

Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail

Olivier Leclerc
Docteur en droit
ATER à l'Université Paris X – Nanterre¹

Droit social, février 2005, pp. 173-180.

1. Rappeler l'étroitesse des liens entre la maîtrise de l'information par une entreprise et sa compétitivité fait figure de lieu commun dans une société dite de l'information. La discrétion que l'entreprise entend garder sur elle-même implique que ses salariés témoignent d'une certaine réserve sur ce qu'ils ont pu apprendre de l'entreprise à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions.

Le contrat de travail assure *ipso facto* une protection à l'entreprise. En effet, ce contrat, comme toute convention légalement formée, doit être exécuté de bonne foi. Dans cette obligation – intégrée dans le Code du travail à l'article L. 120-4 par la loi du 17 janvier 2002 – les tribunaux ont décelé un devoir de loyauté du salarié à l'égard de l'entreprise², qui doit le conduire à s'abstenir de faire connaître à des tiers des informations concernant l'entreprise qui présenteraient un caractère confidentiel³. Cette obligation de confidentialité s'inscrit donc parmi les obligations inhérentes au contrat de travail, se rattachant ainsi à son contenu obligationnel⁴.

En outre, le législateur a imposé aux représentants du personnel et aux délégués syndicaux une particulière discrétion⁵. À l'occasion de l'exercice de leurs prérogatives, ils sont destinataires d'informations fournies par l'employeur. Ces dernières peuvent présenter un caractère confidentiel. Ceux qui y accèdent sont alors tenus de s'abstenir d'en faire état en dehors de l'entreprise. Aussi la loi prévoit-elle que les membres du comité d'entreprise, les « représentants syndicaux » (art. L. 432-7, al. 2 C. trav.) et les délégués du personnel (art. L. 422-3, al. 4 et art. L. 422-4 *in fine* C. trav.) sont tenus « à une obligation de discrétion à l'égard des informations

¹ IRERP (UMR-CNRS 7029).

² V. R. SAINT-ALARY, « Le secret des affaires en droit français », in *Le secret et le droit*, Travaux de l'Association H. Capitant, t. XXV, Dalloz, 1974, spéc. p. 270 ; M. CREMIEUX, « Le secret des affaires », in Y. Loussouarn et P. Lagarde (dir.), *L'information en droit privé*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », t. CLII, 1978, spéc. p. 463 *sqq.* ; A. JEAMMAUD, « La place du salarié individu dans le droit français du travail », in *Le droit collectif du travail. Études en hommage à Mme Sinay*, P. Lang, 1994, spéc. p. 359 ; *Liaisons soc.*, suppl. au n° 12990, sept. 1999, p. 58 ; M. BUY et C. SAINT-DIDIER, *Droits et obligations des parties*, Juris-cl. Travail, fasc. 18-1 ; F. GAUDU et R. VATINET, *Traité des contrats – Les contrats de travail*, LGDJ, 2001, n° 185 ; Ch. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 706.

³ Violent cette obligation de discrétion le salarié qui divulgue des informations financières sur l'entreprise propres à ruiner son crédit : Soc., 28 juin 1972, 2^e esp., *Dr. soc.*, 1973, p. 305, obs. J. Savatier ; Soc., 8 octobre 1992, *CSPB*, 1992, B. 138 ; Soc., 5 mai 1997, *CSPB*, 1997, S. 91 ; celui qui donne accès à son lieu de travail à une personne extérieure à l'entreprise accompagnée d'un technicien d'une entreprise concurrente : Soc., 25 mars 1981, *Bull. Civ. V*, n° 253.

⁴ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, n° 4, 1999, p. 771 ; A. JEAMMAUD, « Le contrat de travail, une puissance moyenne », dans *Analyse juridique et valeurs en droit social. Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 299.

⁵ V. M. DESGRANGES, *L'obligation de confidentialité dans le droit de la représentation du personnel*, Thèse, Paris II, 2002 ; M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 7^e éd., LGDJ, 2003.

présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le chef d'entreprise ou son représentant »⁶.

La divulgation de certaines informations relatives à l'entreprise est, enfin, assortie d'une sanction pénale. Ainsi en est-il de la violation de secrets professionnels (art. L. 226-13 C. pén.), de la révélation de secrets de fabrication (art. L. 152-7 C. trav.) ou encore de l'utilisation des informations recueillies en violation du droit boursier⁷.

2. L'existence d'une obligation de confidentialité pesant sur les salariés semble donc solidement établie. Pour autant, de nombreuses incertitudes affectent l'étendue de cette obligation, du reste sans doute elle-même variable selon les fonctions exercées par le salarié. On se souvient des hésitations de la jurisprudence sur la question de savoir si le licenciement d'un salarié était justifié lorsque ce dernier risquait de commettre des indiscretions au profit de son conjoint travaillant dans une entreprise concurrente⁸.

À quelles informations cette obligation s'étend-elle ? Protège-t-elle les seuls éléments qui permettraient aux tiers de faire une concurrence directe à l'entreprise ou va-t-elle jusqu'à porter sur les conditions de travail au sein de l'entreprise ? L'identification de la teneur exacte de l'obligation est facilitée lorsque l'information présente, conformément aux termes de l'article L. 432-7 C. trav., un caractère à la fois confidentiel et « donné comme tel » par le chef d'entreprise. Mais, même dans ce cas, toute difficulté n'est sans doute pas écartée⁹. L'employeur qui serait tenté de faire entrer sous cette catégorie un nombre trop élevé d'éléments ne risque-t-il pas de se voir reprocher d'entraver le bon fonctionnement des institutions représentatives du personnel ? À l'inverse, faut-il conclure que les informations acquises par les représentants du personnel, notamment dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire, et non désignées par l'employeur comme devant être tues, peuvent être librement diffusées ?

3. Confronté à ces incertitudes, l'employeur sera parfois tenté de faire souscrire aux salariés une clause leur interdisant de divulguer certaines informations. La nécessité de ce procédé se fait sentir avec une acuité toute particulière dans les entreprises pour lesquelles les connaissances qu'elles exploitent – protégées ou non par le droit des brevets – sont un élément

⁶ La loi étend cette obligation, par renvoi à l'article L. 432-7 C. trav., au conseiller du salarié chargé de l'assister lors de l'entretien préalable auquel l'employeur doit le convoquer lorsqu'il envisage de prononcer un licenciement (art. L. 122-14-18 C. trav.), aux membres du CHSCT (art. L. 236-3, al. 2 C. trav.), aux experts que le comité d'entreprise s'adjoit dans le cadre de ses attributions économiques (art. L. 434-6 *in fine* C. trav.) et au médecin du travail (art. R. 241-46 et art. R. 822-46 C. trav.).

⁷ Cette hypothèse, rappelée par le Conseil constitutionnel (décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *loi de modernisation sociale* : consid. 66), renvoie essentiellement au délit d'initié (art. L. 465-1 Code mon. et fin.). D'une façon générale, la divulgation d'informations peut être constitutive de l'élément matériel de l'abus de confiance (art. 314-1 C. pén.).

⁸ Après avoir un temps admis ce motif de licenciement (Soc., 4 avril 1979, *D.* 1980, IR, p. 25, obs. Ph. Langlois), la Cour de cassation exige aujourd'hui que des éléments objectifs soient imputables au salarié (Soc., 10 décembre 1991, *Bull. Civ. V*, n° 561).

⁹ Certaines informations communiquées aux représentants du personnel sont toutefois présumées confidentielles par l'effet de la loi : les procédés de fabrication (comité d'entreprise et délégués syndicaux : art. L. 432-7, al. 1 ; délégués du personnel : art. L. 422-3, al. 4 ; membres du CHSCT : art. L. 236-3, al. 3 C. trav.) ; certains documents économiques communiqués aux représentants du personnel dans les sociétés employant au moins 300 salariés ou réalisant un chiffre d'affaires d'au moins 18 000 000 euros : situation de l'actif réalisable et disponible, situation du passif exigible, compte de résultat prévisionnel, tableau de financement, plan de financement prévisionnel (art. L. 432-4, al. 14 C. trav.) ; les informations communiquées dans le cadre de la procédure d'alerte interne déclenchée par le comité d'entreprise (art. L. 432-5 C. trav.).

déterminant de leur activité. Sont concernées au premier chef les industries dont le développement exige des recherches longues et coûteuses. Mais, plus généralement, le silence des salariés est imposé à l'égard des informations économiques, financières et stratégiques qu'ils ont pu acquérir¹⁰. Le développement sur un marché ne peut être planifié que dans la discrétion.

Par la stipulation de clauses de confidentialité, l'employeur exerce ainsi un contrôle sur la diffusion des informations sensibles pour l'entreprise. Ces clauses font partie de la palette d'outils dont dispose le chef d'entreprise pour maîtriser plus finement le flux d'information, dans l'entreprise et en dehors¹¹.

Les relations du travail constituent ainsi un terrain d'élection pour les clauses de confidentialité¹². Pas plus là qu'ailleurs le vocabulaire n'est fixé. Ces clauses sont parfois qualifiées par les parties de clauses de confidentialité, de secret, de discrétion... La Cour de cassation semble tenir pour équivalentes les obligations de confidentialité et de secret¹³. Ces obligations ont toutes pour objet d'interdire à leurs débiteurs de diffuser une information protégée à des tiers qui ne seraient pas expressément autorisés à la recevoir. En cela, elles s'analysent comme des clauses de *non-divulgation*¹⁴.

4. L'intérêt des clauses de confidentialité ne tient pas seulement à la précision qu'elles apportent quant au contenu obligationnel du contrat. Elles permettent éventuellement de faire perdurer la confidentialité attachée à certaines informations au-delà du terme du contrat de travail¹⁵. On conçoit aisément le peu d'utilité qu'aurait la clause s'il devenait loisible au salarié de faire état des informations confidentielles à peine a-t-il quitté l'entreprise, à plus forte raison si son départ a été conflictuel. Les accords collectifs relatifs à la rupture négociée du contrat de travail stipulent du reste parfois expressément la survie de l'obligation après la rupture du contrat¹⁶ et la Cour de cassation estime que l'existence d'une transaction relative aux

¹⁰ Le droit des sociétés impose certes que des informations relatives à l'entreprise soient régulièrement mises à la disposition du public, des actionnaires ou des administrations fiscales et sociales. Mais les entreprises s'efforcent de maîtriser l'élaboration de ces documents ainsi que les modalités de leur révélation. Par conséquent, une divulgation prématurée des informations qu'ils contiennent pourra se révéler préjudiciable.

¹¹ La configuration du circuit suivi par l'information dans l'entreprise et hors de celle-ci fait l'objet d'une attention particulière des gestionnaires d'entreprises. La stipulation de clauses de confidentialité ne constitue pas le seul outil à leur disposition. La conception de l'architecture du réseau de communication informatique (intranet et extranet), et la détermination des droits d'accès de chaque salarié, doivent recevoir une attention particulière, en ce qu'ils permettent une diffusion maîtrisée de l'information et en ce qu'ils garantissent l'identification des utilisateurs (V. Soc., 18 juillet 2000, inédit, n° 98-43485).

¹² Mieux, il y est parfois recherché un modèle : V. D. PÈRE, « L'obligation de discrétion des membres du Conseil d'administration », *D.* 2004, p. 1786.

¹³ V. Soc., 13 juillet 1999, inédit, n° 96-45425 : « la cour d'appel a estimé que la seule interdiction imposée au salarié était de faire bénéficier son nouvel employeur des connaissances appartenant au précédent et constituait une obligation de confidentialité ou de secret ».

¹⁴ V. C. VUILLEMIN-GONZALES, *L'obligation de non-divulgation*, Thèse, Perpignan, 2000.

¹⁵ V. M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux*, FEC, 1989, spéc. p. 329 *sqq.* ; C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, Thèse, Paris I, 2001 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'après-contrat », *RDC*, 2004, spéc. p. 169 *sqq.* Ex. de clause contractuelle : V. Ph. LANGLOIS (dir.), *Actualis Social*, Dalloz, 1999, n° 1613 ; clause conventionnelle : V. par ex. accord relatif au Comité d'entreprise européen d'EDF, art. 8-6 : *Liaisons soc. Europe*, 17 septembre 2003.

¹⁶ Ex. accord de départ négocié Matra Automobile : *Liaisons soc. quot.*, bref soc., n° 13752, 23 octobre 2002.

conséquences du licenciement ne fait pas disparaître les obligations de confidentialité qui naissent du contrat de travail¹⁷.

5. Mais cette prétention à régir au plus près la parole – et la plume – des salariés se heurte de front à la liberté d'expression que leur reconnaît le droit français¹⁸. Le droit du travail accorde en effet une place toujours plus grande aux droits fondamentaux des salariés, dont ils ne cessent pas d'être titulaires du seul fait de leur intégration dans l'entreprise¹⁹.

De ce mouvement du droit du travail, il résulte une évolution de l'encadrement jurisprudentiel des techniques contractuelles²⁰. En témoigne la jurisprudence développée depuis plusieurs années par la Cour de cassation relative aux conditions de validité des clauses de non-concurrence²¹ ou encore des clauses d'exclusivité²². L'attention portée par le juge social aux

¹⁷ Soc., 30 janvier 1996, inédit, n° 92-42457.

¹⁸ Les clauses de confidentialité restreignent l'exercice de la liberté d'expression des salariés dans la mesure où elles limitent la divulgation d'informations. Toute autre est la question, préalable, de savoir comment la confidentialité est conciliée avec le droit à l'information des salariés. C'est l'acquisition même de l'information – et en particulier le moment auquel elle a lieu – qui est alors en cause. Ce point dépasse les limites de notre étude. V. Directive CE n° 94/45 du 22 septembre 1994 instituant un comité d'entreprise européen, art. 8 §2 ; rapport de la COB sur la communication financière des sociétés cotées vis-à-vis des salariés, *Liaisons soc.*, n° 30, 1998 (W 340).

¹⁹ V. Colloque AFDT nov. 1981, *Dr. soc.*, 1982, pp. 418 *sqq.* ; G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, La Documentation française, 1992 ; J.-M. VERDIER, « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme », in *Mélanges Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 427 ; J.-M. VERDIER, « Relations de travail et droits fondamentaux : une jurisprudence en éveil », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 653 ; A. LYON-CAEN et I. VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 421 ; I. MEYRAT, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Dr. ouvr.*, 2002, p. 343 ; T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Les libertés et droits fondamentaux dans l'entreprise : brèves remarques sur quelques évolutions récentes », in *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 261 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 4^e éd., Montchrestien, 2004, n° 432 ; A. LYON-CAEN et P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2004.

²⁰ A. JEAMMAUD, « La place du salarié individu dans le droit français du travail », *loc. cit.*, p. 347 ; C. ESCANDE-VARNIOL, « La sophistication des clauses du contrat de travail », *Dr. ouvr.*, 1997, p. 478 ; M.-A. MOREAU, « La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité », *Dr. et patr.*, n° 3, 1999, p. 56 ; Ch. RADÉ, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.*, 2001, p. 802.

²¹ Au visa du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et de l'article L. 120-2 du Code du travail, la Cour de cassation a énoncé « qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives » : Soc., 10 juillet 2002, *D. 2002, jur.*, p. 2491, note Y. Serra ; *D. 2002, somm.*, p. 3111, obs. J. Pelissier ; *D. 2003, somm.*, p. 1222, obs. B. Thullier ; *RJS*, 10/02, n° 1119 ; *Sem. soc. Lamy*, n° 1085, 2002, p. 9, obs. A. Chirez ; *Dr. ouvrier*, 2002, p. 533, note D. Taté ; *Dr. soc.*, 2002, p. 949, note R. Vatinet ; *JCP*, 2002, II, 10162, note F. Petit ; *JCP*, éd. E, 2002, p. 1511, note D. Corrignan-Carsin ; Soc., 7 janvier 2003, n° 00-46476 ; Soc., 29 janvier 2003, *D. 2003, IR*, p. 531 ; Soc., 18 mars 2003, *Bull. Civ. V*, n° 98 ; *D. 2003, IR*, p. 1007 ; *RJS*, 6/03, n° 734 ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^e éd., Dalloz, 2004, n° 45 ; *Sem. soc. Lamy*, suppl. au n° 1169, 17 mai 2004.

²² La Cour de cassation a décidé, au visa notamment du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'article L. 120-2 du Code du travail, que « la clause par laquelle un salarié s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à un employeur porte atteinte à la liberté du travail ; qu'elle n'est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché » : Soc., 11 juillet 2000, 4 arrêts, *Bull. Civ. V*, n° 276 et n° 277 ; *Dr. soc.*, 2000, p. 1141, obs. J. Mouly ; *RJS*, 11/00, n° 1155. Extension au salarié à temps partiel : Soc., 25 février 2004, *Bull. Civ. V*, n° 64 ; *Liaisons soc.*, jur., n° 877, 29 juillet 2004, p. 4.

obligations imposées aux salariés invite à considérer les conditions dans lesquelles des clauses de confidentialité peuvent valablement être stipulées dans les relations de travail.

Ces clauses ont en effet partie liée à la fois avec la technique contractuelle et avec la reconnaissance dont fait l'objet la liberté d'expression au profit des salariés. Cette double allégeance ne condamne pas les clauses de confidentialité mais elle impose d'envisager les conditions dans lesquelles le silence peut être imposé aux salariés (I), ainsi que la mesure dans laquelle ces derniers conservent leur liberté de parole (II).

I- Le silence imposé

6. Les clauses de confidentialité ont pour objet de restreindre la faculté pour un salarié de divulguer des informations. Par conséquent, l'information protégée doit être précisément identifiée (A). Mais, pour pouvoir lier le salarié au-delà de la cessation du rapport d'emploi, la clause de confidentialité doit parfois répondre à des conditions particulières (B).

A- L'information protégée

7. La validité de l'obligation ne fait aucun doute lorsque la clause de confidentialité se borne à rappeler l'obligation de confidentialité inhérente au contrat de travail. Dans ce cas, la clause est simplement *déclarative*. Dans un certain nombre de cas, en effet, les clauses de bornent à énoncer qu'une obligation de confidentialité pèse sur tout salarié. Elles visent alors seulement à faire prendre conscience au salarié des obligations qu'il souscrit du fait de son intégration dans l'entreprise.

En revanche, la clause de confidentialité présente un caractère *substantiel* lorsqu'elle précise la teneur de l'information protégée. La détermination de l'objet de ces clauses soulève une difficulté particulière du fait qu'elles s'insèrent dans le cadre d'une obligation générale de discrétion pesant sur tout salarié. Leur objet ne s'en distingue donc pas toujours aisément. Quatre catégories d'informations protégées par la clause sont envisageables : les connaissances nécessaires à l'entreprise pour mener à bien son activité (procédés, techniques, organisation et méthodes...), sa situation économique et financière, la situation sociale en son sein, les conditions d'emploi d'un salarié déterminé.

Ces éléments recoupent parfois l'obligation de discrétion inhérente au contrat de travail ou imposée par l'employeur en vertu de l'article L. 432-7 C. trav. Cela ne fait aucun doute dans le cas des informations relatives à l'activité de l'entreprise et à son organisation : la révélation de ces secrets est sanctionnée pénalement et, en outre, ces informations peuvent faire l'objet d'une protection renforcée par le droit des brevets. En revanche, la question de savoir si les conditions d'emploi d'un salarié sont couvertes par l'obligation générale de discrétion est plus incertaine.

8. Animé de la volonté de clarifier les obligations souscrites par les salariés, l'employeur pourra être tenté d'établir des clauses de confidentialité spécifiques. Ces dernières ne sont alors valables que si le contrat obéit aux conditions établies par l'article 1108 C. civ. La capacité du salarié à se lier par contrat n'est pas ici en cause, pas plus que la réalité de son consentement.

Les rédacteurs de la clause de confidentialité doivent prêter une attention toute particulière à la détermination de l'objet des obligations souscrites. Sont ainsi fixées la teneur de l'information tenue secrète et les modalités de son éventuelle révélation (demande d'autorisation

préalable, restriction du nombre des destinataires...). Mais il convient que l'objet de l'obligation soit déterminé de façon précise²³. Dès lors, il est permis de douter de la validité d'une clause de confidentialité qui s'étendrait à l'ensemble des informations recueillies sur l'entreprise par un salarié à l'occasion de son activité professionnelle et qui ne viserait pas spécifiquement des informations de nature confidentielle.

9. La clause de confidentialité fait peser sur le salarié une obligation de ne pas faire. Il doit s'abstenir de révéler certaines informations qu'il acquiert sur l'entreprise au cours de son activité. L'information sur laquelle porte la clause peut déjà exister ou être à venir, et non encore connue de l'employeur lui-même. Une clause portant sur des informations actuelles ou susceptibles d'être établies dans le cadre de l'activité professionnelle demeure valide : par application de l'article 1130, al. 1 C. civ., « les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation ». La clause peut donc valablement couvrir des informations à venir, qu'elles soient fournies par l'employeur, par un tiers²⁴ ou par le salarié lui-même²⁵.

10. L'article 1128 C. civ. impose que la chose sur laquelle porte l'obligation soit « dans le commerce ». Rien n'empêche *a priori* de considérer qu'une information, chose immatérielle, remplisse cette condition. Des conventions peuvent valablement prévoir le transfert de la propriété d'une information²⁶ et la valeur économique que recouvre l'information pour l'entreprise – en dehors même des droits de propriété intellectuelle qu'elle peut générer – n'est plus à démontrer. Reste que la clause de confidentialité doit être considérée comme nulle si le fait qu'elle protège présente lui-même un caractère illicite.

²³ V. E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1997, p. 140.

²⁴ L'employeur peut être tenu à l'égard d'un tiers de garantir le silence des salariés sur les informations que ce tiers lui confie. Les salariés sont tenus alors à la confidentialité « par ricochet » des obligations souscrites par l'entreprise à l'égard d'un cocontractant. La stipulation d'une clause de confidentialité dans cette hypothèse présente l'intérêt, pour le tiers, d'étendre la responsabilité de son cocontractant du fait de ses salariés. On sait en effet que la Cour de cassation limite la responsabilité d'un commettant du fait de son préposé au cas où ce dernier demeure dans « les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant » (C. Cass., AP, 25 février 2000, *Costedoat*, *Bull. Civ.*, AP, n° 2 ; *D.* 2000, p. 673, note Ph. Brun ; *RTD civ.*, 2000, p. 582, obs. P. Jourdain ; *Dr. et patr.*, 2000, p. 107, obs. F. Chabas ; *JCP*, 2000, I, 241, obs. G. Viney ; *GAJC*, n° 217). En exigeant de son cocontractant qu'il fasse respecter la confidentialité par ses salariés, le tiers évite de se voir opposer ces limites, la divulgation elle-même suffisant à engager la responsabilité de son cocontractant, peu important que le salarié qui a divulgué l'information soit ou non sorti des limites de sa mission.

²⁵ Les clauses de confidentialité visent parfois à la protection de connaissances produites par le salarié, dont l'employeur s'efforce de s'appropriier l'usage exclusif. L'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle distingue parmi les inventions des salariés celles dont le titre de propriété intellectuelle revient à l'employeur ou au salarié (V. R. PLAISANT, « Les inventions de salariés », in *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprises. Études à la mémoire du doyen Pierre Azard*, Ed. Cujas, 1980, p. 219 ; J.-P. GRIDEL, *Les inventions de salariés à l'épreuve de la loi du 13 juillet 1978 et du décret du 4 septembre 1979*, LGDJ, 1980, préf. J. Foyer ; P.-D. OLLIER, « Inventions de salariés », *Encycl. Dalloz, Travail*). Pour la mise en œuvre de cette réglementation, l'employeur pourra préciser dans le contrat les obligations de confidentialité qui pèsent sur le salarié, notamment lorsqu'il définit la mission inventive confiée au salarié ou lors de l'insertion d'une clause relative aux inventions attribuables dans le contrat de travail.

²⁶ V. P. CATALA, « La propriété de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 97 ; F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, 2^e éd., PUF, 1997, p. 14 ; M. VIVANT, « An 2000 : l'information appropriée », in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 651 ; L. LEVENEUR, « Une application du concept de bien-information : pour un renouvellement du contrat de révélation de succession », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 771. Pour autant, le caractère immatériel de l'information impose d'aménager le régime de responsabilité civile applicable en cas de divulgation préjudiciable d'une information : V., dans le même recueil, A. LUCAS, « La responsabilité civile du fait des 'choses immatérielles' », p. 817.

L'employeur peut-il alors restreindre la faculté pour un salarié, fût-il cadre, de révéler un comportement délictueux imputable à l'entreprise ? Une réponse négative s'impose lorsque l'information sur le fait délictueux est révélée à des interlocuteurs habilités à la recevoir. La Cour de cassation se prononce en ce sens dans l'hypothèse d'un salarié qui ne serait pas lié par une telle clause. Elle refuse de sanctionner la révélation à l'inspecteur du travail de faits relatifs à l'entreprise²⁷ et, de même, elle estime que le salarié « peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions » dans un litige l'opposant à l'employeur, lorsque « cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense »²⁸. Ces solutions nous semblent devoir s'imposer, même en présence d'une clause de confidentialité liant le salarié. Pour autant, peuvent-elle être étendues au cas où l'information est divulguée plus largement, par exemple par voie de presse ? Aucune réponse catégorique ne nous semble pouvoir être apportée. En revanche, doivent certainement être considérées comme nulles les clauses qui imposent aux représentants du personnel une obligation générale de confidentialité allant au-delà des dispositions de l'article L. 432-7 C. trav.²⁹ Tout au plus, est-il possible d'admettre la faculté pour l'employeur de leur imposer une obligation de confidentialité sur les informations recueillies, applicable à l'expiration du mandat³⁰.

B- L'existence d'une contrepartie au profit du salarié ?

11. La stipulation de clauses de confidentialité répond fréquemment au souci de faire peser sur les salariés une obligation qui s'exécutera au-delà de la rupture de leur contrat de travail. À quelles conditions la clause de confidentialité peut-elle valablement prévoir la survie des obligations qu'elle porte au-delà du terme du rapport d'emploi ? On sait que la Cour de cassation fait de l'attribution d'une contrepartie au salarié qui consent à se lier par une clause de non-concurrence une condition de validité de la clause : l'absence d'une contrepartie financière à l'engagement de non-concurrence « rend la clause illicite »³¹. Par conséquent, si l'une des parties cesse d'exécuter son obligation, son cocontractant se trouve libéré de la sienne pour l'avenir³².

²⁷ Soc., 14 mars 2000, *Bull. Civ. V*, n° 104 ; *RJS*, 4/00, n° 388.

²⁸ Soc., 2 décembre 1998, *D.* 1999, jur., p. 431, note H. K. Gaba ; *D.* 2000, somm., p. 87, obs. S. Frossard ; *Dr. ouvr.*, 2000, p. 13, note R. Marié ; Soc., 30 juin 2004, *D.* 2004, IR, p. 2194 ; *Crim.*, 11 mai 2004, *D.* 2004, IR, p. 1939 ; *D.* 2004, jur., p. 2326, note H. K. Gaba.

²⁹ Commettrait, en outre, le délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise, l'employeur qui exigerait des représentants du personnel qu'ils signent un engagement de secret avec de leur livrer les informations qu'il est tenu de communiquer dans le cadre de leur mission d'information et de consultation (ex. *Crim.*, 4 novembre 1982, *Bull. Crim.*, n° 241).

³⁰ La directive européenne sur la société européenne (directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOCE*, n° L. 294, 10 novembre 2001, pp. 22-32) se montre plus exigeante que le Code du travail français en ce qu'elle prévoit expressément que « [l'obligation de confidentialité imposée aux représentants des travailleurs] subsiste quel que soit le lieu où les intéressés peuvent se trouver, même après l'expiration de leur mandat » (art. 8 §1).

³¹ Soc., 10 juillet 2002, arrêts précités ; Soc., 23 janvier 2003, *D.* 2003, IR, p. 531 ; Soc., 18 mars 2003, *D.* 2003, IR, p. 1007 ; Soc., 29 avril 2003, *Bull. Civ. V*, n° 143 ; Soc., 10 mars 2004, *Bull. Civ. V*, n° 83.

³² Soc., 7 mars 2000, *Bull. Civ. V*, n° 88 ; Soc., 25 février 2003, *JCP*, 2003, II, 10104, note D. Corrigan-Carsin ; Soc., 10 mars 2004, inédit, n° 01-47350 ; Soc., 5 mai 2004, *Bull. Civ. V*, n° 124 ; *TPS*, n° 7, 2004, n° 221. V. aussi B. REYNÈS, « La renonciation à une clause de non-concurrence : la portée du revirement de 2002 », *D.* 2004, chron., p. 1543 ; F. CHALVIGNAC, « A la recherche des fondements de l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence », *TPS*, n° 2, 2004, p. 7.

La clause confidentialité instituant une obligation à la charge d'un salarié après la rupture du contrat doit-elle prévoir le versement d'une contrepartie financière à son profit ?³³ La Cour de cassation ne s'est pas engagée dans cette voie. Il n'y a pas là de quoi surprendre : aucune contrepartie n'a lieu d'être versée au salarié pour qu'il ne révèle pas d'informations susceptibles de nuire à l'entreprise. Il y aurait dans ce cas, purement et simplement, un usage abusif de sa liberté d'expression de la part du salarié. N'appellent donc pas le versement d'une contrepartie les clauses qui se bornent à rappeler au salarié les obligations qui découlent de la loi ou qui protègent les informations qui assurent à l'entreprise la pérennité de son activité (savoir-faire, procédés, techniques, organisation...). Admettre le contraire reviendrait à consacrer au profit du salarié un droit de nuire à l'entreprise après l'expiration de la relation de travail.

12. Cependant, une évolution dans le sens du versement d'une contrepartie au salarié n'est pas complètement inimaginable si l'on considère, comme le fait la Haute juridiction, « les sujétions propres à la protection du secret »³⁴. Les sujétions établies par les clauses de confidentialité excèdent parfois celles qui découlent de la loyauté et qui imposent au salarié de ne pas nuire à l'entreprise. Tel est le cas, par exemple, lorsque le salarié est tenu de ne faire aucun usage de connaissances ou de techniques acquises dans l'entreprise ou lorsqu'il s'engage à ne pas faire état des conditions de travail qui ont été les siennes. Dans ces cas, le versement d'une contrepartie s'analyse comme venant compenser « la contrainte acceptée par le salarié »³⁵. Faute d'une telle contrepartie, l'obligation de confidentialité postcontractuelle souscrite par le salarié serait privée de cause. En effet, dès lors que le salarié n'est plus soumis au pouvoir de direction de l'employeur, il retrouve l'ensemble des prérogatives propres à tout citoyen, y compris la liberté d'expression³⁶ et la liberté du travail. Aussi, dans la mesure où une clause de confidentialité restreint la liberté au-delà du silence qui s'impose à tout salarié, n'est-il pas exclu que la Cour de cassation subordonne, si l'occasion lui en était offerte, la validité de la clause à l'existence d'une contrepartie financière au profit du salarié.

13. Ainsi établie, l'obligation de confidentialité ne pourra perdurer dans le temps que si les parties respectent leurs engagements. Lorsque la clause prévoit que l'obligation de confidentialité demeure après le terme du contrat, l'employeur est tenu de continuer à verser la contrepartie pour la période qui suit la rupture de la relation de travail. A défaut, le salarié pourra s'abstenir de conserver le secret³⁷. Inversement, le salarié qui violerait l'obligation de

³³ La question n'a pas lieu de se poser dans le cas d'une clause qui crée une obligation de confidentialité s'exécutant pendant le contrat. La rémunération versée compense globalement la charge pesant sur le salarié.

³⁴ La Cour de cassation relève l'existence d'une prime qui, loin d'être attribuée à tous les salariés, « était réservée aux agents qui, en plus de leur tâche professionnelle avaient à supporter (...) les sujétions propres à la protection du secret » : Soc., 2 décembre 1987, inédit, n° 85-43384 (salariés du Commissariat à l'énergie atomique).

³⁵ V. R. VATINET, « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », *Dr. soc.*, 1998, spéc. p. 542.

³⁶ « Il est essentiel (...) de n'accueillir qu'avec d'innombrables précautions toutes idées que la liberté d'expression du salarié dans sa vie extérieure, serait limitée par une obligation de réserve ou de discrétion. (...) Dans la vie extra-professionnelle, c'est non seulement le respect de la vie privée qui est en jeu, mais la liberté générale du citoyen, que ne cesse pas d'être le salarié » : G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, op. cit., p. 156.

³⁷ La validité d'une clause qui prévoirait l'attribution d'un capital, et non d'une somme versée régulièrement, est incertaine. L'enjeu de cette question concerne au tout premier chef les stipulations des transactions mettant fin aux relations de travail. Celles-ci peuvent-elles prévoir le versement d'une somme qui compenserait l'entier préjudice résultant pour le salarié de la rupture, sans autre précision ? À notre sens, la transaction devrait indiquer le montant de l'indemnité qui vient compenser la sujétion liée à la survie de la confidentialité au-delà du terme du contrat. Il faut alors envisager le sort de cette somme en cas de violation par le salarié de son obligation. Sa restitution *pro rata temporis* nous semble s'imposer.

confidentialité ne pourrait prétendre au versement de la contrepartie financière stipulée à son profit. La portée de cette solution est considérable car, en effet, le salarié qui invoque l'exception d'inexécution pour se prétendre libéré de son obligation révèle une information dont la divulgation est définitive. Le secret ne sera jamais rattrapé.

De même, l'engagement n'a vocation à s'exécuter que dans la mesure où le caractère secret des informations perdure. Par conséquent, l'obligation de ne pas faire qu'institue la clause cesse d'être applicable pour l'avenir si l'information venait à être divulguée au public. Cette hypothèse nous semble devoir inclure non seulement la révélation qui serait le fait de l'employeur – soit à son initiative, soit en conformité avec ses obligations légales – mais également la divulgation illicite imputable à un autre salarié. Dans cette hypothèse, il y a lieu de soutenir que l'obligation de confidentialité pesant sur le salarié est frappée de caducité, dans la mesure de la révélation qui a eu lieu³⁸.

II- La parole libérée

14. La Cour de cassation place la liberté d'expression parmi les « droits des personnes et les libertés individuelles et collectives »³⁹, qui ne peuvent recevoir, aux termes de l'article 120-2 du Code du travail, que des « restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché »⁴⁰. Dès lors, les clauses de confidentialité ne relèvent pas seulement de la technique contractuelle, mais doivent être resituées dans leur « vrai décor juridique »⁴¹, celui des « principes supérieurs »⁴² qui consacrent la liberté d'expression, établie notamment par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (art. 11), par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (al. 5) et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 10).

D'ores et déjà, en l'absence de clauses de confidentialité, la Cour de cassation apprécie les restrictions à la liberté d'expression dans et hors de l'entreprise au regard des exigences portées par l'article L. 120-2 C. trav.⁴³ Dans la mesure où elles apportent une restriction à cette liberté,

³⁸ V. M. VIVANT, « Les clauses de secret », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 116 ; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux*, op. cit., p. 339 ; Comp. J.-M. MOUSSERON, « Secret et contrat. De la fin de l'un à la fin de l'autre », in *Écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 259 sqq.

³⁹ Il a été relevé justement que « la formule consacrée dans le Code du travail de "droits des personnes et libertés individuelles et collectives" constitue un bel exemple de combinaison d'expressions diverses, aucune n'étant la répétition pure et simple de locutions traditionnelles, mais aucune ne s'en éloignant au point de provoquer une perturbation » : A. LYON-CAEN et I. VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », *loc. cit.*, spéc. p. 434.

⁴⁰ Invité par le rapport Auroux à faire des travailleurs des citoyens dans l'entreprise par analogie avec les droits qu'ils détiennent dans la Cité, le législateur a consacré un droit d'expression des salariés dans l'entreprise (art. L. 461-1 sqq. C. trav. V. « Droit d'expression », *Juris-Cl. Travail*, Fasc. 18-10 ; R. VATINET, « L'expression des salariés », in *Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 395). Aux côtés de ce droit d'expression individuel s'exerçant collectivement, strictement encadré quant à son objet et à ses modalités d'exercice, le juge a progressivement consacré la liberté d'expression du salarié. D'abord établie en dehors de l'entreprise par référence à l'article L. 461-1 C. trav., la liberté d'expression a ensuite été reconnue au sein de l'entreprise, comme en dehors, au visa du nouvel article L. 120-2 inséré dans le Code du travail par la loi du 31 décembre 1992.

⁴¹ L'expression est empruntée à J.-M. VERDIER, « Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », *D.* 1988, chron. XI, p. 64.

⁴² *Ibid.*

⁴³ « Sauf abus, le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, (...) il ne peut être apporté à celle-ci que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché » : Soc., 14 décembre 1999, *Dr. soc.*, 2000, p. 163, concl. J. Duplat, note J.-E. Ray ; *RJS*, 2/00, n° 192 ;

les clauses de confidentialité ont donc vocation à être évaluées par référence aux limites qu'établit ce texte⁴⁴. La confrontation des clauses de confidentialité avec l'article L. 120-2 C. trav. fait apparaître un noyau dur de droits auxquels il ne peut être porté atteinte, mais dont les contours sont incertains. Sont ainsi contraires à l'ordre public, les clauses qui portent à la liberté d'expression une atteinte injustifiée (A) ou disproportionnée (B).

A- Une atteinte justifiée

15. Le caractère confidentiel de l'information visée par la clause est dans un premier temps apprécié par l'employeur. Les tribunaux en contrôlent la validité au regard de l'intérêt de l'entreprise. C'est dans cette limite qu'une clause de confidentialité pourra être imposée au salarié. Ainsi, le Tribunal administratif de Marseille a pu estimer que « les dispositions du règlement intérieur qui imposent aux salariés une obligation générale de discrétion s'étendant aux informations ne présentant pas un caractère confidentiel, apportent aux libertés individuelles une restriction qui n'est pas justifiée par les intérêts de l'entreprise »⁴⁵. On retrouve là l'exigence de justification qui devient commune à toutes les initiatives de l'employeur⁴⁶.

16. Les tribunaux sont ainsi conduits à prendre en compte la teneur précise de l'information couverte par la clause. Si l'intérêt de l'entreprise justifie qu'une clause de confidentialité soit imposée au salarié, il faut également, comme cela a été jugé pour les clauses de non-concurrence⁴⁷, que l'entreprise y trouve un intérêt *légitime*⁴⁸.

L'intérêt de l'entreprise constitue bien en ce sens un standard d'appréciation de la licéité de la clause⁴⁹ : la clause de confidentialité n'est applicable que si la protection de ces informations relève de l'intérêt légitime de l'entreprise. Le recours à ce standard appelle, en cas de litige, une interprétation de la part du juge. Celle-ci prendra nécessairement appui sur l'objet que poursuit la clause de confidentialité : elle est établie en vue d'éviter que soient révélées des informations nécessaires à l'entreprise pour mener son activité et assurer sa pérennité. C'est donc en raison du risque d'exploitation par un tiers de ces informations que la clause est établie.

JCP, éd. E., 2000, p. 902, note T. Aubert-Monpeysson ; Soc., 25 janvier 2000, *RJS*, 3/00, n° 259 ; Soc., 2 mai 2001, *Bull. Civ. V.*, n° 142 ; *RJS*, 7/01, n° 832 ; *Dr. soc.*, 2001, p. 1003, obs. B. Gauriau ; CPH Anancy, 26 juin 2001, *Dr. ouvr.*, 2003, p. 427, note P. Darves-Bornoz ; Soc., 30 octobre 2002, *Dr. soc.*, 2003, p. 136, obs. F. Duquesne ; Soc., 22 juin 2004, *TPS*, 8-9/04, n° 252.

⁴⁴ Comp. A. JEAMMAUD, « La place du salarié individu dans le droit du travail français », *loc. cit.*, p. 361 ; V. M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « La sophistication des clauses du contrat de travail », *loc. cit.*, spéc. p. 485.

⁴⁵ TA Marseille, 15 décembre 1987, *Rec.*, Tables, p. 970.

⁴⁶ V. F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, Thèse, Paris X – Nanterre, 2000.

⁴⁷ V. Soc., 14 mai 1992, *D.* 1992, p. 350, note Y. Serra ; *JCP*, 1992, II, 21889, note J. Amiel-Donat ; *Dr. soc.*, 1992, p. 967, note D. Corrignan-Carsin ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^e éd., Dalloz, 2004, n° 44. V. aussi Y. SERRA, « Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », *RTD com.*, n° 1, 1998, p. 7 ; R. VATINET, « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », *loc. cit.*, p. 534.

⁴⁸ La question de savoir si la clause doit être *nécessaire* ou *indispensable* à la protection de l'intérêt légitime de l'entreprise demeure incertaine. En matière de clause de non-concurrence, la chambre sociale de la Cour de cassation exige que la clause soit indispensable alors que la chambre commerciale et la première chambre civile se bornent à ce jour à requérir le caractère nécessaire de la clause. Une partie de la doctrine appelle de ses vœux une unification de la jurisprudence. V. Soc., 10 juillet 2002, *D.* 2003, somm., p. 1222, obs. B. Thullier.

⁴⁹ V. B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.* 2004, chron., p. 1680, spéc. p. 1683.

17. Une appréciation rigoureuse de cette exigence de justification pourrait conduire à circonscrire le contenu des clauses de confidentialité aux seules informations susceptibles d'être utilisées par d'autres entreprises pour se livrer à une activité directement concurrente. En revanche, le juge pourrait estimer injustifiée la clause qui étendrait le secret à la situation professionnelle du salarié (conditions de recrutement, montant de la rémunération, existence et teneur d'une transaction...) et à la situation sociale dans l'entreprise (licenciements...). Ainsi, il existe une gradation parmi les clauses établissant une obligation particulière de confidentialité⁵⁰. Si la justification de ces clauses au regard de l'intérêt légitime de l'entreprise ne fait pas de doute pour la protection des procédés de fabrication, elle se révèle de moins en moins évidente à mesure que l'on s'approche de la situation personnelle du salarié.

B- Une atteinte proportionnée

18. Mais l'article L. 120-2 C. trav. n'exige pas seulement que la restriction apportée à une liberté individuelle soit justifiée. Encore faut-il qu'elle soit proportionnée. Aussi, le juge devra-t-il se livrer à un jugement de proportionnalité et veiller à ce que la clause ne porte pas une atteinte excessive aux libertés fondamentales des salariés. Deux conséquences retiennent particulièrement l'attention.

19. En premier lieu, la validité des clauses qui instaurent une obligation de confidentialité sans limite d'application dans le temps ou dans l'espace s'avère discutable dans certaines circonstances. Concernant les clauses de non-concurrence, la Cour de cassation, au visa de l'article L. 120-2 C. trav., prend en considération les spécificités de l'emploi du salarié. Elle décide que la clause n'est pas licite si elle place le salarié dans l'impossibilité « d'exercer une activité conforme à sa profession »⁵¹ ou de « retrouver un emploi conforme à son expérience professionnelle »⁵². La Cour de cassation écarte l'application de la clause convenue par les parties dans le cas où elle rend impossible pour le salarié l'exercice « d'une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle », et ce même si celle-ci s'avère effectivement « indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise »⁵³.

Or, l'application de la clause de confidentialité peut rendre impossible l'embauche de salariés très spécialisés dans des conditions compatibles avec leur formation ou leur expérience professionnelle⁵⁴. Dans cette hypothèse, la clause de confidentialité tend, par ses effets, à se rapprocher de la clause de non-concurrence. Même justifiée par « la protection des intérêts légitimes de l'entreprise », la restriction doit alors être jugée disproportionnée. En effet, la limitation de la liberté d'expression du salarié aboutit, de fait, à restreindre indirectement la liberté du travail garantie par la Constitution. En ce sens, l'appréciation des conditions de validité

⁵⁰ V. *supra*, n° 7.

⁵¹ Soc., 20 janvier 1999, n° 96-45669. V. Y. SERRA, « La qualification professionnelle du salarié, élément déterminant de la validité de la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 1996, chron., p. 245 ; « Clauses de non-concurrence », *Sem. soc. Lamy*, suppl. au n° 1169, 17 mai 2004.

⁵² Soc., 18 septembre 2002, n° 96-46136.

⁵³ Soc., 2 décembre 1997, *RJS*, 1/98, n° 33 ; Soc., 18 décembre 1997, *Dr. soc.*, 1998, p. 194, obs. J. Savatier ; Soc., 3 janvier 1998, *Dr. soc.*, 1998, p. 279, obs. J. Savatier ; Soc., 18 septembre 2002, *D.* 2002, jur., p. 3229, note Y. Serra ; *Dr. soc.*, 2002, p. 1007, note R. Vatinet ; *Sem. soc. Lamy*, n° 1091, 2002, p. 12 ; *RJS*, 11/02, n° 1231.

⁵⁴ V. F. GAUDU et R. VATINET, *Traité des contrats – Les contrats de travail*, op. cit., n° 302 ; M. VIVANT, « Les clauses de secret », *loc. cit.*, n° 4.

de la clause ne nous semble pas obéir à une hiérarchie⁵⁵. Les clauses doivent remplir deux conditions cumulatives : être justifiées et être proportionnées. Si l'une est établie alors que l'autre fait défaut, en raison de l'atteinte excessive que la clause porte à la liberté du travail, la clause doit être écartée.

Par conséquent, l'application de l'article L. 120-2 C. trav. conduit à écarter des clauses de confidentialité telles que, en l'absence de limitation dans le temps et dans l'espace, elles placent le salarié dans l'impossibilité d'exercer un emploi conforme à sa compétence professionnelle⁵⁶. Sans aller nécessairement jusqu'à invalider la clause, il faut reconnaître au juge, en la matière comme pour les clauses de non-concurrence, la faculté de restreindre son application, « en en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités »⁵⁷. Reste que les modalités pratiques d'une telle réfaction judiciaire présentent des spécificités. Pour déterminer la mesure dans laquelle la clause de confidentialité peut être réduite, il sera nécessaire de révéler, au cours du débat judiciaire, la teneur de l'information confidentielle. Afin d'éviter toute divulgation intempestive, les débats devraient alors avoir lieu en chambre du conseil, ce qui exige que les parties en aient formulé la demande⁵⁸.

20. En second lieu, l'application de l'article L. 120-2 C. trav. aux clauses de confidentialité permet d'éclairer un débat, parfois marqué par des incertitudes, relatif à la protection que doit recevoir le salarié qui divulgue une information sur l'entreprise au motif qu'il poursuit un objectif de protection de la santé publique ou de l'environnement⁵⁹. L'hypothèse visée ici est celle du lanceur individuel d'alerte⁶⁰. La difficulté s'est fait sentir principalement dans le cas du salarié qui diffuse cette information par voie de presse afin de donner un écho qu'il juge suffisant à son message.

Il est acquis que le salarié ne peut être sanctionné pour la révélation d'informations relatives à l'entreprise s'il s'exprime dans le cadre du droit d'expression reconnu à tout salarié (art. L. 461-1 C. trav.), dans le cadre de la liberté d'expression en dehors de l'entreprise (sous réserve de l'abus)⁶¹ ou dans celui de l'exercice de son droit de retrait de toute « situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé » (art. L. 231-8 C. trav.).

⁵⁵ Comp. Y. SERRA, « Hiérarchie des conditions de validité de la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 2002, jur., p. 3229, préc.

⁵⁶ V. CA Versailles, 27 septembre 1994, *D.* 1995, somm., p. 205, obs. Y. Serra. Comp. pour les clauses de non-concurrence : Soc., 8 mai 1967, *Bedaux c. Testaud* ; V. J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^e éd., Dalloz, 2004, n° 43 ; Soc., 10 juillet 2002, arrêts précités.

⁵⁷ Soc., 18 septembre 2002, arrêt précité.

⁵⁸ V. art. 22 et 435 NCPC.

⁵⁹ On se situe ici en dehors des procédures d'alerte internes à l'entreprise prévues par la loi, qui appartiennent au comité d'entreprise : art. L. 432-5 et L. 432-4-1 C. trav. ; au CHSCT : art. L. 231-9 C. trav. ; aux délégués du personnel : art. L. 422-1-1 C. trav.

⁶⁰ V. D. LEWIS, « Whistleblowing at Work : On What Principles Should Legislation Be Based ? », *Industrial Law Journal*, vol. 30, n° 2, 2001, p. 169 ; V. STULZ et M. MONTLUÇON, « Ces salariés qui donnent l'alerte sur les pratiques de l'entreprise : quelle protection en France ? », *Sem. soc. Lamy*, n° 1147, 2003, p. 5 ; F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNY, *Les sombres précurseurs. Une sociologie pragmatique de l'alerte*, Éd. de l'EHESS, 1999.

⁶¹ Soc., 28 avril 1988, *Clavaud*, *D.* 1988, jur., p. 437, note E. Wagner ; *Dr. soc.*, 1988, p. 429, concl. H. Ecoutin, obs. G. Couturier ; J.-M. VERDIER, « Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », *loc. cit.*, p. 63. V. G. DOLE, *La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail*, t. 1, LGDJ, « Bibliothèque de droit social », t. 25, 1997, préf. J.-C. Javillier, spéc. p. 58 *sqq.*

En revanche, si ce salarié est tenu par une clause de confidentialité (ce qui sera fréquemment le cas dans les entreprises se livrant à des recherches susceptibles de déboucher sur des inventions brevetables : industrie pharmaceutique...), l'alerte lancée par voie de presse sera vraisemblablement considérée comme fautive du seul fait de la violation de la clause⁶². L'application de l'article L. 120-2 C. trav. pourrait offrir une protection particulière au lanceur individuel d'alerte dans certains cas. En effet, ce texte permet de considérer que ne peut se voir imposer une obligation de confidentialité le salarié qui divulgue une information lorsqu'il poursuit en cela un objectif tel que la protection de la santé ou de l'environnement⁶³ : la restriction invoquée par l'employeur ne serait, dans ce cas, pas « proportionnée au but recherché ». L'article L. 120-2 C. trav. abrite un jugement de proportionnalité qui implique que la restriction à la liberté d'expression soit mise en balance avec les droits des personnes que sont la protection de la santé⁶⁴ et le droit pour chacun de vivre dans un environnement « équilibré et favorable à sa santé »⁶⁵.

Devient ainsi visible un noyau dur de droits qui, étroitement liés à l'ordre public, ne peuvent connaître de restrictions par le biais de clauses de confidentialité. La liberté d'expression des salariés ne saurait être restreinte lorsqu'elle concerne des informations qui constituent des composantes de l'intérêt général. L'incertitude qui entoure le résultat de ce jugement de proportionnalité a pu encourager à rechercher une protection spécifique pour le lanceur d'alerte⁶⁶. Il reste qu'en l'absence d'une initiative législative en ce sens, l'application de l'article L. 120-2 C. trav. aux clauses de confidentialité offre une protection aux salariés qui, dans une « démocratie technique »⁶⁷, acceptent d'assumer la fonction de lanceur d'alerte.

⁶² On doit admettre ici que l'information est exacte. A défaut, la dénonciation inexacte serait fautive de ce chef. Ajoutons qu'il faut également supposer que la divulgation ne s'accompagne pas d'un dénigrement de l'employeur. Cette condition s'avère particulièrement difficile à apprécier. En effet, faute pour l'employeur de réagir à l'alerte interne, les salariés pourraient être tentés d'appuyer plus fortement leur message, au risque de franchir insensiblement la limite de l'abus de la liberté d'expression (pour une illustration, v. Soc., 4 février 1997, n° 96-40678 : la Cour de cassation a jugé justifié le licenciement de deux salariées qui avaient dénoncé des pratiques dangereuses pour la santé publique imputables à un laboratoire médical en raison de leur participation « à une campagne de dénigrement contre leur employeur »).

⁶³ V. A. SUPLOT, « L'alerte écologique dans l'entreprise », dans *Droit du travail et droit de l'environnement*, Colloque, Toulouse, 30 septembre et 1^{er} octobre 1993, Société française pour le droit de l'environnement, Litec, « Droit et économie de l'environnement », 1994, p. 91.

⁶⁴ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 11.

⁶⁵ Art. 1^{er} du projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement (Projet AN n° 992, 2 juillet 2003).

⁶⁶ M.-A. HERMITTE et Ch. NOIVILLE, « L'obligation d'information en matière de santé publique à la lumière de la loi du 1^{er} juillet 1998 sur la sécurité sanitaire », *Gaz. Pal.*, 24 oct. 1998, p. 1423, spéc. p. 1428 *sqq.* ; M.-A. HERMITTE, « L'expert, le profane, le politique », dans *Savoirs et démocratie*, Ed. Parenthèses, 2003, p. 106 *sqq.* ; F. CHATEAURAYNAUD, « Le lanceur d'alerte à l'épreuve du jugement. Point de vue sur les conditions pragmatiques d'une vigilance citoyenne », Notes pour le colloque « La protection du lanceur d'alerte sanitaire », Fondation Sciences Citoyennes, Paris, 29 mars 2003.

⁶⁷ V. M. CALLON, P. LASCOUMES et Y. BARTHE, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Seuil, 2001.