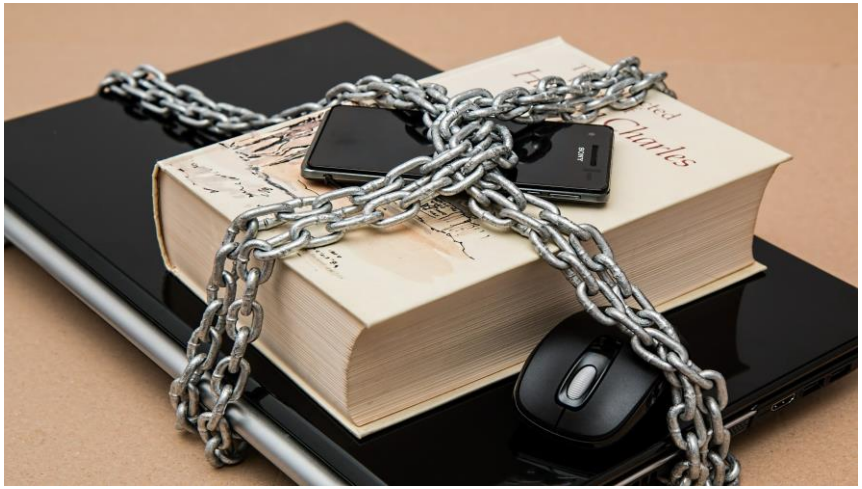
BRUCHER THIELTGEN & PARTNERS AVOCATS À LA COUR

# *Le secret d'affaires dans le secteur bancaire et financier au Luxembourg: principes et enjeux au travers du cas (fictif) « Zauberflöte »*



**Me Nicolas THIELTGEN et Me Florian PONCIN**

26 mars 2021

# Contexte du cas fictif

Monsieur **Emanuel Zauberflöte** a travaillé pendant plus de 10 ans comme cadre au sein de la prestigieuse **Banque Delaplace**, en tant que chargé de clientèle et responsables de divers segments de clientèle de la Banque.

Les relations entre la direction de cette institution bancaire et Monsieur Zauberflöte se sont cependant envenimées ces derniers temps. A tel point que ce cadre talentueux a été licencié avec préavis avec dispense de travail. Entre l'entretien préalable et l'envoi de la lettre de licenciement, la Banque Delaplace a découvert que Monsieur Zauberflöte avait récemment imprimé toute une série de documents, branché plusieurs clés usb sur son ordinateur professionnel et, comble de l'horreur, est maintenant sur le point de signer chez un concurrent direct de la Banque Delaplace.

La scène d'aujourd'hui s'ouvre sur une séance de négociation secrète entre les avocats respectifs de Monsieur Zauberflöte et de la Banque Delaplace.

# Questions connexes mais non abordées

De nombreuses connexions sont possibles avec d'autres champs du droit. Pour le bon déroulement du présent cas fictif nous n'aborderons cependant **pas** ces matières juridiques *distinctes* que sont:

- Les principes de la non-concurrence;
- La propriété intellectuelle;
- L'infraction au secret de l'article 309 du Code pénal
- Le secret bancaire ou professionnel;
- La protection des données à caractère personnel.

La loi du 26 juin 2019 étant relativement récente, la jurisprudence luxembourgeoise n'a pas encore eu l'occasion de se pencher dessus en profondeur. Nous nous référerons donc principalement à des jurisprudences des pays voisins ou applicables par analogie, compte tenu des termes analysés (« secret industriel », « mesures de protection et de confidentialité », …).

# Condition 1: une information « secrète »

« Pour qu'il puisse s'agir d'un secret d'affaires, il doit s'agir de faits qui ne sont connus que d'un cercle restreint de personnes et qui ont intérêt à le tenir secret. »

*TA Lux., 27 avril 2000, n° 997/00, confirmé par CSJ, 5 décembre 2007, n° 575/07.*

« Le secret couvre les informations difficilement accessibles à un tiers. »

*TA Lux., référé, 12 mai 2005, n° 503/05 ; TA Lux., ordonnance en matière de concurrence déloyale, 11 avril 2008, n° 504/08 ; TA Lux., ordonnance en matière de concurrence déloyale, 5 décembre 2008, n° 1486/08). Cour d'appel de Luxembourg, 10ème chambre, correctionnelle, 8 mars 2017, n° 106/17 X, page 4.*

# Condition 2 : une information ayant une valeur commerciale parce qu'elle est secrète

**Les exemples (potentiels) ne manquent pas:** Fichiers clients ; taux de marge ; organigramme ; projet de cession de contrôle ; recette industrielle ; algorithme ; données financières ; schéma d'investissement ; montage ; structuration ; modèle de contrat spécifique ou novateur préparé par un juriste ou un avocat ; contrat de crédit ; contrat de garantie financière ; lignes de codes ; transactions/settlements ; montants des avoirs de la société ; cibles marketing de la banque ; …

« Si notamment l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire sont en principe communicables, le bordereau unitaire de prix de l'entreprise attributaire**, en ce qu'il reflète la stratégie commerciale de l'entreprise** opérant dans un secteur d'activité, n'est quant à lui, en principe, pas communicable. »

*CE, 30 mars 2016, n°375529*

# Condition 3: dispositions raisonnables destinées à garder l'information secrète

Dispositions raisonnables

- Informations conservées dans une armoire dont **seuls les deux dirigeants possèdent la clé**. (*Cour d'appel de Liège, 2 septembre 2004, J.L.M.B., 2006, p. 508*)
- Mesures de sécurité **en plusieurs couches**. Ex. : clause dans le contrat de travail + mise en demeure de ne pas divulguer/utiliser les secrets (*Cour du Travail de Bruxelles, 2e ch., 15 juin 2006, J.T.T., 2006, p. 427*)

Dispositions insuffisantes

- L'employeur autorise un employé à accéder à un système de messagerie de l'entreprise depuis son **ordinateur privé et ne coupe pas cet accès après la fin du contrat de travail**. (*Cour d'appel de Gand, 30 mars 2009, D.A.O.R., 2009/90, p. 180*)
- Une entreprise qui marquerait ou considérerait **tout** document sortant comme confidentiel ou secret **sans distinction**. (*Cass. Fr., soc., 5 novembre 2014, n° 13.17270* ; O. DE MAISON ROUGE, *Le secret des affaires n'est pas mort, ni enterré*, Bulletin du droit des secrets d'affaires, trimestre 1, n° 05, hiver 2016, p. 8)

# Exceptions au secret : lanceurs d'alerte et autres buts d'intérêts publics

« Article 5 (dérogations) Une demande ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par les dispositions de la présente loi sera rejetée lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation alléguée du secret d'affaires a eu lieu dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

a) pour exercer **le droit à la liberté d'expression et d'information** établi dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Constitution, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias ;

b) pour **révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale**, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général ;

c) la **divulgation par des travailleurs à leurs représentants** dans le cadre de l'exercice légitime par ces représentants […];

d) aux fins de la protection d'un **intérêt légitime reconnu par le droit** de l'Union européenne ou le droit national. »

« Enfin, en matière industrielle et commerciale, la CJUE a estimé pour sa part que l'accès à **l'information (des populations) devait primer sur le secret industriel**. Il s'agissait d'une demande communication sur des pesticides, formulée par les associations écologistes. » (O. DE MAISON ROUGE, *Secret des affaires et sécurité numérique : des enjeux communs*, Bulletin du droit des secrets d'affaires, trimestre 3, n° 07, juin 2017, p. 6 ; CJUE, 23 novembre 2016 Aff. C 442/14 et C 673/13.)

# Exceptions au secret : défense en justice et intérêts privés légitimes

« Article 3, §1, d) L'obtention d'un secret d'affaires est considérée comme licite lorsque le secret d'affaires est obtenu par l'un ou l'autre des moyens suivants :toute autre pratique qui, eu égard aux circonstances, est **conforme aux usages honnêtes en matière commerciale.** »

« Article 1, §3, b) Les dispositions de la présente loi ne permettent aucunement de limiter **l'utilisation par les travailleurs de l'expérience et des compétences acquises de manière honnête dans l'exercice normal de leurs fonctions** ; »

Intérêt de l'employé licencié pour usage aux fins de défendre ses intérêts légaux si : (i) le comportement constitutif de l'infraction de la violation du secret professionnel est **strictement nécessaire pour assurer la défense** de la personne ayant commis l'infraction et (ii) la révélation de documents constitutive d'une violation du secret est strictement nécessaire dans une procédure prud'homale/droit du travail et partant que l'employé n'ait **pas d'autre moyen pour exercer ses droits de la défense**.

(A. GUDMANNSSON et P. DUPONT, *Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 2014*, ALJB, Bulletin Droit & Banque, n° 53, juin 2014, p. 53.)

# Référé et mesures provisoires

Article 6, §2 : obtention de mesures provisoires = « sont portées, quelle que soit la valeur de la demande, devant le **président** du tribunal d'arrondissement. »

Article 7, §1 : « Le détenteur d'un secret d'affaires peut saisir le président du tribunal d'arrondissement afin d'obtenir une **ordonnance de référé** à l'encontre du contrevenant supposé. »

**Conditions du référé** – Article 9:

- [I] action au fond dans un délai raisonnable et
- [II] non-perte de la qualité de « secret d'affaires » avant ou pendant la procédure
- Urgence ?

« L'extension des règles procédurales du référé, considérées sous l'aspect de la célérité avec laquelle il convient d'expédier les affaires, peut trouver une justification pour certains domaines qui requièrent effectivement que le président du tribunal d'arrondissement intervienne rapidement même en dehors de ses fonctions de juge des référés. Mais **il n'est pas certain que cette idée de célérité s'impose dans tous les cas de figure**, de sorte qu'il peut être légitime de s'interroger sur la nécessité d'imposer ces règles dérogatoires au droit commun dans tous les cas de figure visés à l'heure actuelle. (T. HOSCHEIT, « La juridiction du président du tribunal d'arrondissement : actualités et perspectives », *J.T.L.*, 2015/4, n° 40, p. 99)

# Jugement au fond et mesures provisoires

Article 6, §1 : « quelle que soit la valeur de la demande, devant le tribunal d'arrondissement, **siégeant en matière commerciale**, ci-après désigné par « tribunal ».
Art. 14. : « Protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires »

« La protection des secrets d'affaires est un **principe général de droit** qui s'applique pendant le déroulement de la procédure devant la cour. La cour doit donc veiller, pour des raisons d'intérêt public, à ce que l'exercice du recours […] n'aboutisse pas à un échange d'informations sensibles sur le plan commercial entre les entreprises, parties à la procédure. » (*Cour d'appel de Bruxelles, 9 décembre 2005, R.G., 2004/AR/174*)

« **Si le secret des affaires ne fait pas en lui-même obstacle au prononcé d'une mesure d'instruction préventive ainsi qu'à la production forcée de pièces, c'est à la condition qu'elles soient nécessaires**, donc qu'elles constituent le seul moyen de préserver les droits du demandeur ; qu'en prononçant les mesures querellées, sans rechercher, comme elle y était invitée, si elles étaient les seules de nature à atteindre l'objectif recherché par les sociétés demanderesses, c'est-à-dire l'établissement de la preuve d'actes de concurrence interdite ou déloyale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale… » (*Cass. Fr., 1ère civ., 22 juin 2017, n° 15-27.845*)

BRUCHER THIELTGEN & PARTNERS AVOCATS À LA COUR

# Merci pour votre attention.

# Des questions ?

**Me Nicolas THIELTGEN et Me Florian PONCIN**

26 mars 2021

nicolas.thieltgen@brucherlaw.lu

florian.poncin@brucherlaw.lu