La protection des secrets d'affaire, où en est-on? – 18 mai 2016

Frédéric Lejeune
Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant en droit judiciaire à l'ULB

A. Introduction

- Pas de protection juridique autonome du secret à l'heure actuelle
- Législation en effervescence
 - Cf. proposition de directive à l'échelle UE (2013/0402 (COD))
 - Le Parlement européen a adopté, le 14 avril 2016 :
 - une résolution législative sur la proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (COM(2013)0813 – C7-0431/2013 – 2013/0402(COD))
 - une position en première lecture en vue de l'adoption de la directive (UE) 2016/... du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites
- *Ratio legis* de cette protection envisagée à l'échelle UE ? Entre autres :
 - Besoin pour les PME qui accordent beaucoup d'importance aux secrets d'affaire (« SA ») et qui en sont tributaires (**considérants 2 et 3** de la Position du PE en première lecture du 14 avril 2016)
 - Eriger les « SA » en un complément des droits de propriété intellectuelle (**considérant 2** de la Position du PE en première lecture du 14 avril 2016)
 - De plus en plus de pratiques malhonnêtes liées au vol et à la copie non autorisée de « SA », à l'espionnage économique, au non-respect des clauses de non-confidentialité, etc. Or, il n'y a pas de moyen juridique effectif pour contre ce phénomène (**considérant 4** de la Position du PE en première lecture du 14 avril 2016)
 - Importantes différences entre les législations des Etats membres (« EM ») en ce qui concerne la protection des « SA » (**considérants 6 et 8** de la Position du PE en première lecture du 14 avril 2016)
 - Nombreuses règles nationales n'assurent pas une protection appropriée (**considérant 7** de la Position du PE en première lecture du 14 avril 2016)

B. Situation en droit belge

- Le droit belge est un bon exemple de législation nationale qui n'assure pas une protection appropriée (cf. considérant 7)

- Droit pénal

*« Celui qui aura méchamment ou frauduleusement **communiqué** des secrets de la fabrique dans laquelle il a été ou est encore employé, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de cinquante euros à deux mille euros » (art. 309 C. pén.)*

- Droit du travail

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

- Droit civil ou commercial

- Article 1382 du Code civil ;
- Livre VI du Code de droit économique ; cf. Art. VI.104. : « *Est interdit, tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises* ».

- Droit des contrats

L'employeur peut (et il est conseillé) de prévoir contractuellement des clauses de non-divulgateion et des clauses de non-concurrence.

- En droit belge donc :

- seule la *divulgateion* ou la *communication* des SA, dans certaines conditions (art. 309 C. pén. et art. 17 3° a) de la loi sur le contrat de travail), est interdite ;
- difficile de faire interdire l'*utilisation* des SA illicitement obtenus (l'article VI.104 peut difficilement est invoqué pour ce faire car cela reviendrait à un ordre de cessation permanent) ;
- une fois que le SA est divulgué, difficile de trouver un autre remède que des dommages-intérêts ; mais le mal est fait...

- L'intérêt de la future législation européenne : prévoir une protection, non seulement contre la divulgation et la communication des SA, mais également contre l'obtention et l'utilisation des SA ; voy. en particulier l'article 4.5. de la Position du PE en première lecture du 14 avril 2016, qui rend illicites les produits créés sur la base d'un secret obtenu illicitement

C. Contenu de la Position du PE en première lecture du 14 avril 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

a) Objet de la protection (article 2.1):

Secrets d'affaires = informations qui :

- sont **secrètes** (= « généralement pas connues » ou « pas aisément accessibles » des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement de ce genre d'informations)
- ont une **valeur commerciale** du fait du secret
- font l'objet **de contrôles et de dispositions « raisonnables » en vue de garder le secret**

Exclusion (i) des informations courantes, (ii) de l'expérience et des compétences obtenues par les travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonction, et (iii) des connaissances généralement connues des milieux intéressés... (**considérant 14**)

b) Qui est protégé?

Le « détenteur de secret d'affaires », c.à.d. **la personne physique ou morale qui a licitement le contrôle d'un SA (article 2.2)**

c) Contre quoi ?

L'obtention, utilisation et divulgation illicites de SA (cf. article 4)

≠ droit belge actuel car pas seulement la « communication » ou la « divulgation »

d) A partir de quand c'est illicite ?

- L'*obtention* du SA est illicite (**article 4.2.**) si elle est le résultat :
 - d'un accès à, d'une appropriation ou d'une copie non autorisé(e) d'un élément qui contient le SA ou dont le SA peut être déduit et qui est contrôlé par le détenteur du SA ; ou :
 - d'un comportement considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale
- L'*utilisation* ou la *divulgation* du SA est illicite (**article 4.3**) si :
 - l'utilisation ou la divulgation n'a pas été autorisée par le détenteur du SA ; et si :
 - la personne qui utilise ou divulgue le secret sans autorisation :
 - a obtenu le SA de façon illicite ; ou :
 - agit en violation d'un accord de confidentialité ou d'une obligation de ne pas divulguer le SA ; ou :
 - agit en violation d'une obligation de ne pas utiliser le SA ou de limiter l'usage du TA.
- L'obtention, l'utilisation ou la divulgation du SA peut également être 'indirectement' illicite (violation indirecte ; **article 4.4**) :

« L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, une personne savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ledit secret d'affaires avait été obtenu directement ou indirectement d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du paragraphe 3 ».

- Les produits qui « *bénéficient de manière significative des secrets d'affaire obtenus, utilisés ou divulgués de façon illicite* » (**article 2.4**) sont également illicites si le vendeur, l'importateur, l'exportateur... sait ou doit raisonnablement savoir selon les circonstances que ces produits sont le résultat d'une utilisation illicite (**article 4.5**) :

« La production, l'offre ou la mise sur le marché, ou l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de biens en infraction sont aussi considérés comme une utilisation illicite d'un secret d'affaires lorsque la personne qui exerce ces activités savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que le secret d'affaires était utilisé de façon illicite au sens du paragraphe 3 ».

e) Dérogations :

• Celles prévues à l'article 1

- la directive à venir sur les SA ne porte pas atteinte à l'autonomie des des partenaires sociaux et leur droit de conclure des conventions collectives ; à la liberté d'expression... (**article 1.2**)
- rien dans la directive à venir sur les SA « *ne peut être interprété comme permettant de restreindre la mobilité des travailleurs* » ; en particulier : rien dans cette directive ne permet de « *de limiter l'utilisation par les travailleurs de l'expérience et des compétences acquises de manière honnête dans l'exercice normal de leurs fonctions* » (**article 1.3**)

• Celles prévues à l'article 3

- L'obtention du SA est licite si :
 - découverte ou création indépendante
 - reverse-engineering (observation, démontage, étude, test d'un produit mis à la disposition du public) – voy. toutefois le **considérant 17**
 - SA obtenu dans l'exercice d'un droit à l'information ou à la consultation des travailleurs ou des représentants des travailleurs
 - obtention conforme aux usages honnêtes en matière commerciale
 - requise ou autorisée par le droit de l'Union ou le droit national

• Celles prévues à l'article 5

- Dans 4 circonstances, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation alléguée d'un SA n'est pas illicite et toute demande fondée sur cette utilisation ou divulgation doit être rejetée :
 - exercice de la liberté d'expression et d'information, y compris le respect de la liberté du pluralisme des médias (**revendication des journalistes**)
 - révélation d'une faute (professionnelle) ou d'une activité illégale (**protection des lanceurs d'alerte**), mais attention à la condition :
 - celui qui révèle cette faute ou illégalité agisse dans le but de protéger l'intérêt générale (!)
 - divulgation d'un SA par des travailleurs à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime par ces représentants de leur fonction conformément au droit de l'Union ou au droit national (**revendication des syndicats**), mais attention à la condition :
 - cette divulgation de SA doit être nécessaire (!)

- protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national.
- Les exceptions ou atténuations sont parfois dénoncées (notamment par les représentants des travailleurs, les syndicats, ...) parce qu'elles sont conditionnelles et d'application assez restrictive ; à ce propos, voyez notamment :
 - <http://stoptradesecrets.eu/fr/> (visité le 16 mai 2016)
 - <http://corporateeurope.org/fr/power-lobbies/2016/03/protection-des-secrets-daffaires> (visité le 16 mai 2016)

f) Quels sont les moyens procéduraux que les Etats membres doivent prévoir pour lutter contre les actes d'obtention, divulgation et utilisation illicites ?

- les Etats membres doivent prévoir des mesures, procédures et réparations qui soient (**article 6**):
 - justes et équitables,
 - pas inutilement complexes ou coûteuses,
 - diligentées dans des délais raisonnables et sans retard injustifié (+cf. **l'article 8** qui prévoit un délai de prescription maximal de 6 ans),
 - effectives et dissuasives ;

parallèle avec l'article 3 de la Directive 2004/48

- les mesures, procédures et réparations doivent être appliquées de manière proportionnée et sans abus (**article 7**) ; en cas d'abus ou de mauvaise foi du demandeur en justice, le défendeur doit pouvoir demander aux cours et tribunaux toute mesure appropriée (ex. dommages-intérêts, publication de la décision...);

– **sur le plan des mesures provisoires ou conservatoires:**

- les EM doivent permettre au détenteur du SA d'agir contre le contrevenant pour obtenir l'une des mesures suivantes (**article 10**) :
 - (i) cessation ou interdiction provisoire de l'utilisation ou de la divulgation du SA;
 - (ii) interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des produits en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des produits en infraction à ces fins;
 - (iii) saisie ou remise des produits présumés en infraction, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur introduction ou leur circulation dans le marché.

- les EM doivent permettre au juge de décider, à titre alternatif, la poursuite de l'utilisation prétendument illicite d'un SA moyennant une garantie par le défendeur
- conditions pour obtenir une mesure provisoire :
 - le demandeur doit prouver « avec un degré de certitude suffisant » que (**article 11.1**) :
 - (i) un SA existe ;
 - (ii) il est bien le détenteur du SA ;
 - (iii) le SA a été obtenu, est utilisé ou est divulgué de façon illicite (ou que l'infraction est imminente)
 - le juge doit vérifier si la demande de mesure provisoire est proportionnée et, pour ce faire, tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce (**article 11.2**) comme :

la valeur ou les caractéristiques du SA ; les mesures prises pour protéger le SA ; le comportement du défendeur dans l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du SA ; les conséquences de l'utilisation ou de la divulgation du SA ; l'intérêt légitime des parties ; les conséquences de la mesures provisoires sur ces parties ; l'intérêt légitime des tiers ; l'intérêt public ; les droits fondamentaux...
- obligation pour le détenteur du SA d'introduire une procédure au fond dans un court délai (20 jours ouvrables à 31 jours civils) suivant la mesure provisoire ; à défaut, la mesure provisoire est révoquée (**article 11.3**)

– **sur le plan des mesures prononcées au fond** :

- Très semblable aux mesures provisoires
- Si le juge constate qu'il y a eu obtention, utilisation et/ou divulgation illicite d'un SA, il peut notamment ordonner (**article 12**) :
 - (i) la cessation ou interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du SA;
 - (ii) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des produits en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des produits en infraction à ces fins;
 - (iii) l'adoption de mesures correctives par rapport aux bien en infraction (rappel ou destruction des biens en infraction...)

(iv) la destruction des documents, objets, éléments... contenant ou matérialisant le SA ou la remise de ceux-ci au détenteur du SA.

+ dommages intérêts (**article 14**)

+ mesure de publication de la décision judiciaire (**article 15**)

- Contrôle de proportionnalité (**article 13**): le juge doit vérifier si la demande au fond est proportionnée et, pour ce faire, tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce (**article 13.1**) comme :

la valeur ou les caractéristiques du SA ; les mesures prises pour protéger le SA ; le comportement du défendeur dans l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du SA ; les conséquences de l'utilisation ou de la divulgation du SA ; l'intérêt légitime des parties ; les conséquences de la mesures provisoires sur ces parties ; l'intérêt légitime des tiers ; l'intérêt public ; les droits fondamentaux...

- Possibilité de limiter dans le temps la mesure corrective (cessation, interdiction...) (**article 13.1**)
- disproportionné et bonne foi du défendeur : alternative = dommages-intérêts au lieu d'une mesure corrective (**article 13.3**)
- Si disproportionné et bonne foi du défendeur : dommages-intérêts au lieu d'une mesure corrective (**article 13.3**)

g) La protection des SA en cours de procédure judiciaire (article 9)

- L'article 9 est très important car il règle les aspects de protection et de confidentialité des secrets d'affaires en cas de procédures judiciaires ;
- les Etats membres doivent notamment veiller à ce que **toute personne qui a connaissance de secrets d'affaire, à l'occasion d'une procédure judiciaire**, (ex. avocats, juges ,experts, témoins...) ayant précisément pour objet l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite desdits secrets, **ne puisse pas les utiliser ou les divulguer** ;
- possibilités de restriction d'accès aux documents (cercle limité de personnes) ; élaboration de versions confidentielle et non-confidentielle d'un même document ; etc.

D. Critiques sur la proposition de directive et la Position du PE du 14 avril 2016

Entre beaucoup d'autres :

- menace pour les droits fondamentaux
- déséquilibre : mise en avant des PME, alors qu'en réalité initiative des multinationales
- définition trop large et donc floue du SA
- infraction dès que l'information est obtenue (même sans utilisation subséquente)
- pas de consultation des organisations syndicales et des ONG dans le cadre du processus législatif européen
- nombreuses réserves émises par diverses organisations sur la mobilité des travailleurs, la fragilisation (i) des représentants du personnels, (ii) des journalistes (en particulier : d'investigation) et (iii) des lanceurs d'alerte
- pas d'exception pour les droits fondamentaux en matière de santé et d'environnement

Pour en lire plus sur ces critiques, voyez notamment :

- <http://stoptradesecrets.eu/fr/> (visité le 16 mai 2016)
- <http://corporateeurope.org/fr/power-lobbies/2016/03/protection-des-secrets-daffaires> (visité le 16 mai 2016)