

A V I S N° 2.087

Séance du mardi 22 mai 2018

Avant-projet de loi relatif à la protection des secrets d'affaires

x x x

2.959

AVIS N° 2.087

Objet : Avant-projet de loi relatif à la protection des secrets d'affaires

Par lettre du 13 novembre 2017, Monsieur K. PEETERS, ministre de l'Emploi, a saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis concernant un avant-projet de loi relatif à la protection des secrets d'affaires.

Cet avant-projet de loi a pour objet de transposer en droit belge 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.

Afin de transposer cette Directive, des adaptations sont apportées au Code de droit économique, au Code judiciaire et à l'article 17, 3°, a) de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. La saisine du ministre de l'Emploi porte uniquement sur la modification apportée à la loi du 3 juillet 1978 précitée. Au cours de ses travaux, le Conseil a cependant constaté que d'autres dispositions de l'avant-projet de loi portent sur d'autres aspects du droit du travail et il entend formuler des remarques sur certaines de celles-ci.

L'examen de ce dossier a été confié à la Commission des relations individuelles du travail. Lors de ses travaux, le Conseil a pu bénéficier de la précieuse collaboration de représentants du SPT Emploi, Travail et Concertation sociale ainsi que du SPF Economie.

Sur rapport de cette Commission, le Conseil a émis le 22 mai 2018, l'avis unanime suivant.

x x x

AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL

I. SAISINE

Par lettre du 13 novembre 2017, Monsieur K. PEETERS, ministre de l'Emploi, a saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis concernant un avant-projet de loi relatif à la protection des secrets d'affaires.

Cet avant-projet de loi a pour objet de transposer en droit belge 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.

Afin de transposer cette Directive, des adaptations sont apportées au Code de droit économique, au Code judiciaire et à l'article 17, 3°, a) de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (article 43 de l'avant-projet de loi). Cette disposition prévoit actuellement que :

« Le travailleur a l'obligation :

(...)

3° de s'abstenir, tant au cours du contrat qu'après la cessation de celui-ci :

a) de divulguer les secrets de fabrication, ou d'affaires, ainsi que le secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle ;

(...) ».

La nouvelle disposition envisagée (article 43 de l'avant-projet de loi) est ainsi libellée : « 3° de s'abstenir, tant au cours du contrat qu'après la cessation de celui-ci :

- a) de divulguer de manière illicite, au sens du titre 8/1 du livre XI du Code de droit économique, un secret d'affaires au sens de l'article I.17/1, 1° du même Code, dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle, ainsi que de divulguer le secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle. »

Cette modification de l'article 17, 3°, a) de la loi du 3 juillet 1978 a pour objectif de mettre la formulation de l'obligation qu'il vise en conformité avec celle reprise au sein du Code de droit économique suite à la transposition de la Directive susvisée. En outre, la formulation « de divulguer de manière illicite » vise à apporter plus de sécurité juridique tant pour l'employeur que pour le travailleur.

La saisine du ministre de l'Emploi porte uniquement sur la modification apportée par l'avant-projet de loi susvisé (article 43) à la loi du 3 juillet 1978 précitée. Le Conseil souligne néanmoins que d'autres dispositions de l'avant-projet de loi portent sur d'autres aspects du droit du travail et il entend formuler des remarques sur certaines de celles-ci.

II. QUANT À L'ARTICLE 43 DE L'AVANT-PROJET DE LOI

A. Contexte

1. La Directive

Le Conseil constate que la Directive (UE) 2016/943 du Parlement 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 a pour objectif de lutter contre la concurrence déloyale, à promouvoir l'innovation en mettant sur pied une protection légale plus efficace des secrets d'affaires en veillant à lutter contre l'utilisation illicite de ces secrets au sein de l'Union européenne.

La Directive vise donc, notamment, à définir le « secret d'affaires » (article 2, 1)), les conditions d'utilisation et de divulgation licites de ce secret d'affaires (article 3) et ce qu'il faut entendre par « obtention, utilisation et divulgation illicites de secrets d'affaires (article 4) ainsi que les dérogations (article 5). Elle prévoit également les mesures, procédures et réparations nécessaires pour qu'une réparation civile soit possible en cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicites de secrets d'affaires (articles 6 à 15). La Directive ne prévoit donc pas d'harmonisation en droit pénal, mais ne l'interdit pas.

2. Le droit du travail belge actuel

- a. Le Conseil relève que le droit du travail belge actuel comporte une disposition visant le secret d'affaires et le secret de fabrication, à savoir l'article 17, 3°, a) de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

Le Conseil rappelle que celle-ci prévoit que :

« Le travailleur a l'obligation :

(...)

3° de s'abstenir, tant au cours du contrat qu'après la cessation de celui-ci :

- a) de divulguer les secrets de fabrication, ou d'affaires, ainsi que le secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle. »
- b. Le Conseil observe également que la communication « méchante » ou « frauduleuse » des secrets de la fabrique par un travailleur est incriminée par l'article 309 du Code pénal et est assortie d'une peine d'emprisonnement et d'amende.
- c. Le Conseil relève toutefois que la notion de « secrets de fabrication » et celle de « secrets d'affaires », ne sont pas légalement définies en droit belge.

- d. Le Conseil a par ailleurs été informé qu'il existe peu de jurisprudence en la matière et que selon la Cour de cassation (Cass. 26 juin 1975, Pas., 1975, I, p. 1043), le juge doit « *apprécier si les éléments de fait qu'il constate constituent un secret de fabrique au sens normal et usuel de ces mots* ».

La notion de « secrets de fabrique » a été définie par la Cour de cassation : « *Fait technique qui, contribuant à la réalisation des opérations mises en œuvre dans une entreprise pour obtenir un produit déterminé, est de nature à procurer au fabricant des avantages techniques et à lui assurer sur ses concurrents une supériorité d'une nature telle qu'il y a pour lui un avantage économique à ce qu'il ne soit pas connu de ses concurrents.* » (Cass. 27 septembre 1943, Pas., 1943, I, p.358).

B. Modification apportée à la loi du 3 juillet 1978 par le projet de loi (article 43)

1. Le Conseil constate que, selon l'exposé des motifs, il n'existe actuellement pas, en droit belge, de cadre légal général et homogène pour protéger les secrets d'affaires et que les dispositions existantes sont éparpillées et incomplètes. Compte tenu de ces éléments et du regroupement de la législation économique dans le Code de droit économique, le législateur n'a pas estimé opportun de prévoir une législation autonome en vue de transposer la Directive 2016/943. L'avant-projet de loi prévoit donc des modifications au Code de droit économique, au Code judiciaire et à la loi relative aux contrats de travail.

2. Le Conseil rappelle que la nouvelle disposition envisagée (article 43 de l'avant-projet de loi) est ainsi libellée : « 3° de s'abstenir, tant au cours du contrat qu'après la cessation de celui-ci :
 - a) de divulguer de manière illicite, au sens du titre 8/1 du livre XI du Code de droit économique, un secret d'affaires au sens de l'article I.17/1, 1° du même Code, dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle, ainsi que de divulguer le secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle. »

3. Le Conseil constate par ailleurs que dans son avis du 13 juin 2017 portant sur l'avant-projet de loi dont saisine, le Conseil de la propriété intellectuelle a estimé que cet avant-projet de loi doit également prévoir une disposition selon laquelle le travailleur est obligé de respecter toutes les dispositions relatives à la protection des secrets d'affaires du Code de droit économique car la Directive doit être respectée et elle interdit au travailleur et à chaque tiers non seulement de divulguer les secrets d'affaires mais également de les obtenir et de les utiliser de manière illicite.

Le Conseil a été informé que suite à cet avis, le renvoi au Code de droit économique a été ajouté au sein de l'article 43 susvisé. Il en résulte que, sans préjudice de l'article 17, 3°, a) de la loi relative aux contrats de travail, le Code de droit économique est donc applicable à la relation de travail, pour ce qui concerne la question des secrets d'affaires, et que la définition du « secret d'affaires », introduite au sein de ce Code par l'avant-projet de loi, est donc directement applicable à la relation de travail.

C. Position du Conseil

1. Quant aux notions de « secret d'affaires », « secret de fabrication », « secret de fabrique »
 - a. Portée de la définition du « secret d'affaires » telle qu'elle résulte de la Directive 2016/943

Le Conseil constate que la Directive (article 2, 1)) entend par « secret d'affaires », 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.

Cette disposition est littéralement transposée au sein de l'article 2 de l'avant-projet de loi.

En outre, le Conseil relève que le considérant 14 de la Directive précise qu'il importe d'établir une définition homogène du secret d'affaires et que cette définition devrait dès lors être élaborée de façon à couvrir les savoir-faire, les informations commerciales et les informations technologiques.

b. Impact de la définition de la Directive 2016/943 sur le droit belge

1) Impact sur le droit du travail - Notions de secrets de « fabrication » et « d'affaires »

Le Conseil constate que l'actuel article 17, 3°, a) de la loi relative aux contrats de travail doit être mis en conformité avec la Directive 2016/943. Or, le libellé actuel de cette disposition vise à la fois les secrets de « fabrication » et « d'affaires ».

Le Conseil relève que la Directive 2016/943 poursuit notamment un objectif d'homogénéité des définitions. En outre, le Conseil constate que le concept de « secret d'affaires », tel qu'il résulte du considérant 14 de la Directive susvisée, doit être considéré largement. Par ailleurs, selon les explications fournies par les représentants des SPF Emploi, Travail et Concertation sociale et Economie, la définition introduite au sein du Code de droit économique n'a pas pour objet d'élargir ou de restreindre la portée des décisions de justice (belges) déjà rendues sur le sujet. Partant, le fait de ne plus viser expressément le concept de « secret de fabrication » au sein de l'article 17, 3°, a) de la loi relative aux contrats de travail n'a pas pour objet ni pour résultat d'exclure ce dernier concept. Ce serait plutôt cette dernière notion, qui englobe « les savoir-faire et procédés techniques procurant un avantage technique et assurant sur les concurrents une supériorité de nature à procurer un avantage économique » (exposé des motifs), qui serait dorénavant visée par celle de « secret d'affaires ». Le Conseil constate en outre que ces explications sont reprises au sein de l'exposé des motifs.

Cela étant, pour des motifs de cohérence et de sécurité juridique, le Conseil tient à écarter tout risque d'ambiguïté à l'égard du maintien effectif de la relation actuellement existante entre les dispositions de l'article 17, 3° de la loi du 3 juillet 1978, de l'article 578, 1° du Code judiciaire et de l'article 309 du Code pénal qui, chacune, évoque la notion des secrets de fabrication.

Il tient dès lors à donner force de loi aux explications fournies par les représentants des SPF Emploi, Travail et Concertation sociale et Economie à l'égard de l'inclusion de la notion de secrets de fabrication dans l'ensemble (plus large) des secrets d'affaires en sorte qu'il recommande de préciser dorénavant à l'article 17, 3° de la loi du 3 juillet 1978 :

« (...) un secret d'affaires au sens de l'article I.17/1, 1° du Chapitre 9 du livre Ier du même Code, **en ce compris un secret de fabrication**, dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle, (...).

2) Impact sur le droit pénal

a) Notion de « secrets de la fabrique »

Le Conseil constate que l'article 309 du Code pénal est libellé comme suit : « *Celui qui aura méchamment ou frauduleusement communiqué des secrets de la fabrique dans laquelle il a été ou est encore employé, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de cinquante euros à deux mille euros* ».

b) Quant à la cohérence entre les différentes branches du droit

Le Conseil rappelle que la Directive 2016/943 vise notamment à assurer une homogénéité et une cohérence dans les notions utilisées. Le Conseil de la propriété intellectuelle, dans son avis du 13 juin 2017 susvisé, souligne également l'importance d'une utilisation cohérente des termes dans l'avant-projet de loi et il estime qu'il devrait s'agir « d'une utilisation cohérente non seulement dans le même texte de loi mais également par rapport à l'ensemble du Code de droit économique et de la législation belge en général ».

Le Conseil souscrit à cette nécessité de cohérence. A cet égard, il constate que l'avant-projet de loi n'apporte pas de modification à l'article 309 du Code pénal précité.

Or, comme exposé ci-avant et afin d'assurer la cohérence susvisée et une sécurité juridique, le Conseil demande que l'article 17, 3° de la loi du 3 juillet 1978 et l'article 578, 1° du Code judiciaire maintiennent la référence actuellement existante aux secrets de fabrication dont la communication méchante ou frauduleuse est incriminée dans l'article 309 du Code pénal. En effet, l'article 309 du Code pénal vise clairement les relations de travail et il ne faudrait pas donner un signal erroné suivant lequel les faits constitutifs d'infraction y visés seraient désormais exclus des obligations du travailleur (article 17,3° de la loi relative aux contrats de travail) et de la compétence du tribunal du travail (article 578 ,1° du Code judiciaire).

De plus, la loi pénale se doit d'être précise, claire et prévisible.

2. Quant aux actes illicites visés par l'article 17, 3°, a) de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail soumis pour avis

Le Conseil rappelle que selon l'avant-projet de loi, est interdite la divulgation illicite d'un secret d'affaires dont un travailleur aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle, ainsi que la divulgation du secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle.

Le Conseil souligne que la Directive 2016/943 vise non seulement la divulgation mais également l'obtention et l'utilisation illicites de secrets d'affaires. Il demande par conséquent que l'utilisation et l'obtention illicites soient expressément reprises au sein de l'article 17, 3°, a), de la loi du 3 juillet 1978 précitée en vue non seulement d'une transposition précise des notions contenues par la Directive et de cohérence avec le Code de droit économique, mais également afin d'assurer l'objectif de protection, et donc de concurrence loyale, poursuivi par la Directive (considérants 1 à 3).

III. QUANT À D'AUTRES ASPECTS DU DROIT DU TRAVAIL

Le Conseil constate que d'autres dispositions de l'avant-projet de loi portent sur d'autres aspects du droit du travail et il entend formuler des remarques sur certaines de celles-ci.

A. Information des travailleurs

1. Le Conseil constate que les articles 7, § 1^{er}, 3^o, 8, § 2, 2^o et 3^o ainsi que l'article 9, 3^o de l'avant-projet de loi touchent à l'information des travailleurs.

En effet, ces dispositions prévoient respectivement que :

- l'obtention d'un secret d'affaires est licite dans le cadre de 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, au droit national et aux pratiques nationales ;
 - l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est illicite lorsqu'existe un accord de confidentialité ou toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires ou si la personne agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation limitant l'utilisation du secret d'affaires ;
 - les demandes d'application des mesures, procédures et réparations prévues par la loi ne sont pas recevables lorsque la divulgation par des travailleurs à leurs représentants a eu lieu 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.
2. Le Conseil constate que le législateur transpose littéralement la Directive dans les dispositions susvisées, sans en définir la portée et sans préciser le niveau d'information et de consultation des travailleurs à garantir.

Il estime cependant qu'il convient, en vue d'assurer une sécurité juridique, de préciser au sein de la loi de transposition que celle-ci ne peut constituer une entrave à l'information et à la consultation des travailleurs et de leurs représentants au sein des entreprises.

Il en résulte qu'elle ne peut pas porter atteinte aux législations applicables en la matière (entre autres : l'arrêté royal du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprises, la convention collective de travail n° 9, ainsi que les conventions collectives de travail n°s 62 et 101 (conseil d'entreprise européen), n° 84 (société européenne), n° 88 (société coopérative européenne) et leurs lois de transposition) ni à la qualité des informations à fournir et de la consultation à mener, notamment au niveau du conseil d'entreprise.

Quant à ce dernier point, le Conseil rappelle que le Conseil central de l'Economie a formulé, le 17 décembre 2008, une « recommandation sur la culture de l'innovation et l'entreprise dans le cadre de la mise en œuvre de l'accord interprofessionnel 2007-2008 », dans laquelle il dresse des lignes directrices pour la discussion sur l'innovation au sein du conseil d'entreprise. Le Conseil constate que cesdites lignes directrices proposent des pratiques organisationnelles favorisant les discussions au sein des conseils d'entreprises, dans une matière, l'innovation, recouvrant celle des secrets d'affaires.

Corrélativement, le Conseil estime également que les mesures applicables en matière de confidentialité, prévues par les législations susvisées ainsi que les procédures prévues au sein des entreprises dans ce domaine doivent pouvoir continuer à s'appliquer, afin de maintenir l'équilibre entre d'une part, ce besoin de confidentialité et d'autre part, le maintien du niveau de qualité de l'information et de la consultation des travailleurs.

B. Compétence des tribunaux du travail

1. Le Conseil constate que l'article 21 de l'avant-projet de loi insère une disposition au sein du Code de droit économique qui prévoit la compétence ratione materiae du tribunal de commerce, même lorsque les parties ne sont pas des entreprises, pour toutes les demandes relatives à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires, quel que soit le montant de la demande. L'article 30 du projet de loi modifie le Code judiciaire pour également attribuer cette compétence générale au tribunal de commerce. Cette compétence ratione materiae s'exerce cependant sans préjudice des compétences du tribunal du travail (articles 21 et 30 susvisés).

L'article 578, 1° du Code judiciaire, qui concerne cette compétence du tribunal du travail, est modifié (article 31 de l'avant-projet de loi) uniquement afin de remplacer les mots « des secrets de fabrication » par « d'un secret d'affaires ». Cette disposition sera donc libellée comme suit : « Le tribunal du travail connaît :

- 1° des contestations relatives aux contrats de louage de travail y compris celles qui ont trait à la violation d'un secret d'affaires commises pendant la durée de ces contrats ».

L'article 34 de l'avant-projet de loi règle la compétence ratione loci des tribunaux de commerce pour les actions quant au fond portant sur l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de secrets d'affaires. Cette disposition ne mentionne cependant pas expressément la réserve de compétence du tribunal du travail mais réalise un renvoi à la disposition du Code judiciaire prévoyant celle-ci (nouvel article 574, 2° qui étend la compétence du tribunal de commerce aux secrets d'affaires, sans préjudice des compétences du tribunal du travail).

2. Le Conseil relève que selon le commentaire portant sur l'article 21, cette dernière disposition ne porte pas atteinte aux compétences spécifiques des tribunaux du travail et que « ces derniers restent par conséquent compétents, même s'ils sont confrontés dans le cadre de leurs compétences à une action en matière d'obtention, d'utilisation ou de divulgation d'un secret d'affaires ». Le commentaire des articles poursuit en précisant qu'en vertu de l'article 578, 1° du Code judiciaire, la compétence du tribunal du travail reste limitée, comme antérieurement, aux contestations nées pendant la relation de travail. Selon les explications reçues du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale et du SPF Economie, lorsque la violation se produit après la fin du contrat de travail, le tribunal du commerce est seul compétent.
3. Le Conseil recommande tout d'abord que, pour les motifs de sécurité et de cohérence juridiques développés ci-avant, l'article 31 de l'avant-projet de loi soit modifié comme suit :

« L'article 578, 1° du Code judiciaire est modifié comme suit :

- 1° des contestations relatives aux contrats de louage de travail y compris celles qui ont trait à la violation des secrets d'affaires, **en ce compris les secrets de fabrication**, commise pendant la durée de ces contrats ; »*

4. Le Conseil constate que le commentaire sous l'article 30 susvisé (compétence générale du tribunal de commerce) fait renvoi au commentaire sous l'article 21. Il demande qu'un tel renvoi soit également effectué au sein du commentaire portant sur l'article 31 (compétence du tribunal du travail). Il indique également que dans ce dernier commentaire, il devrait être fait référence à la Directive (UE) 2016/943 susvisée et pas à la Directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

Le Conseil estime que ces explications, suivant lesquelles il n'est pas porté atteinte aux compétences actuelles du tribunal du travail, devraient également être reprises explicitement au sein de l'exposé des motifs.

Il estime également que, pour plus de clarté, il devrait explicitement être prévu, dans le dispositif de l'article 34 de l'avant-projet de loi (compétence razione loci du tribunal de commerce) et dans les commentaires sous cette disposition que la compétence razione loci du tribunal du commerce est également sans préjudice de la compétence razione loci du tribunal du travail, lorsque celui-ci est appelé à se prononcer en application de l'article 578, 1° du Code judiciaire.
