



CHAMBRE DES SALAIRES
LUXEMBOURG

27 novembre 2018

AVIS II/57/2018

relatif 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.

..... AVIS

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 industriel/e, 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 /es 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 efficace 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 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 nationales (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 requise 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.

Dommmages 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 causes 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 causes 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 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, 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 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. 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,



Norbert TREMUTH
Directeur



Jean-Claude REDING
Président

L'avis a été adopté à l'unanimité.