

intelle©tual p@operty - p@opriété intelle©tuelle  
p@opriété intelle©tuelle - intelle©tual p@operty

Jacques de Werra (éd.)

# La protection des secrets d'affaires

## *The Protection of Trade Secrets*

Ali Jazairy, Ansgar Ohly, Jérôme Passa, Ralph Schlosser,  
Sarah Turner, Jacques de Werra



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES





# La protection des secrets d'affaires

## *The Protection of Trade Secrets*

Ali Jazairy, Ansgar Ohly, Jérôme Passa, Ralph Schlosser,  
Sarah Turner, Jacques de Werra

Actes de la Journée de Droit de la Propriété Intellectuelle du 18 janvier 2013



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE  
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess   
ÉDITIONS ROMANDES

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2013

ISBN 978-3-7255-6912-0

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Sommaire / Contents

|  |            |
|--|------------|
| Avant-propos.....  | V          |
| Sommaire / Contents.....   | IX         |
| Table des abréviations / <i>Table of abbreviations</i> .....   | XV         |
| <br>   |            |
| Ali Jazairy  |            |
| <b>Trade Secret Licensing – A Key Enabler for Open Innovation and International Technology Transfer.....</b> | <b>1</b>   |
| <br>   |            |
| Ansgar Ohly  |            |
| <b>Harmonising the Protection of Trade Secrets: Challenges and Perspectives... ..</b>                        | <b>25</b>  |
| <br>   |            |
| Jérôme Passa   |            |
| <b>La protection des secrets d'affaires en droit français .....</b>  | <b>47</b>  |
| <br>   |            |
| Ralph Schlosser  |            |
| <b>Les secrets économiques dans les relations de travail, les collaborations et les procès civils .....</b>  | <b>65</b>  |
| <br>   |            |
| Sarah Turner   |            |
| <b>The Protection of Trade Secrets: the Legal Framework in the EU .....</b>                                  | <b>93</b>  |
| <br>   |            |
| Jacques de Werra   |            |
| <b>International Transfer of Trade Secrets: Traps and Promises.....</b>                                      | <b>101</b> |



# Les secrets économiques dans les relations de travail, les collaborations et les procès civils

Ralph Schlosser\*

## I. Terminologie

En Suisse, les dispositions légales pertinentes distinguent le plus souvent entre secrets de fabrication et secrets d'affaires. Il en va ainsi des articles 4 lit. c et 6 LCD, 321a al. 4 et 340 al. 2 CO, 273 CP, ainsi que 68 et 77 al. 3 LBI. Parfois, la notion de secret d'affaires cède la place à celle de secret commercial, comme à l'art. 162 CP. Il arrive également que la loi parle uniquement de secrets d'affaires, sans évoquer les secrets de fabrication (art. 156 CPC, 418d al. 1 CO).

Ainsi, dans la majorité des cas, la loi opère une différenciation entre les informations de nature technique (secrets de fabrication) et les informations de nature commerciale (secrets d'affaires ou secrets commerciaux). Pour le Tribunal fédéral, les secrets de fabrication recouvrent les « recettes et moyens de fabrication », alors que les secrets commerciaux ont pour objet « la connaissance de sources d'achat et de ravitaillement, et celles relatives à l'organisation, la calculation du prix, la publicité et la production »<sup>1</sup>.

En droit suisse, le secret d'affaires est donc en principe compris comme synonyme de secret commercial et ne devrait pas être employé pour désigner l'ensemble des secrets, tous types confondus. A la suite de l'auteur d'une thèse consacrée au sujet<sup>2</sup>, je propose d'utiliser le terme de

---

\* Dr. en droit, avocat à Lausanne.

1 ATF 103 IV 283 c. 2b *Blechstampfmaschinen*. Le Tribunal fédéral continue de se référer à cette jurisprudence: cf. arrêt 4A\_195/2010 c. 2.2.

2 OLIVIER WENIGER, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how)*, Lausanne 1994, p. 124. D'autres préfèrent parler de « secret industriel »: FRANÇOIS DESSEMONTET, *Le Savoir-faire industriel*, Lausanne 1974, p. 18.

« secret économique » pour désigner la catégorie générale, englobant les secrets de fabrication et les secrets d'affaires<sup>3</sup>.

## II. Définition

### A. Les définitions jurisprudentielles

Les textes légaux topiques n'offrent pas de définition du secret de fabrication et du secret d'affaires. Il faut dès lors se tourner vers la jurisprudence si l'on veut cerner ces notions. Curieusement, le concept de secret fait l'objet de définitions divergentes selon le domaine du droit concerné.

Ainsi, en matière de droit pénal et de concurrence déloyale, le Tribunal fédéral propose la définition suivante: « Constitue un secret, au sens de ces dispositions<sup>4</sup>, toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique, qui n'est pas facilement accessible, dont un fabricant ou un commerçant a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'en fait il n'entend pas divulguer »<sup>5</sup>. Consignée dans une jurisprudence relativement ancienne, cette définition n'en est pas moins considérée comme étant toujours d'actualité<sup>6</sup>. Une définition similaire est au demeurant donnée du secret de fonction visé à l'art. 320 CP<sup>7</sup>.

En droit du travail, le Tribunal fédéral définit en revanche le secret de la manière suivante: « Pour être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabri-

3 En anglais, le terme de « *trade secret* » paraît s'être imposé à cet égard.

4 Les dispositions auxquelles renvoie le Tribunal fédéral dans cet arrêt datant de 1977 sont d'une part l'art. 162 CP (dont la teneur n'a pas changé depuis, à l'exception d'une précision à son alinéa 2 introduite en 1995) et l'art. 13 lit. f et g aLCD, qui constituait la norme pénale réprimant la violation de l'art. 1 al. 2 lit. f et g aLCD, dont la teneur correspond à quelques détails près aux articles 4 lit. c et 6 de l'actuelle loi contre la concurrence déloyale.

5 ATF 103 IV 283 c. 2b *Blechstampfmaschinen*.

6 Pour le droit pénal, cf. MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, art. 162 N 11 in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (éds.), *Basler Strafrecht Kommentar II*, Bâle 2013. En matière de concurrence déloyale, cf. SHK UWG-MABILLARD, art. 6 N 8; SHK UWG-SPITZ, art. 4 N 68.

7 ATF 127 IV 122 c. 1: « *Geheimnisse im Sinne dieser Bestimmung sind Tatsachen, die nur einem begrenzten Personenkreis bekannt oder zugänglich sind, die der Geheimnisherr geheim halten will und an deren Geheimhaltung er ein berechtigtes Interesse hat* ».



cation, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que l'employeur veut garder secrètes; il ne peut s'agir de connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la même branche»<sup>8</sup>. Dans une autre décision, le Tribunal fédéral a précisé que la notion de secret de l'art. 321a al. 4 CO supposait également que l'employeur ait un intérêt légitime à sa sauvegarde<sup>9</sup>.

L'on constate que les deux types de définitions posent trois conditions cumulatives: (1) une exclusivité de fait, (2) la volonté de conserver le secret et (3) un intérêt légitime au secret. Les deux dernières conditions sont énoncées de la même manière dans l'une et l'autre définition. En revanche, la première condition ne se comprend pas pareillement selon le domaine du droit concerné: en droit pénal et en matière de concurrence déloyale, on se satisfait de ce que la connaissance ne soit ni de notoriété publique ni aisément accessible; en droit du travail, il faut au surplus qu'elle soit « spécifique ». Comme on le verra dans la présentation plus détaillée qui suit (ci-après, II.B), il s'agit là de deux compréhensions bien distinctes.

## B. Exclusivité de fait

### 1. *Exclusivité de fait en matière de droit pénal et de concurrence déloyale*

On l'a vu<sup>10</sup>, en matière de droit pénal et de concurrence déloyale, le Tribunal fédéral estime que l'on est en présence d'un secret dès lors que la connaissance considérée n'est pas de notoriété publique et qu'elle n'est pas aisément accessible.

La notion d'absence de notoriété est débattue en doctrine<sup>11</sup>. J'ai proposé ailleurs de comprendre ce concept de manière large en l'assimilant à la

8 ATF 138 III 67 c. 2.3.2.

9 TF, arrêt du 21 juin 2007, 4C.69/2007, c. 3.3.3: « *Schliesslich setzt die Geheimhaltungspflicht ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers voraus* ».

10 Ci-dessus, II.A.

11 Cf. RICHARD STÄUBER, *Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess*, Zurich/St-Gall 2011, p. 11 s.; URS WICKIHALDER, *Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers*, Berne 2004, p. 13 ss; RALPH SCHLOSSER, *La protection des secrets*

difficulté d'accès<sup>12</sup>, de sorte qu'il n'y aurait – contrairement à ce que laisse entendre la formulation du Tribunal fédéral – plus qu'une seule composante de l'exclusivité de fait: celle précisément de difficulté d'accès. Une connaissance est difficile d'accès lorsqu'elle ne peut être percée qu'au moyen d'efforts et de dépenses d'une certaine importance<sup>13</sup>. Cette exigence a pour conséquence d'exclure de la protection accordée aux secrets les connaissances qui sont demeurées confidentielles par un simple hasard<sup>14</sup>.

## 2. *Exclusivité de fait en matière de droit du travail*

En droit du travail, l'approche du Tribunal fédéral est plus stricte. Pour pouvoir être qualifiée de secret de fabrication ou d'affaires au sens de l'art. 321a al. 4 CO, une information doit être « spécifique », par opposition aux « connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la même branche »<sup>15</sup>. Selon le Tribunal fédéral, ces dernières « ressortissent à l'expérience professionnelle du travailleur et n'ont rien à voir avec des secrets »<sup>16</sup>.

Dans une décision rendue dans le contexte de l'art. 340 al. 2 CO, le Tribunal fédéral a précisé son approche en ces termes: « Les connaissances acquises par le travailleur au sein d'une entreprise ne sauraient être qualifiées de secrets de fabrication, si le travailleur n'a pas été formé à une technique de fabrication propre à l'entreprise formatrice – ce même si les connaissances acquises ne sont ni notoires ni facilement accessibles »<sup>17</sup>. En l'espèce, la clause de non-concurrence a été considérée comme invalide, faute pour l'employeur d'avoir démontré que son ancien employé avait eu accès à des secrets de fabrication ou d'affaires (art. 340 al. 2 CO). Il lui aurait fallu prouver, pour cela, que son employé avait été initié à des « innovations techniques inconnues de ses concurrents ». Or, le demandeur affirmait que les produits litigieux – soit des mouvements à ré-

---

économiques, in: François Clément/Pierre-François Vulliemin (éds), *Entreprise et propriété intellectuelle*, Lausanne 2010, p. 78 s.

12 SCHLOSSER (*supra* note 11), p. 79.

13 MARTIN SCHNEIDER, *Schutz des Unternehmensgeheimnisses vor unbefugter Verwertung*, Bamberg 1989, p. 46. Cf. aussi SCHLOSSER (*supra* note 11), p. 79 s.

14 STÄUBER (*supra* note 11), p. 12.

15 ATF 138 III 67 c. 2.3.2, cité plus haut, II.A (*supra* note 8).

16 TF, arrêt du 16 mars 2010, 4A\_31/2010, c. 2.1.

17 TF, arrêt du 3 décembre 2008, 4A\_417/2008, c. 4.2.

pétition et à tourbillon – étaient des procédés de fabrication « connus d’une infime élite d’horlogers »<sup>18</sup>. Aux yeux du Tribunal fédéral, c’était admettre que les connaissances en cause n’étaient pas spécifiques à son entreprise, de sorte qu’il ne pouvait s’agir de secrets.

A cet exemple, l’on mesure le fossé qui sépare les deux acceptions du secret<sup>19</sup>. Dans l’approche adoptée en matière de droit pénal et de concurrence déloyale, un procédé de fabrication connu d’une « infime élite d’horlogers » peut parfaitement être qualifié de secret. Par définition, il n’est pas de notoriété publique; en outre, il est probable qu’il ne puisse être considéré comme aisément accessible de tous. En droit du travail, en revanche, la jurisprudence lui refuse le statut de secret.

### 3. Critique de la différenciation

Le Tribunal fédéral ne semble pas conscient de la dichotomie qui se dégage de sa pratique. Du moins ne l’évoque-t-il nullement dans les arrêts concernés. A une exception près<sup>20</sup>, la différenciation en question paraît par ailleurs avoir échappé à la doctrine. De fait, les auteurs persistent à affirmer qu’il y aurait un consensus, en Suisse, quant au fait que le secret revêt un caractère *relatif*<sup>21</sup>, alors même qu’en matière de droit du travail, la jurisprudence aboutit à l’exigence d’un secret *absolu*<sup>22</sup>. Nombreux sont du reste les auteurs qui relèvent que les notions de secret de fabrication et d’affaires sont les mêmes en droit du travail qu’en matière de droit pénal et de concurrence déloyale<sup>23</sup>.

18 TF, arrêt 4A\_417/2008 c. 4.2 (*supra* note 17). Cf. dans le même sens : TF, arrêt 4A\_31/2010 c. 2.2 (*supra* note 16) : « On ne voit pas que l’intimé aurait été initié, lorsqu’il travaillait pour le compte de la demanderesse, à des innovations techniques inconnues des concurrents de celle-ci ».

19 Voir déjà AURÉLIEN WITZIG, Secrets de fabrication et secrets d’affaires (art. 340 CO), in : Rémy Wyler (éd.), Panorama II en droit du travail, Berne 2012, p. 258 : « N’être pas de notoriété publique ne signifie pas être inconnu des concurrents... ».

20 WITZIG (*supra* note 19), p. 251 et 258.

21 Pour tous, cf. STÄUBER (*supra* note 11), p. 11.

22 Cf. WITZIG (*supra* note 19), p. 251, parlant de secret exclusif.

23 RÉMY WYLER, Droit du travail, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2008, p. 599; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, art. 340 N 26; ADRIAN STAEHELIN, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht : Der Arbeitsvertrag, Zurich 2006 art. 340 N 14; GABRIEL AUBERT, Commentaire Romand Code des Obligations, Bâle 2012, art. 340 N 4; CHRISTOPH NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Berne

Quoi qu'il en soit, l'adoption de deux conceptions divergentes d'une seule et même notion, selon le domaine du droit touché, ne semble pas souhaitable. Plus précisément, la définition qui en est donnée par la jurisprudence depuis des décennies en matière de droit pénal et de concurrence déloyale devrait à mon sens également prévaloir en droit du travail. L'exigence de secret absolu retenue par le Tribunal fédéral pour ce domaine du droit paraît en effet trop stricte en ce qu'elle offre une protection insuffisante aux ayants droit. Pour autant, cela ne signifie nullement que l'on ne tiendra pas compte des spécificités du monde du travail au moment de la mise en œuvre des dispositions légales. Ce n'est toutefois pas au niveau de la *définition* du secret que l'on se démarquera, mais bien plutôt dans l'*application* des art. 321a al. 4 et 340 al. 2 CO, où il conviendra de prendre en compte les intérêts des parties, et singulièrement l'intérêt de l'employé à ne pas être entravé dans sa liberté de mouvement<sup>24</sup>.

### C. Volonté de préserver le secret

Après l'exclusivité de fait, une deuxième composante du secret tient dans la volonté de l'ayant droit d'en préserver la confidentialité<sup>25</sup>.

Selon la formule de l'art. 39 ch. 2 lit. c ADPIC, les renseignements concernés doivent 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 ». Cette volonté doit être reconnaissable<sup>26</sup>. Lorsque le détenteur du secret est une entreprise, il suffira de démontrer qu'elle poursuit une politique de confidentialité<sup>27</sup>. A cette fin, il est notamment recommandé aux sociétés de songer à apposer la mention « secret » sur les documents, d'insérer des clauses de confi-

---

2001, p. 28; CHRISTIAN ALEXANDER MEYER, Grenzen der Treuepflicht des Arbeitnehmers beim Stellenwechsel, summa jus 1999, p. 226. Cf. aussi WICKIHALDER (*supra* note 11), p. 12 ss.

24 Cf. ci-après, III.A.3.

25 Cf. la jurisprudence citée ci-dessus, II.A.

26 ATF 64 II 162 c. 7 *Maag-Zahnräder*.

27 FRANÇOIS DESSEMONTET, Le savoir-faire, in: Roland von Büren/Lucas David (éds.), SIWR IV, Bâle 2006, p. 836, N 88.

dentialité dans les contrats ou de subordonner l'accès aux fichiers informatiques à l'insertion d'un mot de passe<sup>28</sup>.

Il semble à vrai dire préférable de ne pas faire de cette exigence un élément de la définition du secret, mais de l'ériger bien plutôt en une condition de sa protection<sup>29</sup>.

## D. Intérêt légitime

Enfin, un troisième élément de la définition du secret économique tient dans l'intérêt légitime du détenteur à son maintien<sup>30</sup>.

La jurisprudence admet l'existence d'un intérêt légitime à la préservation du secret lorsque l'information concernée peut influencer sur le résultat commercial<sup>31</sup> ou lorsque sa divulgation serait de nature à accélérer l'apparition de produits concurrents ou à diminuer les frais de production des concurrents<sup>32</sup>. Selon l'art. 39 ch. 2 lit. b ADPIC, la protection du secret suppose que celui-ci revête une « valeur commerciale ». On déduit de cette exigence que le détenteur d'un secret ne doit pas pouvoir l'invoquer de manière abusive<sup>33</sup>.

Là encore, il paraît juste de voir dans l'existence d'un intérêt légitime une condition de la protection plutôt qu'une composante de sa définition<sup>34</sup>.

28 SCHLOSSER (*supra* note 11), p. 80 et les références citées.

29 Voir dans ce sens la formulation de l'art. 39 ch. 2 ADPIC: le caractère secret est défini comme ce qui n'est pas généralement connu ou qui n'est pas aisément accessible (lit. a), alors que la volonté de conserver le secret (lit. c) et l'intérêt légitime (lit. b) sont présentés comme des *conditions de la protection*.

30 Cf. la jurisprudence citée ci-dessus, II.A.

31 ATF 103 IV 283 c. 2b *Blechstampmaschinen*.

32 ATF 80 IV 22 c. 2a.

33 STÄUBER (*supra* note 11), p. 16; FRANÇOIS DESSEMONTET, Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce, Blaise Knapp/Xavier Oberson (éds.), Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, p. 98.

34 Dans ce sens: CARL BAUDENBACHER/JOCHEN GLÖCKNER, in: Carl Baudenbacher (éd.), *Lauterkeitsrecht*, Bâle/Genève/Munich 2001, art. 6 N 25. A propos de l'art. 39 ADPIC, cf. *supra* note 29.

Le point de savoir s'il existe un intérêt légitime à la protection du secret s'apprécie le plus souvent dans le cadre d'une *balance des intérêts*. L'on songe aux trois cas de figure suivants : (1) en droit du travail, l'intérêt de l'employeur à la sauvegarde de ses secrets est mis en balance avec l'intérêt de l'employé de ne pas être entravé dans sa liberté de mouvement ; (2) dans les collaborations commerciales, l'intérêt au secret est soupesé par rapport à la liberté d'imitation ; (3) dans le cadre de procédures judiciaires, l'intérêt au maintien de la confidentialité est confronté à la nécessité de respecter le droit d'être entendu.

A chaque fois, il s'agit de rechercher un juste équilibre entre les intérêts en présence. Je me propose de passer en revue ces trois types de situation, afin de tenter de dégager les critères susceptibles de guider cette recherche.

### **III. Mise en balance de l'intérêt au secret et des intérêts opposés**

#### **A. Les secrets économiques dans les relations de travail**

##### *1. En général*

L'art. 321a al. 4 CO distingue selon que la protection des secrets est demandée pendant les relations de travail ou pour la période qui suit la fin du contrat. Pour ce qui est de la première situation, cette disposition légale prévoit ce qui suit : « Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler les faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication ou d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur » (art. 321a al. 4, 1<sup>ère</sup> phrase CO). Pour la période post-contractuelle, la loi contient la règle suivante : « [Le travailleur] est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur » (art. 321a al. 4, 2<sup>e</sup> phrase CO).

La réglementation valant pour la période qui suit la fin du contrat présente deux différences par rapport à la celle qui prévaut pendant la durée du contrat. Premièrement, il est question de « garder le secret », alors que pendant les relations de travail, la loi impose au travailleur de ne « ne pas utiliser ni révéler » les faits destinés à rester confidentiels (ci-après, III.A.2). Secondement, l'obligation post-contractuelle de confidentialité

vaut uniquement « en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur » (ci-après, III.A.3).

## 2. *Interdiction post-contractuelle limitée à la divulgation ?*

S'agissant de la première de ces différences, de nombreux auteurs<sup>35</sup> en déduisent une distinction matérielle: alors que pendant la durée du contrat, le travailleur est soumis à une interdiction de divulgation *et* d'utilisation, seule subsiste selon eux, pour la période qui suit la fin des relations de travail, une interdiction de divulgation<sup>36</sup>. Par contraste, un autre courant doctrinal soutient qu'il n'y a pas à cet égard de différence entre les périodes observées; selon les tenants de cette approche, le devoir de discrétion post-contractuel comprend au contraire une interdiction de divulgation *et* d'utilisation, de la même manière que l'obligation de confidentialité prévalant pour la durée du contrat<sup>37</sup>. Pour ma part, la

- 
- 35 Contrairement à ce qu'affirme l'un d'entre eux (MARKUS FRICK, *Abwerbung von Personal und Kunden*, Berne 2000, p. 30), on ne saurait parler à leur propos de doctrine majoritaire: ROGER RUDOLPH, *Kontakte zu Kunden des alten Arbeitgebers nach einem Stellenwechsel*, *Revue de droit du travail et d'assurance-chômage (DTA)* 2009, p. 100 n. 34. De fait, les courants doctrinaux en présence sont constitués d'un nombre équivalent d'auteurs (comparer les notes 36 et 37 ci-après).
- 36 FRICK (*supra* note 35), p. 30 s.; WICKIHALDER (*supra* note 11), p. 81 ss; MATTHIAS W. RICKENBACH, *Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses*, Berne 2000, p. 125; JÜRIG BRÜHWILER, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1996, art. 340 N 8; MANFRED REHBINDER, *Berner Kommentar: Der Arbeitsvertrag. Der Einzelarbeitsvertrag*, Berne 2010, art. 340 N 4; PETER BOHNY, *Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot*, Zurich 1989, p. 60 s.; MEYER, (*supra* note 23), p. 226; LUKAS COTTI, *Das vertragliche Konkurrenzverbot*, Fribourg 2001, N 31 N. 24; ARTHUR HAEFLIGER, *Das Konkurrenzverbot im neueren schweizerischen Arbeitsvertragsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1975, p. 16. Dans ce sens également: OGER Zurich, *JAR* 2005, p. 484 c. 3a.
- 37 ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, art. 321a N 13; WOLFGANG PORTMANN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (éds.), *Basler Kommentar: Obligationenrecht I*, Bâle, 2011, art. 321a N 26; JEAN-PHILIPPE DUNAND, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, art. 321a N 50; STAEHELIN (*supra* note 23), art. 321a N 47 (lequel a changé de camp depuis la précédente édition de son commentaire); FRANK VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, 3<sup>e</sup> éd., in: Franck Vischer (éd.), *Schweizerisches Privatrecht VII/4*, Bâle 2005, p. 160 n. 13; THOMAS GEISER, *Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken*, Berne 1983, p. 259; WENIGER (*supra* note 2), p. 222; ANTON WILLI BLATTER, *Der Schutz des Know-How im Arbeitsvertragsrecht, insbesondere die Auslegung von Art. 321 A IV OR*, Berne 1982, p. 137.

première tendance me semble tenir compte de manière plus appropriée du texte légal (« garder le secret », « *zur Verschwiegenheit verpflichtet* »); en outre, une interdiction post-contractuelle d'utilisation s'apparente à une prohibition de concurrence légale, ce qui paraît peu compatible avec la systématique de la loi<sup>38</sup>.

### 3. *Intérêt légitime à la protection du secret*

Pour la période post-contractuelle, la loi subordonne explicitement la protection des secrets à l'existence d'un intérêt légitime (art. 321a al. 4, 2<sup>e</sup> phrase CO), alors qu'elle ne prévoit rien de tel pour la période contractuelle. Pour autant, cela ne signifie pas que l'on ferait abstraction de cette exigence. Au contraire, le Tribunal fédéral affirme que l'existence d'un intérêt légitime est également une condition de la protection des données confidentielles pendant la durée du contrat<sup>39</sup>. Seulement, alors que pour la période qui suit la fin des relations contractuelles, il appartient à l'employeur de *prouver* l'existence de l'intérêt légitime, l'intérêt légitime est *présumé* pendant la durée du contrat<sup>40</sup>.

De fait, il sera rare que l'employé parvienne à échapper à l'obligation de confidentialité pendant la durée du contrat, tant il lui sera difficile d'établir l'absence d'intérêt légitime à la protection. On parle du reste, dans ce contexte, d'obligation *absolue* de garder le secret<sup>41</sup>, par opposition à l'obligation *atténuée* prévalant pour la période post-contractuelle. Il peut néanmoins exister des situations dans lesquelles l'invocation du secret apparaîtra comme abusive<sup>42</sup>, parce que destinée à nuire plutôt qu'à poursuivre un intérêt digne de protection. En dehors de telles situations exceptionnelles, l'intérêt légitime sera systématiquement retenu pour la période contractuelle.

Il en va différemment pour la période qui suit la fin du contrat. En exigeant de l'employeur qu'il prouve l'existence d'un intérêt légitime au maintien de la protection du secret, on lui demande en réalité d'établir

38 RICKENBACH (*supra* note 36), p. 125; WICKIHALDER (*supra* note 11), p. 82; OGer Zurich, JAR 2005, p. 484 c. 3b.

39 TF, arrêt du 21 juin 2007, 4C.69/2007 c. 3.3.3.

40 ATF 127 III 310 c. 5a.

41 Message du Conseil fédéral concernant la révision des titres dixième et dixième<sup>bis</sup> du code des obligations, FF 1967 II 310; RICKENBACH (*supra* note 36), p. 124.

42 Cf. ci-dessus, II.D.



que son intérêt l'emporte sur celui de l'employé à changer de place de travail et à tirer profit des connaissances acquises à son service. Le juge procède ici à une balance des intérêts, souvent délicate à opérer.

L'on peut dégager un certain nombre de *critères* susceptibles de guider le juge dans cette pesée des intérêts. Ainsi, le magistrat tiendra compte de la manière dont l'employé a eu connaissance du secret: s'il l'a appréhendé de manière irrégulière, il devrait s'en voir interdire l'exploitation en tout état de cause<sup>43</sup>. En outre, il conviendra d'apprécier l'importance respective de l'information confidentielle pour l'une et l'autre partie: si la connaissance concernée ne revêt pas une signification décisive pour l'entreprise mais qu'elle paraît primordiale pour l'essor professionnel de l'employé, la balance penchera plutôt en faveur du travailleur<sup>44</sup>; à l'inverse, lorsque le secret revêt une valeur concurrentielle notable, son maintien devrait prévaloir<sup>45</sup>. A cet égard, la distinction opérée par la jurisprudence entre connaissances de la branche et connaissances spécifiques à l'entreprise<sup>46</sup> revêtira toute sa pertinence<sup>47</sup>: les connaissances spécifiques mériteront une protection renforcée, alors que l'on admettra plus aisément qu'un savoir-faire partagé par plusieurs concurrents puisse être exploité par l'employé après la fin du contrat (sans que cela ne soit automatiquement le cas, contrairement à ce que prône le Tribunal fédéral<sup>48</sup>). Par ailleurs, l'on se montrera plus enclin à admettre un droit de l'ancien employé à révéler à son nouvel employeur les connaissances apprises dans le cadre de sa précédente occupation lorsque leur caractère secret n'était pas reconnaissable ou qu'il ne l'était que difficilement<sup>49</sup>. La jurisprudence prend également en compte le rang occupé par l'employé au sein de l'entreprise et sa rémunération: le devoir de fidélité et de discrétion est renforcé à mesure que l'on gravit les échelons

43 WICKIHALDER (*supra* note 11), p. 60; WENIGER (*supra* note 2), p. 219.

44 SCHNEIDER (*supra* note 13), p. 186; BLATTER (*supra* note 37), p. 124; WICKIHALDER (*supra* note 11), p. 61 s.

45 SCHNEIDER (*supra* note 13), p. 187, qui donne l'exemple de la formule du Coca-Cola.

46 Ci-dessus, II.B.2.

47 Pour des développements relativement détaillés sur ce point: WICKIHALDER (*supra* note 11), p. 63-66.

48 Cf. ci-dessus, II.B.2.

49 Cf. WENIGER (*supra* note 2), p. 222. Au sujet du caractère reconnaissable de la volonté de l'employeur de préserver le secret, voir ci-dessus, II.C.

de la hiérarchie<sup>50</sup>. Enfin, peuvent jouer un rôle des éléments tels que la durée de la relation contractuelle, la contribution de l'employé à l'élaboration de la connaissance secrète<sup>51</sup> ou encore les circonstances de la fin du contrat<sup>52</sup>. En tout état de cause, on gardera à l'esprit que le devoir de discrétion post-contractuel ne doit pas être interprété de manière à ce point large qu'il s'assimilerait à une prohibition de concurrence<sup>53</sup>. Signalons encore que l'on considère en principe que l'intérêt de l'employeur décroît au fil du temps<sup>54</sup>.

La question du devoir de discrétion post-contractuel se pose de manière particulièrement sensible en lien avec la *clientèle*. En l'absence de clause de prohibition de concurrence, l'employeur invoque en effet souvent l'art. 321a al. 4 CO pour chercher à interdire à son ancien employé la prise de contact avec ses clients<sup>55</sup>. Le Tribunal fédéral coupe court à tout débat: pour lui, la clientèle n'est *jamais* constitutive d'un secret, car l'art. 340 al. 2 CO distingue la clientèle des secrets d'affaires ou de fabrication<sup>56</sup>. Ce raisonnement n'est toutefois pas convaincant. L'art. 340 al. 2 CO mentionne les secrets aux côtés de la clientèle, parce que tous deux sont dignes de protection; pour autant, il ne s'agit pas d'éléments qui seraient séparés par une frontière nette; au contraire, la clientèle peut parfaitement faire l'objet d'un secret<sup>57</sup>. En conséquence, la connaissance de la clientèle peut être couverte par le devoir de discrétion post-contractuel.

50 ATF 127 III 86 c. 2c; ATF 88 II 319 c. 1.

51 GEORGES BINDSCHEDLER, *Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse*, Berne 1981, p. 72. A propos du débauchage, voir aussi les critères mis en évidence par FRICK (*supra* note 35), p. 59 ss.

52 OGer Zurich, JAR 2005, p. 484 c. 4 (p. 490): «*Zwar wurde das Anstellungsverhältnis von den [Arbeitnehmern] aufgelöst, welcher Umstand im Zuge der Interessenabwägung zugunsten [des Arbeitgebers] spricht*».

53 WICKIHALDER (*supra* note 11), p. 66. Cf. déjà ci-dessus, texte à note 38.

54 OGer Zurich, JAR 2005, p. 484 c. 4 (p. 491 s.).

55 Sur la question, voir plus particulièrement RUDOLPH (*supra* note 35), *passim*.

56 ATF 138 III 67 c. 2.3.2: «La seule connaissance de la clientèle ne saurait donc en aucun cas constituer l'un de ces secrets particuliers que le travailleur devrait garder même après la fin du contrat de travail (art. 321a al. 4 CO)».

57 Dans ce sens par exemple WENIGER (*supra* note 2), p. 163 s.; SCHNEIDER (*supra* note 13), p. 32 s.; MEYER (*supra* note 23), p. 226; FRICK (*supra* note 35), p. 26 s.; STÄUBER (*supra* note 11), p. 23; OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 2010, art. 321a N 25.

tuel de l'art. 321a al. 4 CO<sup>58</sup>. La question de la mise en balance des intérêts en présence est cependant délicate dans le contexte observé. Deux approches se font face. Dans une première conception, en l'absence de clause de non-concurrence, l'intérêt de l'ancien employé à son essor professionnel l'emporte en règle générale sur celui de l'entreprise à la préservation de sa clientèle<sup>59</sup>. La seconde approche, à laquelle va ma préférence, est plus nuancée: dans le domaine de la finance à tout le moins, l'interdiction de la divulgation de la clientèle perdue pour une période limitée après la fin du contrat<sup>60</sup>. Certes, on ne parle là que d'une prohibition de la *divulgation* de la clientèle, ce qui ne devrait pas faire obstacle à la *prise de contact* des clients par l'ancien employé<sup>61</sup>. Toutefois, il semble artificiel de tracer une telle ligne de démarcation; lorsque la prise de contact aura été couronnée de succès et qu'elle aura débouché sur le transfert du client au nouvel employeur, celui-ci prendra nécessairement connaissance du client<sup>62</sup>. Dès lors, la prise de contact avec la clientèle ne saurait être considérée comme étant licite de manière systématique lorsque l'ex-employé travaille au service d'un nouvel employeur; en pareille situation, elle devrait au contraire être traitée de la même manière que la divulgation, sauf circonstances particulières.

58 RUDOLPH (*supra* note 35), p. 99. Cf. du reste TF, arrêt 4C.69/2007 c. 3.3.2 *in fine*: « *Ausnutzen darf [der Arbeitnehmer] daher sowohl die spezifischen Branchenkenntnisse wie auch das Wissen um Geschäfts- und Kundenbeziehungen, sofern es sich dabei nicht um eigentliche Geschäftsgeheimnisse des früheren Arbeitgebers handelt* »; le Tribunal fédéral reconnaît donc ici que la connaissance de la clientèle peut être constitutive d'un secret commercial.

59 Dans ce sens: OGER Zurich, JAR 2005, p. 484; CHRISTOPH GUTZWILLER, Geheimhaltungspflichten als Konkurrenzbeschränkungen, insbesondere im Bankwesen, La société anonyme suisse (SAS) 1986, p. 124. Voir aussi la pratique ayant cours en Allemagne: CHARLOTTE SANDER, Schutz nicht offenbarter betrieblicher Informationen nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im deutschen und amerikanischen Recht, GRUR Int. 2013, p. 224: « ... *da das Gericht das Interesse des Arbeitnehmers an Flexibilität und Mobilität im Zweifel höher bewertet als die entgegenstehenden wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers* ».

60 RUDOLPH (*supra* note 35), p. 101.

61 Cf. FRICK (*supra* note 35), p. 32.

62 Cf. RUDOLPH (*supra* note 35), p. 101, qui parle dans ce contexte de « *Wissenszurechnung* ». *Contra*: OGER Zurich, JAR 2005, p. 484 c. 3b.

## B. Les secrets économiques dans les collaborations

Les acteurs économiques sont souvent amenés à dévoiler tout ou partie de leurs innovations dans le cadre des collaborations rendues nécessaires par la réalisation de leurs projets. Ainsi, l'entrepreneur remettra au fabricant les plans de la machine qu'il a mise au point; le créateur confiera à un bureau horloger le soin de réaliser le prototype de la montre qu'il a conçue; l'innovateur révélera à son associé le concept d'un jeu de construction dont la commercialisation commune est envisagée. Il s'agit là d'autant de situations (empruntées à la pratique des tribunaux) dans lesquelles le créateur est confronté au risque que l'objet confié (le plan de la machine, le design de la montre, le concept du jeu) soit utilisé par son partenaire sans son accord, une fois que la collaboration aura pris fin.

En droit suisse, ces situations sont le plus souvent appréhendées sous l'angle de l'article 5 lettres a et b LCD. Cette norme réprime l'exploitation induite du résultat d'un travail confié. Alors que l'expression employée (« résultat d'un travail ») ne le laisse pas nécessairement présager, il s'agit bien là d'une norme protégeant les secrets économiques. Certes, le Tribunal fédéral n'exige pas du résultat du travail qu'il soit nécessairement secret pour que s'applique l'art. 5 lit. a LCD<sup>63</sup>. Toutefois, la doctrine est unanime à critiquer cette approche. Selon elle, le résultat du travail n'est au contraire protégé que s'il revêt un certain caractère confidentiel. Sans cela, l'on en viendrait à interdire l'exploitation d'une connaissance à l'ancien partenaire, alors même qu'à part lui, tout un chacun peut librement l'utiliser<sup>64</sup>. De fait, en l'absence de protection par un

63 TF, sic! 1999, p. 300 c. 2g *Sienna II*: « L'art. 5 let. a LCD exige seulement que le résultat du travail ait été confié; il ne requiert pas que ce résultat soit secret ou d'une originalité particulière ».

64 IVAN CHERPILLOD, Remarque à propos de l'arrêt « Sienna II », sic! 1999, p. 303: « La solution du TF aboutit à ce curieux résultat que celui qui s'est vu confier la réalisation d'un travail ne peut plus ensuite l'exploiter pour son propre compte alors que n'importe quel autre concurrent sera en droit de le faire ». Dans le même sens: CARL BAUDENBACHER, in: Carl Baudenbacher (éd.), *Lauterkeitsrecht*, Bâle 2001, art. 5 N 31; BARBARA JECKLIN, *Leistungsschutz im UWG?*, Berne 2003, p. 109 s.; WICKIHALDER (*supra* note 11), p. 157; SCHLOSSER (*supra* note 11), p. 88. C'est au demeurant ce que le Tribunal fédéral avait retenu dans un arrêt plus ancien: « Eine Treuepflicht des Unternehmers ist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses nur dann anzunehmen, wenn der Besteller hierfür ein rechtliches Interesse nachzuweisen imstande ist [...] Fehlt es aber an einer solchen Voraussetzung,

droit de propriété intellectuelle, les innovations peuvent être librement imitées sauf s'il existe des circonstances spéciales rendant la copie déloyale<sup>65</sup>.

A nouveau, l'on se doit de procéder à une pesée des intérêts. L'intérêt du créateur à la réservation de son innovation fait face à l'intérêt de l'ancien partenaire à une libre imitation<sup>66</sup>. De son côté, l'ayant droit doit pouvoir s'opposer à la distribution de produits suscitant avec les siens un risque de confusion (art. 3 lit. d LCD), de même qu'il doit pouvoir faire échec à un comportement parasitaire (art. 3 lit. e LCD)<sup>67</sup>. A l'inverse, le concurrent doit être autorisé à imiter ce qui est sur le marché, afin notamment de pouvoir choisir pour ses produits les caractéristiques qui correspondent à l'air du temps<sup>68</sup>, quand bien même il tirerait profit ce faisant des efforts commerciaux d'autrui<sup>69</sup>.

Dans le contexte observé, cette balance des intérêts tiendra compte avant tout du point de savoir si le procédé considéré est ou non secret. Alors que la protection sera accordée en présence d'une connaissance demeurée confidentielle<sup>70</sup>, l'ancien partenaire contractuel doit avoir les coudees franches lorsque l'innovation est tombée dans le domaine public, singulièrement en raison de sa commercialisation<sup>71</sup>. Cette affirmation doit cependant être nuancée, en ce sens qu'il y a lieu de prendre en

---

*so ist fraglich, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt der Besteller seinem früherem Vertragspartner ein Verhalten untersagen lassen kann, das er von jedermann dulden muss* » (ATF 93 II 272 c. 5 [p. 279] *Kuttelreinigungsmaschine*).

65 TF, sic! 2009, p. 793 c. 4.1 *Maltesers II*; ATF 116 II 471 c. 3a/aa *Volvo*; ATF 108 II 327 c. 5a *Lego/Suchard*.

66 ATF 106 II 471 c. 3a/aa *Volvo*: « *Abzuwägen sind dabei das Interesse des Erstherstellers an der Erhaltung seines wettbewerblichen Vorsprungs, das Interesse des Nachahmers an einer freien Benützung einer nicht geschützten Konstruktion oder Form sowie das Interesse der Allgemeinheit, vor Irreführung, aber auch vor ungerechtfertigter Monopolisierung einer Leitung geschützt zu sein* ».

67 Sur les conditions auxquelles est réprimé le parasitisme, voir ATF 135 III 446 c. 7.5 *Maltesers II*.

68 ATF 106 II 471 c. 3a/aa *Volvo*; ATF 108 II 69 c. 2b *Rubik*.

69 ATF 108 II 327 c. 5a *Lego/Suchard*: « *Dabei darf ein Konkurrent seine Ware einem fremden Erzeugnis sogar so anpassen, dass sie zusammen mit diesem oder an dessen Stelle verwendet werden kann, unbekümmert darum ob er dadurch aus fremder Mühe, Arbeit und Werbung Nutzen zieht [...]* ».

70 ATF 77 II 263 c. 2c *Strassenhobel*.

71 ATF 93 II 272 c. 5 *Kuttelreinigungsmaschine*.

compte la période de *time lag* dont l'auteur de l'innovation est légitimé à bénéficier. Il s'agit là de la phase qui suit l'introduction d'un nouveau produit sur le marché, et durant laquelle le fabricant jouit d'une exclusivité de fait<sup>72</sup>. Il paraît en effet juste de ne pas priver l'ayant droit des profits de cette période initiale, de sorte que l'ancien partenaire doit se voir interdire la commercialisation d'une imitation aussi longtemps que dure le *time lag*.

La prise en compte des intérêts en présence intervient encore à un autre titre. Parfois, le créateur a dévoilé son innovation dans un cadre plus ou moins restreint (présentation à des experts, exposition lors d'une foire). Le secret ne s'en trouve pas nécessairement anéanti. Seul compte le point de savoir si le produit a été effectivement remarqué par la concurrence. Si tel n'a pas été le cas, il se justifie d'accorder une protection<sup>73</sup>.

## C. Les secrets économiques dans le procès civil

### 1. Les intérêts en présence

Dans les procès civils, il est fréquent qu'une partie ou un tiers (témoin ou destinataire d'une réquisition de production de pièces) soit amené à invoquer l'existence d'un secret de fabrication et d'affaires pour fonder un refus de collaborer ou pour justifier que soient prises des mesures de protection. A nouveau, l'on se trouve confronté à une situation où des intérêts opposés s'affrontent. A l'intérêt au maintien du secret font en effet face l'intérêt à la manifestation de la vérité<sup>74</sup> et celui de participer à l'administration des preuves<sup>75</sup> qui découle du droit d'être entendu garanti par les articles 29 al. 2 Cst. et 53 al. 1 CPC<sup>76</sup>.

72 JECKLIN (*supra* note 64), p. 26.

73 Pour des explications plus détaillées à ce sujet, cf. SCHLOSSER (*supra* note 11), p. 90–94.

74 Cf. art. 166 al. 2 CPC: « Les titulaires d'autres droits de garder le secret qui sont protégés par la loi peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité »; voir aussi art. 166 al. 1 lit. b CPC. En matière pénale, cf. art. 173 al. 1 et 2 CPP.

75 JACQUES HALDY, La protection des intérêts des parties et des tiers dans la procédure probatoire ou les limites du droit à la preuve, in: Christoph Leuenberger (éd.), La preuve dans le procès civil, Berne 2000, p. 104.

76 JÜRGEN BRÖNNIMANN, Berner Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung, Berne 2013, art. 156 ZPO N 3; STÄUBER (*supra* note 11), p. 164 s.

## 2. *Refus de collaborer*

Par principe, les parties et les tiers ont l'obligation de collaborer à l'administration des preuves (art. 160 al. 1 CPC). Dans certaines circonstances toutefois, la loi autorise la partie ou le tiers à refuser pareille collaboration. La mention d'un secret peut, à certaines conditions, justifier un tel refus (art. 163 al. 1 lit. b et al. 2, art. 166 al. 1 lit. b et al. 2 CPC). Plus précisément, un refus de collaborer peut découler de la nécessité de préserver un secret professionnel au sens de l'art. 321 CP ou un autre secret protégé par la loi (p.ex. secret bancaire, secret en lien avec les placements collectifs de capitaux<sup>77</sup>).

Il est toujours question, dans ce contexte, du secret d'*autrui*. L'avocat, le médecin ou le banquier (pour citer quelques exemples) fondent leur refus de collaborer sur la nécessité de sauvegarder les secrets de leurs clients ou patients, secrets dont ils sont les dépositaires. En revanche, les dispositions légales concernées ne sont d'aucun secours lorsque la partie ou le tiers souhaite que soit préservé *son propre secret*<sup>78</sup>. En pareil cas, l'intéressé devra au contraire faire appel à l'art. 156 CPC<sup>79</sup>, que l'on commente dans la rubrique qui suit.

## 3. *Mesures de sauvegarde*

### a) Les diverses mesures envisageables

Aux termes de l'art. 156 CPC, « [le] tribunal ordonne les mesures propres à éviter que l'administration des preuves ne porte atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou des tiers, notamment à des secrets d'affaires ».

Plusieurs mesures sont envisageables à ce titre. L'on se propose dans un premier temps de les énumérer (ci-dessous, [1] à [6]), avant d'examiner dans une seconde étape quels sont les critères qui guideront le choix du juge (ci-dessous, III.C.3.b):

77 Pour une liste des principaux secrets concernés, cf. NICOLAS JEANDIN, in: François Bohnet *et al.* (éds.), Code de procédure civile commenté (CPC), Bâle 2011, art. 163 N 20.

78 STÄUBER (*supra* note 11), p. 138.

79 BRÖNNIMANN (*supra* note 76), art. 156 ZPO N 10; MICHEL HOPF, Aktienrechtliches Einsichtrecht und prozessuale Mitwirkungspflichten, L'expert-comptable suisse 2012, p. 678.

- (1) *Exclusion du public*. Lorsqu'une partie démontre qu'elle y a un intérêt digne de protection, elle peut obtenir un huis clos total ou partiel (art. 54 al. 3 CPC). La préservation de secrets économiques est typiquement de nature à fonder un tel intérêt<sup>80</sup>.
- (2) *Restriction du droit d'accès au dossier*. Le droit d'accès au dossier est l'une des composantes du droit d'être entendu. Si un intérêt privé le justifie, l'accès au dossier peut être limité (art. 53 al. 2 CPC). Là encore, la sauvegarde de secrets de fabrication ou d'affaires peut être constitutive d'un tel intérêt. Concrètement, l'on peut songer à limiter le droit d'une partie de consulter le dossier<sup>81</sup>, notamment en lui fermant l'accès à certains documents<sup>82</sup>. Dans certains cas, on laissera subsister le droit d'accès, tout en interdisant à la partie de confectionner des copies des titres consultés<sup>83</sup>. Par ailleurs, il est concevable de caviarder certaines pièces<sup>84</sup>, éventuellement de manière différenciée, en ce sens que le tribunal aura accès au document original alors que la partie adverse n'en obtiendra qu'une version expurgée<sup>85</sup>.
- (3) *Exclusion de la participation à l'administration d'une preuve*. La sauvegarde des secrets peut conduire le juge à interdire à une partie d'assister à l'audition d'un témoin ou d'un expert ou à l'interrogatoire

---

80 CHRISTIAN LEU, DIKE-Komm-ZPO, Zurich/Saint-Gall, art. 156 N 13; BRÖNNIMANN (*supra* note 76), art. 156 ZPO N 14; MARKUS AFFOLTER, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Berne/Stuttgart/Vienne 1994, p. 198; RODRIGO RODRIGUEZ, Der Geheimnisschutz in der neuen Schweizerischen ZPO, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP) 2010, p. 317; STÄUBER (*supra* note 11), p. 204 s.; HOPF (*supra* note 79), p. 277.

81 Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, p. 6924; LEU (*supra* note 80), art. 156 N 13; HALDY (*supra* note 75), p. 104.

82 BRÖNNIMANN (*supra* note 76), art. 156 ZPO N 14.

83 STÄUBER (*supra* note 11), p. 187; PETER GUYAN, in: Dominik Infanger/Karl Spühler/Luca Tenchio (éds.), Basler Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2010, art. 156 N 6; HOPF (*supra* note 79), p. 278.

84 Message CPC (*supra* note 81), p. 6924; LEU (*supra* note 80), art. 156 N 13; HALDY (*supra* note 75), p. 104; BRÖNNIMANN (*supra* note 76), art. 156 ZPO N 14; HOPF (*supra* note 79), p. 277; RODRIGUEZ (*supra* note 80), p. 317.

85 PHILIPPE SCHWEIZER, in: François Bohnet *et al.* (éds.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, art. 156 N 12.



d'une autre partie<sup>86</sup> ou à l'exclure d'une inspection locale<sup>87</sup>. Dans la foulée, la partie peut également se voir refuser l'accès au procès-verbal de l'audition du témoin (art. 176 CPC), de l'interrogatoire d'une partie (art. 193 CPC) ou de l'inspection locale (art. 182 CPC), de même qu'elle peut se voir dénier la remise du rapport de l'expert (art. 187 CPC)<sup>88</sup>.

- (4) *Recours à un tiers*. Il est concevable de confier l'administration de certains moyens de preuve à un tiers (expert, juge délégué) qui consignera dans un rapport adressé aux parties et au tribunal les informations pertinentes, expurgées de tous éléments secrets<sup>89</sup>. Cette mesure fera l'objet d'une présentation spécifique (ci-dessous, III.C.3.b.[5]).
- (5) *Participation à l'administration des preuves réservée à l'avocat*. Lorsqu'une partie se voit exclure de l'administration d'une preuve, il est envisageable de laisser son avocat ou un autre mandataire (p.ex. agent de brevets) y participer tout en le soumettant à un devoir de confidentialité vis-à-vis de son mandant<sup>90</sup>. Là encore, il s'agit d'une mesure à laquelle on consacre des développements particuliers (ci-dessous, III.C.3.b.[6]).
- (6) *Renonciation à l'administration d'une preuve*. A l'extrême, on peut songer à renoncer purement et simplement à administrer la preuve litigieuse<sup>91</sup>.

86 BRÖNNIMANN (*supra* note 76), art. 156 ZPO N 14; HOPF (*supra* note 79), p. 277.

87 Message CPC (*supra* note 81), p. 6924; LEU (*supra* note 80), art. 156 N 13; HALDY (*supra* note 75), p. 104; BRÖNNIMANN (*supra* note 76), art. 156 ZPO N 14.

88 BRÖNNIMANN (*supra* note 76), art. 156 ZPO N 14.

89 TF, arrêt 4A\_64/2011 et 4A\_210/2011 c. 3.3; STÄUBER (*supra* note 11), p. 184 ss; AFFOLTER (*supra* note 80), p. 198; HOPF (*supra* note 79), p. 277 s.; BRÖNNIMANN (*supra* note 76), art. 156 ZPO N 14.

90 STÄUBER (*supra* note 11), p. 194 ss; SCHWEIZER (*supra* note 85), art. 156 N 14; FRANZ HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zivilprozessordnung Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., art. 156 N 8a; BRÖNNIMANN (*supra* note 76), art. 156 ZPO N 14; GUYAN (*supra* note 83), art. 156 N 6; HALDY (*supra* note 75), p. 104. Cf. aussi HOPF (*supra* note 79), p. 278, qui envisage la remise de pièces aux seuls avocats des parties, à l'exclusion de leurs clients.

91 ISAAC MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 302.

## b) Les critères guidant la balance des intérêts

## (1) Pertinence des informations confidentielles

Dans l'arbitrage des intérêts en présence, il y a d'abord lieu de s'interroger sur la pertinence des informations confidentielles pour le sort du litige. En effet, lorsque le secret porte sur des faits qui ne sont pas déterminants pour l'appréciation du bien-fondé des positions des parties, les mesures de sauvegarde seront sans incidence notable sur les droits procéduraux de la partie qui se voit imposer des restrictions<sup>92</sup>. Ainsi, le caviardage de certains passages d'un titre ne soulève pas de difficultés s'il porte sur des points secondaires, alors qu'il devient problématique si les éléments noircis sont décisifs pour l'issue du procès.

## (2) Vraisemblance de l'existence de secrets

La partie ou le tiers qui sollicite la mise en œuvre de mesures de sauvegarde doit rendre vraisemblable l'existence d'un secret justifiant une telle mesure<sup>93</sup>. Contrairement à ce que préconise une partie de la doctrine<sup>94</sup>, il semble exagéré d'exiger à cet égard une preuve stricte; une vraisemblance doit suffire<sup>95</sup>. Concrètement, on ne peut aller jusqu'à exiger de l'intéressé qu'il décrive avec précision le secret dont il requiert la protection, faute de quoi l'on viderait les mesures de sauvegarde de toute utilité<sup>96</sup>. Toutefois, il est essentiel que celui qui invoque le bénéfice de l'art. 156 CPC allègue des éléments suffisamment concrets pour que le tribunal puisse se convaincre du bien-fondé de sa requête<sup>97</sup>. En alle-

92 STÄUBER (*supra* note 11), p. 166; HALDY (*supra* note 75), p. 105; LEU (*supra* note 80), art. 156 N 15.

93 SCHWEIZER (*supra* note 85), art. 156 N 8; LEU (note 80), art. 156 N 10.

94 STÄUBER (*supra* note 11), p. 206 s.; GUYAN (*supra* note 83), art. 156 N 4; dans ce sens également, pour la réquisition de pièces: IRÈNE SCHILTER/HANS CASPAR VON DER CRONE, *Beweisedition und Geheimnisschutz im Überprüfungsverfahren nach Art. 105 FusG*, *Revue suisse de droit des affaires (RSDA)* 2008, p. 445.

95 Dans ce sens, les auteurs cités à n. 93 ci-dessus.

96 Cf. STÄUBER (*supra* note 11), p. 207: « *Oft wird es möglich sein, die geheimen Informationen [...] zu beschreiben, das Geheimnis selbst aber nicht im einzelnen preiszugeben* ».

97 ATF 134 III 255 c. 2.5 (dans le contexte de l'art. 105 LFus): « *[Die herausgabepflichtige Partei] hat jedoch hinreichend zu substantiieren, inwiefern solche geheimzuhaltende Informationen vorliegen* ». De même, le Tribunal fédéral exige de la partie qui requiert la mise en œuvre de mesures de sauvegarde en vertu de l'art. 68 al. 2 LBI qu'elle décrive de manière détaillée l'existence d'intérêts dignes

mand, il est question à cet égard de « *Substantiierung* »<sup>98</sup>, par quoi on entend un certain degré de précision ou de détails dans l'allégation de l'état de fait pertinent<sup>99</sup>. L'intéressé devra à tout le moins indiquer quel type d'information confidentielle est concerné et pourquoi la protection sollicitée apparaît nécessaire<sup>100</sup>. La simple *invocation* d'un secret ne suffira pas<sup>101</sup>.

### (3) Valeur du secret

Dans le cadre de la balance des intérêts à laquelle il doit procéder, le juge tiendra également compte de la valeur du secret invoqué. On affirme parfois que le secret revêt une valeur plus grande lorsqu'il est le résultat d'un travail effectué au sein de l'entreprise que lorsqu'il porte sur des informations de nature commerciale<sup>102</sup>, ce qui paraît à vrai dire quelque peu schématique. En tout état de cause, on invitera le juge à s'interroger

---

de protection à la sauvegarde d'un secret (« [...] *sofern sie schützenswerte Geheimhaltungsinteressen genügend substantiiert aufzeigt [...]* »): arrêt 4A\_64/2011 et 4A\_210/2011 c. 3.3. Dans le même sens: BRÖNNIMANN (*supra* note 76), art. 156 ZPO N 13.

98 Cf. la note précédente.

99 MARK SCHWEIZER, *Substanziieren – wozu?*, Revue suisse de jurisprudence (RSJ) 2012, p. 557. Dans cet article, l'auteur montre de façon convaincante que le concept de *Substantiierung* est flou, dans la mesure où il ne dit rien du degré *concret* de précision qui sera exigé dans chaque cas d'espèce (voir en particulier l'exemple très parlant proposé en page 558).

100 STÄUBER (*supra* note 11), p. 205. Dans le contexte des brevets, cf. MARIO M. PEDRAZZINI/CHRISTIAN HILTI, *Europäisches und schweizerisches Patent- und Patentprozessrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2008, p. 495 : « *Mindestens gefordert werden darf, dass für das Gericht im kontradiktorischen Verfahren eine nachvollziehbare und überzeugende Begründung geliefert werden muss, warum bezüglich eines bestimmten Produkts, Verfahrens oder Verfahrensabschnitts etc. ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis vorliegen und worin es bestehen soll. Dabei ist es in den meisten Fällen durchaus möglich, den Bereich der sensitiven Informationen so zu umschreiben und abzugrenzen, dass ihr geheimer Charakter erkannt wird, sie aber nicht preisgegeben werden müssen* ».

101 Même en lien avec la description de l'art. 77 LBI, en dépit du texte légal. De fait, l'art. 77 al. 3 LBI prévoit que le juge prend les mesures de sauvegarde nécessaires lorsque la partie adverse « invoque » le secret de fabrication ou d'affaires. Par souci de cohérence, il faut cependant exiger que l'existence du secret soit bel et bien rendue vraisemblable (et non pas seulement « invoquée »): MARK SCHWEIZER, *Der Anspruch auf genaue Beschreibung gemäss Art. 77 PatG, sic!* 2010, p. 933.

102 STÄUBER (*supra* note 11), p. 179 s.

sur le potentiel de nuisance d'une divulgation du secret à la partie adverse et/ou au public<sup>103</sup>.

#### (4) Interdiction des *fishing expeditions*

Les « *fishing expeditions* » sont proscrites<sup>104</sup>, notamment dans le contexte des réquisitions de pièces<sup>105</sup>. Pour éviter qu'une réquisition de pièce ne soit dévoyée en un outil permettant des parties de pêche abusives, l'on pose là encore l'exigence de la « *Substantiierung* », en ce sens que l'on invite le requérant à désigner les pièces requises de manière aussi précise que possible<sup>106</sup>. Plus particulièrement, le requérant doit circonscrire tant l'objet de la preuve (« *Beweisthema* ») que le moyen de preuve lui-même (« *Beweismittel* »)<sup>107</sup>. S'agissant de l'objet de la preuve, l'intéressé doit décrire l'état de fait qu'il entend voir corroboré par la preuve recherchée<sup>108</sup>; pour ce qui est du moyen de preuve, il ne devrait pouvoir se contenter de libellés abstraits tels que « l'intégralité de la correspondance » ou « tous les documents comptables »<sup>109</sup>. Toutefois, il arrive que celui qui sollicite la mise en œuvre d'un moyen de preuve ne dispose pas des précisions voulues<sup>110</sup>. Souvent, la réquisition de pièces ou l'inspection locale a précisément pour but de lui fournir les indications qui lui manquent. À se montrer trop exigeant, on risque de priver le requérant de l'accès légitime à des preuves. On se contera dès lors, en pareilles circonstances, de ce que le requérant émette des suppositions au sujet de l'objet de la preuve et/ou du moyen de preuve<sup>111</sup>. Il pourra certes s'avérer délicat, dans certaines situations, de faire le départ entre suppositions

103 STÄUBER (*supra* note 11), p. 182 ss.

104 STÄUBER (*supra* note 11), p. 117 ss; JEANDIN (*supra* note 77), art. 160 N 13; BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 24.

105 Cf. STEFAN GÄUMANN/RETO MARGHITOLA, Editionspflichten nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung, in: Jusletter 14 novembre 2011, N 7; BK-RÜETSCHI, art. 160 N 16.

106 STÄUBER (*supra* note 11), p. 117 s.

107 STÄUBER (*supra* note 11), p. 119 s.

108 Cf. TFB, arrêt du 27 avril 2012, S2012\_006 c. 7 *Filmtabletten*: « *«Wer» ist kein Beweisthema* ».

109 BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 24; GÄUMANN/MARGHITOLA (*supra* note 105), N 19-23; MARK LIVSCHITZ/OLIVER SCHMID, Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise, Pratique juridique actuelle (PJA) 2011, p. 740 s.

110 STÄUBER (*supra* note 11), p. 121.

111 YVES WALDMANN, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Bâle 2009, p. 299.

(légitimes) et allégations « au petit bonheur la chance » (illégitimes car relevant de tentatives de *fishing expeditions*)<sup>112</sup>. Il conviendra d'évaluer de cas en cas la *crédibilité* de la position invoquée par le requérant<sup>113</sup>.

#### (5) Recours à un tiers ?

Comme on l'a vu<sup>114</sup>, afin de ménager les intérêts en présence, les tribunaux font parfois appel à un tiers, expert ou juge délégué, en l'invitant à administrer la preuve hors la présence des parties et à consigner dans un rapport destiné à la cour et aux parties les éléments jugés pertinents, expurgés des aspects confidentiels. La démarche ne soulève aucune difficulté lorsque les aspects secrets ne sont pas décisifs pour la cause, car le fait que le rapport les passe sous silence ne porte pas préjudice aux parties<sup>115</sup>. En revanche, la question est autrement délicate lorsque les développements et conclusions du rapport reposent, fût-ce en partie, sur des éléments secrets. D'abord, on se heurte à un problème vis-à-vis du tribunal, qui est supposé avoir accès à tous les éléments pertinents pour sa prise de décision, de sorte que le condensé constitué par le rapport ne devrait en règle générale pas suffire<sup>116</sup>. En outre, l'une des parties au moins n'aura pas accès aux informations confidentielles concernées et n'aura dès lors pas la possibilité de se déterminer en toute connaissance de cause sur le rapport, de sorte qu'il y aura entrave à son droit d'être entendu. A mon avis, pour éviter une telle atteinte à un droit fondamental, il conviendra d'appliquer par analogie l'art. 56 al. 3 LTF, selon lequel le tribunal ne peut utiliser l'information au détriment d'une partie qu'à la condition de lui en communiquer le contenu essentiel. J'y reviendrai<sup>117</sup>.

#### (6) Participation à l'administration des preuves réservée à l'avocat ?

Une autre solution médiane prônée par certains praticiens et suivie par quelques tribunaux tient, comme on a eu l'occasion de le voir<sup>118</sup>, dans

112 STÄUBER (*supra* note 11), p. 128 s.

113 WALDMANN (*supra* note 111), p. 299: « Eine solche Abgrenzung kann nur über eine Wahrscheinlichkeitsprüfung der Parteivorträge erfolgen ». Cf. aussi AFFOLTER (*supra* note 80), p. 113 et 191, qui parle de « Plausibilitätskontrolle ».

114 Ci-dessus, III.C.3.a.(4).

115 Cf. ci-dessus, (2).

116 STÄUBER (*supra* note 11), p. 185 s.

117 Cf. ci-dessus, III.C.3.b.(7).

118 Ci-dessus, III.C.3.a.(5).

une différenciation entre la partie et son conseil : la partie elle-même se voit exclure de l'administration de la preuve, mais son avocat est autorisé à y participer tout en se voyant soumettre à un devoir de discrétion face à son mandant. Deux objections sont principalement soulevées face à ce mécanisme. En premier lieu, on fait valoir que l'avocat se met en porte-à-faux par rapport à son client : l'obligation de confidentialité que le tribunal lui impose vis-à-vis de son mandant empêche l'homme de loi de respecter son devoir de fidélité (art. 398 al. 2 CO) et de rendre compte de sa gestion (art. 400 al. 1 CO). En réalité, il s'agit là d'une restriction qui paraît admissible, dans la mesure où elle est imposée par le tribunal<sup>119</sup> et que le mandant peut refuser son accord avec une telle manière de faire<sup>120</sup>. Une seconde objection formulée à l'égard de l'approche en cause tient dans le risque d'abus. En effet, soutient-on parfois, l'on ne peut écarter le danger qu'un avocat ignore l'injonction qui lui est faite et révèle des informations confidentielles à son client<sup>121</sup>. La transmission d'éléments secrets peut du reste ne pas être consciente, mais transparente indirectement dans les conseils prodigués au client<sup>122</sup>. A ces voix critiques il est rétorqué qu'il n'y a pas de raison de se montrer plus méfiant envers les avocats qu'envers les juges, les greffiers ou les experts judiciaires<sup>123</sup>. On fait valoir par ailleurs que le système a fait ses preuves à l'étranger, du moins dans le domaine des brevets<sup>124</sup>.

Le Tribunal fédéral des brevets a adopté cette approche dans le cadre de l'exécution d'une description<sup>125</sup>, suivant en cela la pratique dite de Düs-

119 STÄUBER (*supra* note 11), p. 197.

120 Cf. THIERRY CALAME/LARA DORIGO, in: Thierry Calame/Andri Hess-Blumer/Werner Stieger (éds), Patentgerichtsgesetz, Bâle 2013, Vorbemerkungen zu Art. 23 N 170. A vrai dire, on imagine mal que la partie refuse son accord, car elle renoncerait ce faisant à participer à l'administration des preuves, ce qui la priverait d'un moyen d'en contrôler et d'en influencer le cours; cf. THOMAS KÜHNEN, Die Berücksichtigung im Patentrecht, GRUR 2005, p. 191.

121 AFFOLTER (*supra* note 80), p. 199.

122 PETER KATHER, cité par AGNIESKA TABERSKA, Prozessieren vor dem Bundespatentgericht, Bericht über die INGRES-Tagung vom 22. November 2011 in Zürich, sic! 2012, p. 225; STÄUBER (*supra* note 11), p. 198.

123 STÄUBER (*supra* note 11), p. 198.

124 SCHWEIZER (*supra* note 101), p. 934 texte à n. 36.

125 TFB, décision du 14 juin 2012, S2012\_007 c. 5 *Procédé de moulage I*.

seldorf<sup>126</sup>. De fait, la loi sur les brevets d'invention prévoit que le juge « peut interdire à la partie requérante de participer à l'établissement de la description » (art. 77 al. 3, 2<sup>e</sup> phrase LBI), ce qui devrait constituer la règle<sup>127</sup>. On estime toutefois qu'il serait excessif d'étendre cette interdiction aux conseils (avocat, agent de brevet) du requérant, car leur présence peut permettre de guider le juge ou l'expert en charge de la description<sup>128</sup>. La pratique de Düsseldorf apparaît ainsi comme la manière la plus appropriée de concilier les intérêts des parties<sup>129</sup>. Une fois que le juge a procédé à la description, il donne à la partie adverse la possibilité de se prononcer à son sujet avant qu'elle ne soit portée à la connaissance de la partie adverse (art. 77 al. 5 LBI), ce qui permet à l'intimée de lui signaler les éventuels éléments secrets dont elle veut éviter qu'ils soient portés à la connaissance de la requérante<sup>130</sup>. Si le juge estime que la requête est fondée, il caviarde les éléments en question et remet aux parties le procès-verbal de description expurgé des données confidentielles<sup>131</sup>. Le choix du juge devrait à cet égard être guidé par les réflexions suivantes : si les éléments dont la suppression est demandée n'ont aucun lien avec la violation alléguée, le caviardage ne posera aucun problème<sup>132</sup> ; dans le cas contraire, le juge devra se demander si le document révèle une atteinte au brevet ou non : dans l'affirmative, il devrait refuser de mas-

126 Sur la pratique de Düsseldorf, cf. THOMAS HOEREN/KEVIN KUTA, Die Düsseldorfer Praxis und der Besichtigungsanspruch bei Software, in: Andreas Heinemann *et al.* (éds.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Berne 2011, p. 503 s.

127 Message du Conseil fédéral concernant la loi sur le Tribunal fédéral des brevets, FF 2008, p. 412 : « La protection des intérêts de la partie adverse commandera donc en général qu'il soit tenu à l'écart ».

128 SCHWEIZER (*supra* note 101), p. 933 ; THIERRY CALAME, Beweissicherung im Zusammenhang mit Patentverletzungsklagen in der Schweiz ab 2011, in: Matthias Oertle *et al.* (éds.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zurich/St-Gall 2010, p. 501 ; HOEREN/KUTA (*supra* note 126), p. 525 ; KÜHNEN (*supra* note 120), p. 191.

129 CALAME/DORIGO (*supra* note 120), Vorbemerkungen zu Art. 23 N 169 ; SCHWEIZER (*supra* note 101), p. 934 ; HOEREN/KUTA (*supra* note 126), p. 527.

130 SCHWEIZER (*supra* note 101), p. 934.

131 TFB, décision du 23 août 2012, S2012\_007 c. 5 *Procédé de moulage II* ; TFB, décision du 14 juin 2012, S2012\_007 c. 7 *Procédé de moulage I*.

132 CALAME/DORIGO (*supra* note 120), Vorbemerkungen zu Art. 23 N 172.

quer les éléments en cause, car l'intérêt de l'intimé à cacher les traces de son forfait n'est pas légitime<sup>133</sup>.

(7) Communication du contenu essentiel des moyens de preuve recueillis en l'absence d'une partie

D'une manière générale, il ne paraît pas concevable qu'un tribunal utilise un moyen de preuve au détriment d'une partie sans que celle-ci ait pu prendre connaissance de son contenu essentiel et se soit vue accorder la possibilité de s'exprimer à son sujet. C'est la seule manière de respecter le droit d'être entendu de l'intéressé<sup>134</sup>. Explicitement prévue par les articles 28 PA<sup>135</sup> et 56 al. 3 LTF<sup>136</sup>, cette règle devrait trouver application de manière toute générale en procédure civile<sup>137</sup>. Par « contenu essentiel », on entend les éléments importants de la pièce ou des déclarations recueillies<sup>138</sup>. En tout état, les indications non pertinentes pour la cause devront en être retranchées<sup>139</sup>. Ainsi, dans le cadre d'un procès en contrefaçon de brevet, le Tribunal de commerce de St-Gall a communiqué à la demanderesse un résumé des informations fournies par la défenderesse, dans lequel les noms des clients (non pertinents), connus du tri-

133 SCHWEIZER (*supra* note 101), p. 934; KÜHNEN (*supra* note 120), p. 192. Voir cependant CALAME/DORIGO (*supra* note 120), Vorbemerkungen zu Art. 23 N 172, qui évoquent de manière plus générale la nécessité de procéder à une balance des intérêts.

134 JEAN-MAURICE FRÉSARD, in: Bernard Corboz *et al.* (éds.) Commentaire de la LTF, Berne 2009, art. 56 N 15, qui parle à cet égard de « noyau intangible du droit d'être entendu »; dans le même sens: PHILIPP GELZER, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (éds.), Basler Kommentar: Bundesgerichtsgesetz, Bâle 2011, art. 56 N 18.

135 Art. 28 PA: « Une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves ».

136 Art. 56 al. 3 LTF: « Dans ce cas [c'est-à-dire lorsque le Tribunal fédéral a pris connaissance d'un moyen de preuve hors de la présence des parties ou des parties adverses], si le Tribunal fédéral entend utiliser un moyen de preuve au désavantage d'une partie, il doit lui en communiquer le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui donner la possibilité de s'exprimer et d'offrir des contre-preuves ».

137 STÄUBER (*supra* note 11), p. 193. Dans le résultat, la même approche est préconisée par BRÖNNIMANN (*supra* note 76), art. 156 ZPO N 22; de même encore: LEU (*supra* note 80), art. 156 N 18.

138 FRÉSARD (*supra* note 134), art. 56 N 15; GELZER (*supra* note 134), art. 56 N 18.

139 Cf. déjà ci-dessus, III.C.3.b.(1).



bunal, n'ont pas été mentionnés, à l'inverse du nombre d'exemplaires vendus<sup>140</sup>. Si le détenteur du secret est demandeur (principal ou reconventionnel) et que les éléments secrets sous-tendent ses prétentions, le tribunal devrait l'interpeller avant de transmettre un tel résumé à la partie adverse. Le demandeur doit en effet pouvoir refuser une telle transmission s'il préfère prendre le risque de perdre le procès plutôt que de dévoiler son secret. En revanche, si le maître du secret est le défendeur à l'action, et que les éléments confidentiels sont supposés prouver le comportement illicite qui lui est reproché, le tribunal ne saurait lui donner la possibilité de refuser la transmission de son rapport au demandeur, car il priverait ce dernier d'un moyen de prouver l'atteinte à ses droits.

#### IV. Conclusions

Pour légitime que soit la protection des secrets de fabrication et d'affaires, il est rare qu'elle ne se heurte pas à des intérêts divergents. Nous avons choisi d'en examiner certains de plus près : l'intérêt du travailleur à la liberté de mouvement, l'intérêt du concurrent à la libre imitation et l'intérêt du justiciable au droit d'être entendu. En règle générale, aucun des intérêts en présence ne prévaut de manière absolue sur les intérêts opposés. Il est au contraire indispensable, sauf exception (comme le devoir de confidentialité imposé au travailleur pendant la durée du contrat), de procéder de cas en cas à une pesée des intérêts. Seule une approche circonstanciée et flexible paraît en effet propre à atteindre le juste équilibre recherché.

---

140 HGer St. Gallen, décision du 29 novembre 2006, citée par PETER HEINRICH, PatG/EPÜ, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2010, art. 68 PatG N 8.