



L'intérêt général contre les lobbies

Le 28 mars 2018, l'Assemblée nationale a adopté en première lecture une proposition de loi des députés Gauvain et Ferrand, la loi dite « secret des affaires », portant transposition de la directive (UE) 2016/943 sur « la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. »



par Jérôme Karsenti
SAF Paris,
élu SAF Paris au CNB

Cette loi permet à toute entreprise de protéger toute information pouvant être qualifiée de secret d'affaires, c'est-à-dire, aux termes de l'article L. 151-1 du Code de commerce, toute information répondant aux trois critères suivants : « 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ».

Le Conseil constitutionnel, auquel la loi a été déférée, n'a pas censuré ce texte. Il s'est contenté de rappeler que l'article L.151-8 prévoit des exceptions au secret. Ces exceptions sont « l'exercice de la liberté d'expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la presse, ainsi que l'exercice de la liberté d'information », « le fait de révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible » et « la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national. » (Décision n°2018-768 DC du 26 juillet 2018)

52 organisations et 23 sociétés de journalistes avaient alors

appelé les parlementaires et l'exécutif à modifier le projet de loi et à limiter son champ d'application aux seuls acteurs économiques concurrentiels. 580 228 citoyens se sont associés à cet appel en signant une pétition demandant aux parlementaires de « défendre le droit à l'information et l'intérêt des citoyens (...) en adoptant les amendements présentés pour restreindre son champ d'application aux seuls acteurs économiques concurrentiels ». Cette démarche n'a été suivie d'aucun effet.

Un décret d'application n°2018-1126 du 11 décembre 2018 publié au journal officiel le 13 décembre 2018 a été pris, venant préciser les mesures provisoires à la disposition de la justice pour empêcher la divulgation d'un secret des affaires, notamment l'interdiction de la divulgation du secret ou son conditionnement à la constitution par le défendeur d'une garantie destinée à assurer l'indemnisation du détenteur du secret.

L'affaire des implants médicaux. Dans le cadre d'une enquête sur les implants médicaux publiée en novembre 2018, le journal

Le Monde a révélé que des demandes d'accès à des documents administratifs lui ont été refusées par le directeur du Laboratoire national de métrologie et d'essais (ci-après LNE) devenu la société GMED, refus confirmé par la CADA sur le fondement du secret des affaires.

Cette enquête journalistique portée par une regroupement de journalistes d'investigation internationaux et menée notamment en France par Stéphane Horel avait pour objectif, face au scandale médical des implants, de comprendre la manière dont la Société LNE, seul organisme notifié chargé du contrôle des dispositifs médicaux, un établissement public à caractère industriel et commercial, autorisait le marquage européen.

Dans le cadre des « implant files », le journal *Le Monde* a demandé au LNE – GMed les listes des dispositifs médicaux auxquels il a délivré et refusé le marquage CE. Rappelons que c'est à la suite de l'expérience d'une journaliste néerlandaise ayant obtenu la

RAPPELONS QUE C'EST
À LA SUITE DE L'EXPÉRIENCE
D'UNE JOURNALISTE
NÉERLANDAISE AYANT OBTENU
LA CERTIFICATION D'UN FILET
DE MANDARINE EN GUISE
D'IMPLANT VAGINAL
QUE L'ENQUÊTE A DÉMARRÉ.



certification d'un filet de mandarine en guise d'implant vaginal que l'enquête a démarré.

Pourtant la puissance des lobbies industriels est telle qu'elle a permis que les implants ne soient pas soumis à une autorisation de mise sur le marché (AMM), à la différence des médicaments. Le règlement européen qui entrera en vigueur en 2020 imposera aux fabricants d'implants les mêmes contraintes que les producteurs de brosses à dents...

Les documents que *Le Monde* souhaitait obtenir étaient les suivants :

- ◆ la liste/base de données des dispositifs médicaux ayant obtenu le marquage CE au LNE/G-MED,
- ◆ la liste des dispositifs médicaux auxquels le LNE/G-MED a refusé d'accorder le marquage CE.

Le refus initial du LNE n'est pas explicitement fondé sur le secret des affaires ; en revanche la confirmation du refus, émise par la CADA après consultation du LNE, l'est.

Bien que la CADA reconnaisse que les « organismes habilités, qui octroient le marquage CE aux dispositifs médicaux, assurent, sous le contrôle de l'ANSMPS, une mission d'intérêt général visant à assurer la qualité et la sécurité des produits médicaux, pour laquelle ils sont investis de prérogatives de puissance publique », elle estime que :

- ◆ « la communication de la liste des dispositifs médicaux auxquels la société GMED a délivré le marquage CE, serait susceptible de **porter atteinte au secret des affaires**, protégé par le 1° de l'article L311-6 du code des relations entre le public et l'administration, en révélant des informations économiques sur cette entreprise, à savoir le nom des fabricants de ces dispositifs avec lesquels la société GMED a contracté ».
- ◆ « la liste des dispositifs médicaux auxquels la société GMED a refusé de délivrer le marquage CE, n'est pas non plus communicable sur le fondement du 3° de l'article L311-6 du code des relations entre le public et l'administration, dès lors qu'elle ferait apparaître le comportement d'un fabricant dans des conditions susceptibles de lui porter préjudice ».

Par requête enregistrée le 17 novembre 2018, le journal *Le Monde* a formé un recours contre la décision de LNE/GMED.

C'est dans ce cadre qu'une quarantaine d'associations, d'ONG, d'organes de presse, de syndicats dont le SAF, sont intervenues volontairement à la procédure d'une part pour soutenir l'action du journal *Le Monde*, mais également pour rappeler les risques d'atteinte à la démocratie que fait peser ce texte.

Dans deux précédentes tribunes de *La Lettre du SAF*, nous avons évoqué le risque que le secret des affaires vienne s'ajouter aux autres secrets protégés par l'article 6 de la Loi Sapin et qu'il soit ainsi mis au même rang que le secret médical, le secret professionnel entre un avocat et son client et le secret de la défense nationale.

Ces alertes ont été perçues comme des combats d'arrière-garde, dans lesquels quelques oiseaux de mauvais augure ne voyaient dans la croissance économique que le péril des nations alors qu'il était l'avenir du bonheur des peuples. **On sait que derrière ces combats politiques se nichent la puissance des réseaux d'influence.**

Le Président Macron semble infléchir son discours et penser enfin que l'économique ne peut primer sur des intérêts publics supérieurs, notamment la protection de l'environnement. Nous verrons si les actes suivent la parole.

Cependant les dégâts politiques et juridiques sont déjà lourds



et on constate encore une fois l'extrême perméabilité des contre-pouvoirs au discours politique dominant. La CADA qui est sensée offrir aux citoyens un moyen de lutter contre l'opacité et la lourdeur administrative a rendu un avis que même la société LNE n'a pas osé formuler. Cette institution, à l'image de la CNIL et tant d'autres, semble de plus en plus impuissante sous l'effet conjugué, de l'absence de moyens et de fonctionnaires occasionnant des délais de réponse de plus en plus longs, mais également de l'influence idéologique néo libérale. La CADA admet donc qu'au nom du secret des affaires, une société privée peut refuser de donner des éléments utiles à protéger la santé publique.

Le combat porté par l'ensemble des parties au côté du journal *Le Monde* vient rappeler utilement que des révélations qui portent sur « une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général » (Loi Sapin) a une valeur supérieure à la protection du domaine des affaires car elle affecte l'intérêt de tous, et non d'une représentation catégorielle.

Il s'agit d'une bataille judiciaire qui devrait être au cœur des préoccupations de la presse et des citoyens, car c'est toute la question de la traçabilité et de la transparence de ce que nous consommons, utilisons, mangeons quotidiennement qui est en jeu et qui pose donc en face du secret des affaires, notre droit à vivre. À suivre.

