

Le secret d'affaires

« *Dire le secret d'autrui est une trahison, dire le sien est une sottise.* » Voltaire

On savait Voltaire un écrivain de génie, mais réunir en une pensée les idées du Parlement et du Conseil Européen ainsi que celles des fondateurs de Coca Cola (« L'exemple classique du secret bien gardé est celui de la formule du Coca-Cola. Au lieu de déposer un brevet sur l'invention que constituait la formule, à supposer qu'elle soit brevetable, l'entreprise Coca-Cola a gardé le secret sur la composition de la fameuse boisson. Le brevet aurait nécessité la divulgation de la formule et aurait permis à tout concurrent de fabriquer le produit à l'expiration du brevet. En gardant la formule secrète, l'entreprise a gardé un monopole de fait sur sa boisson depuis 1886 » (<https://economie.fgov.be/fr/themes/propriete-intellectuelle/innovation-et-propriete/protection-par-le-secret>)), on ne peut que s'incliner.

Dans le cadre de la recherche, du développement et de l'innovation, les entreprises échangent leurs connaissances et informations – dont des secrets d'affaires – dans le but de créer des opportunités de développement. Or, les entreprises innovantes sont de plus en plus exposées à des pratiques malhonnêtes qui visent l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite des secrets d'affaires par des parties tierces. C'est pourquoi, la protection des échanges de connaissance entre les entreprises, et par conséquent du secret d'affaires, est primordiale.

Dans cette optique, le législateur européen a adopté, le 8 juin 2016, la Directive (UE) 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites qui a été transposée en droit belge par

la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret d'affaires.

D'importantes différences existaient entre les législations des États-membres. Ces divergences avaient notamment pour effet de dissuader les entreprises innovantes à entreprendre des activités économiques transfrontalières. Logiquement, si les secrets d'affaires étaient moins bien protégés dans un État-Membre, pourquoi le détenteur les dévoilerait au risque de se les voir voler sans possibilité d'action ?

Une définition harmonisée du secret d'affaires

Afin d'assurer une vision unifiée de la notion au niveau européen, le législateur a souhaité définir le secret d'affaires.

« Le secret d'affaires est une information qui répond aux trois conditions cumulatives suivantes :

1) elle est secrète en ce sens qu'elle n'est généralement pas connue des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles,

2) elle a une valeur commerciale parce qu'elle est secrète,

3) elle a fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à la garder secrète.

En d'autres termes, le secret d'affaires est toute information possédée secrètement par une entreprise et qui lui octroie un avantage concurrentiel de par sa valeur commerciale. »

Par cette définition uniformisée, le législateur a tenu à harmoniser et rappeler que si l'objectif était la protection légale du secret d'affaires celle-ci ne devait pas se faire au

mépris des libertés européennes permettant d'assurer la concurrence loyale.

Il a dès lors établi dans la législation visant à protéger les secrets d'affaires les cas où l'obtention, la divulgation ainsi que l'utilisation étaient permises.

« Dans l'intérêt de l'innovation et en vue de favoriser la concurrence, les dispositions de la présente directive ne devraient créer aucun droit exclusif sur les savoir-faire ou informations protégés en tant que secrets d'affaires. La découverte indépendante des mêmes savoir-faire ou informations devrait donc rester possible. L'ingénierie inverse d'un produit obtenu de façon licite devrait être considérée comme un moyen licite d'obtenir des informations, sauf dispositions contractuelles contraires. » ((Considérant 16 de la Directive (UE) 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.))

Les cas où l'obtention d'un secret d'affaires est licite

Dans le souci d'assurer le respect du principe fondamental de droit de la liberté d'entreprendre, le législateur a énuméré des cas d'obtention licites du secret d'affaires.

Ces possibilités sont les suivantes :

- La découverte ou création indépendante ;
 - Lorsqu'une personne observe, démonte, étudie ou teste un produit ou un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtient l'information ;
 - Lorsque l'obtention se fait suite à l'usage de pratiques commerciales loyales ;
- Lors de l'exercice du droit des travailleurs ou de leurs

représentants à l'information et à la consultation conformément au droit européen, belge ainsi qu'aux pratiques nationales ;

- Lorsque l'utilisation ou la divulgation est requise ou autorisée par le droit européen ou belge.

Hormis ces situations, l'obtention d'un secret d'affaires sans le consentement du détenteur de celui-ci sera considéré comme illicite.

Les cas où l'obtention, la divulgation ou l'utilisation d'un secret d'affaires est illicite

Concernant l'illicéité, le législateur a scindé les cas d'obtention illicite d'une part et les cas de divulgation et d'utilisation illicite d'autre part.

Ainsi, sans le consentement du détenteur, est considérée comme une obtention illicite tout « *accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique ou d'une appropriation ou copie non autorisée de ces éléments que le détenteur du secret d'affaires contrôle de façon licite et qui contiennent ledit secret d'affaires ou dont ledit secret d'affaires peut être déduit.* »

De manière plus générale, toute obtention est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée par le biais de tout comportement contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

A côté des cas d'obtention illicite, le législateur a précisé que l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée, sans le consentement du détenteur, par une personne qui :

- soit l'a obtenu de manière illicite ;
- soit viole un accord de confidentialité ou toute

obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires en cause ;

- soit viole une obligation contractuelle ou toute autre obligation de limiter l'utilisation du secret d'affaires.

En outre, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est également considérée comme illicite lorsqu'une personne savait ou aurait dû savoir que ledit secret d'affaires avait été obtenu directement ou indirectement par une personne qui l'utilisait ou le divulguait de manière illicite.

Enfin, est considérée comme une utilisation illicite du secret d'affaires 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.

Les biens en infraction étant « *des biens dont le dessin ou le modèle, les caractéristiques, le fonctionnement, le procédé de production ou la commercialisation bénéficient de manière significative de secrets d'affaires obtenus, utilisés ou divulgués de façon illicite* ».

Obtention illicite	Utilisation ou divulgation	Biens en infraction
<ul style="list-style-type: none"> • Accès non autorisé aux documents • Comportement contraire aux pratiques commerciales honnêtes 	<ul style="list-style-type: none"> • Obtention illicite • Violation accord de confidentialité ou de non divulgation • Violation obligation de non-utilisation du secret d'affaires • Mauvaise foi de l'utilisateur secondaire quant à l'obtention de ce secret d'affaires par une première personne 	<ul style="list-style-type: none"> • Utilisation illicite d'un secret d'affaires dans la création de biens amenés à être distribués.

Une protection judiciaire renforcée

Le détenteur du secret d'affaires a dorénavant la possibilité d'introduire une procédure judiciaire afin d'obtenir des réparations du préjudice qu'il a subi dû à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de son secret d'affaires.

Le juge des entreprises, le tribunal de commerce, a logiquement reçu la compétence exclusive de connaître des cas relatifs à l'application de la loi, à l'exception des affaires relevant de la compétence du tribunal du travail. En outre, une action en cessation a été instaurée, celle-ci est formée et instruite selon les formes du référé.

Bien que le cadre législatif existant déjà en Belgique offrait plusieurs possibilités de mesures aux juges, la loi relative à la protection du secret d'affaires a pour objectif d'apporter une réelle protection supplémentaire aux détenteurs de secrets d'affaires.

Souhaitant favoriser le commerce transfrontalier par une harmonisation des règles en matière de secrets d'affaires des États-membres, le Parlement et le Conseil ont avant tout souhaité rassurer les détenteurs en leur offrant des moyens d'actions efficaces et spécifiques, dans tous les États-

membres, contre l'obtention, l'utilisation ou la illicite d'un secret d'affaires. Ce qui a priori n'est pas négligeable...

En pratique, que faire ?

La condition relative aux « dispositions raisonnables » pour protéger le secret d'affaires nécessite, selon nous, de mettre en place au moins une mesure de protection : la révision ou la rédaction d'un accord de confidentialité (NDA) ou de clauses de confidentialité pour y intégrer la notion de secrets d'affaires telle que définie par la loi.

Ceci permettra de définir le secret d'affaires en l'espèce, de prévoir une indemnisation en cas de violation et de vous faciliter la preuve dans le cas où vous faites l'objet d'une obtention, divulgation ou utilisation illicite.

Sinon, vous pouvez toujours faire comme Coca Cola !

Danaï Siakoudi, Nathan Vanhelleputte et Frédéric Dechamps,
avocats au sein du cabinet Lex4u

Crédit photo : <http://www.michele-denis.com/2012/2012NovE1.htm>