

A-3157⁻¹/19-31



CHFEP

Chambre des fonctionnaires
et employés publics

26, boulevard Royal | L-2449 Luxembourg | Tél.: 47 22 41-1 | Fax: 47 23 74 | chfep@chfep.lu | www.chfep.lu

A V I S

sur

les amendements parlementaires au projet de loi sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

Par dépêche du 12 avril 2019, Monsieur le Ministre de l'Économie a demandé l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics sur les amendements parlementaires au projet de loi spécifié à l'intitulé.

Lesdits amendements ont pour objet d'adapter le projet de loi initial sur la protection des secrets d'affaires suite aux avis du 3 janvier 2019 des autorités judiciaires et à l'avis n° 53.019 du 15 février 2019 du Conseil d'État. Ils tiennent ainsi compte des oppositions formelles présentées par le Conseil d'État et des diverses observations de nature légistique et des propositions rédactionnelles exprimées par la Haute Corporation, par la Cour supérieure de justice et par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans leurs avis respectifs.

Si toutes ces adaptations de nature légistique et formelle n'appellent pas de remarques spécifiques de la part de la Chambre des fonctionnaires et employés publics, celle-ci tient toutefois à réitérer les observations les plus importantes visant le fond qu'elle avait déjà formulées dans son avis n° A-3157 du 12 décembre 2018 sur le projet de loi original et dont il n'a malheureusement pas été tenu compte dans le cadre des amendements parlementaires.

La Chambre avait notamment rendu attentif au fait que la transposition dans la législation nationale de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 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 n'était pas effectuée de manière complète par le projet de loi initial.

De plus, elle avait souligné que le dispositif proposé pour renforcer la protection des secrets d'affaires risquerait "*de se heurter à la lourdeur des procédures judiciaires instituées, à la longueur des délais de procédure pouvant en découler, aux coûts à engager à cet effet (pouvant conduire des demandeurs potentiels à s'abstenir d'agir,*

notamment si des PME ou 'start-up' sont en cause), ou encore aux problèmes de preuve à charge des demandeurs à l'action", toutes ces raisons pouvant le cas échéant mener les détenteurs de secrets d'affaires à chercher d'autres moyens de protection, comme par exemple le droit de la propriété intellectuelle ou le droit pénal.

La Chambre se doit de constater que le texte amendé du projet de loi ne remédie pas aux différents problèmes susmentionnés. Elle reviendra sur les points essentiels dans le cadre de l'examen des articles ci-après.

* * *

(Dans les développements qui suivent, les références aux articles s'appliquent à la numérotation des articles du texte coordonné du projet de loi tel qu'il est modifié par les amendements sous avis.)

Ad articles 1^{er} et 3

Au paragraphe (2) de l'article 1^{er} – qui énumère certains droits et règles auxquels la future loi ne devra pas porter atteinte – il est question, à plusieurs reprises, de "*l'application de règles de l'Union européenne et du droit national*" ou encore de "*droit de l'Union européenne et (de) droit national et pratiques nationales*".

Dans un souci de sécurité juridique, la Chambre des fonctionnaires et employés publics estime – tout comme le Conseil d'État d'ailleurs – que le texte devrait fournir des précisions sur les règles et pratiques nationales visées.

La même remarque vaut pour l'article 3, qui se réfère, lui aussi, au "*droit de l'Union européenne*", au "*droit national*" (en relation avec les droits des travailleurs notamment) et aux "*pratiques nationales*".

Ad article 4

L'article 4 traite des différentes hypothèses dans lesquelles l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires sont à considérer comme illicites.

La Chambre rappelle que la preuve de la matérialité de ces différentes hypothèses revient à charge de la personne qui allègue la violation

du secret d'affaires, c'est-à-dire à charge du demandeur à l'une des différentes actions judiciaires prévues par le projet de loi. Même s'il s'agit de preuves factuelles – pouvant être rapportées par tous les moyens – les différents éléments de preuve constitués par le demandeur à l'action restent néanmoins soumis à l'appréciation souveraine du juge saisi de l'affaire. L'efficacité de la protection du secret d'affaires en jeu risque dès lors d'être tributaire du cas d'espèce.

Ad article 5

La Chambre des fonctionnaires et employés publics se demande si l'appréciation des dérogations prévues à l'article 5 (conduisant à un rejet des demandes destinées à faire déclarer comme illicite l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires) tombe dans le champ de compétence du juge des référés. Dans l'affirmative, se pose alors la question des moyens à la disposition dudit juge pour apprécier à suffisance de droit les différents cas pouvant se présenter, et notamment celui d'une personne invoquant le statut de lanceur d'alerte, statut qui n'est en effet actuellement pas défini par la loi.

Parmi les dérogations énumérées à l'article en question figure "*la divulgation (d'un secret d'affaires) par des travailleurs à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime (...) de leur fonction conformément au droit de l'Union européenne ou au droit national*".

La Chambre constate que le texte amendé ne fournit toujours pas de précisions ni concernant la fonction y visée ni concernant les dispositions en cause, tant du droit de l'Union européenne que du droit national.

Ad article 6

L'article 6, paragraphe (2), prévoit qu'une action au fond relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de secrets d'affaires, "*quelle que soit la valeur de la demande*", est portée devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. Or, qui dit "*procédure commerciale*" dit ipso facto "*procédure orale*", alors qu'en matière de procédure civile, la procédure écrite est la règle. Si la solution proposée peut se comprendre pour des raisons de célérité en matière de protection de secrets d'affaires, il faut néanmoins peser à sa juste valeur la garantie des droits de la défense, surtout si les défendeurs à une telle action ne sont pas des commerçants.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics demande dès lors – tout comme elle l'avait déjà fait dans son avis sur le projet de loi initial – de revenir à la compétence de droit commun pour toute action au fond impliquant des non-commerçants.

Ad article 11

L'article sous rubrique concerne les éléments particuliers de l'espèce – dont l'énumération n'est pas limitative – à prendre en considération par le juge saisi d'une action au fond concernant la violation alléguée d'un secret d'affaires pour constater l'existence d'une obtention, divulgation ou utilisation illicite dudit secret et prononcer les injonctions ou mesures correctives appropriées, tout en tenant compte de la proportionnalité de celles-ci.

La Chambre rappelle que des problèmes de preuve de la valeur du secret d'affaires, des différents intérêts en cause (intérêts légitimes de tiers, intérêt public, droits fondamentaux, etc.) ainsi que du préjudice causé peuvent se poser. La charge de la preuve aggravée du demandeur risque de tenir en échec la protection des secrets d'affaires dont il se prévaut.

Ad article 12

Dans le cadre de l'indemnisation du détenteur licite de secrets d'affaires, une fois que l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite des secrets est définitivement rapportée et prouvée, la Chambre des fonctionnaires et employés publics relève que le projet de loi amendé ne transpose toujours pas complètement la directive (UE) 2016/943. En effet, l'article 14, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de celle-ci n'est pas repris par le projet. Cette disposition prévoit que "*les États membres peuvent limiter la responsabilité des travailleurs envers leur employeur pour les dommages causés du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite d'un secret d'affaires de l'employeur, lorsque lesdits travailleurs n'ont pas agi intentionnellement*".

La Chambre rappelle qu'elle estime que ce texte constitue une disposition essentielle de protection des travailleurs qui n'ont pas agi intentionnellement, disposition qui, de ce fait, mérite la transposition en droit national luxembourgeois.

Ad article 14

L'article 14 prévoit différentes mesures visant à assurer la confidentialité des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires. Le paragraphe (3) permet ainsi notamment au tribunal saisi "*de restreindre à un nombre limité de personnes l'accès aux audiences, lorsque des secrets d'affaires ou des secrets d'affaires allégués sont susceptibles d'y être divulgués*", ou de ne mettre à disposition "*de toute personne autre que celles faisant partie du nombre limité de personnes*" susmentionné qu'une version dite "*non confidentielle*" de toute décision judiciaire dans laquelle les passages contenant des secrets d'affaires sont "*supprimés ou biffés*".

Il échet de rappeler à cet égard que la mesure de limitation du nombre de personnes pouvant accéder aux audiences risque de se heurter à l'article 88 de la Constitution, selon lequel les "*audiences des tribunaux sont publiques, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs (...)*". Jusqu'à présent, le huis clos était essentiellement prononcé dans des affaires où la protection soit de l'ordre public ou des bonnes mœurs, soit des intérêts de mineurs étaient en cause. Estimer que la protection de secrets d'affaires relèverait de l'ordre public ou des bonnes mœurs paraît néanmoins quelque peu hasardeux.

Il en est de même de la mesure prévoyant de ne mettre à la disposition de certaines personnes que des versions "*non confidentielles*" des décisions judiciaires rendues en la matière. Cette mesure risque en effet de contrevenir à l'article 89 de la Constitution, consacrant les obligations de motivation et de prononcé en audience publique de tout jugement, obligations qui sont d'ordre public.

Ce n'est que sous la réserve des observations qui précèdent que la Chambre des fonctionnaires et employés publics se déclare d'accord avec le projet de loi tel qu'il est modifié par les amendements parlementaires lui soumis pour avis.

Ainsi délibéré en séance plénière le 5 juin 2019.

Le Directeur,

G. MULLER

Le Président,

R. WOLFF