



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Dossier consolidé

Projet de loi 7353

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

Date de dépôt : 13-08-2018

Date de l'avis du Conseil d'État : 18-02-2019

Liste des documents

Date	Description	Nom du document	Page
11-07-2019	Résumé du dossier	Résumé	<u>4</u>
13-08-2018	Déposé	7353/00	<u>6</u>
06-11-2018	Avis de la Chambre de Commerce (25.10.2018)	7353/01	<u>51</u>
12-12-2018	Avis de la Chambre des Salariés (27.11.2018)	7353/02	<u>60</u>
19-12-2018	Avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics (12.12.2018)	7353/03	<u>69</u>
17-01-2019	Avis des autorités judiciaires 1) Avis de la Cour supérieure de Justice 2) Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (3.1.2019)	7353/04	<u>82</u>
18-02-2019	Avis du Conseil d'État (15.2.2019)	7353/05	<u>90</u>
08-04-2019	Amendements adoptés par la/les commission(s) : Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace	7353/06	<u>102</u>
24-04-2019	Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg	7353/07	<u>119</u>
08-05-2019	Avis complémentaire du Conseil d'État (7.5.2019)	7353/08	<u>124</u>
20-05-2019	Avis complémentaire de la Chambre de Commerce (7.5.2019)	7353/09	<u>127</u>
06-06-2019	Avis de la Chambre des Métiers (24.5.2019)	7353/10	<u>130</u>
12-06-2019	Rapport de commission(s) : Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace Rapporteur(s) : Monsieur Franz Fayot	7353/11	<u>133</u>
13-06-2019	Avis complémentaire de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics (5.6.2019)	7353/12	<u>154</u>
19-06-2019	Premier vote constitutionnel (Vote Positif) En séance publique n°27 Une demande de dispense du second vote a été introduite	7353	<u>159</u>
27-06-2019	Dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat (27-06-2019) Evacué par dispense du second vote (27-06-2019)	7353/13	<u>161</u>
05-12-2019	Avis complémentaires des autorités judiciaires 1) Avis complémentaire de la Cour supérieure de Justice 2) Avis complémentaire du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (16.11.2019)	7353/14	<u>164</u>
23-05-2019	Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace Procès verbal (08) de la reunion du 23 mai 2019	08	<u>169</u>
21-03-2019	Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace Procès verbal (07) de la reunion du 21 mars 2019	07	<u>178</u>
14-03-2019	Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace Procès verbal (05) de la reunion du 14 mars 2019	05	<u>189</u>

Date	Description	Nom du document	Page
28-07-2019	Publié au Mémorial A n°444 en page 1	7353	<u>202</u>

Résumé

7353

Résumé

Le projet de loi sous rubrique a pour objet de transposer la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Il s'agit d'établir des règles conférant une protection non limitée dans le temps des secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, sans porter atteinte à la liberté d'établissement, la libre circulation ou la mobilité des travailleurs. Elle doit également respecter le droit de conclure des accords de non-concurrence entre employeurs et travailleurs conformément au droit applicable ainsi que le droit à la liberté d'expression et d'information.

Selon les autorités dans l'Union européenne les secrets d'affaires représentent un facteur clé pour la protection des innovations et des connaissances technologiques ou non technologiques au sein des entreprises de l'Union européenne. Ainsi, une protection efficace des secrets d'affaires est une *conditio sine qua non* pour les créateurs et les innovateurs de bénéficier d'une prévisibilité économique accrue afin de tirer profit de leur innovation. Par conséquent, la protection des secrets d'affaires constitue un enjeu économique sérieux pour la compétitivité de l'économie européenne.

Jusqu'à présent, la notion de secret d'affaires était définie par la jurisprudence. La violation d'un secret d'affaires était régie par quatre volets du droit national : l'article 309 du Code pénal a permis à la jurisprudence de dégager la nécessité de la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral ; l'article 1382 du Code civil qui engage la responsabilité civile et exige que la personne ayant causé un préjudice à autrui doive le réparer ; les principes du droit contractuel qui impliquent que toute partie à un contrat est censée exécuter le contrat de bonne foi en vertu de l'article 1134 du Code civil. Également le droit de la concurrence déloyale est appliqué aux litiges opposant deux concurrents potentiels.

Compte tenu de l'absence de législation spécifique sur la protection des secrets d'affaires, il a été décidé de prévoir un texte de loi autonome, reprenant le plus littéralement possible les termes de la directive.

*

7353/00

N° 7353

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2017-2018

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**

* * *

*(Dépôt: le 13.8.2018)***SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (1.8.2018).....	1
2) Exposé des motifs	2
3) Texte du projet de loi	7
4) Commentaire des articles	14
5) Tableau de correspondance	22
6) Fiche financière	23
7) Fiche d'évaluation d'impact.....	23
8) Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des infor- mations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites	26

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur rapport de Notre Ministre de l'Économie et après délibération du Gouvernement en conseil;

Arrêtons:

Article unique.– Notre Ministre de l'Économie est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés 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.

Cabasson, le 1^{er} août 2018

Le Ministre de l'Économie,
Étienne SCHNEIDER

HENRI

*

EXPOSE DES MOTIFS

La directive (UE) 2016/943 du Parlement Européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, a été adoptée le 8 juin 2016.

La directive a pour objet d'établir des règles protégeant les secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Il ressort du considérant (10) de la directive que son objectif est « 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. »

La protection des secrets d'affaires et du savoir-faire en général a pris de plus en plus d'importance au cours de ces dernières années, notamment au sein de l'Union Européenne.

D'un côté, les autorités ont pris conscience du fait que bien que les secrets d'affaires ne soient pas protégés comme des droits de propriété intellectuelle classiques, ils constituent pourtant un instrument tout aussi important pour la protection des innovations et connaissances technologiques ou non technologiques au sein des entreprises de l'Union Européenne.

Ces informations pourraient dans certains cas faire l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, notamment d'un brevet, mais il est possible que le détenteur n'ait soit pas les moyens de faire enregistrer son droit, soit qu'il choisisse de ne pas le faire enregistrer pour d'autres raisons et souhaite conserver sa confidentialité.

D'un autre côté, il existe aussi bon nombre d'informations qui ne remplissent pas les conditions de l'un ou l'autre droit de propriété intellectuelle mais qui ont tout de même une valeur commerciale importante. Il s'agit là entre autres d'informations commerciales stratégiques telles que les informations relatives aux clients et aux fournisseurs, les études de marchés et plans d'affaires etc.

Les entreprises investissent en effet dans le développement et la mise en œuvre de savoir-faire et d'informations, qui vont des connaissances technologiques aux données commerciales telles que les informations relatives aux clients et aux fournisseurs, les plans d'affaires ou les études et stratégies de marché.

Dans son considérant (2), la directive précise que « les entreprises, quelle que soit leur taille, accordent au moins autant de valeur aux secrets d'affaires qu'aux brevets et aux autres formes de droits de propriété intellectuelle. Les petites et moyennes entreprises (PME) accordent une importance encore plus grande aux secrets d'affaires et en sont encore plus tributaires. En protégeant ainsi ces divers savoir-faire et informations commerciales, que ce soit en complément ou en remplacement des droits de propriété intellectuelle, les secrets d'affaires permettent aux créateurs et aux innovateurs de tirer profit de leur création ou de leur innovation et sont dès lors particulièrement importants pour la compétitivité des entreprises ainsi que pour la recherche et le développement et pour les performances liées à l'innovation. »

Or, il ressort des consultations engagées par la Commission sur cette question que, dans les États membres, il existe encore des disparités importantes en ce qui concerne la protection des secrets d'affaires contre leur obtention, leur utilisation ou leur divulgation illicite par des tiers.

D'après le considérant (8) de la directive, « les différences existant entre États membres en matière de protection juridique des secrets d'affaires impliquent que ceux-ci ne bénéficient pas d'un niveau de protection équivalent dans toute l'Union, ce qui entraîne une fragmentation du marché intérieur dans ce domaine et affaiblit l'effet dissuasif global des règles pertinentes. Le marché intérieur est affecté dans la mesure où ces différences réduisent les incitations pour les entreprises à entreprendre des activités économiques transfrontalières liées à l'innovation, y compris la coopération en matière de recherche ou de production avec des partenaires, la sous-traitance ou les investissements dans d'autres États membres, qui dépendent de l'utilisation d'informations bénéficiant d'une protection en tant que secrets d'affaires. »

Cette situation n'est pas de nature à favoriser la libre circulation au sein du marché intérieur et favorise aussi l'activité de concurrents déloyaux qui, après avoir obtenu des secrets d'affaires de façon illicite, pourraient diffuser dans le marché intérieur les biens résultant de cette obtention. Les différences de régime juridique favorisent aussi l'importation dans l'Union de biens issus de pays tiers dont la

conception, la production ou la commercialisation reposent sur des secrets d'affaires volés ou obtenus autrement de façon illicite, via des points d'entrée où la protection est plus faible.

Il est considéré que globalement, ces différences constituent une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur.

Il y a cependant lieu de préciser que la protection des secrets d'affaire ne doit pas restreindre la liberté d'établissement, la libre circulation ou la mobilité des travailleurs. Elle n'est pas non plus destinée à porter atteinte à la possibilité de conclure des accords de non-concurrence entre employeurs et travailleurs conformément au droit applicable.

Il est par ailleurs essentiel que l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, qui englobe la liberté et le pluralisme des médias, comme le prévoit l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne soit pas restreint, notamment en ce qui concerne le journalisme d'investigation et la protection des sources des journalistes. En particulier, la protection des secrets d'affaires ne doit pas entraver les activités des lanceurs d'alerte exercées dans les conditions prévues par la loi.

A cet égard, le considérant (20) de la directive dispose que « les mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive ne devraient pas entraver les activités des lanceurs d'alertes. La protection des secrets d'affaires ne devrait dès lors pas s'étendre aux cas où la divulgation d'un secret d'affaires sert l'intérêt public dans la mesure où elle permet de révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale directement pertinents. Cela ne devrait pas être compris comme empêchant les autorités judiciaires compétentes d'autoriser une dérogation à l'application de mesures, procédures et réparations lorsque le défendeur avait toutes les raisons de croire, de bonne foi, que son comportement satisfaisait aux critères appropriés énoncés dans la présente directive. »

Finalement, il importe que soient respectés le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit à la protection des données à caractère personnel de toute personne dont les données à caractère personnel peuvent être traitées par le détenteur d'un secret d'affaires lorsqu'il prend des mesures visant à protéger un secret d'affaires. La protection des secrets d'affaires ne devrait dès lors pas avoir d'incidence sur les droits et obligations fixés par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil 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, qui sera remplacée par le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), notamment le droit de la personne concernée d'accéder aux données à caractère personnel la concernant qui font l'objet d'un traitement et le droit d'obtenir la rectification, l'effacement ou le verrouillage de ces données lorsqu'elles sont incomplètes ou inexactes.

Le présent projet de loi vise à transposer la directive et à prévoir les mesures et procédures permettant d'agir contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites des secrets d'affaires sous les conditions et dans les limites fixées par le projet de loi.

Jusqu'à présent, la notion de secret d'affaires avait été définie par la jurisprudence. Quatre niveaux de protection pouvaient être envisagés en cas de violation d'un secret d'affaire :

1. Le droit pénal (Article 309 du Code pénal)

L'article 309 du Code pénal stipule :

« Celui qui, étant ou ayant été employé, ouvrier ou apprenti d'une entreprise commerciale, ou industrielle, soit dans un but de concurrence, soit dans l'intention de nuire à son patron, soit pour se procurer un avantage illicite, utilise ou divulgue, pendant la durée de son engagement ou endéans les deux ans qui en suivent l'expiration, les secrets d'affaires ou de fabrication dont il a eu connaissance par suite de sa situation, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 251 euros à 12.500 euros.

Il en est de même de celui qui ayant eu connaissance des secrets d'affaires ou de fabrication appartenant à une personne, soit par l'intermédiaire d'un employé, ouvrier ou apprenti agissant en violation des prescriptions de l'alinéa qui précède, soit par acte contraire à la loi ou aux bonnes moeurs, utilise ces secrets ou les divulgue, soit dans un but de concurrence, soit dans l'intention de nuire à celui à qui ils appartiennent, soit pour se procurer un avantage illicite.

Est passible de la même peine celui qui, dans un but de concurrence, soit dans l'intention de nuire à celui à qui ils appartiennent, soit pour se procurer un avantage illicite, utilise sans en avoir le droit ou communique à autrui des modèles, dessins ou patrons qui lui ont été confiés pour l'exécution de commandes commerciales ou industrielles. »

La jurisprudence retient que le délit de divulgation de secrets d'affaires nécessite la réunion d'un élément matériel, à savoir la divulgation d'un secret d'affaires du patron par un salarié d'une entreprise commerciale ou industrielle ainsi qu'un élément moral, à savoir la divulgation dans un but de concurrence, dans l'intention de nuire ou de se procurer un avantage illicite.

2. Le droit de la responsabilité civile (Article 1382 du Code civil)

L'Article 1382 du Code civil dispose que « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* »

La violation d'un secret d'affaires peut constituer une faute qui cause un préjudice à autrui. Il en est de même d'un quelconque acte de concurrence déloyale. Il faudra dans ce cas, comme dans toute action en responsabilité civile, prouver une faute, un préjudice et un lien de causalité entre cette faute et le préjudice.

3. Le droit contractuel

Il peut y avoir soit violation d'une obligation de confidentialité ou de non-concurrence dans le cadre de contrats commerciaux, soit violation d'une clause de confidentialité ou de non-concurrence, respectivement violation de l'obligation de loyauté, de la part d'un salarié dans cadre d'une relation de travail.

En effet, même en l'absence de clause écrite, le salarié, et toute partie à un contrat en général, est tenu d'exécuter le contrat de bonne foi en vertu de l'article 1134 du Code civil, ce qui implique notamment l'obligation de loyauté et donc de confidentialité.

4. Le droit de la concurrence déloyale

Le droit de la concurrence déloyale qui, jusqu'à présent, était particulièrement bien adapté pour faire cesser toute violation d'un secret d'affaires lorsque le litige se situe entre deux concurrents.

Etant donné qu'il n'existe pas de législation spécifique sur la protection des secrets d'affaires, il a été décidé de prévoir un texte de loi autonome.

En ce qui concerne la méthode de transposition, il a été décidé de transposer toute la directive mais rien que la directive, en reprenant le plus littéralement possible les termes de la directive.

Par ailleurs, les auteurs du présent projet de loi ont pu examiner, de manière non officielle, l'avant-projet de loi belge, qui reprend également aussi fidèlement que possible la directive, et s'en sont inspirés dans la mesure du possible afin de garantir une harmonisation maximale avec nos pays voisins.

Il est précisé que la proposition de loi française se démarque à certains endroits des termes de la directive et n'a donc pas été suivie.

L'article 2 de la directive définit ce qu'est un secret d'affaires.

L'article 3 de la directive établit les cas où l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un tel secret d'affaires est licite. Il s'agit notamment des cas où le secret a été obtenu ou découvert de manière indépendante.

L'article 4 de la directive définit ce qu'est une obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires.

L'article 5 de la directive prévoit finalement des dérogations à la protection conférée aux secrets d'affaires. En effet, dans certains cas, et même si l'on est en présence d'une obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires, le juge devra rejeter toute demande du détenteur du secret d'affaires pour protéger un intérêt jugé supérieur par le législateur européen : il s'agit là essentiellement du droit à la liberté d'expression dans les médias ainsi que de la protection des lanceurs d'alerte qui révèlent une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale dans le but de protéger l'intérêt public général.

Il résulte de cet article 5 de la directive, qui est transposé de manière littérale aussi bien dans l'avant-projet de loi belge que dans le présent projet de loi, que la protection des lanceurs d'alerte telle qu'elle existe actuellement en droit luxembourgeois, n'est pas impactée. Au contraire, le projet de loi précise clairement que les mesures qu'il prévoit ne peuvent pas s'appliquer aux lanceurs d'alerte.

Il est aussi à préciser que le champ d'application de la proposition de directive 2018/0106 sur la protection des personnes dénonçant les infractions du droit de l'Union européenne du 23 avril 2018 n'est pas lié avec celui du présent projet de loi.

Il est précisé que cette disposition ne figurait pas dans le projet de directive initial tel que préparé par la Commission de l'Union européenne. Ce n'est que suite aux discussions qui ont eu lieu avec le Parlement de l'Union européenne que cette disposition a été insérée¹.

En outre, il doit être mentionné que les articles 6, 7 et 17 à 21 de la directive ne donnent pas lieu à transposition.

L'article 6 de la directive contient l'obligation générale des Etats membres de prévoir les mesures, procédures et réparations nécessaires pour qu'une réparation au civil soit possible en cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicites de secrets d'affaires. Ces mesures doivent être justes et équitables, ne doivent pas être inutilement complexes ou coûteuses et ne doivent pas comporter de délais déraisonnables ni entraîner des retards injustifiés et doivent être effectives et dissuasives.

Les mesures prévues par le présent projet de loi correspondent aux exigences précitées.

L'article 7 de la directive traite de la proportionnalité et des abus de procédure. Les mesures, procédures et réparations doivent être appliquées de manière proportionnée et sans créer d'obstacles au commerce légitime dans le marché intérieur, mais il doit également y avoir des mesures de sauvegarde contre leur usage abusif.

En effet, d'après le considérant 21 de la directive, les mesures, procédures et réparations ne devraient pas mettre en péril ou affaiblir les droits et libertés fondamentaux ou l'intérêt public, tels que la sécurité publique, la protection des consommateurs, la santé publique et la protection de l'environnement, et ne devraient pas porter préjudice à la mobilité des travailleurs.

Il appartient dès lors aux autorités judiciaires de prendre en compte des facteurs tels que la valeur du secret d'affaires, la gravité du comportement ayant débouché sur l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite du secret d'affaires, et les incidences de ce comportement.

Le pouvoir d'appréciation souverain des autorités judiciaires inclut de ce fait le pouvoir souverain de peser les intérêts des parties à la procédure judiciaire ainsi que les intérêts des tiers, dont, le cas échéant, les consommateurs.

D'après le considérant 22 de la directive, le bon fonctionnement du marché intérieur serait compromis si les mesures, procédures et réparations prévues étaient utilisées à des fins illégitimes incompatibles avec les objectifs de la présente directive. Il importe dès lors que les autorités judiciaires aient le pouvoir d'adopter des mesures appropriées à l'encontre des demandeurs qui se comportent de manière abusive ou agissent de mauvaise foi en présentant des demandes manifestement non fondées, dans le but, par exemple, de retarder ou de restreindre de façon déloyale l'accès du défendeur au marché ou d'intimider ou de harceler celui-ci autrement.

De ce fait, lorsqu'une demande est manifestement non fondée et qu'il est constaté que le demandeur a engagé la procédure judiciaire abusivement ou de mauvaise foi, le défendeur doit pouvoir demander l'application de mesures appropriées, notamment par exemple l'octroi de dommages et intérêts.

En l'espèce, l'article 6-1 du Code civil dispose que « *tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus.* »

Les juridictions luxembourgeoises ont par ailleurs développé une abondante jurisprudence concernant les procédures abusives et vexatoires et n'hésitent pas à sanctionner l'exercice anormal d'un droit

¹ Cet ajout résulte de la position du Parlement européen exposée dans le "Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (COM(2013)0813 – C7-0431/2013 – 2013/0402(COD))" – Committee on Legal Affairs, Rapporteur: Constance Le Grip – 19 juin 2015

processuel et à condamner l'auteur de l'action abusive à payer des dommages et intérêts à la partie adverse².

Le droit positif actuel satisfait donc aux exigences de l'article 7 de la directive qui ne nécessite de ce fait pas de transposition.

Il appartiendra aux juridictions d'appliquer les mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive de manière proportionnée en évitant la création d'obstacles au commerce légitime dans le marché intérieur.

Par ailleurs, le projet de loi contient des mesures destinées à garantir la confidentialité des secrets d'affaires dans le cadre de procédures ayant pour objet une obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un tel secret d'affaires. Ces mesures découlent de l'**article 9** de la directive.

S'il est vrai que ces mesures peuvent constituer une exception au caractère public des audiences et jugements notamment, il n'en reste pas moins que le caractère contradictoire de la procédure et des débats sera garanti à tout moment. En effet, aussi bien l'article 9 de la directive que l'article 15 du projet de loi précisent que les personnes autorisées à accéder aux audiences et documents de la procédure doivent au moins comprendre une personne physique pour chaque partie ainsi que leurs avocats respectifs.

L'**article 8** de la directive concerne le délai de prescription. Un délai de prescription assez court de deux années a été retenu.

Ce délai ne court qu'à partir du moment où le contrevenant est identifié.

L'**article 16** de la directive n'est pas transposé tel quel. Cet article dispose que les autorités judiciaires doivent pouvoir imposer des sanctions à toute personne qui ne respecte pas, ou refuse de respecter, une mesure adoptée en vertu des articles 9, 10 et 12 de la directive. Il s'agit des mesures destinées à protéger le caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires, des mesures provisoires et conservatoires et des injonctions et mesures correctives prononcées par les juges du fond.

L'article 16 ne précise pas quelles sanctions les autorités judiciaires doivent pouvoir ordonner mais indique que concernant les mesures prévues par les articles 10 et 12, ces sanctions incluent la possibilité d'imposer des astreintes en cas de non-respect.

Les articles transposant les articles 9, 10 et 12 de la directive, à savoir les articles 7, 11 et 15, prévoient que les articles 2059 à 2066 du Code civil, relatifs à l'astreinte, sont applicables.

Les **articles 17 à 21** de la directive constituent les dispositions finales et n'ont pas trait au droit substantif des secrets d'affaires. Ils traitent de l'échange d'informations entre Etats membres, des rapports à préparer par l'Office de l'Union Européenne pour la propriété intellectuelle et la Commission, la transposition, l'entrée en vigueur ainsi que les destinataires de la directive.

Ces articles ne nécessitent pas de transposition.

Le présent projet de loi comprend les chapitres suivants:

- Chapitre 1^{er}: Objet et Champ d'application (Articles 1 et 2)
- Chapitre 2: Obtention, utilisation et divulgation de secrets d'affaires (Articles 3 à 5)
- Chapitre 3: Mesures, procédures et réparations (Articles 6 à 16)

*

² Georges Ravarani, « La responsabilité civile des personnes privées et publiques », 3ème édition, Pasirisie luxembourgeoise, n°84 et suivants.

TEXTE DU PROJET DE LOI

Chapitre 1er – *Objet et champ d'application*

Art. 1^{er}. *Objet et champ d'application*

(1) Sous les conditions et dans les limites fixées par la présente loi, les secrets d'affaires sont protégés contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

(2) Les dispositions de la présente loi ne portent pas atteinte à:

- a) l'exercice du 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) l'application de règles de l'Union européenne et du droit national exigeant des détenteurs de secrets d'affaires qu'ils révèlent, pour des motifs d'intérêt public, des informations, y compris des secrets d'affaires, au public ou aux autorités administratives ou judiciaires pour l'exercice des fonctions de ces autorités;
- c) 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 que ces institutions, organes ou autorités détiennent en vertu des obligations et prérogatives établies par le droit de l'Union européenne ou le droit national et conformément à celles-ci;
- d) l'autonomie des partenaires sociaux et leur droit de conclure des conventions collectives, conformément au droit de l'Union européenne et au droit national et pratiques nationales.

(3) Les dispositions de la présente loi ne peuvent pas être interprétées comme permettant de restreindre la mobilité des travailleurs. En particulier, en ce qui concerne l'exercice de cette mobilité, les dispositions de la présente loi ne permettent aucunement:

- a) de limiter l'utilisation par les travailleurs d'informations qui ne constituent pas un secret d'affaires tel qu'il est défini à l'article 2, point 1);
- b) de limiter l'utilisation par les travailleurs de l'expérience et des compétences acquises de manière honnête dans l'exercice normal de leurs fonctions;
- c) d'imposer aux travailleurs dans leur contrat de travail des restrictions supplémentaires autres que celles imposées conformément au droit de l'Union européenne ou au droit national.

Art. 2. *Définitions*

Aux fins de la présente loi, on entend par:

- 1° «secret d'affaires», des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes:
 - a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles;
 - b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes;
 - c) elles ont 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 les garder secrètes;
- 2° «détenteur d'un secret d'affaires», toute personne physique ou morale qui a le contrôle d'un secret d'affaires de façon licite;
- 3° «contrevenant», toute personne physique ou morale qui a obtenu, utilisé ou divulgué un secret d'affaires de façon illicite;
- 4° «biens en infraction», des biens dont le dessin ou 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.

Chapitre 2 – Obtention, utilisation et divulgation de secrets d'affaires

Art. 3. Obtention, utilisation et divulgation licites de secrets d'affaires

(1) 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:

- a) une découverte ou une création indépendante;
- b) l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'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 et qui n'est pas liée par une obligation juridiquement valide de limiter l'obtention du secret d'affaires;
- c) l'exercice du droit des travailleurs ou des représentants des travailleurs à l'information et à la consultation, conformément au droit de l'Union européenne et au droit national et pratiques nationales;
- d) toute autre pratique qui, eu égard aux circonstances, est conforme aux usages honnêtes en matière commerciale.

(2) L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme licite dans la mesure où elle est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

Art. 4. Obtention, utilisation et divulgation illicites de secrets d'affaires

(1) L'obtention d'un secret d'affaires sans le consentement du détenteur du secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée par le biais:

- a) d'un 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;
- b) de tout autre comportement qui, eu égard aux circonstances, est considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

(2) L'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée, sans le consentement du détenteur du secret d'affaires, par une personne dont il est constaté qu'elle répond à l'une ou l'autre des conditions suivantes:

- a) elle a obtenu le secret d'affaires de façon illicite;
- b) elle agit en violation d'un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires;
- c) elle agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation limitant l'utilisation du secret d'affaires.

(3) L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, une personne savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ledit secret d'affaires avait été obtenu directement ou indirectement d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du paragraphe 2.

(4) 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 sont aussi considérés comme une utilisation illicite d'un secret d'affaires lorsque la personne qui exerce ces activités savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que le secret d'affaires était utilisé de façon illicite au sens du paragraphe 2.

Art. 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 de leur fonction conformément au droit de l'Union européenne ou au droit national, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice;
- d) aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

Chapitre 3 – Mesures, procédures et réparations

Section 1 – Dispositions générales

Art. 6. Personnes habilitées à agir

Le détenteur d'un secret d'affaires a le droit de demander l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente loi afin d'empêcher, ou d'obtenir réparation pour, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de son secret d'affaires.

Section 2 – Mesures provisoires et conservatoires

Art. 7. Mesures et conditions d'octroi

(1) Le détenteur d'un secret d'affaires peut, dans les formes du référé prévu par les articles 934 et suivants du nouveau Code de procédure civile, saisir le président du tribunal d'arrondissement afin d'obtenir une ordonnance de référé à l'encontre du contrevenant supposé visant à:

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires à titre provisoire;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des biens en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des biens en infraction à ces fins;
- c) la saisie ou la remise des biens soupçonnés d'être en infraction, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché.

(2) Le président du tribunal ou le juge qui le remplace, statuant sur cette demande, examine, sur base de tout élément de preuve qui peut être raisonnablement considéré comme étant accessible, afin d'acquiescer avec un degré de certitude suffisant la conviction que:

- a) le secret d'affaires existe ;
- b) le demandeur est le détenteur du secret d'affaires ; et
- c) le secret d'affaires a été obtenu, est utilisé ou est divulgué de façon illicite, ou une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite de ce secret d'affaires est imminente.

(3) Le président ou le juge qui le remplace prend en considération, lorsqu'il décide s'il est fait droit à la demande ou si celle-ci est rejetée, et qu'il évalue son caractère proportionné, les circonstances particulières de l'espèce, y compris, s'il y a lieu:

- a) la valeur ou d'autres caractéristiques du secret d'affaires;
- b) les mesures prises pour protéger le secret d'affaires;
- c) le comportement du défendeur lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;
- d) l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires;
- e) les intérêts légitimes des parties et l'incidence que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait avoir sur les parties;
- f) les intérêts légitimes des tiers;
- g) l'intérêt public; et
- h) la sauvegarde des droits fondamentaux.

(4) L'ordonnance peut intervenir indépendamment de l'action publique. La mesure ordonnée par le président ou le juge qui le remplace prend toutefois fin en cas de décision d'acquiescement prononcée par le juge pénal et coulée en force de chose jugée.

(5) Sont applicables les articles 2059 à 2066 du Code Civil.

Art. 8. Mesures de substitution et garanties

(1) Le président du tribunal ou le juge qui le remplace peut, en lieu et place des mesures visées à l'article 7, subordonner la poursuite de l'utilisation illicite alléguée d'un secret d'affaires à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du détenteur du secret d'affaires. La divulgation d'un secret d'affaires en échange de la constitution de garanties n'est pas autorisée.

(2) Le président du tribunal ou le juge qui le remplace peut subordonner les mesures visées à l'article 7 à la constitution, par le demandeur, d'une caution adéquate ou d'une garantie équivalente destinée à assurer l'indemnisation de tout préjudice éventuel subi par le défendeur et, le cas échéant, par toute autre personne touchée par les mesures.

Art. 9. Obligation d'agir au fond et révocation des mesures provisoires et conservatoires

(1) Dans les cas où il est fait application, par une personne agissant sur base de la présente loi pour faire cesser l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, les mesures provisoires et conservatoires seront révoquées ou cesseront autrement de produire leurs effets, à la demande du défendeur, si:

- a) le demandeur n'engage pas de procédure judiciaire conduisant à une décision au fond devant une juridiction compétente dans un délai raisonnable qui sera déterminé par le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace ordonnant les mesures, ou, en l'absence d'une telle détermination, dans un délai d'un mois à compter de la signification de l'ordonnance ; ou
- b) les informations en question ne répondent plus aux conditions de l'article 2, paragraphe 1), pour des raisons qui ne dépendent pas du défendeur.

(2) Lorsque les mesures visées à l'article 7 sont révoquées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du demandeur, ou lorsqu'il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu obtention, utilisation ou divulgation illicite du secret d'affaires ou menace de tels comportements, le défendeur ou un tiers lésé peuvent demander à la juridiction compétente de condamner le demandeur à verser indemnisation appropriée en réparation de tout dommage causé par ces mesures.

Section 3 : Actions civiles et mesures résultant d'une décision judiciaire quant au fond

Art. 10. Compétence

Les demandes introduites sur base de la présente loi visant à obtenir une décision au fond quant à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires sont portées, quelle que soit la valeur de la demande, devant la chambre du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, même si les parties ne sont pas à qualifier de commerçants.

Art. 11. Injonctions et mesures correctives

(1) Lorsque la juridiction constate une obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires, elle peut, à la demande du demandeur, ordonner à l'encontre du contrevenant l'une ou plusieurs mesures suivantes:

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des produits en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des produits en infraction à ces fins;
- c) l'adoption de mesures correctives appropriées en ce qui concerne les biens en infraction;
- d) la destruction de tout ou partie de tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique qui contient ou matérialise le secret d'affaires ou, selon le cas, la remise au demandeur de tout ou partie de ces documents, objets, matériaux, substances ou fichiers électroniques.

(2) Les mesures correctives visées au paragraphe 1, point c), comprennent:

- a) le rappel des biens en infraction se trouvant sur le marché;

- b) la suppression du caractère infractionnel du bien en infraction;
- c) la destruction des biens en infraction ou, selon le cas, leur retrait du marché, à condition que ce retrait ne nuise pas à la protection du secret d'affaires en question.

(3) Lorsque la juridiction ordonne de retirer du marché des biens en infraction, elle peut, à la demande du détenteur du secret d'affaires, ordonner que ces biens soient remis audit détenteur ou à des organisations caritatives.

(4) Les mesures visées au paragraphe 1, points c) et d), sont mises en œuvre aux frais du contrevenant, à moins que des raisons particulières ne s'y opposent. Ces mesures sont sans préjudice des éventuels dommages et intérêts dus au détenteur du secret d'affaires en raison de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

(5) Sont applicables les articles 2059 à 2066 du Code Civil.

Art. 12. Conditions d'application, mesures de sauvegarde et mesures de substitution

(1) La juridiction, prend en considération, lorsqu'elle statue sur une demande ayant pour objet l'adoption des injonctions et mesures correctives prévues à l'article 11, et qu'elle évalue son caractère proportionné, les circonstances particulières de l'espèce, y compris, s'il y a lieu:

- a) la valeur ou d'autres caractéristiques du secret d'affaires;
- b) les mesures prises pour protéger le secret d'affaires;
- c) le comportement du contrevenant lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;
- d) l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires;
- e) les intérêts légitimes des parties et l'incidence que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait avoir sur les parties;
- f) les intérêts légitimes des tiers;
- g) l'intérêt public; et
- h) la sauvegarde des droits fondamentaux.

Lorsque la juridiction limite la durée des mesures visées à l'article 11, paragraphe 1, points a) et b), cette durée doit être suffisante pour éliminer tout avantage commercial ou économique que le contrevenant aurait pu tirer de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

(2) Les mesures visées à l'article 11, paragraphe 1, points a) et b), sont révoquées ou cessent autrement de produire leurs effets, à la demande du défendeur si les informations en question ne répondent plus aux conditions de l'article 2, point 1), pour des raisons qui ne dépendent pas directement ou indirectement du défendeur.

(3) A la demande de la personne passible des mesures prévues à l'article 11, la juridiction peut ordonner le versement d'une compensation financière à la partie lésée en lieu et place de l'application desdites mesures si l'ensemble des conditions suivantes sont remplies:

- a) la personne concernée au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires ne savait pas ni, eu égard aux circonstances, n'aurait dû savoir que le secret d'affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite;
- b) l'exécution des mesures en question causerait à cette personne un dommage disproportionné; et
- c) le versement d'une compensation financière à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant.

Lorsqu'une compensation financière est ordonnée en lieu et place des mesures visées à l'article 11, paragraphe 1, points a) et b), cette compensation financière ne dépasse pas le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si la personne concernée avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret d'affaires pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret d'affaires aurait pu être interdite.

Art. 13. Dommages et intérêts

(1) Le détenteur du secret d'affaires a droit à réparation du tout préjudice qu'il subit du fait d'une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite d'un secret d'affaires commise par un contrevenant

qui savait ou aurait dû savoir qu'il se livrait à une telle obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires.

(2) Lorsqu'elle fixe le montant des dommages et intérêts visés au paragraphe 1, la juridiction prend en considération tous les facteurs appropriés tels que les conséquences économiques négatives, y compris le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans les cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, tel que le préjudice moral causé au détenteur de secrets d'affaires du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

Alternativement, la juridiction peut, dans les cas appropriés, fixer un montant forfaitaire de dommages et intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret d'affaires en question.

Section 4 – Dispositions applicables à toutes les procédures relatives à l'obtention, utilisation et divulgation illicite d'un secret d'affaires

Art. 14. Publication des décisions judiciaires

(1) La juridiction saisie d'une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires peut ordonner, à la demande du demandeur et aux frais du contrevenant, des mesures appropriées pour la diffusion de l'information concernant la décision, y compris sa publication intégrale ou partielle.

(2) Toute mesure visée au paragraphe 1 du présent article protège le caractère confidentiel des secrets d'affaires comme le prévoit l'article 15.

(3) Lorsqu'elle décide d'ordonner ou non une mesure visée au paragraphe 1 et qu'elle évalue son caractère proportionné, la juridiction prend en considération, le cas échéant, la valeur du secret d'affaires, le comportement du contrevenant lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et la probabilité que le contrevenant continue à utiliser ou divulguer de façon illicite le secret d'affaires.

La juridiction prend également en considération le fait que les informations relatives au contrevenant seraient ou non de nature à permettre l'identification d'une personne physique et, dans l'affirmative, le fait que la publication de ces informations serait ou non justifiée, notamment au regard du préjudice éventuel que cette mesure pourrait causer à la vie privée et la réputation du contrevenant.

(4) Dans le cadre des procédures provisoires et conservatoires visées à l'article 7, les mesures de publicité ne peuvent toutefois être autorisées que si elles sont de nature à contribuer à la cessation de l'acte incriminé ou de ses effets.

Le président du tribunal d'arrondissement fixe le montant que la partie à qui une mesure de publicité a été accordée conformément au premier alinéa et qui a exécuté la mesure malgré un recours introduit à temps contre l'ordonnance, devra payer à la partie au détriment de laquelle la mesure de publicité a été prononcée, si celle-ci est annulée en appel.

Art. 15. Protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires

(1) Les parties, leurs avocats ou autres représentants, le personnel judiciaire, les témoins, les experts et toute autre personne participant à une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, ou ayant accès à des documents faisant partie d'une telle procédure, ne sont pas autorisés à utiliser ou divulguer un secret d'affaires ou un secret d'affaires allégué que la juridiction a, en réponse à la demande dûment motivée d'une partie intéressée ou d'office, qualifié de confidentiel et dont ils ont eu connaissance en raison de cette participation ou de cet accès.

(2) L'obligation de confidentialité visée au paragraphe 1 perdure après la fin de la procédure judiciaire. Toutefois, elle cesse d'exister dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes:

a) il est constaté, dans une décision définitive, que le secret d'affaires allégué ne remplit pas les conditions prévues à l'article 2, paragraphe 1); ou

b) les informations en cause sont devenues, au fil du temps, généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement de ce genre d'informations, ou sont devenues aisément accessibles à ces personnes.

(3) La juridiction peut, en outre, à la demande dûment motivée d'une partie ou d'office, prendre les mesures particulières nécessaires pour protéger le caractère confidentiel de tout secret d'affaires ou secret d'affaires allégué utilisé ou mentionné au cours d'une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Les mesures visées au premier alinéa incluent au moins la possibilité:

- a) de restreindre à un nombre limité de personnes l'accès à tout ou partie d'un document contenant des secrets d'affaires ou des secrets d'affaires allégués produit par les parties ou par des tiers;
- b) 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, ainsi qu'aux procès-verbaux ou notes d'audience;
- c) de mettre à la disposition de toute personne autre que celles faisant partie du nombre limité de personnes visées aux points a) et b) une version non confidentielle de toute décision judiciaire dans laquelle les passages contenant des secrets d'affaires ont été supprimés ou biffés.

Le nombre de personnes visées au deuxième alinéa, points a) et b), n'est pas supérieur à ce qui est nécessaire pour garantir aux parties à la procédure judiciaire le respect de leur droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial et il comprend, au moins, une personne physique pour chaque partie et l'avocat de chaque partie ou d'autres représentants de ces parties à la procédure judiciaire.

(4) Lorsqu'elle se prononce sur les mesures visées au paragraphe 3 et évalue leur caractère proportionné, la juridiction prend en considération la nécessité de garantir le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, les intérêts légitimes des parties et, le cas échéant, des tiers, ainsi que tout dommage que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait causer à l'une ou l'autre des parties et, le cas échéant, à des tiers.

(5) La juridiction prend les mesures appropriées pour assurer le respect des décisions prises en vertu des paragraphes 1, 2 et 3, le cas échéant en les ordonnant sous peine d'astreinte.

(6) Tout traitement de données à caractère personnel en vertu du paragraphe 1, 2, 3, 4 ou 5 est effectué conformément aux règles de l'Union européenne et au droit national relatifs à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Art. 16. Prescription

(1) Les actions basées sur les articles 6 à 15 de la présente loi sont prescrites après deux ans à compter du moment où le détenteur du secret d'affaires a connaissance ou est présumé avoir raisonnablement connaissance de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et qu'il connaît ou est présumé raisonnablement connaître l'identité du contrevenant.

(2) La prescription est interrompue par toute sommation en cessation donnée par exploit d'huissier et par toute action en référé ou au fond introduite en justice sur base des articles 6 à 15 de la présente loi ou faite en vertu d'une clause d'arbitrage.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Ad article 1er

Cet article définit l'objet et le champ d'application de la loi et correspond aux articles 1.2 et 1.3. de la directive.

Il y a lieu de se référer aux considérants (11), (12), et (19) qui disposent :

« (11) La présente directive ne devrait pas porter atteinte à l'application des règles de l'Union ou des règles nationales qui imposent la divulgation d'informations, y compris de secrets d'affaires, au public ou aux autorités publiques. Elle ne devrait pas non plus porter atteinte à l'application de règles qui permettent aux autorités publiques de recueillir des informations dans l'exercice de leurs fonctions, ou de règles qui permettent ou imposent toute divulgation ultérieure par ces autorités publiques d'informations pertinentes pour le public. Ces règles comprennent, en particulier, des règles relatives à la divulgation par les institutions et organes de l'Union ou par les autorités publiques nationales d'informations commerciales qu'ils détiennent en vertu du règlement (CE) no 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil (4), du règlement (CE) no 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil (5) et de la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil (6) ou en vertu d'autres règles concernant l'accès du public aux documents ou les obligations de transparence des autorités publiques nationales.

(12) La présente directive ne devrait pas porter atteinte au droit des partenaires sociaux de conclure des conventions collectives, lorsqu'elles sont prévues par le droit du travail, en ce qui concerne toute obligation de ne pas divulguer un secret d'affaires ou d'en limiter l'utilisation et les conséquences d'un manquement à une telle obligation par la partie qui y est soumise. Cela devrait être à la condition qu'une telle convention collective ne restreigne pas les exceptions prévues dans la présente directive, lorsqu'une demande ayant pour objet l'application de mesures, procédures ou réparations prévues par la présente directive pour cause d'obtention, d'utilisation ou de divulgation alléguée d'un secret d'affaires doit être rejetée.

(19) Bien que la présente directive prévoie des mesures et des réparations pouvant consister à prévenir la divulgation d'informations afin de protéger le caractère confidentiel des secrets d'affaires, il est essentiel que l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, qui englobe la liberté et le pluralisme des médias, comme le prévoit l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée «Charte»), ne soit pas restreint, notamment en ce qui concerne le journalisme d'investigation et la protection des sources des journalistes. »

Ad article 2

Cet article vise à transposer l'article 2 de la directive et contient les définitions qui ont été reprises mot pour mot.

La définition du secret d'affaires est très proche de celle qui a été développée par les juridictions luxembourgeoises ainsi que de celle de l'article 39(2) de l'ADPIC (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce 1994) qui dispose :

« Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements:

- a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;
- b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; et
- c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets. »

Cette définition vise à couvrir les savoir-faire, les informations commerciales et les informations technologiques lorsqu'il existe à la fois un intérêt légitime à les garder confidentiels et une attente légitime de protection de cette confidentialité.

Par ailleurs, ces savoir-faire ou informations devraient avoir une valeur commerciale, effective ou potentielle. Ces savoir-faire ou informations devraient être considérés comme ayant une valeur commerciale, par exemple lorsque leur obtention, utilisation ou divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle.

La définition du secret d'affaires exclut les informations courantes et l'expérience et les compétences obtenues par des travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonctions ainsi que les informations qui sont généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou qui leur sont aisément accessibles.

Ad article 3

Cet article vise à transposer l'article 3 de la directive et décrit ce qui constitue une obtention, utilisation et divulgation licite d'un secret d'affaires.

Le texte de l'article 3 de la directive est repris tel quel.

L'obtention, utilisation ou divulgation de secrets d'affaires par les moyens énumérées dans cet article est considérée comme licite et ne peut pas faire l'objet des mesures prévues par le présent projet de loi.

La protection des secrets d'affaires ne doit pas créer de droits exclusifs et la découverte indépendante des mêmes savoir-faire ou informations doit donc rester possible. En particulier, l'ingénierie inverse d'un produit obtenu de façon licite doit être considérée comme un moyen licite d'obtenir des informations, sauf dispositions contractuelles contrares.

En outre, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de secrets d'affaires, lorsqu'elle est imposée ou autorisée par la loi, doit être considérée comme licite. Cela concerne notamment l'obtention et la divulgation de secrets d'affaires dans le cadre de l'exercice des droits des représentants des travailleurs à l'information, à la consultation et à la participation conformément au droit de l'Union européenne ou au droit luxembourgeois et dans le cadre de la défense collective des intérêts des travailleurs et employeurs, y compris la codétermination, ainsi que l'obtention ou la divulgation d'un secret d'affaires dans le cadre de contrôles légaux des comptes effectués conformément au droit de l'Union européenne ou au droit luxembourgeois.

Cependant, le fait de considérer comme licite l'obtention d'un secret d'affaires dans ce cadre est sans préjudice de toute obligation de confidentialité concernant le secret d'affaires ou de toute restriction quant à son utilisation que le droit impose à la personne qui reçoit ou obtient les informations.

A ce sujet il y a lieu de se référer au considérant (18) de la directive qui précise que la « *présente directive ne devrait pas libérer les autorités publiques des obligations de confidentialité auxquelles elles sont soumises à l'égard des informations transmises par les détenteurs de secrets d'affaires, que ces obligations soient définies dans le droit de l'Union ou le droit national. Ces obligations de confidentialité comprennent, entre autres, les obligations en ce qui concerne les informations transmises aux pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de la passation de marchés, fixées, par exemple, dans la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, dans la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil et dans la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil.* »

Ad article 4

Cet article vise à transposer l'article 4 de la directive et décrit ce qui constitue une obtention, utilisation et divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Le texte de l'article 4 de la directive est repris tel quel.

Ad article 5

Cet article vise à transposer l'article 5 de la directive et contient des dérogations au principe de protection des secrets d'affaires.

Le texte reprend littéralement celui de l'article 5 de la directive.

Il est effet essentiel que l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, qui englobe la liberté et le pluralisme des médias, comme le prévoit l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne soit pas restreint, notamment en ce qui concerne le journalisme d'investigation et la protection des sources des journalistes.

En particulier, la protection des secrets d'affaires ne doit pas entraver les activités des lanceurs d'alertes. La protection des secrets d'affaires ne doit dès lors pas s'étendre aux cas où la divulgation d'un secret d'affaires sert l'intérêt public dans la mesure où elle permet de révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale directement pertinents.

Par ailleurs, la deuxième partie du considérant (20) de la directive précise à cet égard que les dispositions de cet article ne doivent pas être comprises « *comme empêchant les autorités judiciaires compétentes d'autoriser une dérogation à l'application de mesures, procédures et réparations lorsque le défendeur avait toutes les raisons de croire, de bonne foi, que son comportement satisfaisait aux critères appropriés énoncés dans la présente loi* ».

Au contraire, le projet de loi précise clairement que les mesures qu'il prévoit ne peuvent pas s'appliquer aux lanceurs d'alerte.

Il est précisé que l'article 5 de la directive ne figurait pas dans le projet de directive initial tel que préparé par la Commission de l'Union européenne. Ce n'est que suite aux discussions qui ont eu lieu avec le Parlement de l'Union européenne que cette disposition a été insérée³.

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.

La protection des lanceurs d'alerte telle qu'elle existe actuellement en droit luxembourgeois, n'est donc pas impactée et est tout à fait garantie par le présent projet de loi.

Ad article 6

L'article 6 du projet de loi précise quelles sont les personnes qui sont habilitées à agir contre une utilisation, obtention ou divulgation illicite d'un secret d'affaires et ce que ces personnes peuvent obtenir, à savoir toute personne physique ou morale qui a le contrôle d'un secret d'affaires de façon licite.

Il est précisé qu'il pourrait donc également s'agir d'un licencié qui détient le secret d'affaires de manière licite.

L'article 4.1 de la directive dispose que les Etats membres doivent veiller à ce que les détenteurs de secrets d'affaires aient le droit de demander l'application des mesures, procédures et réparations afin d'empêcher, ou d'obtenir réparation pour, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de leurs secrets d'affaires.

Par ailleurs, la loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et portant désignation des tribunaux des dessins ou modèles communautaires, et ayant pour objet de modifier:

- la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et bases de données,
- la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention.

(ci-après la « Loi du 22 mai 2009 ») mentionne également quelles personnes sont habilitées à intenter les procédures prévues par ladite loi.

L'avant-projet de loi belge contient une disposition similaire.

Ad article 7

Cet article vise à transposer les articles 10 et 11 de la directive qui sont relatifs aux mesures provisoires et conservatoires et à leurs conditions d'octroi.

Ces dispositions touchant au droit procédural, il n'est pas possible de les transposer littéralement. Il a été choisi de se rapprocher le plus possible des mesures provisoires et conservatoires prévues en matière de propriété intellectuelle par les articles 27 et suivants de la Loi du 22 mai 2009.

Ces mesures suivent donc les formes du référé prévues par les articles 934 et suivants du nouveau Code de procédure civile, y compris les dispositions relatives à la procédure d'appel.

³ Cet ajout résulte de la position du Parlement européen exposée dans le "Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (COM(2013)0813 – C7-0431/2013 – 2013/0402(COD))" – Committee on Legal Affairs, Rapporteur: Constance Le Grip – 19 juin 2015

L'article 10.1 a) et b) de la directive prévoit une procédure de référé visant à faire cesser ou interdire l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires ainsi que d'interdire la production, offre, mise sur le marché, importation, exportation, stockage ou utilisation des biens en infraction.

Le point c) de l'article 10.1 de la directive prévoit la possibilité de demander la saisie ou la remise des biens soupçonnés d'être en infraction, y compris de biens importés afin d'éviter leur entrée ou circulation sur le marché.

Ces mesures provisoires sont importantes alors qu'une fois que le secret d'affaires est divulgué au public, il est impossible de revenir en arrière.

En ce qui concerne les conditions d'application, l'article 11 de la directive habilite les autorités judiciaires à exiger des éléments de preuve raisonnablement accessibles afin d'acquiescer avec une certitude suffisante la conviction qu'un secret d'affaires existe, que le demandeur est le détenteur dudit secret d'affaires et que le secret d'affaires a été obtenu, est utilisé ou divulgué de manière illicite ou que cette atteinte est imminente.

Par ailleurs, les autorités judiciaires doivent, lorsqu'elles décident de faire droit à la demande ou de la refuser, tenir compte du principe de proportionnalité. Pour ce faire, elles doivent prendre en compte les circonstances particulières de l'espèce. Le texte donne une liste non limitative de telles circonstances particulières qui peuvent être prises en compte.

A ce sujet, le considérant (21) de la directive dispose que « conformément au principe de proportionnalité, les mesures, procédures et réparations prévues pour protéger les secrets d'affaires devraient être ajustées à l'objectif visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur de la recherche et de l'innovation, en particulier en ayant un effet dissuasif à l'égard de l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites d'un secret d'affaires. Un tel ajustement des mesures, procédures et réparations ne devrait pas mettre en péril ou affaiblir les droits et libertés fondamentaux ou l'intérêt public, tels que la sécurité publique, la protection des consommateurs, la santé publique et la protection de l'environnement, et ne devrait pas porter préjudice à la mobilité des travailleurs. À cet égard, les mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive visent à garantir la prise en compte par les autorités judiciaires compétentes de facteurs tels que la valeur du secret d'affaires, la gravité du comportement ayant débouché sur l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite du secret d'affaires, et les incidences de ce comportement. Il convient également de veiller à ce que les autorités judiciaires compétentes soient dotées du pouvoir souverain de peser les intérêts des parties à la procédure judiciaire ainsi que les intérêts des tiers, dont, le cas échéant, les consommateurs. »

L'article 7 §4 provient de l'article 8 alinéa 2 de la loi du 23 décembre 2016 sur les ventes en soldes et sur trottoir et la publicité trompeuse et comparative. Il est en effet important qu'une mesure de cessation provisoire puisse être ordonnée en attendant l'issue d'une éventuelle procédure pénale en cours. L'avant-projet de loi belge contient une disposition similaire.

Ad Article 8

Cet article, intitulé « Mesures de substitution » et garanties, vise à transposer les articles 10.2 et 11.4 de la directive.

Il est estimé que dans certains cas, il pourrait être plus approprié de permettre au contrevenant supposé, sous réserve de la constitution d'une ou plusieurs garanties, de continuer à utiliser le secret d'affaires, notamment lorsqu'il n'y a guère de risque que ce secret entre dans le domaine public.

Il a également été prévu que les mesures conservatoires peuvent être subordonnées à la constitution de garanties pour couvrir les frais et dommages subis par le défendeur en raison d'une demande injustifiée, surtout dans les cas où tout retard serait de nature à causer un préjudice irréparable au détenteur légitime de secrets d'affaires.

Cette possibilité existe déjà en matière de propriété intellectuelle, notamment dans la Loi du 22 mai 2009 (article 27).

Ad article 9

L'article 9 vise à transposer l'article 11.3 et 11.5 de la directive et prévoit, comme c'est déjà le cas dans les affaires de propriété intellectuelle, l'obligation d'assigner le défendeur au fond endéans un délai ne dépassant pas 20 jours ouvrables ou 31 jours civils.

A l'instar de la Loi du 22 mai 2009, il a été décidé de fixer le délai pour agir à un mois à compter de la signification de l'ordonnance de référé. Ce choix est destiné à faciliter la computation du délai.

En ce qui concerne le point de départ du délai, la directive est muette. Il est proposé que le délai d'un mois court à partir de la signification de l'ordonnance.

La directive prévoit par ailleurs que les mesures seront abrogées à la demande du défendeur.

L'article 11.5 de la directive précise que lorsque les mesures conservatoires sont révoquées ou lorsqu'il n'y a pas eu obtention, utilisation ou divulgation illicite du secret d'affaires ou de menace d'une telle atteinte, les autorités judiciaires peuvent octroyer des dommages-intérêts au défendeur ou tiers lésé et à sa demande.

S'agissant de la réparation d'un dommage causé par l'action ou l'inaction du demandeur, ce régime de dédommagement s'inscrit dans la logique des articles 1382 et suivants du Code civil.

Il appartiendra à la partie lésée d'assigner le demandeur initial devant la juridiction compétente. Il peut ici s'agir soit du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile soit du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. Il est précisé que la compétence exclusive prévue par l'article 10 du projet de loi ne s'applique qu'aux actions au fond engagées par le détenteur du secret d'affaires sur base de la présente loi.

Ad Article 10

La directive ne contient pas de disposition relative à la compétence des juridictions.

S'agissant de secrets d'affaires et de dispositions et principes proches de ceux du droit des marques et de la concurrence déloyale, il est proposé de prévoir la compétence du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, que les parties soient commerçants ou non. Le projet de loi belge prévoit une disposition similaire et précise que les demandes relatives à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires relèvent de la compétence des tribunaux de commerce, même lorsque les parties ne sont pas des entreprises.

Il est précisé qu'il ne s'agit que des demandes initiées par les détenteurs des secrets d'affaires afin d'obtenir une décision au fond visant à sanctionner une obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires. Les demandes en indemnisation intentées par une partie lésée par une action ou omission du demandeur initial, relèvent de la compétence de droit commun comme précisé dans le commentaire de l'article 9 ci-dessus.

Ad Article 11

L'article 11 vise à transposer l'article 12 de la directive concernant les injonctions et mesures correctives.

On entend par juridiction la chambre du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale telle que mentionnée à l'article 10 du projet de loi.

L'article 11 de la Directive prévoit que lorsqu'une décision judiciaire rendue au fond constate qu'il y a eu atteinte à un secret d'affaires, les autorités judiciaires doivent pouvoir ordonner, à la demande du détenteur du secret d'affaires, la cessation de l'atteinte ainsi que l'interdiction de produire, vendre, importer, exporter et stocker les produits faisant l'objet de l'infraction, la destruction de tout document ou matériau relatif au secret d'affaires ou la remise de ces documents au demandeur ou tout autre mesure corrective appropriée concernant les biens faisant l'objet de l'atteinte.

En particulier, ces mesures correctives incluent 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, selon le cas, leur retrait du marché, à condition que cela ne nuise pas à la protection du secret d'affaires.

A la demande du détenteur du secret d'affaires, les biens en infraction pourront lui être remis ou bien donnés à une organisation caritative.

Ces mesures sont ordonnées aux frais du contrevenant et sont sans préjudice de l'attribution de dommages et intérêts qui pourraient être dus en vertu de l'article 13 de la loi.

Afin de rendre ces injonctions et mesures correctives efficaces, celles-ci peuvent être assorties d'une astreinte.

Il est précisé que plusieurs mesures correctives peuvent être ordonnées cumulativement et qu'elles peuvent également s'appliquer lorsque le secret d'affaires est utilisé pour la prestation de services.

Concernant les mesures prévues, le considérant (28) de la directive précise :

« (28) Il est possible qu'un secret d'affaires puisse être utilisé de façon illicite pour concevoir, produire ou commercialiser des biens, ou des composants de biens, susceptibles d'être diffusés sur le marché intérieur, portant ainsi atteinte aux intérêts commerciaux du détenteur du secret d'affaires et au fonctionnement du marché intérieur. Dans ces cas, et lorsque le secret d'affaires en question a une incidence significative sur la qualité, la valeur ou le prix des biens résultant de cette utilisation illicite ou sur la réduction du coût, la facilitation ou l'accélération de leurs procédés de production ou de commercialisation, il est important de doter les autorités judiciaires du pouvoir d'ordonner des mesures efficaces et appropriées pour que ces biens ne soient pas mis sur le marché ou en soient retirés. Considérant la nature mondiale du commerce, il est en outre nécessaire que, parmi ces mesures, figure l'interdiction d'importer de tels biens dans l'Union ou de les y stocker aux fins de les offrir ou de les mettre sur le marché. Eu égard au principe de proportionnalité, les mesures correctives ne devraient pas forcément impliquer la destruction des biens s'il existe d'autres alternatives acceptables, comme supprimer le caractère infractionnel du bien ou l'écarter des circuits commerciaux, par exemple en le donnant à des organisations caritatives. »

Ad article 12

L'article 12 vise à transposer l'article 13 de la directive et concerne les conditions d'application, mesures de sauvegarde et mesures de substitution.

Il est stipulé que les autorités judiciaires doivent, lorsqu'elles examinent une demande d'injonction ou de mesure correctrice, tenir compte du principe de proportionnalité. Pour ce faire, elles doivent prendre en compte les circonstances particulières de l'espèce.

Le texte donne une liste non limitative de telles circonstances particulières qui peuvent être prises en compte.

Par ailleurs, il est possible qu'une personne ait obtenu un secret d'affaires de bonne foi et prenne conscience seulement par la suite, y compris à la suite d'une notification qui lui est faite par le détenteur initial du secret d'affaires, que la connaissance qu'elle a de ce secret d'affaires provient de sources recourant à l'utilisation ou à la divulgation illicite dudit secret d'affaires.

Afin d'éviter que, dans de telles circonstances, les mesures correctives ou les injonctions prévues ne causent un préjudice disproportionné à cette personne, il a été prévu, qu'à titre de mesure alternative, si l'affaire s'y prête, une compensation financière pourrait être versée à la partie lésée.

Cette indemnisation ne devrait, toutefois, pas dépasser le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si cette personne avait obtenu l'autorisation d'utiliser ledit secret d'affaires pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret d'affaires aurait pu être empêchée par le détenteur initial du secret d'affaires. Néanmoins, lorsque l'utilisation illicite du secret d'affaires constitue une violation de la loi autre que celle qui est prévue dans la présente loi ou est susceptible de porter préjudice aux consommateurs, cette utilisation illicite devrait être interdite.

Ad article 13

L'article 13 vise à transposer l'article 14 de la directive relative aux dommages et intérêts.

Afin d'éviter qu'une personne qui obtient, utilise ou divulgue un secret d'affaires de façon illicite, en connaissance de cause ou en ayant des motifs raisonnables de connaître la situation, ne puisse tirer parti d'un tel comportement, et pour veiller à ce que le détenteur du secret d'affaires lésé soit remis, dans la mesure du possible, dans la situation qui aurait été la sienne si ce comportement n'avait pas eu lieu, il est nécessaire de prévoir une indemnisation adéquate du préjudice subi à la suite du comportement illicite.

Il s'agit ici du principe de la réparation intégrale du préjudice subi appliqué en matière de responsabilité civile.

Ce texte est très similaire aux dispositions prévues en matière de propriété intellectuelle qui découlent de l'article 13 de la directive 2004/48 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

L'article 14 de la directive dispose que les dommages et intérêts sont fonction du préjudice « réellement » subi par le détenteur du secret d'affaires.

Cette précision n'est pas nécessaire alors que le droit commun de la responsabilité civile ne donne réparation que du préjudice réellement subi. Il a donc été décidé d'omettre ce mot dans le cadre de la transposition.

L'avant-projet de loi belge ne le contient d'ailleurs pas non plus.

Pour fixer le montant des dommages et intérêts à octroyer au détenteur du secret d'affaires lésé, il y a lieu de prendre en considération tous les aspects appropriés, tels que le manque à gagner subi par le détenteur du secret d'affaires ou les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, le cas échéant, tout préjudice moral causé au détenteur du secret d'affaires.

Il est à noter que dans une affaire d'obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires, tout comme d'ailleurs en matière de propriété intellectuelle, la détermination du préjudice peut s'avérer difficile.

En effet, étant donné la nature immatérielle des secrets d'affaires, le montant des dommages et intérêts peut, à titre de mesure alternative, également être calculé à partir d'éléments tels que les redevances ou les droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret d'affaires.

Un « cas approprié » serait notamment un cas où l'étendue du préjudice ne peut pas être déterminée par les critères classiques énumérés à l'alinéa 1er du §2 de l'article 13 du projet de loi.

Il est précisé que le but de cette méthode alternative n'est pas d'introduire une obligation de prévoir des dommages et intérêts punitifs, mais de permettre une indemnisation fondée sur une base objective tout en tenant compte des frais encourus par le détenteur du secret d'affaires, tels que les frais d'identification et de recherche.

Ad Article 14

L'article 14 du projet de loi transpose l'article 15 de la directive qui prévoit la possibilité, à la demande du requérant et aux frais du contrevenant, de la diffusion de l'information concernant la décision judiciaire, y compris la publication intégrale ou partielle.

Une telle possibilité existe déjà dans diverses matières au Luxembourg, dont notamment en matière de propriété intellectuelle ainsi qu'en droit de la consommation.

Le texte reprend de manière fidèle le libellé de la directive.

Cette mesure est destinée à servir de dissuasion complémentaire à l'égard de futurs contrevenants, et pour contribuer à la prise de conscience du public au sens large.

Il peut s'agir soit de brèves informations concernant une décision rendue mais également, le cas échéant, d'une publicité de grande ampleur, tel que la publication de la décision entière.

Néanmoins, cette publication ne doit pas entraîner la divulgation du secret d'affaires et ne doit pas non plus porter atteinte de manière disproportionnée à la vie privée et à la réputation d'une personne physique.

Il est précisé que la version française de la directive contient une erreur en ce qu'elle mentionne que les autorités judiciaires doivent prendre en compte le fait que les informations relatives au contrevenant pourraient être de nature à permettre l'identification d'une personne morale.

Ce sont en effet les intérêts d'une personne physique qu'il y a lieu de protéger en vertu de l'alinéa 2 de l'article 15.3 de la directive et non ceux des personnes morales. Le considérant 31 précise d'ailleurs « (...) pour autant que cette publication n'entraîne pas la divulgation du secret d'affaires ou ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la vie privée et à la réputation d'une personne physique. »

Les textes allemand et anglais de la directive utilisent en effet les termes « natürliche Person » et « natural person », ce qui équivaut à une « personne physique » en français.

La directive ne précise pas que cette disposition ne s'applique qu'aux actions au fond. Il en découle que la possibilité de publication de la décision judiciaire doit également exister en matière de référé concernant les mesures provisoires et conservatoires.

En matière de référé, alors qu'il s'agit de décisions par nature provisoire, les auteurs du projet de loi ont néanmoins introduit certaines conditions. En premier lieu, ces mesures de publication doivent être limitées aux cas où elles contribueront à la cessation de l'acte incriminé ou de ses effets.

En deuxième lieu, le président du tribunal d'arrondissement devra fixer le montant que la partie à qui une mesure de publicité a été accordée en référé et qui a exécuté la mesure malgré un recours introduit à temps contre l'ordonnance, devra payer à la partie au détriment de laquelle la mesure de publicité a été prononcée, si celle-ci est annulée en appel.

Ad article 15

L'article 15 vise à transposer l'article 9 de la directive qui est relatif à la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires relatives à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Il s'agit ici d'une disposition importante de la directive et du projet de loi.

En effet, la perspective qu'un secret d'affaires perde son caractère confidentiel pendant une procédure judiciaire pourrait décourager le détenteur légitime d'un secret d'affaires d'engager une procédure judiciaire pour défendre son secret d'affaires, ce qui nuirait à l'efficacité des mesures, procédures et réparations prévues.

Pour cette raison, il est nécessaire d'établir, sous réserve de mesures de sauvegarde appropriées garantissant le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, des règles spécifiques visant à protéger le caractère confidentiel du secret d'affaires faisant l'objet du litige pendant les procédures judiciaires intentées pour sa protection. Cette protection devrait perdurer après la fin des procédures judiciaires et aussi longtemps que les informations constituant le secret d'affaires ne sont pas dans le domaine public.

Une telle protection est en effet très importante au vu du fait que le secret d'affaires perd toute valeur une fois qu'il perd son caractère secret et devient public. Il est donc essentiel de garantir au détenteur du secret d'affaires que le caractère secret, et donc la confidentialité de son secret d'affaires sera conservée au cours de la procédure judiciaire ainsi qu'après.

Parmi les règles mises en place figurent la possibilité de restreindre le cercle des personnes habilitées à avoir accès aux éléments de preuve ou aux audiences et la possibilité de publier uniquement les éléments non confidentiels des décisions de justice.

Dans ce cadre, étant donné que l'évaluation de la nature des informations faisant l'objet d'un litige est une des principales finalités des procédures judiciaires, il est particulièrement important de veiller à la fois à la protection effective du caractère confidentiel des secrets d'affaires mais aussi au respect du droit des parties à ces procédures de bénéficier d'un recours effectif et d'accéder à un tribunal impartial.

Le cercle restreint de personnes pouvant avoir accès à la procédure et aux éléments de preuve devrait dès lors comprendre au moins une personne physique pour chaque partie, ainsi que l'avocat de chaque partie et, le cas échéant, d'autres représentants disposant des qualifications appropriées conformément au droit luxembourgeois pour défendre, représenter ou servir les intérêts d'une partie dans ces procédures judiciaires couvertes.

Toutes ces personnes devront avoir pleinement accès aux éléments de preuve et aux audiences.

Dans le cas où une des parties est une personne morale, celle-ci devrait pouvoir proposer la ou les personnes physiques devant faire partie de ce cercle de personnes de manière à garantir la bonne représentation de cette personne morale, sous réserve d'un contrôle judiciaire approprié afin d'éviter qu'il ne soit porté atteinte à l'objectif visant à restreindre l'accès aux éléments de preuve et aux audiences.

Il est précisé que ces dispositions ne s'appliquent pas de manière générale à n'importe quelle procédure judiciaire dans le cadre de laquelle un secret d'affaires pourrait être mentionné mais uniquement aux procédures relatives aux à l'obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Par ailleurs, concernant le respect du caractère confidentiel des secrets d'affaires ainsi que le cas échéant des mesures prises en vertu du paragraphe 3 de l'article 15 du projet de loi, il appartient à la juridiction saisie de prendre les mesures appropriées ainsi que de les assortir le cas échéant de sanctions afin qu'elles soient respectées. A cet égard, la juridiction peut assortir ses décisions et mesures d'astreintes sur base des articles 2059 à 2066 du Code civil.

Elle pourrait également faire signer aux parties un engagement de confidentialité.

Ad article 16

L'article 16 transpose l'article 8 de la directive qui dispose que les Etats membres doivent prévoir un délai de prescription qui ne doit pas excéder six ans.

Le but de cette disposition est de garantir une certaine sécurité juridique. Il appartient aux détenteurs de secrets d'affaires d'être diligents dans la protection et le contrôle de leurs secrets d'affaires, ce qui inclut l'obligation d'engager une action basée sur un secret d'affaires dans un délai limité.

Les auteurs du projet de loi estiment qu'un délai de deux ans est approprié.

Concernant le point de départ, il s'agit du moment où le détenteur du secret d'affaires a eu connaissance ou est présumé avoir raisonnablement eu connaissance de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et où il connaît ou est présumé raisonnablement connaître l'identité du contrevenant.

Etant donné qu'un de délai de prescription assez court a été choisi, il est précisé que ce délai ne court qu'à partir du moment où le contrevenant est identifié. Ce n'est en effet qu'à partir de ce moment que le détenteur du secret d'affaires est en mesure d'agir.

La prescription est interrompue par toute sommation en cessation donnée par exploit d'huissier et par toute action en référé ou au fond introduite en justice sur base des articles 6 à 15 de la présente loi ou faite en la même forme en vertu d'une clause d'arbitrage.

Ce texte s'inspire de l'article 82 de la loi du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention qui prévoit la prescription pour les actions en contrefaçon en matière de brevets.

*

TABLEAU DE CORRESPONDANCE

<i>Projet de loi</i>	<i>Directive (UE) 2016/943</i>
Article 1 ^{er}	Article 1 ^{er}
Article 2	Article 2
Article 3	Article 3
Article 4	Article 4
Article 5	Article 5
Article 6	/
/	Article 6
/	Article 7
Article 7	Articles 10 et 11
Article 8	Articles 10 et 11
Article 9	Article 11
Article 10	/
Article 11	Article 12
Article 12	Article 13
Article 13	Article 14
Article 14	Article 15
Article 15	Article 9
Article 16	Article 8
Les articles transposant les articles 9, 10 et 12 de la directive prévoient que les articles 2059 à 2066 du Code civil, relatifs à l'astreinte, sont applicables.	Article 16
/	Articles 17 à 19

*

FICHE FINANCIERE

(art. 79 de la loi du 8 juin 1999 sur le Budget, la Comptabilité et la Trésorerie de l'Etat)

Le projet de loi ne comporte pas de dispositions dont l'application est susceptible de grever le budget de l'Etat.

*

FICHE D'EVALUATION D'IMPACT

Intitulé du projet :	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
Ministère initiateur :	Ministère de l'Economie
Auteur(s) :	Tom Theves
Téléphone :	247-84173
Courriel :	tom.theves@eco.etat.lu
Objectif(s) du projet :	Transposition de la directive (UE) 2016/943 du Parlement Européen et du Conseil 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
Autre(s) Ministère(s)/Organisme(s)/Commune(s)impliqué(e)(s) :	Ministère de la Justice, Ministère d'Etat – Service des Médias et des Communications
Date :	juin 2018

Mieux légiférer

- Partie(s) prenante(s) (organismes divers, citoyens, ...) consultée(s) : Oui Non
Si oui, laquelle/lesquelles : Ministère de la Justice, Ministère d'Etat – Service des Médias et des Communications
Remarques/Observations : ...
- Destinataires du projet :
 - Entreprises/Professions libérales : Oui Non
 - Citoyens : Oui Non
 - Administrations : Oui Non
- Le principe « Think small first » est-il respecté ? Oui Non N.a.¹
(c.-à-d. des exemptions ou dérogations sont-elles prévues suivant la taille de l'entreprise et/ou son secteur d'activité ?)
Remarques/Observations : ...
- Le projet est-il lisible et compréhensible pour le destinataire ? Oui Non
Existe-t-il un texte coordonné ou un guide pratique, mis à jour et publié d'une façon régulière ? Oui Non
Remarques/Observations : ...

¹ N.a. : non applicable.

5. Le projet a-t-il saisi l'opportunité pour supprimer ou simplifier des régimes d'autorisation et de déclaration existants, ou pour améliorer la qualité des procédures ? Oui Non
Remarques/Observations : ...
6. Le projet contient-il une charge administrative² pour le(s) destinataire(s) ? (un coût imposé pour satisfaire à une obligation d'information émanant du projet ?) Oui Non
Si oui, quel est le coût administratif³ approximatif total ?
(nombre de destinataires x coût administratif par destinataire) ...
7. a) Le projet prend-il recours à un échange de données interadministratif (national ou international) plutôt que de demander l'information au destinataire ? Oui Non N.a.
Si oui, de quelle(s) donnée(s) et/ou administration(s) s'agit-il ?
...
- b) Le projet en question contient-il des dispositions spécifiques concernant la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel⁴ ? Oui Non N.a.
Si oui, de quelle(s) donnée(s) et/ou administration(s) s'agit-il ?
...
8. Le projet prévoit-il :
– une autorisation tacite en cas de non réponse de l'administration ? Oui Non N.a.
– des délais de réponse à respecter par l'administration ? Oui Non N.a.
– le principe que l'administration ne pourra demander des informations supplémentaires qu'une seule fois ? Oui Non N.a.
9. Y a-t-il une possibilité de regroupement de formalités et/ou de procédures (p.ex. prévues le cas échéant par un autre texte) ? Oui Non N.a.
Si oui, laquelle : ...
10. En cas de transposition de directives communautaires, le principe « la directive, rien que la directive » est-il respecté ? Oui Non N.a.
Sinon, pourquoi ? ...
11. Le projet contribue-t-il en général à une :
a) simplification administrative, et/ou à une Oui Non
b) amélioration de la qualité réglementaire ? Oui Non
Remarques/Observations : ...
12. Des heures d'ouverture de guichet, favorables et adaptées aux besoins du/des destinataire(s), seront-elles introduites ? Oui Non N.a.

2 Il s'agit d'obligations et de formalités administratives imposées aux entreprises et aux citoyens, liées à l'exécution, l'application ou la mise en oeuvre d'une loi, d'un règlement grand-ducal, d'une application administrative, d'un règlement ministériel, d'une circulaire, d'une directive, d'un règlement UE ou d'un accord international prévoyant un droit, une interdiction ou une obligation.

3 Coût auquel un destinataire est confronté lorsqu'il répond à une obligation d'information inscrite dans une loi ou un texte d'application de celle-ci (exemple: taxe, coût de salaire, perte de temps ou de congé, coût de déplacement physique, achat de matériel, etc.).

4 Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (www.cnpd.lu)

13. Y a-t-il une nécessité d'adapter un système informatique auprès de l'Etat (e-Government ou application back-office) ? Oui Non
Si oui, quel est le délai pour disposer du nouveau système ? ...
14. Y a-t-il un besoin en formation du personnel de l'administration concernée ? Oui Non N.a.
Si oui, lequel ? ...
Remarques/Observations : ...

Egalité des chances

15. Le projet est-il :
- principalement centré sur l'égalité des femmes et des hommes ? Oui Non
 - positif en matière d'égalité des femmes et des hommes ? Oui Non
Si oui, expliquez de quelle manière : ...
 - neutre en matière d'égalité des femmes et des hommes ? Oui Non
Si oui, expliquez pourquoi : ...
 - négatif en matière d'égalité des femmes et des hommes ? Oui Non
Si oui, expliquez de quelle manière : ...
16. Y a-t-il un impact financier différent sur les femmes et les hommes ? Oui Non N.a.
Si oui, expliquez de quelle manière : ...

Directive « services »

17. Le projet introduit-il une exigence relative à la liberté d'établissement soumise à évaluation⁵ ? Oui Non N.a.
18. Le projet introduit-il une exigence relative à la libre prestation de services transfrontaliers⁶ ? Oui Non N.a.

*

⁵ Article 15, paragraphe 2 de la directive « services » (cf. Note explicative, p.10-11)

⁶ Article 16, paragraphe 1, troisième alinéa et paragraphe 3, première phrase de la directive « services » (cf. Note explicative, p.10-11)

DIRECTIVE (UE) 2016/943 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL
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

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 114,

vu la proposition de la Commission européenne,

après transmission du projet d'acte législatif aux parlements nationaux,

vu l'avis du Comité économique et social européen ⁽¹⁾,

statuant conformément à la procédure législative ordinaire ⁽²⁾,

considérant ce qui suit:

- (1) Les entreprises comme les organismes de recherche non commerciaux investissent dans l'obtention, le développement et l'utilisation de savoir-faire et d'informations qui constituent la monnaie de l'économie de la connaissance et qui confèrent un avantage concurrentiel. Ces investissements dans la production et l'utilisation de capital intellectuel sont des facteurs déterminants de leur compétitivité et de leurs performances liées à l'innovation sur le marché, et donc de leur retour sur investissement, ce qui constitue la motivation sous-jacente de la recherche et du développement dans les entreprises. Les entreprises ont recours à différents moyens pour s'approprier les résultats de leurs activités liées à l'innovation lorsque l'application du principe d'ouverture ne permet pas d'exploiter pleinement leurs investissements dans la recherche et l'innovation. L'utilisation des droits de propriété intellectuelle, tels que les brevets, les dessins et modèles et le droit d'auteur, constituent l'un de ces moyens. Un autre moyen de s'approprier les résultats de l'innovation consiste à protéger l'accès aux connaissances qui ont une valeur pour l'entité et qui sont peu connues, et à exploiter ces connaissances. Ces savoir-faire et ces informations commerciales de valeur, qui ne sont pas divulgués et que l'on entend garder confidentiels, sont appelés «secrets d'affaires».
- (2) Les entreprises, quelle que soit leur taille, accordent au moins autant de valeur aux secrets d'affaires qu'aux brevets et aux autres formes de droits de propriété intellectuelle. Elles utilisent la confidentialité comme un outil de compétitivité et de gestion de l'innovation dans la recherche dans les entreprises, et en ce qui concerne une large gamme d'informations, qui va des connaissances technologiques aux données commerciales telles que les informations relatives aux clients et aux fournisseurs, les plans d'affaires et les études et stratégies de marché. Les petites et moyennes entreprises (PME) accordent une importance encore plus grande aux secrets d'affaires et en sont encore plus tributaires. En protégeant ainsi ces divers savoir-faire et informations commerciales, que ce soit

⁽¹⁾ JO C 226 du 16.7.2014, p. 48.

⁽²⁾ Position du Parlement européen du 14 avril 2016 (non encore parue au Journal officiel) et décision du Conseil du 27 mai 2016.

en complément ou en remplacement des droits de propriété intellectuelle, les secrets d'affaires permettent aux créateurs et aux innovateurs de tirer profit de leur création ou de leur innovation et sont dès lors particulièrement importants pour la compétitivité des entreprises ainsi que pour la recherche et le développement et pour les performances liées à l'innovation.

- (3) L'innovation ouverte est un catalyseur de nouvelles idées répondant aux besoins des consommateurs et aux défis de société, et permet à ces idées d'atteindre le marché. Une telle innovation constitue un levier important pour la création de nouvelles connaissances et est à la base de l'émergence de modèles d'entreprise nouveaux et innovants fondés sur l'utilisation de connaissances élaborées en commun. La recherche collaborative, y compris la coopération transfrontalière, est particulièrement importante pour accroître l'importance de la recherche et du développement au sein du marché intérieur. Il convient de considérer la diffusion des connaissances et des informations comme un élément essentiel pour créer des opportunités de développement dynamiques, positives et équitables pour les entreprises, en particulier les PME. Dans un marché intérieur où les obstacles à la collaboration transfrontalière sont réduits au minimum et où la coopération n'est pas entravée, la création intellectuelle et l'innovation devraient favoriser l'investissement dans les procédés, services et produits innovants. Un tel environnement propice à la création intellectuelle et à l'innovation et dans lequel la mobilité de la main-d'œuvre n'est pas entravée est également important pour la croissance de l'emploi et pour l'amélioration de la compétitivité de l'économie de l'Union. Les secrets d'affaires jouent un rôle important pour ce qui est de la protection des échanges de connaissances entre les entreprises, y compris, en particulier, les PME, et les organismes de recherche, aussi bien à l'intérieur qu'au-delà des frontières du marché intérieur, dans le contexte de la recherche et du développement, et de l'innovation. Or, les secrets d'affaires sont l'une des formes de protection de la création intellectuelle et des savoir-faire innovants les plus couramment utilisées par les entreprises, et, en même temps, ils sont les moins protégés par le cadre juridique existant de l'Union contre l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite par d'autres parties.
- (4) Les entreprises innovantes sont de plus en plus exposées à des pratiques malhonnêtes, trouvant leur origine à l'intérieur ou en dehors de l'Union, qui visent l'appropriation illicite de secrets d'affaires, tels que le vol, la copie non autorisée, l'espionnage économique ou le non-respect d'exigences de confidentialité. Les évolutions récentes, telles que la mondialisation, le recours croissant à la sous-traitance, l'allongement des chaînes de distribution et l'usage accru des technologies de l'information et de la communication, contribuent à la hausse des risques liés à ces pratiques. L'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires compromet la possibilité légitime pour les détenteurs de ce secret d'affaires de bénéficier des avantages liés au statut de précurseur tirés de leur travail lié à l'innovation. En l'absence de moyens juridiques effectifs et comparables de protection des secrets d'affaires dans toute l'Union, les incitations à s'engager dans des activités transfrontalières liées à l'innovation dans le marché intérieur sont compromises, et les secrets d'affaires ne peuvent atteindre leur plein potentiel en tant que vecteurs de croissance économique et d'emplois. L'innovation et la créativité sont ainsi découragées et les investissements diminuent, ce qui affecte le bon fonctionnement du marché intérieur et porte atteinte à son potentiel en tant que moteur de croissance.
- (5) Les efforts entrepris au niveau international dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce pour remédier à ce problème ont débouché sur la conclusion de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après dénommé «accord sur les ADPIC»). L'accord sur les ADPIC contient, entre autres, des dispositions relatives à la protection des secrets d'affaires contre leur obtention, leur utilisation ou leur divulgation illicite par des tiers, qui constituent des normes internationales communes. Tous les États membres ainsi que l'Union elle-même sont liés par cet accord, qui a été approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil ⁽¹⁾.
- (6) Nonobstant l'accord sur les ADPIC, il existe d'importantes différences entre les législations des États membres en ce qui concerne la protection des secrets d'affaires contre leur obtention, leur utilisation ou leur divulgation illicite par des tiers. Par exemple, certains États membres n'ont pas adopté de définition nationale du secret d'affaires ou de l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires; dès lors, la connaissance de la portée de la protection n'est pas aisément accessible, et cette portée varie d'un État membre à l'autre. En outre, il n'existe pas de cohérence sur le plan des réparations disponibles en droit civil face à une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite de secrets d'affaires, la possibilité d'ordonner la cessation ou l'abstention à l'encontre de tiers qui ne sont pas des concurrents du détenteur légitime de secrets d'affaires n'existant pas dans certains États membres. Des divergences existent aussi entre États membres en ce qui concerne le traitement de la situation d'un tiers qui a obtenu le secret d'affaires de bonne foi, mais qui apprend par la suite, lors de son utilisation, que cette obtention a été rendue possible par une obtention illicite par une autre partie.
- (7) Les règles nationales diffèrent également en ce qui concerne le droit, pour les détenteurs légitimes de secrets d'affaires, de demander la destruction de biens produits par des tiers qui utilisent ces secrets d'affaires de façon

⁽¹⁾ Décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) (JO L 336 du 23.12.1994, p. 1).

illicite, ou la restitution ou la destruction de tous documents, fichiers ou matériaux qui contiennent le secret obtenu ou utilisé de façon illicite, ou en constituent la matérialisation. Par ailleurs, les règles nationales applicables au calcul des dommages et intérêts ne tiennent pas toujours compte de la nature immatérielle des secrets d'affaires, ce qui rend difficile la détermination des bénéfices réellement perdus ou de l'enrichissement sans cause du contrevenant lorsque aucune valeur de marché ne peut être établie pour les informations en question. Seuls quelques États membres permettent l'application de règles abstraites pour le calcul des dommages et intérêts, sur la base des redevances ou droits qui auraient pu raisonnablement être exigés si une licence pour l'utilisation du secret d'affaires avait existé. En outre, de nombreuses règles nationales n'assurent pas une protection appropriée du caractère confidentiel d'un secret d'affaires lorsque son détenteur exerce une action en justice pour cause d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite alléguée du secret d'affaires par un tiers, réduisant ainsi l'attractivité des mesures et réparations existantes et affaiblissant la protection offerte.

- (8) Les différences existant entre États membres en matière de protection juridique des secrets d'affaires impliquent que ceux-ci ne bénéficient pas d'un niveau de protection équivalent dans toute l'Union, ce qui entraîne une fragmentation du marché intérieur dans ce domaine et affaiblit l'effet dissuasif global des règles pertinentes. Le marché intérieur est affecté dans la mesure où ces différences réduisent les incitations pour les entreprises à entreprendre des activités économiques transfrontalières liées à l'innovation, y compris la coopération en matière de recherche ou de production avec des partenaires, la sous-traitance ou les investissements dans d'autres États membres, qui dépendent de l'utilisation d'informations bénéficiant d'une protection en tant que secrets d'affaires. La recherche et le développement transfrontaliers en réseau, ainsi que les activités liées à l'innovation, y compris les activités de production qui y sont liées et les échanges transfrontaliers qui en découlent, sont rendus moins attractifs et plus difficiles au sein de l'Union, ce qui entraîne aussi des inefficacités liées à l'innovation dans l'ensemble de l'Union.
- (9) En outre, les risques sont plus élevés pour les entreprises dans les États membres ayant des niveaux de protection comparativement plus faibles, car il est plus facile d'y voler des secrets d'affaires ou de les y obtenir autrement de façon illicite. Cela entraîne une répartition inefficace, au sein du marché intérieur, des capitaux à destination des activités innovantes qui sont de nature à renforcer la croissance, étant donné le surcoût que représentent les mesures de protection visant à compenser l'insuffisance de la protection juridique dans certains États membres. Cela favorise aussi l'activité de concurrents déloyaux qui, après avoir obtenu des secrets d'affaires de façon illicite, pourraient diffuser dans le marché intérieur les biens résultant de cette obtention. Les différences de régime juridique favorisent aussi l'importation dans l'Union de biens issus de pays tiers dont la conception, la production ou la commercialisation reposent sur des secrets d'affaires volés ou obtenus autrement de façon illicite, via des points d'entrée où la protection est plus faible. Globalement, ces différences constituent une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur.
- (10) Il convient 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. Ces règles devraient être sans préjudice de la possibilité pour les États membres de prévoir une protection plus étendue contre l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de secrets d'affaires, pour autant que les mesures de sauvegarde explicitement prévues par la présente directive pour protéger les intérêts d'autres parties soient respectées.
- (11) La présente directive ne devrait pas porter atteinte à l'application des règles de l'Union ou des règles nationales qui imposent la divulgation d'informations, y compris de secrets d'affaires, au public ou aux autorités publiques. Elle ne devrait pas non plus porter atteinte à l'application de règles qui permettent aux autorités publiques de recueillir des informations dans l'exercice de leurs fonctions, ou de règles qui permettent ou imposent toute divulgation ultérieure par ces autorités publiques d'informations pertinentes pour le public. Ces règles comprennent, en particulier, des règles relatives à la divulgation par les institutions et organes de l'Union ou par les autorités publiques nationales d'informations commerciales qu'ils détiennent en vertu du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil ⁽¹⁾, du règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil ⁽²⁾ et de la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil ⁽³⁾ ou en vertu d'autres règles concernant l'accès du public aux documents ou les obligations de transparence des autorités publiques nationales.
- (12) La présente directive ne devrait pas porter atteinte au droit des partenaires sociaux de conclure des conventions collectives, lorsqu'elles sont prévues par le droit du travail, en ce qui concerne toute obligation de ne pas

⁽¹⁾ Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145 du 31.5.2001, p. 43).

⁽²⁾ Règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (JO L 264 du 25.9.2006, p. 13).

⁽³⁾ Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil (JO L 41 du 14.2.2003, p. 26).

divulguer un secret d'affaires ou d'en limiter l'utilisation et les conséquences d'un manquement à une telle obligation par la partie qui y est soumise. Cela devrait être à la condition qu'une telle convention collective ne restreigne pas les exceptions prévues dans la présente directive, lorsqu'une demande ayant pour objet l'application de mesures, procédures ou réparations prévues par la présente directive pour cause d'obtention, d'utilisation ou de divulgation alléguée d'un secret d'affaires doit être rejetée.

- (13) La présente directive ne devrait pas être considérée comme restreignant la liberté d'établissement, la libre circulation ou la mobilité des travailleurs prévues par le droit de l'Union. Elle n'est pas non plus destinée à porter atteinte à la possibilité de conclure des accords de non-concurrence entre employeurs et travailleurs conformément au droit applicable.
- (14) Il importe d'établir une définition homogène du secret d'affaires sans imposer de restrictions quant à l'objet à protéger contre l'appropriation illicite. Cette définition devrait dès lors être élaborée de façon à couvrir les savoir-faire, les informations commerciales et les informations technologiques lorsqu'il existe à la fois un intérêt légitime à les garder confidentiels et une attente légitime de protection de cette confidentialité. Par ailleurs, ces savoir-faire ou informations devraient avoir une valeur commerciale, effective ou potentielle. Ces savoir-faire ou informations devraient être considérés comme ayant une valeur commerciale, par exemple lorsque leur obtention, utilisation ou divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle. La définition du secret d'affaires exclut les informations courantes et l'expérience et les compétences obtenues par des travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonctions et elle exclut également les informations qui sont généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou qui leur sont aisément accessibles.
- (15) Il est également important de définir les circonstances dans lesquelles la protection légale du secret d'affaires se justifie. Pour cette raison, il est nécessaire de déterminer quels comportements et pratiques doivent être réputés constituer une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite d'un secret d'affaires.
- (16) 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. La liberté de conclure de tels accords contractuels peut toutefois être limitée par la loi.
- (17) Dans certains secteurs d'activité, où les créateurs et les innovateurs ne peuvent bénéficier de droits exclusifs et où l'innovation repose traditionnellement sur des secrets d'affaires, il est aujourd'hui aisé d'appliquer l'ingénierie inverse aux produits une fois qu'ils sont sur le marché. Dans de tels cas, ces créateurs et ces innovateurs peuvent être victimes de pratiques telles que la copie parasitaire ou les imitations serviles qui exploitent de manière parasitaire leur renommée et leurs efforts d'innovation. Certaines législations nationales qui traitent de la concurrence déloyale abordent ces pratiques. Bien que la présente directive ne vise pas à réformer ou à harmoniser le droit relatif à la concurrence déloyale en général, il serait approprié que la Commission examine attentivement la nécessité d'une action de l'Union dans ce domaine.
- (18) En outre, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de secrets d'affaires, lorsqu'elle est imposée ou autorisée par la loi, devrait être considérée comme licite aux fins de la présente directive. Cela concerne notamment l'obtention et la divulgation de secrets d'affaires dans le cadre de l'exercice des droits des représentants des travailleurs à l'information, à la consultation et à la participation conformément au droit de l'Union, aux droits nationaux et aux pratiques nationales, et dans le cadre de la défense collective des intérêts des travailleurs et employeurs, y compris la codétermination, ainsi que l'obtention ou la divulgation d'un secret d'affaires dans le cadre de contrôles légaux des comptes effectués conformément au droit de l'Union ou au droit national. Cependant, le fait de considérer comme licite l'obtention d'un secret d'affaires dans ce cadre devrait être sans préjudice de toute obligation de confidentialité concernant le secret d'affaires ou de toute restriction quant à son utilisation que le droit de l'Union ou le droit national impose à la personne qui reçoit ou obtient les informations. En particulier, la présente directive ne devrait pas libérer les autorités publiques des obligations de confidentialité auxquelles elles sont soumises à l'égard des informations transmises par les détenteurs de secrets d'affaires, que ces obligations soient définies dans le droit de l'Union ou le droit national. Ces obligations de confidentialité comprennent, entre autres, les obligations en ce qui concerne les informations transmises aux pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de la

passation de marchés, fixées, par exemple, dans la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil ⁽¹⁾, dans la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil ⁽²⁾ et dans la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil ⁽³⁾.

- (19) Bien que la présente directive prévoit des mesures et des réparations pouvant consister à prévenir la divulgation d'informations afin de protéger le caractère confidentiel des secrets d'affaires, il est essentiel que l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, qui englobe la liberté et le pluralisme des médias, comme le prévoit l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée «Charte»), ne soit pas restreint, notamment en ce qui concerne le journalisme d'investigation et la protection des sources des journalistes.
- (20) Les mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive ne devraient pas entraver les activités des lanceurs d'alertes. La protection des secrets d'affaires ne devrait dès lors pas s'étendre aux cas où la divulgation d'un secret d'affaires sert l'intérêt public dans la mesure où elle permet de révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale directement pertinents. Cela ne devrait pas être compris comme empêchant les autorités judiciaires compétentes d'autoriser une dérogation à l'application de mesures, procédures et réparations lorsque le défendeur avait toutes les raisons de croire, de bonne foi, que son comportement satisfaisait aux critères appropriés énoncés dans la présente directive.
- (21) Conformément au principe de proportionnalité, les mesures, procédures et réparations prévues pour protéger les secrets d'affaires devraient être ajustées à l'objectif visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur de la recherche et de l'innovation, en particulier en ayant un effet dissuasif à l'égard de l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites d'un secret d'affaires. Un tel ajustement des mesures, procédures et réparations ne devrait pas mettre en péril ou affaiblir les droits et libertés fondamentaux ou l'intérêt public, tels que la sécurité publique, la protection des consommateurs, la santé publique et la protection de l'environnement, et ne devrait pas porter préjudice à la mobilité des travailleurs. À cet égard, les mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive visent à garantir la prise en compte par les autorités judiciaires compétentes de facteurs tels que la valeur du secret d'affaires, la gravité du comportement ayant débouché sur l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite du secret d'affaires, et les incidences de ce comportement. Il convient également de veiller à ce que les autorités judiciaires compétentes soient dotées du pouvoir souverain de peser les intérêts des parties à la procédure judiciaire ainsi que les intérêts des tiers, dont, le cas échéant, les consommateurs.
- (22) Le bon fonctionnement du marché intérieur serait compromis si les mesures, procédures et réparations prévues étaient utilisées à des fins illégitimes incompatibles avec les objectifs de la présente directive. Il importe dès lors que les autorités judiciaires aient le pouvoir d'adopter des mesures appropriées à l'encontre des demandeurs qui se comportent de manière abusive ou agissent de mauvaise foi en présentant des demandes manifestement non fondées, dans le but, par exemple, de retarder ou de restreindre de façon déloyale l'accès du défendeur au marché ou d'intimider ou de harceler celui-ci autrement.
- (23) Dans l'intérêt de la sécurité juridique, et considérant que l'on attend des détenteurs légitimes de secrets d'affaires qu'ils exercent un devoir de diligence en ce qui concerne la protection du caractère confidentiel de leurs secrets d'affaires de valeur et le contrôle de leur utilisation, il convient de soumettre les demandes sur le fond ou la possibilité d'engager une action pour la protection de secrets d'affaires à un délai limité. Le droit national devrait également préciser, d'une manière claire et non ambiguë, le moment à partir duquel ce délai commence à courir et les circonstances dans lesquelles il est interrompu ou suspendu.
- (24) La perspective qu'un secret d'affaires perde son caractère confidentiel pendant une procédure judiciaire décourage souvent les détenteurs légitimes de secrets d'affaires d'engager des procédures judiciaires pour défendre leurs secrets d'affaires, ce qui nuit à l'efficacité des mesures, procédures et réparations prévues. Pour cette raison, il est nécessaire d'établir, sous réserve de mesures de sauvegarde appropriées garantissant le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, des règles spécifiques visant à protéger le caractère confidentiel du secret d'affaires faisant l'objet du litige pendant les procédures judiciaires intentées pour sa protection. Cette protection devrait perdurer après la fin des procédures judiciaires et aussi longtemps que les informations constituant le secret d'affaires ne sont pas dans le domaine public.

⁽¹⁾ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (JO L 94 du 28.3.2014, p. 1).

⁽²⁾ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO L 94 du 28.3.2014, p. 65).

⁽³⁾ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO L 94 du 28.3.2014, p. 243).

- (25) Parmi ces règles devraient figurer, au minimum, la possibilité de restreindre le cercle des personnes habilitées à avoir accès aux éléments de preuve ou aux audiences, en gardant à l'esprit que toutes ces personnes devraient être soumises aux obligations de confidentialité énoncées dans la présente directive, et la possibilité de publier uniquement les éléments non confidentiels des décisions de justice. Dans ce cadre, étant donné que l'évaluation de la nature des informations faisant l'objet d'un litige est une des principales finalités des procédures judiciaires, il est particulièrement important de veiller à assurer à la fois la protection effective du caractère confidentiel des secrets d'affaires et le respect du droit des parties à ces procédures de bénéficier d'un recours effectif et d'accéder à un tribunal impartial. Ce cercle restreint de personnes devrait dès lors comprendre au moins une personne physique pour chaque partie, ainsi que l'avocat de chaque partie et, le cas échéant, d'autres représentants disposant des qualifications appropriées conformément au droit national pour défendre, représenter ou servir les intérêts d'une partie dans les procédures judiciaires couvertes par la présente directive; toutes ces personnes devraient avoir pleinement accès à ces éléments de preuve ou ces audiences. Dans le cas où une des parties est une personne morale, celle-ci devrait pouvoir proposer la ou les personnes physiques devant faire partie de ce cercle de personnes de manière à garantir la bonne représentation de cette personne morale, sous réserve d'un contrôle judiciaire approprié afin d'éviter qu'il ne soit porté atteinte à l'objectif visant à restreindre l'accès aux éléments de preuve et aux audiences. Ces mesures de sauvegarde ne devraient pas s'entendre comme une obligation faite aux parties d'être représentées par un avocat ou un autre représentant au cours des procédures judiciaires lorsque cette représentation n'est pas requise par le droit national. Elles ne devraient pas non plus s'entendre comme une limitation de la faculté des juridictions de décider, conformément aux règles et pratiques applicables de l'État membre concerné, si et dans quelle mesure il convient que le personnel judiciaire concerné ait également pleinement accès aux éléments de preuve et aux audiences dans l'exercice de ses fonctions.
- (26) L'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires par un tiers pourrait avoir des conséquences désastreuses pour le détenteur légitime du secret d'affaires, car, dès que le secret d'affaires est divulgué au public, il est impossible pour ce détenteur de revenir à la situation qui prévalait avant la perte du secret d'affaires. En conséquence, il est essentiel de prévoir des mesures provisoires rapides, efficaces et accessibles pour qu'il soit immédiatement mis fin à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, y compris lorsque celui-ci est utilisé pour la prestation de services. Il est essentiel que ces mesures soient disponibles sans attendre une décision sur le fond, tout en respectant les droits de la défense et le principe de proportionnalité et en ayant égard aux caractéristiques de l'affaire. Dans certains cas, il devrait être possible de permettre au contrevenant supposé, sous réserve de la constitution d'une ou plusieurs garanties, de continuer à utiliser le secret d'affaires, notamment lorsqu'il n'y a guère de risque que ce secret entre dans le domaine public. Il devrait également être possible d'exiger des garanties d'un niveau suffisant pour couvrir les frais et dommages subis par le défendeur en raison d'une demande injustifiée, surtout dans les cas où tout retard serait de nature à causer un préjudice irréparable au détenteur légitime de secrets d'affaires.
- (27) Pour la même raison, il importe également de prévoir des mesures définitives empêchant l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, y compris lorsque celui-ci est utilisé pour la prestation de services. Pour que ces mesures soient efficaces et proportionnées, leur durée, lorsque les circonstances requièrent une limitation dans le temps, devrait être suffisante pour éliminer tout avantage commercial que le tiers pourrait avoir tiré de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires. En tout état de cause, aucune mesure de ce type ne devrait être exécutoire si les informations couvertes au départ par le secret d'affaires sont dans le domaine public pour des raisons qui ne dépendent pas du défendeur.
- (28) Il est possible qu'un secret d'affaires puisse être utilisé de façon illicite pour concevoir, produire ou commercialiser des biens, ou des composants de biens, susceptibles d'être diffusés sur le marché intérieur, portant ainsi atteinte aux intérêts commerciaux du détenteur du secret d'affaires et au fonctionnement du marché intérieur. Dans ces cas, et lorsque le secret d'affaires en question a une incidence significative sur la qualité, la valeur ou le prix des biens résultant de cette utilisation illicite ou sur la réduction du coût, la facilitation ou l'accélération de leurs procédés de production ou de commercialisation, il est important de doter les autorités judiciaires du pouvoir d'ordonner des mesures efficaces et appropriées pour que ces biens ne soient pas mis sur le marché ou en soient retirés. Considérant la nature mondiale du commerce, il est en outre nécessaire que, parmi ces mesures, figure l'interdiction d'importer de tels biens dans l'Union ou de les y stocker aux fins de les offrir ou de les mettre sur le marché. Eu égard au principe de proportionnalité, les mesures correctives ne devraient pas forcément impliquer la destruction des biens s'il existe d'autres alternatives acceptables, comme supprimer le caractère infractionnel du bien ou l'écartier des circuits commerciaux, par exemple en le donnant à des organisations caritatives.
- (29) Il est possible qu'une personne ait obtenu un secret d'affaires de bonne foi et prenne conscience seulement par la suite, y compris à la suite d'une notification qui lui est faite par le détenteur initial du secret d'affaires, que la connaissance qu'elle a de ce secret d'affaires provient de sources recourant à l'utilisation ou à la divulgation illicite dudit secret d'affaires. Afin d'éviter que, dans de telles circonstances, les mesures correctives ou les injonctions prévues ne causent un préjudice disproportionné à cette personne, les États membres devraient prévoir, à titre de mesure alternative, la possibilité, si l'affaire s'y prête, qu'une compensation financière soit versée à la partie lésée.

Cette indemnisation ne devrait, toutefois, pas dépasser le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si cette personne avait obtenu l'autorisation d'utiliser ledit secret d'affaires pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret d'affaires aurait pu être empêchée par le détenteur initial du secret d'affaires. Néanmoins, lorsque l'utilisation illicite du secret d'affaires constitue une violation de la loi autre que celle qui est prévue dans la présente directive ou est susceptible de porter préjudice aux consommateurs, cette utilisation illicite devrait être interdite.

- (30) Afin d'éviter qu'une personne qui obtient, utilise ou divulgue un secret d'affaires de façon illicite, en connaissance de cause ou en ayant des motifs raisonnables de connaître la situation, ne puisse tirer parti d'un tel comportement, et pour veiller à ce que le détenteur du secret d'affaires lésé soit remis, dans la mesure du possible, dans la situation qui aurait été la sienne si ce comportement n'avait pas eu lieu, il est nécessaire de prévoir une indemnisation adéquate du préjudice subi à la suite du comportement illicite. Pour fixer le montant des dommages et intérêts à octroyer au détenteur du secret d'affaires lésé, il y a lieu de prendre en considération tous les aspects appropriés, tels que le manque à gagner subi par le détenteur du secret d'affaires ou les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, le cas échéant, tout préjudice moral causé au détenteur du secret d'affaires. Dans les cas où, par exemple, étant donné la nature immatérielle des secrets d'affaires, il serait difficile de déterminer le montant du préjudice réellement subi, le montant des dommages et intérêts pourrait, à titre de mesure alternative, également être calculé à partir d'éléments tels que les redevances ou les droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret d'affaires. Le but de cette méthode alternative n'est pas d'introduire une obligation de prévoir des dommages et intérêts punitifs, mais de permettre une indemnisation fondée sur une base objective tout en tenant compte des frais encourus par le détenteur du secret d'affaires, tels que les frais d'identification et de recherche. La présente directive ne devrait pas empêcher les États membres de prévoir dans leur droit national des dispositions limitant la responsabilité des travailleurs pour les dommages causés lorsqu'ils n'ont pas agi intentionnellement.
- (31) À titre de dissuasion complémentaire à l'égard de futurs contrevenants, et pour contribuer à la prise de conscience du public au sens large, il est utile d'assurer la publicité des décisions rendues dans les affaires d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite de secrets d'affaires, y compris, le cas échéant, par une publicité de grande ampleur, pour autant que cette publication n'entraîne pas la divulgation du secret d'affaires ou ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la vie privée et à la réputation d'une personne physique.
- (32) L'efficacité des mesures, des procédures et des réparations dont peuvent bénéficier les détenteurs de secrets d'affaires pourrait être affaiblie en cas de non-respect des décisions adoptées en la matière par les autorités judiciaires compétentes. C'est pourquoi il est nécessaire de veiller à ce que ces autorités disposent de pouvoirs de sanction appropriés.
- (33) Afin de faciliter l'application uniforme des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive, il convient de prévoir des systèmes de coopération et des échanges d'informations entre les États membres, d'une part, et entre ceux-ci et la Commission, d'autre part, notamment en mettant en place un réseau de correspondants désignés par les États membres. En outre, afin d'évaluer si ces mesures permettent d'atteindre l'objectif visé, la Commission, assistée le cas échéant par l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle, devrait examiner l'application de la présente directive et l'efficacité des mesures prises au niveau national.
- (34) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la Charte, en particulier le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à la protection des données à caractère personnel, la liberté d'expression et d'information, la liberté professionnelle et le droit de travailler, la liberté d'entreprise, le droit de propriété, le droit à une bonne administration, et en particulier l'accès aux dossiers, tout en respectant le secret des affaires, le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial et les droits de la défense.
- (35) Il importe que soient respectés le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit à la protection des données à caractère personnel de toute personne dont les données à caractère personnel peuvent être traitées par le détenteur d'un secret d'affaires lorsqu'il prend des mesures visant à protéger un secret d'affaires, ou de toute personne concernée par une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de secrets d'affaires relevant de la présente directive, et dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement. La directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil ⁽¹⁾ régit le traitement des données à caractère personnel effectué dans les États membres dans le cadre de la présente directive et sous le contrôle des autorités compétentes des États membres, en particulier les autorités indépendantes publiques désignées par les

⁽¹⁾ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil 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 (JO L 281 du 23.11.1995, p. 31).

États membres. Par conséquent, la présente directive ne devrait pas avoir d'incidence sur les droits et obligations fixés par la directive 95/46/CE, notamment le droit de la personne concernée d'accéder aux données à caractère personnel la concernant qui font l'objet d'un traitement et le droit d'obtenir la rectification, l'effacement ou le verrouillage de ces données lorsqu'elles sont incomplètes ou inexactes et, le cas échéant, l'obligation de traiter des données sensibles conformément à l'article 8, paragraphe 5, de la directive 95/46/CE.

- (36) Étant donné que l'objectif de la présente directive, à savoir parvenir à un bon fonctionnement du marché intérieur en établissant un niveau suffisant et comparable de réparation dans tout le marché intérieur en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaires, ne peut pas être atteint de manière suffisante par les États membres mais peut, en raison de ses dimensions et de ses effets, l'être mieux au niveau de l'Union, celle-ci peut prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité sur l'Union européenne. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.
- (37) La présente directive ne vise pas à établir des règles harmonisées en matière de coopération judiciaire, de compétence judiciaire, de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale, ni à traiter du droit applicable. D'autres instruments de l'Union qui régissent ces matières sur un plan général devraient, en principe, rester également applicables au domaine couvert par la présente directive.
- (38) La présente directive ne devrait pas avoir d'incidence sur l'application des règles du droit de la concurrence, notamment les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive ne devraient pas être utilisées pour restreindre indument la concurrence d'une manière qui soit contraire au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
- (39) La présente directive ne devrait pas avoir d'incidence sur l'application de toute autre législation pertinente dans d'autres domaines, y compris les droits de propriété intellectuelle et le droit des contrats. Cependant, en cas de chevauchement entre le champ d'application de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil ⁽¹⁾ et le champ d'application de la présente directive, cette dernière prévaut en tant que *lex specialis*.
- (40) Le Contrôleur européen de la protection des données a été consulté conformément à l'article 28, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil ⁽²⁾ et a rendu son avis le 12 mars 2014,

ONT ADOPTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

CHAPITRE I

Objet et champ d'application

Article premier

Objet et champ d'application

1. La présente directive établit des règles protégeant les secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Les États membres peuvent, dans le respect des dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, prévoir une protection des secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites plus étendue que celle qui est requise par la présente directive, sous réserve du respect des articles 3, 5 et 6, de l'article 7, paragraphe 1, de l'article 8, de l'article 9, paragraphe 1, deuxième alinéa, de l'article 9, paragraphes 3 et 4, de l'article 10, paragraphe 2, des articles 11 et 13 et de l'article 15, paragraphe 3.

⁽¹⁾ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (JO L 157 du 30.4.2004, p. 45).

⁽²⁾ Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données (JO L 8 du 12.1.2001, p. 1).

2. La présente directive ne porte pas atteinte à:

- a) l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias;
- b) l'application de règles de l'Union ou de règles nationales exigeant des détenteurs de secrets d'affaires qu'ils révèlent, pour des motifs d'intérêt public, des informations, y compris des secrets d'affaires, au public ou aux autorités administratives ou judiciaires pour l'exercice des fonctions de ces autorités;
- c) l'application de règles de l'Union ou de règles nationales obligeant ou autorisant les institutions et organes de l'Union ou les autorités publiques nationales à divulguer des informations communiquées par des entreprises que ces institutions, organes ou autorités détiennent en vertu des obligations et prérogatives établies par le droit de l'Union ou le droit national et conformément à celles-ci;
- d) l'autonomie des partenaires sociaux et leur droit de conclure des conventions collectives, conformément au droit de l'Union et aux droits nationaux et pratiques nationales.

3. Rien dans la présente directive ne peut être interprété comme permettant de restreindre la mobilité des travailleurs. En particulier, en ce qui concerne l'exercice de cette mobilité, la présente directive ne permet aucunement:

- a) de limiter l'utilisation par les travailleurs d'informations qui ne constituent pas un secret d'affaires tel qu'il est défini à l'article 2, point 1);
- b) de limiter l'utilisation par les travailleurs de l'expérience et des compétences acquises de manière honnête dans l'exercice normal de leurs fonctions;
- c) d'imposer aux travailleurs dans leur contrat de travail des restrictions supplémentaires autres que celles imposées conformément au droit de l'Union ou au droit national.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- 1) «secret d'affaires», des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes:
 - a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles,
 - b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes,
 - c) elles ont 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 les garder secrètes;
- 2) «détenteur de secrets d'affaires», toute personne physique ou morale qui a le contrôle d'un secret d'affaires de façon licite;
- 3) «contrevenant», toute personne physique ou morale qui a obtenu, utilisé ou divulgué un secret d'affaires de façon illicite;
- 4) «biens en infraction», des biens dont le dessin ou 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.

CHAPITRE II

Obtention, utilisation et divulgation de secrets d'affaires*Article 3***Obtention, utilisation et divulgation licites de secrets d'affaires**

1. 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:
 - a) une découverte ou une création indépendante;
 - b) l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'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 et qui n'est pas liée par une obligation juridiquement valide de limiter l'obtention du secret d'affaires;
 - c) l'exercice du droit des travailleurs ou des représentants des travailleurs à l'information et à la consultation, conformément au droit de l'Union et aux droits nationaux et pratiques nationales;
 - d) toute autre pratique qui, eu égard aux circonstances, est conforme aux usages honnêtes en matière commerciale.
2. L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme licite dans la mesure où elle est requise ou autorisée par le droit de l'Union ou le droit national.

*Article 4***Obtention, utilisation et divulgation illicites de secrets d'affaires**

1. Les États membres veillent à ce que les détenteurs de secrets d'affaires aient le droit de demander l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive afin d'empêcher, ou d'obtenir réparation pour, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de leurs secrets d'affaires.
2. L'obtention d'un secret d'affaires sans le consentement du détenteur du secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée par le biais:
 - a) d'un 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;
 - b) de tout autre comportement qui, eu égard aux circonstances, est considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.
3. L'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée, sans le consentement du détenteur du secret d'affaires, par une personne dont il est constaté qu'elle répond à l'une ou l'autre des conditions suivantes:
 - a) elle a obtenu le secret d'affaires de façon illicite;
 - b) elle agit en violation d'un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires;
 - c) elle agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation de limiter l'utilisation du secret d'affaires.
4. L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, une personne savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ledit secret d'affaires avait été obtenu directement ou indirectement d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du paragraphe 3.

5. 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 sont aussi considérés comme une utilisation illicite d'un secret d'affaires lorsque la personne qui exerce ces activités savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que le secret d'affaires était utilisé de façon illicite au sens du paragraphe 3.

Article 5

Dérogations

Les États membres veillent à ce qu'une demande ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive soit 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, 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 de leur fonction conformément au droit de l'Union ou au droit national, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice;
- d) aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national.

CHAPITRE III

Mesures, procédures et réparations

Section 1

Dispositions générales

Article 6

Obligation générale

1. Les États membres prévoient les mesures, procédures et réparations nécessaires pour qu'une réparation au civil soit possible en cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicites de secrets d'affaires.
2. Les mesures, procédures et réparations visées au paragraphe 1:
 - a) doivent être justes et équitables;
 - b) ne doivent pas être inutilement complexes ou coûteuses et ne doivent pas comporter de délais déraisonnables ni entraîner des retards injustifiés; et
 - c) doivent être effectives et dissuasives.

Article 7

Proportionnalité et abus de procédure

1. Les mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive sont appliquées d'une manière qui:
 - a) est proportionnée;
 - b) évite la création d'obstacles au commerce légitime dans le marché intérieur; et
 - c) prévoit des mesures de sauvegarde contre leur usage abusif.

2. Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, à la demande du défendeur, appliquer les mesures appropriées prévues par le droit national lorsqu'une demande concernant l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires est manifestement non fondée et qu'il est constaté que le demandeur a engagé la procédure judiciaire abusivement ou de mauvaise foi. Ces mesures peuvent consister notamment, le cas échéant, à allouer des dommages et intérêts au défendeur, à imposer des sanctions au demandeur ou à ordonner la diffusion d'informations relatives à une décision conformément à l'article 15.

Les États membres peuvent prévoir que les mesures visées au premier alinéa font l'objet d'une procédure judiciaire distincte.

Article 8

Délai de prescription

1. Les États membres fixent, conformément au présent article, des règles relatives aux délais de prescription applicables aux demandes sur le fond et aux actions ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive.

Les règles visées au premier alinéa déterminent le moment à partir duquel le délai de prescription commence à courir, la durée de ce délai et les circonstances dans lesquelles ce délai est interrompu ou suspendu.

2. La durée du délai de prescription n'excède pas six ans.

Article 9

Protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires

1. Les États membres veillent à ce que les parties, leurs avocats ou autres représentants, le personnel judiciaire, les témoins, les experts et toute autre personne participant à une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, ou ayant accès à des documents faisant partie d'une telle procédure, ne soient pas autorisés à utiliser ou divulguer un secret d'affaires ou un secret d'affaires allégué que les autorités judiciaires compétentes ont, en réponse à la demande dûment motivée d'une partie intéressée, qualifié de confidentiel et dont ils ont eu connaissance en raison de cette participation ou de cet accès. À cet égard, les États membres peuvent aussi permettre aux autorités judiciaires compétentes d'agir d'office.

L'obligation visée au premier alinéa perdure après la fin de la procédure judiciaire. Toutefois, elle cesse d'exister dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes:

- a) il est constaté, dans une décision définitive, que le secret d'affaires allégué ne remplit pas les conditions prévues à l'article 2, point 1); ou
- b) les informations en cause sont devenues, au fil du temps, généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement de ce genre d'informations, ou sont devenues aisément accessibles à ces personnes.

2. Les États membres veillent également à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, à la demande dûment motivée d'une partie, prendre les mesures particulières nécessaires pour protéger le caractère confidentiel de tout secret d'affaires ou secret d'affaires allégué utilisé ou mentionné au cours d'une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires. Les États membres peuvent aussi permettre aux autorités judiciaires compétentes de prendre de telles mesures d'office.

Les mesures visées au premier alinéa incluent au moins la possibilité:

- a) de restreindre à un nombre limité de personnes l'accès à tout ou partie d'un document contenant des secrets d'affaires ou des secrets d'affaires allégués produit par les parties ou par des tiers;

- b) 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, ainsi qu'aux procès-verbaux ou notes d'audience;
- c) de mettre à la disposition de toute personne autre que celles faisant partie du nombre limité de personnes visées aux points a) et b) une version non confidentielle de toute décision judiciaire dans laquelle les passages contenant des secrets d'affaires ont été supprimés ou biffés.

Le nombre de personnes visées au deuxième alinéa, points a) et b), n'est pas supérieur à ce qui est nécessaire pour garantir aux parties à la procédure judiciaire le respect de leur droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial et il comprend, au moins, une personne physique pour chaque partie et l'avocat de chaque partie ou d'autres représentants de ces parties à la procédure judiciaire.

3. Lorsqu'elles se prononcent sur les mesures visées au paragraphe 2 et évaluent leur caractère proportionné, les autorités judiciaires compétentes prennent en considération la nécessité de garantir le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, les intérêts légitimes des parties et, le cas échéant, des tiers, ainsi que tout dommage que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait causer à l'une ou l'autre des parties et, le cas échéant, à des tiers.

4. Tout traitement de données à caractère personnel en vertu du paragraphe 1, 2 ou 3 est effectué conformément à la directive 95/46/CE.

Section 2

Mesures provisoires et conservatoires

Article 10

Mesures provisoires et conservatoires

1. Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, à la demande du détenteur de secrets d'affaires, ordonner une ou plusieurs des mesures provisoires et conservatoires suivantes à l'encontre du contrevenant supposé:

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires à titre provisoire;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des biens en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des biens en infraction à ces fins;
- c) la saisie ou la remise des biens soupçonnés d'être en infraction, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché.

2. Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires puissent, en lieu et place des mesures visées au paragraphe 1, subordonner la poursuite de l'utilisation illicite alléguée d'un secret d'affaires à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du détenteur de secrets d'affaires. La divulgation d'un secret d'affaires en échange de la constitution de garanties n'est pas autorisée.

Article 11

Conditions d'application et mesures de sauvegarde

1. En ce qui concerne les mesures visées à l'article 10, les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes soient habilitées à exiger du demandeur qu'il fournisse tout élément de preuve qui puisse être raisonnablement considérée comme étant accessible afin d'acquiescer avec un degré de certitude suffisant la conviction que:

- a) un secret d'affaires existe;

b) le demandeur est le détenteur du secret d'affaires; et

c) le secret d'affaires a été obtenu, est utilisé ou est divulgué de façon illicite, ou une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite de ce secret d'affaires est imminente.

2. Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes, lorsqu'elles décident s'il est fait droit à la demande ou si celle-ci est rejetée et qu'elles évaluent son caractère proportionné, aient l'obligation de prendre en considération les circonstances particulières de l'espèce, y compris, s'il y a lieu:

a) la valeur ou d'autres caractéristiques du secret d'affaires;

b) les mesures prises pour protéger le secret d'affaires;

c) le comportement du défendeur lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;

d) l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires;

e) les intérêts légitimes des parties et l'incidence que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait avoir sur les parties;

f) les intérêts légitimes des tiers;

g) l'intérêt public; et

h) la sauvegarde des droits fondamentaux.

3. Les États membres veillent à ce que les mesures visées à l'article 10 soient révoquées ou cessent autrement de produire leurs effets, à la demande du défendeur, si:

a) le demandeur n'engage pas de procédure judiciaire conduisant à une décision au fond devant l'autorité judiciaire compétente dans un délai raisonnable déterminé par l'autorité judiciaire ordonnant les mesures lorsque le droit de l'État membre le permet ou, en l'absence d'une telle détermination, dans un délai ne dépassant pas 20 jours ouvrables ou 31 jours civils, le délai le plus long étant retenu; ou

b) les informations en question ne répondent plus aux conditions de l'article 2, point 1), pour des raisons qui ne dépendent pas du défendeur.

4. Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent subordonner les mesures visées à l'article 10 à la constitution, par le demandeur, d'une caution adéquate ou d'une garantie équivalente destinée à assurer l'indemnisation de tout préjudice éventuel subi par le défendeur et, le cas échéant, par toute autre personne touchée par les mesures.

5. Lorsque les mesures visées à l'article 10 sont révoquées sur la base du paragraphe 3, point a), du présent article, lorsqu'elles cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du demandeur, ou lorsqu'il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu obtention, utilisation ou divulgation illicite du secret d'affaires ou menace de tels comportements, les autorités judiciaires compétentes ont le pouvoir d'ordonner au demandeur, à la demande du défendeur ou d'un tiers lésé, d'accorder au défendeur ou au tiers lésé une indemnisation appropriée en réparation de tout préjudice causé par ces mesures.

Les États membres peuvent prévoir que la demande d'indemnisation visée au premier alinéa fait l'objet d'une procédure judiciaire distincte.

Section 3

Mesures résultant d'une décision judiciaire quant au fond*Article 12***Injonctions et mesures correctives**

1. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'une décision judiciaire rendue au fond constate qu'il y a eu obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires, les autorités judiciaires compétentes puissent, à la demande du demandeur, ordonner à l'encontre du contrevenant l'une ou plusieurs mesures suivantes:

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des produits en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des produits en infraction à ces fins;
- c) l'adoption de mesures correctives appropriées en ce qui concerne les biens en infraction;
- d) la destruction de tout ou partie de tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique qui contient ou matérialise le secret d'affaires ou, selon le cas, la remise au demandeur de tout ou partie de ces documents, objets, matériaux, substances ou fichiers électroniques.

2. Les mesures correctives visées au paragraphe 1, point c), comprennent:

- a) le rappel des biens en infraction se trouvant sur le marché;
- b) la suppression du caractère infractionnel du bien en infraction;
- c) la destruction des biens en infraction ou, selon le cas, leur retrait du marché, à condition que ce retrait ne nuise pas à la protection du secret d'affaires en question.

3. Les États membres peuvent prévoir que, lorsqu'elles ordonnent de retirer du marché des biens en infraction, les autorités judiciaires compétentes peuvent, à la demande du détenteur de secrets d'affaires, ordonner que ces biens soient remis audit détenteur ou à des organisations caritatives.

4. Les autorités judiciaires compétentes ordonnent que les mesures visées au paragraphe 1, points c) et d), soient mises en œuvre aux frais du contrevenant, à moins que des raisons particulières ne s'y opposent. Ces mesures sont sans préjudice des éventuels dommages et intérêts dus au détenteur de secrets d'affaires en raison de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

*Article 13***Conditions d'application, mesures de sauvegarde et mesures de substitution**

1. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'elles examinent une demande ayant pour objet l'adoption des injonctions et mesures correctives prévues à l'article 12 et qu'elles évaluent leur caractère proportionné, les autorités judiciaires compétentes soient tenues de prendre en considération les circonstances particulières de l'espèce, y compris, s'il y a lieu:

- a) la valeur ou d'autres caractéristiques du secret d'affaires;
- b) les mesures prises pour protéger le secret d'affaires;

- c) le comportement du contrevenant lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;
- d) l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires;
- e) les intérêts légitimes des parties et l'incidence que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait avoir sur les parties;
- f) les intérêts légitimes des tiers;
- g) l'intérêt public; et
- h) la sauvegarde des droits fondamentaux.

Lorsque les autorités judiciaires compétentes limitent la durée des mesures visées à l'article 12, paragraphe 1, points a) et b), cette durée est suffisante pour éliminer tout avantage commercial ou économique que le contrevenant aurait pu tirer de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

2. Les États membres veillent à ce que les mesures visées à l'article 12, paragraphe 1, points a) et b), soient révoquées ou cessent autrement de produire leurs effets, à la demande du défendeur si les informations en question ne répondent plus aux conditions de l'article 2, point 1), pour des raisons qui ne dépendent pas directement ou indirectement du défendeur.

3. Les États membres prévoient que, à la demande de la personne passible des mesures prévues à l'article 12, les autorités judiciaires compétentes peuvent ordonner le versement d'une compensation financière à la partie lésée en lieu et place de l'application desdites mesures si l'ensemble des conditions suivantes sont remplies:

- a) la personne concernée au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires ne savait pas ni, eu égard aux circonstances, n'aurait dû savoir que le secret d'affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite;
- b) l'exécution des mesures en question causerait à cette personne un dommage disproportionné; et
- c) le versement d'une compensation financière à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant.

Lorsqu'une compensation financière est ordonnée en lieu et place des mesures visées à l'article 12, paragraphe 1, points a) et b), cette compensation financière ne dépasse pas le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si la personne concernée avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret d'affaires pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret d'affaires aurait pu être interdite.

Article 14

Dommmages et intérêts

1. Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes, à la demande de la partie lésée, ordonnent à un contrevenant qui savait ou aurait dû savoir qu'il se livrait à une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite d'un secret d'affaires de verser au détenteur de secrets d'affaires des dommages et intérêts qui sont fonction du préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

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.

2. Lorsqu'elles fixent le montant des dommages et intérêts visés au paragraphe 1, les autorités judiciaires compétentes prennent en considération tous les facteurs appropriés tels que les conséquences économiques négatives, y compris le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans les cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, tel que le préjudice moral causé au détenteur de secrets d'affaires du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

Alternativement, les autorités judiciaires compétentes peuvent, dans les cas appropriés, fixer un montant forfaitaire de dommages et intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret d'affaires en question.

*Article 15***Publication des décisions judiciaires**

1. Les États membres veillent à ce que, dans le cadre de procédures judiciaires engagées en raison de l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, les autorités judiciaires compétentes puissent ordonner, à la demande du demandeur et aux frais du contrevenant, des mesures appropriées pour la diffusion de l'information concernant la décision, y compris sa publication intégrale ou partielle.

2. Toute mesure visée au paragraphe 1 du présent article protège le caractère confidentiel des secrets d'affaires comme le prévoit l'article 9.

3. Lorsqu'elles décident d'ordonner ou non une mesure visée au paragraphe 1 et qu'elles évaluent son caractère proportionné, les autorités judiciaires compétentes prennent en considération, le cas échéant, la valeur du secret d'affaires, le comportement du contrevenant lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et la probabilité que le contrevenant continue à utiliser ou divulguer de façon illicite le secret d'affaires.

Les autorités judiciaires compétentes prennent également en considération le fait que les informations relatives au contrevenant seraient ou non de nature à permettre l'identification d'une personne morale et, dans l'affirmative, le fait que la publication de ces informations serait ou non justifiée, notamment au regard du préjudice éventuel que cette mesure pourrait causer à la vie privée et la réputation du contrevenant.

*CHAPITRE IV****Sanctions, rapports et dispositions finales****Article 16***Sanctions en cas de non-respect de la présente directive**

Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent imposer des sanctions à toute personne qui ne respecte pas, ou refuse de respecter, une mesure adoptée en vertu des articles 9, 10 et 12.

Les sanctions prévues incluent la possibilité d'imposer des astreintes en cas de non-respect d'une mesure adoptée en vertu des articles 10 et 12.

Les sanctions prévues sont effectives, proportionnées et dissuasives.

*Article 17***Échange d'informations et correspondants**

Afin de promouvoir la coopération, y compris l'échange d'informations, entre les États membres et entre ceux-ci et la Commission, chaque État membre désigne un ou plusieurs correspondants nationaux chargés de toutes les questions relatives à la mise en œuvre des mesures prévues par la présente directive. Il communique les coordonnées du ou des correspondants nationaux aux autres États membres et à la Commission.

*Article 18***Rapports**

1. Au plus tard le 9 juin 2021, l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle, dans le cadre des activités de l'Observatoire européen des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, rédige un rapport initial sur les tendances en matière de contentieux relatif à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de secrets d'affaires en application de la présente directive.

2. Au plus tard le 9 juin 2022, la Commission rédige un rapport intermédiaire sur l'application de la présente directive et le présente au Parlement européen et au Conseil. Ce rapport tient dûment compte du rapport visé au paragraphe 1.

Ce rapport intermédiaire examine notamment les effets que l'application de la présente directive peut avoir sur la recherche et l'innovation, la mobilité des travailleurs et l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information.

3. Au plus tard le 9 juin 2026, la Commission réalise une évaluation de l'impact de la présente directive et présente un rapport au Parlement européen et au Conseil.

Article 19

Transposition

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 9 juin 2018. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 20

Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Article 21

Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Strasbourg, le 8 juin 2016.

Par le Parlement européen
Le président
M. SCHULZ

Par le Conseil
Le président
A.G. KOENDERS

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7353/01

N° 7353¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2018-2019

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**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(25.10.2018)

Le projet de loi sous avis a pour objet de transposer dans la législation nationale la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil 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 (ci-après la « Directive (UE) 2016/943 »).

La Directive (UE) 2016/943 a pour objectif d'établir un niveau suffisant et harmonisé de protection des secrets d'affaires au sein de l'Union européenne (ci-après l'« UE »), en cas de vol ou d'utilisation illicite de tels secrets.

Les entreprises investissent en effet considérablement dans l'obtention, le développement et l'utilisation de savoir-faire et d'informations susceptibles de leur conférer un avantage concurrentiel. Ces investissements sont des facteurs déterminants de leur compétitivité et de leurs performances liées à l'innovation sur le marché, et par voie de conséquence de leur retour sur investissement.

Les secrets d'affaires comprennent notamment les savoir-faire d'une entreprise, les secrets de fabrication ou certaines informations qu'elle détient, qui sont secrètes et qui possèdent, à ce titre, une valeur commerciale. Ces secrets d'affaires ne sont pas toujours susceptibles d'être protégés par des droits de propriété intellectuelle tels que, par exemple, un brevet. S'ils ne peuvent faire l'objet d'une telle protection, ils peuvent néanmoins avoir une grande valeur économique et être tout aussi importants pour l'innovation et la compétitivité des entreprises concernées.

La mondialisation des échanges, l'externalisation et la sous-traitance de plus en plus fréquentes, l'allongement des chaînes d'approvisionnement et de distribution ainsi que l'utilisation accrue des nouvelles technologies de l'information dans les communications ont fait augmenter le risque d'appropriation illicite de secrets d'affaires, rendant ainsi nécessaire un renforcement de la protection juridique conférée à ces secrets. L'absence d'une législation assurant une protection suffisante aux secrets d'affaires pourrait à terme préjudicier considérablement aux investissements dans les activités de recherche et développements par les entreprises de l'UE.

La Directive (UE) 2016/943, qui devait être transposée pour le 9 juin 2018, a par conséquent pour objet d'harmoniser les dispositions relatives à la protection des secrets d'affaires afin de prévoir un même niveau de protection dans l'ensemble de l'UE. Elle impose notamment aux Etats membres de prévoir des possibilités de réparation au civil suffisantes et cohérentes dans le marché intérieur en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicites d'un secret d'affaires.

La Directive (UE) 2016/943 est toutefois une directive d'harmonisation minimale, de sorte que les Etats membres ont la possibilité s'ils le souhaitent de mettre en place une protection plus étendue des secrets d'affaires pour autant que les mesures de sauvegarde expressément prévues par la Directive (UE) 2016/943 pour protéger les intérêts des tiers soient respectées.

Le présent projet de loi, qui procède dans l'ensemble à une transposition fidèle de la Directive (UE) 2016/943, en conformité avec le principe « *toute la directive, rien que la directive* », vise ainsi à (I) accorder une protection renforcée aux secrets d'affaires, (II) en introduisant dans la législation

nationale tout un ensemble de mesures pouvant être sollicitées pour protéger un secret d'affaires ainsi que (III) certaines dispositions procédurales propres à la protection des secrets d'affaires.

I) La protection conférée aux secrets d'affaires

Le projet de loi sous avis, qui définit la notion de « secret d'affaires », confère une protection spécifique à de tels secrets. Cependant, cette protection conférée aux secrets d'affaires se trouve soumise à un certain nombre de conditions et exceptions.

A) Qu'entend-on par « secrets d'affaires » ?

L'article 2 du projet de loi sous avis reprend les définitions figurant à l'article 2 de la Directive (UE) 2016/943. On entend ainsi par secrets d'affaires : « *des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes:*

- a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles,*
- b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes,*
- c) elles ont 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 les garder secrètes ».*

La Chambre de Commerce relève que ces trois conditions seront des conditions cumulatives afin de pouvoir bénéficier de la protection conférée aux secrets d'affaires. Un secret d'affaires ne sera donc protégé que si l'information est secrète, qu'elle a une valeur commerciale et que des mesures raisonnables ont été prises en vue d'en préserver la confidentialité.

Enfin, il convient de noter que la protection accordée à un secret d'affaires n'est, contrairement aux droits de propriété intellectuelle, aucunement limitée dans le temps. Un secret d'affaire demeurera par conséquent protégé aussi longtemps qu'il remplira les conditions précitées, et notamment tant qu'il conservera son caractère secret.

B) Une protection soumise à conditions

La protection conférée aux secrets d'affaires par la Directive (UE) 2016/943 et le présent projet de loi n'est aucunement absolue et se limite aux seuls cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation **illicites** de tels secrets.

1) L'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires

L'obtention d'un secret d'affaires sans le consentement du détenteur du secret d'affaires sera considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée par le biais:

- a) d'un 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; ou
- b) de tout autre comportement qui, eu égard aux circonstances, est considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

L'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires sera quant à elle considérée comme illicite lorsqu'elle sera réalisée, sans le consentement du détenteur du secret d'affaires, par une personne dont il est constaté qu'elle répond à l'une ou l'autre des conditions suivantes:

- a) elle a obtenu le secret d'affaires de façon illicite; ou
- b) elle agit en violation d'un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires,
- c) elle agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation de limiter l'utilisation du secret d'affaires.

L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires sera également considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, une personne savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ledit secret d'affaires avait été obtenu directement ou indirectement d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite.

2) Les exceptions à la protection du secret d'affaires

La protection conférée aux secrets d'affaires n'est aucunement absolue. Il est en effet des cas où la protection conférée aux secrets d'affaires devra s'écarter devant un intérêt supérieur. Ainsi, le projet de loi sous avis, tout comme la Directive (UE) 2016/943, dispose que la protection des secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites ne s'appliquera pas lorsque 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 de leur fonction conformément au droit de l'Union européenne ou au droit national, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice;
- d) aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

3) L'obtention, l'utilisation ou la divulgation licite d'un secret d'affaires

Enfin, la Directive (UE) 2016/943 et le présent projet de loi prévoient expressément des hypothèses dans lesquelles l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires sera considérée comme licite.

Ainsi, aux termes de l'article 3 du présent projet de loi, l'obtention d'un secret d'affaires sera considérée comme licite lorsque le secret d'affaires est obtenu par l'un ou l'autre des moyens suivants:

- a) une découverte ou une création indépendante;
- b) l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'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 et qui n'est pas liée par une obligation juridiquement valide de limiter l'obtention du secret d'affaires;
- c) l'exercice du droit des travailleurs ou des représentants des travailleurs à l'information et à la consultation, conformément au droit de l'Union et aux droits nationaux et pratiques nationales;
- d) toute autre pratique qui, eu égard aux circonstances, est conforme aux usages honnêtes en matière commerciale.

En outre, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires sera également considérée comme licite dans la mesure où elle est requise ou autorisée par le droit de l'Union ou le droit national.

II) Les mesures pouvant être sollicitées pour protéger un secret d'affaires

La Directive (UE) 2016/943, tout comme le présent projet de loi, prévoit un ensemble de mesures et procédures à la disposition du détenteur¹ d'un secret d'affaires. Ces mesures sont d'une part des mesures provisoires et conservatoires pouvant cesser dans certaines circonstances et d'autre part, des actions au fond.

¹ Aux termes de l'article 2 paragraphe 2 du projet de loi sous avis, on entend par détenteur du secret d'affaires « toute personne physique ou morale qui a le contrôle d'un secret d'affaires de façon licite ».

A) Les mesures provisoires et conservatoires à disposition du détenteur d'un secret d'affaires

Aux termes de l'article 7 du projet de loi sous avis, le détenteur d'un secret d'affaires pourra, dans les formes du référé prévu par les articles 934 et suivants du nouveau Code de procédure civile, saisir le président du tribunal d'arrondissement afin d'obtenir une ordonnance de référé à l'encontre du contrevenant supposé visant à: i) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires à titre provisoire; ii) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des biens en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des biens en infraction à ces fins; ou iii) la saisie ou la remise des biens soupçonnés d'être en infraction, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché

A cet égard, la Chambre de Commerce relève que l'article 7 paragraphe 2 du projet de loi sous avis, transposant l'article 11 paragraphe 1^{er} de la Directive (UE) 2016/943 précise encore que « *le président du tribunal ou le juge qui le remplace, statuant sur cette demande, examine, sur base de tout élément de preuve qui peut être raisonnablement considéré comme étant accessible, afin d'acquiescer avec un degré de certitude suffisant la conviction que: a) le secret d'affaires existe ; b) le demandeur est le détenteur du secret d'affaires ; et c) le secret d'affaires a été obtenu, est utilisé ou est divulgué de façon illicite, ou une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite de ce secret d'affaires est imminente* ».

La Chambre de Commerce relève que le texte du projet de loi s'éloigne sur ce point du libellé de la Directive (UE) 2016/943 qui dispose quant à lui que « *en ce qui concerne les mesures visées à l'article 10, les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes soient habilitées à exiger du demandeur qu'il fournisse tout élément de preuve qui puisse être raisonnablement considérée comme étant accessible afin d'acquiescer avec un degré de certitude suffisant la conviction que: a) un secret d'affaires existe; b) le demandeur est le détenteur du secret d'affaires; et c) le secret d'affaires a été obtenu, est utilisé ou est divulgué de façon illicite, ou une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite de ce secret d'affaires est imminent* ».

La Chambre de Commerce s'interroge quant aux raisons à la base de cette différence terminologique sauf à considérer que les auteurs du présent projet de loi aient expressément souhaité déroger aux règles de droit commun en matière d'administration de la preuve en conférant au juge saisi de telles demandes un pouvoir d'initiative en matière d'instruction de la demande. Une telle situation apparaît, aux yeux de la Chambre de Commerce, aller au-delà des exigences de la Directive (UE) 2016/943 et être contraire au devoir d'impartialité incombant nécessairement à un juge².

Si tel n'est pas l'intention des auteurs du présent projet de loi, la Chambre de Commerce s'interroge dès lors quant à la pertinence de la transposition de la présente disposition alors qu'elle apparaît surabondante avec les règles de droit commun régissant notamment l'administration de la preuve³. **La Chambre de Commerce constate d'ailleurs que le projet de loi belge visant à transposer la Directive (UE) 2016/943 a, pour sa part et sur base des considérations ci-dessus, exclu de transposer l'article 11 paragraphe 1^{er} de la Directive (UE) 2016/943⁴. La Chambre de Commerce suggère par conséquent la suppression de l'article 7 paragraphe 2 du projet de loi sous avis.**

Finalement, l'article 7 paragraphe 4 du projet de loi sous avis prévoit encore que l'ordonnance pourra intervenir indépendamment de toute action publique. La Chambre de Commerce approuve l'introduction de cette disposition, qui ne figure pas à la Directive (UE) 2016/943 et qui tend à permettre, nonobstant le principe selon lequel le « *criminel tient le civil en l'état* », de solliciter une mesure de cessation provisoire en attendant l'issue d'une éventuelle procédure pénale en cours.

² « *Il n'appartient pas au juge de se pencher sur la question de savoir quels faits, à les supposer établis, pourraient être de nature à justifier la position d'une des parties. Ce faisant, il quitterait manifestement son rôle d'impartialité pour faire pencher la balance du côté d'une des parties au litige* », Thierry Hoscheit « Le droit judiciaire privé », n°646.

³ Cf. article 58 du Nouveau Code de Procédure civile disposant qu'il « *incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

⁴ Projet de loi relatif à la protection des secrets d'affaires, DOC 3154/001, page 28

**B) Dispositions particulières quant à la cessation
des mesures provisoires**

Conformément aux dispositions de l'article 13 paragraphe 2 de la Directive (UE) 2016/943, le projet de loi sous avis prévoit que les mesures provisoires prononcées en vue de faire cesser l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, seront révoquées ou cesseront autrement de produire leurs effets, à la demande du défendeur, si:

- a) le demandeur n'engage pas de procédure judiciaire en vue d'obtenir une décision au fond devant une juridiction compétente dans un délai raisonnable qui sera déterminé par le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace ordonnant les mesures provisoires, ou, en l'absence d'une telle détermination, dans un délai d'un mois à compter de la signification de l'ordonnance ; ou
- b) les informations en question ne répondent plus aux conditions en vue de leur qualification en tant que « secrets d'affaires », pour des raisons qui ne dépendent pas du défendeur.

**C) Les actions au fond et l'indemnisation du préjudice
subi par le détenteur**

Il découle des dispositions précédemment exposées sous B) que toute demande de mesure provisoire accueillie favorablement par le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace devra nécessairement être suivie de l'introduction d'une action au fond endéans un délai déterminé. Une demande au fond pourra également être introduite indépendamment de toute demande en obtention de mesures provisoires.

Aux termes de l'article 10 du présent projet de loi, les demandes visant à obtenir une décision au fond quant à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires seront portées, quelle que soit la valeur de la demande, devant la chambre du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, même si les parties ne sont pas à qualifier de commerçants.

Le détenteur d'un secret d'affaires pourra ainsi solliciter du juge du fond des injonctions⁵ ainsi que des mesures correctives⁶.

Le détenteur du secret d'affaires aura également droit à réparation de tout préjudice subi du fait d'une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite d'un secret d'affaires commise par un contrevenant qui savait ou aurait dû savoir qu'il se livrait à une telle obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires.

La question du montant des dommages et intérêts à allouer au détenteur d'un secret d'affaires illicitement obtenu, utilisé ou divulgué s'avère particulièrement délicate étant donné leur nature immatérielle et hors commerce. Si la Directive (UE) 2016/943⁷ et le présent projet de loi consacrent à titre principal le principe de la réparation intégrale du préjudice, il est alternativement prévu que, la juridiction pourra, dans les cas appropriés, fixer un montant forfaitaire de dommages et intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret d'affaires en question.

La Chambre de Commerce relève encore que les auteurs du présent projet de loi ont également retenu l'option offerte par l'article 12 paragraphe 3 de la Directive (UE) 2016/943 visant à permettre aux autorités judiciaires prononçant le retrait du marché de biens en infraction, d'ordonner, à la demande du détenteur du secret d'affaires concerné, que lesdits biens lui soient directement remis ou soient remis à des organisations caritatives.

5 Aux termes de l'article 11 du projet de loi sous avis : « Lorsque la juridiction constate une obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires, elle peut, à la demande du demandeur, ordonner à l'encontre du contrevenant l'une ou plusieurs mesures suivantes: a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires; b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des produits en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des produits en infraction à ces fins; c) l'adoption de mesures correctives appropriées en ce qui concerne les biens en infraction; d) la destruction de tout ou partie de tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique qui contient ou matérialise le secret d'affaires ou, selon le cas, la remise au demandeur de tout ou partie de ces documents, objets, matériaux, substances ou fichiers électroniques. »

6 Aux termes de l'article 11 du projet de loi sous avis les mesures correctives), comprennent: « a) le rappel des biens en infraction se trouvant sur le marché; b) la suppression du caractère infractionnel du bien en infraction; c) la destruction des biens en infraction ou, selon le cas, leur retrait du marché, à condition que ce retrait ne nuise pas à la protection du secret d'affaires en question. »

7 Article 14 de la Directive (UE) 2016/943

III) Les dispositions procédurales propres à la protection des secrets d'affaires

Transposant les dispositions de la Directive (UE) 2016/943, le projet de loi introduit certaines dispositions spécifiques concernant la publication des décisions judiciaires, la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires ainsi que la prescription.

A) La publication des décisions judiciaires

L'article 14 du projet de loi transpose l'article 15 de la Directive (UE) 2016/943 qui prévoit la possibilité, à la demande du détenteur d'un secret d'affaires et aux frais du contrevenant, de la diffusion de l'information concernant la décision judiciaire, y compris sa publication intégrale ou partielle. Cette publication pourra être ordonnée par le juge tant dans le cadre de procédures au fond que dans le cadre de procédures visant à l'obtention de mesures provisoires.

Une telle mesure est destinée à servir de dissuasion complémentaire à l'égard de futurs contrevenants, ainsi qu'à contribuer à l'information du public. Il peut s'agir soit de brèves informations concernant une décision rendue mais également, le cas échéant, d'une publicité de grande ampleur, tel que la publication de la décision entière. Néanmoins, cette publication ne doit pas entraîner la divulgation du secret d'affaires et ne doit pas non plus porter atteinte de manière disproportionnée à la vie privée et à la réputation du contrevenant.

En matière de référé, alors qu'il s'agit de décisions par définition provisoires, la Chambre de Commerce relève que les auteurs du projet de loi sous avis ont introduit deux dispositions supplémentaires ne figurant pas au sein de la Directive (UE) 2016/943.

En premier lieu, le projet de loi sous avis dispose que les mesures de publication devront être limitées aux cas où elles seront de nature à contribuer à la cessation de l'acte incriminé ou de ses effets. Eu égard au caractère provisoire des ordonnances de référé, la Chambre de Commerce peut comprendre et approuver l'introduction de garde-fous supplémentaires afin d'éviter les publications intempestives susceptibles de nuire à la réputation d'entreprises alors que ces décisions seront encore susceptibles d'être contredites en appel ou dans le cadre de la décision au fond.

En deuxième lieu, l'article 14 paragraphe 4 du projet de loi prévoit que le président du tribunal d'arrondissement devra également « *fixer le montant que la partie à qui une mesure de publicité a été accordée en référé et qui a exécuté la mesure malgré un recours introduit à temps contre l'ordonnance, devra payer à la partie au détriment de laquelle la mesure de publicité a été prononcée, si celle-ci est annulée en appel* ».

La Chambre de Commerce est d'avis que cette seconde disposition, directement inspirée du projet de loi belge transposant la Directive (UE) 2016/943⁸, apparaît peu claire et incohérente. En effet, la Chambre de Commerce se demande si la présente disposition doit bien être comprise en ce que le président du tribunal d'arrondissement faisant droit à une demande de mesures provisoires et ordonnant la publication de la décision, sera tenu de statuer dans cette même décision sur un hypothétique préjudice subi par le défendeur en cas de réformation de son ordonnance en appel, auquel cas il lui apparaît incongru de demander à un juge de prévoir dans sa décision les conséquences d'une éventuelle réformation de celle-ci !

En outre, la Chambre de Commerce est d'avis que, indépendamment de dénier tout intérêt à la sollicitation de mesures de publicité en référé, la simple exécution d'une ordonnance de référé, pourtant exécutoire par provision en vertu de l'article 938 du Nouveau Code de procédure civile, ne saurait être considérée ipso facto comme constitutive d'une faute ou d'un abus de droit pouvant engager la responsabilité de la personne faisant exécuter l'ordonnance.

La Chambre de Commerce est également d'avis que le fait pour le juge de fixer avant la réalisation du préjudice un montant forfaitaire à titre d'indemnisation apparaît contraire au principe de la réparation intégrale du préjudice subi bien établi en droit luxembourgeois, et ce d'autant plus que le droit commun de la responsabilité, et notamment l'article 1382 du Code civil, pourrait parfaitement permettre *a posteriori* à l'entreprise ayant obtenu réformation de l'ordonnance en appel de solliciter des dommages et intérêts. Une telle disposition apparaît également en contradiction avec le principe de la réparation

⁸ Article 29 du projet de loi 3154/001 du 12 juin 2018 relatif à la protection des secrets d'affaires

intégrale retenu par la Directive (UE) 2016/943 et le présent projet de loi concernant l'indemnisation du préjudice subi par le détenteur d'un secret d'affaires illicitement obtenu, utilisé ou divulgué.

La Chambre de Commerce est par conséquent d'avis que l'alinéa 2 du paragraphe 4 de l'article 14 du projet de loi sous avis est à supprimer.

B) La protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires

La Directive (UE) 2016/943 imposant aux Etats membres de veiller à la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires, le projet de loi sous avis dispose également que les parties, leurs avocats ou autres représentants, le personnel judiciaire, les témoins, les experts et toute autre personne participant à une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, ou ayant accès à des documents faisant partie d'une telle procédure, ne sont pas autorisés à utiliser ou divulguer un secret d'affaires ou un secret d'affaires allégué que la juridiction a, en réponse à la demande dûment motivée d'une partie intéressée ou d'office, qualifié de confidentiel et dont ils ont eu connaissance en raison de cette participation ou de cet accès.

L'obligation de confidentialité perdurera après la fin de la procédure judiciaire. Toutefois, elle cessera d'exister dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes:

- a) il est constaté, dans une décision définitive, que le secret d'affaires allégué ne remplit pas les conditions prévues à l'article 2, paragraphe 1) du projet de loi;
- b) les informations en cause sont devenues, au fil du temps, généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement de ce genre d'informations, ou sont devenues aisément accessibles à ces personnes.

La juridiction pourra, en outre, à la demande dûment motivée d'une partie ou d'office, prendre les mesures particulières nécessaires pour protéger le caractère confidentiel de tout secret d'affaires ou secret d'affaires allégué utilisé ou mentionné au cours d'une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Les mesures visées incluront au moins la possibilité: i) de restreindre à un nombre limité de personnes l'accès à tout ou partie d'un document contenant des secrets d'affaires ou des secrets d'affaires allégués produit par les parties ou par des tiers; ii) 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, ainsi qu'aux procès-verbaux ou notes d'audience; iii) de mettre à la disposition de toute personne autre que celles faisant partie du nombre limité de personnes visées aux points i) et ii) une version non confidentielle de toute décision judiciaire dans laquelle les passages contenant des secrets d'affaires ont été supprimés ou biffés.

C) La prescription

L'article 8 de la Directive (UE) 2016/943 impose aux Etats membres de fixer des règles relatives aux délais de prescription applicables aux demandes sur le fond et aux actions ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la directive. Ce délai de prescription ne peut pas excéder six ans.

La Chambre de Commerce relève que les auteurs du présent projet de loi ont opté pour l'instauration d'un délai de prescription de deux ans pour intenter l'une des actions prévues par le projet de loi. Ce délai de prescription courra à compter du moment où le détenteur du secret d'affaires aura connaissance ou sera présumé avoir raisonnablement connaissance de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et qu'il connaît ou est présumé connaître raisonnablement l'identité du contrevenant.

La Chambre de Commerce relève à cet égard que la Belgique⁹ a, dans le cadre de la transposition de la Directive (UE) 2016/943, opté pour un délai de prescription de cinq ans. Dans un souci d'harmonisation, conforme à l'esprit de la Directive (UE) 2016/943, la Chambre de

⁹ Article 22 du projet de loi 3154/001 du 12 juin 2018 relatif à la protection des secrets d'affaires

Commerce s'interroge par conséquent s'il n'aurait pas été utile de s'aligner sur les délais de prescription fixés dans les Etats voisins.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le projet de loi sous avis sous réserve de la prise en considération de ses observations.

7353/02

N° 7353²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2018-2019

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**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES SALARIES

(27.11.2018)

Par lettre en date du 26 juillet 2018, M. Étienne SCHNEIDER, ministre de l'Économie, a saisi pour avis la Chambre des salariés au sujet du projet de loi sous rubrique.

1. Le projet de loi a pour objet de transposer 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.

2. Ladite directive a pour finalité d'établir des règles protégeant les secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, sans restreindre la liberté d'établissement, la libre circulation ou la mobilité des travailleurs, l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, notamment en ce qui concerne le journalisme d'investigation et la protection des sources des journalistes. En particulier, la protection des secrets d'affaires ne doit pas entraver les activités des lanceurs d'alerte exercées dans les conditions prévues par la future loi.

3. La notion de secret d'affaires n'est à ce jour pas inconnue de notre législation.

4. En droit pénal :

L'article 309 du Code pénal stipule :

« Celui qui, étant ou ayant été employé, ouvrier ou apprenti d'une entreprise commerciale, ou industrielle, soit dans un but de concurrence, soit dans l'intention de nuire à son patron, soit pour se procurer un avantage illicite, utilise ou divulgue, pendant la durée de son engagement ou endéans les deux ans qui en suivent l'expiration, les secrets d'affaires ou de fabrication dont il a eu connaissance par suite de sa situation, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 251 euros à 12.500 euros.

...

Est punissable de la même peine celui qui, dans un but de concurrence, soit dans l'intention de nuire à celui à qui ils appartiennent, soit pour se procurer un avantage illicite, utilise sans en avoir le droit ou communique à autrui des modèles, dessins ou patrons qui lui ante été confiés pour l'exécution de commandes commerciales ou industrielles. »

La jurisprudence retient que le délit de divulgation de secrets d'affaires nécessite la réunion :

- d'un élément matériel, à savoir la divulgation d'un secret d'affaires du patron par un salarié d'une entreprise commerciale ou industrielle ;
- ainsi qu'un élément moral (intentionnel), à savoir la divulgation dans un but de concurrence, dans l'intention de nuire ou de se procurer un avantage illicite.

5. En droit de la responsabilité civile :

L'article 1382 du Code civil dispose que « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* »

La violation d'un secret d'affaires peut constituer une faute qui cause un préjudice à autrui. Il en est de même d'un quelconque acte de concurrence déloyale. Il faudra dans ce cas, comme dans toute action en responsabilité civile, prouver une faute, un préjudice et un lien de causalité entre cette faute et le préjudice.

6. En droit contractuel :

Il peut y avoir soit violation d'une obligation de confidentialité ou de non-concurrence dans le cadre de contrats commerciaux, soit violation d'une clause de confidentialité ou de non-concurrence, respectivement violation de l'obligation de loyauté, de la part d'un salarié dans cadre d'une relation de travail.

En effet, même en l'absence de clause écrite, le salarié, et toute partie à un contrat en général, est tenu d'exécuter le contrat de bonne foi en vertu de l'article 1134 du Code civil, ce qui implique notamment l'obligation de loyauté et donc de confidentialité.

7. En droit de la concurrence déloyale :

Le droit de la concurrence déloyale est particulièrement bien adapté pour faire cesser toute violation d'un secret d'affaires lorsque le litige se situe entre deux concurrents.

8. Dans l'optique de transposer correctement la directive européenne de base, le Gouvernement propose de créer un cadre légal autonome pour assurer une protection efficiente aux secrets d'affaires.

Objet et champ d'application de la future loi

9. La future loi a pour objet de protéger les secrets d'affaires contre leur :

- obtention,
 - utilisation et
 - divulgation
- illicites.

10. La future loi ne portera néanmoins pas atteinte à :

- l'exercice du 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;
- l'application de règles de l'Union européenne et du droit national exigeant des détenteurs de secrets d'affaires qu'ils révèlent, pour des motifs d'intérêt public, des informations, y compris des secrets d'affaires, au public ou aux autorités administratives ou judiciaires pour l'exercice des fonctions de ces autorités;
- 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 que ces institutions, organes ou autorités détiennent en vertu des obligations et prérogatives établies par le droit de l'Union européenne ou le droit national et conformément à celles-ci;
- l'autonomie des partenaires sociaux et leur droit de conclure des conventions collectives, conformément au droit de l'Union européenne et au droit national et pratiques nationales. Le considérant (12) de la directive européenne de base stipule à ce titre que « *La présente directive ne devrait pas porter atteinte au droit des partenaires sociaux de conclure des conventions collectives, lorsqu'elles sont prévues par le droit du travail, en ce qui concerne toute obligation de ne pas divulguer un secret d'affaires ou d'en limiter l'utilisation et les conséquences d'un manquement à une telle obligation par la partie qui y est soumise. Cela devrait être à la condition qu'une telle convention collective ne restreigne pas les exceptions prévues dans la présente directive, lorsqu'une demande ayant pour objet l'application de mesures, procédures ou réparations prévues par la présente directive pour cause d'obtention, d'utilisation ou de divulgation alléguée d'un secret d'affaires doit être rejetée.* »

- la mobilité des travailleurs. En particulier, en ce qui concerne l'exercice de cette mobilité, les dispositions de la future loi ne permettent aucunement:
 - a) de limiter l'utilisation par les travailleurs d'informations qui ne constituent pas un secret d'affaires ;
 - b) de limiter l'utilisation par les travailleurs de l'expérience et des compétences acquises de manière honnête dans l'exercice normal de leurs fonctions;
 - c) d'imposer aux travailleurs dans leur contrat de travail des restrictions supplémentaires autres que celles imposées conformément au droit de l'Union européenne ou au droit national.

La CSL approuve ces précisions dans le texte de la future loi. Afin d'éviter que les salariés signent des contrats de travail contenant des clauses limitant de manière abusive les droits des travailleurs sous prétexte du secret d'affaires, il est essentiel qu'ils soient éclairés avant la signature du contrat de travail sur la signification et sur l'impact des clauses en question. La CSL estime qu'il y a lieu d'imposer par la loi à tout potentiel employeur l'obligation d'informer et de renseigner le candidat-salarié à ce titre.

Définition du « secret d'affaires » :

11. Selon le projet de loi, il s'agit « *des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes:*

- *elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles;*
- *elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes;*
- *elles ont 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 les garder secrètes. (p.ex. clauses contractuelles, dessins gardés sous clés etc.) »*

12. Cette définition du secret d'affaires est très proche de celle qui a été développée par les juridictions luxembourgeoises. Elle vise à :

- couvrir les savoir-faire, les informations commerciales et les informations technologiques
- lorsqu'il existe à la fois un intérêt légitime à les garder confidentiels et une attente légitime de protection de cette confidentialité
- et que ces savoir-faire ou informations devraient ou ont une valeur commerciale, effective ou potentielle. Ces savoir-faire ou informations devraient être considérés comme ayant une valeur commerciale, par exemple lorsque leur obtention, utilisation ou divulgation illicite peut nuire au potentiel scientifique et technique du détenteur licite, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle.

13. Le projet de loi exclut de la définition du secret d'affaires exclut les informations courantes, l'expérience et les compétences obtenues par des travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonctions ainsi que les informations qui sont généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou qui leur sont aisément accessibles.

Obtention, utilisation et divulgation licites de secrets d'affaires

14. 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:

- une découverte ou une création indépendante;
- l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'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 et qui n'est pas liée par une obligation juridiquement valide de limiter l'obtention du secret d'affaires;
- l'exercice du droit des travailleurs ou des représentants des travailleurs à l'information et à la consultation, conformément au droit de l'Union européenne et au droit national et pratiques natio-

nales (voir les articles L.415-2 et svts CT). Selon le commentaire des articles du projet de loi, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de secrets d'affaires, lorsqu'elle est imposée ou autorisée par la loi, doit être considérée comme licite. Cela concerne notamment l'obtention et la divulgation de secrets d'affaires dans le cadre de l'exercice des droits des représentants des travailleurs à l'information, à la consultation et à la participation conformément au droit de l'Union européenne ou au droit luxembourgeois et dans le cadre de la défense collective des intérêts des travailleurs et employeurs, y compris la codétermination, ainsi que l'obtention ou la divulgation d'un secret d'affaires dans le cadre de contrôles légaux des comptes effectués conformément au droit de l'Union européenne ou au droit luxembourgeois. Cependant, le fait de considérer comme licite l'obtention d'un secret d'affaires dans ce cadre est sans préjudice de toute obligation de confidentialité concernant le secret d'affaires ou de toute restriction quant à son utilisation que le droit impose à la personne qui reçoit ou obtient les informations.

La CSL tient dans ce contexte à rappeler que selon l'article 4 de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 relative à l'information et la consultation des travailleurs, l'information et la consultation des travailleurs doit recouvrir:

- a) l'information sur l'évolution récente et l'évolution probable des activités de l'entreprise ou de l'établissement et de sa situation économique;
- b) l'information et la consultation sur la situation, la structure et l'évolution probable de l'emploi au sein de l'entreprise ou de l'établissement, ainsi que sur les éventuelles mesures d'anticipation envisagées, notamment en cas de menace sur l'emploi;
- c) l'information et la consultation sur les décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail.

L'information doit s'effectuer à un moment, d'une façon et avec un contenu appropriés, susceptibles notamment de permettre aux représentants des travailleurs de procéder à un examen adéquat et de préparer, le cas échéant, la consultation.

La consultation des travailleurs doit s'effectuer :

- a) à un moment, par des moyens et avec un contenu approprié ;
- b) au niveau pertinent de direction et de représentation, en fonction du sujet traité;
- c) sur la base des informations fournies par l'employeur et de l'avis que les représentants des travailleurs ont le droit de formuler;
- d) de façon à permettre aux représentants des travailleurs de se réunir avec l'employeur et d'obtenir une réponse motivée à tout avis qu'ils pourraient émettre;
- e) en vue d'aboutir à un accord sur les décisions de l'employeur susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail.

Lesdites règles européennes sont à ce jour correctement transposées dans le Code du travail national et le présent projet de loi n'y déroge pas.

- toute autre pratique qui, eu égard aux circonstances, est conforme aux usages honnêtes en matière commerciale.
- l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme licite dans la mesure où elle est requisse ou autorisée par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

Obtention illicite :

15. L'obtention d'un secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée par le biais :

- a) d'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique ou d'une appropriation ou copie non autorisée de ces éléments,
 - b) de tout autre comportement qui, eu égard aux circonstances, est considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.
- L'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée, sans le consentement du détenteur du secret d'affaires, par une personne dont il est constaté qu'elle répond à l'une ou l'autre des conditions suivantes :
 - a) elle a obtenu le secret d'affaires de façon illicite;

- b) elle agit en violation d'un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires;
 - c) elle agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation limitant l'utilisation du secret d'affaires.
- L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, une personne savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ledit secret d'affaires avait été obtenu directement ou indirectement d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite.
 - 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 sont aussi considérées comme une utilisation illicite d'un secret d'affaires lorsque la personne qui exerce ces activités savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que le secret d'affaires était utilisé de façon illicite.

Dérogations

16. 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;

Le commentaire des articles du projet de loi précise à ce titre 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.*

La protection des lanceurs d'alerte telle qu'elle existe actuellement en droit luxembourgeois, n'est donc pas impactée et est tout à fait garantie par le présent projet de loi. »

- c) la divulgation par des travailleurs à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime par ces représentants de leur fonction conformément au droit de l'Union européenne ou au droit national, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice;

La Csl approuve ces précisions qui sont conformes aux règles de droit du travail.

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

Personnes habilitées à agir

17. Le détenteur d'un secret d'affaires au droit de demander l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente loi afin d'empêcher, ou d'obtenir réparation pour, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de son secret d'affaires.

Selon le commentaire des articles, il pourrait donc également s'agir d'un licencié qui détient le secret d'affaires de manière licite.

Mesures provisoires et conservatoires

18. Le projet de loi prévoit une action en référé devant le président du tribunal d'arrondissement visant à:

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires à titre provisoire;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des biens en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des biens en infraction à ces fins;
- c) la saisie ou la remise des biens soupçonnés d'être en infraction, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché.

Mesures provisoires de substitution et garanties

19. Le président du tribunal d'arrondissement peut :

- ordonner de subordonner la poursuite de l'utilisation illicite alléguée d'un secret d'affaires à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du détenteur du secret d'affaires,
- ordonner la constitution, par le demandeur, d'une caution adéquate ou d'une garantie équivalente destinée à assurer l'indemnisation de tout préjudice éventuel subi par le défendeur et, le cas échéant, par toute autre personne touchée par les mesures (pour le cas où la demande ne serait pas justifiée).

Obligation d'agir au fond et révocation des mesures provisoires et conservatoires

20. Le projet de loi prévoit en parallèle des mesures provisoires, une obligation d'agir au fond dans un délai à fixer par le président du tribunal, mais qui est au plus d'un mois si le juge ne fixe pas de délai.

Compétence exclusive du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale

21. Les demandes introduites sur base de la présente loi visant à obtenir une décision au fond quant à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires sont portées, quelle que soit la valeur de la demande, devant la chambre du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, même si les parties ne sont pas à qualifier de commerçants.

Injonctions et mesures correctives définitives

22. Lorsque la juridiction constate une obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires, elle peut, à la demande du demandeur, ordonner à l'encontre du contrevenant l'une ou plusieurs mesures suivantes:

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des produits en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des produits en infraction à ces fins;
- c) l'adoption de mesures correctives appropriées en ce qui concerne les biens en infraction;
- d) la destruction de tout ou partie de tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique qui contient ou matérialise le secret d'affaires ou, selon le cas, la remise au demandeur de tout ou partie de ces documents, objets, matériaux, substances ou fichiers électroniques.

Domages et intérêts

23. Le détenteur du secret d'affaires a droit à réparation du tout préjudice qu'il subit du fait d'une obtention, d'une utilisation ou d'une divulgation illicite d'un secret d'affaires commise par un contrevenant qui savait ou aurait dû savoir qu'il se livrait à une telle obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Lorsqu'elle fixe le montant des dommages et intérêts, la juridiction doit prendre en considération tous les facteurs appropriés tels que les conséquences économiques négatives, y compris le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans les cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, tel que le préjudice moral cause au détenteur de secrets d'affaires du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

Alternativement, la juridiction peut, dans les cas appropriés, fixer un montant forfaitaire de dommages et intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret d'affaires en question.

Le considérant 30 de la directive européenne prévoit que « *La présente directive ne devrait pas empêcher les Etats membres de prévoir dans leur droit national des dispositions limitant la responsabilité des travailleurs pour les dommages causés lorsqu'ils n'ont pas agi intentionnellement.* »

C'est ainsi que l'article 14 de la directive permet aux Etats membres de 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 CSL regrette que les auteurs du projet de loi n'aient pas fait emploi de cette faculté et demande, dans une optique de protection des salariés, à ce qu'il y soit remédié.

Publication des décisions judiciaires

24. La juridiction saisie d'une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires peut ordonner, à la demande du demandeur et aux frais du contrevenant, des mesures appropriées pour la diffusion de l'information concernant la décision, y compris sa publication intégrale ou partielle.

Le caractère confidentiel des secrets d'affaires doit néanmoins être respecté.

Protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires

25. Les parties, leurs avocats aux autres représentants, le personnel judiciaire, les témoins, les experts et toute autre personne participant à une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, au ayant accès à des documents faisant partie d'une telle procédure, ne sont pas autorisés à utiliser ou divulguer un secret d'affaires ou un secret d'affaires allégué que la juridiction a, en réponse à la demande dument motivée d'une partie intéressée au d'office, qualifiée de confidentiel et dont ils ont eu connaissance en raison de cette participation au de cet accès. Possibilité de restreindre l'accès aux documents ou à l'audience notamment.

Prescription

26. Les actions basées sur la future loi sont prescrites après deux ans à compter du moment où le détenteur du secret d'affaires à connaissance ou est présumé avoir raisonnablement connaissance de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et qu'il connaît ou est présumé raisonnablement connaître l'identité du contrevenant.

Luxembourg, le 27 novembre 2018

Pour la Chambre des salariés,

Le Directeur,
Norbert TREMUTH

Le Président,
Jean-Claude REDING

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7353/03

N° 7353³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2018-2019

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**

* * *

**AVIS DE LA CHAMBRE DES FONCTIONNAIRES
ET EMPLOYES PUBLICS**

(12.12.2018)

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 GENERAL

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 appli-

cables. 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 coauteur(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 oeuvre 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^{er}

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^{er}, 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^{er} 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^{er}, 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 Directive, mais seulement les paragraphes 2 à 5 de celui-ci, la transposition du paragraphe 1^{er} 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 eu 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 prévoit 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 appropriés 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^{er}, 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 publicité, 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 obligation 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

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7353/04

N° 7353⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2018-2019

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**

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Avis des autorités judiciaires</i>	
1) Avis de la Cour supérieure de Justice	1
2) Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (3.1.2019)	3

*

AVIS DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE

Le projet de loi vise à transposer dans la législation nationale la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil 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 (ci-après la Directive) qui, aux termes de son article 19, aurait dû être transposée pour le 9 juin 2018.

La plupart des articles du projet de loi reprennent le texte de la Directive et n'appellent pas d'observation de la Cour.

L'article 7 (1) du projet de loi prévoit que le détenteur d'un secret d'affaires peut, dans les formes du référé prévu par les articles 934 et suivants du nouveau Code de procédure civile, saisir le président du tribunal d'arrondissement afin d'obtenir une ordonnance de référé à l'encontre du contrevenant supposé. Cet article se rapproche de l'article 27 (1) de la loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et portant désignation des tribunaux des dessins ou modèles communautaires. Selon le commentaire des articles, « *Ces mesures suivent donc les formes du référé prévues par les articles 934 et suivants du nouveau Code de procédure civile, y compris les dispositions relatives à la procédure d'appel* ». La Cour estime que dans un souci de clarté, il serait utile que le texte de loi contienne des dispositions quant aux voies de recours contre l'ordonnance de référé prise en application de l'article 7(1).

Il y a lieu de revoir la formulation de l'article 7 (2) qui, dans sa rédaction actuelle, manque de cohérence. Le début de la phrase est inspiré de l'article 27 (2) de la prédite loi du 22 mai 2009, tandis que la suite est inspirée de l'article 11 (1) de la Directive sans pour autant en reprendre les termes exacts. Dans un souci de clarté et afin d'éviter des problèmes d'interprétation, il serait préférable de garder dans la mesure du possible le libellé de la Directive.

Il y a encore lieu de revoir le libellé de **l'article 9** (1) qui manque de cohérence et il est suggéré de supprimer le bout de phrase « *Dans les cas où il est fait application, par une personne agissant sur base de la présente loi pour faire cesser l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires* ».

La Cour estime qu'il serait utile de fournir, dans le texte de loi, des précisions en ce qui concerne « *une juridiction compétente* » visée à l'article 9 (1) a) et « *la juridiction compétente* » visée à l'article 9 (2) qui, au vu du commentaire des articles, ne semblent pas être les mêmes. Afin d'éviter toute

confusion et dans un souci de simplification de la procédure, il serait préférable de prévoir qu'une seule juridiction est compétente pour connaître de toutes les actions au fond, y compris les actions en dommages et intérêts qui pourraient alors, le cas échéant, être introduites par voie reconventionnelle à frais réduits pour le justiciable.

Il est suggéré de remplacer à l'article 9 (1) b) les termes « article 2, *paragraphe 1* » par « article 2, *point 1* », conformément au libellé de la Directive.

D'un point de vue rédactionnel, il y a lieu de compléter l'article 9 (2) comme suit : « ... à verser au défendeur ou au tiers lésé une indemnisation appropriée ... »

La Cour se pose la question pourquoi le libellé de l'intitulé de la **Section 3** du projet de loi s'éloigne du libellé de l'intitulé de la Section 3 de la Directive qui semble plus pertinent.

Il serait utile que **l'article 10**, qui précise que les demandes sont portées devant la (une ?) chambre du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, contienne également des indications sur les voies de recours.

Il est proposé de garder, à l'article 11, le texte de la Directive « *constate qu'il y a eu obtention...* »

D'un point de vue rédactionnel la Cour suggère de revoir la formulation de **l'article 13** (1) du projet de loi comme suit: « *Le détenteur du secret d'affaires a droit à réparation de tout préjudice qu'il subit du fait d'une obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires ...* » et de revoir la formulation de l'intitulé de la **Section 4** comme suit: « *Dispositions applicables à toutes les procédures relatives à l'obtention, l'utilisation et à la divulgation illicite d'un secret d'affaires* ».

Les termes « procédure judiciaire » figurant à **l'article 14** (1) semblent impropres.

La disposition de l'article 14 (4), alinéa 2, qui est inspirée du projet de loi belge transposant la Directive, laisse place à de nombreuses questions et le commentaire des articles n'est d'aucun secours. Ainsi, il semble résulter de la formulation « *Le président du tribunal d'arrondissement fixe le montant que la partie à qui une mesure de publicité a été accordée conformément au premier alinéa et qui a exécuté la mesure malgré un recours introduit à temps contre l'ordonnance, devra payer à la partie au détriment de laquelle la mesure de publicité a été prononcée, si celle-ci est annulée en appel* » que le président du tribunal d'arrondissement (ou le juge qui le remplace ?) fixe d'ores et déjà ce montant dans la décision autorisant les mesures de publicité, pour le cas où cette décision serait réformée en appel. La Cour s'interroge notamment sur la question de savoir s'il s'agit d'un montant forfaitaire ou si le président devra fixer par avance une indemnisation pour un préjudice hypothétique qui ne sera réalisé qu'en cas de réformation de sa propre décision. Se posent encore notamment les questions des limites des pouvoirs du juge des référés ainsi que de l'exécution de la décision fixant le montant.

A noter que l'article 9 (2) du projet de loi prévoit, en cas de révocation ou de cessation des mesures visées à l'article 7, la possibilité d'une indemnisation accordée par une juridiction statuant au fond. La Cour renvoie à ses observations formulées à propos de cet article.

En ce qui concerne **l'article 15** 2a) il est suggéré de remplacer, conformément au libellé de la Directive, les termes « article 2, *paragraphe 1* » par « article 2, *point 1* ».

Finalement, la Cour estime qu'il serait souhaitable de préciser quelles sont – outre l'astreinte – les mesures appropriées visées à l'article 15 (5), le commentaire des articles étant également muet à ce sujet.

*

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG

(3.1.2019)

Par note du 26 octobre 2018, Madame le Procureur général d'Etat a transmis le projet de loi noté sous rubrique au tribunal d'arrondissement de Luxembourg aux fins d'avis.

Les articles 1 à 5 reprennent fidèlement les dispositions de la directive à transposer et ne donnent pas lieu à commentaires.

L'article 6 peut être lu comme un rappel des exigences liées à l'intérêt et/ou à la qualité à agir pour pouvoir introduire une action en justice. S'il ne s'agit effectivement que d'un simple rappel d'une des conditions d'existence de l'action en justice, la précision s'avère comme étant superflue. Si la disposition doit être comprise comme limitant à un certain degré le champ des personnes pouvant agir en justice (ce que, il est vrai, ne laisse pas sous-entendre le commentaire des articles), on s'interrogerait sur sa justification. Aux yeux du tribunal, cet article n'apporte rien et pourrait être supprimé.

L'article 7, paragraphe 1 débute par une règle de procédure susceptible d'engendrer un contentieux non-négligeable et inutile, lorsqu'il est proposé que le détenteur d'un secret d'affaires peut, « *dans les formes du référé prévu par les articles 934 et suivants du nouveau Code de procédure civile, saisir le président du tribunal d'arrondissement afin d'obtenir une ordonnance de référé* ». Il est aujourd'hui admis que la locution « *dans les formes du référé* » renvoie à une procédure rapide empruntée aux règles procédurales applicables aux demandes en référé, mais dans laquelle le magistrat saisi dispose de tous les pouvoirs du juge du fond. En combinant dans une même phrase une référence à un juge siégeant au fond et l'affirmation que la procédure aboutit à « *obtenir une ordonnance de référé* », le projet de loi laisse planer un doute sur la véritable nature de la procédure.

Il faut dès lors s'interroger sur la véritable nature de la décision. La règle sous examen figure au projet de loi sous l'intitulé des mesures provisoires et conservatoires, repris de la directive. Le point a) reprend encore dans son texte la caractéristique de « *provisoire* » de la mesure à ordonner. Il ne s'agit donc pas de mesures au fond, qui sont traitées par ailleurs dans la directive et dans le projet de loi, mais de réelles mesures provisoires et conservatoires, généralement désignées au Luxembourg comme étant des mesures de référés (cette caractéristique résulte encore nécessairement de l'article 7, paragraphe 4, qui prévoit la cessation des mesures en cas d'acquiescement au pénal, et de l'article 9, paragraphe 1, qui prévoit leur cessation sur demande dans certaines hypothèses). Il ne s'agit toutefois pas de mesures de référé soumises aux conditions traditionnelles des cas d'ouverture du référé prévus aux articles 932 et 933 du Nouveau Code de Procédure Civile qui sont liées à des degrés divers aux conditions d'urgence et d'absence de contestation sérieuse. La suite de l'article 7 énonce en effet les critères par rapport auxquels le juge doit s'orienter pour prendre sa décision, et ces critères diffèrent de ceux des articles 932 et 933 du Nouveau Code de Procédure Civile. Il s'agit partant d'un nouveau cas d'ouverture du référé obéissant à des critères autonomes.

Au stade de la rédaction du texte, il faut en tirer la conclusion de supprimer toute référence, ne serait-elle qu'implicite, à une procédure au fond. Le tribunal propose

- de rédiger le chapeau de l'article 7, paragraphe 1 comme suit : « *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 visant à : ...* »
- et de compléter l'article 7 par un paragraphe 3bis conçu comme suit : « *La demande est introduite, instruite et jugée selon les règles prévues aux articles 934 et suivants du Nouveau Code de Procédure Civile* ».

L'article 7, paragraphe 2 prévoit que le juge statue « *sur base de tout élément de preuve qui peut être raisonnablement considéré comme étant accessible* », alors que la directive (article 11) prévoit que le juge doit être habilité « *à exiger du demandeur qu'il fournisse tout élément de preuve qui peut être raisonnablement considéré comme étant accessible* ». Le tribunal interprète cette omission de la référence au demandeur comme une confirmation du droit commun luxembourgeois qui permet au juge d'ordonner à chacune des parties à l'instance de produire des documents au débat et partant comme une extension bienvenue de la règle de la directive.

L'article 7, paragraphe 3 prévoit que pour statuer sur la demande, le juge apprécie son « *caractère proportionné* ». Ce faisant, le projet de loi reprend certes le libellé de l'article 7, paragraphe 2, mais omet d'introduire dans le cadre d'analyse les autres critères d'appréciation énumérés à l'article 7 de la

directive, et qui sont en toutes matières (mesures provisoires et conservatoires et mesures au fond) la prévention d'obstacles au commerce et l'adoption de mesures de sauvegarde contre un usage abusif. Cet article 7 de la directive est une règle générale, qui n'est pas transposée dans le projet de loi sous avis. Le tribunal considère qu'il s'agit là d'une lacune, alors que cette omission au mieux laisse le lecteur de la seule loi dans l'ignorance de ces critères et au pire constitue une transposition incomplète de la directive.

Le tribunal propose

- de combler la lacune en insérant sous la section 4 traitant des dispositions communes un article 13bis conçu comme suit : « *En statuant sur les demandes introduites sur base de la présente loi, les juridictions appliquent les mesures, procédures et réparations d'une manière qui :*
 - a) *est proportionnée ;*
 - b) *évite la création d'obstacles au commerce légitime dans le marché intérieur ; et*
 - c) *prévoit des mesures de sauvegarde contre leur usage abusif. »*

L'article 7, paragraphe 5 constitue, d'après l'exposé des motifs, la transposition partielle de l'article 16 de la directive, qui impose aux Etats l'obligation de prévoir des sanctions, dont des astreintes, en cas de violation d'une mesure judiciaire. Or, le projet de loi se limite ici à prévoir des astreintes, sans aborder la question d'autres sanctions, qui d'après la directive doivent en outre être effectives, proportionnées et dissuasives. La possibilité de condamner l'auteur de la violation à des dommages-intérêts au profit de la victime de ses agissements ne correspond pas non plus aux exigences de sanction de la directive, puisque des dommages-intérêts ne sont que la réparation d'un préjudice souffert, sans imposer de sanction au contrevenant. L'article 309 du Code pénal sanctionne encore pénalement l'utilisation ou la divulgation de secrets d'affaires ou de fabrication, mais le champ d'application de cette disposition pénale est limité aux divulgations ayant lieu à travers les salariés et entrepreneurs travaillant pour le titulaire du secret.

En l'état du projet de loi, le Luxembourg risque de se voir reprocher une transposition incomplète de la directive. Afin de combler la lacune, le tribunal propose de s'inspirer de l'article 13 de la loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence qui prévoit la possibilité de prononcer des amendes civiles

- en insérant un article 13ter ainsi conçu : « *Est punie d'une amende civile de 251 à 45.000 euros les parties, toute personne qui ne respecte pas, ou refuse de respecter, une mesure adoptée en vertu des articles 7, 8, 11 et 15 ».*

L'article 8 prévoit que les décisions de mesures provisoires et conservatoires de protection des secrets d'affaires peuvent comprendre des garanties à charge de l'utilisateur du secret pour assurer l'indemnisation du titulaire du secret, respectivement une caution ou une autre garantie équivalente à charge du titulaire du secret pour assurer l'indemnisation de l'utilisateur du secret. Le texte ne donne cependant aucune précision sur la nature et les modalités de ces garanties et cautions. Le tribunal signale qu'il rencontre le même problème dans le cadre de la mise en oeuvre du Règlement (UE) N° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale qui prévoit en termes similaires la constitution de garanties à charge du saisissant dans certaines hypothèses. Plus classiquement, la même problématique se rencontre dans le cadre des mesures d'exécution par provision ordonnées sous caution. Ces cas sont actuellement traités par des solutions *ad hoc*, mais le tribunal considère que dans l'intérêt de la sécurité juridique et d'une bonne administration de la justice, une solution globale et structurée devrait être envisagée à travers un texte générique d'application générale.

L'article 9, paragraphe 1^{er} impose opportunément à celui qui a obtenu une mesure provisoire ou conservatoire d'agir au fond endéans un certain délai, sous peine de la perte des effets de la mesure provisoire ou conservatoire. Le projet de loi se propose ici de retranscrire mot à mot la directive en prévoyant que les mesures seront révoquées « *ou cesseront autrement de produire leurs effets* ». Cette formulation semble être un compromis trouvé dans le cadre de l'élaboration de la directive pour couvrir tous les systèmes juridiques. Elle ne donne pas de véritable sens au Luxembourg, où le terme de « *révocation* » décrit parfaitement bien l'objectif recherché. Le tribunal considère encore que le début de la phrase comporte un énoncé pas très clair. Le tribunal propose

- de rédiger l'article 9, paragraphe 1^{er} comme suit : « *Dans les cas où l'application de la présente loi a donné lieu à adoption de mesures provisoires ou conservatoires pour faire cesser l'obtention,*

l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, ces mesures sont révoquées à la demande du défendeur, si : ... »

Alternativement, il pourrait être prévu que ces mesures cessent de plein droit, sans qu'il faille recourir au juge pour faire procéder à la révocation, ce qui semble être le cas lorsque l'action publique a donné lieu à un acquittement (article 7, paragraphe 4). L'article 9, paragraphe 1^{er} serait alors rédigé comme suit : « *Dans les cas où l'application de la présente loi a donné lieu à adoption de mesures provisoires ou conservatoires pour faire cesser l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, ces mesures sont révoquées à la demande du défendeur, ou cessent de plein droit de produire leurs effets, si : ...* ». Mais la sécurité juridique exigera probablement dans la majorité des cas qu'une décision positive soit prononcée par un juge.

L'article 10 appelle deux observations rédactionnelles. D'une part, la formulation concernant la détermination du juge compétent au fond n'est pas très heureuse lorsque le projet de loi prévoit la compétence de « la chambre du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale ». Classiquement, de telles dispositions prévoient que la demande « est portée devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale ». D'autre part, l'ajout « même si les parties ne sont pas à qualifier de commerçants » n'apporte pas grand-chose dès lors que la règle générale prévoit l'application de la procédure commerciale en tout état de cause.

L'article 11, paragraphe 5 appelle les mêmes observations que celles faites ci-dessus dans le cadre de l'article 7, paragraphe 5 au regard des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives qu'il faut prévoir dans la loi de transposition.

L'article 12, paragraphe 1 appelle les mêmes observations que celles faites ci-dessus dans le cadre de l'article 7, paragraphe 3 au regard des critères d'appréciation à prendre en compte par le juge en statuant.

L'article 12, paragraphe 2 appelle les mêmes observations que celles faites ci-dessus dans le cadre de l'article 9, paragraphe 1 au regard de la notion de cessation des effets des mesures.

Dans les articles 10 à 13 traitant des procédures au fond, le projet de loi emploie le terme « juridiction » pour désigner l'acteur judiciaire appelé à statuer. Ce terme général et générique semble inapproprié après avoir identifié à l'article 10 le tribunal d'arrondissement comme étant la juridiction appelée à statuer. Le tribunal propose

- de remplacer dans les articles 11 à 13 le terme de « juridiction » par le terme de « tribunal ». L'emploi de ce terme plus précis permettrait de mieux distinguer ce volet d'une part des articles 7 à 9 traitant des mesures provisoires et conservatoires, qui mentionnent de façon précise le président du tribunal d'arrondissement, et des articles 14 à 16 traitant de points communs à toutes les procédures (mesures provisoire ou conservatoires et mesures au fond), qui peut opportunément avoir recours au terme générique de « juridiction ».

A l'article 15, paragraphe 1^{er} et paragraphe 2, le tribunal constate que les auteurs du projet de loi n'ont pas fait fruit de la faculté laissée ouverte par la directive de permettre aux tribunaux d'agir d'office, sans qu'ils ne s'en expliquent. Dans la mesure où la faculté pour un tribunal d'agir d'office en vue de la protection d'intérêts purement privés se concilie mal avec le principe d'initiative inscrit à l'article 50 du Nouveau Code de Procédure Civile, le tribunal souscrit à l'option choisie.

L'article 15, paragraphe 3, point b) peut interpeller au regard du principe de publicité des débats inscrit à l'article 88 de la Constitution, et dans divers instruments internationaux (article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000, article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948). Mais dans la mesure où il s'agit ici d'une dérogation ponctuelle, à décider et partant à motiver au cas par cas en faisant la balance des intérêts en jeu, la règle paraît conforme aux exigences de la publicité des débats.

L'article 15, paragraphe 4 appelle les mêmes observations que celles faites ci-dessus dans le cadre de l'article 7, paragraphe 3 au regard des critères d'appréciation à prendre en compte par le juge en statuant.

L'article 15, paragraphe 5 appelle les mêmes observations que celles faites ci-dessus dans le cadre de l'article 7, paragraphe 5 au regard des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives qu'il faut prévoir dans la loi de transposition.

Les articles 17 à 19 de la directive ne requièrent d'après l'exposé des motifs du projet de loi pas de mesures de transposition. Toutefois, l'article 17 prévoit un mécanisme de coopération entre États membres par le biais de la désignation d'un correspondant national. Ne faut-il pas fournir une base légale à la nomination d'un tel correspondant ?

Luxembourg, le 3 janvier 2019.

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7353/05

N° 7353⁵**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2018-2019

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**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(15.2.2019)

Par dépêche du 31 juillet 2018, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de l'Économie.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière, un tableau de correspondance entre la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (ci-après la « directive (UE) 2016/943 ») ainsi que le texte de cette directive.

À la demande du ministre ayant l'Économie dans ses attributions, une entrevue a eu lieu, le 22 octobre 2018, entre la commission compétente du Conseil d'État et les fonctionnaires du ministère qui ont présenté les points essentiels du projet de loi.

Les avis de la Chambre de commerce, de la Chambre des salariés et de la Chambre des fonctionnaires et employés publics ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 5 novembre, 10 décembre et 14 décembre 2018.

L'avis des autorités judiciaires a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 16 janvier 2019.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous examen vise à transposer en droit luxembourgeois la directive (UE) 2016/943. Le Conseil d'État note que le délai de transposition de la directive, fixé au 9 juin 2018, était déjà expiré au moment de la saisine du Conseil d'État.

La directive (UE) 2016/943 a pour objet d'établir des règles protégeant le secret d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Cet instrument juridique vient compléter le dispositif européen relatif à la protection des droits de propriété intellectuelle, en particulier la protection du brevet, et couvre des situations dans lesquelles le détenteur du secret soit ne peut pas ou ne veut pas procéder à l'enregistrement d'un brevet, soit est dans l'impossibilité de ce faire, le secret d'affaires ne remplissant pas les conditions nécessaires à l'enregistrement en tant que brevet. Il s'agit d'une directive d'harmonisation destinée à mettre fin aux disparités importantes existant entre les législations nationales en ce qui concerne la protection des secrets d'affaires, disparités constituant une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur.

En droit luxembourgeois, la protection du secret d'affaires est, à ce jour, réalisée par le droit pénal, en particulier l'article 309 du Code pénal, le droit de la responsabilité civile extracontractuelle, en particulier l'article 1382 du Code civil, le droit de la responsabilité contractuelle ou encore le droit de la concurrence déloyale. Les auteurs du projet de loi expliquent qu'il n'existe pas de législation spécifique sur la protection des secrets d'affaires et qu'il a été décidé de transposer la directive (UE) 2016/943 par une loi autonome. Ils se seraient inspirés du projet de loi belge, devenu la loi du 30 juillet

2018 relative à la protection des secrets d'affaires¹. L'approche du législateur français qui a transposé la directive (UE) 2016/943 par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret d'affaires² n'aurait pas été suivie étant donné que le texte français se démarque à certains endroits du dispositif de la directive.

Le Conseil d'État comprend l'option des auteurs du projet de loi d'adopter un dispositif légal particulier en vue de la transposition de la directive (UE) 2016/943, à l'instar de ce qui a été fait dans la loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et portant désignation des tribunaux des dessins ou modèles communautaires et ayant pour objet de modifier : – la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et bases de données, – la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention. Il n'en reste pas moins que la loi en projet posera des problèmes d'application et d'articulation avec les instruments traditionnels du droit commun de la responsabilité pénale ou civile présentés ci-dessus. Le Conseil d'État note encore que les auteurs ont opté pour une méthode de transposition consistant dans une reprise littérale du texte de la directive, y compris pour des dispositions ouvrant des options. Le Conseil d'État aura l'occasion de revenir sur cette problématique lors de l'examen des différents articles.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1^{er}

L'article sous examen constitue une reprise littérale de l'article 1^{er} de la directive (UE) 2016/943 portant sur l'objet et le champ d'application. Le paragraphe 1^{er} ne fait que répéter l'objet de la directive et du projet de loi qui résulte à suffisance du titre et de l'exposé des motifs. Le paragraphe 2 reprend le texte du paragraphe 2 de l'article 1^{er} de la directive (UE) 2016/943 en précisant que les dispositions prévues ne doivent pas porter atteinte à l'application de certains droits consacrés dans l'ordre juridique européen. Le paragraphe 3, repris du paragraphe 3 l'article 1^{er} de la directive contient des règles d'interprétation à l'adresse de l'administration ou du juge.

Le Conseil d'État note que l'article 1^{er} est dépourvu de toute valeur normative. Si le législateur européen a l'habitude de déterminer le champ d'application d'un nouveau dispositif juridique pour éviter d'éventuels conflits avec d'autres dispositifs déjà existants, le législateur luxembourgeois respecte des méthodes plus traditionnelles et se borne à indiquer, dans la loi, ce qui doit être fait, ce qui est autorisé et ce qui est interdit. La transposition d'une directive n'impose pas la reprise, en droit national, de dispositifs qui sont purement explicatifs ou interprétatifs. Le Conseil d'État reconnaît que le législateur belge a également recopié ce dispositif de la directive (UE) 2016/943, contrairement au législateur français. Il n'est pas dans la tradition juridique française, que suit le Luxembourg, de donner au juge, dans la loi, des règles d'interprétation du dispositif normatif ou de fixer des limites à l'application des textes. Si transposition il devait y avoir, il ne suffirait d'ailleurs pas de recopier purement et simplement la référence à des règles « du droit national », mais il faudrait indiquer, avec précision, quels sont les différents dispositifs légaux nationaux qui sont visés. La référence à des « pratiques nationales » est dépourvue de toute signification à moins de préciser ces pratiques et de relever leur portée juridique.

Dans ces conditions, le Conseil d'État propose d'omettre l'article 1^{er} sous examen.

Article 2

L'article 2 reprend les définitions figurant à l'article 2 de la directive (UE) 2016/943 et n'appelle pas d'observation.

¹ Moniteur belge du 14 août 2018.

² JORF n° 0174 du 31 juillet 2018.

Articles 3 à 5

Les articles sous examen constituent une reprise littérale des articles 3 à 5 de la directive (UE) 2016/943 portant sur l'obtention, l'utilisation et la divulgation licites ou illicites de secrets d'affaires et sur les cas de justification d'une divulgation. Les lois de transposition adoptées en Belgique et en France contiennent des règles similaires. La loi de transposition belge, tout comme le projet de loi sous examen, reprend littéralement le dispositif de la directive (UE) 2016/943, tandis que le législateur français a essayé, dans la formulation, de respecter une logique procédurale de droit français. Le Conseil d'État s'interroge sur la référence, à l'article 3, paragraphe 2, et à l'article 5, lettres c) et d), au droit national qui n'est pas autrement précisé.

Article 6

L'article sous revue reprend le dispositif de l'article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive (UE) 2016/943 qui introduit la liste des cas illicites d'obtention, d'utilisation et de divulgation de secrets d'affaires. Sa reprise dans le texte légal en projet est dépourvue de toute plus-value normative, étant donné que les articles 7 et suivants déterminent, en détail, les procédures que le détenteur d'un secret, qui considère qu'il est victime d'une violation de ses droits, au sens de l'article 2, peut engager. Le Conseil État est conscient que le législateur belge a également cru utile de copier ce dispositif (article 14 de la loi belge précitée du 30 juillet 2018), contrairement au législateur français qui a opéré une transposition plus cohérente et logique de la directive (UE) 2016/943. Il note que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dans son avis du 3 janvier 2019, considère également que cet article pourrait être omis.

Article 7

L'article 7 porte sur les mesures provisoires et conservatoires que le détenteur d'un secret d'affaires peut obtenir de la part d'une juridiction en cas de violation de ses droits.

Le paragraphe 1^{er} reprend l'article 10, paragraphe 1^{er}, de la directive (UE) 2016/943. Le Conseil d'État renvoie à l'avis précité du tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui relève, à juste titre, que la procédure prévue ne répond pas aux conditions du référé traditionnel, mais établit, en réalité, un nouveau cas d'ouverture du référé régi par des critères propres. Le Conseil d'État propose de reprendre les formulations proposées par le tribunal d'arrondissement.

Le paragraphe 2 est censé transposer l'article 11, paragraphe 1^{er}, de la directive (UE) 2016/943. Le Conseil d'État s'interroge sur la formulation de la première phrase. Alors que le texte de la directive (UE) 2016/943 dit que les autorités judiciaires compétentes doivent être habilitées à exiger du demandeur de fournir des éléments de preuve, le dispositif sous examen, quant à lui, prévoit que le président du tribunal examine « sur base de tout élément de preuve ». L'objet de l'examen, logiquement la demande, n'est pas précisé, de sorte que le texte proposé n'est pas cohérent. Plus important encore, contrairement au texte de la directive (UE) 2016/943, il n'est pas précisé qui doit fournir les éléments de preuve, même si on peut logiquement admettre qu'il ne peut s'agir que du requérant. Il n'est pas davantage précisé que les autorités judiciaires peuvent exiger du requérant, voire du défendeur, la fourniture d'informations ou de pièces, sauf à admettre que cela résulte du droit commun de la procédure civile. Or, dans cette lecture du dispositif, on peut s'interroger sur la nécessité de prévoir des règles particulières pour les procédures en cause, une application du droit commun étant suffisante. Ces considérations amènent le Conseil d'État à soulever le problème plus général de l'articulation des dispositions de la loi en projet avec les règles du droit commun. Le renvoi aux formes du référé prévu par les articles 934 et suivants du Nouveau Code de procédure civile devrait impliquer l'application de toutes les dispositions du référé ordinaire sous réserve de dispositions expresses dérogatoires prévues dans la loi en projet.

Le Conseil État note, à cet égard, que ni la loi belge, dont les auteurs disent s'être inspirés, ni la loi française ne contiennent une disposition particulière destinée à transposer le paragraphe 1^{er} de l'article 11 de la directive (UE) 2016/943, admettant ainsi implicitement que les règles du droit commun, qui imposent aux demandeurs d'apporter des éléments de preuve, s'appliquent. S'ajoute à cela que, même dans un souci de transposition intégrale de la directive (UE) 2016/943, le libellé prévu dans la loi en projet ne correspond pas à celui de la directive. Dans la même logique, la référence à la nécessité pour le juge d'acquiescer avec un degré de certitude suffisant la conviction que la demande est fondée, copiée de l'article 11 de la directive (UE) 2016/943, est inappropriée, étant donné que, dans notre système juridictionnel, il appartient au juge d'examiner le bien-fondé de chaque demande, sur la base des éléments de preuve fournis ou obtenus, sans que le législateur doive préciser le degré de certitude de la conviction du juge. Le Conseil État insiste à voir omettre ce dispositif.

Le Conseil d'État propose également d'omettre le paragraphe 3 de l'article 7 sous examen qui est censé transposer l'article 11, paragraphes 2 et 3, de la directive (UE) 2016/943. Si le juge constate qu'il y a violation du secret d'affaires et que la demande du détenteur du secret est fondée, il ordonne les mesures prévues. Il est évident qu'il examine toutes les circonstances de l'affaire sans qu'il soit indiqué de reprendre, dans le paragraphe 3 sous examen, les différents facteurs qui entrent en ligne de compte. Le Conseil d'État note, une nouvelle fois, que le législateur français autant que législateur belge ont omis de copier ce dispositif de la directive (UE) 2016/943. Une directive est correctement transposée, même en l'absence de reprise intégrale et littérale des dispositions qui n'ont pas de pertinence particulière dans l'ordre juridique national. Ceci vaut notamment pour la détermination du rôle du juge national, qui, dans l'ordre juridique européen, constitue le juge du droit commun de l'application du droit européen investi, en particulier, de la sauvegarde des droits que l'ordre juridique européen confère aux particuliers.

Si les auteurs considèrent qu'une reprise du dispositif de la directive s'impose, le Conseil d'État note que celle-ci n'est que partielle. En effet, comme le relève d'ailleurs l'avis du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le texte sous examen ne consacre que le critère de la proportionnalité et passe sous silence la nécessité d'éviter des obstacles au commerce légitime dans le marché intérieur et un usage abusif des mesures ordonnées.

Le paragraphe 4 réserve l'application d'une éventuelle action publique et impose de mettre fin aux mesures prévues dans le dispositif sous examen si une décision d'acquiescement intervient au pénal. Le Conseil d'État note, au passage, qu'il faudrait également viser une décision de non-lieu. Le Conseil d'État comprend qu'il s'agit de régler les effets d'une procédure éventuelle engagée pour violation de l'article 309 du Code pénal sur les mesures ordonnées au titre de la loi en projet. Il est vrai que ce dispositif est repris de l'article 8, alinéa 2, de la loi modifiée du 23 décembre 2016 sur les ventes en soldes et sur trottoir et la publicité trompeuse et comparative. Le Conseil d'État considère que cette réserve est erronée, étant donné que la procédure sous examen et l'action publique revêtent une nature différente, requièrent des conditions d'application différentes, sont soumises à des conditions procédurales différentes et répondent à des logiques différentes. Il n'est d'ailleurs pas exclu que la notion de secret d'affaires, au sens de l'article 309 du Code pénal, puisse recevoir une acception différente, de celle retenue dans la directive (UE) 2016/943. Il appartient au juge de tirer les conséquences d'une décision au pénal en considération du contenu et de la motivation de cette décision. Le Conseil d'État relève encore que la loi belge, à laquelle les auteurs se réfèrent dans leur commentaire, se limite à prévoir, à l'article 27, qu'« il est statué sur l'action nonobstant toute poursuite exercée en raison des mêmes faits devant une juridiction pénale », sans faire dépendre le sort de la mesure ordonnée des suites d'une action pénale.

La référence, au paragraphe 5, aux articles 2059 à 2066 du Code civil est à omettre. La référence exacte devrait d'ailleurs être faite à l'article 940 du Nouveau Code de procédure civile. Elle est toutefois superflue au regard de la référence, au paragraphe 1^{er}, aux articles 934 et suivants de ce Code. Le Conseil d'État ne considère pas que le respect de l'article 16 de la directive (UE) 2016/943, exigeant l'imposition de sanctions aux personnes ne respectant pas les mesures conservatoires et correctives, requière un régime de sanctions civiles.

Article 8

L'article sous examen porte sur les mesures de substitution et la constitution de garanties.

Le paragraphe 1^{er} prévoit que le juge peut, en lieu et place des mesures provisoires visées à l'article 7, subordonner la poursuite de l'utilisation illicite alléguée d'un secret d'affaires à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du détenteur du secret. Le texte constitue une reproduction littérale de l'article 10, paragraphe 2, de la directive (UE) 2016/943. Le paragraphe 2 prévoit la possibilité d'imposer une caution adéquate lors de l'adoption de mesures de sauvegarde pour assurer une indemnisation du défendeur touché par ces mesures. Le texte constitue encore une reproduction littérale de l'article 11, paragraphe 4, de la directive (UE) 2016/943.

Le Conseil d'État s'interroge sur l'application concrète de ce dispositif. En ce qui concerne la constitution de garanties au profit du détenteur du secret, se pose la question de l'articulation du dispositif avec le régime d'indemnisation prévu à l'article 13. Logiquement, une telle procédure en paiement de dommages et intérêts devrait être engagée et la condamnation prononcée à l'issue de cette procédure devrait être exécutée sur les garanties constituées au titre de l'article 8, paragraphe 1^{er}. Reste la question de la nature et des formalités de la constitution de garanties qui ne sont pas précisées dans

le texte sous examen. Le Conseil d'État rejoint sur ce point le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, qui, dans son avis, regrette que le dispositif prévu ne contienne aucune précision sur la nature et les modalités de constitution des garanties et cautions.

En ce qui concerne la constitution d'une caution adéquate ou d'une garantie équivalente au profit du défendeur, l'hypothèse est celle d'un rejet au fond d'une action introduite par le détenteur du secret. La procédure est prévue à l'article 9, paragraphe 2.

Le Conseil d'État note que le dispositif est repris de l'article 1369*sexies* du Code judiciaire belge. Un dispositif similaire à celui prévu dans le texte sous examen figure à l'article 29, paragraphe 2, de la loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et portant désignation des tribunaux des dessins ou modèles communautaires et ayant pour objet de modifier : – la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et bases de données, – la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention. Le Conseil d'État ignore si des actions en justice ont été introduites sur la base de ce dispositif et si le juge a apporté des réponses aux problèmes inhérents à ce texte.

Article 9

L'article sous examen est destiné à transposer l'article 11, paragraphes 3 et 5, de la directive (UE) 2016/943.

Le paragraphe 1^{er} est inspiré de l'article 1369*quinquies* du Code judiciaire belge, sauf que le texte belge précise de quel dispositif procédural il est fait application, précision qui manque dans le texte sous examen. Le dispositif similaire à celui du paragraphe 2 figure à l'article 29, paragraphe 3, de la loi précitée du 22 mai 2009.

Le Conseil d'État renvoie encore à l'avis du tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui s'interroge sur les situations dans lesquelles « les mesures cesseront autrement de produire leurs effets ».

Article 10

L'article sous examen prévoit la compétence du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale pour connaître du contentieux relatif aux secrets d'affaires que les parties soient commerçants ou non. La loi belge prévoit une disposition similaire.

Le Conseil d'État peut marquer son accord avec cette option au regard des règles de compétence retenues pour les droits de propriété intellectuelle et pour la concurrence déloyale. Il s'interroge toutefois sur la nécessité du dispositif sous examen ou du moins sur sa place dans le dispositif légal en projet. En effet, l'article 7 prévoit déjà, dans le cadre de la détermination des procédures, le recours à la procédure de référé devant le président du tribunal d'arrondissement. L'article 9, qui précède la disposition sous revue, vise l'action au fond devant « une juridiction compétente » qui ne peut être que le tribunal d'arrondissement dont le président connaît des demandes en référé. Si les auteurs du projet de loi considèrent qu'il s'impose de déterminer la juridiction compétente, il serait logique de faire figurer cette disposition avant celles relatives aux procédures. Si l'intention des auteurs est de distinguer entre la compétence pour adopter des mesures provisoires et celle pour adopter une décision sur le fond, la règle de compétence devrait figurer à l'article 9.

En ce qui concerne la formulation, le Conseil d'État propose, en tout état de cause, d'omettre la référence à la « chambre » du tribunal siégeant en matière commerciale. Comme le relève l'avis du tribunal d'arrondissement, la précision que la compétence est vérifiée, « même si les parties ne sont pas à qualifier de commerçants » est également superflue.

La référence à la matière commerciale soulève la question de l'application du régime des preuves en matière commerciale se dégageant de l'article 109 du Code de commerce.

Article 11

L'article sous examen transpose l'article 12 de la directive (UE) 2016/943 relatif aux injonctions et mesures correctives. Les auteurs ont repris le dispositif européen. Le Conseil d'État ne comprend toutefois pas pourquoi ils se sont écartés du texte de référence de la directive dans la première phrase du paragraphe 1^{er} en retenant la formule « lorsque la juridiction constate une obtention [...] », alors que la directive comporte la formule « constate qu'il y a eu obtention [...] ».

Le paragraphe 5, qui prévoit l'application du mécanisme des astreintes organisé aux articles 2059 à 2066 du Code civil, peut être considéré comme un « ajout » national au dispositif de la directive (UE) 2016/943. Le Conseil État ne considère pas que l'application de ce mécanisme soit contraire à la directive dont il est destiné à renforcer l'efficacité, ainsi que l'expliquent les auteurs dans le commentaire. Il s'interroge toutefois sur la nécessité d'une disposition qui rend expressément applicable les articles en question du Code civil, étant donné que ces textes relèvent du droit commun qui peut s'appliquer de toute manière.

Article 12

L'article sous examen porte sur les conditions d'application, les mesures de sauvegarde et mesures de substitution et est destiné à transposer l'article 13 de la directive (UE) 2016/943. Les auteurs ont, une nouvelle fois, reproduit pour l'essentiel le dispositif de la directive (UE) 2016/943.

Article 13

L'article sous examen prévoit un régime d'octroi de dommages et intérêts au profit du détenteur du secret d'affaires qui a subi un préjudice du fait d'une obtention, d'une utilisation ou d'une divulgation illicites de ce secret. Le dispositif est censé transposer l'article 14 de la directive (UE) 2016/943. Les auteurs ont largement repris le dispositif européen.

Le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité de ce dispositif qui ne fait qu'appliquer au domaine de la violation du secret d'affaires les règles générales de la responsabilité pour faute organisée à l'article 1382 du Code civil. Il souligne le risque d'un éclatement et d'une incohérence du régime de la responsabilité civile si, selon les matières, sont consacrés différents mécanismes de réparation. Il est vrai que la directive (UE) 2016/943 ne se borne pas à renvoyer au droit national pour organiser l'indemnisation du préjudice subi par les détenteurs de secret, mais établit un dispositif spécial. Il est vrai, également, que tant la loi belge que la loi française ne se limitent pas à renvoyer au droit commun de la responsabilité, mais ont consacré un régime particulier en reprenant certaines dispositions de la directive (UE) 2016/943. Encore faut-il noter la divergence d'approche des législateurs belge et français. Alors que la loi belge reprend le principe du droit à réparation, prévu à l'article 14, paragraphe 1^{er}, de la directive (UE) 2016/943, le législateur français omet de consacrer ce principe, considérant que le droit à indemnisation du préjudice subi relève de l'évidence. Par contre, le législateur français reproduit, tout comme les auteurs du projet de loi sous examen, les deux mécanismes alternatifs d'indemnisation visés au paragraphe 2 de l'article 14, tandis que le législateur belge permet la fixation d'un montant forfaitaire uniquement dans l'hypothèse où l'étendue du préjudice ne peut pas être déterminée autrement. La loi belge omet toute référence aux « facteurs appropriés » à prendre en considération pour la fixation de l'indemnité visée à l'article 14 de la directive. L'article L.152-6 du Code de commerce français se différencie du texte de la directive (UE) 2016/943 en retenant positivement certains facteurs à prendre en considération. Si les auteurs du projet de loi sous examen entendent respecter, au plus près, le dispositif de la directive (UE) 2016/943, le Conseil d'État suggère de prévoir l'octroi d'une somme forfaitaire, à titre d'alternative, uniquement « sur demande de la partie lésée » et d'omettre le terme juridiquement imprécis de « cas appropriés ». De même, il propose d'omettre, dans la référence aux facteurs à prendre en considération pour fixer l'indemnité, les mots « tels que » qui introduisent dans le régime prévu un élément d'incertitude, même si on peut considérer que la liste des facteurs figurant dans la directive (UE) 2016/943 est uniquement exemplative.

Article 14

L'article sous examen règle la publication des décisions judiciaires. Le dispositif des paragraphes 1 à 3 constitue une reprise quasi littérale de l'article 15 de la directive (UE) 2016/943. Le texte de l'alinéa 2 du paragraphe 3 s'écarte du dispositif de la directive (UE) 2016/943 qui vise le risque d'une identification « d'une personne morale », tandis que le projet de loi sous examen vise l'identification « d'une personne physique ». Les auteurs du projet de loi expliquent, dans le commentaire, que la version française de la directive (UE) 2016/943 est entachée d'une erreur. Il est vrai que la structure et la logique du texte de la directive mettent en évidence qu'il s'agit de protéger la vie privée et la réputation, non pas d'une personne morale, mais d'une personne physique. Le Conseil État peut dès lors marquer son accord avec le texte de transposition proposé par les auteurs du projet de loi.

Le paragraphe 4 de l'article 14 sous revue instaure un régime spécial de publication des décisions ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires en exigeant que cette publication soit de nature

à contribuer à la cessation de l'acte incriminé ou de ses effets. Le Conseil d'État peut comprendre la logique de l'alinéa 1^{er} de ce paragraphe. Il note, toutefois, que l'article 15 de la directive (UE) 2016/943 n'opère, au niveau de la publication des décisions judiciaires, aucune distinction entre les décisions qu'on pourrait qualifier de référés et les décisions au fond. Il relève encore que ni la loi belge ni la loi française ne contiennent un tel dispositif spécifique pour les décisions provisoires et conservatoires. Le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle pour contrariété avec le dispositif de la directive, que l'alinéa 1^{er} du paragraphe 4 de l'article sous examen soit modifié.

Le second alinéa du paragraphe 4 instaure un régime d'indemnisation spécifique à charge de la partie à laquelle une mesure de publicité a été accordée dans l'hypothèse où cette mesure se trouve annulée en appel. Ce mécanisme est inspiré du dispositif prévu à l'article 9, paragraphe 2, si les mesures provisoires et conservatoires sont révoquées ou cessent d'être applicables. Même si ce mécanisme n'est pas davantage imposé par la directive (UE) 2016/943, le Conseil d'État peut l'accepter.

Article 15

L'article 15 est destiné à assurer la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires et à transposer l'article 9 de la directive (UE) 2016/943. Le dispositif sous examen suit de près le texte de la directive et est largement identique à l'article 871*bis* du Code judiciaire belge.

Le paragraphe 3 prévoit la possibilité pour la juridiction de restreindre l'accès des parties à un document de même que l'accès aux audiences. Il résulte de la combinaison des paragraphes 3 et 4 que cette limitation de l'accès aux documents doit se faire dans le respect du procès équitable. Le Conseil d'État rappelle les discussions récurrentes en ce qui concerne l'articulation entre le respect de la confidentialité de certaines pièces et les droits de la défense d'une partie dans un procès et renvoie à son avis récent du 22 janvier 2019 relatif au projet de loi n° 7276 instituant un régime de protection de la jeunesse et portant modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire.

Dans cet avis, il a relevé ce qui suit :

« La problématique de l'accès des parties à toutes les pièces d'un dossier est bien connue, que ce soit pour le secret défense ou pour les secrets commerciaux, et fait l'objet de discussions jurisprudentielles et doctrinales. Le Conseil d'État renvoie à la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme³ et à un arrêt plus récent de la Cour de justice de l'Union européenne. Le Conseil d'État pourrait envisager un système dans lequel certaines pièces du dossier ne seraient pas accessibles, ce dans l'intérêt du seul mineur qu'il s'agit de protéger. Aussi souligne-t-il que, dans un tel système, ces pièces, qui n'auront pas fait l'objet d'un débat contradictoire, ne pourront pas être considérées pour la décision du juge. Il peut encore concevoir un mécanisme dans lequel la pièce en tant que telle ne serait pas accessible, quitte à ce que la substance des informations soit communiquée aux parties en vue d'un débat contradictoire⁴. Il renvoie, à cet égard, au mécanisme envisagé à l'article 2, tel qu'amendé, du projet de loi n° 7223 portant modification de la loi du 25 novembre 2014 prévoyant la procédure applicable à l'échange de renseignements sur demande en matière fiscale. »

Il est vrai que, dans le dispositif sous examen, c'est la directive (UE) 2016/943 qui prévoit la limitation de l'accès aux pièces et qu'il appartient à la Cour de justice de l'Union européenne, saisie par renvoi préjudiciel d'un juge national, de statuer sur la question.

La limitation de l'accès à l'audience est également prévue dans la directive (UE) 2016/943 qui, en tant que norme européenne, prime le principe de la publicité inscrit à l'article 88 de la Constitution. Le Conseil d'État ajoute que le texte constitutionnel prévoit, également, des dérogations au principe de publicité.

Le Conseil d'État s'interroge sur le paragraphe 5. Alors que l'article 871*bis* du Code judiciaire belge prévoit expressément que la personne qui ne respecte pas le secret peut être condamnée à une amende et à des dommages-intérêts, le projet de loi sous examen se borne à dire que la juridiction prend les mesures appropriées. Le Conseil d'État considère que cette formule est source d'insécurité juridique et

3 CEDH, *Jasper c. Royaume-Uni* [GC], n° 27052/95, 16 février 2000 ; CEDH, *Kress c. France* [GC], n° 39594/98, CEDH 2001-VI.

4 CJUE, arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund SA / Directeur de l'administration des contributions directes*, aff. C-682/15, EU:C:2017:373.

porte atteinte aux droits individuels des personnes susceptibles de faire l'objet de telles mesures dès lors que celles-ci ignorent la nature des sanctions encourues. Si l'astreinte doit constituer l'instrument approprié, il faut le dire clairement. Dans ces conditions, le Conseil d'État exige, sous peine d'opposition formelle, à voir modifier le dispositif du paragraphe 5.

Le paragraphe 6 peut être omis. En effet, la directive 95/46/CE à laquelle renvoie l'article 9, paragraphe 4, de la directive (UE) 2016/943 est remplacée par le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) constitue une norme directement applicable. Un renvoi spécifique à la loi du 1^{er} août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données n'est pas nécessaire, étant donné que cette loi s'applique d'office à tous les traitements des données opérés sur le territoire luxembourgeois.

Article 16

L'article 16 fixe, au paragraphe 1^{er}, le délai de prescription des actions basées sur les articles 6 à 15 à deux ans. Le paragraphe 2 prévoit les cas dans lesquels la prescription est interrompue. Ce dispositif transpose l'article 8 de la directive (UE) 2016/943 qui instaure le délai de prescription, tout en renvoyant au droit national pour ce qui est de la détermination du point de départ du délai de prescription, de sa durée, dans la limite d'un maximum de six ans, et des cas d'interruption ou de suspension.

Le Conseil d'État s'interroge sur la référence à la date à laquelle le détenteur du secret d'affaires « est présumé avoir raisonnablement connaissance » de l'acte portant atteinte au secret d'affaires et de l'identité de l'auteur. Les auteurs exposent s'être inspirés de l'article 82 de la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention. Or, ce dispositif vise comme point de départ du délai de prescription le dernier acte de contrefaçon. Il est vrai que la directive (UE) 2016/943 laisse aux États membres une grande latitude pour déterminer le point de départ du délai de prescription. Le Conseil d'État considère toutefois que la référence à la date à laquelle le détenteur du secret est présumé avoir raisonnablement connaissance de la violation de ce secret introduit un élément d'incertitude, source d'insécurité juridique. Il demande, sous peine d'opposition formelle, de s'en tenir au droit commun, c'est-à-dire de se référer à la date à laquelle le détenteur a connaissance de la violation du secret d'affaires. Les termes « ou est présumé avoir raisonnablement connaissance » et « ou est présumé raisonnablement connaître » sont à supprimer. Le point de départ du délai étant la date à laquelle le détenteur du secret a connaissance de la violation, il appartient au juge de statuer si ce point est contentieux. Il tiendra compte des circonstances de l'espèce et des éléments de preuve, y compris des présomptions au sens de l'article 1353 du Code civil.

Au niveau du paragraphe 2, le Conseil d'État note que la prescription est interrompue par toute action en justice sur base de la loi en projet ou en vertu d'une clause d'arbitrage. Il a du mal à saisir la référence à une action en vertu d'une clause d'arbitrage, dès lors qu'il doit s'agir d'une action introduite au titre de la loi en projet. Le commentaire ne se limite qu'à une paraphrase du texte de la loi en projet et ne donne aucune explication quant à la référence à la clause d'arbitrage. L'absence de clarification du texte, en ce qui concerne le contenu, la portée et l'application d'une telle clause d'arbitrage, est source d'insécurité juridique et le Conseil d'État doit s'opposer formellement au texte tel qu'il est formulé.

*

OBSERVATIONS D'ORDRE LEGISTIQUE

Observations préliminaires

Le Conseil d'État constate que les auteurs reprennent essentiellement le texte des dispositions de la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil 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. Partant, le Conseil d'État s'abstient exceptionnellement de formuler des observations quant à l'insertion de parenthèses dans l'intitulé du projet de loi sous examen et à l'emploi du conditionnel et du futur au dispositif de la loi en projet. Cette observation vaut également pour l'emploi des termes « notamment », « tels que » et « y compris ».

Observations générales

À l'endroit des groupements d'articles de la loi en projet, il n'y a pas lieu d'écrire les intitulés des chapitres et des articles en caractères italiques. S'y ajoute que le terme « Chapitre » n'est pas à rédiger avec des lettres majuscules. Il convient dès lors d'écrire à titre d'exemple « **Chapitre 1^{er} – Objet et champ d'application** ».

La subdivision de l'article se fait en alinéas, ou en paragraphes. Les paragraphes se distinguent par un chiffre arabe, placé entre parenthèses : (1), (2), (3)... Les subdivisions complémentaires en points, caractérisés par un numéro suivi d'un exposant « ° » (1°, 2°, 3°...), elles-mêmes éventuellement subdivisées en lettres minuscules suivies d'une parenthèse fermante (a), (b), (c)...), sont utilisées pour caractériser des énumérations. Par ailleurs, les énumérations sont introduites par un deux-points. Chaque élément commence par une minuscule et se termine par un point-virgule, sauf le dernier qui se termine par un point. Dans cette hypothèse, les renvois à l'intérieur du dispositif sont, le cas échéant, à adapter en conséquence.

Le Conseil d'État signale que les intitulés des sections ne sont pas à souligner.

Lorsqu'on se réfère au premier paragraphe, les lettres « er » sont à insérer en exposant derrière le numéro pour écrire « paragraphe 1^{er} ».

Lorsqu'il est renvoyé à un alinéa dans le corps du dispositif, il convient de renvoyer par exemple à l'« alinéa 1^{er} » ou à l'« alinéa 2 » et non pas au « premier alinéa » ou au « deuxième alinéa ».

Lorsqu'il est renvoyé à une lettre faisant partie d'une subdivision, il y a lieu d'utiliser le terme « lettre » avant la lettre référée, et non le terme « point ».

Il convient d'écrire les termes « Code civil » avec une lettre « c » minuscule au terme « civil ».

Chapitre 1^{er}

À l'intitulé de chapitre, il convient d'écrire « chapitre 1^{er} » en insérant les lettres « er » en exposant derrière le numéro.

Article 1^{er}

La référence à un premier point s'écrit « point 1° » en omettant la parenthèse fermante.

Article 2

Il y a lieu de remplacer la virgule à la suite de chaque terme à définir par un deux-points.

Chapitre 3, section 1^{re}

À l'intitulé du chapitre 3, section 1^{re}, il convient d'écrire « Section 1^{re} » en insérant les lettres « re » en exposant derrière le numéro.

Article 7

Au paragraphe 1^{er}, phrase liminaire, il y a lieu d'écrire « Nouveau Code de procédure civile » avec une lettre « n » majuscule.

Il y a lieu d'écrire systématiquement « président du tribunal d'arrondissement ». Cette observation vaut également pour l'article 8 de la loi en projet.

Au paragraphe 5, il faut écrire « Code civil ». Cette observation vaut également pour l'article 11, paragraphe 5, de la loi en projet sous avis.

Article 9

Au paragraphe 2, il y a lieu d'ajouter l'article indéfini « une » entre le terme « verser » et le terme « indemnisation ».

Chapitre 3, section 3

À l'intitulé de la section 3, il est indiqué de faire suivre le numéro de section d'un trait d'union et non pas d'un deux-points.

Article 13

Au paragraphe 1^{er}, il convient de remplacer le terme « du » après le terme « réparation » par le terme « de » et de supprimer l'article indéfini « une » précédant les termes « utilisation » et « divulgation » pour écrire :

« Le détenteur du secret d'affaires a droit à réparation de tout préjudice qu'il subit du fait d'une obtention, ~~une~~ utilisation ou ~~une~~ divulgation illicite d'un secret d'affaires [...] ».

Article 14

Au paragraphe 2, les termes « du présent article » sont à supprimer pour être superfétatoires. Par ailleurs, les termes « comme le prévoit » sont à remplacer par les termes « conformément à ».

Article 16

Les termes « de la présente loi » sont à supprimer à deux reprises pour être superfétatoires.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 18 votants, le 15 février 2019.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges WIVENES

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7353/06

N° 7353⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2018-2019

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**

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Amendements adoptés par la Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace</i>	
1) Dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat (8.4.2019).....	1
2) Texte coordonné.....	9

*

**DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT
(8.4.2019)**

Madame le Président,

Me référant à l'article 32 (2) de la loi du 16 juin 2017 sur l'organisation du Conseil d'Etat, j'ai l'honneur de vous soumettre ci-après des amendements au projet de loi sous rubrique.

Le texte coordonné joint à la présente indique chacune des modifications apportées au dispositif amendé, qui est soumis pour avis complémentaire au Conseil d'Etat (ajouts soulignés, suppressions barrées doublement, transferts en italique).

Remarques préliminaires

La Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace a fait siennes les *observations légistiques* exprimées dans l'avis du Conseil d'Etat. Les modifications afférentes ne seront pas commentées.

Dans son avis, le Conseil d'Etat, renvoyant à la tradition juridique française, souhaite voir supprimer l'article 1^{er} du projet de loi du fait qu'aucune valeur normative n'y est attachée. La Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace (ci-après « la commission ») a cependant jugé utile de le préserver, même si elle partage ce constat quant à sa valeur normative.

Il s'agit, d'une part, d'exclure toute confusion auprès du public et de rendre bien clair que cette loi ne portera pas atteinte à une série d'autres droits et règles potentiellement touchés par un tel dispositif, comme notamment l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ou aux activités des lanceurs d'alerte. En effet, lors de la négociation de cette directive, voire même lors de la discussion des projets de loi de transposition dans des Etats membres voisins, des inquiétudes afférentes ont été vivement exprimées dans les milieux journalistiques et des lanceurs d'alerte.

D'autre part, la commission estime que cet article introductoire contribue à la compréhensibilité de la loi en ce qu'il permet au lecteur non avisé de saisir d'emblée la portée du dispositif qu'il s'apprête à consulter. La commission entend ainsi rappeler que le législateur a pour vocation de s'adresser à

l'ensemble des administrés et non seulement à un public averti ou à des spécialistes dans un domaine déterminé.

La commission a également pris acte du fait que le Conseil d'Etat critique la référence faite par cet article au « droit national » en stipulant que les dispositions de la loi ne portent pas atteinte à certains droits consacrés par le droit de l'Union européenne ou le droit national, tel que par exemple le droit pour les partenaires sociaux de conclure des conventions collectives, le droit respectivement l'obligation de divulguer un secret d'affaires aux autorités ou le droit à la mobilité des travailleurs. Cette critique vise également la référence faite aux « pratiques nationales », selon le Conseil d'Etat « dépourvue de toute signification à moins de préciser ces pratiques et de relever leur portée juridique. ».

La commission donne à considérer qu'il est impossible d'indiquer, tel que l'exige le Conseil d'Etat, « avec précision, quels sont les différents dispositifs légaux nationaux qui sont visés. ». En effet, le droit dans ces matières n'est pas statique et évolue continuellement. Ainsi et à titre d'illustration, une directive sur les lanceurs d'alerte est actuellement discutée au Parlement européen, texte qui introduira certainement de nouvelles dispositions légales en droit national. Donner une énumération limitative des textes légaux concernés aurait pour conséquence de constamment devoir adapter la loi.

Par ailleurs, les *articles 3 à 5* du projet de loi, qui transposent littéralement la directive, comportent une référence similaire au droit national. A cet endroit, le Conseil d'Etat se limite à simplement s'interroger sur cette référence. En effet, non seulement le législateur belge, mais également le législateur français ont repris cette notion de « droit national » dans leurs lois de transposition. Ainsi, l'article L. 151-8, 3° du Code de commerce français, sur les exceptions à la protection du secret des affaires, stipule que le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue « pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national. ».

En Belgique, les *articles XI.332/2, XI.332/3 et XI.332/5* du Code de droit économique font également référence au droit et aux pratiques nationales sans liste limitative. Ces articles sont quasiment identiques aux *articles 3 à 5* du présent projet de loi.

Même si la commission a suivi l'avis du Conseil d'Etat et a supprimé l'ancien *paragraphe 5 de l'article 7*, la commission tient toutefois à souligner que cette suppression ne signifie en rien que les mesures provisoires et conservatoires ne pourront pas être assorties d'astreintes. Ces astreintes sont cruciales pour conférer un caractère contraignant à ces mesures et de garantir leur respect par la personne contre laquelle elles ont été ordonnées.

A l'encontre de *l'article 8*, tant le Conseil d'Etat que le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg s'interrogent sur l'application concrète de cet article qui est très similaire à l'article 29, paragraphe 2 de la loi modifiée du 22 mai 2009¹ qui avait introduit les mêmes possibilités en matière de propriété intellectuelle. D'après le Tribunal d'arrondissement, la même problématique se rencontre plus généralement dans le cadre des mesures d'exécution par provision ordonnées sous caution.

De prime abord, la commission souligne comme important que les magistrats conservent une large marge de manœuvre sur cette question. Les réflexions exprimées à ce sujet par les deux institutions ont toutefois un caractère général qui dépasse le cadre du présent projet de loi. C'est pourquoi la commission a préféré maintenir inchangé l'article 8 et estime, comme le suggère le Tribunal d'arrondissement dans son avis du 3 janvier 2019, qu'il serait plus opportun d'envisager une solution globale et structurée dans un texte générique d'application générale.

Pour ce qui est de *l'article 13* du texte gouvernemental, la commission a également fait siennes les propositions rédactionnelles du Conseil d'Etat, sauf en ce qui concerne sa proposition de supprimer les mots « tels que » dans l'alinéa 2 du paragraphe 2, au motif qu'ils introduiraient une insécurité juridique.

La commission donne à considérer qu'il est important de garantir aux juridictions une grande marge de manœuvre en matière de détermination des dommages et intérêts en matière de secrets d'affaires. Dans la plupart des cas, il sera très difficile d'évaluer le préjudice subi du fait de l'atteinte au secret

¹ Intitulé complet : Loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et portant désignation des tribunaux des dessins ou modèles communautaires, et ayant pour objet de modifier:
– la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et bases de données,
– la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention.

d'affaires et le montant des redevances pourrait ne pas être suffisant respectivement pourrait ne pas pouvoir être établi. Il est dès lors important de disposer d'un texte flexible, qui puisse s'appliquer à toutes les situations qui pourraient survenir. Dans cet ordre d'idées, les termes « tels que » ne peuvent être omis. Cette formulation indique sans équivoque qu'il s'agit uniquement d'un exemple et que d'autres éléments pourraient être pris en compte.

Texte des amendements

Article 6 nouveau (ancien article 10)

Libellé proposé :

« Section 1^{re} – ~~Dispositions générales~~ Compétence

Art. 106. Compétence

(1) Les demandes introduites sur base de la présente loi visant à obtenir une ~~décision au fond~~ mesure provisoire et conservatoire quant à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires sont portées, quelle que soit la valeur de la demande, devant ~~la chambre~~ le président du tribunal d'arrondissement, ~~siégeant en matière commerciale, même si les parties ne sont pas à qualifier de commerçants.~~

(2) Les demandes introduites sur base de la présente loi visant à obtenir une décision au fond quant à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires sont portées, quelle que soit la valeur de la demande, devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale. »

Commentaire :

Même s'il marque son accord à l'article 10 du texte gouvernemental, le Conseil d'Etat doute de sa nécessité et juge en tout état de cause incohérente sa position au sein du texte gouvernemental : cette disposition devrait soit précéder celles traitant des procédures ou bien figurer à l'article 9 – si l'intention était de distinguer entre la compétence pour adopter des mesures provisoires et celle pour adopter une décision sur le fond.

En ce qui concerne sa formulation, le Conseil d'Etat se réfère à l'avis du tribunal d'arrondissement.

En déplaçant l'ancien article 10 au début du chapitre 3 consacré aux procédures, la commission a fait droit à l'avis du Conseil d'Etat. L'intitulé de la première section de ce chapitre a été adapté en conséquence. La commission a également fait siennes les propositions rédactionnelles du Conseil d'Etat : la référence à la « chambre » du tribunal a été supprimée, de même que la précision que ce tribunal est compétent même si les parties ne sont pas commerçantes. Il s'agissait, en effet, d'une redondance au vu de la compétence exclusive attribuée au tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

La commission a, en outre, subdivisé cet article en deux paragraphes afin de consacrer son premier paragraphe aux demandes visant à obtenir une mesure provisoire et conservatoire pour lesquelles la compétence est accordée au président du tribunal d'arrondissement. Pour ces demandes, il s'agira d'une procédure comme en référé, ce qui est précisé par l'article 7.

Puisque la juridiction compétente est clairement définie, la commission a ensuite remplacé, dans l'ensemble du dispositif, le terme « juridiction » par « tribunal » afin d'être plus précis, proposition également exprimée par le Tribunal d'arrondissement.

Article 7, paragraphe 1^{er}

Libellé proposé :

« (1) Le détenteur d'un secret d'affaires peut, ~~dans les formes du référé prévu par les articles 934 et suivants du nouveau Code de procédure civile,~~ saisir le président du tribunal d'arrondissement afin d'obtenir une ordonnance de référé à l'encontre du contrevenant supposé visant à :

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires à titre provisoire;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des biens en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des biens en infraction à ces fins;
- c) la saisie ou la remise des biens soupçonnés d'être en infraction, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché. »

Commentaire :

Concernant le paragraphe 1^{er} de l'article 7 du texte gouvernemental, le Conseil d'Etat renvoie à l'avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui propose une nouvelle formulation pour cet article au motif que la locution « dans les formes du référé » pourrait être source d'insécurité juridique, alors qu'elle pourrait être interprétée comme faisant référence à une procédure de référé dans laquelle le juge aurait néanmoins tous les pouvoirs d'un juge du fond, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La commission a eu explication que la formulation critiquée est employée, entre autres, dans la législation relative aux droits de propriété intellectuelle et que, dans un souci de parallélisme des formes, le Ministère avait suivi la rédaction de cette législation (voir article 27 de la loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle).

Néanmoins, afin d'éviter le risque évoqué par le Tribunal d'arrondissement, la commission a jugé utile de supprimer ladite formulation au niveau de la première phrase de ce paragraphe et de compléter l'article par un paragraphe 3 nouveau (*voir infra*).

*Article 7, paragraphe 3 (nouveau)**Libellé proposé :*

« (3) La demande est introduite, instruite et jugée selon les règles prévues aux articles 934 et suivants du Nouveau Code de procédure civile. »

Commentaire :

L'ajout du nouveau paragraphe 3 résulte de l'amendement portant sur le paragraphe 1^{er} de l'article 7. La commission fait ainsi sienne la proposition afférente du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

*Article 9**Libellé proposé :***« Art. 9. Obligation d'agir au fond et révocation des mesures provisoires et conservatoires**

(1) ~~Dans les cas où il est fait application, par une personne agissant sur base de la présente loi pour faire cesser l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, les~~ Les mesures provisoires et conservatoires seront révoquées ~~ou cesseront autrement de produire leurs effets~~, à la demande du défendeur, si:

- a) le demandeur n'engage pas de procédure judiciaire conduisant à une décision au fond devant ~~une juridiction compétente~~ le tribunal dans un délai raisonnable qui sera déterminé par le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace ordonnant les mesures, ou, en l'absence d'une telle détermination, dans un délai d'un mois à compter de la signification de l'ordonnance ; ou
- b) les informations en question ne répondent plus aux conditions de l'article 2, ~~paragraphe point 1^o~~, pour des raisons qui ne dépendent pas du défendeur.

(2) Lorsque les mesures visées à l'article 7 sont révoquées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du demandeur, ou lorsqu'il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu obtention, utilisation ou divulgation illicite du secret d'affaires ou menace de tels comportements, le défendeur ou un tiers lésé peuvent demander ~~à la juridiction compétente~~ au tribunal de condamner le demandeur à verser une indemnisation appropriée en réparation de tout dommage causé par ces mesures. »

Commentaire :

La commission a amendé l'article 9 en suivant l'avis de la Cour supérieure de Justice et en tenant, en plus, compte de l'avis du Conseil d'Etat qui renvoie à celui du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui s'interroge sur la formulation « les mesures (...) cesseront autrement de produire leurs effets ». En effet, cette formulation reproduite du texte de la directive est dénuée de sens dans le cadre du projet de loi.

Par la suppression du bout de phrase introduisant le premier paragraphe, « Dans les cas où il est fait application, par une personne agissant sur base de la présente loi pour faire cesser l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires » la commission a suivi l'avis de la Cour supérieure de Justice qui critique cette redondance.

Article 10 nouveau (ancien article 11)

Libellé proposé :

« **Art. 110. Injonctions et mesures correctives**

(1) Lorsque ~~la juridiction~~ le tribunal constate ~~une~~ qu'il y a eu obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires, ~~elle~~ il peut, à la demande du demandeur, ordonner à l'encontre du contrevenant l'une ou plusieurs mesures suivantes:

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des produits en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des produits en infraction à ces fins;
- c) l'adoption de mesures correctives appropriées en ce qui concerne les biens en infraction;
- d) la destruction de tout ou partie de tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique qui contient ou matérialise le secret d'affaires ou, selon le cas, la remise au demandeur de tout ou partie de ces documents, objets, matériaux, substances ou fichiers électroniques.

(2) Les mesures correctives visées au paragraphe 1^{er}, ~~point~~ lettre c), comprennent:

- a) le rappel des biens en infraction se trouvant sur le marché;
- b) la suppression du caractère infractionnel du bien en infraction;
- c) la destruction des biens en infraction ou, selon le cas, leur retrait du marché, à condition que ce retrait ne nuise pas à la protection du secret d'affaires en question.

(3) Lorsque ~~la juridiction~~ le tribunal ordonne de retirer du marché des biens en infraction, ~~elle~~ il peut, à la demande du détenteur du secret d'affaires, ordonner que ces biens soient remis audit détenteur ou à des organisations caritatives.

(4) Les mesures visées au paragraphe 1^{er}, ~~points~~ lettres c) et d), sont mises en œuvre aux frais du contrevenant, à moins que des raisons particulières ne s'y opposent. Ces mesures sont sans préjudice des éventuels dommages et intérêts dus au détenteur du secret d'affaires en raison de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

(5) Sont applicables les articles 2059 à 2066 du Code ~~€~~civil. »

Commentaire :

L'article 11 du texte gouvernemental transpose l'article 12 de la directive qui traite des injonctions et mesures correctives.

Dans son avis, le Conseil d'Etat critique que les auteurs du projet de loi se sont écartés dans la première phrase du paragraphe 1^{er} du texte de la directive, de sorte que la commission est revenue à la formulation du texte de référence. La commission a également suivi les observations d'ordre légistique du Conseil d'Etat et a remplacé, puisque la compétence juridictionnelle a été définie au nouvel article 6, le terme de « juridiction » par celui de « tribunal ».

La commission n'a toutefois pas suivi le Conseil d'Etat dans sa remise en question de la nécessité de mentionner que les articles 2059 à 2066 du Code civil sont applicables.

La commission considère comme très important que les injonctions et mesures correctives soient assorties d'astreintes afin d'en garantir leur respect par le défendeur. Sans astreintes, ces mesures seraient dépourvues de tout sens. Afin d'enlever tout doute quant à l'application desdits articles à la présente procédure, la commission propose de maintenir ce paragraphe, tout en sachant que ces textes relèvent du droit commun et son applicables de toute manière.

Par ailleurs, la loi modifiée du 22 mai 2009 ayant introduit des mesures correctives en matière de propriété intellectuelle² fait également référence aux articles 2059 à 2066 du Code civil.

² Loi sans intitulé de citation : « Loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et portant désignation des tribunaux des dessins ou modèles communautaires, et ayant pour objet de modifier:
– la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et bases de données,
– la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention. »

Article 11 nouveau (ancien article 12), paragraphe 2

Libellé proposé :

« (2) Les mesures visées à l'article ~~11~~10, paragraphe 1^{er}, ~~points~~ lettres a) et b), sont révoquées ~~ou cessent autrement de produire leurs effets~~, à la demande du défendeur si les informations en question ne répondent plus aux conditions de l'article 2, point 1^o), pour des raisons qui ne dépendent pas directement ou indirectement du défendeur. »

Commentaire :

Quoique sans commentaire de la part du Conseil d'Etat, la commission a amendé, dans l'intérêt de la cohérence rédactionnelle, le libellé de l'ancien article 12 au niveau du paragraphe 2. A l'instar de l'article 9, la formulation « ou cessent autrement de produire leurs effets » a été supprimée.

Article 13 nouveau (ancien article 14)

Libellé proposé :

« Art. 1413. Publication des décisions judiciaires

(1) ~~La juridiction~~Le tribunal saisi d'une ~~procédure judiciaire~~ demande relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires peut ordonner, à la demande du demandeur et aux frais du contrevenant, des mesures appropriées pour la diffusion de l'information concernant la décision, y compris sa publication intégrale ou partielle.

(2) Toute mesure visée au paragraphe 1^{er} ~~du présent article~~ protège le caractère confidentiel des secrets d'affaires ~~comme le prévoit~~ conformément à l'article ~~15~~14.

(3) Lorsqu'~~elle~~ décide d'ordonner ou non une mesure visée au paragraphe 1^{er} et qu'~~elle~~ évalue son caractère proportionné, ~~la juridiction~~le tribunal prend en considération, le cas échéant, la valeur du secret d'affaires, le comportement du contrevenant lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et la probabilité que le contrevenant continue à utiliser ou divulguer de façon illicite le secret d'affaires.

~~La juridiction~~Le tribunal prend également en considération le fait que les informations relatives au contrevenant seraient ou non de nature à permettre l'identification d'une personne physique et, dans l'affirmative, le fait que la publication de ces informations serait ou non justifiée, notamment au regard du préjudice éventuel que cette mesure pourrait causer à la vie privée et la réputation du contrevenant.

~~(4) Dans le cadre des procédures provisoires et conservatoires visées à l'article 7, les mesures de publicité ne peuvent toutefois être autorisées que si elles sont de nature à contribuer à la cessation de l'acte incriminé ou de ses effets.~~

~~Le président du tribunal d'arrondissement fixe le montant que la partie à qui une mesure de publicité a été accordée conformément au premier alinéa et qui a exécuté la mesure malgré un recours introduit à temps contre l'ordonnance, devra payer à la partie au détriment de laquelle la mesure de publicité a été prononcée, si celle-ci est annulée en appel. »~~

Commentaire :

Dans son avis, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'alinéa 1^{er} du paragraphe 4 de l'ancien article 14 au motif qu'il opérerait une distinction entre les mesures provisoires et conservatoires et les décisions au fond et que cela serait contraire au dispositif de la directive.

Concernant le deuxième alinéa du paragraphe 4, la Cour supérieure de Justice estime que ce texte, inspiré du projet de loi belge, laisse place à de nombreuses questions.

Prenant acte du fait que la loi de transposition belge n'a finalement pas retenu cette proposition, la commission a choisi de supprimer intégralement le paragraphe 4. Il appartiendra ainsi aux tribunaux, et notamment au président du tribunal d'arrondissement, d'évaluer s'il y a lieu d'ordonner une mesure de publication pour les mesures provisoires et conservatoires qui pourraient, le cas échéant, être annulées par la décision au fond.

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, la commission a suivi l'avis de la Cour supérieure de Justice qui estime que le recours à la formulation « procédure judiciaire » est impropre et a remplacé ces termes par le terme « demande ».

Article 14 nouveau (ancien article 15), paragraphe 5

Libellé proposé :

« (5) La juridiction prend les mesures appropriées pour assurer le respect des décisions prises en vertu des paragraphes 1, 2 et 3, le cas échéant en les ordonnant sous peine d'astreinte Est punie d'une amende civile de 251 à 45 000 euros, toute personne qui ne respecte pas, ou refuse de respecter, une mesure adoptée en vertu du présent article. »

Commentaire :

Dans son avis, le Conseil d'Etat se heurte au paragraphe 5 de l'article 15 du texte gouvernemental. C'est sous peine d'opposition formelle qu'il exige que le libellé de ce paragraphe soit précisé. Dans l'intérêt de la sécurité juridique, les mesures à prendre par le tribunal pour assurer le respect des décisions prises en vertu de cet article devraient être clairement définies.

La commission a pu répondre à l'opposition formelle du Conseil d'Etat en suivant une proposition d'amendement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Le libellé du paragraphe 5 a ainsi été remplacé par une disposition prévoyant une amende civile en cas de non-respect d'une décision du tribunal prise en vertu du présent article.

Le paragraphe 6 du même article a été supprimé sur proposition du Conseil d'Etat.

Article 15 nouveau

Libellé proposé :

« Art. 15. Proportionnalité et abus de procédure

En statuant sur les demandes introduites sur base de la présente loi, les juridictions appliquent les mesures, procédures et réparations d'une manière qui :

- a) est proportionnée ;
- b) évite la création d'obstacles au commerce légitime dans le marché intérieur ; et
- c) prévoit des mesures de sauvegarde contre leur usage abusif. »

Commentaire :

Tandis qu'au niveau de l'article 7, paragraphe 2, la commission a suivi l'avis du Conseil d'Etat et a supprimé ce paragraphe, elle n'a pas fait de même en ce qui concerne le paragraphe suivant.

L'ancien paragraphe 3 de l'article 7 mentionne les éléments que le tribunal doit prendre en compte dans l'examen de la demande et transpose l'article 11, paragraphe 2 de la directive.

Dans son avis, le Conseil d'Etat estime évident que le juge examinera toutes les circonstances de l'affaire sans qu'il faille lui indiquer quels facteurs sont à prendre en compte. D'après le Conseil d'Etat, les lois de transposition belge et française ne feraient pas mention de ces critères.

La commission a, par contre, eu explication que l'article XVII.21/2 du Code de droit économique belge, qui introduit le référé cessation en matière de secrets d'affaires, renvoie à l'article XI.336/4 du même code qui mentionne également les conditions à prendre en compte dans l'évaluation de la demande.

En plus, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg estime que l'article 7 de la directive, article qui introduit des règles générales concernant la proportionnalité et les abus de procédure pour toutes les procédures, provisoires et conservatoires et au fond, devrait également être transposé et être inséré dans les dispositions applicables à toutes les procédures relatives à l'obtention, utilisation et à la divulgation illicite d'un secret d'affaires. Cette position du Tribunal est partagée par le Conseil d'Etat dans l'hypothèse du maintien de l'ancien paragraphe 3.

Partant, la commission a maintenu ce paragraphe de l'article 7, renuméroté en paragraphe 2, de sorte que, afin de faire droit à l'avis du Tribunal d'arrondissement, l'insertion d'un nouvel article 15 dans la section relative aux dispositions applicables à toutes les procédures relatives à l'obtention, utilisation et à la divulgation illicite d'un secret d'affaires s'est imposée. Le libellé de ce nouvel article a été repris de l'avis du Tribunal.

*Article 16**Libellé proposé :***« Art. 16. Prescription**

(1) Les actions basées sur les articles 6 à ~~15~~ 14 de la présente loi sont prescrites après deux ans à compter du moment où le détenteur du secret d'affaires a connaissance ~~ou est présumé avoir raisonnablement connaissance~~ de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et qu'il connaît ~~ou est présumé raisonnablement connaître~~ l'identité du contrevenant.

(2) La prescription est interrompue par toute sommation en cessation donnée par exploit d'huissier et par toute action en référé ou au fond introduite en justice sur base des articles 6 à ~~15~~ 14 de la présente loi ~~ou faite en vertu d'une clause d'arbitrage.~~ »

Commentaire :

Dans son avis, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la formulation « ou est présumé avoir raisonnablement connaissance » en raison de son imprécision, source d'insécurité juridique.

Par la suppression de cette formulation, la commission a fait droit à l'avis du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat s'oppose également formellement au libellé du paragraphe 2 qui fait référence aux actions intentées en vertu d'une clause d'arbitrage pour interrompre la prescription.

Constatant que ce sont les termes « ou faite en vertu d'une clause d'arbitrage » qui gênent la Haute Corporation, la commission a rayé cette formulation. En effet, la prescription prévue au paragraphe 1^{er} s'applique aux *actions* introduites sur base de la présente loi, elle n'est donc pas applicable aux arbitrages et il devrait être possible de les exclure des causes d'interruption de la prescription.

*

Copie de la présente est envoyée pour information à Monsieur Xavier Bettel, Premier Ministre, Ministre d'Etat, à Monsieur Etienne Schneider, Ministre de l'Economie ainsi qu'à Monsieur Marc Hansen, Ministre aux Relations avec le Parlement.

Je vous prie d'agréer, Madame le Président, l'expression de ma considération très distinguée.

Le Vice-Président de la Chambre des Députés,
Mars DI BARTOLOMEO

*

TEXTE COORDONNE

Chapitre 1^{er} – Objet et champ d’application

Art. 1^{er}. Objet et champ d’application

(1) Sous les conditions et dans les limites fixées par la présente loi, les secrets d’affaires sont protégés contre l’obtention, l’utilisation et la divulgation illicites.

(2) Les dispositions de la présente loi ne portent pas atteinte à:

- a) l’exercice du 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) l’application de règles de l’Union européenne et du droit national exigeant des détenteurs de secrets d’affaires qu’ils révèlent, pour des motifs d’intérêt public, des informations, y compris des secrets d’affaires, au public ou aux autorités administratives ou judiciaires pour l’exercice des fonctions de ces autorités;
- c) 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 que ces institutions, organes ou autorités détiennent en vertu des obligations et prérogatives établies par le droit de l’Union européenne ou le droit national et conformément à celles-ci;
- d) l’autonomie des partenaires sociaux et leur droit de conclure des conventions collectives, conformément au droit de l’Union européenne et au droit national et pratiques nationales.

(3) Les dispositions de la présente loi ne peuvent pas être interprétées comme permettant de restreindre la mobilité des travailleurs. En particulier, en ce qui concerne l’exercice de cette mobilité, les dispositions de la présente loi ne permettent aucunement:

- a) de limiter l’utilisation par les travailleurs d’informations qui ne constituent pas un secret d’affaires tel qu’il est défini à l’article 2, point 1^o ;
- b) de limiter l’utilisation par les travailleurs de l’expérience et des compétences acquises de manière honnête dans l’exercice normal de leurs fonctions;
- c) d’imposer aux travailleurs dans leur contrat de travail des restrictions supplémentaires autres que celles imposées conformément au droit de l’Union européenne ou au droit national.

Art. 2. Définitions

Aux fins de la présente loi, on entend par:

- 1^o «secret d’affaires» : des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes:
 - a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l’assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s’occupent normalement du genre d’informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles;
 - b) elles ont une valeur commerciale parce qu’elles sont secrètes;
 - c) elles ont 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 les garder secrètes;
- 2^o «détenteur d’un secret d’affaires» : toute personne physique ou morale qui a le contrôle d’un secret d’affaires de façon licite;
- 3^o «contrevenant» : toute personne physique ou morale qui a obtenu, utilisé ou divulgué un secret d’affaires de façon illicite;
- 4^o «biens en infraction» : des biens dont le dessin ou 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.

Chapitre 2 – Obtention, utilisation et divulgation de secrets d'affaires

Art. 3. Obtention, utilisation et divulgation licites de secrets d'affaires

(1) 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:

- a) une découverte ou une création indépendante;
- b) l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'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 et qui n'est pas liée par une obligation juridiquement valide de limiter l'obtention du secret d'affaires;
- c) l'exercice du droit des travailleurs ou des représentants des travailleurs à l'information et à la consultation, conformément au droit de l'Union européenne et au droit national et pratiques nationales;
- d) toute autre pratique qui, eu égard aux circonstances, est conforme aux usages honnêtes en matière commerciale.

(2) L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme licite dans la mesure où elle est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

Art. 4. Obtention, utilisation et divulgation illicites de secrets d'affaires

(1) L'obtention d'un secret d'affaires sans le consentement du détenteur du secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée par le biais:

- a) d'un 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;
- b) de tout autre comportement qui, eu égard aux circonstances, est considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

(2) L'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée, sans le consentement du détenteur du secret d'affaires, par une personne dont il est constaté qu'elle répond à l'une ou l'autre des conditions suivantes:

- a) elle a obtenu le secret d'affaires de façon illicite;
- b) elle agit en violation d'un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires;
- c) elle agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation limitant l'utilisation du secret d'affaires.

(3) L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, une personne savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ledit secret d'affaires avait été obtenu directement ou indirectement d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du paragraphe 2.

(4) 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 sont aussi considérés comme une utilisation illicite d'un secret d'affaires lorsque la personne qui exerce ces activités savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que le secret d'affaires était utilisé de façon illicite au sens du paragraphe 2.

Art. 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 de leur fonction conformément au droit de l'Union européenne ou au droit national, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice;
- d) aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

Chapitre 3 – Mesures, procédures et réparations

Section 1^{re} – Dispositions générales Compétence

Art. 406. Compétence

(1) Les demandes introduites sur base de la présente loi visant à obtenir une décision au fond mesure provisoire et conservatoire quant à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires sont portées, quelle que soit la valeur de la demande, devant la chambre le président du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, même si les parties ne sont pas à qualifier de commerçants.

(2) Les demandes introduites sur base de la présente loi visant à obtenir une décision au fond quant à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires sont portées, quelle que soit la valeur de la demande, devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale.

Art. 6. Personnes habilitées à agir

~~Le détenteur d'un secret d'affaires a le droit de demander l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente loi afin d'empêcher, ou d'obtenir réparation pour, l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de son secret d'affaires.~~

Section 2 – Mesures provisoires et conservatoires

Art. 7. Mesures et conditions d'octroi

~~(1) Le détenteur d'un secret d'affaires peut, dans les formes du référé prévu par les articles 934 et suivants du nouveau Code de procédure civile, saisir le président du tribunal d'arrondissement afin d'obtenir une ordonnance de référé à l'encontre du contrevenant supposé visant à:~~

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires à titre provisoire;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des biens en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des biens en infraction à ces fins;
- c) la saisie ou la remise des biens soupçonnés d'être en infraction, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché.

~~(2) Le président du tribunal ou le juge qui le remplace, statuant sur cette demande, examine, sur base de tout élément de preuve qui peut être raisonnablement considéré comme étant accessible, afin d'acquiescer avec un degré de certitude suffisant la conviction que:~~

- a) ~~le secret d'affaires existe;~~
- b) ~~le demandeur est le détenteur du secret d'affaires;~~ et
- c) ~~le secret d'affaires a été obtenu, est utilisé ou est divulgué de façon illicite, ou une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite de ce secret d'affaires est imminente.~~

~~(3) Le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace prend en considération, lorsqu'il décide s'il est fait droit à la demande ou si celle-ci est rejetée, et qu'il évalue son caractère proportionné, les circonstances particulières de l'espèce, y compris, s'il y a lieu:~~

- a) la valeur ou d'autres caractéristiques du secret d'affaires;
- b) les mesures prises pour protéger le secret d'affaires;

- c) le comportement du défendeur lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;
- d) l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires;
- e) les intérêts légitimes des parties et l'incidence que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait avoir sur les parties;
- f) les intérêts légitimes des tiers;
- g) l'intérêt public; et
- h) la sauvegarde des droits fondamentaux.

(3) La demande est introduite, instruite et jugée selon les règles prévues aux articles 934 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

~~(4) L'ordonnance peut intervenir indépendamment de l'action publique. La mesure ordonnée par le président ou le juge qui le remplace prend toutefois fin en cas de décision d'acquiescement prononcée par le juge pénal et coulée en force de chose jugée.~~

~~(5) Sont applicables les articles 2059 à 2066 du Code Civil.~~

Art. 8. Mesures de substitution et garanties

(1) Le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace peut, en lieu et place des mesures visées à l'article 7, subordonner la poursuite de l'utilisation illicite alléguée d'un secret d'affaires à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du détenteur du secret d'affaires. La divulgation d'un secret d'affaires en échange de la constitution de garanties n'est pas autorisée.

(2) Le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace peut subordonner les mesures visées à l'article 7 à la constitution, par le demandeur, d'une caution adéquate ou d'une garantie équivalente destinée à assurer l'indemnisation de tout préjudice éventuel subi par le défendeur et, le cas échéant, par toute autre personne touchée par les mesures.

Art. 9. Obligation d'agir au fond et révocation des mesures provisoires et conservatoires

~~(1) Dans les cas où il est fait application, par une personne agissant sur base de la présente loi pour faire cesser l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, les~~ Les mesures provisoires et conservatoires seront révoquées ~~ou cesseront autrement de produire leurs effets~~, à la demande du défendeur, si:

- a) le demandeur n'engage pas de procédure judiciaire conduisant à une décision au fond devant ~~une~~ ~~juridiction compétente~~ le tribunal dans un délai raisonnable qui sera déterminé par le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace ordonnant les mesures, ou, en l'absence d'une telle détermination, dans un délai d'un mois à compter de la signification de l'ordonnance ; ou
- b) les informations en question ne répondent plus aux conditions de l'article 2, ~~paragraphe point 1°),~~ pour des raisons qui ne dépendent pas du défendeur.

(2) Lorsque les mesures visées à l'article 7 sont révoquées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du demandeur, ou lorsqu'il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu obtention, utilisation ou divulgation illicite du secret d'affaires ou menace de tels comportements, le défendeur ou un tiers lésé peuvent demander ~~à la juridiction compétente~~ au tribunal de condamner le demandeur à verser une indemnisation appropriée en réparation de tout dommage causé par ces mesures.

Section 3 – Actions civiles et mesures résultant d'une décision judiciaire quant au fond

Art. 10. Compétence

~~Les demandes introduites sur base de la présente loi visant à obtenir une décision au fond quant à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires sont portées, quelle que soit la~~

~~valeur de la demande, devant la chambre du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, même si les parties ne sont pas à qualifier de commerçants.~~

Art. ~~410~~. Injonctions et mesures correctives

(1) Lorsque ~~la juridiction~~ le tribunal constate ~~une~~ qu'il y a eu obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires, ~~elle~~ il peut, à la demande du demandeur, ordonner à l'encontre du contrevenant l'une ou plusieurs mesures suivantes:

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des produits en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des produits en infraction à ces fins;
- c) l'adoption de mesures correctives appropriées en ce qui concerne les biens en infraction;
- d) la destruction de tout ou partie de tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique qui contient ou matérialise le secret d'affaires ou, selon le cas, la remise au demandeur de tout ou partie de ces documents, objets, matériaux, substances ou fichiers électroniques.

(2) Les mesures correctives visées au paragraphe 1^{er}, ~~point~~ lettre c), comprennent:

- a) le rappel des biens en infraction se trouvant sur le marché;
- b) la suppression du caractère infractionnel du bien en infraction;
- c) la destruction des biens en infraction ou, selon le cas, leur retrait du marché, à condition que ce retrait ne nuise pas à la protection du secret d'affaires en question.

(3) Lorsque ~~la juridiction~~ le tribunal ordonne de retirer du marché des biens en infraction, ~~elle~~ il peut, à la demande du détenteur du secret d'affaires, ordonner que ces biens soient remis audit détenteur ou à des organisations caritatives.

(4) Les mesures visées au paragraphe 1^{er}, ~~points~~ lettres c) et d), sont mises en œuvre aux frais du contrevenant, à moins que des raisons particulières ne s'y opposent. Ces mesures sont sans préjudice des éventuels dommages et intérêts dus au détenteur du secret d'affaires en raison de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

(5) Sont applicables les articles 2059 à 2066 du Code ~~C~~ivil.

Art. ~~421~~. Conditions d'application, mesures de sauvegarde et mesures de substitution

(1) ~~La juridiction~~Le tribunal, prend en considération, lorsqu'~~elle~~il statue sur une demande ayant pour objet l'adoption des injonctions et mesures correctives prévues à l'article ~~410~~, et qu'~~elle~~il évalue son caractère proportionné, les circonstances particulières de l'espèce, y compris, s'il y a lieu:

- a) la valeur ou d'autres caractéristiques du secret d'affaires;
- b) les mesures prises pour protéger le secret d'affaires;
- c) le comportement du contrevenant lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;
- d) l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires;
- e) les intérêts légitimes des parties et l'incidence que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait avoir sur les parties;
- f) les intérêts légitimes des tiers;
- g) l'intérêt public; et
- h) la sauvegarde des droits fondamentaux.

Lorsque ~~la juridiction~~ le tribunal limite la durée des mesures visées à l'article ~~410~~, paragraphe 1^{er}, ~~points~~ lettres a) et b), cette durée doit être suffisante pour éliminer tout avantage commercial ou économique que le contrevenant aurait pu tirer de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

(2) Les mesures visées à l'article ~~410~~, paragraphe 1^{er}, ~~points~~ lettres a) et b), sont révoquées ~~ou cessent autrement de produire leurs effets~~, à la demande du défendeur si les informations en question

ne répondent plus aux conditions de l'article 2, point 1^o), pour des raisons qui ne dépendent pas directement ou indirectement du défendeur.

(3) A la demande de la personne passible des mesures prévues à l'article ~~11~~10, ~~la juridiction le tribunal~~ peut ordonner le versement d'une compensation financière à la partie lésée en lieu et place de l'application desdites mesures si l'ensemble des conditions suivantes sont remplies:

- a) la personne concernée au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires ne savait pas ni, eu égard aux circonstances, n'aurait dû savoir que le secret d'affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite;
- b) l'exécution des mesures en question causerait à cette personne un dommage disproportionné; et
- c) le versement d'une compensation financière à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant.

Lorsqu'une compensation financière est ordonnée en lieu et place des mesures visées à l'article ~~11~~10, paragraphe 1^{er}, ~~points~~ lettres a) et b), cette compensation financière ne dépasse pas le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si la personne concernée avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret d'affaires pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret d'affaires aurait pu être interdite.

Art. ~~13~~12. Dommages et intérêts

(1) Le détenteur du secret d'affaires a droit à réparation ~~du~~ de tout préjudice qu'il subit du fait d'une obtention, ~~une~~ utilisation ou ~~une~~ divulgation illicite d'un secret d'affaires commise par un contrevenant qui savait ou aurait dû savoir qu'il se livrait à une telle obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires.

(2) Lorsqu'~~elle~~ fixe le montant des dommages et intérêts visés au paragraphe 1^{er}, ~~la juridiction le tribunal~~ prend en considération tous les facteurs appropriés tels que les conséquences économiques négatives, y compris le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans les cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, tel que le préjudice moral causé au détenteur de secrets d'affaires du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

Alternativement, ~~la juridiction le tribunal~~ peut, ~~dans les cas appropriés~~ sur demande de la partie lésée, fixer un montant forfaitaire de dommages et intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret d'affaires en question.

Section 4 – Dispositions applicables à toutes les procédures relatives à l'obtention, utilisation et à la divulgation illicite d'un secret d'affaires

Art. ~~14~~13. Publication des décisions judiciaires

(1) ~~La juridiction~~Le tribunal saisi d'une ~~procédure judiciaire~~ demande relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires peut ordonner, à la demande du demandeur et aux frais du contrevenant, des mesures appropriées pour la diffusion de l'information concernant la décision, y compris sa publication intégrale ou partielle.

(2) Toute mesure visée au paragraphe 1^{er} ~~du présent article~~ protège le caractère confidentiel des secrets d'affaires ~~comme le prévoit~~ conformément à l'article ~~15~~14.

(3) Lorsqu'~~elle~~ décide d'ordonner ou non une mesure visée au paragraphe 1^{er} et qu'~~elle~~ évalue son caractère proportionné, ~~la juridiction le tribunal~~ prend en considération, le cas échéant, la valeur du secret d'affaires, le comportement du contrevenant lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et la probabilité que le contrevenant continue à utiliser ou divulguer de façon illicite le secret d'affaires.

~~La juridiction~~Le tribunal prend également en considération le fait que les informations relatives au contrevenant seraient ou non de nature à permettre l'identification d'une personne physique et, dans

l'affirmative, le fait que la publication de ces informations serait ou non justifiée, notamment au regard du préjudice éventuel que cette mesure pourrait causer à la vie privée et la réputation du contrevenant.

~~(4) Dans le cadre des procédures provisoires et conservatoires visées à l'article 7, les mesures de publicité ne peuvent toutefois être autorisées que si elles sont de nature à contribuer à la cessation de l'acte incriminé ou de ses effets.~~

~~Le président du tribunal d'arrondissement fixe le montant que la partie à qui une mesure de publicité a été accordée conformément au premier alinéa et qui a exécuté la mesure malgré un recours introduit à temps contre l'ordonnance, devra payer à la partie au détriment de laquelle la mesure de publicité a été prononcée, si celle-ci est annulée en appel.~~

Art. 1514. Protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires

(1) Les parties, leurs avocats ou autres représentants, le personnel judiciaire, les témoins, les experts et toute autre personne participant à une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, ou ayant accès à des documents faisant partie d'une telle procédure, ne sont pas autorisés à utiliser ou divulguer un secret d'affaires ou un secret d'affaires allégué que ~~la juridiction~~ le tribunal a, en réponse à la demande dûment motivée d'une partie intéressée ou d'office, qualifié de confidentiel et dont ils ont eu connaissance en raison de cette participation ou de cet accès.

(2) L'obligation de confidentialité visée au paragraphe 1^{er} perdure après la fin de la procédure judiciaire. Toutefois, elle cesse d'exister dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes:

- a) il est constaté, dans une décision définitive, que le secret d'affaires allégué ne remplit pas les conditions prévues à l'article 2, ~~paragraphe point 1^o~~); ou
- b) les informations en cause sont devenues, au fil du temps, généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement de ce genre d'informations, ou sont devenues aisément accessibles à ces personnes.

~~La juridiction~~ Le tribunal peut, en outre, à la demande dûment motivée d'une partie ou d'office, prendre les mesures particulières nécessaires pour protéger le caractère confidentiel de tout secret d'affaires ou secret d'affaires allégué utilisé ou mentionné au cours d'une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Les mesures visées au ~~premier~~ à l'alinéa 1^{er} incluent au moins la possibilité:

- a) de restreindre à un nombre limité de personnes l'accès à tout ou partie d'un document contenant des secrets d'affaires ou des secrets d'affaires allégués produit par les parties ou par des tiers;
- b) 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, ainsi qu'aux procès-verbaux ou notes d'audience;
- c) de mettre à la disposition de toute personne autre que celles faisant partie du nombre limité de personnes visées aux ~~points~~ lettres a) et b) une version non confidentielle de toute décision judiciaire dans laquelle les passages contenant des secrets d'affaires ont été supprimés ou biffés.

Le nombre de personnes visées ~~au deuxième~~ à l'alinéa 2, ~~points~~ lettres a) et b), n'est pas supérieur à ce qui est nécessaire pour garantir aux parties à la procédure judiciaire le respect de leur droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial et il comprend, au moins, une personne physique pour chaque partie et l'avocat de chaque partie ou d'autres représentants de ces parties à la procédure judiciaire.

~~(4) Lorsqu'elle~~ se prononce sur les mesures visées au paragraphe 3 et évalue leur caractère proportionné, ~~la juridiction~~ le tribunal prend en considération la nécessité de garantir le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, les intérêts légitimes des parties et, le cas échéant, des tiers, ainsi que tout dommage que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait causer à l'une ou l'autre des parties et, le cas échéant, à des tiers.

~~(5) La juridiction prend les mesures appropriées pour assurer le respect des décisions prises en vertu des paragraphes 1, 2 et 3, le cas échéant en les ordonnant sous peine d'astreinte~~ Est punie d'une amende

civile de 251 à 45 000 euros, toute personne qui ne respecte pas, ou refuse de respecter, une mesure adoptée en vertu du présent article.

~~(6) Tout traitement de données à caractère personnel en vertu du paragraphe 1, 2, 3, 4 ou 5 est effectué conformément aux règles de l'Union européenne et au droit national relatifs à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.~~

Art. 15. Proportionnalité et abus de procédure

En statuant sur les demandes introduites sur base de la présente loi, les juridictions appliquent les mesures, procédures et réparations d'une manière qui :

- a) est proportionnée ;
- b) évite la création d'obstacles au commerce légitime dans le marché intérieur ; et
- c) prévoit des mesures de sauvegarde contre leur usage abusif.

Art. 16. Prescription

(1) ~~Les actions basées sur les articles 6 à 14 de la présente loi sont prescrites après deux ans à compter du moment où le détenteur du secret d'affaires a connaissance ou est présumé avoir raisonnablement connaissance de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et qu'il connaît ou est présumé raisonnablement connaître l'identité du contrevenant.~~

(2) ~~La prescription est interrompue par toute sommation en cessation donnée par exploit d'huissier et par toute action en référé ou au fond introduite en justice sur base des articles 6 à 14 de la présente loi ou faite en vertu d'une clause d'arbitrage.~~

7353/07

N° 7353⁷**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2018-2019

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**

* * *

**AVIS DU CONSEIL DE L'ORDRE DES AVOCATS
DU BARREAU DE LUXEMBOURG**

Le Projet de Loi n°7353 transpose la directive (UE) 2016/943 du Parlement Européen et du Conseil 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 adoptée le 8 juin 2016.

Le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg n'entend pas formuler des commentaires sur l'ensemble du texte qui reprend largement la directive et qui a déjà été commenté par de nombreux autres instances. Cependant, il aurait souhaité attirer l'attention sur l'un ou l'autre point du Projet de Loi, surtout d'ordre plus général.

Tout d'abord, le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg propose d'étendre les mesures de protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires durant les instances judiciaires prévues à l'article 15 du Projet de Loi à tout type de procédure judiciaire et de ne pas limiter celles-ci aux procédures judiciaires visées par le Projet de Loi portant sur l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de secrets d'affaires. En effet, il peut être question de secrets d'affaires dans d'autres procédures (ex. en matière de contentieux commercial, droit du travail ou correctionnel) et il conviendrait de permettre aux détenteurs de secrets d'affaires de pouvoir également protéger ceux-ci dans le cadre de ces autres procédures. Si lors de la communication de certaines pièces, les juridictions acceptent que certains éléments des pièces sont rendus illisibles pour des raisons de confidentialité, ces mesures ne soient toutefois pas suffisantes. L'extension de la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires à toutes les procédures judiciaires permettrait de renforcer la confiance des détenteurs de tels secrets dans notre système judiciaire afin de voir trancher des contentieux qui auraient autrement pu paraître trop risqués d'introduire au vu de la confidentialité des informations concernées. A noter que le législateur belge a également profité de la transposition de la directive pour introduire dans le Code Judiciaire la possibilité d'appliquer des dispositions protectrices en matière de secrets d'affaires dans le cadre de tout type de procédure judiciaire¹.

Afin qu'il ressorte clairement du texte de loi que les mesures de protection durant une instance de l'actuel article 15 ont vocation à s'appliquer dans toute procédure, le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg propose d'insérer avant l'article 15 l'intitulé d'une nouvelle section, à savoir « *Section 5 – Dispositions applicables à toutes les procédures judiciaires* ». L'insertion d'une telle section nécessite dans un souci de cohérence du texte de déplacer l'actuel article 16 relatif aux prescriptions afin de le placer dans l'actuelle section 4 laquelle régit toutes les dispositions applicables aux procédures relatives à l'obtention, utilisation et divulgation illicite d'un secret d'affaire. Il convient donc de déplacer l'actuel article 16 avant l'actuel article 15. Ce changement impose donc de modifier la numérotation des articles : l'actuel article 16 devenant l'article 15 et l'actuel article 16 devenant l'article 15.

1 Art. 35 de la loi belge relative à la protection des secrets d'affaires du 30 juillet 2018, *Mon. b.*, 14 août 2018, p. 64584.

Ensuite, le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg constate que la portée de l'actuel article 16 du Projet de Loi n'est pas opportune alors que selon la rédaction actuelle de ce paragraphe, les actions basées sur les articles 6 à 15 du Projet de Loi sont prescrites après deux ans. Or, le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg estime qu'il n'est pas satisfaisant de faire porter la prescription sur les dispositions des articles 6, 14 et 15. En effet, les dispositions de l'article 6 ont simplement vocation à définir les personnes habilitées à agir. Par ailleurs, les dispositions de l'article 14 sont relatives à la publication des décisions rendues par les juridictions et par définition ne sauraient être soumises à un délai de prescription. Il en va de même pour les mesures de l'actuel article 15. En effet, lesdites mesures sont des mesures de protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires et s'appliquent donc par principe durant une instance. Elles doivent donc suivre le sort de celle-ci et perdurer durant toute la durée de l'instance. Il n'y a pas lieu d'assujettir ces mesures à un délai de prescription.

Dans ce contexte, le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg propose donc de modifier l'article 16 et de remplacer dans les paragraphes (1) et (2) de cet article le renvoi aux articles 6 à 15 par un renvoi aux articles 7 à 13. Le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg s'interroge en outre sur la durée du délai de prescription qui est relativement courte.

En outre, à l'article 16(2) du Projet de Loi (en sa rédaction actuelle), le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg propose d'ajouter parmi les causes d'interruption de la prescription prévue à l'article 16(1) du Projet de Loi (en sa rédaction actuelle) le dépôt d'une plainte pénale. Selon l'article 16(2) du Projet de Loi, interrompent la prescription l'introduction d'une action en référé ou au fond ainsi que la sommation en cessation par huissier. Néanmoins, dépendant de la situation, il peut être plus opportun, entre autres pour des raisons de confidentialité, pour permettre une instruction complète du dossier ou pour qu'aient lieu des opérations de perquisition et saisies, pour le détenteur du secret d'affaires victime d'une divulgation de celui-ci de déposer une plainte pénale sur la base de l'article 309 du Code pénal plutôt que d'introduire une action en référé ou au fond ou d'adresser au protagoniste une sommation en cessation par exploit d'huissier. Le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg ne voit pas pour quelle raison le dépôt d'une plainte pénale ne constituerait pas une cause valable d'interruption de la prescription. Cela est d'autant plus vrai qu'indirectement le Projet de Loi entrevoit le dépôt d'une plainte pénale comme l'une des différentes possibilités à la disposition du détenteur du secret d'affaires puisque l'article 7(4) du Projet de Loi dispose que l'ordonnance de référé peut intervenir indépendamment de l'action publique et que la mesure ordonnée prend fin dès lors qu'une décision d'acquiescement prononcée par le juge pénal est coulée en force de chose jugée. Par ailleurs, dans la mesure où une procédure pénale peut avoir une incidence sur une procédure engagée en vertu du Projet de Loi, le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg s'interroge s'il n'est pas opportun de synchroniser le champ d'application du Projet de Loi et celui de l'article 309 du Code pénal, ce qui n'est pas forcément le cas maintenant.

En résumé, le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg propose de formuler les articles comme suit² :

« Section 4 – Dispositions applicables à toutes les procédures relatives
à l'obtention, utilisation et divulgation illicite d'un secret d'affaires. »

[...]

Art. 15. Prescription

(1) *Les actions basées sur les articles ~~67~~ à ~~1513~~ de la présente loi relatives à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires sont prescrites après deux ans à compter du moment où le détenteur du secret d'affaires a connaissance ou est présumé avoir raisonnablement connaissance de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et qu'il connaît ou est présumé raisonnablement connaître l'identité du contrevenant.*

(2) *La prescription est interrompue par toute sommation en cessation donnée par exploit d'huissier, **par toute plainte pénale**, et par toute action en référé ou au fond relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires introduite en justice sur base des articles ~~67~~ à ~~1513~~ de la présente loi ou faite en vertu d'une clause d'arbitrage.*

² Les éléments nouveaux sont mis en évidence en gras et les éléments à retirer le sont par le texte barré.

Section 5 – Dispositions applicables à toutes les procédures judiciaires

« Art. 16. Protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires

(1) *Les parties, leurs avocats ou autres représentants, le personnel judiciaire, les témoins, les experts et toute autre personne participant à une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, ou ayant accès à des documents faisant partie d'une telle procédure, ne sont pas autorisés à utiliser ou divulguer un secret d'affaires ou un secret d'affaires allégué au sens de la présente loi que la juridiction a, en réponse à la demande dûment motivée d'une partie intéressée [...].*

[...]

(3) *La juridiction peut, en outre, à la demande dûment motivée d'une partie ou d'office, prendre les mesures particulières nécessaires pour protéger le caractère confidentiel de tout secret d'affaires ou secret d'affaires allégué utilisé ou mentionné au cours d'une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires.*

Les mesures visées au premier alinéa [...]. »

Enfin, le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg constate que la logique retenue par le Projet de Loi s'agissant des mesures provisoires et conservatoires qui peuvent être ordonnées est identique à celle prévue pour les droits de propriété intellectuelle et industrielle par la loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement Européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et portant désignation des tribunaux des dessins ou modèles communautaires, et ayant pour objet de modifier: (i) la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et bases de données et (ii) la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention³ (ci-après, la « **Loi de 2009** »). Or, l'un des points forts de la Loi de 2009 est de prévoir également la possibilité pour les personnes habilitées d'agir en contrefaçon d'introduire une requête devant le Président du Tribunal d'arrondissement en vue de l'obtention de mesures probatoires (article 23 de la Loi de 2009). Le premier objet de ces mesures, appelées généralement « saisie-description », est probatoire : l'idée étant de permettre à la personne habilitée d'agir en contrefaçon de décrire (ou de faire décrire) ce qui est argué de contrefaçon, ainsi que les documents et le matériel s'y rapportant⁴ en se rendant notamment dans les locaux du prétendu contrefacteur. De manière complémentaire, les mesures prononcées peuvent permettre d'assurer la conservation des preuves.

Tout en prévoyant des garde-fous essentiels pour le prétendu contrefacteur, il apparaît que cet outil est essentiel dans le contexte du contentieux de contrefaçon. Il est en effet souvent particulièrement difficile pour le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ou industrielle de disposer de suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer la contrefaçon de son droit ainsi que l'étendue de celle-ci. En pratique, la saisie-description permet au titulaire de faire autoriser un expert à se rendre dans les locaux du prétendu contrefacteur, y décrire les objets, éléments ou procédés qu'il trouvera sur place de nature à établir la contrefaçon, à prendre des photos ou encore faire des copies de documents.

La matière des brevets d'invention illustre parfaitement les difficultés probatoires rencontrées par le titulaire d'un brevet alors que pour démontrer qu'un tiers contrefait celui-ci, il faut nécessairement rapporter la preuve que le procédé de fabrication utilisé par le prétendu contrefacteur est le même que celui protégé par le brevet. Or, comment démontrer cela sans qu'un expert ne soit autorisé à accéder aux locaux du prétendu contrefacteur pour y examiner ses procédés de fabrication qui sont, par définition, tenus secrets par ce dernier ?

Cette difficulté se retrouve de la même manière dans le contexte d'une utilisation de secrets d'affaires par un tiers, qui par hypothèse gardera celle-ci secrète. Comment démontrer l'utilisation d'un secret d'affaires par un tiers, s'il n'est possible de faire décrire par un expert les documents, procédés de fabrications, etc. ?

³ *Mém. A* °117, 28 mai 2009, p. 1683. Voy. art. 27 et s. loi.

⁴ F. DE VISSSCHER, P. BRUWIER, « La saisie-description et sa réforme. Chronique de jurisprudence 1997-2009 », *Les dossiers du journal des tribunaux*, n° 79, p. 9, n°1.

Dans ce contexte, le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg est d'avis qu'il serait particulièrement pertinent d'introduire dans le Projet de Loi des dispositions identiques à celles de l'article 23 de la Loi de 2009.

François KREMER
Bâtonnier

7353/08

N° 7353⁸

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2018-2019

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**

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(7.5.2019)

Par dépêche du 8 avril 2019, le président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'État d'une série d'amendements au projet de loi sous rubrique qui ont été adoptés par la Commission de l'économie, de la protection des consommateurs et de l'espace.

Au texte desdits amendements étaient joints un commentaire pour chacun des amendements et un texte coordonné de la loi en projet intégrant les amendements parlementaires.

Par dépêche du 19 avril 2019, l'avis du Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg a été communiqué au Conseil d'État.

*

CONSIDERATIONS PRELIMINAIRES

Le Conseil d'État a pris acte des remarques préliminaires de la commission parlementaire qui explique les raisons pour lesquelles elle n'a pas suivi le Conseil d'État dans certaines des propositions émises dans son avis du 15 février 2019.

Ainsi, la commission parlementaire, tout en partageant le constat du Conseil d'État quant à l'absence de valeur normative de l'article 1^{er}, a décidé de maintenir de dernier « à des fins didactiques ». Le Conseil d'État ne peut que réitérer sa mise en garde en ce qui concerne une pratique croissante de faire figurer dans des dispositions légales les objectifs de la loi, des déclarations d'ordre politique ou des explications quant à la portée de la loi ou à la manière dont elle devra être appliquée par le juge.

*

EXAMEN DES AMENDEMENTS*Amendement portant sur le nouvel article 6*

Le Conseil d'État peut marquer son accord avec le dispositif du nouvel article 6 qui détermine la compétence du tribunal d'arrondissement pour connaître de l'action au fond et celle du président du tribunal d'arrondissement pour statuer sur les demandes de référé.

La demande de mesures provisoires et conservatoires se greffant, normalement, sur une demande au fond, le Conseil d'État propose d'inverser les deux paragraphes.

Amendements portant sur l'article 7, paragraphes 1^{er} et 3

Sans observation.

Amendement portant sur l'article 9

Le Conseil État marque son accord avec la nouvelle formulation de l'article 9 qui répond à des critiques émises par les autorités judiciaires auxquelles le Conseil d'État avait renvoyé dans son avis 15 février 2019.

Amendements portant sur les articles 10 et 11 nouveaux

Sans observation.

Amendement portant sur le nouvel article 13

Le Conseil d'État marque son accord avec la suppression du paragraphe 4 de l'article 14 du projet de loi dans sa version initiale et lève l'opposition formelle qu'il avait formulée à l'endroit de cette disposition dans son avis du 15 février 2019.

Amendement portant sur le nouvel article 14, paragraphe 5

Le Conseil d'État peut marquer son accord avec l'amendement et lève l'opposition formelle qu'il avait formulée à l'endroit de l'article 14 du projet de loi dans sa version initiale.

Amendement portant sur les articles 15 et 16 nouveaux

Sans observation.

*

OBSERVATIONS D'ORDRE LEGISTIQUE

Amendement portant sur le nouvel article 6

Au paragraphe 2, le Conseil d'État demande d'ajouter *in fine* les termes « , ci-après « tribunal » », étant donné que la loi en projet utilise dans la suite du texte ce terme pour désigner le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale.

Amendement portant sur l'article 9

Au paragraphe 1^{er}, phrase liminaire, il y a lieu de supprimer la virgule entre les termes « révoquées » et « à la demande ».

Amendement portant sur le nouvel article 11, paragraphe 2

Il convient de supprimer la virgule entre les termes « révoquées » et « à la demande ».

Amendement portant sur le nouvel article 15

À l'énumération, le terme « et » entre les lettres b) et c) est à supprimer.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 19 votants, le 7 mai 2019.

Le Secrétaire général,

Marc BESCH

La Présidente,

Agny DURDU

7353/09

N° 7353⁹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2018-2019

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**

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(7.5.2019)

Le projet de loi n°7353 a pour objet de transposer dans la législation nationale la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil 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 (ci-après la « Directive (UE) 2016/943 »).

La Directive (UE) 2016/943 a pour objectif d'établir un niveau suffisant et harmonisé de protection des secrets d'affaires au sein de l'Union européenne en cas de vol ou d'utilisation illicite de tels secrets.

Les présents amendements parlementaires font notamment droit aux observations d'ordre textuel et/ou légistique formulées par le Conseil d'Etat dans son avis en date du 15 février 2019, et procèdent également à certaines précisions d'ordre procédural sur base des propositions formulées, entre autres, par les autorités judiciaires dans leur avis du 3 janvier 2019.

Si la Chambre de Commerce n'a pas de commentaires particuliers à formuler quant aux amendements parlementaires sous avis, l'exposé des motifs expliquant clairement le cadre et les objectifs de ces derniers, elle souhaite cependant relever avec satisfaction que plusieurs dispositions ayant suscité certaines interrogations de sa part dans son avis du 25 octobre 2018¹ ont été modifiées ou supprimées dans le cadre des présents amendements.

Ainsi, la Chambre de Commerce relève notamment que l'article 7 paragraphe 2 du projet de loi sous avis, relatif aux mesures provisoires et conservatoires que le détenteur d'un secret d'affaires peut solliciter en référé, et qui disposait que : « *le président du tribunal ou le juge qui le remplace, statuant sur cette demande, examine, sur base de tout élément de preuve qui peut être raisonnablement considéré comme étant accessible, afin d'acquiescer avec un degré de certitude suffisant la conviction que: a) le secret d'affaires existe ; b) le demandeur est le détenteur du secret d'affaires ; et c) le secret d'affaires a été obtenu, est utilisé ou est divulgué de façon illicite, ou une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite de ce secret d'affaires est imminente* », a été supprimé alors qu'il apparaissait surabondant avec les règles de droit commun régissant notamment l'administration de la preuve.

La Chambre de Commerce attire cependant l'attention des auteurs des présents amendements sur le fait que si ladite suppression et le remplacement de cette disposition par l'ancien article 7 paragraphe 3 du projet de loi apparaissent à la lecture de la version coordonnée du projet de loi n°7353 annexée aux amendements parlementaires sous avis, ces modifications ne figurent pas expressément dans le texte des amendements soumis pour avis.

La Chambre de Commerce rappelle qu'afin de permettre notamment aux instances consultatives de vérifier et de s'assurer de la teneur et de la portée exactes d'amendements, ceux-ci sont à présenter de manière suffisamment claire et explicite. Ainsi, « *l'intégration d'amendements dans une version coor-*

¹ Avis n°5155SMI de la Chambre de Commerce du 25 octobre 2018 relatif au projet de loi n°7353 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

donnée ayant pour base le projet ou la proposition initiaux ne remplit pas le critère de transparence requis² ».

Enfin, la Chambre de Commerce souligne encore la suppression par les présents amendements de l'article 14 paragraphe 4 du projet de loi, qui prévoyait que le président du tribunal d'arrondissement, saisi d'une demande de mesures de publicité de la décision à intervenir, devait également « *fixer le montant que la partie à qui une mesure de publicité a été accordée en référé et qui a exécuté la mesure malgré un recours introduit à temps contre l'ordonnance, devra payer à la partie au détriment de laquelle la mesure de publicité a été prononcée, si celle-ci est annulée en appel* ».

La Chambre de Commerce, qui avait expressément sollicité la suppression de cette disposition peu claire, incohérente et en contradiction avec le principe de la réparation intégrale retenu par la Directive (UE) 2016/943 se félicite de cette suppression.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver les amendements parlementaires sous avis.

² Marc Besch, « Normes et légistique en droit public luxembourgeois », Promoculture, édition 2019, n°365

7353/10

N° 7353¹⁰**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2018-2019

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**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES METIERS

(24.5.2019)

RESUME STRUCTURE

Le projet de loi sous avis propose une transposition fidèle de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires tout en préservant les libertés fondamentales que sont notamment la liberté d'information ou l'ordre public. La Chambre des Métiers estime cependant que la protection des secrets d'affaires devrait être assortie d'une action spécifique afin de protéger les PME et les TPE contre toute forme de concurrence déloyale qui irait au-delà de l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'informations secrètes.

*

Par sa lettre du 8 avril 2019, Monsieur le Ministre de l'Economie a bien voulu demander l'avis de la Chambre des Métiers au sujet des amendements parlementaires relatifs au projet de loi repris sous rubrique.

1. Considérations générales

Le projet de loi sous avis vise à transposer en droit luxembourgeois 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, ci-après : « la directive ».

Pour être protégées en tant que secrets d'affaires, les informations doivent répondre aux trois critères cumulatifs suivants :

- les informations doivent être secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ;
- les informations ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ;
- les informations ont 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 les garder secrètes.

Le projet de loi sous avis met à la disposition d'un détenteur d'un secret d'affaires des mesures provisoires et conservatoires ainsi qu'une procédure au fond devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

A la nécessaire protection des secrets d'affaires, le projet de loi sous avis met en oeuvre plusieurs garde-fous afin de préserver l'exercice de libertés fondamentales telles que la liberté d'expression, la liberté d'information, sur le statut des lanceurs d'alerte, l'intérêt public, l'autonomie des partenaires sociaux de conclure des conventions collectives, ou encore la mobilité des travailleurs.

A ce titre, il échet de mentionner que certaines circonstances permettent de considérer licites l'obtention, l'utilisation, ou la divulgation de secrets d'affaires, et que des dérogations permettent de demander le rejet d'actions intentées par le détenteur d'un secret d'affaire.

Il convient également d'agréer la prescription courte des différentes actions en la matière, à savoir une prescription de 2 années à partir de la connaissance par le détenteur du secret d'affaire de la violation et de l'identité du contrevenant.

2. Observation particulière

Si la Chambre des Métiers n'a pas de commentaires sur la transcription de la directive par le projet de loi sous avis tel qu'amendé, elle estime que ce texte devrait intégrer une action spécifique afin de protéger les professionnels des atteintes en matière de concurrence déloyale.

Un vide juridique préjudiciable aux entreprises domiciliées au Luxembourg est en effet à déplorer dès lors que la loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale, et transposant la directive 84/450/CEE par la loi du 23 décembre 2016 sur les ventes en soldes et sur trottoir et la publicité trompeuse et comparative a été abrogée.

Il est regrettable qu'aujourd'hui le droit de la concurrence déloyale au Luxembourg ne se limite qu'aux seules pratiques commerciales déloyales des professionnels vis-à-vis des consommateurs.¹

Ce vide juridique préjudiciable aux professionnels a d'ailleurs fait l'objet d'une récente publication doctrinale.²

Afin de combler ce manque, le projet de loi sous avis devrait élargir son champ d'application afin d'offrir une protection des professionnels vis-à-vis de toute forme de concurrence déloyale au-delà de la divulgation illicite d'informations secrètes.

Cette protection devrait notamment englober, en plus des pratiques déloyales, les pratiques commerciales trompeuses (ou « arnaques ») qui sont de plus en plus utilisées par des opérateurs malhonnêtes et dont les victimes potentiellement visées sont le plus souvent les PME et les TPE.

La Chambre des Métiers ne peut approuver le projet de loi lui soumis pour avis que sous la réserve expresse de la prise en considération de ses observations ci-avant formulées.

Luxembourg, le 24 mai 2019

Pour la Chambre des Métiers

Le Directeur Général,
Tom WIRION

Le Président,
Tom OBERWEIS

1 L'article L.122-1 du code de la consommation définissant une pratique commerciale déloyale si: « a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ».

2 En ce sens, l'article paru dans le Journal des Tribunaux Luxembourg n° 57 du 5 juin 2018 de M. Pierre Rauchs et Mme Camille Peiffert intitulé « *Pratiques anticoncurrentielles et concurrence déloyale : deux notions distinctes, mais complémentaires.* » Les auteurs concluant notamment par cette appréciation suivante : « *Il est cependant loin d'être évident que face au vide juridique laissé par la loi de 2016, les juridictions luxembourgeoises dans un premier temps s'inspirent de la jurisprudence française pour d'abord assouplir les régies du Code civil en matière de concurrence déloyale et, dans un deuxième temps, admettent le référé de l'article 933 N.C.P.C. en matière de concurrence déloyale.* »

7353/11

N° 7353¹¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2018-2019

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**

* * *

**RAPPORT DE LA COMMISSION DE L'ECONOMIE,
DE LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS ET DE L'ESPACE**
(23.5.2019)

La Commission se compose de : M. Franz FAYOT, Président-Rapporteur ; Mme Diane ADEHM, M. Marc ANGEL, M. Guy ARENDT, Mme Simone BEISSEL, M. Sven CLEMENT, Mme Joëlle ELVINGER, M. Léon GLODEN, M. Henri KOX, M. Charles MARGUE, M. Laurent MOSAR, Mme Lydia MUTSCH, M. Roy REDING, M. Serge WILMES, M. Claude WISELER, Membres.

*

1) ANTECEDENTS

Le 13 août 2018, le projet de loi n° 7353 a été déposé à la Chambre des Députés par Monsieur le Ministre de l'Economie. Au texte gouvernemental étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, un tableau de correspondance, les fiches financière et d'évaluation d'impact ainsi que la directive (UE) 2016/943 à transposer.

Les corporations ont émis leurs avis comme suit :

- la Chambre de Commerce le 25 octobre 2018 ;
- la Chambre des Salariés le 27 novembre 2018 ;
- la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics le 12 décembre 2018.

L'avis des autorités judiciaires est intervenu le 17 janvier 2019.

Le 15 février 2019, le Conseil d'Etat a rendu son avis.

Lors de sa réunion du 14 mars 2019, la Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace a désigné son président, Monsieur Franz Fayot, comme rapporteur du projet de loi. Au cours de cette même réunion, la commission a entamé l'examen conjoint du projet de loi et de l'avis du Conseil d'Etat, examen poursuivi lors de sa réunion 21 mars 2019.

Le 8 avril 2019, une lettre d'amendement de la Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace a été soumise pour avis complémentaire au Conseil d'Etat.

Le 24 avril 2019, un avis du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg a été transmis à la Chambre des Députés.

Le 7 mai 2019, le Conseil d'Etat a rendu son avis complémentaire, avis examiné par la Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace lors de sa réunion du 23 mai 2019.

La Chambre de Commerce a émis un avis complémentaire en date du 7 mai 2019.

Le 23 mai 2019, la Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace a adopté le présent rapport.

*

2) OBJET DU PROJET DE LOI

Le projet de loi sous rubrique a pour objet de transposer la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

La directive, adoptée le 8 juin 2016, vise à établir des règles conférant une protection non limitée dans le temps des secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Il découle du considérant (10) de la directive que son objectif consiste à « 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. »

La protection des secrets d'affaires et du savoir-faire en général a graduellement gagné en importance au cours des dernières années. Les autorités dans l'Union européenne ont réalisé que les secrets d'affaires représentent un facteur clé pour la protection des innovations et des connaissances technologiques ou non technologiques au sein des entreprises de l'Union européenne. Ainsi, une protection efficace des secrets d'affaires est une *conditio sine qua non* pour les créateurs et les innovateurs de bénéficier d'une prévisibilité économique accrue afin de tirer profit de leur innovation. Par conséquent, la protection des secrets d'affaires constitue un enjeu économique sérieux pour la compétitivité de l'économie européenne.

Ces informations sensibles pourraient dans certains cas bénéficier du statut d'un droit de propriété intellectuelle, mais il se peut que le détenteur n'ait soit pas les moyens de faire enregistrer son droit, soit qu'il préfère ne pas le faire enregistrer pour d'autres raisons, notamment le souhait de conserver sa confidentialité.

Or, il existe des informations sensibles qui ne remplissent pas les conditions requises de l'un ou l'autre droit de propriété intellectuelle mais qui ont tout de même une valeur commerciale importante. En guise d'illustration, il convient de mentionner les informations commerciales stratégiques, telles que les informations relatives aux clients et aux fournisseurs, les études de marchés et les plans d'affaires.

Dans son considérant (2), la directive précise que « les entreprises, quelle que soit leur taille, accordent au moins autant de valeur aux secrets d'affaires qu'aux brevets et aux autres formes de droits de propriété intellectuelle. Les petites et moyennes entreprises (PME) accordent une importance encore plus grande aux secrets d'affaires et en sont encore plus tributaires. » Dans ce contexte, il convient de rappeler que les PME constituent l'épine dorsale de l'économie européenne : elles représentent 99 % des entreprises dans l'UE et emploient les deux tiers de la population active¹.

Néanmoins, les consultations engagées par la Commission dénotent qu'il existe des disparités importantes entre les États membres en ce qui concerne la protection des secrets d'affaires contre leur obtention, leur utilisation ou leur divulgation illicite par des tiers.

Suivant le considérant (8) de la directive, « les différences existant entre États membres en matière de protection juridique des secrets d'affaires impliquent que ceux-ci ne bénéficient pas d'un niveau de protection équivalent dans toute l'Union, ce qui entraîne une fragmentation du marché intérieur dans ce domaine et affaiblit l'effet dissuasif global des règles pertinentes. »

De plus, cette fragmentation du marché intérieur risque de freiner les activités économiques transfrontalières secondant l'innovation au sein de l'UE, comme la coopération interentreprise en matière de recherche ou de production pouvant générer des effets induits positifs et des économies d'échelle.

Cette situation peut favoriser également l'activité de concurrents déloyaux qui, après avoir obtenu des secrets d'affaires de façon illicite, pourraient diffuser dans le marché intérieur les biens résultant de cette obtention. Les différences de régime juridique facilitent l'importation dans l'Union de biens issus de pays tiers dont la conception, la production ou la commercialisation résultent de secrets d'affaires volés ou obtenus autrement de façon illicite, par le biais de points d'entrée où la protection est moindre.

En même temps, il est primordial de mettre l'accent sur le fait qu'une protection efficace des secrets d'affaires ne doit pas porter atteinte à la liberté d'établissement, la libre circulation ou la mobilité des

¹ <http://www.eib.org/fr/projects/priorities/sme/index.htm>

travailleurs. Elle doit également respecter le droit de conclure des accords de non-concurrence entre employeurs et travailleurs conformément au droit applicable.

Il est fondamental que l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, qui inclut la liberté et le pluralisme des médias, ne soit pas lésé, notamment en ce qui concerne le journalisme d'investigation et la protection des sources des journalistes. En particulier, la protection des secrets d'affaires ne doit pas entraver les activités des lanceurs d'alerte exercées dans les conditions prévues par la loi. Dans ce contexte, le considérant (20) de la directive précise que « la protection des secrets d'affaires ne devrait dès lors pas s'étendre aux cas où la divulgation d'un secret d'affaires sert l'intérêt public dans la mesure où elle permet de relever une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale directement pertinents. »

Finalement, la protection des secrets d'affaires n'impactera pas les droits et obligations fixés par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil 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, qui sera remplacée par le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Jusqu'à présent, la notion de secret d'affaires était définie par la jurisprudence. La violation d'un secret d'affaires était régie par quatre volets du droit national. En premier lieu, l'article 309 du Code pénal a permis à la jurisprudence de dégager la nécessité de la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral. En deuxième lieu, l'article 1382 du Code civil engage la responsabilité civile et exige que la personne ayant causé un préjudice à autrui doive le réparer. En troisième lieu, la jurisprudence a eu recours au droit contractuel pour établir que toute partie à un contrat est censée exécuter le contrat de bonne foi en vertu de l'article 1134 du Code civil, ce qui inclut l'impératif de loyauté et de confidentialité. Finalement, il convient de mentionner également le droit de la concurrence déloyale qui est adapté aux litiges opposant deux concurrents potentiels.

Compte tenu de l'absence de législation spécifique sur la protection des secrets d'affaires, il a été décidé de prévoir un texte de loi autonome.

En ce qui concerne la méthode de transposition, il a été décidé de transposer toute la directive en reprenant le plus littéralement possible les termes de la directive. Dans ce contexte, les auteurs du présent projet de loi ont pu examiner, de manière non officielle, l'avant-projet de loi belge, qui reprend également aussi fidèlement que possible la directive, et s'en sont inspirés dans la mesure du possible afin de permettre une harmonisation maximale avec les pays voisins.

*

3) AVIS

3.1) Avis de la Chambre de Commerce

La Chambre de Commerce a émis son avis le 25 octobre 2018.

Dans le cadre des mesures provisoires et conservatoires, la Chambre de Commerce s'interroge quant à l'opportunité de procéder à une différence terminologique par rapport à la directive (UE) 2016/943 au paragraphe 2 de l'article 7. En effet, la formulation dans le projet de loi reviendrait à déroger aux règles de droit commun en matière d'administration de la preuve en dotant le juge saisi d'une demande d'ordonnance de référé d'un pouvoir d'initiative en matière d'instruction de la demande. De plus, la Chambre de commerce estime que cette formulation soit contraire au devoir d'impartialité incombant au juge. Elle recommande de supprimer le paragraphe 2 de l'article 7. Quant au paragraphe 4 de l'article 7, la Chambre de commerce se félicite de la possibilité de solliciter une mesure de cessation provisoire en attendant l'issue d'une éventuelle procédure pénale en cours.

La Chambre de Commerce estime que le fait pour le juge de fixer avant la réalisation du préjudice un montant forfaitaire à titre d'indemnisation peut être contraire au principe de la réparation intégrale du préjudice subi établi en droit luxembourgeois.

En ce qui concerne l'article 14 paragraphe 4, la Chambre de Commerce se heurte à une incohérence inhérente à l'alinéa 2. Ainsi, le président du tribunal d'arrondissement faisant droit à une demande de mesures provisoires et ordonnant la publication de la décision, serait censé statuer dans cette même

décision sur les éventuels dédommagements à payer au profit du défendeur en cas de réformation de son ordonnance en appel. La Chambre de Commerce propose dès lors de supprimer l'alinéa 2 du paragraphe 4.

Finalement, dans un souci d'harmonisation avec les pays voisins, la Chambre de Commerce préconise de s'aligner à l'article 16 du projet de loi au délai de prescription de cinq ans prévu par la Belgique dans le cadre de la transposition de la directive.

La Chambre de Commerce approuve les amendements parlementaires dans son avis complémentaire datant du 7 mai 2019.

3.2) Avis de la Chambre des Salariés

La Chambre des Salariés a émis son avis le 27 novembre 2018.

Dans son ensemble, la Chambre des Salariés se prononce plutôt favorablement sur le projet de loi sous rubrique. Ainsi, elle se réjouit notamment des restrictions du champ d'application prévues dans le projet de loi concernant l'autonomie des partenaires sociaux et la mobilité des travailleurs. Dans ce cadre, elle préconise d'obliger par la loi tout potentiel employeur d'informer et de renseigner le candidat-salarié sur la signification et l'impact des clauses relatives au secret d'affaires susceptibles de limiter les droits des travailleurs.

En ce qui concerne les cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation licites de secrets d'affaires, la Chambre des salariés se félicite du respect par le présent projet de loi des règles européennes trouvant leur origine dans l'article 4 de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 relative à l'information et la consultation des travailleurs.

La Chambre des Salariés approuve le point c) de l'article 5 qui prévoit une dérogation à l'application de mesures, procédures et réparations prévues par les dispositions de la présente loi en cas de divulgation par des travailleurs à leurs représentants et qui est entièrement en phase avec le droit du travail national.

Finalement, la Chambre des Salariés, rejointe sur ce point par l'avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics, regrette que les auteurs du présent projet de loi n'aient pas eu recours à une limitation de la responsabilité des travailleurs vis-à-vis de leur employeur pour les dommages provoqués par une obtention, utilisation ou divulgation illicite mais involontaire, telle que le permet l'article 14 de la directive.

3.3) La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics a émis son avis le 12 décembre 2018.

Si elle soutient a priori l'intention d'étendre la protection du secret d'affaires, force est de reconnaître qu'elle relève plusieurs critiques quant à la transposition de la directive.

Premièrement, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics met l'accent sur l'ambiguïté à plusieurs endroits du texte en ce qui concerne la charge de la preuve. En guise d'illustration, elle se heurte à un problème de preuve dans le cas d'un défendeur convaincu d'avoir agi de bonne foi en vertu de l'article 5 concernant les dérogations à l'application des mesures de sanction. La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics se réfère à l'article 2268 du Code civil selon lequel il incombe à la personne invoquant la mauvaise foi d'autrui de la prouver. Ainsi, le demandeur à une action en protection du secret d'affaires peut être amené à prouver non seulement la violation du secret d'affaires, mais également la mauvaise foi du défendeur.

Deuxièmement, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics aimerait focaliser l'attention des auteurs sur l'article 458 du Code pénal relatif au secret professionnel. Elle estime que cet article dont l'énumération des personnes visées n'est pas limitative, se prête mieux à la protection des secrets d'affaires que l'article 309 invoqué par les auteurs du projet de loi.

Troisièmement, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics regrette que malgré l'ambition déclarée des auteurs de transposer la directive « le plus littéralement possible », l'article 17 de la directive concernant la désignation par chaque État membre d'un correspondant national chargé de promouvoir la coopération et l'échange d'informations entre les États membres et la Commission européenne ne fasse pas l'objet d'une transposition dans le droit national.

En quatrième lieu, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics se heurte au point c) du paragraphe 2 de l'article 1^{er}. Ainsi, le passage stipule que les dispositions du projet de loi ne restreignent pas les institutions et organes européennes et nationales à divulguer des informations obtenues de la part d'entreprises en vertu des obligations découlant du droit européen ou national. La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics rappelle que la loi du 14 septembre 2018 relative à une administration transparente et ouverte accorde un droit d'accès au profit des personnes morales et physiques aux documents détenus par les administrations publiques. Dès lors, il se pourrait que des établissements ou entreprises publics demandent sur la base de cette loi des documents contenant un secret d'affaires à un autre établissement ou autre entreprise publics concurrents.

De plus, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics recommande de préciser au dernier alinéa de l'article 2 définissant la notion de « bien en infraction » à partir de quel moment le bien en question bénéficie « de manière significative » de secrets d'affaires obtenus, utilisés ou divulgués de façon illicite.

Finalement, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics estime que la mesure prévue à l'article 15 de limiter le nombre de personnes autorisées à accéder à l'audience est contraire à l'article 88 de la Constitution dans la mesure où la protection des secrets d'affaires ne saurait satisfaire aux conditions de l'ordre public ou des bonnes mœurs exigées dans la Constitution pour justifier l'accès restreint aux audiences.

3.4) Avis des autorités judiciaires

3.4.1) Avis de la Cour Supérieure de Justice

Dans son avis, la Cour Supérieure de Justice demande avant tout des précisions de certaines dispositions du projet de loi sous rubrique.

Concernant le paragraphe 1^{er} de l'article 7 relatif aux ordonnances de référé à l'encontre du contrevenant supposé, la Cour recommande d'ajouter des dispositions quant aux voies de recours possibles contre l'ordonnance de référé. De même, l'article 10 devrait également contenir des indications sur les voies de recours.

De plus, la Cour souligne qu'il serait utile de préciser les expressions « une juridiction compétente » à l'article 9 (1) a) et « la juridiction compétente » à l'article 9 (2) qui, compte tenu du commentaire des articles, ne semblent pas être les mêmes. Afin d'éviter toute confusion et d'alléger la procédure, la Cour préconise de conférer à une seule juridiction la compétence relative aux actions au fond, y compris les actions en dommages et intérêts.

3.4.2) Avis du Tribunal d'Arrondissement

Le Tribunal d'Arrondissement a émis son avis le 3 janvier 2019.

Il estime que l'article 6 ne présente aucune plus-value normative et pourrait dès lors être supprimé.

En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article 7, le Tribunal constate que le texte combine dans une même phrase une référence à un juge siégeant au fond et l'affirmation que la procédure aboutit à « obtenir une ordonnance de référé », et estime que le projet de loi fait ainsi planer un doute sur la véritable nature de la procédure. Le Tribunal recommande dès lors de supprimer toute référence à une procédure au fond. Au paragraphe 3 dudit article, le Tribunal remarque que les auteurs ont omis de transposer tous les critères d'appréciation énumérés dans la directive dans le cadre des mesures provisoires et conservatoires. Le Tribunal propose ainsi d'ajouter les critères de prévention d'obstacles au commerce et l'adoption de mesures de sauvegarde contre un usage abusif.

Dans les articles 10 à 13 relatives aux procédures au fond, le Tribunal estime que le terme « juridiction » a un caractère trop générique et paraît inapproprié après avoir identifié à l'article 10 le tribunal d'arrondissement comme étant la juridiction appelée à statuer. Par conséquent, le Tribunal propose de remplacer dans les articles 11 à 13 le terme « juridiction » par le terme « tribunal ».

Finalement, le Tribunal dit comprendre que la limitation des personnes ayant accès à l'audience peut interpellé compte tenu du principe de publicité des débats inscrit à l'article 88 de la Constitution et dans plusieurs Conventions internationales. Néanmoins, le Tribunal estime qu'il s'agit d'une dérogation

ponctuelle motivée au cas par cas faisant la balance des intérêts en jeu et de ce fait lui paraît conforme aux exigences de la publicité des débats.

3.5) Avis du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg

Dans son avis du 24 avril 2019, le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg recommande l'extension de la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires à toutes les procédures judiciaires en vue de renforcer la confiance des détenteurs de secrets dans notre système judiciaire. En effet, cette mesure permettrait de faire trancher des contentieux qui auraient paru trop risqués d'introduire compte tenu de la confidentialité des informations concernées.

Concernant la prescription prévue à l'article 16, le Conseil estime que la prescription ne devrait pas porter sur les articles 6, 14 et 15 parce qu'elles ne définissent que les personnes habilitées à agir en justice, les conditions de publication des décisions rendues par les juridictions et l'impératif de confidentialité au cours de la procédure judiciaire. De plus, l'avis propose d'ajouter parmi les causes d'interruption de la prescription le dépôt d'une plainte pénale.

Finalement, l'avis préconise d'introduire dans le projet de loi une disposition identique à celle de l'article 23 de la loi de 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE sur le respect des droits de propriété intellectuelle. En effet, il s'agirait d'introduire l'outil de « saisie-description » à caractère probatoire afin de faciliter à l'expert chargé de se rendre sur les lieux du prétendu contrefacteur le rassemblement d'éléments de preuve.

3.6) Avis du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat a émis son premier avis en date du 15 février 2019.

Dans cet avis, le Conseil d'Etat a notamment formulé quatre oppositions formelles. La première opposition formelle soulevée concerne le paragraphe 4 de l'article 14 instaurant un régime spécial de publication des décisions ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires. Les auteurs du projet conditionnent la publication des décisions à l'ambition de mettre fin à l'acte incriminé ou à ses effets. Le Conseil d'Etat souligne que l'article 15 de la directive (UE) 2016/943 n'opère, au niveau de la publication des décisions judiciaires, aucune distinction entre les décisions qu'on pourrait qualifier de référé et les décisions au fond. Le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle pour contrariété avec le dispositif de la directive, que l'alinéa 1^{er} du paragraphe 4 de l'article 14 soit modifié.

Dans la dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat du 8 avril 2019, la Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace propose de supprimer intégralement le paragraphe 4.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur le paragraphe 5 de l'article 15 portant sur la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires. Si l'article 871*bis* du Code judiciaire belge prévoit expressément que la personne ne respectant pas le secret peut être condamnée à une amende et à des dommages-intérêts, force est de reconnaître que le projet de loi sous examen se limite à mentionner que « la juridiction prend les mesures appropriées ». Le Conseil d'Etat estime que cette formule engendre une insécurité juridique et porte atteinte aux droits individuels des personnes susceptibles de faire l'objet de telles mesures dès lors que celles-ci ignorent la nature des sanctions encourues. Si l'astreinte doit constituer l'instrument approprié, il faut le dire clairement. Par conséquent, le Conseil d'Etat exige, sous peine d'opposition formelle, à voir modifier le dispositif du paragraphe 5.

La Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace tient compte de l'opposition formelle en remplaçant le libellé du paragraphe 5 par une disposition prévoyant une amende civile en cas de non-respect d'une décision du tribunal.

La troisième opposition formelle émise par le Conseil d'Etat concerne la date à laquelle le détenteur du secret d'affaires « est présumé avoir raisonnablement connaissance » de l'acte portant atteinte au secret d'affaires et de l'identité de l'auteur (paragraphe 1 de l'article 16). Les auteurs indiquent s'être inspirés de l'article 82 de la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention. Or, ce dispositif vise comme point de départ du délai de prescription le dernier acte de contrefaçon. Il est vrai que la directive (UE) 2016/943 laisse aux Etats membres une grande latitude pour déterminer le point de départ du délai de prescription. Néanmoins, le Conseil d'Etat considère que la définition préconisée par les auteurs du projet introduit un élément d'incertitude, source d'insé-

curité juridique. Il demande, sous peine d'opposition formelle, de s'en tenir au droit commun, c'est-à-dire de se référer à la date à laquelle le détenteur a connaissance de la violation du secret d'affaires. Les termes « ou est présumé avoir raisonnablement connaissance » et « ou est présumé raisonnablement connaître » sont à supprimer. Le point de départ du délai étant la date à laquelle le détenteur du secret a connaissance de la violation, il appartient au juge de statuer si ce point est contentieux.

Le paragraphe 2 de l'article 16 prévoit que la prescription est interrompue par toute action en justice sur base de la loi en projet ou en vertu d'une clause d'arbitrage. Le Conseil d'Etat doute du bien-fondé de la référence à une action en vertu d'une clause d'arbitrage, dès lors qu'il doit s'agir d'une action introduite au titre de la loi en projet. Or, le texte n'apporte pas la précision nécessaire quant au contenu, à la portée et à l'application d'une telle clause d'arbitrage, provoquant ainsi une insécurité juridique que le Conseil d'Etat ne saurait accepter.

La Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace suit le Conseil d'Etat en supprimant la formulation « ou est présumé avoir raisonnablement connaissance » de même que la référence à une clause d'arbitrage.

Dans son avis complémentaire du 7 mai 2019, le Conseil d'Etat a levé ses deux oppositions formelles relatives au nouvel article 13 (ancien article 14) et nouvel article 14 (ancien article 15). Il n'a pas d'observation à formuler quant aux suppressions effectuées à l'article 16.

Pour le détail de l'examen des articles par le Conseil d'Etat, il est renvoyé au commentaire des articles qui suit.

*

4) TRAVAUX EN COMMISSION ET COMMENTAIRE DES ARTICLES

En ce qui concerne le *champ d'application territorial* de ces nouvelles dispositions, la Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace a noté que la future loi ne comporte pas de disposition précisant le champ d'application territorial, mais que celui-ci résulte de l'interprétation de la directive. Partant, elle juge utile de préciser que leur champ d'application se limite au territoire du Grand-Duché ou aux entreprises luxembourgeoises. La directive européenne 2016/943 une fois transposée dans l'ensemble des Etats membres, ces règles seront cependant harmonisées dans toute l'Union européenne. Jusqu'à présent ces règles différaient d'un Etat membre à l'autre.

La Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace (ci-après « la commission ») entend encore préciser qu'elle a fait siennes les *observations législatives* exprimées dans l'avis du Conseil d'Etat. Les adaptations afférentes ne seront pas commentées.

Article 1^{er}

L'article 1^{er} reprend le premier article de la directive qui définit l'objet et le champ d'application du dispositif.

Dans son avis, le Conseil d'Etat, renvoyant à la tradition juridique française, souhaite voir supprimer cet article du fait qu'aucune valeur normative n'y est attachée.

La commission a cependant jugé utile de le préserver, même si elle partage ce constat quant à sa valeur normative.

Il s'agit, d'une part, d'exclure toute confusion auprès du public et de rendre bien clair que cette loi ne portera pas atteinte à une série d'autres droits et règles potentiellement touchés par un tel dispositif, comme notamment l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ou aux activités des lanceurs d'alerte. En effet, lors de la négociation de cette directive, voire même lors de la discussion des projets de loi de transposition dans des Etats membres voisins, des inquiétudes afférentes ont été vivement exprimées dans les milieux journalistiques et des lanceurs d'alerte.

D'autre part, la commission estime que cet article introductif contribue à la compréhensibilité de la loi en ce qu'il permet au lecteur non avisé de saisir d'emblée la portée du dispositif qu'il s'apprête à consulter. La commission entend ainsi rappeler que le législateur a pour vocation de s'adresser à l'ensemble des administrés et non seulement à un public averti ou à des spécialistes dans un domaine déterminé.

La commission a également pris acte du fait que le Conseil d'Etat critique la référence faite par cet article au « droit national » en stipulant que les dispositions de la loi ne portent pas atteinte à certains

droits consacrés par le droit de l'Union européenne ou le droit national, tel que par exemple le droit pour les partenaires sociaux de conclure des conventions collectives, le droit respectivement l'obligation de divulguer un secret d'affaires aux autorités ou le droit à la mobilité des travailleurs. Cette critique vise également la référence faite aux « pratiques nationales », selon le Conseil d'Etat « dépourvue de toute signification à moins de préciser ces pratiques et de relever leur portée juridique. ».

La commission donne à considérer qu'il est impossible d'indiquer, tel que l'exige le Conseil d'Etat, « avec précision, quels sont les différents dispositifs légaux nationaux qui sont visés. ». En effet, le droit dans ces matières n'est pas statique et évolue continuellement. Ainsi et à titre d'illustration, la directive sur les lanceurs d'alerte a récemment fait l'objet d'un compromis au niveau européen et introduira certainement de nouvelles dispositions légales en droit national. Donner une énumération limitative des textes légaux concernés aurait pour conséquence de constamment devoir adapter la loi.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat réitère « sa mise en garde en ce qui concerne une pratique croissante de faire figurer dans des dispositions légales les objectifs de la loi, des déclarations d'ordre politique ou des explications quant à la portée de la loi ou à la manière dont elle devra être appliquée par le juge. ».

Article 2

L'article 2 rend à la lettre les définitions figurant à l'article 2 de la directive à transposer.

Sans observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 3

L'article 3 reprend littéralement l'article 3 de la directive et définit l'obtention, l'utilisation et la divulgation licite d'un secret d'affaires.

Pour l'avis du Conseil d'Etat, voir l'article 5.

Article 4

L'article 4 reprend littéralement l'article 4 de la directive et définit ce qui constitue une obtention, utilisation et divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Pour l'avis du Conseil d'Etat, voir l'article 5.

Article 5

L'article 5 reprend littéralement l'article 5 de la directive et regroupe les dérogations au principe de protection des secrets d'affaires.

Dans son avis, le Conseil d'Etat accorde un seul commentaire aux articles 3 à 5, commentaire dans lequel il prend acte de leur reprise littérale de la directive à transposer, tout en renvoyant à la transposition des législateurs belge et français, et se limite à s'interroger sur la référence, à l'article 3, paragraphe 2, et à l'article 5, lettres c) et d), au droit national qui n'est pas autrement précisé.

La commission a maintenu inchangé ces articles. Dans sa lettre d'amendement, elle a donné à considérer que non seulement le législateur belge, mais également le législateur français ont repris cette notion de « droit national » dans leurs lois de transposition. Ainsi, l'article L. 151-8, 3° du Code de commerce français, sur les exceptions à la protection du secret des affaires, stipule que le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue « pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national. ».

En Belgique, les articles XI.332/2, XI.332/3 et XI.332/5 du Code de droit économique font également référence au droit et aux pratiques nationales sans liste limitative. Ces articles sont quasiment identiques aux articles 3 à 5 du présent projet de loi.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat s'est limité à prendre acte de ces explications.

Ancien article 6 (supprimé)

L'article 6 précise quelles sont les personnes qui sont habilitées à agir contre une utilisation, obtention ou divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Le Conseil d'Etat considère cette disposition comme « dépourvue de toute plus-value normative, étant donné que les articles 7 et suivants déterminent, en détail, les procédures que le détenteur d'un

secret, qui considère qu'il est victime d'une violation de ses droits, au sens de l'article 2, peut engager. ».

Notant que dans son avis du 3 janvier 2019, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg considère cet article également comme superfétatoire, la commission a supprimé l'ancien article 6.

Article 6 (ancien article 10)

Même s'il marque son accord à l'article 10 du texte gouvernemental, le Conseil d'Etat doute de sa nécessité et juge en tout état de cause incohérente sa position au sein du texte gouvernemental : cette disposition devrait soit précéder celles traitant des procédures ou bien figurer à l'article 9 – si l'intention était de distinguer entre la compétence pour adopter des mesures provisoires et celle pour adopter une décision sur le fond.

En ce qui concerne sa formulation, le Conseil d'Etat se réfère à l'avis du tribunal d'arrondissement.

En déplaçant l'ancien article 10 au début du chapitre 3 consacré aux procédures, la commission a fait droit à l'avis du Conseil d'Etat. L'intitulé de la première section de ce chapitre a été adapté en conséquence. La commission a également fait siennes les propositions rédactionnelles du Conseil d'Etat : la référence à la « chambre » du tribunal a été supprimée, de même que la précision que ce tribunal est compétent même si les parties ne sont pas commerçantes. Il s'agissait, en effet, d'une redondance au vu de la compétence exclusive attribuée au tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

La commission a, en outre, subdivisé cet article en deux paragraphes afin de consacrer un paragraphe aux demandes visant à obtenir une mesure provisoire et conservatoire pour lesquelles compétence est accordée au président du tribunal d'arrondissement. Pour ces demandes, il s'agira d'une procédure comme en référé, ce qui est précisé par l'article 7.

Puisque la juridiction compétente est clairement définie, la commission a ensuite remplacé, dans l'ensemble du dispositif, le terme « juridiction » par « tribunal » afin d'être plus précis, proposition également exprimée par le Tribunal d'arrondissement.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat propose d'inverser les deux paragraphes de cet article. La commission a fait sienne cette proposition. En effet, la demande de mesures provisoires et conservatoires se greffe, normalement, sur une demande au fond.

Article 7

L'article 7 transpose les articles 10 et 11 de la directive qui ont trait aux mesures provisoires et conservatoires que le détenteur d'un secret d'affaires peut obtenir de la part d'une juridiction en cas de violation de ses droits.

Concernant le *paragraphe 1^{er}* de l'article 7 du texte gouvernemental, le Conseil d'Etat renvoie à l'avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui propose une nouvelle formulation pour cet article au motif que la locution « dans les formes du référé » pourrait être source d'insécurité juridique, alors qu'elle pourrait être interprétée comme faisant référence à une procédure de référé dans laquelle le juge aurait néanmoins tous les pouvoirs d'un juge du fond, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La commission a eu explication que la formulation critiquée est employée, entre autres, dans la législation relative aux droits de propriété intellectuelle et que, dans un souci de parallélisme des formes, le Ministère avait suivi la rédaction de cette législation (voir article 27 de la loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle).

Néanmoins, afin d'éviter le risque évoqué par le Tribunal d'arrondissement, la commission a jugé utile de supprimer ladite formulation au niveau de la première phrase de ce paragraphe et de compléter l'article par un *paragraphe 3 nouveau*. Avec l'ajout de ce nouveau paragraphe, la commission a fait ainsi sienne la proposition afférente du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

L'ancien *paragraphe 2* de l'article 7 a été supprimé par la commission pour faire droit aux critiques du Conseil d'Etat. Dans son avis, celui-ci note que les auteurs du projet de loi n'ont pas suivi le libellé de la directive et s'interroge sur la nécessité de prévoir des règles particulières de preuve pour les procédures en cause, alors que l'application du droit commun serait suffisante. Il note également que les lois de transposition belge et française n'ont pas non plus transposé cette disposition. Le Conseil

d'Etat considère, en plus, comme inappropriée la mention que le juge doit acquérir avec un degré de certitude suffisant la conviction que les éléments de preuve sont rapportés et demande la suppression entière de ce paragraphe. La commission ajoute qu'il appartiendra au demandeur, détenteur du secret d'affaires, de prouver, selon les règles de preuve de droit commun, qu'il est détenteur d'un secret d'affaires et que ce dernier a été violé.

En ce qui concerne *l'ancien paragraphe 3* de cet article, renuméroté en paragraphe 2, la commission renvoie à son commentaire du nouvel article 15.

Au *paragraphe 4* du présent article, la commission a suivi le Conseil d'Etat qui propose d'omettre sa deuxième phrase au motif qu'en l'espèce, l'action pénale et l'action civile sont soumises à des conditions d'application et procédurales différentes et qu'il appartient au juge de tirer les conséquences d'une décision au pénal en considération du contenu et de la motivation de cette décision.

A l'encontre de *l'ancien paragraphe 5* de l'article 7 du texte gouvernemental, le Conseil d'Etat s'est heurté à la référence faite aux articles 2059 à 2066 du Code civil. Il considère cette référence à la possibilité d'assortir les mesures provisoires et conservatoires d'une astreinte comme superflue, alors que les articles 934 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, qui sont expressément applicables auxdites procédures, prévoient de telles astreintes à l'article 940. En rayant ce paragraphe, la commission a fait droit à l'avis du Conseil d'Etat. Elle tient toutefois à souligner que cette suppression ne signifie en rien que les mesures provisoires et conservatoires ne pourront pas être assorties d'astreintes. Ces astreintes sont cruciales pour conférer un caractère contraignant à ces mesures et de garantir leur respect par la personne contre laquelle elles ont été ordonnées.

Cet article ne suscite plus d'observation dans l'avis complémentaire du Conseil d'Etat.

Article 8

L'article 8 porte sur les mesures de substitution et la constitution de garanties, dispositions prévues par l'article 10, paragraphe 2 et 11, paragraphe 4 de la directive.

A l'encontre de *l'article 8*, tant le Conseil d'Etat que le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg s'interrogent sur l'application concrète de cet article qui est très similaire à l'article 29, paragraphe 2 de la loi modifiée du 22 mai 2009² qui avait introduit les mêmes possibilités en matière de propriété intellectuelle. D'après le Tribunal d'arrondissement, la même problématique se rencontre plus généralement dans le cadre des mesures d'exécution par provision ordonnées sous caution.

De prime abord, la commission tient à souligner comme important que les magistrats conservent une large marge de manœuvre sur cette question. Elle donne à considérer que les réflexions exprimées à ce sujet par les deux institutions précitées ont un caractère général qui dépasse le cadre du présent dispositif légal. C'est la raison pour laquelle la commission a préféré maintenir inchangé l'article 8 et qu'elle estime, comme le suggère le Tribunal d'arrondissement dans son avis du 3 janvier 2019, qu'il serait plus opportun d'envisager une solution globale et structurée dans un texte générique d'application générale.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat ne formule plus de remarque concernant cet article.

Article 9

L'article 9 transpose les paragraphes 3 et 5 de l'article 11 de la directive.

Cet article a été amendé en suivant l'avis de la Cour supérieure de Justice et en tenant, en plus, compte de l'avis du Conseil d'Etat qui renvoie à celui du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui s'interroge sur la formulation « les mesures (...) cesseront autrement de produire leurs effets ». En effet, cette formulation reproduite du texte de la directive est dénuée de sens dans le cadre du projet de loi.

Par la suppression du bout de phrase introduisant le premier paragraphe, « Dans les cas où il est fait application, par une personne agissant sur base de la présente loi pour faire cesser l'obtention, l'utili-

² Intitulé complet : Loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et portant désignation des tribunaux des dessins ou modèles communautaires,

et ayant pour objet de modifier:

- la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et bases de données,
- la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention.

sation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires », la commission a suivi l'avis de la Cour supérieure de Justice qui critique cette redondance.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat marque son accord avec la nouvelle formulation proposée.

Ancien article 10 (transféré)

L'ancien article 10 ne transposait pas de disposition de la directive, mais prévoyait la juridiction compétente pour le contentieux relatif aux secrets d'affaires que les parties soient commerçants ou non, en l'occurrence le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

Faisant droit à l'avis du Conseil d'Etat, la commission a déplacé et reformulé cet article. A ce sujet, la commission renvoie à son commentaire de l'article 6 (nouveau).

Article 10 (ancien article 11)

L'article 10 transpose l'article 12 de la directive qui traite des injonctions et mesures correctives.

Dans son avis, le Conseil d'Etat critique que les auteurs du projet de loi se sont écartés dans la première phrase du paragraphe 1^{er} du texte de la directive, de sorte que la commission est revenue à la formulation du texte de référence. La commission a également suivi les observations d'ordre légistique du Conseil d'Etat et a remplacé, puisque la compétence juridictionnelle a été définie au nouvel article 6, le terme de « juridiction » par celui de « tribunal ».

La commission n'a toutefois pas suivi le Conseil d'Etat dans sa remise en question de la nécessité de mentionner que les articles 2059 à 2066 du Code civil sont applicables.

La commission considère comme très important que les injonctions et mesures correctives soient assorties d'astreintes afin d'en garantir leur respect par le défendeur. Sans astreintes, ces mesures seraient dépourvues de tout sens. Afin d'enlever tout doute quant à l'application desdits articles à la présente procédure, la commission propose de maintenir ce paragraphe, tout en sachant que ces textes relèvent du droit commun et son applicables de toute manière.

Par ailleurs, la loi modifiée du 22 mai 2009 ayant introduit des mesures correctives en matière de propriété intellectuelle³ fait également référence aux articles 2059 à 2066 du Code civil.

Sans observation dans l'avis complémentaire du Conseil d'Etat.

Article 11 (ancien article 12)

L'article 11 porte sur les conditions d'application, les mesures de sauvegarde et mesures de substitution et transpose ainsi l'article 13 de la directive.

Quoique sans commentaire de la part du Conseil d'Etat, la commission a amendé, dans l'intérêt de la cohérence rédactionnelle, le libellé de l'ancien article 12 au niveau du *paragraphe 2*. A l'instar de l'article 9, la formulation « ou cessent autrement de produire leurs effets » a été supprimée.

Sans observation dans l'avis complémentaire du Conseil d'Etat.

Article 12 (ancien article 13)

L'article 12 transpose l'article 14 de la directive et prévoit un régime d'octroi de dommages et intérêts au profit du détenteur du secret d'affaires qui a subi un préjudice du fait d'une obtention, d'une utilisation ou d'une divulgation illicites de ce secret.

Dans son avis, le Conseil d'Etat « s'interroge sur la nécessité de ce dispositif qui ne fait qu'appliquer au domaine de la violation du secret d'affaires les règles générales de la responsabilité pour faute organisée à l'article 1382 du Code civil. » et compare les textes de transposition belge et français. Quant au libellé proposé, il se limite à deux propositions rédactionnelles.

³ Loi sans intitulé de citation : « Loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et portant désignation des tribunaux des dessins ou modèles communautaires, et ayant pour objet de modifier:

- la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et bases de données,
- la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention. »

La commission a fait siennes ces propositions rédactionnelles du Conseil d'Etat, sauf en ce qui concerne sa proposition de supprimer les mots « tels que » dans l'alinéa 2 du paragraphe 2, au motif qu'ils introduiraient une insécurité juridique.

La commission donne à considérer qu'il est important de garantir aux juridictions une grande marge de manœuvre en matière de détermination des dommages et intérêts en matière de secrets d'affaires. Dans la plupart des cas, il sera très difficile d'évaluer le préjudice subi du fait de l'atteinte au secret d'affaires et le montant des redevances pourrait ne pas être suffisant respectivement pourrait ne pas pouvoir être établi. Il est dès lors important de disposer d'un texte flexible, qui puisse s'appliquer à toutes les situations qui pourraient survenir. Dans cet ordre d'idées, les termes « tels que » ne peuvent être omis. Cette formulation indique sans équivoque qu'il s'agit uniquement d'un exemple et que d'autres éléments pourraient être pris en compte.

L'article ne suscite plus d'observation dans l'avis complémentaire du Conseil d'Etat.

Article 13 (ancien article 14)

L'article 13 règle la publication des décisions judiciaires. Tandis que les paragraphes 1^{er} à 3 reprennent plus ou moins à la lettre l'article 15 de la directive à transposer, le paragraphe 4 est nouveau et instaure un régime spécial de publication des décisions ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires. Le juge est ainsi autorisé à ordonner la publication si celle-ci permet de faire cesser l'acte. Si cette décision en référé est annulée, le juge fixera un montant qui devra être payé pour indemniser la partie touchée par cette publication.

Dans son avis, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'alinéa 1^{er} du *paragraphe 4* de l'ancien article 14 au motif qu'il opérerait une distinction entre les mesures provisoires et conservatoires et les décisions au fond et que cela serait contraire au dispositif de la directive.

Concernant le deuxième alinéa du paragraphe 4, la Cour supérieure de Justice estime que ce texte, inspiré du projet de loi belge, laisse place à de nombreuses questions.

Prenant acte du fait que la loi de transposition belge n'a finalement pas retenu cette proposition, la commission a choisi de supprimer intégralement le paragraphe 4. Il appartiendra ainsi aux tribunaux, et notamment au président du tribunal d'arrondissement, d'évaluer s'il y a lieu d'ordonner une mesure de publication pour les mesures provisoires et conservatoires qui pourraient, le cas échéant, être annulées par la décision au fond.

En ce qui concerne le *paragraphe 1^{er}*, la commission a suivi l'avis de la Cour supérieure de Justice qui estime que le recours à la formulation « procédure judiciaire » est impropre et a remplacé ces termes par le terme « demande ».

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat approuve la suppression du paragraphe 4 de l'article 14 du texte initial et lève son opposition formelle.

Article 14 (ancien article 15)

L'article 14 vise à assurer la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires et transpose l'article 9 de la directive.

C'est cet article qui va permettre de préserver le caractère confidentiel des secrets des affaires lors des procédures judiciaires par l'instauration de règles procédurales.

Dans son avis, le Conseil d'Etat se heurte au *paragraphe 5* de l'article 15 du texte gouvernemental. C'est sous peine d'opposition formelle qu'il exige que le libellé de ce paragraphe soit précisé. Dans l'intérêt de la sécurité juridique, les mesures à prendre par le tribunal pour assurer le respect des décisions prises en vertu de cet article devraient être clairement définies.

La commission a pu répondre à l'opposition formelle du Conseil d'Etat en suivant une proposition d'amendement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Le libellé du paragraphe 5 a ainsi été remplacé par une disposition prévoyant une amende civile en cas de non-respect d'une décision du tribunal prise en vertu du présent article.

Le *paragraphe 6* de ce même article a été supprimé sur proposition du Conseil d'Etat.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat marque son accord avec l'amendement parlementaire et lève son opposition formelle.

Article 15 (nouveau)

Tandis qu'au niveau de l'article 7, paragraphe 2, la commission a suivi l'avis du Conseil d'Etat et a supprimé ce paragraphe, elle n'a pas fait de même en ce qui concerne le paragraphe suivant.

L'ancien paragraphe 3 de l'article 7 mentionne les éléments que le tribunal doit prendre en compte dans l'examen de la demande et transpose l'article 11, paragraphe 2 de la directive.

Dans son avis, le Conseil d'Etat estime évident que le juge examinera toutes les circonstances de l'affaire sans qu'il faille lui indiquer quels facteurs sont à prendre en compte. D'après le Conseil d'Etat, les lois de transposition belge et française ne feraient pas mention de ces critères.

La commission a, par contre, eu explication que l'article XVII.21/2 du Code de droit économique belge, qui introduit le référé cessation en matière de secrets d'affaires, renvoie à l'article XI.336/4 du même code qui mentionne également les conditions à prendre en compte dans l'évaluation de la demande.

En plus, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg estime que l'article 7 de la directive, article qui introduit des règles générales concernant la proportionnalité et les abus de procédure pour toutes les procédures, provisoires et conservatoires et au fond, devrait également être transposé et être inséré dans les dispositions applicables à toutes les procédures relatives à l'obtention, utilisation et à la divulgation illicite d'un secret d'affaires. Cette position du Tribunal est partagée par le Conseil d'Etat dans l'hypothèse du maintien de l'ancien paragraphe 3.

Partant, la commission a maintenu ce paragraphe de l'article 7, renuméroté en paragraphe 2, de sorte que, afin de faire droit à l'avis du Tribunal d'arrondissement, l'insertion d'un nouvel article 15 dans la section relative aux dispositions applicables à toutes les procédures relatives à l'obtention, utilisation et à la divulgation illicite d'un secret d'affaires s'est imposée.

Le libellé de ce nouvel article a été repris de l'avis du Tribunal.

Le nouvel article ne suscite pas d'observation dans l'avis complémentaire du Conseil d'Etat.

Article 16

L'article 16 transpose l'article 8 de la directive qui renvoie au droit national pour ce qui est de la détermination concrète du délai de prescription, tout en fixant un maximum de six ans. Le paragraphe 1^{er} prévoit ainsi un délai de prescription de deux ans pour les actions basées sur les anciens articles 6 à 15, tandis que le second paragraphe traite des cas dans lesquels la prescription est interrompue.

Dans son avis, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la formulation « ou est présumé avoir raisonnablement connaissance » en raison de son imprécision, source d'insécurité juridique.

Par la suppression de cette formulation, la commission a fait droit à l'avis du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat s'oppose également formellement au libellé du paragraphe 2 qui fait référence aux actions intentées en vertu d'une clause d'arbitrage pour interrompre la prescription.

Constatant que ce sont les termes « ou faite en vertu d'une clause d'arbitrage » qui gênent la Haute Corporation, la commission a rayé cette formulation. En effet, la prescription prévue au paragraphe 1^{er} s'applique aux *actions* introduites sur base de la présente loi, elle n'est donc pas applicable aux arbitrages et il devrait être possible de les exclure des causes d'interruption de la prescription.

L'article amendé ne suscite plus d'observation de la part du Conseil d'Etat.

*

5) TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION

Compte tenu de ce qui précède, la Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi n° 7353 dans la teneur qui suit :

*

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

Chapitre 1^{er} – Objet et champ d'application

Art. 1^{er}. Objet et champ d'application

(1) Sous les conditions et dans les limites fixées par la présente loi, les secrets d'affaires sont protégés contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

(2) Les dispositions de la présente loi ne portent pas atteinte à:

- a) l'exercice du 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) l'application de règles de l'Union européenne et du droit national exigeant des détenteurs de secrets d'affaires qu'ils révèlent, pour des motifs d'intérêt public, des informations, y compris des secrets d'affaires, au public ou aux autorités administratives ou judiciaires pour l'exercice des fonctions de ces autorités;
- c) 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 que ces institutions, organes ou autorités détiennent en vertu des obligations et prérogatives établies par le droit de l'Union européenne ou le droit national et conformément à celles-ci;
- d) l'autonomie des partenaires sociaux et leur droit de conclure des conventions collectives, conformément au droit de l'Union européenne et au droit national et pratiques nationales.

(3) Les dispositions de la présente loi ne peuvent pas être interprétées comme permettant de restreindre la mobilité des travailleurs. En particulier, en ce qui concerne l'exercice de cette mobilité, les dispositions de la présente loi ne permettent aucunement:

- a) de limiter l'utilisation par les travailleurs d'informations qui ne constituent pas un secret d'affaires tel qu'il est défini à l'article 2, point 1°;
- b) de limiter l'utilisation par les travailleurs de l'expérience et des compétences acquises de manière honnête dans l'exercice normal de leurs fonctions;
- c) d'imposer aux travailleurs dans leur contrat de travail des restrictions supplémentaires autres que celles imposées conformément au droit de l'Union européenne ou au droit national.

Art. 2. Définitions

Aux fins de la présente loi, on entend par:

- 1° «secret d'affaires»: des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes:
 - a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles;
 - b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes;
 - c) elles ont 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 les garder secrètes;
- 2° «détenteur d'un secret d'affaires»: toute personne physique ou morale qui a le contrôle d'un secret d'affaires de façon licite;
- 3° «contrevenant»: toute personne physique ou morale qui a obtenu, utilisé ou divulgué un secret d'affaires de façon illicite;
- 4° «biens en infraction»: des biens dont le dessin ou 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.

Chapitre 2 – Obtention, utilisation et divulgation de secrets d'affaires

Art. 3. Obtention, utilisation et divulgation licites de secrets d'affaires

(1) 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:

- a) une découverte ou une création indépendante;
- b) l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'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 et qui n'est pas liée par une obligation juridiquement valide de limiter l'obtention du secret d'affaires;
- c) l'exercice du droit des travailleurs ou des représentants des travailleurs à l'information et à la consultation, conformément au droit de l'Union européenne et au droit national et pratiques nationales;
- d) toute autre pratique qui, eu égard aux circonstances, est conforme aux usages honnêtes en matière commerciale.

(2) L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme licite dans la mesure où elle est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

Art. 4. Obtention, utilisation et divulgation illicites de secrets d'affaires

(1) L'obtention d'un secret d'affaires sans le consentement du détenteur du secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée par le biais:

- a) d'un 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;
- b) de tout autre comportement qui, eu égard aux circonstances, est considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

(2) L'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée, sans le consentement du détenteur du secret d'affaires, par une personne dont il est constaté qu'elle répond à l'une ou l'autre des conditions suivantes:

- a) elle a obtenu le secret d'affaires de façon illicite;
- b) elle agit en violation d'un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires;
- c) elle agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation limitant l'utilisation du secret d'affaires.

(3) L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, une personne savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ledit secret d'affaires avait été obtenu directement ou indirectement d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du paragraphe 2.

(4) 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 sont aussi considérés comme une utilisation illicite d'un secret d'affaires lorsque la personne qui exerce ces activités savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que le secret d'affaires était utilisé de façon illicite au sens du paragraphe 2.

Art. 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 de leur fonction conformément au droit de l'Union européenne ou au droit national, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice;
- d) aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

Chapitre 3 – Mesures, procédures et réparations

Section 1^{re} – Compétence

Art. 6. Compétence

(1) Les demandes introduites sur base de la présente loi visant à obtenir une décision au fond quant à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires sont portées, quelle que soit la valeur de la demande, devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, ci-après désigné par « tribunal ».

(2) Les demandes introduites sur base de la présente loi visant à obtenir une mesure provisoire et conservatoire quant à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires sont portées, quelle que soit la valeur de la demande, devant le président du tribunal d'arrondissement.

Section 2 – Mesures provisoires et conservatoires

Art. 7. Mesures et conditions d'octroi

(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 visant à:

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires à titre provisoire;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des biens en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des biens en infraction à ces fins;
- c) la saisie ou la remise des biens soupçonnés d'être en infraction, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché.

(2) Le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace prend en considération, lorsqu'il décide s'il est fait droit à la demande ou si celle-ci est rejetée, et qu'il évalue son caractère proportionné, les circonstances particulières de l'espèce, y compris, s'il y a lieu:

- a) la valeur ou d'autres caractéristiques du secret d'affaires;
- b) les mesures prises pour protéger le secret d'affaires;
- c) le comportement du défendeur lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;
- d) l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires;
- e) les intérêts légitimes des parties et l'incidence que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait avoir sur les parties;
- f) les intérêts légitimes des tiers;
- g) l'intérêt public; et
- h) la sauvegarde des droits fondamentaux.

(3) La demande est introduite, instruite et jugée selon les règles prévues aux articles 934 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

(4) L'ordonnance peut intervenir indépendamment de l'action publique.

Art. 8. Mesures de substitution et garanties

(1) Le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace peut, en lieu et place des mesures visées à l'article 7, subordonner la poursuite de l'utilisation illicite alléguée d'un secret

d'affaires à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du détenteur du secret d'affaires. La divulgation d'un secret d'affaires en échange de la constitution de garanties n'est pas autorisée.

(2) Le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace peut subordonner les mesures visées à l'article 7 à la constitution, par le demandeur, d'une caution adéquate ou d'une garantie équivalente destinée à assurer l'indemnisation de tout préjudice éventuel subi par le défendeur et, le cas échéant, par toute autre personne touchée par les mesures.

Art. 9. Obligation d'agir au fond et révocation des mesures provisoires et conservatoires

(1) Les mesures provisoires et conservatoires seront révoquées à la demande du défendeur, si:

- a) le demandeur n'engage pas de procédure judiciaire conduisant à une décision au fond devant le tribunal dans un délai raisonnable qui sera déterminé par le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace ordonnant les mesures, ou, en l'absence d'une telle détermination, dans un délai d'un mois à compter de la signification de l'ordonnance ; ou
- b) les informations en question ne répondent plus aux conditions de l'article 2, point 1°, pour des raisons qui ne dépendent pas du défendeur.

(2) Lorsque les mesures visées à l'article 7 sont révoquées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du demandeur, ou lorsqu'il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu obtention, utilisation ou divulgation illicite du secret d'affaires ou menace de tels comportements, le défendeur ou un tiers lésé peuvent demander au tribunal de condamner le demandeur à verser une indemnisation appropriée en réparation de tout dommage causé par ces mesures.

*Section 3 – Actions civiles et mesures résultant
d'une décision judiciaire quant au fond*

Art. 10. Injonctions et mesures correctives

(1) Lorsque le tribunal constate qu'il y a eu obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires, il peut, à la demande du demandeur, ordonner à l'encontre du contrevenant l'une ou plusieurs mesures suivantes:

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des produits en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des produits en infraction à ces fins;
- c) l'adoption de mesures correctives appropriées en ce qui concerne les biens en infraction;
- d) la destruction de tout ou partie de tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique qui contient ou matérialise le secret d'affaires ou, selon le cas, la remise au demandeur de tout ou partie de ces documents, objets, matériaux, substances ou fichiers électroniques.

(2) Les mesures correctives visées au paragraphe 1^{er}, lettre c), comprennent:

- a) le rappel des biens en infraction se trouvant sur le marché;
- b) la suppression du caractère infractionnel du bien en infraction;
- c) la destruction des biens en infraction ou, selon le cas, leur retrait du marché, à condition que ce retrait ne nuise pas à la protection du secret d'affaires en question.

(3) Lorsque le tribunal ordonne de retirer du marché des biens en infraction, il peut, à la demande du détenteur du secret d'affaires, ordonner que ces biens soient remis audit détenteur ou à des organisations caritatives.

(4) Les mesures visées au paragraphe 1^{er}, lettres c) et d), sont mises en œuvre aux frais du contrevenant, à moins que des raisons particulières ne s'y opposent. Ces mesures sont sans préjudice des éventuels dommages et intérêts dus au détenteur du secret d'affaires en raison de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

(5) Sont applicables les articles 2059 à 2066 du Code civil.

Art. 11. Conditions d'application, mesures de sauvegarde et mesures de substitution

(1) Le tribunal prend en considération, lorsqu'il statue sur une demande ayant pour objet l'adoption des injonctions et mesures correctives prévues à l'article 10 et qu'il évalue son caractère proportionné, les circonstances particulières de l'espèce, y compris, s'il y a lieu:

- a) la valeur ou d'autres caractéristiques du secret d'affaires;
- b) les mesures prises pour protéger le secret d'affaires;
- c) le comportement du contrevenant lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires;
- d) l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires;
- e) les intérêts légitimes des parties et l'incidence que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait avoir sur les parties;
- f) les intérêts légitimes des tiers;
- g) l'intérêt public; et
- h) la sauvegarde des droits fondamentaux.

Lorsque le tribunal limite la durée des mesures visées à l'article 10, paragraphe 1^{er}, lettres a) et b), cette durée doit être suffisante pour éliminer tout avantage commercial ou économique que le contrevenant aurait pu tirer de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

(2) Les mesures visées à l'article 10, paragraphe 1^{er}, lettres a) et b), sont révoquées à la demande du défendeur si les informations en question ne répondent plus aux conditions de l'article 2, point 1^o, pour des raisons qui ne dépendent pas directement ou indirectement du défendeur.

(3) A la demande de la personne passible des mesures prévues à l'article 10, le tribunal peut ordonner le versement d'une compensation financière à la partie lésée en lieu et place de l'application desdites mesures si l'ensemble des conditions suivantes sont remplies:

- a) la personne concernée au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires ne savait pas ni, eu égard aux circonstances, n'aurait dû savoir que le secret d'affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite;
- b) l'exécution des mesures en question causerait à cette personne un dommage disproportionné; et
- c) le versement d'une compensation financière à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant.

Lorsqu'une compensation financière est ordonnée en lieu et place des mesures visées à l'article 10, paragraphe 1^{er}, lettres a) et b), cette compensation financière ne dépasse pas le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si la personne concernée avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret d'affaires pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret d'affaires aurait pu être interdite.

Art. 12. Dommages et intérêts

(1) Le détenteur du secret d'affaires a droit à réparation de tout préjudice qu'il subit du fait d'une obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires commise par un contrevenant qui savait ou aurait dû savoir qu'il se livrait à une telle obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires.

(2) Lorsqu'il fixe le montant des dommages et intérêts visés au paragraphe 1^{er}, le tribunal prend en considération tous les facteurs appropriés tels que les conséquences économiques négatives, y compris le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans les cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, tel que le préjudice moral causé au détenteur de secrets d'affaires du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

Alternativement, le tribunal peut, sur demande de la partie lésée, fixer un montant forfaitaire de dommages et intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret d'affaires en question.

*Section 4 – Dispositions applicables à toutes les procédures relatives
à l’obtention, utilisation et à la divulgation illicite d’un secret d’affaires*

Art. 13. Publication des décisions judiciaires

(1) Le tribunal saisi d’une demande relative à l’obtention, l’utilisation ou la divulgation illicite d’un secret d’affaires peut ordonner, à la demande du demandeur et aux frais du contrevenant, des mesures appropriées pour la diffusion de l’information concernant la décision, y compris sa publication intégrale ou partielle.

(2) Toute mesure visée au paragraphe 1^{er} protège le caractère confidentiel des secrets d’affaires conformément à l’article 14.

(3) Lorsqu’il décide d’ordonner ou non une mesure visée au paragraphe 1^{er} et qu’il évalue son caractère proportionné, le tribunal prend en considération, le cas échéant, la valeur du secret d’affaires, le comportement du contrevenant lors de l’obtention, de l’utilisation ou de la divulgation du secret d’affaires, l’incidence de l’utilisation ou de la divulgation illicite du secret d’affaires et la probabilité que le contrevenant continue à utiliser ou divulguer de façon illicite le secret d’affaires.

Le tribunal prend également en considération le fait que les informations relatives au contrevenant seraient ou non de nature à permettre l’identification d’une personne physique et, dans l’affirmative, le fait que la publication de ces informations serait ou non justifiée, notamment au regard du préjudice éventuel que cette mesure pourrait causer à la vie privée et la réputation du contrevenant.

Art. 14. Protection du caractère confidentiel des secrets d’affaires au cours des procédures judiciaires

(1) Les parties, leurs avocats ou autres représentants, le personnel judiciaire, les témoins, les experts et toute autre personne participant à une procédure judiciaire relative à l’obtention, l’utilisation ou la divulgation illicite d’un secret d’affaires, ou ayant accès à des documents faisant partie d’une telle procédure, ne sont pas autorisés à utiliser ou divulguer un secret d’affaires ou un secret d’affaires allégué que le tribunal a, en réponse à la demande dûment motivée d’une partie intéressée ou d’office, qualifié de confidentiel et dont ils ont eu connaissance en raison de cette participation ou de cet accès.

(2) L’obligation de confidentialité visée au paragraphe 1^{er} perdure après la fin de la procédure judiciaire. Toutefois, elle cesse d’exister dans l’une ou l’autre des circonstances suivantes:

- a) il est constaté, dans une décision définitive, que le secret d’affaires allégué ne remplit pas les conditions prévues à l’article 2, point 1^o; ou
- b) les informations en cause sont devenues, au fil du temps, généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s’occupent normalement de ce genre d’informations, ou sont devenues aisément accessibles à ces personnes.

(3) Le tribunal peut, en outre, à la demande dûment motivée d’une partie ou d’office, prendre les mesures particulières nécessaires pour protéger le caractère confidentiel de tout secret d’affaires ou secret d’affaires allégué utilisé ou mentionné au cours d’une procédure judiciaire relative à l’obtention, l’utilisation ou la divulgation illicite d’un secret d’affaires.

Les mesures visées à l’alinéa 1^{er} incluent au moins la possibilité:

- a) de restreindre à un nombre limité de personnes l’accès à tout ou partie d’un document contenant des secrets d’affaires ou des secrets d’affaires allégués produit par les parties ou par des tiers;
- b) 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, ainsi qu’aux procès-verbaux ou notes d’audience;
- c) de mettre à la disposition de toute personne autre que celles faisant partie du nombre limité de personnes visées aux lettres a) et b) une version non confidentielle de toute décision judiciaire dans laquelle les passages contenant des secrets d’affaires ont été supprimés ou biffés.

Le nombre de personnes visées à l’alinéa 2, lettres a) et b), n’est pas supérieur à ce qui est nécessaire pour garantir aux parties à la procédure judiciaire le respect de leur droit à un recours effectif et à

accéder à un tribunal impartial et il comprend, au moins, une personne physique pour chaque partie et l'avocat de chaque partie ou d'autres représentants de ces parties à la procédure judiciaire.

(4) Lorsqu'il se prononce sur les mesures visées au paragraphe 3 et évalue leur caractère proportionné, le tribunal prend en considération la nécessité de garantir le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, les intérêts légitimes des parties et, le cas échéant, des tiers, ainsi que tout dommage que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait causer à l'une ou l'autre des parties et, le cas échéant, à des tiers.

(5) Est punie d'une amende civile de 251 à 45 000 euros, toute personne qui ne respecte pas, ou refuse de respecter, une mesure adoptée en vertu du présent article.

Art. 15. Proportionnalité et abus de procédure

En statuant sur les demandes introduites sur base de la présente loi, les juridictions appliquent les mesures, procédures et réparations d'une manière qui :

- a) est proportionnée;
- b) évite la création d'obstacles au commerce légitime dans le marché intérieur;
- c) prévoit des mesures de sauvegarde contre leur usage abusif.

Art. 16. Prescription

(1) Les actions basées sur les articles 6 à 14 sont prescrites après deux ans à compter du moment où le détenteur du secret d'affaires a connaissance de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et qu'il connaît l'identité du contrevenant.

(2) La prescription est interrompue par toute sommation en cessation donnée par exploit d'huissier et par toute action en référé ou au fond introduite en justice sur base des articles 6 à 14.

Luxembourg, le 23 mai 2019

Le Président-Rapporteur;
Franz FAYOT

7353/12

N° 7353¹²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2018-2019

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**

* * *

**AVIS COMPLEMENTAIRE DE LA CHAMBRE DES
FONCTIONNAIRES ET EMPLOYES PUBLICS**

(5.6.2019)

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

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7353

Bulletin de Vote (Vote Public)

Date: 19/06/2019 15:45:35	Président: M. Etgen Fernand
Scrutin: 7	Secrétaire A: M. Frieseisen Claude
Vote: PL 7353 Protection des savoir-faires	Secrétaire B: Mme Barra Isabelle
Description: Projet de loi 7353	

	Oui	Abst	Non	Total
Présents:	55	2	2	59
Procuration:	1	0	0	1
Total:	56	2	2	60

Nom du député	Vote	(Procuration)	Nom du député	Vote	(Procuration)
CSV					
Mme Adehm Diane	Oui		Mme Arendt Nancy	Oui	
M. Eicher Emile	Oui		M. Eischen Félix	Oui	
M. Galles Paul	Oui		M. Gloden Léon	Oui	
M. Halsdorf Jean-Marie	Oui		Mme Hansen Martine	Oui	(M. Mosar Laurent)
Mme Hetto-Gaasch Françoise	Oui		M. Kaes Aly	Oui	
M. Lies Marc	Oui		M. Mischo Georges	Oui	
Mme Modert Octavie	Oui		M. Mosar Laurent	Oui	
Mme Reding Viviane	Oui		M. Roth Gilles	Oui	
M. Schank Marco	Oui		M. Spautz Marc	Oui	
M. Wilmes Serge	Oui		M. Wiseler Claude	Oui	
M. Wolter Michel	Oui				

LSAP					
M. Angel Marc	Oui		M. Biancalana Dan	Oui	
M. Bodry Alex	Oui		Mme Burton Tess	Oui	
M. Cruchten Yves	Oui		M. Di Bartolomeo Mars	Oui	
M. Engel Georges	Oui		M. Fayot Franz	Oui	
M. Haagen Claude	Oui		Mme Mutsch Lydia	Oui	

DP					
M. Arendt Guy	Oui		M. Bauler André	Oui	
M. Baum Gilles	Oui		Mme Beissel Simone	Oui	
M. Berger Eugène	Oui		M. Colabianchi Frank	Oui	
Mme Elvinger Joëlle	Oui		M. Etgen Fernand	Oui	
M. Graas Gusty	Oui		M. Hahn Max	Oui	
Mme Hartmann Carole	Oui		Mme Polfer Lydie	Oui	

déi gréng					
M. Back Carlo	Oui		M. Benoy François	Oui	
Mme Bernard Djuna	Oui		Mme Empain Stéphanie	Oui	
M. Hansen- Marc	Oui		M. Kox Henri	Oui	
Mme Lorsché Josée	Oui		M. Margue Charles	Oui	
M. Traversini Roberto	Oui				

déi Lénk					
M. Baum Marc	Non		M. Wagner David	Non	

groupe technique					
M. Clement Sven-Piraten	Abst.		M. Engelen Jeff-ADR	Oui	
M. Gibéryen Gast-ADR	Oui		M. Goergen Marc-Piraten	Abst.	
M. Kartheiser Fernand-ADR	Oui		M. Reding Roy-ADR	Oui	

Le Président:



Le Secrétaire général:

7353 - Dossier consolidé : 160



7353/13

N° 7353¹³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2018-2019

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**

* * *

**DISPENSE DU SECOND VOTE CONSTITUTIONNEL
PAR LE CONSEIL D'ETAT**

(25.6.2019)

Le Conseil d'État,

appelé par dépêche du Président de la Chambre des députés, du 19 juin 2019 à délibérer sur la question de dispense du second vote constitutionnel du

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**

qui a été adopté par la Chambre des députés dans sa séance du 19 juin 2019 et dispensé du second vote constitutionnel ;

Vu ledit projet de loi et les avis émis par le Conseil d'État en ses séances des 15 février et 7 mai 2019 ;

se déclare d'accord

avec la Chambre des députés pour dispenser le projet de loi en question du second vote prévu par l'article 59 de la Constitution.

Ainsi décidé en séance publique à l'unanimité des 20 votants, le 25 juin 2019.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

La Présidente du Conseil d'État,
Agy DURDU

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7353/14

N° 7353¹⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

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**

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Avis complémentaires des autorités judiciaires</i>	
1) Avis complémentaire de la Cour supérieure de Justice	1
2) Avis complémentaire du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (16.11.2019).....	1

*

**AVIS COMPLEMENTAIRE DE LA COUR SUPERIEURE
DE JUSTICE**

**relatif aux 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**

Eu égard aux amendements proposés, la Cour n'a pas d'autres observations à formuler.

*

**AVIS COMPLEMENTAIRE DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT
DE LUXEMBOURG**

(16.11.2019)

Par note du 17 avril 2019, Madame le Procureur général d'Etat a transmis les amendements parlementaires au projet de loi numéro 7353, tels qu'ils sont consignés dans un courrier de Monsieur le Président de la Chambre des Députés du 8 avril 2019, au tribunal d'arrondissement de Luxembourg aux fins d'avis.

Dans la mesure où les amendements reprennent les suggestions que le tribunal avait formulées dans son avis du 3 janvier 2019 au sujet du projet de loi initial, ils n'appellent pas d'observations particulières.

Le tribunal tient cependant à formuler à ce stade 4 observations complémentaires.

- Le courrier de Monsieur le Président de la Chambre des Députés embrasse la suggestion du Tribunal de régler la problématique des mesures de garantie (article 8) par une loi générique. Le Tribunal s'en réjouit et offre son appui dans le cadre de l'élaboration d'un tel projet.
- A l'article 14, paragraphe 5, les amendements proposent d'insérer une disposition dont la formulation avait été proposée pour l'essentiel par le Tribunal en disant que « *Est punie d'une amende civile de 251 à 45.000 euros toute personne qui ne respecte pas, ou refuse de respecter, une mesure adoptée en vertu de la présente loi* ».

A la relecture, le tribunal s'interroge de savoir si cette disposition est suffisamment claire quant à la compétence juridictionnelle et quant à la procédure à suivre pour parvenir à une telle décision de sanction. Le problème surviendra en pratique après qu'une mesure ait été adoptée et il n'y a donc plus d'instance en cours dans le cadre de laquelle cette demande pourrait être formée par voie incidente. L'ouverture d'une nouvelle instance s'impose.

Le Tribunal propose de clarifier cette procédure en les termes suivants : « *A la demande du détenteur du secret d'affaires, le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, sanctionne d'une amende civile de 251 à 45.000 euros toute personne qui ne respecte pas, ou refuse de respecter, une mesure adoptée en vertu de la présente loi* ».

Alternativement, la compétence pour connaître d'une telle demande pourrait être confiée au président du tribunal d'arrondissement, siégeant comme en matière de référé.

Pour aller plus loin, la matière des amendes civiles pourrait utilement faire l'objet d'un projet de loi générique qui s'appliquerait dans les différents cas de figure où une loi particulière prévoit une amende civile

– L'article 16 appelle deux observations

o Ad paragraphe 1

Les amendements proposent, sur initiative du Conseil d'Etat, de supprimer la référence au point de départ de la prescription comme pouvant être le moment où le détenteur du secret d'affaires « *est présumé avoir raisonnablement connaissance* » de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

En principe, les prescriptions courent à partir du moment où celui contre lequel elles courent a connaissance du fait délictueux. Le tribunal signale d'un point de vue de la théorie des obligations que le problème soulevé ici est celui de savoir si cette connaissance doit être « subjective », c'est-à-dire démontrée dans le chef de la partie concernée, ou « objective », c'est-à-dire comme faisant référence à un ensemble d'éléments qui font que la partie concernée aurait dû en avoir conscience (voir sur la question Maxime Marchandise, *Traité de droit civil belge*, Tome VI : La prescription, Editions Bruylant, 2019, N° 317). Si la question est discutée en Belgique (M. Marchandise, *op. cit.*), le législateur français a opté pour la seconde voie en édictant aux articles 2224 et 2227 que les prescriptions y visées (personnelles, mobilières, immobilières) courent « *à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* » (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, Dalloz, 12e édition, N° 1780).

Le Tribunal signale que si en droit luxembourgeois, l'approche « objective » n'est pas inscrite dans le Code civil, elle se retrouve néanmoins dans des lois particulières, comme par exemple dans l'article 14 de la loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence et modifiant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (« *Les délais de prescription pour intenter une action en dommages et intérêts commencent à courir dès que la violation du droit de la concurrence a cessé et que le demandeur a pris connaissance ou puisse raisonnablement être considéré comme ayant connaissance : ...* »).

o Ad paragraphe 2

Les amendements proposent, sur initiative du Conseil d'Etat qui a écrit que « *[i]l a du mal à saisir la référence à une action en vertu d'une clause d'arbitrage, dès lors qu'il doit s'agir d'une action introduite au titre de la loi en projet* », de supprimer l'effet interruptif de la prescription au profit des actions entamées par voie d'arbitrage.

Le tribunal tient à attirer l'attention sur les dangers d'une telle suppression. L'arbitrage est un mode de règlement des conflits courant et largement accepté dans le monde du commerce national et international alors qu'il répond à certaines exigences et attentes que la procédure devant les tribunaux étatiques ne peut pas toujours garantir, notamment la confidentialité, qui se trouve au coeur du présent projet de loi visant à protéger les secrets d'affaire. Priver le recours à l'arbitrage de l'effet suspensif risque d'être contraire aux intérêts du monde des affaires.

La consécration de l'effet interruptif du recours à l'arbitrage n'est d'ailleurs pas dénuée de sens et l'interrogation soulevée par le Conseil d'Etat peut trouver une explication. Les actions visées au paragraphe 1^{er} de l'article 16 basées sur la loi en discussion dont il s'agit de régler la pres-

cription ne sont en effet pas toujours nécessairement des actions devant les juridictions étatiques, mais peuvent être des actions devant une juridiction arbitrale, soit que les parties en ont ainsi convenues initialement dans le cadre de leur relation contractuelle (l'obtention du secret d'affaires a pu avoir lieu licitement dans le cadre d'une relation contractuelle, mais donner ensuite lieu à une utilisation ou divulgation illicite parce que violant les termes de cette relation contractuelle), soit qu'elles y consentent une fois que le différend est né.

Le Tribunal estime que sur arrière-fond de cette réalité, la conservation de l'effet interruptif de l'intentement d'une procédure arbitrale, tel que proposé dans le projet de loi initial, trouve son explication naturelle, et invite la Chambre des Députés, dans l'intérêt du monde des affaires, à revenir sur ce point.

- Les amendements proposés ne reprennent pas la suggestion qui avait été faite par le tribunal de donner vie à l'article 17 de la directive qui prévoit un mécanisme de coopération entre Etats membres par le biais de la désignation d'un correspondant national et de donner une base légale à la nomination d'un tel correspondant.

Luxembourg, le 16 novembre 2019

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

08



Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace

Procès-verbal de la réunion du 23 mai 2019

Ordre du jour :

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 14, 20 et 21 mars 2019
2. 7366 Projet de loi relatif à certaines modalités d'application et à la sanction du règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) no 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE
- Rapporteur : Monsieur Claude Haagen

- Présentation et adoption d'un projet de rapport
3. 7353 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
- Rapporteur : Monsieur Franz Fayot

- Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat
- Présentation et adoption d'un projet de rapport
4. Luxembourg 2030 – 3^{ème} Plan National pour un Développement Durable (avant-projet)

- Formulation d'une prise de position sur le champ d'action prioritaire "Diversifier et assurer une économie inclusive et porteuse d'avenir"

*

Présents : Mme Diane Adehm, M. Guy Arendt, Mme Simone Beissel, M. Sven Clement, M. Emile Eicher remplaçant M. Serge Wilmes, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden, M. Gusty Graas remplaçant Mme Joëlle Elvinger, M. Claude Haagen, M. Henri Kox, M. Charles Margue, M. Laurent Mosar, Mme Lydia Mutsch, M. Roy Reding, M. Claude Wiseler

Mme Iris Depoulain, M. Tom Theves, du Ministère de l'Economie

M. Timon Oesch, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Marc Angel, Mme Tess Burton

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 14, 20 et 21 mars 2019

Les projets de procès-verbal susmentionnés sont approuvés.

2. 7366 Projet de loi relatif à certaines modalités d'application et à la sanction du règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) no 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE

- Présentation et adoption d'un projet de rapport

Monsieur le Rapporteur Claude Haagen présente succinctement son projet de rapport transmis le 2 avril 2019 aux membres de la présente commission.

L'orateur commente plus particulièrement la partie consacrée aux travaux en commission en rappelant que, lors de la réunion du 21 mars 2019, le souhait avait été exprimé qu'il fasse part de l'insatisfaction de la Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace quant à la portée du règlement européen à l'origine de ce projet de loi.

Constatant que plus aucune question ni observation ne semblent s'imposer, Monsieur le Président Franz Fayot fait procéder au vote.

Le projet de rapport est adopté à l'unanimité des membres présents et représentés de la commission.

Temps de parole en séance publique

Après une brève discussion, la commission décide de proposer un temps de parole suivant le modèle de base¹, tout en accordant au Rapporteur davantage de temps² pour présenter son rapport en bonne et due forme.

3. 7353 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

- Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

Monsieur le Président-Rapporteur Franz Fayot parcourt en le résumant l'avis

¹ 10 minutes pour le Rapporteur, 5 minutes pour les différents groupes et sensibilités politiques.

² Celui-ci parlant de 5 minutes supplémentaires requises (temps de parole suivant le modèle 1).

complémentaire du Conseil d'Etat. Il fait part de son constat que cet avis était de nature à pouvoir procéder à la rédaction d'un projet de rapport et propose que la commission fasse siennes les dernières propositions (d'ordre légistique ou rédactionnel) du Conseil d'Etat.

L'orateur ajoute que, en ce qui concerne une observation d'ordre légistique exprimée par le Conseil d'Etat à l'encontre du nouvel article 6, le Secrétaire-administrateur préfère écrire « , ci-après désigné par « tribunal » » et non « , ci-après « tribunal » ». Cette formulation étant, quant au fond, conforme à la proposition du Conseil d'Etat, un avis complémentaire de ce dernier n'est pas requis. L'assistance signalant son accord, une lettre sera adressée au Conseil d'Etat l'informant de cette adaptation.

- Présentation et adoption d'un projet de rapport

Monsieur le Président-Rapporteur explique que c'est en raison de la procédure d'infraction en cours pour dépassement du délai de transposition de la directive, qu'il a décidé de présenter son projet de rapport conjointement avec l'avis complémentaire du Conseil d'Etat.

L'orateur note que son projet de rapport retrace fidèlement les travaux en commission, rappelle que celui-ci a été transmis préalablement aux membres de la présente commission et accorde la parole à l'assistance.

Constatant que plus aucune question ni observation ne semblent s'imposer, Monsieur le Président-Rapporteur fait procéder au vote.

Le projet de rapport est adopté à l'unanimité des membres présents et représentés de la commission.

Temps de parole en séance publique

Il est décidé de proposer un temps de parole suivant le modèle de base tout en accordant au Rapporteur davantage de temps afin qu'il puisse présenter son rapport en bonne et due forme.

4. Luxembourg 2030 – 3^{ème} Plan National pour un Développement Durable (avant-projet)

- Formulation d'une prise de position sur le champ d'action prioritaire "Diversifier et assurer une économie inclusive et porteuse d'avenir"

Monsieur le Président Franz Fayot rappelle que c'est par une lettre transmise le 29 mars 2019 à la Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace que celle-ci a été invitée à contribuer à l'élaboration d'un projet d'avis de position de la Chambre des Députés concernant l'avant-projet du 3^{ème} Plan National pour un Développement Durable (ci-après « 3^{ème} PNDD »). Il s'agit plus précisément de se prononcer par écrit sur le champ d'action prioritaire « Diversifier et assurer une économie inclusive et porteuse d'avenir ».

D'emblée, Monsieur le Président fait noter que l'avant-projet du 3^{ème} PNDD date de juillet 2018 et ne tient donc pas compte de l'actuel programme

gouvernemental négocié suite aux élections législatives d'octobre 2018. Ces trois pages du 3^{ème} PNDD consacrées à l'économie nationale constituent en quelque sorte un condensé des objectifs et projets de réforme retenus dans le cadre de l'étude stratégique « La troisième révolution industrielle au Luxembourg » et dans le précédent Programme national de réforme (PNR 2018) dans le cadre de la stratégie européenne « pour une croissance intelligente, durable et inclusive » « Europe 2020 ». L'orateur considère que le volet économie du PNDD devrait tout au moins refléter les projets et objectifs économiques prévus dans l'actuel programme gouvernemental et serait à actualiser dans ce sens. Dans sa teneur actuelle, le 3^{ème} PNDD n'est pas à jour.

Monsieur le Président regrette que, dans le cadre de la présente procédure, le rôle de la Chambre des Députés se limite à la formulation d'un avis et appelle de son souhait une approche plus « prospective », l'élaboration d'une vision à long terme, dans laquelle le Parlement s'accorde sur les principaux défis en matière de développement durable et fixe des orientations et des objectifs précis à atteindre.

Débat :

Monsieur Charles Margue constate qu'à lire la partie « économie » de l'avant-projet du 3^{ème} PNDD, le lien avec le processus dit « Rifkin » est explicite, de sorte qu'il s'impose de savoir si les différents groupes de travail continuent à œuvrer et comment le Ministère de l'Economie, coordinateur de ce processus, envisage la poursuite de ce processus.

Monsieur Henri Kox donne à considérer que jusqu'à présent un énorme travail de réflexion a été mené dans ces groupes de travail chargés d'approfondir ladite étude stratégique. A titre d'illustration, il renvoie au groupe de travail « stratégie énergétique » qui a réuni tous les acteurs concernés de ce secteur économique et a concrétisé l'idée d'un réseau d'énergie décentralisé. Les projets et idées élaborés dans ce groupe seraient désormais en voie de réalisation (digitalisation, échange d'énergie entre particuliers, favoriser la création de coopératives de production d'énergie renouvelable etc.). L'orateur appelle de son vœu que pareilles réflexions soient continuées voir intensifiées dans les autres plateformes thématiques de travail comme celle en charge de l'agriculture. L'intervenant ajoute que l'orientation de l'économie nationale vers une « économie circulaire » est un processus qui doit être activement soutenu et renvoie à deux projets à ses yeux exemplaires (Woltz, Windhof). A son avis, la commission devrait souligner comme exemplaire le processus lancé par l'étude stratégique, processus qui a permis de lancer bon nombre d'initiatives et projets prometteurs et qui est à saluer d'un point de vue de développement durable. Il y aurait donc lieu à inviter le Gouvernement à relancer ce processus. Ceci d'autant plus que certaines des idées formulées dans les groupes de travail ont fait leur entrée dans l'actuel accord de coalition.

Monsieur le Président remarque que l'attachement du Gouvernement au principe de l'économie circulaire est déjà retenu dans le chapitre à aviser, ce qui n'est pourtant pas le cas pour l'idée d'une « économie du partage » qui devrait être développée davantage au Luxembourg, selon l'« Etude stratégique de la Troisième Révolution Industrielle » et pour laquelle également un groupe de travail avait été instauré. Il est d'avis qu'il y aurait lieu de compléter ce chapitre de cette « piste d'avenir » et, par ailleurs, qu'il

serait utile de fixer des objectifs ou étapes intermédiaires précis et mesurables pour toutes ces déclarations d'intention.

Des intervenants du groupe parlementaire DP (Madame Simone Beissel et Monsieur Guy Arendt) s'interrogent sur la définition du concept de « sharing economy », définition qu'il y aurait lieu de préciser avant d'exiger du Gouvernement qu'il s'engage davantage sur cette piste.

Monsieur le Président concède qu'actuellement bon nombre de nouveaux modèles commerciaux se réfèrent à la « sharing economy », comme notamment toute une série de plateformes d'échange et d'intermédiation présentes sur internet, qui ne peuvent valablement être qualifiées comme acteurs d'une économie du partage, qui elle n'est précisément pas motivée par un but de lucre et largement portée par des bénévoles. L'orateur ignore s'il existe une définition communément acceptée des projets et idées pouvant être regroupés sous cette expression.

Monsieur Claude Wiseler note que la partie à aviser du PNDD comme la présente discussion se focalisent déjà sur des « détails » voire des projets concrets en voie de réalisation ou à venir à court ou à moyen terme, sans que la route de marche à plus long terme ait été définie sans équivoque. A son avis, c'est toutefois une discussion politique plus en profondeur de la problématique à l'origine, à savoir la croissance économique du pays, ses conséquences, sa nature et son orientation qui s'impose. Cette problématique ne serait pas adressée de manière réaliste par ce PNDD ni par l'actuel accord de gouvernement. L'approche rédactionnelle même de ce document ne s'y prêterait pas et serait discutable. L'intervenant juge nécessaire que la discussion bien plus fondamentale qu'il vient d'évoquer soit menée en séance publique. Il y aurait ainsi lieu de clarifier au préalable quel rythme de croissance également démographique les citoyens sont prêts à accepter et à quel prix, voire quelle densité de population le pays saurait supporter et sous quelles conditions et ensuite seulement il y aurait lieu de définir les mesures appropriées pour respecter les objectifs ainsi déterminés.

Monsieur le Président concède que le PNDD lui semble également constituer davantage un catalogue de mesures et de projets déjà décidés ou envisagés dans les divers champs d'action politiques du Gouvernement plutôt qu'un document de réflexion sur des questions à trancher concernant l'avenir du pays et avec l'ambition de poser des jalons à long terme. De son avis, le PNDD devrait constituer un document de référence avec des objectifs fondamentaux s'étalant sur au moins deux périodes législatives. Il renvoie toutefois à la loi du 25 juin 2004 sur la coordination de la politique nationale de développement durable qui prévoit cette procédure et ne laisse que peu de marge de manœuvre à la Chambre des Députés. L'avant-projet de plan est élaboré par la Commission interdépartementale pour le développement durable, soumis par le ministre compétent au Gouvernement et, approuvé par ce dernier, soumis pour avis à la Chambre des Députés. L'orateur ajoute que la discussion plus fondamentale évoquée revient assez régulièrement ces récentes années et a notamment été au cœur de la dernière campagne électorale.

Monsieur Charles Marque remarque que la position exprimée par le représentant du groupe CSV reviendrait à ne pas se prononcer en tant que commission sur l'avant-projet de PNDD tel que soumis pour avis à la Chambre. L'enjeu « développement durable » serait toutefois trop important

pour le pays pour qu'on puisse se permettre de s'abstenir de contribuer au débat, ceci d'autant plus que le délai accordé aux commissions parlementaires vient d'être reporté afin de permettre une discussion sérieuse du PNDD. L'intervenant estime également que le processus « Rifkin » avec ses groupes de travail thématiques a été très fructueux en termes de mesures favorables non seulement à un développement durable, mais également à la cohésion sociale. Partant, il appuie Monsieur Henri Kox dans son avis qu'il serait utile d'inviter le Gouvernement à relancer ou à redynamiser ce processus. Ainsi, en ce qui concerne la « sharing economy », des mesures concrètes, tel que l'établissement d'un inventaire sur ce qui existe déjà dans ce domaine au Luxembourg, auraient été retenues. Jusqu'à présent cet inventaire ferait cependant défaut et il serait utile de le rappeler au Gouvernement.

Monsieur Laurent Mosar estime trop théorique et peu concrète la discussion concernant la troisième révolution industrielle, tant au Luxembourg qu'au niveau de l'Union européenne. Le cœur même de cette révolution serait le développement de l'intelligence artificielle et non seulement la digitalisation des processus de conception, de production et de gestion. Dans ce domaine, l'Union européenne lui semble déjà être devancée par la Chine, certains autres pays asiatiques et les Etats-Unis. Aucune entreprise de renommée mondiale européenne ne lui semble exister dans le secteur TIC ou ICT. La prospérité qui est et qui sera créée par ce secteur risque de passer à côté des européens. Madame Simone Beissel intervient pour approuver les propos de Monsieur Mosar.

Monsieur le Président juge peu utile de compléter ou de corriger l'avant-projet présenté par le Gouvernement. A entendre les membres de la commission, certaines observations générales semblent toutefois s'imposer et il invite le représentant du Ministère à prendre position par rapport à certaines affirmations notamment en ce qui concerne le processus dit « Rifkin ».

Le représentant du Ministère précise que la coordination du processus « Rifkin » dans sa globalité est réalisée au niveau du Ministère de l'Economie, tandis que les travaux thématiques eux-mêmes ne sont pas dirigés de manière centralisée, mais sont organisés par les huit plateformes thématiques respectives. Le comité de suivi stratégique mis en place sous la présidence du ministre de l'Economie centralise les travaux de ces plateformes et discute les grandes orientations et les principaux défis liés aux mutations technologiques de l'avenir. C'est ce comité qui élabore des rapports d'avancement des travaux soumis au Conseil de gouvernement, qui décide de la réalisation ou non des mesures élaborées au sein des plateformes thématiques. La volonté déclarée du Gouvernement était de ne pas devoir subir la révolution technologique en cours, mais de pouvoir l'encadrer voire même l'anticiper au plus grand bénéfice du pays et de ses habitants. Un rapport intermédiaire de suivi a été publié en 2017. L'orateur concède que dans le contexte des élections législatives de 2018 et de la réorganisation subséquente des ministères, ce travail de suivi et de coordination a un peu souffert. Il estime qu'au plus tard en automne le Ministère de l'Economie saura faire le point, voire relancer tel que souhaité par certains intervenants le processus de mise en œuvre de l'orientation générale dégagée par l'étude stratégique au sujet de la « Troisième Révolution Industrielle ». L'objectif de ce processus est précisément d'assurer la transition du pays vers un modèle économique durable.

Le représentant du Ministère tient néanmoins à souligner que le processus « Rifkin » n'est pas mort. Il renvoie à un bon nombre de projets pilotes nés dans le cadre de ce processus et en cours de réalisation, voire même de modifications législatives projetées notamment dans le secteur de l'énergie. Cette mise en œuvre quotidienne ne se prêterait pas à des annonces spectaculaires. La prochaine annonce dans ce processus de transition serait probablement l'installation d'un *High Performance Computer* (HPC) au Luxembourg. Pareils superordinateurs sont essentiels s'il s'agit de progresser sur la voie vers une « industrie 4.0 », voire vers une « smart nation ». Toute cette thématique restera au cœur de l'action de l'actuel Gouvernement. L'orateur ajoute que c'est ainsi que le Gouvernement présentera demain sa « data driven innovation » stratégie.

Pour ce qui est de l'intelligence artificielle, le représentant du Ministère donne à considérer que les instances européennes sont bien conscientes qu'il s'agit d'un enjeu crucial et celui-ci est de plus en plus discuté à ce niveau. Ainsi, la Commission européenne a récemment consacré un rapport à ce sujet. Bien qu'elle y constate comme bien réel le risque que les entreprises européennes actives dans ce domaine soient déclassées par la concurrence chinoise ou us-américaine, la Commission a également constaté que l'Europe a un grand potentiel dans ce domaine. Ainsi, l'Union européenne dispose d'un bon nombre d'experts et de chercheurs de renommée en la matière. Toutefois, pour faire fonctionner des applications de l'intelligence artificielle une certaine infrastructure en capacités de calculs est nécessaire. Egalement dans ce domaine, l'Union européenne accuse un certain retard, auquel la Commission européenne a réagi en se dotant d'une structure (EuroHPC) pour développer un réseau européen de superordinateurs. Qualifiés comme projets d'intérêt commun, les investissements dans ces infrastructures de calcul peuvent également être subventionnés bien plus généreusement que les règles du marché commun le permettent. La Commission européenne a choisi le Luxembourg comme siège du EuroHPC et ainsi également reconnu les efforts du Gouvernement en matière de digitalisation.

Le représentant du Ministère ajoute qu'il est évidemment bien plus aisé de développer rapidement une *start up* dans le secteur des TIC dans un grand marché uni et sans barrières comme celui des Etats-Unis que dans l'Union européenne, dont le marché unique reste fragmenté à bien des égards, non seulement linguistiques.

Monsieur Laurent Mosar, renvoyant aux avancées d'entreprises chinoises dans le domaine des technologies de l'information et à un changement d'attitude de ces dernières pour ce qui est des participations étrangères, recommande au Ministère de l'Economie d'analyser les possibilités d'investissement par l'intermédiaire de la SNCI dans pareils précurseurs voire futurs leaders mondiaux chinois dans ces technologies.

Madame Simone Beissel exprime le souhait que le Ministère de l'Economie revienne en commission afin de lui présenter un état des lieux du processus de transition lancé. Il serait utile et également dans l'intérêt du Gouvernement de disposer d'un listing des initiatives et projets réalisés ou en voie de réalisation dans ce contexte.

Conclusion :

Monsieur le Président propose la rédaction d'un projet de prise de position

dans le sens discuté, projet qui sera transmis par courriel pour avis et accord aux membres de la commission.

Luxembourg, le 29 mai 2019

Le Secrétaire-administrateur,
Timon Oesch

Le Président de la Commission de l'Economie, de la
Protection des consommateurs et de l'Espace,
Franz Fayot

07



Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace

Procès-verbal de la réunion du 21 mars 2019

Ordre du jour :

1. Approbation du projet de procès-verbal de la réunion du 7 mars 2019
2. 7353 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
 - Rapporteur : Monsieur Franz Fayot
 - Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat (à partir de l'article 9)
3. 7366 Projet de loi relatif à certaines modalités d'application et à la sanction du règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) no 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE
 - Désignation d'un rapporteur
 - Présentation du projet de loi
 - Examen de l'avis du Conseil d'Etat

*

Présents : Mme Diane Adehm, M. Marc Angel, M. Guy Arendt, Mme Simone Beissel, M. Sven Clement, Mme Joëlle Elvinger, M. Franz Fayot, M. Claude Haagen, M. Henri Kox, M. Charles Margue, M. Laurent Mosar, Mme Lydia Mutsch

Mme Iris Depoulain, M. Tom Theves, M. Jacques Thill, du Ministère de l'Economie

M. Timon Oesch, de l'Administration parlementaire

Excusés : Mme Tess Burton, M. Léon Gloden, M. Gusty Graas, M. Roy Reding, M. Serge Wilmes, M. Claude Wiseler

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

1. Approbation du projet de procès-verbal de la réunion du 7 mars 2019

Le projet de procès-verbal susmentionné est approuvé.

2. 7353 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

- Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat (à partir de l'article 9)

La représentante du Ministère continue à guider les membres de la commission parlementaire (ci-après « la commission ») à travers le dispositif projeté en commentant les observations du Conseil d'Etat. En général, la commission fait siennes les suggestions de réponse du Ministère. Cette reprise par la commission de la position du Ministère ne sera donc pas expressément évoquée, c'est l'exception qui sera relevée.

Article 9

L'article 9 transpose les paragraphes 3 et 5 de l'article 11 de la directive.

La représentante du Ministère propose d'amender cet article en suivant l'avis de la Cour supérieure de Justice et de tenir, en plus, compte de l'avis du Conseil d'Etat qui renvoie à celui du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui s'interroge sur la formulation « les mesures cesseront autrement de produire leurs effets ». En effet, cette formulation reproduite du texte de la directive est dénuée de sens dans le projet de loi.

La représentante du Ministère précise que dans le premier paragraphe, les termes « Dans les cas où il est fait application, par une personne agissant sur base de la présente loi pour faire cesser l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires » sont à supprimer, termes qui sont, suivant l'avis de la Cour Supérieure de Justice, redondants.

Article 10

L'article 10 ne transpose pas de disposition de la directive, mais prévoit la juridiction compétente pour le contentieux relatif aux secrets d'affaires que les parties soient commerçants ou non. En l'occurrence, ce sera le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

Même s'il marque son accord à cette disposition, le Conseil d'Etat doute de sa nécessité et juge en tout état de cause incohérente sa position au sein du texte gouvernemental : elle devrait soit précéder les dispositions traitant des procédures ou bien figurer à l'article 9 – si l'intention était de distinguer entre la compétence pour adopter des mesures provisoires et celle pour adopter une décision sur le fond.

En ce qui concerne la formulation, le Conseil d'Etat se réfère à l'avis du

tribunal d'arrondissement.

La représentante du Ministère propose de suivre l'avis du Conseil d'Etat en déplaçant l'ancien article 10 qui devient le premier article du chapitre 3 consacré aux procédures. Il y a également lieu de faire droit aux propositions rédactionnelles du Conseil d'Etat : la référence à la « chambre » du tribunal est ainsi à supprimer, de même que la précision que ce tribunal est compétent même si les parties ne sont pas commerçants. Il s'agit, en effet, d'une redondance au vu de la compétence exclusive attribuée au tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

Une renumérotation des articles subséquents du dispositif s'ensuit.

L'oratrice propose, par ailleurs, de subdiviser cet article en deux paragraphes et de consacrer son premier paragraphe aux demandes visant à obtenir une mesure provisoire et conservatoire pour lesquelles compétence est accordée au président du tribunal d'arrondissement. Pour ces demandes, il s'agira d'une procédure comme en référé, ce qui est précisé par l'ancien article 7.

Puisque la juridiction compétente est clairement définie, la représentante du Ministère propose de remplacer, **dans l'ensemble du dispositif**, le terme « juridiction » par « tribunal » afin d'être plus précis, proposition également exprimée par le Tribunal d'arrondissement.

Article 11

L'article 11 transpose l'article 12 de la directive qui traite des injonctions et mesures correctives.

Dans son avis, le Conseil d'Etat critique que les auteurs du projet de loi se sont écartés dans la première phrase du paragraphe 1^{er} du texte de la directive, de sorte que la représentante du Ministère recommande de revenir à la formulation du texte de référence. Elle ajoute que la commission peut également suivre les autres observations d'ordre légistique et rappelle que, la compétence juridictionnelle ayant été définie au nouvel article 5, le terme « juridiction » est à remplacer par celui de « tribunal ».

Le Ministère se dit toutefois réticent à suivre le Conseil d'Etat dans sa remise en question de la nécessité de mentionner que les articles 2059 à 2066 du Code civil sont applicables, alors que ces textes relèvent du droit commun et son applicables de toute manière.

La représentante du Ministère explique comme très important que les injonctions et mesures correctives soient assorties d'astreintes afin d'en garantir leur respect par le défendeur. Sans astreintes, ces mesures seraient dépourvues de tout sens. Afin d'enlever tout doute quant à l'application desdits articles à la présente procédure, il est proposé de maintenir ce paragraphe.

Par ailleurs, la loi modifiée du 22 mai 2009 ayant introduit des mesures correctives en matière de propriété intellectuelle¹ fait également référence aux articles 2059 à 2066 du Code civil.

Article 12

L'article 12 porte sur les conditions d'application, les mesures de sauvegarde et mesures de substitution et transpose ainsi l'article 13 de la directive.

Quoique sans commentaire de la part du Conseil d'Etat, la représentante du Ministère propose, dans l'intérêt de la cohérence rédactionnelle, d'amender le libellé de l'article au niveau du **paragraphe 2**. A l'instar de l'ancien article 9, il y a donc lieu de supprimer la formulation « ou cessent autrement de produire leurs effets ».

Article 13

L'article 13 transpose l'article 14 de la directive et prévoit un régime d'octroi de dommages et intérêts au profit du détenteur du secret d'affaires qui a subi un préjudice du fait d'une obtention, d'une utilisation ou d'une divulgation illicites de ce secret.

Dans son avis, le Conseil d'Etat « s'interroge sur la nécessité de ce dispositif qui ne fait qu'appliquer au domaine de la violation du secret d'affaires les règles générales de la responsabilité pour faute organisée à l'article 1382 du Code civil. » et compare les textes de transposition belge et français. Quant au libellé proposé, il se limite à deux propositions rédactionnelles.

La représentante du Ministère propose que la commission fasse sienne la proposition du Conseil d'Etat de prévoir l'octroi d'une somme forfaitaire, à titre d'alternative, uniquement sur demande de la partie lésée et d'omettre les termes « dans les cas appropriés ».

Elle déconseille toutefois de suivre la proposition du Conseil d'Etat de supprimer les mots « tels que » dans l'alinéa 2 du paragraphe 2, au motif qu'ils introduiraient une insécurité juridique.

Elle explique qu'il est important de garantir aux juridictions une grande marge de manœuvre en matière de détermination des dommages et intérêts en matière de secrets d'affaires. Dans la plupart des cas, il serait très difficile d'évaluer le préjudice subi du fait de l'atteinte au secret d'affaires et le montant des redevances pourrait ne pas être suffisant respectivement pourrait ne pas pouvoir être établi. Il serait dès lors important de disposer d'un texte flexible, qui puisse s'appliquer à toutes les situations qui pourraient survenir, raison pour laquelle le Ministère insiste sur le maintien des termes « tels que » afin d'indiquer sans équivoque qu'il s'agit uniquement d'un

¹ Loi sans intitulé de citation : « Loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et portant désignation des tribunaux des dessins ou modèles communautaires, et ayant pour objet de modifier:

- la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et bases de données,
- la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention. »

exemple et que d'autres éléments pourraient être pris en compte.

Elle ajoute qu'il y a lieu de tenir compte des observations d'ordre légistique du Conseil d'Etat.

Article 14

L'article 14 règle la publication des décisions judiciaires. Tandis que les paragraphes 1^{er} à 3 reprennent plus ou moins à la lettre l'article 15 de la directive à transposer, le **paragraphe 4** est nouveau et instaure un régime spécial de publication des décisions ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires. Le juge est ainsi autorisé à ordonner la publication si celle-ci permet de faire cesser l'acte. Si cette décision en référé est annulée, le juge fixera un montant qui devra être payé pour indemniser la partie touchée par cette publication.

Dans son avis, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'alinéa 1^{er} du paragraphe 4 de l'article 14 au motif qu'il opérerait une distinction entre les mesures provisoires et conservatoires et les décisions au fond et que cela serait contraire au dispositif de la directive.

Concernant le deuxième alinéa du paragraphe 4, la Cour supérieure de Justice estime que ce texte, inspiré du projet de loi belge, laisse place à de nombreuses questions.

La représentante du Ministère signale que la loi de transposition belge n'a finalement pas retenu cette proposition et elle propose de supprimer intégralement le paragraphe 4. Il appartiendra ainsi aux tribunaux, et notamment au président du tribunal d'arrondissement, d'évaluer s'il y a lieu d'ordonner une mesure de publication pour les mesures provisoires et conservatoires qui pourraient, le cas échéant, être annulées par la décision au fond.

En ce qui concerne le **paragraphe 1^{er}**, la représentante du Ministère recommande de suivre l'avis de la Cour supérieure de Justice qui estime que l'utilisation du terme « procédure judiciaire » est impropre. Ces termes sont à remplacer par le terme « demande ».

Article 15

L'article 15 vise à assurer la protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires et transpose l'article 9 de la directive.

La représentante du Ministère souligne qu'il s'agit d'un des articles les plus importants du dispositif. C'est cet article qui va permettre de préserver le caractère confidentiel des secrets des affaires lors des procédures judiciaires par l'instauration de règles procédurales spécifiques. Ce sont ces règles qui devront permettre aux entreprises d'agir en justice pour protéger leurs secrets d'affaires tout en ayant des garanties que le caractère secret sera préservé. En contrepartie, des mesures de sauvegardes et le droit à un recours spécifique sont prévus. Dès lors, le principe du contradictoire et le droit à la défense ne sont pas affectés par cet article.

Dans son avis, le Conseil d'Etat se heurte au **paragraphe 5** de cet article. C'est sous peine d'opposition formelle qu'il exige que le libellé de ce paragraphe soit précisé. Dans l'intérêt de la sécurité juridique, les mesures à prendre par le tribunal pour assurer le respect des décisions prises en vertu de cet article devraient être clairement définies.

La représentante du Ministère suggère de répondre à l'opposition formelle du Conseil d'Etat en suivant une proposition d'amendement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Le libellé du paragraphe 5 sera ainsi remplacé par une disposition prévoyant une amende civile en cas de non-respect d'une décision du tribunal prise en vertu du présent article.

Débat :

- Monsieur Guy Arendt suggère de vérifier s'il ne serait pas utile pour la mise en œuvre pratique d'ajouter une disposition qui précise que l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines est chargée de **recupérer ces amendes** civiles. La représentante du Ministère propose de vérifier si dans des situations similaires, la loi précise comment et par qui ces amendes sont recouvrées. Elle en informera Monsieur le Président-Rapporteur par courriel. Celui-ci se dit disposé à intégrer pareille précision si une telle formulation a déjà été acceptée dans une autre loi et trouve l'accord de la commission pour ce faire ;
- Monsieur le Président-Rapporteur s'interroge si **l'article 458 du Code pénal** ne s'applique pas dans ce contexte (révélation par un confident nécessaire de secrets professionnels pénalement sanctionnable). La représentante du Ministère estime qu'en théorie les règles de droit commun devraient s'appliquer. Elle doute toutefois que le présent article soit lié au secret professionnel. L'intervenant estime utile d'examiner de plus près cette question et de donner une précision afférente dans le commentaire à joindre au présent article dans le rapport de la commission. La représentante dit vouloir lui fournir davantage de précisions à ce sujet ;
- Suite à une question afférente de Monsieur Laurent Mosar, il est précisé que le Ministère propose également de faire droit à l'avis du Conseil d'Etat et de supprimer le **paragraphe 6** du texte gouvernemental. A juste titre, le Conseil d'Etat considère comme superfétatoire le renvoi aux dispositions relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, étant donné que cette législation s'applique d'office à tous les traitements des données opérés sur le territoire luxembourgeois.

Article 16

L'article 16 transpose l'article 8 de la directive qui renvoie au droit national pour ce qui est de la détermination concrète du délai de prescription, tout en fixant un maximum de six ans. Le paragraphe 1^{er} prévoit ainsi un délai de prescription de deux ans pour les actions basées sur les anciens articles 6 à 15, tandis que le second paragraphe traite des cas dans lesquels la prescription est interrompue.

Dans son avis, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la formulation « ou est présumé avoir raisonnablement connaissance » en raison de son imprécision, source d'insécurité juridique.

Par la suppression de cette formulation, la représentante du Ministère suggère de faire droit à l'avis du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement également au libellé du paragraphe 2 qui fait référence aux actions intentées en vertu d'une clause d'arbitrage pour interrompre la prescription.

La représentante du Ministère précise que ce sont les termes « ou faite en vertu d'une clause d'arbitrage » qui gênent la Haute Corporation et qu'également cette formulation peut être supprimée. En effet, la prescription prévue au paragraphe 1^{er} s'applique aux actions introduites sur base de la présente loi, elle n'est donc pas applicable aux arbitrages et il devrait être possible de les exclure des causes d'interruption de la prescription.

La représentante du Ministère explique que le libellé de cet article a été repris de l'article 82 de la loi de 1992 sur les brevets d'invention.

3. 7366 **Projet de loi relatif à certaines modalités d'application et à la sanction du règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) no 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE**

- Désignation d'un rapporteur

Monsieur Claude Haagen est désigné comme rapporteur.

- Présentation du projet de loi

Monsieur le Président Franz Fayot note que le projet de loi à examiner transpose le règlement n° 2018/302 de l'Union européenne et rappelle que la présente commission s'était saisie, en juillet 2016, de cette initiative législative communautaire au stade de proposition (COM/2016/289). L'orateur rappelle encore qu'à l'époque la Commission de l'Economie était déçue de la teneur concrète du dispositif proposé et avait adressé un avis politique dans ce sens aux instances communautaires. Il doute que le présent projet de loi soit de nature à donner satisfaction à la commission parlementaire.

Monsieur Laurent Mosar ajoute qu'il partage cette première évaluation du projet de loi. Si ces doutes se confirmaient, Monsieur le Rapporteur devrait exprimer cette insatisfaction dans son rapport, voire même critiquer la manière avec laquelle la Commission européenne traite les préoccupations de petits Etats membres. Cette suggestion est appuyée par Monsieur le Président.

Renvoyant aux rouages législatifs communautaires, Madame Simone Beissel recommande d'en informer également la représentation permanente du Luxembourg à Bruxelles.

Monsieur Sven Clement signale qu'en mars 2020 la Commission européenne devra présenter un rapport d'évaluation concernant l'application de ce règlement, de sorte qu'il estime nécessaire de réitérer dans le cadre du rapport de cette commission ces critiques politiques initiales.

*

Le représentant du Ministère est invité à expliquer non seulement la visée exacte du projet de loi, mais également la position prise par le Gouvernement lors des négociations. Celui-ci précise que le Gouvernement était très sceptique quant à la valeur ajoutée du règlement (UE) 2018/302, puisque ce dispositif ne réduit voire supprime aucune entrave ou barrière dans le marché intérieur, ne prévoit pas d'harmonisation entre les Etats membres sur la substance des règles ni de reconnaissance mutuelle. Selon le Gouvernement, ce règlement ne s'attaque ainsi pas à la base du problème.

Ce n'est que dans certains cas précis que le règlement vise à rendre effective l'obligation de non-discrimination du client (résidence et nationalité) prévue dans la directive services, obligation qui n'a guère été mise en œuvre, puisque les entreprises peuvent justifier des différences de traitement par une longue liste de « raisons objectives » (risque juridique dû aux disparités des législations nationales, problème de langue, coût de la mise en conformité au droit national du pays du consommateur, coût de la livraison etc.).

Le champ d'application du règlement est très restreint : les services audiovisuels et les services d'écoute de musique en ligne, les livres électroniques, les logiciels et jeux en ligne sont exclus.

Le règlement se limite à interdire la discrimination à l'encontre des consommateurs et des entreprises dans *trois cas de figures* :

(1) Accès aux interfaces – Le règlement interdit de rediriger des clients vers une autre version de l'interface en ligne sans leur consentement exprès (Interdiction du *re-routing*). Toutes les versions de l'interface en ligne doivent rester facilement accessibles au client à tout moment. Toutefois, cette interdiction ne saurait être interprétée comme créant une obligation, pour le professionnel, de réaliser des transactions avec des clients.

En guise d'exemple, l'orateur renvoie au *re-routing* dans le passé des résidents « LU » de zalando.de vers zalando.be, automatisme qui est désormais interdit ;

(2) Accès aux biens et services – Le client « étranger » doit être en mesure d'acheter les biens exactement dans les mêmes conditions, notamment en ce qui concerne le prix et les conditions de la livraison, que des clients qui résident dans l'Etat membre où les biens sont livrés ou retirés. Le règlement oblige donc les professionnels à accorder à tous les consommateurs/clients où qu'ils se trouvent et quelle que soit leur nationalité les mêmes conditions (notamment le prix et toutes les autres conditions contractuelles) – sans pour autant obliger le professionnel à livrer le bien. Le règlement ne contient aucune mesure pour encourager les entreprises à

livrer au-delà de leurs frontières nationales. En cas de vente, le client doit lui-même organiser la livraison ou aller chercher le bien lui-même.

L'orateur illustre son propos par ladite boutique de mode en ligne. L'achat de chaussures sur son site allemand est désormais possible pour un client luxembourgeois, sans toutefois obtenir livraison au Luxembourg respectivement avec livraison à une adresse en Allemagne, par exemple via un service Pickup Import.

En ce qui concerne la vente en ligne de services consommés sur place (comme l'hébergement hôtelier, la location de voiture et la billetterie des festivals de musique ou des parcs de loisirs), le professionnel ne peut pas appliquer des conditions de vente différentes en fonction du pays de résidence du consommateur.

Également l'accès aux services numériques, qui ne sont pas protégés par le droit d'auteur (comme le *hosting* de sites internet, des services *cloud* etc.), est toujours garanti et ne peut pas être limité ;

(3) Non-discrimination des motifs liés au paiement – Les professionnels restent, en principe, libres de choisir les moyens de paiement qu'ils souhaitent accepter. Une fois ce choix effectué, les professionnels ne doivent pas exercer de discrimination à l'encontre de clients au sein de l'Union pour des motifs liés à la nationalité, au lieu de résidence ou au lieu d'établissement du client.

Ainsi, une carte visa luxembourgeoise est acceptée sur un site allemand, si ce site accepte les cartes visa allemandes.

Le représentant du Ministère continue en exposant l'objet de chacun des trois articles du dispositif projeté. A ce sujet et pour les fins du présent procès-verbal, il est renvoyé au commentaire des articles joint au document de dépôt.

L'orateur clôt sa présentation en informant l'assistance que le règlement comporte une clause de révision qui oblige la Commission européenne à présenter au plus tard en mars 2020 un rapport détaillé. Ce rapport devra également renseigner sur l'impact d'une extension du champ d'application du présent règlement.

Monsieur le Président remercie le représentant du Ministère pour ses explications claires et précises.

Débat:

- **Information du citoyen** – Notant que par ce dispositif le Centre européen des consommateurs est chargé d'une nouvelle mission,² Madame Simone Beissel, renvoyant à son entourage social au sens large, estime que les services offerts, voire l'existence même de ce centre, est ignorée par la grande majorité des consommateurs. De ce fait, elle insiste donc à ce que le ministère fasse davantage pour faire connaître au citoyen ses possibilités en cas de litige. En réponse, il est renvoyé au Ministère de la Protection des consommateurs qui vient d'être créé et qui devrait favoriser une plus grande visibilité des instances de médiation et d'assistance du consommateur. Le vœu

² Assistance pratique au consommateur en cas de litige avec un professionnel en relation avec le blocage géographique – art. 1^{er}.

exprimé sera transmis à Madame la Ministre compétente ;

- **Transmission d'évènements sportifs** – Répondant à Monsieur Franz Fayot, le représentant du Ministère rappelle que les services audiovisuels sont exclus du champ d'application du règlement et par conséquent les services dont l'objet principal est l'accès aux retransmissions de manifestations également sportives.

- Examen de l'avis du Conseil d'Etat

Monsieur le Président considère que l'avis du Conseil d'Etat est de nature à pouvoir procéder à la rédaction d'un projet de rapport et s'enquiert auprès du représentant du Ministère si quelque chose s'oppose à ce que la commission fasse siennes les observations du Conseil d'Etat. Le représentant du Ministère répond par la négative.

Le Secrétaire-administrateur donne à considérer que l'observation du Conseil d'Etat visant la date d'entrée en vigueur (art. 3) n'est pas accompagnée d'une proposition de texte et que plusieurs possibilités existent pour répondre à cette disposition. Partant, peu importe l'option que la commission entend prendre,³ il s'agira, d'un point de vue formel, d'un amendement à aviser par le Conseil d'Etat.

Au terme d'une brève discussion, la commission donne mission au Secrétaire-administrateur de se concerter avec son homologue au Conseil d'Etat de sorte à éviter de devoir solliciter un avis complémentaire à ce sujet.

Luxembourg, le 21 mars 2019

Le Secrétaire-administrateur,
Timon Oesch

Le Président de la Commission de l'Economie, de la
Protection des consommateurs et de l'Espace,
Franz Fayot

³ Adapter la date, reformuler la phrase de manière à éviter l'indication d'une date précise ou supprimer l'article entier.

05



Commission de l'Economie, de la Protection des consommateurs et de l'Espace

Procès-verbal de la réunion du 14 mars 2019

Ordre du jour :

1. Approbation du projet de procès-verbal de la réunion jointe du 6 février 2019
2. 7353 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
 - Désignation d'un rapporteur
 - Présentation du projet de loi
 - Examen de l'avis du Conseil d'Etat
3. Divers (réunion du 7 mars 2019 et Parquet de Luxembourg / demandes de mise à l'ordre du jour / projet de loi n° 7366)

*

Présents : Mme Diane Adehm, M. Guy Arendt, Mme Simone Beissel, M. Sven Clement, Mme Joëlle Elvinger, M. Franz Fayot, M. Claude Haagen, M. Henri Kox, M. Charles Margue, M. Laurent Mosar, Mme Lydia Mutsch, M. Roy Reding, M. Gilles Roth remplaçant M. Claude Wiseler

Mme Iris Depoulain, M. Tom Theves, du Ministère de l'Economie

M. Timon Oesch, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Marc Angel, M. Léon Gloden, M. Serge Wilmes

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

1. **Approbation du projet de procès-verbal de la réunion jointe du 6 février 2019**

Le projet de procès-verbal susmentionné est approuvé.

2. **7353 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**

- Désignation d'un rapporteur

Monsieur Franz Fayot est désigné comme rapporteur.

- Présentation du projet de loi

Le représentant du Ministère¹ explique la raison d'être de l'initiative législative sous rubrique et en résume la teneur. Cet exposé étant largement conforme à celui joint au projet de loi et à celui de la directive à transposer, il est renvoyé au document de dépôt.

*Débat:*²

- **Brevet ou secret** – Il est expliqué que les entreprises ont bien évidemment le choix pour certains types d'invention soit de déposer un brevet soit de décider d'en garder le secret. Les deux options ont leurs avantages et désavantages. Brevetée, une invention est, en principe, protégée pour une durée de vingt ans au maximum et tombe ensuite automatiquement dans le domaine public. Durant cette période de protection, le détenteur du brevet peut ou non accorder des licences. Le choix de ne pas breveter une invention, mais de veiller à en garder le secret vise principalement à éviter d'en perdre le monopole après vingt ans. Ce choix implique que l'entreprise devra faire des efforts pour protéger son secret. Ce secret peut aller beaucoup plus loin que ce qu'un brevet saura protéger. Toutefois, dès qu'un concurrent découvre la recette où la façon de faire de ce monopoliste de manière licite, par le « reverse engineering » par exemple, il peut en faire licitement usage et le détenteur initial du secret ne peut pas agir contre une telle éventuelle utilisation par un concurrent. Il s'agit donc d'un choix commercial à faire ;
- **Délai de prescription** – Le projet de loi prévoit en effet un délai de prescription de deux ans, tandis que la directive permet de prévoir un délai allant jusqu'à six ans. Il est expliqué qu'il s'agit d'un choix

¹ A partir de la présente réunion et conformément à une décision afférente de la Conférence des Présidents du 7 mars 2019, « ...les procès-verbaux devront citer nominativement les différents intervenants, qu'il s'agisse de députés, de membres du Gouvernement, de fonctionnaires étatiques ou de tout autre intervenant interne ou externe. Toutes les autres règles instituées en 2009, tel que le principe du rapport de synthèse, sont maintenues. » – pour en exclure le 22 mars 2019 les fonctionnaires « ...la Conférence des Présidents a donné suite à la demande du Gouvernement d'exclure les interventions des fonctionnaires étatiques de la nouvelle disposition qui introduit la citation nominative des différents intervenants... ».

² Des questions émanent de Messieurs Franz Fayot, Laurent Mosar et Sven Clement.

politique de Monsieur le Ministre jugeant un délai moins étendu comme plus favorable au salarié ;

- **Dépôt tardif³** – Il est expliqué qu'il était un certain temps incertain, voire controversé par qui cette directive serait à transposer – par le Ministère de l'Economie ou celui en charge de la Justice, le dispositif n'ayant précisément pas trait à la propriété intellectuelle, mais dans une large mesure aux procédures judiciaires à mettre en œuvre pour protéger le secret d'affaires. En plus, s'agissant d'une matière peu connue au sein du Ministère de l'Economie, celui-ci a choisi de recourir à de l'expertise externe et a préféré attendre la publication des projets de transposition des législateurs belge et français avant de se lancer dans les travaux de transposition ;
- **Logiciels** – Il est rappelé que les logiciels (*software*) relèvent des droits d'auteurs (protection jusqu'à 70 ans après la mort de l'auteur) et ne sont pas brevetés. Par ailleurs, un droit personnel à la décompilation de ces programmes informatiques existe (pour comprendre le programme par soi-même). Une utilisation sans licence d'un logiciel ne tombe pas sous le champ d'application du projet de loi sous examen qui traite du secret d'affaires. Une décompilation n'est pas non plus à confondre avec le détournement de mesures de protection de quelque nature qu'elles soient afin de permettre l'emploi illicite d'un logiciel. La légalité d'une divulgation de la connaissance de clefs d'encryptage ou d'autres mesures de protection contre le piratage est à apprécier au cas par cas par les cours et tribunaux (les conditions de la divulgation et comment l'accès à ce secret a été obtenu). Il est, en outre, renvoyé aux principes du droit commun ;
- **Texte français** – Renvoyant aux vifs débats au sein de l'Assemblée nationale concernant la directive à transposer, critiquée comme outil de censure, Monsieur Laurent Mosar doute que ce texte soit entretemps entré en vigueur. Renvoyant à un décret d'application pris, la représentante du Ministère admet que le texte de transposition français devrait déjà être en vigueur. Elle confirme toutefois que le dispositif final français diffère « quelque peu » de leur texte initialement déposé et duquel les auteurs luxembourgeois se sont en partie inspirés ;
- **Whistleblower** – Lors des négociations interinstitutionnelles, l'accent a été mis sur l'importance de rappeler que les règles mises en place n'affectent en rien les dispositions relatives aux libertés fondamentales, à la protection des lanceurs d'alertes ou encore des travailleurs. En effet, une série de groupes de pression étaient préoccupés que des entreprises n'abusent de ce nouveau dispositif pour agir contre des lanceurs d'alerte. Certaines dispositions de la directive visent désormais à garantir certains droits et libertés. Entretemps, la Commission européenne a réagi à la problématique du « lanceur d'alerte » en déposant le 23 avril 2018 une directive spécifique à ce sujet.⁴ Une discussion entre députés s'ensuit sur le risque de créer des législations contradictoires face, d'après les dires

³ Le délai de transposition de la directive a été fixé au 9 juin 2018. Le projet de loi a été déposé le 13 août 2018.

⁴ COM(2018) 218 « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union ». Une fois adoptée, cette directive sera à transposer dans le droit national par le Ministère de la Justice.

de Monsieur Laurent Mosar, à une tendance de la Commission européenne à réagir à tout et au contraire par des propositions de directive. La représentante du Ministère donne à considérer que le législateur européen est conscient du risque évoqué et les deux textes en tiennent compte par une série de précisions.

- Examen de l'avis du Conseil d'Etat

Monsieur le Président-Rapporteur, Franz Fayot, fait distribuer un tableau synoptique élaboré par le Ministère de l'Economie. Ce document de travail juxtapose le texte initial, un condensé des observations y relatives du Conseil d'Etat et un commentaire voire une proposition d'amendement afférente des auteurs du projet de loi. L'orateur propose de parcourir le projet de loi, article par article, en s'appuyant sur ce document.⁵

Article 1^{er}

L'article 1^{er} reprend le premier article de la directive qui définit l'objet et le champ d'application du dispositif.

Dans son avis, le Conseil d'Etat, renvoyant à la tradition juridique française, souhaite voir supprimer cet article du fait qu'aucune valeur normative n'y est attachée.

La représentante du Ministère explique que le Ministère a choisi de transposer cet article, afin d'exclure toute confusion auprès du public et de rendre bien clair que cette loi ne portera pas atteinte à une série d'autres droits et règles potentiellement touchés, comme notamment l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, de même qu'aux activités des lanceurs d'alerte. En effet, lors de la négociation de cette directive des inquiétudes afférentes ont été vivement exprimées dans les milieux journalistiques et des lanceurs d'alerte.

Elle ajoute qu'en ordre subsidiaire, le Conseil d'Etat critique la référence faite par cet article au « droit national » en stipulant que les dispositions de la loi ne portent notamment pas atteinte à certains droits consacrés par le droit de l'Union européenne ou le droit national, tel que par exemple le droit pour les partenaires sociaux de conclure des conventions collectives, le droit respectivement l'obligation de divulguer un secret d'affaires aux autorités ou le droit à la mobilité des travailleurs. Cette critique vise également la référence faite aux « pratiques nationales », selon le Conseil d'Etat « dépourvue de toute signification à moins de préciser ces pratiques et de relever leur portée juridique. ».

La représentante du Ministère donne à considérer qu'il est impossible d'indiquer, tel que l'exige le Conseil d'Etat « avec précision, quels sont les différents dispositifs légaux nationaux qui sont visés. ». En effet, le droit dans ces matières n'est pas statique et évolue continuellement. L'oratrice renvoie, à titre d'illustration, à la directive sur les lanceurs d'alerte qui récemment a fait l'objet d'un compromis au niveau européen et qui introduira certainement de nouvelles dispositions légales en droit national. Donner une énumération

⁵ En général, la commission fera siennes les suggestions de réponse du Ministère. Cette reprise par la commission de la position du Ministère ne sera donc pas expressément évoquée, c'est l'exception qui sera relevée.

limitative des textes légaux concernés aurait pour conséquence de constamment devoir adapter la loi. Partant elle propose de supprimer cet article, tout en précisant que cette suppression ne risque pas d'altérer le contenu de la future loi.

Débat:

- **Compréhensibilité** – Monsieur Charles Margue critique cette approche rédactionnelle du Conseil d'Etat. Celle-ci ne contribuerait pas à la compréhensibilité de textes légaux. L'intervenant estime de son devoir de veiller, autant qu'il peut, à ce qu'un « simple citoyen » puisse comprendre ce qui sera voté par son parlement et insiste à maintenir cet article introductoire. L'enlever rendrait très difficile à un lecteur non avisé de saisir la portée du dispositif qu'il s'apprête à consulter.

L'orateur est appuyé par Madame Simone Beissel qui depuis longue date défend une position similaire au sein de la présente commission. Elle ajoute que le Conseil d'Etat n'exprime pareilles observations en général sans opposition formelle et que par le passé la Commission de l'Economie a déjà décidé de passer outre.⁶ En alternative, elle propose d'intégrer ce premier article « in extenso » dans le commentaire des articles à rédiger par la commission. De son avis, le texte légal lui-même doit être aussi clair et complet que possible et éviter au lecteur de devoir consulter en parallèle une multitude d'autres documents.

Monsieur le Président-Rapporteur Franz Fayot dit comprendre l'une et l'autre approche, tend par contre à vouloir confiner « le travail explicatif » au niveau du commentaire des dispositions qui est à fournir tant par les auteurs du projet de loi dans le document de dépôt que par la commission parlementaire concernée dans son rapport final. Le dispositif légal lui-même serait ainsi à réserver aux seules dispositions à caractère normatif. Il doute qu'un citoyen lambda se trouve devant l'obligation de lire des textes normatifs concernant pareilles matières en somme très spécifiques. Par ailleurs, il voit mal comment préciser l'article 1^{er} de sorte à satisfaire aux exigences du Conseil d'Etat.

Le représentant du Ministère ajoute que l'accès à la loi par des non spécialistes dans la matière respectivo est un problème plus général qui concerne l'Etat dans son ensemble. C'est pourquoi le Gouvernement a mis en place des portails internet proposant des textes explicatifs dans un langage simple. L'intervenant renvoie aux portails « entreprise » et « citoyen ». Il s'agit toutefois d'un travail de vulgarisation qui ne saura jamais remplacer le renvoi au texte précis et bien défini des dispositions légales afférentes.

Pour Monsieur Guy Arendt l'article 1^{er} se limite à exprimer des évidences, de sorte qu'il partage dans le présent contexte l'avis du Conseil d'Etat : pareilles précisions n'ont pas leur place dans le corps

⁶ Voir, par exemple, le commentaire de l'article 1^{er} de la loi du 25 avril 2018 relative à la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur et portant modification de la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données (doc. parl. n° 7137/09).

même de la loi. Il estime même que cet article pourrait, au contraire, contribuer à la confusion du lecteur.

Une courte et vive discussion entre les adhérents des deux camps s'ensuit.

Conclusion:

Constatant que la commission semble être majoritairement en faveur du maintien de l'article introductoire, Monsieur le Président-Rapporteur donne à considérer qu'elle devra expliquer dans sa lettre d'amendement non seulement pourquoi elle entend maintenir l'article 1^{er}, mais également pourquoi elle n'entend pas préciser les textes de droit national visés.

La représentante du Ministère suggère à la commission de se référer dans son argumentation aux articles 3 à 5, transposant littéralement la directive, qui comportent une référence similaire au droit national et où le Conseil d'Etat se limite à simplement s'interroger sur cette référence. Probablement face au constat que non seulement le législateur belge, mais également le législateur français ont repris cette notion de « droit national » dans leurs lois de transposition.

Sa suggestion est saluée par la commission et Monsieur le Président-Rapporteur en remercie la représentante du Ministère.

Article 2

L'article 2 rend à la lettre les définitions figurant à l'article 2 de la directive à transposer.

La représentante du Ministère souligne l'importance juridique de cette reprise littérale de définition des termes les plus importants du dispositif.

Sans observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 3

L'article 3 reprend littéralement l'article 3 de la directive et définit l'obtention, l'utilisation et la divulgation licite d'un secret d'affaires.

Pour l'avis du Conseil d'Etat, voir l'article 5

Article 4

L'article 4 reprend littéralement l'article 4 de la directive et définit ce qui constitue une obtention, utilisation et divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Pour l'avis du Conseil d'Etat, voir l'article 5

Article 5

L'article 5 reprend littéralement l'article 5 de la directive et regroupe les

dérogations au principe de protection des secrets d'affaires.

Dans son avis, le Conseil d'Etat accorde un seul commentaire aux articles 3 à 5, commentaire dans lequel il prend acte de leur reprise littérale de la directive à transposer, tout en renvoyant à la transposition des législateurs belge et français, et se limite à s'interroger sur la référence, à l'article 3, paragraphe 2, et à l'article 5, lettres c) et d), au droit national qui n'est pas autrement précisé.

La représentante du Ministère rappelle que les dispositions en question posent des limites ou dérogations à la protection des secrets d'affaires dans certaines circonstances. Renvoyant à ses explications données à l'encontre des observations du Conseil d'Etat ayant visé l'article 1^{er}, elle juge également à cet endroit impossible d'établir une liste positive de toutes les lois ou textes qui pourraient permettre une telle dérogation. Par ailleurs, la future loi devrait alors être modifiée à chaque fois qu'une nouvelle loi permettra la divulgation de certaines informations qui pourraient être qualifiées de secrets d'affaires, notamment en matière de droits des travailleurs ou de lanceurs d'alerte.

Elle souligne de surcroît qu'aussi bien le législateur français que le législateur belge ont repris cette notion de « droit national » dans leurs lois de transposition.

Ainsi, l'article L. 151-8, 3^o du Code de commerce français, sur les exceptions à la protection du secret des affaires, stipulerait que le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue « pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national. ».

Tandis qu'en Belgique, les articles XI.332/2, XI.332/3 et XI.332/5 du Code de droit économique feraient également référence au droit et aux pratiques nationales sans liste limitative. Ces articles seraient quasiment identiques aux articles 3 à 5 du présent projet de loi.

Partant, la représentante du Ministère déconseille d'amender ces articles.

Débat:

- **Champ d'application territorial** – Monsieur le Président-Rapporteur s'interrogeant sur le champ d'application territorial de ces dispositions, la représentante du Ministère précise que celui-ci se limite au territoire du Grand-Duché ou aux entreprises luxembourgeoises. Cette directive transposée, ces règles seront toutefois harmonisées dans l'ensemble de l'Union européenne. Jusqu'à présent ces règles différaient d'un Etat membre à l'autre, l'oratrice illustre son propos en évoquant brièvement les procédures appliquées en Italie. Elle confirme qu'une disposition spécifique précisant le champ d'application territorial ne se trouve pas dans le dispositif, mais résulte de l'interprétation de la directive.

Article 6

L'article 6 précise quelles sont les personnes qui sont habilitées à agir contre une utilisation, obtention ou divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Le Conseil d'Etat considère cette disposition comme « dépourvue de toute plus-value normative, étant donné que les articles 7 et suivants déterminent, en détail, les procédures que le détenteur d'un secret, qui considère qu'il est victime d'une violation de ses droits, au sens de l'article 2, peut engager. ».

La représentante du Ministère note qu'en tant que tel cet article ne reprend pas un article de la directive, celle-ci prévoit toutefois dans son article 4, paragraphe 1^{er} que les Etats membres doivent veiller à ce que les détenteurs de secrets d'affaires aient le droit de demander l'application des mesures, procédures et réparations afin d'empêcher, ou d'obtenir réparation pour l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de leurs secrets d'affaires. Elle précise qu'un tel article est usuel en matière de droit procédural et que le législateur belge a également jugé utile d'indiquer quelles sont les personnes habilitées à agir.

La représentante du Ministère ajoute que dans son avis du 3 janvier 2019, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg considère cet article également comme superfétatoire. Partant, le Ministère suggère de supprimer l'ancien article 6.

Article 7

L'article 7 transpose les articles 10 et 11 de la directive qui ont trait aux mesures provisoires et conservatoires que le détenteur d'un secret d'affaires peut obtenir de la part d'une juridiction en cas de violation de ses droits.

Concernant le **paragraphe 1^{er}**, le Conseil d'Etat renvoie à l'avis du Tribunal d'arrondissement qui propose une nouvelle formulation pour cet article au motif que la locution « dans les formes du référé » pourrait être source d'insécurité juridique alors qu'elle pourrait être interprétée comme faisant référence à une procédure de référé dans laquelle le juge aurait néanmoins tous les pouvoirs d'un juge du fond, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La représentante du Ministère explique que la formulation critiquée est employée, entre autres, dans la législation relative aux droits de propriété intellectuelle et, dans un souci de parallélisme des formes, le Ministère avait suivi la rédaction de cette législation (voir article 27 de la loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle). Elle propose néanmoins de suivre la proposition de reformulation du Tribunal d'arrondissement et de procéder à la suppression suivante au sein de ce paragraphe :

« (1) Le détenteur d'un secret d'affaires peut, ~~dans les formes du référé prévu par les articles 934 et suivants du nouveau Code de procédure civile,~~ saisir le président du tribunal d'arrondissement afin d'obtenir une ordonnance de référé à l'encontre du contrevenant supposé visant à:

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires à titre provisoire;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des biens en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des biens en infraction à ces fins;
- c) la saisie ou la remise des biens soupçonnés d'être en infraction, y

compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché. »

Vouloir suivre l'avis du Tribunal d'arrondissement implique également, en ce qui concerne la procédure et les dispositions légales applicables, de compléter l'article 7 par un **nouveau paragraphe** qui aura la teneur suivante :

« (3) La demande est introduite, instruite et jugée selon les règles prévues aux articles 934 et suivants du Nouveau Code de procédure civile. »

En ce qui concerne l'ancien **paragraphe 2** de cet article, le Conseil d'Etat note que les auteurs du projet de loi n'ont pas suivi le libellé de la directive.

La représentante du Ministère explique que ce paragraphe vise, en effet, à transposer l'article 11, paragraphe 1^{er} de la directive et mentionne en quelque sorte les conditions qui doivent être remplies pour obtenir une mesure provisoire en référé. La formulation a été adaptée pour suivre la formulation de la loi du 22 mai 2009 précitée qui introduit un régime très similaire pour les droits de propriété intellectuelle.

Le Conseil d'Etat continue en s'interrogeant sur la nécessité de prévoir des règles particulières de preuve pour les procédures en cause, alors que l'application du droit commun serait suffisante. Le Conseil d'Etat note également que les lois de transposition belge et française n'ont pas non plus transposé cette disposition.

In fine, le Conseil d'Etat estime que la mention que le juge doit acquérir avec un degré de certitude suffisant la conviction que les éléments de preuve sont rapportés est inappropriée et demande la suppression entière de cette disposition.

La représentante du Ministère signale que ce paragraphe peut effectivement être supprimé. Elle explique qu'il appartiendra au demandeur, détenteur du secret d'affaires, de prouver, selon les règles de preuve de droit commun, qu'il est détenteur d'un secret d'affaires et que ce dernier a été violé.

Dans son avis, le Conseil d'Etat propose également d'omettre l'ancien **paragraphe 3**. Ce paragraphe mentionne les éléments que le tribunal doit prendre en compte dans l'examen de la demande et transpose l'article 11, paragraphe 2 de la directive.

Le Conseil d'Etat estime évident que le juge examinera toutes les circonstances de l'affaire sans qu'il faille lui indiquer quels facteurs sont à prendre en compte. D'après le Conseil d'Etat, les lois de transposition belge et française ne feraient pas mention de ces critères.

La représentante du Ministère remarque ne pas partager cette dernière observation. Elle explique que l'article XVII.21/2 du Code de droit économique belge, qui introduit le référé cessation en matière de secrets d'affaires, renvoie à l'article XI.336/4 du même code qui mentionne également les conditions à prendre en compte dans l'évaluation de la demande.

En plus, le Tribunal d'arrondissement estime que l'article 7 de la directive, article qui introduit des règles générales concernant la proportionnalité et les abus de procédure pour toutes les procédures, provisoires et conservatoires

et au fond, devrait également être transposé et être inséré dans les dispositions applicables à toutes les procédures relatives à l'obtention, utilisation et à la divulgation illicite d'un secret d'affaires. Cette position du Tribunal est partagée par le Conseil d'Etat dans l'hypothèse du maintien de l'ancien paragraphe 3.

La représentante du Ministère souligne vouloir conserver ce paragraphe, renuméroté en paragraphe 2. Par l'insertion d'un **nouvel article** dans la section relative aux dispositions applicables à toutes les procédures relatives à l'obtention, utilisation et à la divulgation illicite d'un secret d'affaires il y aurait alors lieu de faire droit à l'avis du Tribunal d'arrondissement. Ce nouvel article aura la teneur suivante :

« **Art. 15. Proportionnalité et abus de procédure**

En statuant sur les demandes introduites sur base de la présente loi, les juridictions appliquent les mesures, procédures et réparations d'une manière qui :

- a) est proportionnée ;
- b) évite la création d'obstacles au commerce légitime dans le marché intérieur ; et
- c) prévoit des mesures de sauvegarde contre leur usage abusif. »

En ce qui concerne le **paragraphe 4**, le Conseil d'Etat propose d'omettre sa deuxième phrase au motif qu'en l'espèce, l'action pénale et l'action civile sont soumises à des conditions d'application et procédurales différentes et qu'il appartient au juge de tirer les conséquences d'une décision au pénal en considération du contenu et de la motivation de cette décision.

La représentante du Ministère propose de suivre l'avis du Conseil d'Etat sur ce point et de supprimer cette phrase.

A l'encontre du **paragraphe 5** de l'article 7, le Conseil d'Etat se heurte à la référence faite aux articles 2059 à 2066 du Code civil. Il considère cette référence à la possibilité d'assortir les mesures provisoires et conservatoires d'une astreinte comme superflue, alors que les articles 934 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, qui sont expressément applicables auxdites procédures, prévoient de telles astreintes à l'article 940.

Par la suppression de cette disposition, la représentante du Ministère propose faire droit à l'avis du Conseil d'Etat.

L'oratrice souligne toutefois comme important que la commission indiquera, tant dans sa lettre d'amendements que dans son rapport, que cette suppression ne signifie en rien que les mesures provisoires et conservatoires ne pourront pas être assorties d'astreintes. Ces astreintes sont cruciales pour donner un caractère contraignant à ces mesures et de garantir leur respect par la personne contre laquelle elles ont été ordonnées.

Article 8

L'article 8 porte sur les mesures de substitution et la constitution de garanties, dispositions prévues par l'article 10, paragraphe 2 et 11, paragraphe 4 de la directive.

Dans leurs avis, tant le Conseil d'Etat que le Tribunal d'arrondissement s'interrogent sur l'application concrète de cet article qui est très similaire à l'article 29, paragraphe 2 de la loi du 22 mai 2009 précitée, qui avait introduit les mêmes possibilités en matière de propriété intellectuelle. D'après le Tribunal d'arrondissement, la même problématique se rencontre plus généralement dans le cadre des mesures d'exécution par provision ordonnées sous caution.

La représentante du Ministère souligne comme important que les magistrats conservent une large marge de manœuvre sur cette question. Elle donne à considérer que les réflexions exprimées à ce sujet par les deux institutions ont un caractère général qui dépasse le cadre du présent projet de loi. Partant, le Ministère est d'avis, comme le suggère le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans son avis du 3 janvier 2019, qu'il serait plus opportun d'envisager une solution globale et structurée dans un texte générique d'application générale. Il est donc proposé de maintenir inchangé l'article 8.

3. **Divers (réunion du 7 mars 2019 et Parquet de Luxembourg / demandes de mise à l'ordre du jour / projet de loi n° 7366)**

Monsieur Laurent Mosar signale que son groupe parlementaire vient de saisir Monsieur le Président de la Chambre des Députés en réaction à des informations obtenues lors de l'échange de vues concernant les sociétés JOIN. Son groupe l'a invité à transmettre le procès-verbal de la **réunion du 7 mars 2019**, avec un verbatim de cette réunion, aux autorités judiciaires. Il estime, en effet, que certains faits qui ont été confirmés au cours de cette réunion pourraient être qualifiés comme pouvant contenir des « stroferechtlich Elementer ». Partant, en vertu de l'article 23, paragraphe 2 du Code de procédure pénale⁷ il y aurait lieu d'en aviser le procureur d'Etat.

Monsieur le Président, Franz Fayot, remarque qu'il n'a pas assisté à cette réunion et préfère revenir à ce sujet lors de l'approbation dudit procès-verbal.

Une discussion⁸ s'ensuit néanmoins sur l'interprétation du paragraphe évoqué dans le chef d'un député pris individuellement. Dans ce contexte, la protection d'une nécessaire relation de confiance entre ce dernier et les citoyens qu'il représente est, entre autres, soulignée.

Compte tenu également d'un cas d'application concret de la disposition citée contre un député de l'opposition, des intervenants estiment qu'il serait utile de disposer d'un avis juridique général de la part des services compétents de la Chambre des Députés quant à l'interprétation dudit article. Cet avis devrait notamment apporter une réponse à la définition d'une « autorité constituée »

⁷ La disposition est lue à haute voix par un député : « (2) Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire, ainsi que tout salarié ou agent chargés d'une mission de service public, qu'il soit engagé ou mandaté en vertu de dispositions de droit public ou de droit privé, qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance de faits susceptibles de constituer un crime ou un délit, est tenu d'en donner avis sans délai au procureur d'Etat et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs, et cela nonobstant toute règle de confidentialité ou de secret professionnel lui étant applicable le cas échéant. »

⁸ Interviennent dans cette discussion Messieurs Roy Reding, Gilles Roth, Laurent Mosar et, dans une moindre mesure, Monsieur Franz Fayot.

– s’agit-il également d’un député pris individuellement, d’une commission parlementaire dans son ensemble ou uniquement de la Chambre des Députés en tant qu’institution ? Il y aurait également lieu de préciser le terme « susceptible » par rapport à la solidité requise des indices permettant à supposer l’existence éventuelle d’un fait pénal.

Les deux intervenants du groupe CSV considèrent, par contre, superfétatoire la confection d’un tel avis et renvoient comme suit à l’interprétation donnée par l’ancien Procureur général dans le cadre de l’enquête parlementaire sur le Service de Renseignement de l’Etat :

« Au sujet de l’obligation de dénonciation au Parquet, M. le Procureur général d’Etat Robert Biever a précisé, au cours de son audition par la commission d’enquête, que l’obligation inscrite à l’endroit de l’article 23 du Code d’instruction criminelle s’applique également au président ainsi qu’aux membres de la Commission de Contrôle parlementaire du SREL à partir du moment où ils ont pris connaissance de faits susceptibles de constituer une infraction au Code pénal (audition du 5 février 2013 de M. Robert Biever).

Les éléments pénaux de cette affaire ont été transmis par la commission d’enquête au parquet. »⁹

Il s’agirait donc au Parquet seul d’apprécier l’existence éventuelle d’un crime ou d’un délit. Le cas échéant, ils prendront eux-mêmes l’initiative et transmettront le procès-verbal de ladite réunion au Parquet.

*

Monsieur Laurent Mosar insiste à voir traité dans un délai rapproché les autres demandes de mise à l’ordre du jour de son groupe parlementaire.

*

Le représentant du Ministère signale que le Conseil d’Etat vient de rendre son avis au sujet du projet de loi n° 7366 (*geoblocking*), projet en retard de transposition et qui devrait trouver un traitement prioritaire.

La prochaine réunion est fixée au jeudi 21 mars 2019 à 9.00 heures.

Luxembourg, le 20 mars 2019

Le Secrétaire-administrateur,
Timon Oesch

Le Président de la Commission de l’Economie, de la
Protection des consommateurs et de l’Espace,
Franz Fayot

⁹ Rapport de la Commission d’enquête sur le Service de Renseignement de l’Etat, 5 juillet 2013, p. 49 (doc. parl. n° 6565)

7353

Loi du 26 juin 2019 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Nous Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Notre Conseil d'État entendu ;

De l'assentiment de la Chambre des Députés ;

Vu la décision de la Chambre des Députés du 19 juin 2019 et celle du Conseil d'État du 25 juin 2019 portant qu'il n'y a pas lieu à second vote ;

Avons ordonné et ordonnons :

Chapitre 1^{er} - Objet et champ d'application

Art. 1^{er}. Objet et champ d'application

(1) Sous les conditions et dans les limites fixées par la présente loi, les secrets d'affaires sont protégés contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

(2) Les dispositions de la présente loi ne portent pas atteinte à :

- a) l'exercice du 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) l'application de règles de l'Union européenne et du droit national exigeant des détenteurs de secrets d'affaires qu'ils révèlent, pour des motifs d'intérêt public, des informations, y compris des secrets d'affaires, au public ou aux autorités administratives ou judiciaires pour l'exercice des fonctions de ces autorités ;
- c) 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 que ces institutions, organes ou autorités détiennent en vertu des obligations et prérogatives établies par le droit de l'Union européenne ou le droit national et conformément à celles-ci ;
- d) l'autonomie des partenaires sociaux et leur droit de conclure des conventions collectives, conformément au droit de l'Union européenne et au droit national et pratiques nationales.

(3) Les dispositions de la présente loi ne peuvent pas être interprétées comme permettant de restreindre la mobilité des travailleurs. En particulier, en ce qui concerne l'exercice de cette mobilité, les dispositions de la présente loi ne permettent aucunement :

- a) de limiter l'utilisation par les travailleurs d'informations qui ne constituent pas un secret d'affaires tel qu'il est défini à l'article 2, point 1° ;
- b) de limiter l'utilisation par les travailleurs de l'expérience et des compétences acquises de manière honnête dans l'exercice normal de leurs fonctions ;
- c) d'imposer aux travailleurs dans leur contrat de travail des restrictions supplémentaires autres que celles imposées conformément au droit de l'Union européenne ou au droit national.

Art. 2. Définitions

Aux fins de la présente loi, on entend par :

1° « secret d'affaires » : des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes :

- a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ;
 - b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ;
 - c) elles ont 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 les garder secrètes ;
- 2° « détenteur d'un secret d'affaires » : toute personne physique ou morale qui a le contrôle d'un secret d'affaires de façon licite ;
- 3° « contrevenant » : toute personne physique ou morale qui a obtenu, utilisé ou divulgué un secret d'affaires de façon illicite ;
- 4° « biens en infraction » : des biens dont le dessin ou 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.

Chapitre 2 - Obtention, utilisation et divulgation de secrets d'affaires

Art. 3. Obtention, utilisation et divulgation licites de secrets d'affaires

(1) 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 :

- a) une découverte ou une création indépendante ;
- b) l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'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 et qui n'est pas liée par une obligation juridiquement valide de limiter l'obtention du secret d'affaires ;
- c) l'exercice du droit des travailleurs ou des représentants des travailleurs à l'information et à la consultation, conformément au droit de l'Union européenne et au droit national et pratiques nationales ;
- d) toute autre pratique qui, eu égard aux circonstances, est conforme aux usages honnêtes en matière commerciale.

(2) L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme licite dans la mesure où elle est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

Art. 4. Obtention, utilisation et divulgation illicites de secrets d'affaires

(1) L'obtention d'un secret d'affaires sans le consentement du détenteur du secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée par le biais :

- a) d'un 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 ;
- b) de tout autre comportement qui, eu égard aux circonstances, est considéré comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

(2) L'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée, sans le consentement du détenteur du secret d'affaires, par une personne dont il est constaté qu'elle répond à l'une ou l'autre des conditions suivantes :

- a) elle a obtenu le secret d'affaires de façon illicite ;
- b) elle agit en violation d'un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires ;
- c) elle agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation limitant l'utilisation du secret d'affaires.

(3) L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, une personne savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ledit secret d'affaires avait été obtenu directement ou indirectement d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du paragraphe 2.

(4) 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 sont aussi considérés comme une utilisation illicite d'un secret d'affaires lorsque la personne qui exerce ces activités savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que le secret d'affaires était utilisé de façon illicite au sens du paragraphe 2.

Art. 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 de leur fonction conformément au droit de l'Union européenne ou au droit national, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice ;
- d) aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

Chapitre 3 - Mesures, procédures et réparations

Section 1^{ère} - Compétence

Art. 6. Compétence

(1) Les demandes introduites sur base de la présente loi visant à obtenir une décision au fond quant à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires sont portées, quelle que soit la valeur de la demande, devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, ci-après désigné par « tribunal ».

(2) Les demandes introduites sur base de la présente loi visant à obtenir une mesure provisoire et conservatoire quant à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires sont portées, quelle que soit la valeur de la demande, devant le président du tribunal d'arrondissement.

Section 2 - Mesures provisoires et conservatoires

Art. 7. Mesures et conditions d'octroi

(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 visant à :

- a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires à titre provisoire ;
- b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des biens en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des biens en infraction à ces fins ;
- c) la saisie ou la remise des biens soupçonnés d'être en infraction, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché.

(2) Le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace prend en considération, lorsqu'il décide s'il est fait droit à la demande ou si celle-ci est rejetée, et qu'il évalue son caractère proportionné, les circonstances particulières de l'espèce, y compris, s'il y a lieu :

- a) la valeur ou d'autres caractéristiques du secret d'affaires ;
- b) les mesures prises pour protéger le secret d'affaires ;
- c) le comportement du défendeur lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires ;
- d) l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires ;
- e) les intérêts légitimes des parties et l'incidence que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait avoir sur les parties ;
- f) les intérêts légitimes des tiers ;

g) l'intérêt public ; et

h) la sauvegarde des droits fondamentaux.

(3) La demande est introduite, instruite et jugée selon les règles prévues aux articles 934 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

(4) L'ordonnance peut intervenir indépendamment de l'action publique.

Art. 8. Mesures de substitution et garanties

(1) Le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace peut, en lieu et place des mesures visées à l'article 7, subordonner la poursuite de l'utilisation illicite alléguée d'un secret d'affaires à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du détenteur du secret d'affaires. La divulgation d'un secret d'affaires en échange de la constitution de garanties n'est pas autorisée.

(2) Le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace peut subordonner les mesures visées à l'article 7 à la constitution, par le demandeur, d'une caution adéquate ou d'une garantie équivalente destinée à assurer l'indemnisation de tout préjudice éventuel subi par le défendeur et, le cas échéant, par toute autre personne touchée par les mesures.

Art. 9. Obligation d'agir au fond et révocation des mesures provisoires et conservatoires

(1) Les mesures provisoires et conservatoires seront révoquées à la demande du défendeur, si :

a) le demandeur n'engage pas de procédure judiciaire conduisant à une décision au fond devant le tribunal dans un délai raisonnable qui sera déterminé par le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace ordonnant les mesures, ou, en l'absence d'une telle détermination, dans un délai d'un mois à compter de la signification de l'ordonnance ; ou

b) les informations en question ne répondent plus aux conditions de l'article 2, point 1°, pour des raisons qui ne dépendent pas du défendeur.

(2) Lorsque les mesures visées à l'article 7 sont révoquées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du demandeur, ou lorsqu'il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu obtention, utilisation ou divulgation illicite du secret d'affaires ou menace de tels comportements, le défendeur ou un tiers lésé peuvent demander au tribunal de condamner le demandeur à verser une indemnisation appropriée en réparation de tout dommage causé par ces mesures.

Section 3 - Actions civiles et mesures résultant d'une décision judiciaire quant au fond

Art. 10. Injonctions et mesures correctives

(1) Lorsque le tribunal constate qu'il y a eu obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires, il peut, à la demande du demandeur, ordonner à l'encontre du contrevenant l'une ou plusieurs mesures suivantes :

a) la cessation ou, selon le cas, l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires ;

b) l'interdiction de produire, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des produits en infraction, ou d'importer, d'exporter ou de stocker des produits en infraction à ces fins ;

c) l'adoption de mesures correctives appropriées en ce qui concerne les biens en infraction ;

d) la destruction de tout ou partie de tout document, objet, matériau, substance ou fichier électronique qui contient ou matérialise le secret d'affaires ou, selon le cas, la remise au demandeur de tout ou partie de ces documents, objets, matériaux, substances ou fichiers électroniques.

(2) Les mesures correctives visées au paragraphe 1^{er}, lettre c), comprennent :

a) le rappel des biens en infraction se trouvant sur le marché ;

b) la suppression du caractère infractionnel du bien en infraction ;

c) la destruction des biens en infraction ou, selon le cas, leur retrait du marché, à condition que ce retrait ne nuise pas à la protection du secret d'affaires en question.

(3) Lorsque le tribunal ordonne de retirer du marché des biens en infraction, il peut, à la demande du détenteur du secret d'affaires, ordonner que ces biens soient remis audit détenteur ou à des organisations caritatives.

(4) Les mesures visées au paragraphe 1^{er}, lettres c) et d), sont mises en œuvre aux frais du contrevenant, à moins que des raisons particulières ne s'y opposent. Ces mesures sont sans préjudice des éventuels dommages et intérêts dus au détenteur du secret d'affaires en raison de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

(5) Sont applicables les articles 2059 à 2066 du Code civil.

Art. 11. Conditions d'application, mesures de sauvegarde et mesures de substitution

(1) Le tribunal prend en considération, lorsqu'il statue sur une demande ayant pour objet l'adoption des injonctions et mesures correctives prévues à l'article 10 et qu'il évalue son caractère proportionné, les circonstances particulières de l'espèce, y compris, s'il y a lieu :

- a) la valeur ou d'autres caractéristiques du secret d'affaires ;
- b) les mesures prises pour protéger le secret d'affaires ;
- c) le comportement du contrevenant lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires ;
- d) l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires ;
- e) les intérêts légitimes des parties et l'incidence que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait avoir sur les parties ;
- f) les intérêts légitimes des tiers ;
- g) l'intérêt public ; et
- h) la sauvegarde des droits fondamentaux.

Lorsque le tribunal limite la durée des mesures visées à l'article 10, paragraphe 1^{er}, lettres a) et b), cette durée doit être suffisante pour éliminer tout avantage commercial ou économique que le contrevenant aurait pu tirer de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

(2) Les mesures visées à l'article 10, paragraphe 1^{er}, lettres a) et b), sont révoquées à la demande du défendeur si les informations en question ne répondent plus aux conditions de l'article 2, point 1^o, pour des raisons qui ne dépendent pas directement ou indirectement du défendeur.

(3) À la demande de la personne passible des mesures prévues à l'article 10, le tribunal peut ordonner le versement d'une compensation financière à la partie lésée en lieu et place de l'application desdites mesures si l'ensemble des conditions suivantes sont remplies :

- a) la personne concernée au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires ne savait pas ni, eu égard aux circonstances, n'aurait dû savoir que le secret d'affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite ;
- b) l'exécution des mesures en question causerait à cette personne un dommage disproportionné ; et
- c) le versement d'une compensation financière à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant.

Lorsqu'une compensation financière est ordonnée en lieu et place des mesures visées à l'article 10, paragraphe 1^{er}, lettres a) et b), cette compensation financière ne dépasse pas le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si la personne concernée avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret d'affaires pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret d'affaires aurait pu être interdite.

Art. 12. Dommages et intérêts

(1) Le détenteur du secret d'affaires a droit à réparation de tout préjudice qu'il subit du fait d'une obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires commise par un contrevenant qui savait ou aurait dû savoir qu'il se livrait à une telle obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret d'affaires.

(2) Lorsqu'il fixe le montant des dommages et intérêts visés au paragraphe 1^{er}, le tribunal prend en considération tous les facteurs appropriés tels que les conséquences économiques négatives, y compris le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans les cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, tel que le préjudice moral causé au détenteur de secrets d'affaires du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.

Alternativement, le tribunal peut, sur demande de la partie lésée, fixer un montant forfaitaire de dommages et intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret d'affaires en question.

Section 4 - Dispositions applicables à toutes les procédures relatives à l'obtention, utilisation et à la divulgation illicite d'un secret d'affaires

Art. 13. Publication des décisions judiciaires

(1) Le tribunal saisi d'une demande relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires peut ordonner, à la demande du demandeur et aux frais du contrevenant, des mesures appropriées pour la diffusion de l'information concernant la décision, y compris sa publication intégrale ou partielle.

(2) Toute mesure visée au paragraphe 1^{er} protège le caractère confidentiel des secrets d'affaires conformément à l'article 14.

(3) Lorsqu'il décide d'ordonner ou non une mesure visée au paragraphe 1^{er} et qu'il évalue son caractère proportionné, le tribunal prend en considération, le cas échéant, la valeur du secret d'affaires, le comportement du contrevenant lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et la probabilité que le contrevenant continue à utiliser ou divulguer de façon illicite le secret d'affaires.

Le tribunal prend également en considération le fait que les informations relatives au contrevenant seraient ou non de nature à permettre l'identification d'une personne physique et, dans l'affirmative, le fait que la publication de ces informations serait ou non justifiée, notamment au regard du préjudice éventuel que cette mesure pourrait causer à la vie privée et la réputation du contrevenant.

Art. 14. Protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires

(1) Les parties, leurs avocats ou autres représentants, le personnel judiciaire, les témoins, les experts et toute autre personne participant à une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, ou ayant accès à des documents faisant partie d'une telle procédure, ne sont pas autorisés à utiliser ou divulguer un secret d'affaires ou un secret d'affaires allégué que le tribunal a, en réponse à la demande dûment motivée d'une partie intéressée ou d'office, qualifié de confidentiel et dont ils ont eu connaissance en raison de cette participation ou de cet accès.

(2) L'obligation de confidentialité visée au paragraphe 1^{er} perdure après la fin de la procédure judiciaire. Toutefois, elle cesse d'exister dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

- a) il est constaté, dans une décision définitive, que le secret d'affaires allégué ne remplit pas les conditions prévues à l'article 2, point 1^o ; ou
- b) les informations en cause sont devenues, au fil du temps, généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement de ce genre d'informations, ou sont devenues aisément accessibles à ces personnes.

(3) Le tribunal peut, en outre, à la demande dûment motivée d'une partie ou d'office, prendre les mesures particulières nécessaires pour protéger le caractère confidentiel de tout secret d'affaires ou secret d'affaires allégué utilisé ou mentionné au cours d'une procédure judiciaire relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Les mesures visées à l'alinéa 1^{er} incluent au moins la possibilité :

- a) de restreindre à un nombre limité de personnes l'accès à tout ou partie d'un document contenant des secrets d'affaires ou des secrets d'affaires allégués produit par les parties ou par des tiers ;
- b) 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, ainsi qu'aux procès-verbaux ou notes d'audience ;
- c) de mettre à la disposition de toute personne autre que celles faisant partie du nombre limité de personnes visées aux lettres a) et b) une version non confidentielle de toute décision judiciaire dans laquelle les passages contenant des secrets d'affaires ont été supprimés ou biffés.

Le nombre de personnes visées à l'alinéa 2, lettres a) et b), n'est pas supérieur à ce qui est nécessaire pour garantir aux parties à la procédure judiciaire le respect de leur droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial et il comprend, au moins, une personne physique pour chaque partie et l'avocat de chaque partie ou d'autres représentants de ces parties à la procédure judiciaire.

(4) Lorsqu'il se prononce sur les mesures visées au paragraphe 3 et évalue leur caractère proportionné, le tribunal prend en considération la nécessité de garantir le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, les intérêts légitimes des parties et, le cas échéant, des tiers, ainsi que tout dommage que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait causer à l'une ou l'autre des parties et, le cas échéant, à des tiers.

(5) Est punie d'une amende civile de 251 à 45 000 euros, toute personne qui ne respecte pas, ou refuse de respecter, une mesure adoptée en vertu du présent article.

Art. 15. Proportionnalité et abus de procédure

En statuant sur les demandes introduites sur base de la présente loi, les juridictions appliquent les mesures, procédures et réparations d'une manière qui :

- a) est proportionnée ;
- b) évite la création d'obstacles au commerce légitime dans le marché intérieur ;
- c) prévoit des mesures de sauvegarde contre leur usage abusif.

Art. 16. Prescription

(1) Les actions basées sur les articles 6 à 14 sont prescrites après deux ans à compter du moment où le détenteur du secret d'affaires a connaissance de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires et qu'il connaît l'identité du contrevenant.

(2) La prescription est interrompue par toute sommation en cessation donnée par exploit d'huissier et par toute action en référé ou au fond introduite en justice sur base des articles 6 à 14.

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

Le Ministre de l'Économie,
Étienne Schneider

Palais de Luxembourg, le 26 juin 2019.
Henri

Doc. parl. 7353 ; sess. ord. 2017-2018 et 2018-2019 ; Dir. (UE) 2016/943.

