

Guide relatif à la convention de confidentialité

I. BUT DU GUIDE

Le présent guide a pour objectif d'exposer au lecteur, qu'il soit sous-traitant ou entrepreneur, les éléments essentiels à insérer dans une clause de confidentialité afin de garantir une protection optimale de ses données confidentielles et droits de propriété intellectuelle.

Il va être examiné ci-après les différentes dispositions qui doivent être contenues dans une convention de confidentialité afin d'en comprendre le fonctionnement, d'optimiser la protection du titulaire des données et de les adapter aux besoins de chaque entreprise.

II. DÉFINITION DE LA CONVENTION DE CONFIDENTIALITÉ

1. Notion

La communication de données confidentielles est indispensable dans le cadre d'un contrat d'entreprise ou de sous-traitance. Afin de pouvoir exécuter leurs obligations contractuelles, les parties vont se divulguer des données confidentielles et des droits de propriété intellectuelle.

La divulgation des données confidentielles peut intervenir déjà lors de la phase précontractuelle, soit lors de la négociation entre les parties.

Il en résulte que pour éviter le risque d'une divulgation ou d'une utilisation illicite des données confidentielles ainsi que les risques d'atteinte aux secrets d'affaires et de fabrication d'une partie, une convention de confidentialité doit être conclue.

La convention de confidentialité est un accord portant sur l'obligation de ne pas révéler à des tiers les données confidentielles communiquées dans le cadre de relations précontractuelles et/ou contractuelles¹.

En effet, le caractère secret et confidentiel des données qui sont communiquées à l'autre partie n'est pas présumé. La partie qui entend donner un caractère confidentiel aux données qu'elle sera amenée à communiquer à son cocontractant doit clairement exprimer sa volonté². A défaut, la protection des données confidentielles s'en trouvera grandement affaiblie.

La convention de confidentialité a pour but de régler la communication des données confidentielles entre les parties, notamment en les définissant, en prévoyant leur utilisation et restitution, la durée de l'obligation de

¹ MARCHAND, p. 241

² KUONEN, n° 896

confidentialité ainsi que les sanctions possibles en cas de violation de cette obligation.

2. Moment de la conclusion de la convention de confidentialité

Une convention de confidentialité doit être signée dès que les parties entrent en relation d'affaires, soit avant même la conclusion d'un contrat d'entreprise, de sous-traitance ou de tout autre contrat.

Dans le cadre de la phase précontractuelle, soit lors des négociations, les parties peuvent déjà dévoiler et se communiquer des données confidentielles. Si aucun contrat n'est conclu par la suite car les négociations n'aboutissent pas, les données confidentielles dévoilées ne seront pas ou peu protégées. Une convention de confidentialité conclue lors de la phase précontractuelle permettra de combler cette lacune.

Si un contrat est conclu à l'issue de la phase précontractuelle, la convention de confidentialité continuera à s'appliquer et à déployer ses effets.

3. Types de convention de confidentialité

En annexe du présent guide figurent une convention de confidentialité qui protège les intérêts du sous-traitant et une seconde qui protège ceux de l'entrepreneur. Ces conventions sont désignées de manière collective dans le présent guide par « les conventions de confidentialité ».

Le terme « article » ou « art. » utilisé dans le présent guide fait référence aux dispositions de ces deux conventions.

Le terme de « projet » fait référence à l'objet du contrat conclu entre les parties, conformément au préambule des deux conventions de confidentialité.

III. ELÉMENTS ESSENTIELS DE LA CONVENTION DE CONFIDENTIALITÉ

1. Données confidentielles

1.1 Définition (art. 1.1)

La volonté d'une partie de donner un caractère confidentiel aux données qu'elle sera amenée à divulguer à l'autre partie doit être clairement exprimée. Ne constitue un secret que ce que son détenteur a voulu comme tel³.

Les données confidentielles échangées entre les parties peuvent être de toutes sortes. Leur nature dépend du secteur d'activité des parties ainsi que du but des relations d'affaires.

Il peut notamment s'agir des données suivantes :

³ KUONEN, n° 896

- **données techniques** : plans, dessins, maquettes, technologies en phase de développement et coûts de réalisation des produits ;
- **données relatives aux droits de propriété intellectuelle** : brevets, designs, logiciels, droits d'auteur, marques, noms de domaine ;
- **données financières ou comptables** : bilan, compte pertes et profits, engagements financiers avec des banques ;
- **données relatives au fonctionnement de l'entreprise** : clients, clients potentiels (prospects), méthodes commerciales, de vente et de marketing.

Pour garantir l'efficacité de la convention de confidentialité, il est nécessaire de bien délimiter et cibler les données confidentielles qui sont ou pourraient être transmises d'une société à l'autre. A cette fin, une liste exemplative aussi exhaustive que possible doit figurer dans la convention de confidentialité.

La définition doit expressément prévoir que les données confidentielles englobent toutes les données, informations et matériel, quel qu'en soit le support, soit notamment numérique.

Conformément à ce qui précède, la liste des données confidentielles figure à l'article 1.1 des conventions de confidentialité annexées. Cette liste peut être complétée en fonction des besoins spécifiques du titulaire des données confidentielles.

1.2 Etendue du droit d'utilisation et du devoir de confidentialité (art. 1.2)

L'élément central d'une convention de confidentialité est la description de l'étendue du droit d'utilisation des données confidentielles par la partie qui les reçoit et les activités prohibées en lien avec ces données.

Il s'agit de concrétiser pratiquement de quelle manière doit s'effectuer l'obligation de confidentialité de la partie qui reçoit les données.

Il s'agit notamment de prévoir :

- l'utilisation autorisée des données confidentielles, soit uniquement pour exécuter le projet ;
- l'interdiction de divulgation et d'utilisation des données confidentielles par la partie qui reçoit les données pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers. Cette interdiction doit être détaillée dans la convention afin d'en délimiter clairement les contours, en fonction des différentes situations et risques qui peuvent se présenter ;
- l'obligation de faire respecter la confidentialité aux collaborateurs de la partie qui reçoit les données amenées, à travailler sur le projet ;
- la prise de mesure de sécurité technique pour garantir la confidentialité des données confidentielles reçues ;

- l'interdiction de s'exprimer sur les blogs, réseaux sociaux, Internet et dans les médias au sujet du cocontractant ;
- l'obligation de restitution des données ainsi que de destruction des copies sur demande mais au plus tard à la fin des relations d'affaires entre les parties ;
- la responsabilité en cas de perte ou de destruction des données.

L'article 1.2 des deux conventions de confidentialité détaille de manière précise l'étendue du droit d'utilisation des données confidentielles et du devoir de confidentialité, conformément à ce qui précède.

Dans le cadre de la convention de confidentialité « entrepreneur », il est encore nécessaire de préciser que le sous-traitant ne peut pas lui-même sous-traiter tout ou partie du projet à un tiers (art. 1.2 let. h) et qu'il n'est pas en droit de contacter ou de contracter directement avec le client final (art. 1.2 let. f).

L'article 1.3 des conventions de confidentialité mentionne les données qui ne peuvent pas être considérées comme confidentielles ou secrètes⁴.

1.3 Obligation de confidentialité des collaborateurs

Dans la majorité des cas, la partie qui reçoit des données confidentielles en vue de développer ou réaliser un projet pour son cocontractant va le faire par l'intermédiaire de ses employés.

La violation de confidentialité peut dès lors être le fait de l'un des collaborateurs de la partie qui reçoit les informations confidentielles.

La partie qui reçoit les données confidentielles est responsable à l'égard de son cocontractant des dommages occasionnés par ses employés de manière illicite. Il convient de préciser qu'à certaines conditions l'employeur peut toutefois s'exonérer de cette responsabilité⁵.

En conséquence, la convention de confidentialité doit prévoir que les employés de la partie qui reçoit les données s'engagent à respecter l'obligation de confidentialité et que cette partie s'assure du respect de cet engagement par ses collaborateurs⁶.

Une telle solution est expressément prévue à l'article 1.2 lettre g de la convention de confidentialité « entrepreneur » et à l'article 1.2 lettre f de la convention « sous-traitant ».

Ces dispositions prévoient même la possibilité pour la partie qui divulgue les données d'exiger du cocontractant qu'il conclut avec ses employés une

⁴ MARCHAND, p. 242

⁵ CR CO I-Werro, art. 55 CO N 1-16; WYLER, p. 143

⁶ MARCHAND, p. 242

convention de confidentialité. Cette possibilité permet de renforcer la protection du titulaire des données.

1.4 Propriété des données (art. 1.4)

Les données divulguées dans le cadre des relations d'affaires entre les parties ont uniquement pour objectifs la réalisation du projet. La partie qui les divulgue en reste seule et unique propriétaire.

Ce principe est exposé à l'article 1.4 des conventions de confidentialité. Cette disposition énonce également l'obligation de réparer le dommage occasionné par la perte ou la destruction des données confidentielles par la partie qui les a reçues.

1.5 Restitution (art. 1.5)

Durant la phase précontractuelle et/ou les rapports contractuels, les parties vont se communiquer des données confidentielles en vue de l'exécution du projet.

Une fois les relations d'affaires terminées, toutes les données doivent être restituées à la partie qui les a transmises. De plus, toutes copies faites de celles-ci doivent être détruites.

La partie qui transmet les données confidentielles conserve la possibilité d'en exiger la restitution en tout temps, notamment si elles ne sont plus utiles pour la réalisation du projet.

2. Droits de propriété intellectuelle (art. 2)

2.1 Principe (art. 2.1 à 2.3)

Les principaux droits de propriété intellectuelle sont les brevets, designs, droits d'auteur, logiciels, marques et noms de domaine.

Dans le cadre de l'exécution du projet, une partie peut être amenée à divulguer certains de ses droits de propriété intellectuelle à son cocontractant. Les articles 2.1 à 2.3 des conventions de confidentialité traitent des obligations de la partie qui prend connaissance des droits de propriété intellectuelle de son cocontractant pour exécuter ses tâches.

2.2 Création de droits de propriété intellectuelle (art. 2.4)

La convention de confidentialité peut également porter sur la création et/ou le développement de droits de propriété intellectuelle.

L'article 2.4 de la convention de confidentialité « entrepreneur » a pour objectif de garantir le transfert des droits de propriété intellectuelle créés ou

développés par le sous-traitant pour le compte de l'entrepreneur dans le cadre des relations d'affaires.

3. Sanctions (art. 3)

La convention de confidentialité doit prévoir les sanctions applicables, ainsi que les moyens de les mettre en œuvre en cas de violation par l'une des parties. Seul un mécanisme de sanctions complet permet de garantir l'efficacité de l'accord de confidentialité.

Les sanctions sont développées à l'article 3 des conventions de confidentialité et vont être examinées ci-après.

3.1 Peine conventionnelle (art. 3.1)

Le dommage est souvent difficile à prouver en cas de violation de l'obligation de confidentialité. Le mécanisme de sanctions le plus efficace et le plus simple à mettre en œuvre est le paiement d'une peine conventionnelle⁷.

La peine conventionnelle est due dès qu'une partie viole la convention, sans que la partie lésée n'ait besoin de prouver l'existence ou l'étendue du dommage subi⁸.

La peine conventionnelle a un effet dissuasif sur le cocontractant puisqu'il sait d'emblée que s'il ne se conforme pas à son obligation de confidentialité, il sera condamné à payer un montant qui peut être conséquent⁹.

Conformément au principe de la liberté contractuelle, les parties sont en droit de déterminer librement le montant de la peine conventionnelle dans la convention qu'elles concluent¹⁰.

Le montant de la peine conventionnelle doit être fixé à l'article 3.1 des conventions de confidentialité. Il peut s'agir d'un montant fixe ou d'un montant déterminable. Le montant est déterminable par exemple lorsqu'il correspond au montant de la rémunération due au sous-traitant dans le cadre de l'exécution du projet.

Il convient de relever qu'en cas de peine conventionnelle excessive, le juge peut être amené à la réduire. Selon le Tribunal fédéral, il en va ainsi « *lorsqu'il existe une disproportion crasse entre le montant convenu et l'intérêt du créancier à maintenir la totalité de sa présentation, mesuré concrètement au moment où la violation contractuelle a lieu* »¹¹.

⁷ MARCHAND, p. 243 ; CR CO I-Mooser, art. 160 CO N 2

⁸ CR CO I-Mooser, art. 161 CO N 1-2

⁹ CR CO I-Mooser, art. 160 CO N 2

¹⁰ Art. 163 al. 1 CO ; CR CO I-Mooser, art. 163 CO N 1

¹¹ ATF 133 III 201

Dans ce cas, le juge devra prendre en compte notamment l'intérêt de la partie titulaire des données confidentielles, la nature et la durée des rapports contractuels, la gravité de la faute et la violation contractuelle, la situation économique des parties et d'éventuels liens de dépendance résultant du contrat et l'expérience des parties¹².

3.2 Réparation du dommage (art. 3.2)

Pour obtenir des dommages-intérêts en raison du dommage subi par une violation de la convention de confidentialité, la partie lésée doit agir devant un tribunal. Cela peut se révéler long et délicat. La partie lésée doit prouver l'existence d'un dommage concret et chiffré¹³.

Si l'accord de confidentialité prévoit une peine conventionnelle, la partie lésée ne pourra demander des dommages-intérêts que pour le montant qui excède celui de la peine conventionnelle¹⁴.

3.3 Cessation de l'activité contrevenante (art. 3.2)

En plus du versement de la peine conventionnelle et du droit d'exiger la réparation du dommage qui excéderait son montant, l'article 3.2 des conventions de confidentialité prévoit que la partie lésée peut exiger par la voie judiciaire la cessation immédiate de l'activité contrevenante.

Par cette action, le juge condamnera la partie qui a violé l'obligation de confidentialité de cesser son activité contrevenante, soit notamment l'interdiction de continuer à utiliser ou divulguer les données confidentielles qui lui ont été remises.

Utilisée à temps, cette sanction est très efficace puisqu'elle permet d'éviter que le préjudice se produise ou augmente.

3.4 Résiliation immédiate des relations contractuelles (art. 3.3)

3.4.1 Principe

L'article 3.3 des conventions de confidentialité prévoit que, en cas de violation, la partie lésée a le droit de mettre un terme immédiat aux relations d'affaires.

La résiliation immédiate des relations contractuelles est fondée sur la rupture du lien de confiance résultant de la violation de l'obligation de confidentialité par l'une des parties. Ainsi, en principe, seul un manquement particulièrement grave est apte à détruire la confiance nécessaire à la continuation du contrat et à en justifier la résiliation pour justes motifs¹⁵.

¹² CR CO I-Mooser, art. 163 CO N 8 et 9

¹³ MARCHAND, p. 243

¹⁴ CR CO I-Mooser, art. 161 CO N 3; TERCIER/PICHONNAZ, n°1389

¹⁵ VENTURI-ZEN-RUFFINEN, n° 424

Il peut en aller ainsi d'une violation grave ou répétée de l'obligation de confidentialité telle que prévue dans les conventions de confidentialité.

3.4.2 Résiliation immédiate suite à une faute du sous-traitant

Lorsque le contrat de sous-traitance est résilié avec effet immédiat par l'entrepreneur en raison d'une violation grave ou répétée de l'obligation de confidentialité, l'article 337 CO doit être pris en compte.

L'article 377 CO prévoit que :

« Tant que l'ouvrage n'est pas terminé, le maître peut toujours se départir du contrat, en payant le travail fait et en indemnisant complètement l'entrepreneur. »

Il convient de relever que dans le cadre d'un contrat de sous-traitance, le maître est l'entrepreneur et l'entrepreneur est le sous-traitant.

L'article 377 CO ne repose pas nécessairement sur une violation du contrat puisqu'elle accorde en tout temps un droit de résilier le contrat¹⁶.

Il en résulte que l'entrepreneur sera, en principe, obligé d'indemniser le sous-traitant pour la partie de l'ouvrage et/ou les prestations qui ont été faites¹⁷.

L'indemnisation du sous-traitant repose sur l'idée que celui-ci ne doit pas pâtir de la décision de l'entrepreneur de ne pas poursuivre le contrat jusqu'à son terme¹⁸.

Toutefois, selon le Tribunal fédéral, l'indemnisation du sous-traitant par l'entrepreneur peut être réduite ou exclue par le juge lorsque la résiliation repose sur de justes motifs. Des justes motifs sont en tout cas réalisés lorsque le sous-traitant, par son comportement fautif, a contribué dans une mesure importante à l'évènement qui a poussé l'entrepreneur à se départir du contrat¹⁹.

4. Durée de l'obligation de confidentialité (art. 4.1)

La durée de l'obligation de confidentialité est réglementée à l'article 4.1 des conventions de confidentialité.

4.1 Durant les rapports contractuels

La convention de confidentialité est applicable dès sa signature par les parties et demeure applicable pendant toute la durée des rapports d'affaires ou contractuels.

¹⁶ CR CO I-Chaix, art. 377 CO N 13

¹⁷ TERCIER/FAVRE, n° 4807

¹⁸ TERCIER/FAVRE, n° 4808

¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 27 avril 2007, n°4C.393/2006 c. 3.3.3 ; CR CO I-Chaix, art. 377 CO N 18

4.2 Après la fin des rapports contractuels

La partie qui a divulgué des données confidentielles a un intérêt évident au maintien de l'obligation de confidentialité après la fin des rapports contractuels. En effet, toute utilisation de ces données après la fin des rapports contractuels est de nature à occasionner des dommages importants à leur titulaire.

Il ressort de l'article 364 alinéa 1 CO que la partie qui a reçu des données confidentielles est tenue de garder le secret après la fin des rapports contractuels en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de la partie qui les a divulguées²⁰. Une durée de 3 à 5 ans est usuellement admise²¹.

Il convient de relever que lorsqu'un secret tombe dans le domaine public, il est à la libre disposition de quiconque et ne sera plus couvert par la convention de confidentialité après la fin des rapports contractuels²².

IV. DROIT APPLICABLE ET FOR

1. Droit applicable (art. 5.1)

L'article 5.1 des conventions de confidentialité prévoit que le droit applicable est le droit suisse.

A défaut, selon le droit international privé, si l'une des parties à son siège à l'étranger, le droit applicable sera celui de l'état dans lequel la partie qui fournit la prestation caractéristique a son siège. Il s'agit de la prestation fournie en nature, soit celle du sous-traitant. Cela signifie qu'à défaut de droit applicable mentionné dans la convention de confidentialité, un droit étranger sera applicable si le sous-traitant à son siège à l'étranger²³.

2. For (art. 5.2)

Le for juridique peut être défini comme le lieu déterminant où l'action en justice doit être intentée, soit le tribunal compétent.

L'article 5.2 des conventions fixe la possibilité de prévoir la compétence des tribunaux civils ordinaires ou de recourir à l'arbitrage.

2.1 Tribunal civil ordinaire (art. 5.2, variante 1)

²⁰ Conformément à l'article 364 alinéa 1 CO, la durée du devoir de confidentialité est réglementée par l'article 321a alinéa 4 CO ; CR CO I-Chaix, art. 364 CO N 2 et 6 ; KUONEN, n°893

²¹ KUONEN, n°893.

²² CR CO I-Chaix, art. 364 CO N 6 ; MARCHAND, pp. 241-242

²³ DUTOIT, pp. 389- 392 et 395 ;

La partie qui requière de son cocontractant la signature d'une convention de confidentialité y mentionnera que les tribunaux de son siège sont compétents. A défaut, le for devra être déterminé selon les règles légales applicables. Il pourra varier en fonction de la partie qui ouvre action²⁴.

2.2. Arbitrage (art. 5.2, variante 2)

Rapide, économique et confidentiel, l'arbitrage est un moyen efficace de résoudre les litiges entre partenaires commerciaux. A l'inverse des jugements des tribunaux ordinaires, les sentences arbitrales sont directement exécutoires dans la plupart des pays.

L'arbitrage est un mode de règlement confidentiel des litiges fondé sur la volonté des parties de recourir à des arbitres auxquels ils en confient la résolution. Les arbitres sont des juges privés, indépendants et le plus souvent spécialistes du domaine concerné. Grâce aux conventions et traités internationaux, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales sont le plus souvent facilitées et moins complexes que la reconnaissance des jugements rendus par les tribunaux ordinaires.

La variante 2 de l'article 5.2 des conventions de confidentialité prévoit une clause d'arbitrage conforme au Règlement suisse d'arbitrage de la Swiss Chambers' Arbitration Institution²⁵.

BIBLIOGRAPHIE

DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse, Commentaire de la Loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4^e éd., Bâle 2005

KUONEN Nicolas, *La responsabilité précontractuelle*, Zürich 2007

MARCHAND Sylvain, *Clauses contractuelles – Du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle 2008

TERCIER Pierre / FAVRE Pascal, *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} éd., Zürich 2009

TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 5^{ème} éd., Zurich 2012

THEVENOZ Luc / WERRO Franz (éditeurs), *Commentaire romand – Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, 2^{ème} éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I) ;

VENTURI-ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, Zürich 2007v

²⁴ Code de procédure Civile, Titre II, Chapitre II ; DUTOIT, pp. 12-18 ;

²⁵ www.swissarbitration.org/sa/en/rules.php

WYLER Rémy, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., Berne 2008