

**A-3157/18-130**



**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](mailto:chfep@chfep.lu) | [www.chfep.lu](http://www.chfep.lu)

# A V I S

sur

**le 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 26 juillet 2018, Monsieur le Ministre de l'Économie a demandé l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics sur le projet de loi spécifié à l'intitulé.

Le projet en question a pour objet de transposer en droit national 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, directive publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 15 juin 2016, pages L157/1 et suivantes (ci-après "*la Directive*").

Il convient de faire remarquer à titre liminaire que l'article 19 de la Directive accorde un délai jusqu'au **9 juin 2018** aux États membres pour mettre "*en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer*" aux nouvelles règles qu'elle prévoit. Le Luxembourg est dès lors, une fois de plus, en retard de transposition d'une directive communautaire, en dépit de sa volonté affichée de constituer un "*élève modèle*" à l'échelle européenne, ce qui est franchement regrettable!

### **Remarques d'ordre général**

La Directive a pour objet "*de mettre en place, au niveau de l'Union, des règles pour rapprocher les droits des États membres de façon à garantir qu'il y ait des possibilités de réparation au civil suffisantes et cohérentes dans le marché intérieur en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaires*" (considérant 10).

Le législateur communautaire considère à cet effet que la protection des secrets d'affaires et du savoir-faire en général a pris de plus en plus d'importance au cours des dernières années, notamment dans

l'Union européenne. Bien que les secrets d'affaires ne soient pas protégés comme des droits de propriété intellectuelle classiques, comme par exemple les brevets, dessins, marques ou modèles, ils constituent pourtant un instrument tout aussi important pour la protection des innovations et connaissances technologiques et non technologiques au sein des entreprises de l'Union européenne, et partant pour la compétitivité de ces dernières. Même si les informations à la base de secrets d'affaires peuvent, dans certains cas, faire l'objet de la protection par un droit de propriété intellectuelle, comme un brevet, il n'en reste pas moins qu'il existe aussi bon nombre d'informations ne remplissant pas les conditions d'un tel droit de propriété intellectuelle. Il peut par exemple s'agir d'informations commerciales stratégiques, comme des plans d'affaires, des études de marchés, une clientèle, etc.

Le législateur communautaire souligne à cet égard qu'il existe des différences entre États membres en matière de protection juridique des secrets d'affaires, impliquant que ceux-ci ne bénéficieraient pas d'un niveau de protection équivalent dans toute l'Union, ce qui entraînerait un dysfonctionnement du marché intérieur dans ce domaine et affaiblirait l'effet dissuasif global des règles pertinentes y applicables. Les différences de régimes juridiques favoriseraient aussi l'importation dans l'Union de biens issus de pays tiers dont la conception, la production ou la commercialisation reposeraient sur des secrets d'affaires volés ou obtenus autrement de façon illicite.

Le législateur communautaire en déduit partant une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur. Il précise cependant également que la protection des secrets d'affaires ne devrait pas restreindre l'exercice de certains droits fondamentaux comme la liberté d'établissement, la libre circulation et la mobilité des travailleurs ou la liberté d'expression et d'information (englobant la liberté et le pluralisme des médias). Par cette façon de faire, les instances communautaires essaient d'établir un juste équilibre entre les enjeux économiques – liés à la protection des secrets d'affaires – et la protection de certaines libertés fondamentales de l'Union européenne.

Le législateur communautaire considère encore que les mesures, procédures et réparations prévues par la Directive ne devraient pas entraver les activités des lanceurs d'alerte, la protection des secrets d'affaires ne devant pas s'étendre aux cas où la divulgation d'un secret d'affaires serait d'intérêt public. Il y a lieu d'en déduire qu'il accorde une valeur supérieure à l'activité des lanceurs d'alerte par rapport à la

protection des secrets d'affaires, même si cette conclusion ne ressort pas a priori des objectifs susmentionnés de la Directive. Le législateur communautaire, en ce faisant, aurait-il pensé à l'affaire "*Luxleaks*" et à tout le tourbillonnement judiciaire et médiatique auquel elle avait donné lieu?

Toujours est-il – en considérant que la protection des activités des lanceurs d'alerte devrait permettre aux autorités judiciaires compétentes d'autoriser une dérogation à l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la Directive – qu'un problème de preuve se pose lorsque le défendeur a toutes les raisons de croire, de bonne foi, que son comportement satisfait aux critères appropriés énoncés dans la Directive. En effet, l'article 2268 du Code civil dispose que "*la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver*". Faudra-t-il en déduire qu'il appartiendrait au demandeur à une action en protection d'un secret d'affaires de prouver non seulement la violation dudit secret, mais également la mauvaise foi du défendeur et qu'il suffirait à ce dernier, à la limite, d'invoquer qu'il se serait adonné de bonne foi à une activité de lanceur d'alerte pour échapper à toute condamnation éventuelle ou, du moins, pour rendre nettement plus difficile la charge de la preuve du demandeur pour ainsi compliquer la procédure judiciaire sous-jacente et faire retarder le prononcé de l'ordonnance ou du jugement à intervenir?

Les auteurs du projet de loi sous avis soulignent l'importance du respect de la vie privée et familiale ainsi que de la protection des données à caractère personnel de toute personne dont de telles données peuvent être traitées par un détenteur de secrets d'affaires (pour le cas où il entendrait prendre des mesures visant à protéger un secret d'affaires). Il s'ensuit dès lors qu'un détenteur d'un secret d'affaires, afin de pouvoir engager une ou plusieurs des actions judiciaires dont question dans le projet de loi sous avis, devra être "*fully GDPR compliant*", c'est-à-dire être conforme en tous points au règlement (UE) 2016/679 dit règlement général sur la protection des données (ci-après "*RGPD*"), entré en vigueur le 25 mai 2018. Il est par ailleurs curieux de constater qu'à l'exposé des motifs, les auteurs du projet de loi se réfèrent encore à ce sujet à l'ancienne directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, alors que cette directive a été abrogée par l'article 94 du RGPD, avec effet au 25 mai 2018. Le dépôt du projet

de loi sous avis ayant été effectué postérieurement à cette date, ses auteurs auraient, en toute bonne logique, dû se référer au seul RGPD et non plus à la directive précitée.

Les auteurs s'adonnent à une énumération des différents niveaux de protection envisageables en cas de violation d'un secret d'affaires, tenant au droit pénal, au droit de la responsabilité civile délictuelle, au droit dit "*contractuel*" ainsi qu'au droit de la concurrence déloyale. Quelques observations s'imposent à ce propos:

- quant au droit pénal, les auteurs du texte se limitent à mentionner l'article 309 du Code pénal, ayant trait plus spécifiquement à la violation d'un secret d'affaires ou de fabrication par un salarié ou apprenti d'une entreprise, ou encore par des personnes ayant eu connaissance d'un secret d'affaires par l'intermédiaire d'un salarié ou apprenti l'ayant obtenu illicitement. Il en est de même de ceux ayant utilisé, sans en avoir le droit, des modèles ou dessins d'autrui, modèles et dessins qui sont en plus protégés par le droit de la propriété intellectuelle. Ledit article 309 prévoit encore, pour que le délit qu'il réprime soit consommé, que le ou les auteur(s) ou co-auteur(s) de l'infraction aient agi dans un but de nuire ou de concurrence, ou afin de se procurer un avantage illicite. Le Ministère Public, qui aurait la charge de la preuve dans pareille affaire, devrait donc rapporter la double preuve tant de l'élément matériel de l'infraction (c'est-à-dire la violation d'un secret d'affaires ou de fabrication, notion définie jusqu'à présent par la jurisprudence) que de son élément moral (à savoir l'intention de nuire etc. du ou des auteur(s) ou co-auteur(s) de l'infraction en cause). Or, cette preuve, surtout de l'élément moral, est souvent difficile à rapporter, de sorte que, en matière de protection de secrets d'affaires, le recours à l'infraction spéciale de l'article 309 du Code pénal risque de ne pas être trop efficace.

Qui plus est, les auteurs du projet de loi sous avis ont négligé de mentionner à cet égard l'article 458 du Code pénal relatif au secret professionnel. Cet article, qui est en effet d'application générale, dispose que "*les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 500 euros à 5.000 euros*". La jurisprudence a confirmé

à maintes reprises que l'énumération des personnes visées à cet article n'est pas limitative. Ainsi, elle l'a appliquée par exemple aux experts, aux banquiers, aux agents des Postes, etc. L'article 458 du Code pénal est donc, à l'heure actuelle, nettement plus apte à protéger des secrets d'affaires contre toute divulgation illicite que l'article 309 invoqué par les auteurs du projet de loi sous avis, avec son champ d'application a priori limité puisqu'il vise principalement les salariés et les apprentis;

- quant au droit civil, les auteurs du projet de loi sous avis se limitent à relater le principe général de la responsabilité civile – tel qu'il résulte des articles 1382 et suivants du Code civil – avec ses éléments constitutifs, à savoir la preuve d'une faute, d'un dommage et du lien de causalité existant entre ces deux éléments, sans donner d'illustration jurisprudentielle concrète où la théorie générale de la responsabilité civile aurait servi à sanctionner la violation d'un secret d'affaires;
- en ce qui concerne le "*droit contractuel*", qui ne constitue en fait qu'une branche du droit civil, les auteurs du projet se bornent, là encore, à relater le principe de l'exécution de bonne foi des contrats, tel qu'il ressort des articles 1134 et suivants du Code civil, sans donner, de nouveau, un exemple d'application jurisprudentielle concrète en la matière. La bonne foi étant toujours présumée, il appartient, tel que mentionné ci-dessus, à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver, en l'occurrence à celui qui se prétend victime d'une violation d'un secret d'affaires. Les auteurs donnant l'exemple d'un salarié tenu à l'obligation "*d'exécuter le contrat de bonne foi*", ils auraient mieux fait de se référer au droit du travail plutôt qu'au "*droit contractuel*";
- quant au droit de la concurrence déloyale, la violation d'un secret d'affaires constitue certes un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, artisanale, industrielle ou libérale, à condition que la violation alléguée ait son origine dans le comportement d'un concurrent par rapport à celui qui s'en prétend victime. Cet élément réduit cependant tout singulièrement l'utilité du droit de la concurrence déloyale en matière de protection de secrets d'affaires puisque la violation d'un tel secret ne doit pas nécessairement provenir d'un concurrent de celui qui en est le détenteur légitime. Ici, l'exposé des motifs ne fournit pas non plus d'exemples jurisprudentiels concrets.

Finalement, les auteurs du projet de loi sous avis soulignent que la Directive serait transposée "*le plus littéralement possible*", selon le principe "*toute la directive mais rien que la directive*", et que ses articles 6, 7 et 17 à 21 ne nécessiteraient pas de transposition! Or, l'article 17 de la Directive prévoit la désignation, par chaque État membre, d'un ou de plusieurs correspondants nationaux chargés de promouvoir la coopération et l'échange d'informations entre les États membres et la Commission européenne ainsi que de toutes questions relatives à la mise en œuvre des mesures prévues par la Directive. Le projet de loi sous avis est toutefois muet concernant la nomination de tels correspondants nationaux au Luxembourg. Il est dès lors permis de douter du caractère complet de la transposition de la Directive en droit national luxembourgeois!

### **Examen des articles**

#### **Ad article 1<sup>er</sup>**

Dans un souci de transposer plus fidèlement la Directive, la Chambre des fonctionnaires et employés publics propose de conférer la teneur suivante à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe (1):

*"L'objet de la présente loi consiste dans la protection des secrets d'affaires contre toute obtention, utilisation et divulgation illicites."*

Au paragraphe (2) dudit article – 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*". De quelles règles et pratiques nationales s'agit-il en l'occurrence? Même si la Directive ne les mentionne pas, le projet de loi sous avis aurait du moins pu les énumérer. Sinon, les auteurs du texte auraient au moins pu en donner quelques exemples à l'exposé des motifs ou au commentaire des articles.

Au même paragraphe (2), le texte sub lettre c) fait référence à "*l'application de règles de l'Union européenne et du droit national obligeant ou autorisant les institutions et organes de l'Union européenne ou les autorités publiques nationales à divulguer des informations communiquées par des entreprises (...)*". Est-ce que ce texte vise, entre autres, la loi du 14 septembre 2018 relative à une administration

transparente et ouverte, entrant en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019? Cette loi accorde en effet un droit d'accès pour les personnes physiques et morales aux documents détenus par les administrations et services de l'État, les communes, les syndicats de communes, les établissements publics, etc. Or, concernant ces derniers, et notamment les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) – tels que la BCEE ou l'entreprise POST Luxembourg, travaillant en pleine concurrence – un concurrent, ou un employé d'un tel concurrent, pourrait-il demander sur la base de cette loi des documents à ces EPIC pouvant contenir, le cas échéant, un secret d'affaires? Même si cette loi exclut du droit d'accès "*les documents relatifs (...) à un secret ou une confidentialité protégés par la loi*", force est de constater qu'elle institue un droit de recours auprès d'une "*Commission d'accès aux documents*" dans le chef de toute personne se voyant opposer un refus, total ou partiel, à une telle demande d'accès, ainsi qu'un recours en réformation auprès des juridictions administratives pour le cas où ladite commission confirmerait le refus lui opposé. Faudra-t-il en déduire qu'il appartiendra soit à cette commission, soit au juge administratif de décider, au cas par cas, quel document ainsi sollicité contiendrait un secret d'affaires ou non? Quid de l'efficacité de la protection des secrets d'affaires dans pareil cas?

La Chambre des fonctionnaires et employés publics renvoie à cet égard à son avis n° A-2719 du 18 juin 2015 sur le projet devenu par la suite la loi précitée, avis dans lequel elle avait relevé ce qui suit:

*"(La Chambre) tient toutefois à réitérer une crainte qu'elle avait (déjà) exprimée (...), à savoir que le droit d'accès aux documents soit exclusivement apprécié par rapport aux attentes individuelles des demandeurs d'accès, au détriment de l'intérêt général qui devrait pourtant primer en l'occurrence.*

*Dans ce contexte, la Chambre regrette que la disposition de l'ancien projet de loi, selon laquelle l'exercice du droit d'accès excluait pour les bénéficiaires ou pour les tiers la possibilité de reproduire, de diffuser ou d'utiliser à des fins commerciales les documents en question, n'ait pas été reconduite dans le nouveau texte. En effet, une telle disposition garderait toute sa raison d'être et une violation de l'interdiction de reproduire ou diffuser des documents obtenus devrait même être assortie de sanctions."*

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe (3), du projet sous avis prévoit que les dispositions de la future loi ne pourront pas restreindre "*la mobilité des*



*travailleurs*". Il convient tout d'abord de relever à ce propos que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 mai 2008 portant introduction d'un statut unique pour les salariés du secteur privé, le Code du travail se réfère, en principe et sauf exceptions (cf. travailleur handicapé), au terme de "*salarié*" et non plus à celui de "*travailleur*", tandis que la législation applicable dans la fonction publique connaît des "*fonctionnaires*", des "*employés*" et des "*salariés*". Ensuite, le texte sub lettre c) de ce paragraphe (3), qui se limite à énoncer que "*des restrictions supplémentaires autres que celles imposées conformément au droit de l'Union européenne ou au droit national*" ne peuvent pas être imposées aux "*travailleurs*", est flou puisqu'il ne précise pas quelles autres dispositions y sont visées. Une éventuelle clause de non-concurrence figurant dans un contrat de travail serait-elle visée par ce texte ou non? Ni l'exposé des motifs ni le commentaire des articles ne fournissent des précisions à ce sujet.

## **Ad article 2**

Le premier alinéa de l'article 2 du projet de loi sous avis a pour mérite de donner (enfin) une définition du terme de "*secret d'affaires*". Pour qu'une information puisse être qualifiée de secret d'affaires, trois éléments doivent être réunis cumulativement: l'information doit avoir un caractère secret, c'est-à-dire elle ne doit pas être généralement connue ou aisément accessible aux personnes appartenant aux milieux s'occupant normalement du genre d'informations en question; elle doit avoir une valeur commerciale du fait de ce caractère secret, et des dispositions raisonnables doivent avoir été prises par le détenteur licite de l'information afin de garder le caractère secret de celle-ci. Le commentaire des articles donne d'ailleurs de bonnes illustrations de la notion de "*secret d'affaires*". Se pose seulement la question de savoir quels "*milieux*" sont visés à la disposition en cause. S'agit-il exclusivement de milieux professionnels, ou des milieux autres que professionnels seraient-ils également visés?

Le dernier alinéa de cet article se réfère, en ce qui concerne la définition des "*biens en infraction*", aux "*biens dont le dessin ou modèle (...) bénéficient de manière significative de secrets d'affaires obtenus, utilisés ou divulgués de façon illicite*". Il s'agit en l'occurrence de droits de propriété intellectuelle, de sorte qu'il y a lieu de tenir également compte, en l'espèce, des dispositions afférentes de la loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle

et portant désignation des tribunaux des dessins ou modèles communautaires, texte auquel renvoie d'ailleurs le commentaire de l'article 6 du projet de loi sous avis. Se pose également la question de savoir à partir de quel moment ou degré un "*bien en infraction*" bénéficie "*de manière significative*" de secrets d'affaires obtenus, utilisés ou divulgués de façon illicite. En l'absence d'autres précisions en la matière, cette notion sera définie par la jurisprudence à laquelle ce texte donnera lieu, de sorte que l'efficacité accordée à la protection des secrets d'affaires par celui-ci risquera de dépendre, là encore, de l'appréciation qui en sera faite au cas par cas.

### **Ad article 3**

Le premier alinéa de cet article fournit une liste d'éléments sur la base desquels l'obtention d'un secret d'affaires est reconnue comme licite. Les différents éléments de cette liste sont à considérer comme alternatifs: il suffit d'un seul d'entre eux pour reconnaître le caractère licite d'un secret d'affaires. La Chambre des fonctionnaires et employés publics approuve à cet égard que la découverte et la création indépendante figurent sur la liste, étant donné que la protection du secret d'affaires ne doit pas, comme le précise à bon droit le commentaire de l'article en question, mener à la création de droits exclusifs, afin de ne pas limiter ou empêcher artificiellement l'innovation industrielle et commerciale.

L'article 3 devient cependant plus flou lorsqu'il vise, à la lettre c), "*l'exercice du droit des travailleurs ou des représentants des travailleurs à l'information et à la consultation*". Là encore, une précision quant aux dispositions du Code du travail applicables en l'occurrence, soit dans le corps du texte, soit au commentaire des articles, aurait pu contribuer à davantage de clarté.

La référence, sub lettre d), "*aux usages honnêtes en matière commerciale*" fait suggérer qu'il convient de se reporter à la jurisprudence en matière de concurrence déloyale pour déterminer le caractère licite ou non d'un secret d'affaires.

### **Ad article 4**

À noter tout d'abord que cet article, contrairement au commentaire afférent, ne transpose pas dans son intégralité l'article 4 de la Direc-

tive, mais seulement les paragraphes 2 à 5 de celui-ci, la transposition du paragraphe 1<sup>er</sup> revenant à l'article 6 du projet de loi sous avis.

Il faut être conscient que la preuve de la matérialité des différentes hypothèses prévues par l'article sous rubrique, et dans lesquelles l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est à considérer comme illicite, revient à charge de celui qui allègue la violation du secret d'affaires, en l'occurrence à charge du demandeur à l'une des différentes actions judiciaires prévues par le projet de loi sous avis. 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, là encore, d'être tributaire du cas d'espèce.

### **Ad article 5**

Cet article prévoit différentes hypothèses alternatives dans lesquelles (si l'une ou l'autre d'entre elles est avérée) une demande d'application des mesures, procédures et réparations prévues par le projet de loi sous avis est rejetée. Or, se pose un problème procédural fondamental concernant l'application de cet article: reviendra-t-il au défendeur à une telle action de prouver son "*innocence*", c'est-à-dire que l'une de ces différentes hypothèses est avérée – ce qui serait contraire à la "*présomption d'innocence*" telle qu'elle existe en droit pénal – ou reviendra-t-il au demandeur de prouver que le défendeur n'est pas "*innocent*", c'est-à-dire que le défendeur ne se trouve dans aucune des différentes hypothèses alternatives projetées? Dans ce dernier cas, il suffirait à un défendeur indélicat d'affirmer tout simplement qu'il se trouve dans l'une de ces différentes hypothèses, le demandeur devant alors prouver que tel n'est pas le cas. Inutile de dire que, dans pareille circonstance, la charge de la preuve du demandeur, qui peut déjà s'avérer suffisamment délicate, risque d'être alourdie davantage, nuisant d'autant plus à la protection du secret d'affaires en cause.

Le considérant (20) de la Directive précise à cet égard que les dérogations aux différentes mesures, procédures et réparations (prévues en son article 5 et partant à l'article 5 du projet de loi sous avis) s'appliquent "*lorsque le défendeur avait toutes les raisons de croire, de bonne foi, que son comportement satisfaisait aux critères appropriés énoncés (...)*". La bonne foi étant toujours présumée en vertu de

l'article 2268 du Code civil, alors qu'il appartient à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver, ce considérant semble donner crédit au raisonnement selon lequel il revient au demandeur de prouver que le défendeur ne se trouve pas dans l'une des hypothèses dérogatoires pour le cas où celui-ci devrait prétendre avoir agi dans l'une de ces hypothèses.

Par ailleurs, certaines de ces hypothèses alternatives sont rédigées de façon assez floue. En effet, les textes sub lettres b) et d) se réfèrent respectivement à la protection de "*l'intérêt public général*" et à la protection d'un "*intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national*", le commentaire des articles se limitant à renvoyer à "*l'intérêt public*" tout court. Un peu plus de précision dans la terminologie employée aurait été de rigueur! Ainsi, la notion "*d'intérêt général*", qui constitue le fondement quasi universel du droit public dans pratiquement toutes ses branches, est définie par le Conseil d'État français comme un intérêt propre à la collectivité qui transcende celui de ses membres. L'intérêt général est perçu comme constituant l'un des fondements de la limitation des libertés publiques ou de l'atteinte à l'égalité et au droit de propriété: il sert de base à la définition des grandes notions du droit administratif se rapportant à l'intérêt de la collectivité, à savoir celles de "*service public*", "*ordre public*", "*travaux publics*" et "*domaine public*". Les moyens d'action propres de l'administration et son régime de responsabilité, exorbitants du droit commun, sont subordonnés à l'existence d'un motif d'intérêt général. En l'espèce, et en se référant au considérant (21) de la Directive, il semble que la notion d'"*intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne*" couvre la sécurité publique, la protection des consommateurs, la santé publique, la protection de l'environnement ou encore la mobilité des travailleurs.

Concernant les travailleurs, le texte sub lettre c) de l'article en question se réfère à "*l'exercice légitime (...) de leur fonction conformément au droit de l'Union européenne ou au droit national*". De quelle fonction s'agit-il? Quelles sont les dispositions en cause, tant du droit de l'Union européenne que du droit national?

### **Ad article 6**

Pour qu'une personne puisse introduire valablement l'une des actions judiciaires prévues par le projet de loi sous avis, l'article 6 prévoit la réunion cumulative de plusieurs éléments, à savoir: 1) qu'il doit s'agir

d'un détenteur d'un secret d'affaires, 2) qui demande l'application de mesures, procédures et réparations prévues par la loi, 3) afin d'empêcher ou d'obtenir réparation, 4) pour l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite 5) de son secret d'affaires. Il appartiendra au demandeur à l'action de rapporter la preuve de l'intégralité de ces différents éléments en cas de contestation.

### **Ad article 7**

Cet article, qui traite des mesures provisoires et conservatoires en cas de violation alléguée d'un secret d'affaires, confère compétence au juge des référés – prévu par les articles 932 et suivants du Nouveau Code de procédure civile – pour en connaître. Or, le juge des référés est le juge "*de l'évident et de l'incontestable*". Il s'ensuit que, si des difficultés majeures se posent en cas de demande basée sur les dispositions de l'article sous rubrique, comme par exemple en matière de preuve de la véracité des faits allégués, le juge des référés risque de se déclarer incompétent et il ne resterait dans pareil cas au demandeur à une telle action que de saisir le juge du fond. Or, les actions en matière de violation alléguée de secrets d'affaires requièrent célérité, "*alors qu'une fois le secret d'affaires est divulgué au public, il est impossible de revenir en arrière*", comme il est précisé à bon droit au commentaire de l'article 7.

Se pose en outre le problème de l'applicabilité des dérogations prévues à l'article 5 du projet de loi sous avis. Le juge des référés est-il compétent pour connaître de ces dérogations? Il est en effet précisé au commentaire de l'article 5 par exemple que "*l'appréciation du statut de lanceur d'alerte, et donc du but poursuivi par le lanceur d'alerte, se fera par le Tribunal et ne sera pas dans les mains du détenteur du secret d'affaires*". Il est dès lors permis de douter des moyens à la disposition du juge des référés pour apprécier à suffisance de droit le statut d'un prétendu lanceur d'alerte et encore moins le but poursuivi par celui-ci. Existe-il d'ailleurs un statut (juridique) de lanceur d'alerte? Quelles en sont les conditions et les mesures de protection?

Quid par ailleurs du préjudice accru que le défendeur risque de subir si le juge des référés ordonne une ou plusieurs des mesures provisoires et conservatoires projetées ou s'il devait estimer qu'il n'est pas compétent pour toiser l'une ou l'autre des dérogations prévues par

l'article 5, invoquées le cas échéant par le défendeur? Dans pareil cas, "*le mal est fait*" et difficilement réparable après coup.

L'article 8, paragraphe (2), permet tout simplement au juge des référés de subordonner le prononcé des mesures provisoires et conservatoires prévues par l'article 7 à la constitution, par le demandeur, d'une caution ou d'une garantie équivalente pour indemniser le défendeur, ou toute autre personne éventuellement concernée, du préjudice subi du fait de ces mesures.

### **Ad article 9**

Cet article prévoit, entre autres, l'obligation dans le chef d'un détenteur licite de secrets d'affaires, qui a obtenu le prononcé d'une ou de plusieurs des mesures provisoires et conservatoires prévues par l'article 7, d'introduire une action au fond contre le(s) auteur(s) d'une obtention, utilisation ou divulgation illicite des secrets d'affaires dans un délai maximal d'un mois à compter de la signification de l'ordonnance de référé. À défaut de l'introduction de l'action dans le délai précité, les mesures provisoires et conservatoires cesseront d'office de produire leurs effets. Il en est de même si les informations ayant constitué initialement un secret d'affaires ne répondent plus aux conditions de la définition d'un tel secret, cela pour des raisons indépendantes du défendeur.

Cette solution est à approuver, car elle empêche l'introduction d'actions en référé "*à la légère*" sur la base des dispositions du projet de loi. La Chambre approuve également la possibilité accordée au défendeur ou à toute personne tierce lésée par le prononcé des mesures provisoires et conservatoires susvisées de demander au juge, saisi de l'action au fond, de lui octroyer des dommages et intérêts adéquats en réparation du préjudice causé par ces mesures (article 9, paragraphe 2).

### **Ad article 10**

L'article 10 détermine le tribunal compétent pour connaître d'une action au fond relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de secrets d'affaires. Il prévoit curieusement qu'une telle action, "*quelle que soit la valeur de la demande*", est portée devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, même si les parties ne sont pas à qualifier de commerçants. 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. En effet, la garantie des droits de la défense devrait, de l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics, faire partie des éléments compris dans la notion d'"*intérêt légitime*" dont question à l'article 5 (relatif aux dérogations prévues pour rejeter toute action judiciaire sur la base des dispositions du projet de loi).

La Chambre demande dès lors de revenir à la compétence de droit commun pour toute action au fond impliquant des non-commerçants, ce d'autant plus que la Directive ne contient pas de dispositions relatives à la compétence juridictionnelle en la matière et que "*la protection des secrets d'affaires ne doit pas créer de droits exclusifs*" (cf. commentaire de l'article 3 du projet sous avis).

### **Ad article 11**

Cet article concerne les injonctions et mesures correctives que le tribunal saisi de l'action au fond pourra prononcer à l'encontre du contrevenant. Avant que cette juridiction ne puisse ordonner l'une ou plusieurs des mesures prévues, elle devra constater, preuves à l'appui à rapporter par le demandeur à l'action, qu'il y a bel et bien obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires. La juridiction ainsi saisie devra également motiver ce constat, en analysant exhaustivement les éléments pertinents à cet égard, surtout ceux des articles 2 à 4 du projet de loi.

Quant à l'énumération des différentes mesures proposées, les auteurs du projet de loi sous avis ont repris littéralement celle de l'article 12 de la Directive (et non pas de l'article 11 comme il est erronément indiqué au troisième alinéa du commentaire de l'article 11 du projet de loi). Les mesures prévues sub lettres a) et b) du paragraphe (1) sont largement identiques à celles pouvant être ordonnées par le juge des référés (cf. lettres a) et b) du paragraphe (1) de l'article 7). S'y ajoutent "*l'adoption de mesures correctives appropriées en ce qui concerne les biens en infraction*" (lettre c), la destruction de tout ou partie des éléments contenant ou matérialisant le secret d'affaires ou encore la remise au demandeur de ces éléments (lettre d). Par

"mesures correctives appropriées", il y a lieu d'entendre, selon l'article 11, paragraphe (2) et le commentaire afférent, le rappel des biens en infraction se trouvant sur le marché, la suppression du caractère infractionnel du bien ou la destruction des biens en infraction ou encore leur retrait du marché, si cela ne nuit pas à la protection du secret d'affaires.

Ces mesures sont ordonnées en principe aux frais du contrevenant et s'entendent indépendamment de l'allocation au demandeur de dommages et intérêts éventuels du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

La Chambre approuve que le projet de loi sous avis prévoie la possibilité, en cas de retrait du marché de biens en infraction, pour le détenteur du secret d'affaires en cause de demander au juge que ces biens soient remis à des organisations caritatives.

### **Ad article 12**

L'article sous rubrique concerne les éléments particuliers de l'espèce 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. À noter que l'énumération des différents éléments par cet article n'est pas limitative. Comme en matière de prononcé de mesures provisoires et conservatoires sur la base des dispositions du projet de loi, un problème de preuve de la valeur du secret d'affaires, qui sera à rapporter par le demandeur, pourra se poser. En cas de contestation de la valeur alléguée du secret d'affaires, la preuve de la valeur effective devrait normalement se faire par voie d'expertise, ce qui risque de rallonger les délais de procédure!

Se posera également, de nouveau, le problème de la charge de la preuve des différents intérêts et droits en présence, notamment de ceux prévus sub lettres f) à h), à savoir les intérêts légitimes des tiers, l'intérêt public et les droits fondamentaux. Ceux-ci sont en effet à lire en combinaison avec les "dérogations" prévues par l'article 5 du projet de loi sous avis. Étant donné que le considérant (20) de la Directive se réfère à un défendeur qui "*avait toutes les raisons de croire, de bonne foi, que son comportement satisfaisait aux critères appro-*



*priés énoncés (...)*" et que le commentaire des articles est muet au sujet de la charge de la preuve, il y a lieu d'en déduire, sur la base des dispositions de l'article 2268 du Code civil que – si le défendeur prétend avoir agi en tant que lanceur d'alerte ou dans le but de protéger l'un des intérêts légitimes tels que définis par le considérant (21) de la Directive ou consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – il appartiendra au demandeur de rapporter la preuve que tel n'est pas forcément le cas, s'il entend prospérer dans son action. Il devrait en être de même de la preuve des conditions pour le versement d'une éventuelle compensation financière, telle que prévue au paragraphe (3) de l'article 12, conditions qui devront être cumulativement remplies. La charge de la preuve du demandeur se trouve aggravée, ce qui risque, ipso facto, de tenir en échec la protection des secrets d'affaires dont il se prévaut.

### **Ad article 13**

Cet article a trait à 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. Le détenteur aura droit à une réparation intégrale du préjudice lui causé, à savoir du préjudice tant direct qu'indirect, sur la base des éléments de preuve par lui rapportés à cet effet. Or, là encore, cette preuve peut être difficile à rapporter, et il n'est pas exclu que, dans pareils cas, il conviendra d'avoir recours à une expertise pour fixer le montant définitif des indemnités revenant au détenteur licite des secrets d'affaires violés, ce qui fait bien évidemment rallonger les délais de procédure.

A priori, les principes d'indemnisation semblent être orientés sur les règles classiques de la responsabilité civile, l'article 13 prévoyant la preuve cumulative, par le demandeur, d'une faute commise par le contrevenant (à savoir l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires), du préjudice en résultant et du lien de causalité existant entre ces deux éléments. Or, le paragraphe (1) semble ajouter une condition supplémentaire, à savoir la preuve d'un élément dolosif, en ce sens que le contrevenant "*savait ou aurait dû savoir qu'il se livrait à une (...) obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires*". Le détenteur licite de secrets d'affaires violés devra dès lors rapporter, en plus, la preuve de la mauvaise foi du contrevenant. De ce fait, une indemnisation du détenteur semble être exclue sur la base de l'article 1383 du Code civil, selon lequel tout un chacun est responsable du dommage causé non seulement par son

fait, "*mais encore par sa négligence ou par son imprudence*". L'indemnisation est dès lors circonscrite par les seuls principes de la responsabilité civile, tels qu'ils résultent de l'article 1382 du Code civil.

Selon le commentaire de l'article 13, ce dernier " *vise à transposer l'article 14 de la directive relative (sic) aux dommages et intérêts*". Or, l'article 14 de la Directive contient en son paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2 une disposition supplémentaire qui ne se retrouve nulle part dans l'article 13 du projet de loi sous avis:

*"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."*

S'agissant en l'espèce certes d'une faculté de protection des travailleurs de bonne foi, qu'il est laissé à l'appréciation des États membres de transposer ou non dans leur droit national respectif, la Chambre des fonctionnaires et employés publics estime que le texte précité constitue néanmoins 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! Pour le cas où les auteurs du projet de loi sous avis auraient estimé que ce mécanisme essentiel de protection des travailleurs agissant de bonne foi ne serait pas digne de transposition, la moindre des choses aurait été d'indiquer à l'exposé des motifs ou au commentaire des articles les motifs ayant conduit à ne pas retenir la transposition.

La Chambre se doit cependant de constater que tant l'exposé des motifs que le commentaire des articles sont malheureusement muets à ce sujet, de sorte qu'elle doit en conclure que la transposition de la Directive en droit luxembourgeois n'est pas complète sur ce point.

#### **Ad article 14**

Cet article, concernant la publication des décisions judiciaires intervenues en matière d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite de secrets d'affaires, a trait aux décisions rendues tant en référé que quant au fond. La publication est ordonnée par le juge, à la demande du demandeur et aux frais du contrevenant, et elle est censée protéger la confidentialité des secrets d'affaires en cause. Par contre, une

certaine confusion semble régner en ce qui concerne la possibilité de l'identification, par une telle publication, ou bien d'une personne morale ou bien d'une personne physique, les textes respectifs de la Directive et du projet de loi sous avis étant contradictoires à cet égard. Il est indiqué au commentaire de l'article 14 que la version française de la Directive comporte une erreur, en ce sens qu'elle se réfère aux personnes morales au lieu de viser les personnes physiques.

Le paragraphe (4) de l'article en question instaure une condition supplémentaire en matière de publication des décisions judiciaires, condition qui ne se retrouve pourtant pas à l'article équivalent de la Directive (à savoir l'article 15). Ainsi, les mesures de publicité intervenant en matière de référé doivent être de nature à contribuer à faire cesser l'acte incriminé ou ses effets. Le texte prévoit en outre que le juge des référés fixe un montant à accorder à la partie contre laquelle une mesure de publicité a été ordonnée si, en dépit d'un recours introduit en temps utile par cette partie contre l'ordonnance de référé, ladite mesure a déjà été exécutée et qu'elle est annulée ultérieurement en instance d'appel.

Se pose dès lors la question de l'efficacité des mesures de publication, et surtout celle de savoir si des demandeurs, en faveur desquels une telle mesure de publicité a été prononcée, ne vont pas rechigner après coup et y procéder quand même, de sorte que le but recherché par la Directive et le projet de loi sous avis, à savoir la protection des secrets d'affaires contre toute obtention, utilisation ou divulgation illicite, ne risque pas de souffrir! En tout état de cause, il n'est pas correct d'affirmer, comme le fait le commentaire des articles, que le texte du projet de loi "*reprend de manière fidèle le libellé de la directive*".

### **Ad article 15**

L'article 15 prévoit différentes mesures visant à assurer la confidentialité des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires, dont certaines donnent néanmoins lieu à des questions, cela concernant leur conformité avec la Constitution. Il n'y a certes pas de problèmes en la matière si le projet de loi sous avis tend à interdire aux parties, à leurs avocats ou autres représentants, au personnel judiciaire, aux experts et à toute autre personne participant à une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de secrets d'affaires ou ayant accès aux documents relatifs à une telle procédure, d'utiliser ou de divulguer de tels secrets, ou s'il prolonge cette obli-

gation de confidentialité au-delà de la fin d'une telle procédure judiciaire dans les conditions prévues par la loi.

Là où le bât blesse, c'est quand le paragraphe (3) de l'article en question permet au juge, saisi ou bien d'une action en référé ou bien d'une action au fond en matière de protection des secrets d'affaires, "*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 souligner à cet égard que la mesure de limitation du nombre de personnes pouvant accéder à l'audience 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.

### **Ad article 16**

Cet article prévoit un délai de prescription de deux ans pour toute action en matière d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite de secrets d'affaires, délai qui court à partir du moment où deux éléments sont cumulativement réunis, à savoir: le détenteur licite des secrets d'affaires a connaissance ou devrait raisonnablement avoir connaissance de la violation des secrets, et le détenteur connaît ou devrait raisonnablement connaître l'identité du contrevenant.

Même si l'article correspondant de la Directive prévoit un délai de prescription maximum de six années en la matière, le choix des auteurs du projet de loi sous avis n'est qu'à approuver. En effet, la protection des secrets d'affaires requiert célérité en vue de son efficacité. Tout demandeur à une action en la matière devrait donc être incité à agir au plus vite, afin de ne pas laisser inutilement traîner l'affaire dès lors que les éléments constitutifs sont réunis (ou peuvent raisonnablement être considérés comme étant réunis).

### **Conclusion**

Si les intentions primaires tant du législateur communautaire que des auteurs du projet de loi – à savoir le renforcement de la protection des secrets d'affaires contre toute obtention, utilisation ou divulgation illicite, et par là même le soutien de l'innovation, de la recherche et du développement au sein de l'Union européenne afin de contribuer ainsi à un meilleur fonctionnement du marché intérieur – peuvent a priori paraître louables, il n'en reste pas moins que le dispositif proposé à cet effet risque de se heurter sérieusement 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 (problèmes soulevés à plus d'un titre au niveau des "*Remarques d'ordre général*" et au niveau de l'"*Examen des articles*" du présent avis).

La pratique résultant de la mise en place des mécanismes prévus tant par la Directive que par le projet de loi sous avis montrera si les craintes présentées ci-avant sont à considérer comme fondées. Dans l'affirmative, les détenteurs de secrets d'affaires devront chercher d'autres moyens de protection, comme par exemple le droit de la propriété intellectuelle ou le droit pénal, qui ne sont d'ailleurs pas exclus en l'espèce, sinon des plaideurs suffisamment habiles devront savoir surmonter toutes les difficultés susmentionnées pour conférer aux dispositions en cause leurs effets positifs voulus.

La Chambre tient finalement à dénoncer encore une fois le retard de transposition en droit national de la Directive, qui est quand même importante. Elle rappelle également le caractère incomplet de la transposition, notamment en ce qui concerne le mécanisme essentiel de protection des travailleurs ayant agi de bonne foi (article 14 de la

Directive) ainsi que l'absence d'institution de correspondants nationaux en vue de l'échange d'informations et de la promotion de la coopération avec la Commission européenne et les autres États membres en matière de protection des secrets d'affaires (article 17 de la Directive).

Ce n'est donc 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 lui soumis pour avis.

Ainsi délibéré en séance plénière le 12 décembre 2018.

Le Directeur,

G. MULLER

Le Président,

R. WOLFF