25 février 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 860, obs.

Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ?

Bénédicte Inghels

*Conseiller à la Cour d'appel de Mons
Maître de conférences invité à l'UCL*

François Stévenart Meeûs

*Conseiller à la Cour d'appel de Mons
Maître de conférences invité à l'UCL*

I. – Le secret du délibéré, une notion aux contours rigoureux

L'affaire dite « Fortis »¹ a eu pour effet de tourner les projecteurs de la doctrine juridique sur les contours du secret du délibéré².

Le secret du délibéré est une application particulière du secret professionnel³. Il porte sur des opinions et des devoirs accomplis au cours d'un processus décisionnel, et protège ainsi « *les discussions et la façon dont chacun des magistrats s'est prononcé* »⁴. Il trouve son fondement – et sa sanc-

¹ Bruxelles (18^e ch.), 12 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 388 et s.

² La présente contribution a été rédigée à la fin du mois d'octobre 2013, soit avant la parution de l'excellent article de P. MARTENS, « Solitude du juge et cohérence du droit », *J.T.*, 2013, p. 805. Les auteurs y renvoient.

³ L'objet du secret professionnel est plus large, puisqu'il englobe l'ensemble des faits et confidences qui ont été confiés dans l'exercice de la profession (B. PRIGNON, « le secret du délibéré », *Ius & Actores*, 2011, p. 115).

⁴ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^e éd., Montchrestien, Paris, 2001, p. 932, cité par J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *D.A.O.R.*, 2009, pp. 276 et s.

tion – dans l'article 458 du Code pénal et sa violation est, en principe, susceptible d'entraîner non seulement des poursuites pénales, mais aussi des poursuites disciplinaires⁵.

Les juges sont, en règle, tenus au secret des délibérations auxquelles ils ont participé, sauf les cas exceptionnels prévus par la loi^{6/7}.

Depuis longtemps, le Conseil d'État français, suivant en cela la conception classique et rigoriste du secret du délibéré, estime que ce principe a pour objet d'assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale de leurs décisions. Il s'impose dès lors à toutes les juridictions, à moins d'exception formelle consacrée par la loi⁸.

La doctrine moderne résume le triple objectif du secret du délibéré comme suit : « il s'agit d'assurer la protection des personnes qu'elles concernent [...], de servir l'autorité et le respect de la décision rendue [...] et de garantir la liberté et la sérénité des magistrats [...] »⁹. Les auteurs s'interrogent néanmoins sur la pertinence de ces objectifs au regard de la figure du juge unique¹⁰ ou encore sur l'avancée démocratique que pourrait constituer le développement de l'opinion dissidente¹¹.

De nombreuses études ont été consacrées au secret professionnel des magistrats en général et au secret du délibéré en particulier et notre propos n'est pas d'apporter une nouvelle contribution à ce sujet déjà largement balisé par la doctrine¹².

⁵ J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *D.A.O.R.*, 2009, pp. 276 et s.

⁶ Cass., 4 mai 1953 et 6 juillet 1953, *Pas.*, 1953, I, pp. 673 et 878

⁷ X. De Riemacker rappelle que « le magistrat est soumis au secret professionnel hors le cas où il est appelé à rendre témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire et celui où la loi l'oblige à faire connaître ce secret. Il convient d'y ajouter l'exercice de ses droits de défense s'il est appelé à se défendre en justice » (X. DE RIEMACKER, *Les magistrats*, in *Le secret professionnel*, Actes du colloque des 8 et 9 novembre 2001 organisé par l'AjN, La Charte, 2002, p. 157).

⁸ C.E. Fr. 17 novembre 1922, Légillon, Lebon, 1922, p. 849.

⁹ M. CADELLI, « Le juge, l'éthique et la tragédie », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 800-801.

¹⁰ J. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 280, note 24, et p. 283.

¹¹ J.P. ANCEL, « Les opinions dissidentes », Cycle de conférences annuelles sur les méthodes de jugement, 5^e conférence, Site de la Cour de cassation française/manifestation/cycle séminaires/2004-2005 cité par M. CADELLI, *op. cit.*, p. 801 ; B. PRIGNON, *op. cit.*, pp. 115-116.

¹² On consultera notamment avec fruit P. LAMBERT, « Le secret professionnel » in *R.P.D.B.*, t. X, 2007, pp. 721 et s. ; P. LAMBERT, « Le secret professionnel », Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 254-255, n^{os} 328-329 ; X. DE RIEMAECKER, « Les magistrats », in D. KIGANAHE et Y. POULLET (éd.), *Le secret professionnel*, Bruxelles, La Charte, 2002, pp. 153-165 ; L. HUYBRECHTS, « Aspecten van het beroepsgeheim », in XXXII postuniversitaire cyclus Willy Delva, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Malines, Kluwer, 2006, p. 243, n^o 21.

II. – La jurisprudence de la Cour de cassation : l'impossible « secret partagé » ?

2.1. Notre réflexion consiste davantage à réfléchir sur une question pratique à laquelle sont confrontés de manière récurrente de nombreux magistrats du siège au sein de l'Ordre judiciaire : un juge, en proie à une difficulté de nature factuelle ou juridique dans le traitement d'une cause, est-il ou non autorisé, dans l'exercice de sa fonction de juger, à échanger sur cette question avec un collègue, en cours de délibéré ?

Cette question se présente avec d'autant plus d'acuité que de nombreux projets gouvernementaux récents tendent à supprimer, à tous les niveaux de juridiction, la collégialité. Or, l'exercice de la fonction comme juge unique pourrait accroître ce que nous appellerons la « désespérante solitude du juge », ce qui, compte tenu d'une charge de travail toujours plus lourde et du spectre lancinant du déni de justice, pourrait fragiliser un magistrat en charge de juger, seul, de dossiers qui revêtent parfois une grande complexité ou portent sur des enjeux considérables. L'intérêt du justiciable, et même l'indépendance de la magistrature, dans son acception la plus noble, trouvent-ils toutes les garanties dans cette extrême solitude ?

Selon la doctrine classique, parfaitement résumée par Jacques Englebert, le juge (unique) ne peut partager avec personne l'état de ses réflexions sur une cause à juger jusqu'au moment où la décision est rendue, puisque son délibéré est secret. Il n'appartient pas à un juge de divulguer, à une partie ou à un tiers (en ce compris un autre juge qui ne siège pas en la cause), le contenu d'une décision ou même de la réflexion en cours, ni avant la fin du délibéré, ni même avant que la décision n'ait été rendue publique par son prononcé¹³.

La circonstance que d'autres personnes, dépositaires du secret professionnel, mais non membres du siège ayant eu à connaître de l'affaire, auraient connaissance des faits, n'est, en principe, pas de nature à ôter à ceux-ci leur caractère secret¹⁴.

À relire la doctrine, les contours du secret du délibéré sont stricts et imposent une rigueur absolue.

¹³ J. ENGLEBERT, *op. cit.*, D.A.O.R., 2009, p. 282, n° 18.

¹⁴ X. DE RIEMAECKER, « Les magistrats », in *Le secret professionnel*, Actes du Colloque des 8 et 9 novembre 2001 organisé par l'association des juristes namurois, La Chartre, 2002, p. 156.

2.2. Cette position a été confirmée par la Cour de cassation, dans un arrêt prononcé le 13 mars 2012 qui apporte, selon nous, un sérieux tempérament à toute ouverture prétorienne¹⁵.

Statuant sur le chef d'inculpation de violations du secret professionnel mis à charge d'un magistrat ayant siégé dans la 18^e chambre de la cour d'appel de Bruxelles ayant eu à connaître de l'affaire *FORTIS*, la cour d'appel de Gand estima qu'il ne peut s'agir d'un secret professionnel dit partagé ou confié si la transmission d'éléments de cette affaire à un magistrat émérite n'était absolument pas nécessaire pour exercer sa mission confidentielle, à savoir l'examen, le délibéré et l'élaboration d'un projet de décision¹⁶.

Sur le pourvoi en cassation introduit par ce magistrat, la Cour décida que ce qui suit sur la troisième branche du deuxième moyen :

« 22. Quiconque est tenu au secret professionnel n'enfreint pas l'article 458 du Code pénal s'il communique des informations relevant du secret professionnel à des tiers mus par le même objectif et pour le compte du même mandant et si cette communication est par ailleurs nécessaire et pertinente dans le cadre de la mission du dépositaire du secret.

23. Le juge apprécie souverainement si la communication d'informations relevant du secret professionnel est nécessaire et pertinente dans le cadre de la mission du dépositaire du secret. La Cour (de cassation) vérifie uniquement si le juge ne tire pas de ses constatations des conséquences sans lien avec elles ou qu'elles ne peuvent justifier.

24. Dans la mesure où il critique l'appréciation en fait par la cour d'appel du caractère nécessaire de la communication à un tiers ou requiert de la Cour une appréciation en fait, le moyen, en cette branche, est irrecevable.

25. En considérant qu'il ne peut s'agir d'un secret professionnel dit partagé ou confié parce que la transmission d'éléments de l'affaire Fortis par la demanderesse n'était absolument pas nécessaire pour exercer sa mission confidentielle, à savoir l'examen, le

¹⁵ Cass., 13 mars 2012, R.W., 2012-2013, n° 32, pp. 1255 et s. et N.j.W., n° 268 du 10 octobre 2012, pp. 597 et s. et la note signée C.C., rejetant le pourvoi introduit contre l'arrêt de la cour d'appel de Gand du 14 septembre 2011.

¹⁶ Gand, 14 septembre 2011, *T. Strafr.*, 2012, pp. 354 à 366 et la note de Me Tom Bauwens, pp. 366 à 370. Selon la cour d'appel de Gand (point 5.1.2 de la décision), la circonstance que le magistrat consulté soit encore en fonction ou honoraire et lui-même lié par le secret professionnel est sans pertinence.

délibéré et l'élaboration d'un projet de décision, l'arrêt justifie légalement sa décision.

Dans cette mesure, le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli ».

La Cour de cassation estime par conséquent que la communication non nécessaire d'une partie d'un projet d'arrêt à un tiers (en l'espèce un magistrat honoraire, amie de l'auteur du projet), fût-elle décidée en vue d'un simple contrôle linguistique, constitue une violation du secret professionnel.

En l'espèce, la circonstance que le tiers n'était plus lié par le secret professionnel, étant émérite, accentuait les risques de violation du secret professionnel¹⁷.

2.3. L'arrêt de la Cour de cassation, statuant sur ce moyen, appelle à notre sens deux observations. En effet, la Cour de cassation a encadré la notion de secret du délibéré de deux limites strictes.

La première a trait au tiers consulté : ce dernier doit être mu par un même objectif et pour le compte du même mandant. Cette notion de « *mandant* », reprise au considérant n° 22, n'est pas usuelle dans les écrits traitant du secret professionnel : que revêt-elle ?

Dans d'autres professions, elle a déjà été étudiée. Ainsi, le secret professionnel de l'avocat existe dans l'intérêt du client¹⁸, celui du médecin l'est dans l'intérêt du patient¹⁹. Le secret professionnel du magistrat est certainement institué dans l'intérêt du justiciable, qui revendique la consécration d'un droit subjectif, de telle sorte qu'il faudrait alors conclure que le mandant est, en ce cas, le bénéficiaire du secret, c'est-à-dire les parties au procès elles-mêmes²⁰.

La seconde limite tient au fait que la communication à un tiers doit répondre aux exigences de nécessité et de pertinence dans le cadre de la mission du dépositaire. La Cour de cassation subordonne ainsi la possibilité d'une communication d'informations à des tiers à une appréciation préalable de son caractère nécessaire et de sa pertinence dans le processus délibératif dans le chef de la personne dépositaire du secret professionnel.

¹⁷ Même si, selon l'arrêt de la cour d'appel de Gand précité (point 5.1.2 de la décision), la circonstance que le magistrat consulté soit encore en fonction ou honoraire et lui-même lié par le secret professionnel est sans pertinence.

¹⁸ Cass., 12 novembre 1997, *Pas.*, 1997, p. 1168 et *J.T.*, 1998, p. 361 (sommaire).

¹⁹ Cass., 19 janvier 2001, *Pas.*, 2001, p. 138 et les conclusions de Monsieur l'avocat général Guy DUBRULLE.

²⁰ En ce sens, D. BLOCKX, « Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistratuur en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt », note sous Cass., 13 mars 2012, *R.W.*, 2012-2013, pp. 1257 et s.

Compte tenu de l'analyse qui précède, n'eut-il pas été préférable d'envisager cette appréciation préalable au regard de l'intérêt de la personne protégée par ce secret, c'est-à-dire le justiciable lui-même ? C'est en effet le justiciable qui place sa confiance dans le juge et lui demande de consacrer l'existence du droit subjectif revendiqué, ce qui implique que le juge remplisse correctement sa mission en appliquant avant tout correctement et loyalement la loi²¹, le cas échéant, lorsque celle-ci n'est pas claire, avec l'aide d'un tiers mû par ce même objectif.

III. – Le secret partagé : la prudence partagée

3.1. D'une première lecture de l'arrêt, il semble que, en faisant usage des termes absolus de « communication nécessaire et pertinente », la Cour de cassation ait exclu toute possibilité d'échange d'informations simplement utiles entre collègues pour rendre une décision plus juste ou conforme à la vérité judiciaire.

Or, il est de pratique courante, au sein d'une même juridiction, de parler avec des collègues d'un dossier, voire de leur présenter un projet de jugement ou d'arrêt dans l'unique dessein d'améliorer la qualité juridique ou rédactionnelle de la décision judiciaire. Même la doctrine avertie que nous citions évoquait avec nuance les « caucus singuliers », « souvent riches d'enseignements, d'idées, de savoirs, qu'ils nourrissent la réflexion du juge et qu'il serait malheureux de s'en priver. Surtout pour le magistrat qui siège seul. Il ne faut pas se voiler la face, le secret du délibéré est souvent « partagé » avec retenue (sans entrer dans d'inutiles détails et sans mention de noms) sans que cela nuise, au contraire²², à la qualité de la justice »²³.

De telles pratiques sont-elles désormais proscrites ?

3.2. À cet égard, les magistrats de notre pays ont reçu dans le courant du mois d'août 2012²⁴ un ouvrage bilingue intitulé : *Guide pour les magistrats : principes, valeurs et qualités*.

Fruit d'une collaboration entre le Conseil supérieur de la Justice (ci-après, le C.S.J.) et le Conseil consultatif de la magistrature (ci-après, le C.C.M.), il a été approuvé par l'assemblée générale de ces deux institutions

²¹ B. NELISSEN, « Na sluiting Fortisgate (eindelijk) opening voor separate opinions ? », R.W., 2011-2012, p. 1282, n° 14.

²² Nous soulignons.

²³ J. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 284.

²⁴ Soit après l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 2012.

et constitue, de l'aveu même de ses auteurs, « une étape indispensable dans le développement d'un cadre permanent de réflexion et de formation autour de la déontologie des magistrats ».

Dans le chapitre consacré au devoir de réserve et de discrétion, le guide précité énonce que :

« Le magistrat traite de manière confidentielle l'information dont il prend connaissance dans le cadre de l'exercice de sa fonction. Le secret professionnel n'empêche pas une concertation avec des magistrats-collègues, mais avec prudence ».

Une interprétation stricte de l'arrêt de la Cour de cassation commenté conduirait à la conclusion que ces magistrats se rendent coupables d'une violation du secret du délibéré.

Le CSJ et le CCM induiraient-ils les magistrats en erreur ?

Nous ne le pensons pas si l'échange de points de vue entre magistrats appartenant à une même juridiction n'a d'autre objectif que de prononcer une décision judiciaire qui soit parfaitement conforme à la vérité légale dans le cas d'espèce, et ce dans l'unique intérêt des justiciables. Les critères de pertinence et de nécessité dégagés par la jurisprudence de la Cour de cassation nous semblent pouvoir être rencontrés, dans l'intérêt du mandant – justiciable.

En effet, le *Guide pour les magistrats* ne prône-t-il pas, parmi d'autres valeurs, le travail en équipe, rappelant que « Le magistrat fait partie d'une communauté de travail dans laquelle il est en mesure de travailler en équipe avec les collègues et les collaborateurs ». En d'autres termes, le travail en équipe, auquel le magistrat doit adhérer, disparaît-il dès qu'il est question d'un dossier en cours, d'une difficulté juridique qui s'y pose, d'un processus décisionnel en panne d'idées ?

3.3. Au cours d'un petit exercice purement théorique, non scientifique et n'offrant évidemment pas de réponse absolue ou sans nuances, nous allons tenter de passer en revue les diverses situations pratiques auxquelles pourrait être confronté le magistrat « en peine » dans un délibéré. Faut-il le préciser, notre propos n'est pas d'encourager le magistrat à dévoiler « lors d'une réception ou d'un dîner en ville [...] les dessous de la dernière affaire croustillante qui fut plaidée »²⁵, c'est l'évidence, mais de tenter de circonscrire les hypothèses où le juge pourrait s'ouvrir avec prudence avec une tierce personne autorisée, d'une question juridique délicate sur la base des critères précités.

²⁵ J. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 284.

En pratique, nous le constatons, les cas d'échanges sont fréquents et la limite sera parfois malaisée à fixer.

Selon nous, il faut d'abord délimiter le cadre de la confession : pour préserver le secret du délibéré, les informations à partager devraient être « neutralisées ». Ainsi y-a-t-il sans doute consensus à accepter qu'un magistrat s'ouvre à un collègue d'une question juridique dont il a pris soin de taire les noms, les situations, les détails.

Mais il faut convenir que ce n'est pas ce dialogue abstrait qui pose les questions les plus aigües : d'une part, au sein d'une même juridiction, il est parfois difficile d'ignorer totalement de quel dossier le collègue fait état ; d'autre part, dans des dossiers tels que celui de « Fortis », comment un magistrat concerné aurait-il pu sortir de sa solitude alors que toute cette affaire (les noms des parties, les faits et l'identité des magistrats en charge du dossier) était mise sur la place publique ? D'aucuns s'interrogeaient d'ailleurs sur le maintien du secret professionnel dès l'instant où les faits révélés en audience publique ont une notoriété réelle qu'il est malaisé d'envisager encore l'existence d'une confidence quelconque²⁶. Cette question porte cependant sur le secret professionnel au sens large, et pas sur le processus décisionnel protégé par le secret du délibéré, et nous rejoignons, en toute hypothèse, la critique ferme de Maître Pierre Lambert selon laquelle une telle opinion ne peut être admise²⁷.

En résumé, la prudence requiert selon nous la plus grande neutralité ou abstraction dans la confession.

3.4. L'identité de l'interlocuteur du magistrat et sa qualité doivent être également soigneusement « soupesées » dans le débat.

La recommandation du CSJ et du CCM vise le *magistrat-collègue*, ce qui semble constituer une première limite. Ainsi, le caucus singulier avec le collègue d'une même juridiction, pratiqué avec prudence, serait-il admis. En fin de compte, sous réserve des mandats spéciaux consacrés par le code judiciaire et de la détention de certains brevets de formation, chaque magistrat d'une juridiction peut, en règle, juger n'importe quelle cause soumise à ce tribunal ou à cette cour.

Les pratiques de certaines juridictions, qui mettent en débat certaines questions juridiques, seraient ainsi reconnues. Sans doute est-ce ainsi qu'a été conçue la pratique qui se développerait dans certains tribunaux de commerce, où certains délibérés se dérouleraient « collectivement »,

²⁶ M. HOGE, H.-M. HOVEN, Fr. PIEDBOEUF, « Le secret professionnel et la justice », Rapport ronéotypé présenté lors des journées d'étude du barreau de Liège des 8-9 et 10 mai 1980.

²⁷ P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 256.

c'est-à-dire avec tous les juges professionnels ou consulaires qui sont attachés à la chambre, sans égard au fait qu'ils aient siégé ou non dans la cause²⁸. Au sujet des juges consulaires, leur déontologie impose néanmoins la plus grande rigueur et le récent guide proposé lors de leur formation les engage à une méticulosité absolue au sujet du secret du délibéré²⁹. Il faut dire que leur position particulière, aux confins entre l'Ordre judiciaire et le monde des affaires, renforce l'obligation de prudence.

La recommandation du Guide pour les magistrats empêche-t-elle le magistrat de s'ouvrir d'une question de droit ou d'un délibéré épineux à son chef de corps ? Nous ne le pensons pas, celui-ci étant avant toute chose un collègue nommé au sein de la juridiction, pour autant que l'indépendance du magistrat consultant ne soit pas mise à mal par le mode de concertation mis en œuvre par le magistrat-chef de corps consulté.

La nuance inscrite dans la recommandation de ne s'ouvrir qu'à des « magistrats-collègues » ne nous paraît pas davantage exclure la discussion à un collègue d'une autre juridiction de même compétence et de même degré, en théorie. Le dictionnaire Larousse définit le collègue comme une « personne qui remplit la même fonction publique, [...] qu'une autre ». Ainsi, la définition choisie par le Guide pour les magistrats permet-elle de définir un périmètre au caucus singulier : les magistrats exerçant les mêmes fonctions dans l'Ordre judiciaire pourraient, avec prudence, s'autoriser quelques réflexions ou débats sur un dossier en cours ou sur des questions juridiques plus épineuses.

Se verraient ainsi reconnus les débats existant sur une liste d'échange³⁰ ou les questions pratiques échangées avec des collègues lors de formations professionnelles³¹. Nous assortissons toutefois cette idée d'une sérieuse réserve : la prudence exige qu'une discussion de la sorte puisse être dégagée de toutes les circonstances de l'espèce, que la question soit pertinente et nécessaire à la solution du litige. Tout échange d'idées ne devrait pas être proscrit, pour autant qu'il soit très mesuré.

Ainsi, très vite, les critiques ou les nuances mettent des bémols à cette première tendance. Il ne se conçoit à l'évidence pas qu'un magistrat de

²⁸ D. VERCROYSE, « Het beraad : bespreking, overweging, overleg », In Foro, 2012, livraison 34, p. 28

²⁹ C. JASSOGNE, « La déontologie des juges consulaires », Bruges, La Charte, 2012, n^{os} 42-43.

³⁰ Les juridictions du travail avaient ouvert une liste de discussion où les questions d'actualité pouvaient être débattues. Nous ignorons si la liste existe toujours à l'heure actuelle.

³¹ L'Institut de Formation Judiciaire organise ainsi régulièrement des journées consacrées aux « Echanges d'expériences professionnelles » entre magistrats exerçant les mêmes fonctions. Les magistrats s'accordent à louer ce type de formation.

cour d'appel s'ouvre à un collègue de première instance d'un dossier en cours, connu des deux. Mais il faut sans doute aller plus loin et juger délicat qu'un collègue s'ouvre d'un dossier en cours avec un magistrat d'une juridiction d'un autre degré. Les contours de la définition du *Guide pour les magistrats* (collègue-magistrat) étayent notre propos : le magistrat consulté n'exerce, en ce cas, pas la même fonction dans l'Ordre judiciaire. C'est une analyse rigoureuse, sans doute que d'aucuns déploreront, tant la rencontre entre les magistrats, y compris de degré de juridictions différentes, est une source de richesse et de compréhension pour chacun d'eux, dans l'intérêt bien compris du justiciable. En tous cas, la prudence exclut qu'un magistrat aborde un dossier en cours avec un magistrat susceptible de connaître de la cause à un degré de juridiction supérieur³².

Cette rigueur des textes soulève d'ailleurs une question particulière, s'agissant des magistrats délégués au service de la documentation et de la concordance des textes de la Cour de cassation en vertu de l'article 136, alinéa 3 du Code judiciaire.

Il est certain qu'en ce cas, le magistrat délégué connaît des dossiers en cours et est, fut-ce partiellement, informé du contenu d'un processus décisionnel. Nul doute qu'il contribue à celui-ci, par le travail de recherche législatif, doctrinal et jurisprudentiel qu'il accomplit et les échanges qu'il peut avoir avec les magistrats du siège ou du parquet général de la Cour de cassation. Nul doute qu'il est assujéti au secret professionnel en ce cas, qu'il ne transgressera sous aucun motif. C'est le paradoxe de ces contours imprécis.

3.5. L'exemple qui précède nous conduit également à évoquer la collaboration intellectuelle qu'entretiennent les magistrats avec les référendaires³³.

Le Portail juridique européen résume ainsi leur fonction : ils « aident les juges dans les cours et les tribunaux à préparer leurs jugements. Ils collaborent au traitement de dossiers judiciaires, sous la responsabilité

³² Le CSJ le rappelait en d'autres termes, s'agissant des règles de procédure, au sujet de l'affaire *FORTIS* : « Il n'est pas indiqué que le chef de corps de la juridiction supérieure fournisse des conseils, fussent-ils judiciaires, concernant une affaire en cours aux magistrats de la juridiction inférieure, et ce même si ce chef de corps s'abstient de siéger en cas de recours. En effet, lorsque l'affaire sera traitée par la juridiction qu'il dirige, celle-ci pourra être amenée à se prononcer sur la régularité d'actes accomplis sur son conseil ou son intervention. Une étanchéité entre les niveaux est donc nécessaire ». (Rapport sur l'enquête particulière relative au fonctionnement de l'ordre judiciaire à l'occasion de l'affaire Fortis - Rapport approuvé par l'assemblée générale du Conseil supérieur de la justice le 16 décembre 2009, disponible sur le site du CSJ).

³³ Art. 162 du Code judiciaire.

et selon les instructions d'un ou de plusieurs magistrats. Ils étudient les dossiers, étudient les problèmes juridiques et préparent des projets de jugements sur le plan juridique »³⁴. Ainsi, le travail du référendaire contribue à la qualité de la décision de justice, et il n'est évidemment pas rare que le référendaire soit tenu informé du processus décisionnel ou de la décision de justice. Qu'ils travaillent sur les instructions du magistrat ne fait guère de doute, ils n'en perdent cependant ni leur indépendance fonctionnelle, ni leur obligation de respecter le secret professionnel. Ils sont soumis par leur profession aux dispositions de l'article 458 du Code Pénal et les limites imposées par le secret des délibérations s'imposent aux référendaires au même titre qu'aux juges délibérants³⁵.

Mais convenons que l'exemple illustre une fois encore le paradoxe de notre étude : ainsi, l'échange intellectuel avec le référendaire est institutionnalisé, et il ne fait aucun doute qu'il est admis, y compris sur un dossier en cours, alors que le caucus singulier avec un magistrat-collègue soulève quant à lui de multiples interrogations sur une éventuelle violation du secret du délibéré. La perte de cohérence sur les compétences partagées est palpable.

3.6. Le *Guide pour les magistrats* énonce in fine que le secret professionnel n'exclut pas une certaine collaboration, mais avec prudence³⁶.

En définitive, le critère de la juste concertation ne réside-t-il pas dans ces termes ? Puisque le CSJ et le CCM ont évoqué la notion de « prudence », n'en revenons nous pas simplement aux critères de la responsabilité, en l'occurrence de la responsabilité professionnelle du magistrat, où la faute commise est appréciée à l'aune du comportement d'un magistrat normalement prudent et diligent ? Nous nous demandons si, plutôt que de dresser la liste des pratiques autorisées ou des caucuses interdits, il ne serait pas préférable d'aborder l'épineuse question du « secret partagé » sous l'angle de la déontologie et de la prudence.

Il nous semble en effet que cette approche est de nature à répondre adéquatement aux cas exceptionnels dont a eu à connaître la Cour de cassation, sans toutefois mettre à mal les possibilités d'une pratique de concertation entre magistrats que nous croyons positive et qui nous semble d'ailleurs devoir être encouragée à l'heure où le développement de la fonction à juge unique pourrait les fragiliser, au détriment du justiciable.

³⁴ https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-be-fr.doc

³⁵ Comme B. Prignon, dans l'article déjà cité, nous recommandons toutefois que les référendaires n'assistent pas aux délibérés.

³⁶ Nous soulignons.

Est-il inconvenant de croire que, dans certains dossiers d'envergure, il est plutôt rassurant de penser qu'un magistrat siégeant seul, parfois dans les conditions de l'urgence propre aux procédures en référé, souhaite confronter son opinion ou aimerait une relecture, en vue de découvrir la vérité judiciaire. Son questionnement n'est-il pas, en cas, pertinent voire même indispensable à la fonction de (bien) juger ?

À cette question, la réponse ne réside-t-elle pas simplement dans la prudence qu'il doit mettre pour s'entourer d'avis : c'est dans le choix des éléments de fait qu'il révèle, le but qui justifie ce partage, la qualité de son interlocuteur mais aussi, ajouterions nous, dans le mode et l'étendue de la communication et son souci du contradictoire, que se trouveront les éléments d'appréciation à mettre en balance avec les critères de pertinence et de nécessité dégagés par la Cour de cassation.

Ainsi, il nous semble que plutôt que nous induire en erreur sur les possibilités de « caucus singuliers », le CSJ et le CCM ont ajouté une balise, et elle nous paraît essentielle : la prudence.

IV. – Conclusion

En conclusion, il nous semble raisonnable d'admettre que la « concertation prudente avec des magistrats-collègues » ne pourrait dégénérer en un acte pénalement répréhensible en vertu de l'article 458 du Code pénal que si elle porte – ou est susceptible de porter – préjudice à l'intérêt du justiciable d'obtenir une décision de qualité, conforme à la volonté de la loi et correctement appliquée au cas d'espèce.

La prudence à laquelle fait allusion le *Guide pour les magistrats* implique notamment la prudence dans le choix de son interlocuteur, et ainsi que « le magistrat consultant » ne s'adresse pas à un collègue susceptible de devoir juger de la cause dans le cadre d'une voie de recours contre la décision à intervenir.

À cet égard, nous pensons qu'une extension de la notion de « secret professionnel partagé », bien connue dans le milieu médical en vue de permettre la pose d'un diagnostic exact et d'un traitement médical adéquat envers le patient, pourrait offrir un soulagement aux magistrats, quoiqu'en pense une partie de la doctrine³⁷. Pourquoi ne pas considérer les membres d'une même juridiction du pouvoir judiciaire, certes soumis

³⁷ J. ENGLEBERT, *op. cit.*, D.A.O.R., 2009, pp. 283 et 284.

individuellement au secret professionnel, comme un « corps juridictionnel unique » au service des intérêts des justiciables.

Cette question mérite en tout cas d'être étudiée de façon approfondie à l'avenir³⁸, le cas échéant en invitant le législateur à poser des balises strictes à ce secret professionnel partagé que de nombreux magistrats appellent de leur vœu, dans l'intérêt même de ceux qui font ou feront appel au service public de la Justice.

³⁸ L'Association Syndicale des Magistrats a entamé une réflexion sur ce thème.

Table des matières

Avant-propos	5
---------------------	---

Vincent Cassiers et Steve Gilson

PARTIE I **Le secret dans les rapports** **entre entreprises**

Les secrets d'affaires en droit européen anno 2013 : projet de directive et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne	9
--	---

Alain Strowel

I. – La proposition de directive sur la protection des secrets d'affaires	10
II. – Équilibre entre protection des secrets d'affaires et exigence de transparence administrative dans la jurisprudence de la C.J.U.E.	26

Le secret dans le droit de la concurrence déloyale	37
---	----

Eric Balate

I. – Les fondements légaux, doctrinaux et jurisprudentiels du secret dans le droit des pratiques déloyales	40
II. – Le secret : son traitement procédural	46
III. – Le secret et la publicité de la décision	50
IV. – Conclusion	52

La notion de secret éclairée par le droit des brevets d'invention	53
--	----

Vincent Cassiers

Introduction	53
I. – Le secret dans l'Accord ADPIC	57
II. – Du secret au brevet : la nouveauté de l'invention	61
III. – Les critères d'identification du secret	65
IV. – La preuve du caractère secret de l'information	78
Conclusion	81

PARTIE II

Le secret dans l'entreprise

L'obligation de secret du travailleur : une « vie privée » de l'employeur ?	85
<i>Catherine Boulanger et Steve Gilson</i>	
Introduction	87
I. – L'article 17, 3°, de la loi du 3 juillet 1978	90
II. – Principe d'exécution de bonne foi, devoirs de loyauté et secret	113
III. – Clauses de secret, de confidentialité ou de loyauté	118
Conclusion	131
 Les obligations de confidentialité dans certains contrats d'intermédiation	 133
<i>Hervé Jacquemin</i>	
Introduction	133
I. – Sources des obligations de confidentialité	135
II. – Objet et contenu des obligations de confidentialité	147
III. – Sanction du non-respect des obligations de confidentialité	162
Conclusion	168
 Administrateur et secret : le droit de savoir et le devoir de discrétion	 169
<i>Henri Culot</i>	
Introduction	169
I. – Droit de savoir et obligation de discrétion	170
II. – Fondements de l'obligation de discrétion : les candidats non retenus	177
III. – Statut de l'administrateur	182
IV. – Pouvoirs des organes	185
V. – Enjeux du débat	195
 Le secret professionnel (des réviseurs d'entreprises)	 197
<i>Stéphane Folie, Michel De Wolf et Hugues Fronville</i>	
I. – Introduction	197
II. – Utilité	198
III. – Généralités	199

IV. – Exceptions au secret professionnel	204
V. – Conclusion	222

PARTIE III

Le secret dans les rapports avec l'autorité publique

Secret d'affaires et principe du contradictoire, l'impossible équilibre	227
<i>Alexandre Verheyden et Werner Derijcke</i>	
I. – Introduction	227
II. – La procédure pénale	233
III. – La procédure civile	242
IV. – Le Conseil d'État	253
V. – Conclusion	264
Du secret en droit fiscal	265
<i>Philippe Malherbe et Edoardo Traversa</i>	
I. – Secret et fiscalité : les enjeux	266
II. – Le secret fiscal en Belgique : un droit du contribuable et une obligation de l'administration fiscale ?	270
III. – Le Secret bancaire vis-à-vis du fisc en Belgique	277
La discrétion bancaire en droit civil	303
<i>André-Pierre André-Dumont</i>	
Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ?	311
<i>Bénédicte Inghels et François Stévenart Meeûs</i>	
I. – Le secret du délibéré, une notion aux contours rigoureux	311
II. – La jurisprudence de la Cour de cassation : l'impossible « secret partagé » ?	313
III. – Le secret partagé : la prudence partagée	316
IV. – Conclusion	322
Table des matières	325

