

Garder secrets les secrets professionnels: Des mesures raisonnables à une époque irrationnelle

11.05.2020 6 minutes de lecture

Auteurs

Antonella Carminatti

Les secrets professionnels font partie des actifs les plus précieux d'une entreprise. De la réalisation d'audits de secrets professionnels à l'élaboration de politiques de secrets professionnels et d'accords de confidentialité ainsi que le traitement de litiges dans des cas de violation de secrets professionnels dans tout le pays, nos avocats ont l'expérience nécessaire pour aider leurs clients à protéger leur actifs critiques.

La présence de haut-parleurs intelligents dans les espaces de travail domestiques, l'utilisation de services non sécurisés pour le transfert d'archives, les boîtes mail personnelles, les réseaux sociaux, les messages et textos envoyés aux clients et aux fournisseurs et des espaces de travail partagés avec des colocataires ou des membres de la famille, amoindrissent, dans le meilleur des cas, les efforts faits par les entreprises pour protéger le secret de leurs informations confidentielles. Dans le pire des cas, ces facteurs représentent de possibles violations de confidentialité ou de secret professionnel qui mettent en risque les informations secrètes commerciales des entreprises. Cette alerte passe en revue les principaux risques pour les entreprises forcées à pratiquer le télétravail pendant la crise provoquée par le COVID-19 et fournit des recommandations grâce auxquelles elles peuvent renforcer la protection de leurs secrets professionnels.

Protéger des secrets professionnels et d'autres informations confidentielles

Définition du secret professionnel

Les secrets professionnels tels que définis par la doctrine brésilienne sont des informations qui:

- Doivent rester confidentielles – ce qui ne signifie pas qu'elles sont inaccessibles à tous puisqu'elles peuvent être partagées avec ceux qui en ont besoin pour effectuer leur tâches routinières, comme les employés et les fournisseurs.
- Ne constituent pas des droits dérivés de brevets, sont des technologies non brevetables (mais néanmoins précieuses).
- Sont sujettes à des efforts raisonnables pour leur maintien en secret.

Les secrets professionnels sont différents d'autres informations confidentielles car ils ne sont généralement pas connus ou déterminables dans un secteur donné et ajoutent une valeur commerciale à celui qui les

détient. Ainsi, les secrets professionnels s'appliquent à des techniques, des méthodes ou des formules telles que la formule du Coca Cola, l'algorithme de recherche de Google et les listes secrètes de clients. Même si la valeur économique dérivée du secret commercial est essentielle pour satisfaire la définition doctrinaire du secret professionnel, les efforts du propriétaire pour maintenir ce caractère confidentiel sont tout aussi importants.

Les expressions "information confidentielle" (introduite mondialement par l'Accord sur les TRIPs dans l'article 39^[1] et suivie par la Loi Brésilienne, dans les alinéas XI et XII de l'article 195 de la Loi 9.279/96, Loi de la Propriété Industrielle) et "secret professionnel" se réfèrent à un même bien juridique, appelé en anglais "trade secret" (c'est pour cela que cette expression est parfois traduite au Brésil par "secret commercial"). Il n'y a pas de différence conceptuelle entre ces deux expressions; simplement, "information confidentielle" est le "nomen iuris" employé par la législation, tandis que le "secret professionnel" est l'expression utilisée par la doctrine, le tout intégrant le même concept juridique, dont les deux variantes sont le secret industriel et le secret commercial.

Satisfaire au "critère raisonnable dans les circonstances existentes"

Quand il s'agit de protéger des informations de secret professionnel, le propriétaire doit user d' "efforts raisonnables" pour les maintenir en secret. Ce critère souple apporte une flexibilité, de façon que ce qui est "raisonnable" dépend de la nature et de la quantité des secrets professionnels et encore davantage de la nature de l'affaire; plus précisément de sa taille et de sa complexité générale, le nombre de locaux et les ressources disponibles. Ainsi, ce qui est "raisonnable" pour une entreprise classée dans Fortune 500 ne correspondra pas nécessairement à ce qui est "raisonnable" pour une startup avec peu d'employés. De la même façon, les "efforts raisonnables" d'une entreprise confrontée à la pandémie du COVID-19 et soumises aux directives de confinement imposées par les états et les municipalités peuvent être jugés différemment d'il y a deux mois (ou le seront quand ces directives arriveront à leur terme).

Les mesures que les entreprises peuvent adopter pour protéger leurs secrets professionnels pendant la crise du COVID-19

Le premier pas pour les entreprises est d'établir une politique de télétravail qui prenne en compte la nécessité de protection des secrets professionnels, ou de réévaluer les politiques existantes qui concernent cette nécessité. Même si beaucoup d'entreprises opèrent déjà dans le monde, les défis suscités par le transfert brutal de forces de travail entières vers le télétravail sont significatifs et sans précédents. Prévues pour des circonstances normales, les politiques de télétravail préexistantes ne sont probablement pas responsables des risques et défis provoqués par la crise du COVID-19. Même si ces politiques doivent respecter divers intérêts en concurrence, les

entreprises doivent employer les protocoles suivants pour protéger leurs secrets professionnels et autres informations confidentielles.

(cliquez sur le titre pour lire tous les mesures)

Avoir un plan de retour à l'entreprise

Les entreprises doivent s'adapter au contexte actuel, mais également être prêtes pour le retour à la nouvelle "normalité" après le décret de la fin de confinement par les autorités locales et des états. Même si plusieurs des mesures recommandées ci-dessus facilitent la transition du retour (telles que l'enregistrement des documents retirés de l'entreprise et imprimés à la maison, le rangement des copies imprimées pour future destruction, etc), il est important d'avoir des procédures en vigueur pour s'assurer que toute information de secret commercial obtenue en dehors de l'entreprise sera effectivement rendue ou détruite.

Conclusion

Avant même la pandémie du COVID-19, la définition de ce qui constituait des mesures raisonnables pour protéger les secrets professionnels d'une entreprise dépendait de plusieurs facteurs.

La pandémie et les directives de confinement, qui obligent toute la force de travail à migrer vers le télétravail, sont des facteurs supplémentaires déterminants pour définir le caractère raisonnable des efforts de protection des entreprises. Travailler avec un avocat pour s'assurer de ce qui est approprié pour la protection par l'entreprise de ses secrets professionnels et s'assurer que les mesures et protocoles actuels satisfont ces critères, est aujourd'hui plus important que jamais.

L'équipe de Propriété Intellectuelle de BMA est prête à vous aider à définir ce qui constitue des "efforts raisonnables" pour votre entreprise et à développer une politique complète de télétravail pour vous assurer que vos informations de secrets professionnels sont protégées.

NOTES:

[1] "Art. 39

1 – En assurant la protection effective contre la concurrence déloyale, comme stipulé dans l'Article 10 "bis" de la Convention de Paris (1967), les Membres **protègeront l'information confidentielle** selon le paragraphe 2 ci-dessous, et l'information soumise aux Gouvernements ou Agences Gouvernementales, selon le paragraphe 3 ci-dessous.

2 – Les personnes physiques et juridiques auront la possibilité d'éviter que des

informations sous leur contrôle legal soient diffusées, acquises ou utilisées par des tiers, sans leur consentement, de façon contraire aux pratiques commerciales honnêtes, **à la condition que ces informations:**

- a) Soient secrètes, autrement dit inconnues d'une façon générale et difficilement accessibles à des personnes appartenant à des cercles travaillant habituellement avec ce type d'informations, soit comme un tout, soit dans la configuration et le montage spécifiques de ses composants;
- b) Aient une valeur commerciale dérivée de leur caractère secret; et
- c) Aient fait l'objet de précautions raisonnables, dans les circonstances, par la personne en contrôle legal de l'information, pour les maintenir secrètes"

Photo: Pressfoto/Freepik

Des professionnels qui allient vision juridique et compréhension du marché



Antonella Carminatti