

Projet de loi

sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secret d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

Avis du Conseil d'État

(15 février 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.

Considérations générales

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

¹ Moniteur belge du 14 août 2018.

² JORF n° 0174 du 31 juillet 2018.

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 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.

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 d'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 d'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 référé 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 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.

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.

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 État considère que cette formule est source d'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. 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 légistique

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 I^{er}

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

Article 1^{er}

La référence à un premier point s'écrit « point 1^o » 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,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes