

Les secrets d'affaires en droit européen anno 2013 : projet de directive et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Alain Strowel

*Professeur UCLouvain, Université Saint-Louis-Bruxelles
et Munich IP Law Center, Avocat à Bruxelles*

En droit européen, deux développements relatifs à la protection des secrets d'affaires au cours de l'année 2013 méritent d'être présentés. Tout d'abord sur le plan législatif : le 28 novembre 2013, la Commission européenne (Direction Générale Markt) a fait connaître sa *Proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites* (ci-après : la « proposition de directive secrets d'affaires »)¹. Ensuite sur le plan judiciaire : le président du Tribunal de l'Union européenne (TUE) et le Vice-président de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) se sont prononcés, en première instance et en appel, dans deux procédures en référé portant sur une question particulièrement délicate : l'équilibre à trouver entre la protection des secrets d'affaires et les exigences de transparence dans l'accès aux documents administratifs, en particulier les rapports d'essais cliniques sur des médicaments.

La première partie de la contribution présente la proposition de directive secrets d'affaires. Une proposition de prime abord modeste, mais qui pose des questions néanmoins. Harmonise-t-elle de manière satisfaisante le droit existant dans les États Membres ? Répond-elle aux questions de plus en plus pressantes posées par l'espionnage industriel à l'ère du numérique ? Ou, au contraire, risque-t-elle de susciter des actions en justice

¹ COM(2013) 813 final du 28 nov. 2013 (disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/131128_proposal_fr.pdf).

susceptibles de paralyser la commercialisation de produits, voire d'obtenir de considérables contreparties sous la menace d'une injonction judiciaire ?

La seconde partie de l'article revient sur la jurisprudence récente de la CJUE en matière de protection des secrets d'affaires face aux obligations de transparence administrative à travers l'affaire *AbbVie c. EMA*². On se demandera en particulier comment concilier l'intérêt privé à la protection des secrets liés au développement de nouveaux médicaments et l'intérêt public à divulguer les résultats des essais cliniques réalisés dans le cadre des procédures d'autorisation de mise sur le marché de médicaments. Aucune disposition de la proposition de directive secrets d'affaires ne traite de cette pondération, mais, comme on le verra, l'un des considérants précise que la divulgation d'informations confidentielles par les autorités publiques dans le cadre des obligations de transparence pesant sur elles ne peut être considérée comme illicite.

I. – La proposition de directive sur la protection des secrets d'affaires

A. – Objectifs, état de la procédure et contexte de la directive

Objectif : harmoniser et/ou renforcer la protection des secrets d'affaires ? La proposition de directive du 28 novembre 2013 mise sur la table du législateur européen par la Commission ne semble *a priori* pas révolutionnaire. Elle vise d'abord à harmoniser les droits nationaux qui protègent les secrets d'affaires à travers des instruments législatifs très divers, tels que le droit de la concurrence déloyale, les législations sur le contrat de travail, le droit des contrats, des dispositions pénales, etc.³. Parfois, la protection repose uniquement sur des principes généraux affinés par la jurisprudence⁴ (principe de la responsabilité extra-contractuelle, « duty of

² Prés. TUE, 25 avril 2013, T-44/13 R (*AbbVie c. European Medicines Agency (EMA)*) et Vice-prés. CJUE, 28 nov. 2013, C-389/13 P(R) (*EMA c. AbbVie*). Voy. également la procédure similaire introduite par *InterMune c. EMA* ayant donné lieu aux décisions en référé : Vice-prés. CJUE, 28 nov. 2013, C-390/13P(R) (*EMA c. InterMune*) en appel de Prés. TUE, 25 avril 2013, T-73/13 R (*InterMune c. EMA*).

³ En droit belge, voy. B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Larcier, 2010, pp. 642 et s.

⁴ Voy. l'exposé des motifs, p. 4 et les considérant 5 à 7 (voy. notamment à la fin du considérant 7, le leitmotiv d'intervention de la DG marché intérieur : « globalement, les différences (de régime juridique) portent atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur »).

confidence », etc.)⁵. L'objectif sous-jacent de la proposition de directive est également de renforcer la protection (des entreprises européennes) face à la concurrence déloyale et l'espionnage industriel (en provenance de l'étranger). La directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 *relative au respect des droits de propriété intellectuelle*, dont s'inspirent les mesures de protection prévues dans la directive secrets d'affaires, était tiraillée entre l'objectif d'harmoniser le marché intérieur et l'objectif d'élever le niveau de protection (avant l'élargissement de l'UE aux 10 pays d'Europe centrale en mai 2004)⁶ ; de manière similaire, la proposition de directive secrets d'affaires est travaillée par une double logique d'harmonisation et de renforcement de la protection existante. Ces deux objectifs ne sont pas toujours convergents : l'harmonisation ne suppose pas nécessairement un relèvement du niveau de protection.

Certes, il est raisonnable de vouloir harmoniser les régimes nationaux alors que les échanges se mondialisent et que la chaîne des sous-traitants couvre souvent de nombreux pays (européens). L'harmonisation poursuivie par la proposition de directive peut combler certaines lacunes des droits nationaux. Cela dit, on peut s'interroger sur sa force harmonisatrice : vu que la directive reste très générale, n'offre-t-elle pas trop de marge de manœuvre aux législateurs nationaux lesquels seront tentés de considérer que le droit existant respecte déjà les obligations européennes ? Avec la conséquence que des protections fondées sur des législations ou principes assez différents (concurrence déloyale, responsabilité civile, duty of confidence, etc.) seront maintenues, et donc le patchwork législatif existant.

S'agissant du second objectif (plus ou moins avoué), il est moins clair qu'il faille durcir la protection en permettant par exemple d'obtenir des mesures de mise en œuvre, notamment des injonctions, à l'encontre des « produits en infraction », à savoir les produits d'une entreprise qui bénéficient d'un accès illicite à des secrets d'affaires (voy. *infra*).

⁵ L'étude de droit comparé réalisée par le cabinet Hogan Lovells pour la Commission (*Report on Trade Secrets to the European Commission*, MARKT/2010/20/D, janvier 2012) soulignait que la Suède dispose d'une loi spéciale sur la protection des secrets d'affaires, que d'autres pays comme l'Allemagne et la Belgique ont des dispositions diverses insérées dans les lois sur la concurrence déloyale, le droit pénal ou le droit du travail, que d'autres encore, à l'instar du Royaume-Uni et de l'Irlande, n'ont aucune loi mais utilisent le droit commun de la « confidence », que les Pays-Bas ont recours au principe de la responsabilité aquilienne, que le droit de Malte offre une protection dans le seul cas d'une violation contractuelle.

⁶ Voy. Ch.-H. MASSA et A. STROWEL, *The Scope of the Proposed IP Enforcement Directive : Torn between the Desire to Harmonise Remedies and the Need to Combat Piracy*, in *European Intellectual Property Review*, juin 2004, pp. 244-253.

Antécédents et procédure législative. Le dépôt de la directive est l'aboutissement d'un processus lancé en 2010 et balisé par des études et consultations à la demande de la Commission⁷. La publication de la proposition de directive était donc attendue. En cette fin d'année 2013, il n'est pas acquis que le texte sera encore examiné en première lecture par le Parlement européen avant les élections de mai 2014. En tout état de cause, la directive ne pourra être adoptée par le Parlement et le Conseil que sous la législature découlant de ces élections. Le texte risque donc d'évoluer sensiblement au cours des prochaines d'années. Certaines dispositions seront certainement amendées. Dans les développements qui suivent, quelques lacunes ou imprécisions de la proposition seront mises en évidence. On formulera également quelques suggestions. Revenons d'abord sur le contexte qui entoure cette proposition et qui risque d'influencer les débats à venir tant au Conseil qu'au Parlement.

Contexte de la proposition : accusations d'espionnage économique sur le plan international. Depuis l'affaire Snowden et les révélations quant aux pratiques de la NSA (National Security Agency) américaine, la question de la protection de la vie privée mais aussi des secrets d'affaires a nourri diverses polémiques dont la presse s'est largement fait l'écho. Au point de miner quelque peu les relations entre l'UE et son partenaire américain, notamment dans le cadre des négociations commerciales du TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) lancées en juillet 2013. Mais la tension existe aussi avec la Chine à qui l'on reproche souvent de « voler » les secrets d'affaires, et ce avec l'appui de l'État chinois. Le général Keith Alexander, directeur de la NSA, aujourd'hui accusée par les partenaires des États-Unis, soulignait que le cyberespionnage constituait « le plus grand transfert de richesses de l'histoire »⁸ : les entreprises

⁷ Voy. notamment l'étude juridique précitée réalisée par le cabinet Hogan Lovells (*Report on Trade Secrets for the European Commission* disponible à : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade/201201-study_en.pdf), ainsi que l'étude en partie économique intitulée *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market* (avril 2013), disponible à : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/20130711/final-study_en.pdf. La consultation publique s'est déroulée du 11 décembre 2012 au 8 mars 2013. Les réponses et les résultats de cette consultation sont disponibles sur le site de la Commission : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/trade-secrets_en.htm.

⁸ J. ROGIN, *NSA Chief : Cybercrime Constitutes the « Greatest Transfer of Wealth in History »*, *The Cable*, 9 juillet 2012, disponible à : http://thecable.foreignpolicy.com/posts/2012/07/09/nsa_chief_cybercrime_constitutes_the_greatest_transfer_of_wealth_in_history. Voy. aussi le rapport qui compare le coût de ce « vol » d'informations à la valeur des exportations US vers l'Asie : *The Report of the Commission on the Theft of American Intellectual Property*, février 2013, p. 2, disponible à l'adresse : http://www.ipcommission.org/report/IP_Commission_Report_052213.pdf

américaines auraient en effet perdu plus de 250 milliards de dollars US en 2011⁹.

Le processus d'adoption de la proposition de directive secrets d'affaires sera certainement influencé par le dossier des écoutes et la perception des risques d'espionnage orchestré par des États. D'autres raisons que la « raison d'État » expliquent l'importance croissante de la protection des secrets d'affaires. Le considérant 2 de la proposition de directive explique l'exposition croissante des entreprises à des « appropriations malhonnêtes » d'informations par le phénomène de la mondialisation, par le recours croissant à la sous-traitance et par l'allongement des chaînes d'approvisionnement. Outre ces facteurs économiques, des facteurs sociaux jouent, en particulier la mobilité croissante des travailleurs qui les amène à travailler successivement chez des concurrents. La facilité de transférer des informations à l'ère numérique – emails, clés USB, cloud computing, etc. – explique certainement les risques d'exposition accrus. Ce que l'on a pu appeler « l'éthique hacker »¹⁰, soit l'esprit de transparence à l'ère des réseaux informatiques, met également en cause la préservation des secrets. Comme on l'a écrit, « le monde numérique n'est pas un grand ami des secrets d'affaires »¹¹. C'est le moins que l'on puisse écrire !

La proposition de directive tient-elle compte à la fois de l'esprit d'ouverture de l'Internet et des risques spécifiques au numérique ?

La protection du secret ne peut ignorer les nouvelles exigences de transparence, popularisées par les divulgations de WikiLeaks, et les nouveaux risques, qu'il s'agisse des réseaux sociaux (Web 2.0) ou des réseaux privés (« darknets »¹²). Sur Facebook ou d'autres réseaux publics, beaucoup d'individus peuvent malencontreusement divulguer en toute bonne foi certaines informations qui, collectées systématiquement et reliées les unes aux autres, peuvent dévoiler des secrets. La protection des secrets appelle ici une réponse autre que juridique : faut-il davantage conscientiser les salariés sur les risques des traces laissées en ligne ? Faut-il segmenter

⁹ Aujourd'hui, l'arroseur a été arrosé et on soupçonne plutôt la NSA d'avoir intercepté des informations sensibles en provenance d'entreprises étrangères ...

¹⁰ Voy. P. HIMANEN, *L'Éthique hacker et l'esprit de l'ère de l'information*, Exils, 2001.

¹¹ V. A. CUNDIFF, *Reasonable Measures to Protect Trade Secrets in a Digital Environment*, 49 IDEA 2009, p. 361.

¹² Selon la définition de Wikipedia, un « darknet (parfois appelé réseau friend-to-friend (F2F) : ami à ami) est un réseau privé virtuel dont les utilisateurs sont considérés comme des personnes de confiance... Les darknets sont distincts des autres réseaux pair à pair distribués car le partage y est anonyme (c'est-à-dire que les adresses IP ne sont pas partagées publiquement) et donc les utilisateurs peuvent communiquer avec peu de crainte d'interférence gouvernementale ni d'entreprise ».

l'information interne de l'entreprise davantage que par le passé ? Cela paraît difficile alors que, par ailleurs, le modèle de l'innovation ouverte et collaborative se développe. Les darknets, ces réseaux privés qui garantissent en principe l'anonymat, génèrent d'autres défis : ils favorisent certainement les activités illicites (l'échange d'informations confidentielles ou les atteintes au droit d'auteur), mais ils s'avèrent également précieux pour lutter contre les censures de régimes autoritaires¹³. Quelle dose de régulation est-elle adaptée à cette face cachée de l'Internet qui devient connue du grand public¹⁴ ? La question des exigences et risques du numérique vis-à-vis de la protection des secrets commerciaux est vaste et mérite un examen spécifique qui dépasse le cadre de la présente contribution¹⁵.

Champ de la proposition de directive : comparaison avec les États-Unis. Pour faire face aux violations des secrets d'affaires et aux risques d'espionnage économique, notamment en ligne, les États-Unis ont mis en place un dispositif législatif assez complet. Il comprend tout d'abord l'*Economic Espionage Act* de 1996 lequel prévoit des sanctions pénales pour la « misappropriation » de secrets d'affaires, y compris à des fins économiques. Sur le plan civil, il n'existe pas de loi fédérale, mais les États fédérés sont nombreux (au nombre de 47) à avoir adopté la Loi Uniforme sur les Secrets de Commerce (*Uniform Trade Secrets Act*¹⁶) qui a codifié le droit jurisprudentiel tout en renforçant le régime de protection (notamment en matière de dommages-intérêts). La proposition de directive n'envisage que l'harmonisation des sanctions civiles, ce qui semblera insuffisant aux partisans d'une protection maximaliste des secrets d'affaires. Il est vrai que lorsque la violation des secrets d'affaires s'apparente à de l'espionnage économique, impliquant le cas échéant des acteurs étatiques, des mesures pénales et le recours à la procédure pénale peuvent s'avérer appropriés. Au-delà du cadre législatif, il serait important d'adopter d'autres mesures pour éviter le siphonage systématique des informations secrètes et d'adopter une stratégie à l'échelle de l'Union, comparable au programme adopté en février 2013 par l'administration Obama sous le titre une « Stratégie

¹³ Sur l'activisme politique du mouvement Anonymous, voy. P. OLSON, *We Are Anonymous*, Back Bay Books, 2012 et P. JORION, *La guerre civile numérique*, Textuel, 2011. Plus généralement, voy. le livre de D. CARDON, *La démocratie Internet. Promesses et limites*, Seuil, 2010.

¹⁴ Fin 2013, des magazines papier, tel que *Télérama*, ou TV, tel que « Envoyé spécial », ont consacré des dossiers spéciaux à ce sujet.

¹⁵ Sur l'adéquation de la proposition de directive secrets d'affaires aux défis du numérique, voy. A. STROWEL et Hee-Eun Kim, *Trade Secret Directive Proposal – Does It Live Up To Web 2.0, WikiLeaks, and Open Innovation ?*, à paraître dans JIPLP, 2014.

¹⁶ 14 U.L.A. 529.

pour réduire le vol des secrets d'affaires US »¹⁷. En effet, une chose est de mettre en place un cadre juridique adapté, une autre est d'adopter des mesures concrètes permettant d'assurer une protection de facto, notamment pour renforcer la cyber-sécurité, ce que l'administration américaine a bien compris¹⁸.

Portée territoriale de la directive. Si la proposition de directive permet, comme on le verra, d'interdire l'importation de produits ayant bénéficié d'un secret d'affaires, rien n'est prévu en cas d'atteinte aux secrets commis hors de l'Union (par exemple dans le cas d'un contrevenant qui s'empare illicitement d'informations confidentielles se trouvant sur les serveurs étrangers d'une société). Il peut s'avérer important d'obtenir des mesures dans une telle hypothèse, laquelle peut être liée à une forme d'espionnage industriel sponsorisé par une autorité étatique étrangère. On pourrait songer à permettre des mesures de mise en œuvre si le secret d'affaires obtenu de manière illicite à l'étranger a des effets sur des opérateurs qui en bénéficient sur le territoire européen. Le sujet est toutefois complexe.

Au commencement était le secret – mais garder le secret est aussi souvent la fin de la protection. L'exposé des motifs de la proposition de directive (pp. 2-3) propose une bible (au commencement...) de la protection des intangibles : « Tout droit de propriété intellectuelle commence par un secret : un écrivain ne dévoile pas l'intrigue sur laquelle il travaille (futur objet du droit d'auteur), un constructeur automobile ne diffuse pas le premier croquis d'un nouveau modèle de véhicule (futur dessin ou modèle), une entreprise ne révèle pas les premiers résultats de ses expériences technologiques (objet d'un futur brevet) ou les informations relatives au lancement d'un nouveau produit de marque (future marque de commerce), etc. ».

Certes, des secrets peuvent constituer le point alpha pour des créations ou innovations, mais le secret commercial peut aussi rester l'omega de la protection, comme la recette du Coca-Cola ou une liste de fournisseurs qui ne peuvent bénéficier d'un droit de propriété intellectuelle. La quintessence du secret d'affaires ou, en tout cas, l'un des types de secrets

¹⁷ *Administration Strategy on Mitigating the Theft of U.S. Trade Secrets* (févr. 2013), voy. : http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/IPEC/admin_strategy_on_mitigating_the_theft_of_u.s._trade_secrets.pdf.

¹⁸ Outre la définition de la Stratégie précitée de l'administration, le président Obama a par exemple adopté en février 2013 un *Executive Order 13636* intitulé *Improving Critical Infrastructure Cybersecurity* (78 Fed. Reg. 11,739 (Feb. 12, 2013)), disponible sur : <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2013-02-19/pdf/2013-03915.pdf>.

d'affaires faisant l'objet du plus grand nombre de contentieux¹⁹, c'est la liste de clients. Or, pour ce type d'information confidentielle, difficile de considérer que la protection par le secret anticipe une protection par un droit intellectuel : il s'agit d'une information dénuée des qualités qui déclenchent la protection par un droit intellectuel formel²⁰. Lorsque le secret ne peut générer un objet formellement protégeable par une propriété intellectuelle, le maintien du secret peut constituer la seule fin(alité) de la protection.

Questions de terminologie. Pour désigner les informations confidentielles protégées, les dispositions légales, les entreprises et les universitaires utilisent des termes variés : « renseignements non divulgués », « informations commerciales confidentielles », « savoir-faire », « technologie propriétaire », « secret commercial », « secret de fabrique »... Dans sa proposition, la Commission a choisi d'utiliser le concept de « secrets d'affaires ». Le terme de « secret de fabrique » n'est pas paru adéquat car daté et trop lié au secteur industriel. Or, la protection du secret apparaît essentielle dans le secteur des services (représentant 70 % du PIB européen) où rien n'est « fabriqué ». Le secteur manufacturier a davantage recours aux droits de propriété intellectuelle formels comme le brevet ou le dessin ou modèle.

Le secret, une protection très valorisée par les entreprises mais mal couverte par la législation. Il est acquis que les petites et moyennes entreprises (PMEs) s'appuient essentiellement sur le secret (de leur plan d'affaires, d'informations relatives à leurs services, d'études de marché, etc.). Les entreprises de plus grande taille disposent elles de ressources pour déposer, gérer et faire respecter des droits intellectuels. D'où le paradoxe relevé dans le considérant 2 de la proposition de directive : outil sans doute « le plus utilisé par les entreprises » (notamment par les PME), le secret d'affaires est aussi « le moins protégé par le cadre juridique de l'Union ». Davantage que d'autres projets portés par la Commission, notamment en matière de brevet, la proposition de directive secrets d'affaires peut invoquer l'intérêt des PME.

¹⁹ Voy. en tout cas les chiffres pour le contentieux aux États-Unis : D. S. ALMELING *et al.*, *A Statistical Analysis of Trade Secret Litigation in State Courts*, 46 *Gonz. L. Rev.*, 2011, p. 72, note 2.

²⁰ Sauf peut-être le droit sui generis sur les bases de données consacré en Europe par la directive 96/9/CE concernant la protection juridiques des bases de données (à condition de pouvoir établir un investissement spécifique dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu, ce qui reste très hypothétique dans le cas d'une liste de clients).

B. – Analyse de la proposition de directive secrets d'affaires

Structure de la proposition de directive. La proposition de directive comprend quatre chapitres : le chapitre 1^{er} (« Objet et champ d'application ») contient des définitions, notamment du secret d'affaires, le chapitre II définit les trois actes illicites (« Obtention, utilisation et divulgation illicites de secrets d'affaires »), les deux derniers chapitres (intitulés respectivement « Mesures, procédures et réparations » et « Sanction, rapports et dispositions finales ») précisent quelles mesures doivent être prévues contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites de secrets d'affaires. Les deux premiers chapitres délimitent le champ de la protection, les deux derniers chapitres prévoient les mesures civiles de mise en œuvre.

Recette de la proposition de directive : prendre une définition connue des secrets d'affaires et ajouter certaines mesures et ingrédients prévus pour la mise en œuvre des droits intellectuels. La définition du « secret d'affaires » à l'article 2(1) de la proposition de directive reproduit à l'identique les termes de l'article 39(2) de l'Accord dit ADPIC (TRIPs en anglais) faisant partie de l'accord de l'Organisation Mondiale du Commerce (seul changement : le texte de l'ADPIC se réfère aux « renseignements non divulgués », alors que le texte de la Commission définit les « informations » secrètes²¹). Si la définition du « secret d'affaires » contenue dans la proposition est connue et communément admise, la Commission innove cependant en étendant la protection aux « produits en infraction », c'est-à-dire aux produits qui bénéficient de secrets d'affaires illicitement appropriés, on y reviendra. S'agissant des sanctions et procédures civiles pour violation de la protection du secret, où « il n'existe pas de cohérence » entre les droits des États membres (considérant 5), notamment en matière d'injonctions de ne pas faire à l'égard de tiers non concurrents, la proposition de directive reprend certaines des mesures conférées aux titulaires de droits intellectuels par la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 *relative au respect des droits de propriété intellectuelle*²². La panoplie de mesures est toutefois réduite puisque les mesures de préservation des preuves, y compris la procédure de saisie-contrefaçon (ou les Anton Piller connus au Royaume-Uni²³) permettant d'obtenir une

²¹ Le terme « renseignements » aurait sans doute été mal perçu vu le contexte un peu tendu et les accusations d'espionnage international...

²² J.O., L. 195/16 du 2 juin 2004.

²³ Que la violation de secrets d'affaires ne doive pas ouvrir la possibilité de demander en justice des Anton Piller (une saisie-description obtenue unilatéralement) est d'autant plus étonnant que ces mesures ont pour la première fois été octroyées par un juge anglais dans

information utile sur l'origine et l'importance de la contrefaçon, ainsi que les ordres permettant de saisir les biens du défendeur pour assurer le paiement des dommages-intérêts²⁴, ne sont pas des mesures que les États membres devront prévoir en cas de violation des secrets d'affaires.

Objet de la protection : le secret d'affaires. Le terme de « secret d'affaires » couvre les « informations » qui :

- a) « sont secrètes » au sens qu'elles « ne sont pas généralement connues de personnes appartenant aux milieux » concernés ou « ne leur sont pas aisément accessibles »,
- b) « ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes » et
- c) « ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables²⁵ ... destinées à les garder secrètes » (art. 2(1)).

Selon le considérant 8, « cette définition devrait exclure les informations courantes et ne devrait pas être étendue aux connaissances et compétences obtenues par des travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonctions et à celles qui sont généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui traitent habituellement le type d'informations en question ou leur sont aisément accessibles ». La définition identique des « renseignements non divulgués » au niveau international n'a pas fait l'objet d'une interprétation par un panel d'experts dans le cadre de la procédure de règlement des conflits de l'OMC. Une fois adoptée, la définition communautaire pourra faire l'objet d'une interprétation par la Cour de Justice de l'UE, et l'on peut identifier là un des apports principaux de la future directive qui fait basculer une notion tirée du droit international vers le droit européen, tout en permettant son affinement par les juges de Luxembourg²⁶.

une affaire impliquant une violation du secret commercial. Voy. à ce propos, A. STROWEL et V. HANLEY, *The Anton Piller Case and Its Legacy : In Search of a Balance in Civil Search*, in C. HEATH and A. KAMPERMAN SANDERS (eds), *Landmark Intellectual Property Cases and Their Legacy*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 105-120.

²⁴ De telles mesures sont respectivement prévues aux articles 7 et 10 de la directive 2004/48 sur la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle.

²⁵ Les « dispositions » visant à préserver le secret (au point c) visent les mesures concrètes telles que les badges d'accès à certaines zones sensibles, l'aménagement des accès informatiques à certaines données stockées, l'imposition de clauses de confidentialité aux travailleurs de l'entreprise, etc.

²⁶ Il serait utile de comparer cette définition à celle existant en droit national. Pour le droit belge, voy. les développements intéressants dans B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, op. cit., pp. 636 et s.

Objet des mesures de protection : les « produits en infraction ». Plus innovante, et interpellante à divers égards, la définition des « produits en infraction » : « les produits dont le dessin ou modèle, la qualité, le procédé de fabrication ou la commercialisation *bénéficient notablement* ? en anglais : « significantly benefit » ? d'un secret d'affaires obtenu, utilisé ou divulgué de façon illicite » (art. 2(4)). Le rapport entre le secret et les produits qui l'intègrent ou en bénéficient n'est pas davantage défini. L'extension de la protection à ces produits dérivés du secret risque de poser problème : le chef cuisinier qui a mis au point une recette soigneusement sauvegardée pourra-t-il faire interdire les préparations d'un restaurateur concurrent qui aurait illicitement obtenu et utilisé la recette restée secrète ? Et surtout comment prouver le « bénéfice notable » tiré du secret ? L'inclusion dans le champ de la protection des produits dérivés du secret ne va-t-elle pas conduire à un élargissement disproportionné du champ des actions en justice pour protéger le secret ? Ne suffira-t-il pas de démontrer qu'une entreprise a eu illicitement accès à une liste secrète de fournisseurs ou de clients pour interdire la mise sur le marché de ses produits (dont « la commercialisation bénéficie notablement » du secret) ? L'extension de la protection aux « produits en infraction » pourrait susciter des vocations à agir en justice, tout comme le levier qu'offre le brevet a généré les désormais célèbres « patent trolls »²⁷ qui s'efforcent de monétiser, sous la menace d'une injonction en justice, les brevets, pas toujours de bonne qualité, qu'ils ont acquis.

Autre étrangeté de cette définition des « produits en infraction » : on inclut les produits « dont le dessin ou modèle » bénéficie notablement du secret. Faut-il y voir un nouveau moyen d'agir en justice contre la reprise de l'apparence des produits, en principe déjà suffisamment protégée par le droit des dessins ou modèles sous ses diverses formes (le dessin ou modèle national et les deux types de dessin ou modèle communautaire), le droit d'auteur, le droit des marques tridimensionnelles et le droit de la concurrence déloyale ?

La définition des « produits en infraction » pourrait faire problème. Le terme français « en infraction » utilisé pour traduire l'anglais « infringing » est lui-même source de confusion (une infraction renvoyant en principe au droit pénal). Gageons que cette définition sera sensiblement amendée lors du travail d'adoption de la directive.

²⁷ Voy. les billets de P. Belleflamme et A. Strowel sur www.ipdigit.eu et notamment A. STROWEL, *Les « patent trolls » bientôt sur le marché européen ?* (25 oct. 2013).

Titulaires de la protection. L'article 2 définit le détenteur du secret d'affaires comme celui qui en a « licitement le contrôle ». Cette définition permet une défense du secret d'affaires « non seulement par son détenteur initial, mais aussi par les titulaires d'une licence » (exposé des motifs, p. 8). La proposition de directive ne s'aventure pas à prévoir des dispositions quant aux contrats relatifs aux secrets d'affaires, mais suppose qu'il est possible de passer un contrat et que le licencié du secret a lui aussi la possibilité d'agir au civil pour protéger l'avantage contractuellement conféré. Il restera à définir ce qu'il faut entendre par « contrôle » ; ce sera la plupart du temps une personne morale qui disposera de la faculté de contrôler à travers la mise en place d'un dispositif d'accès et de sécurité. Cela dit, une personne physique (un chef cuisinier) pourra jouir le cas échéant du contrôle sur l'information secrète (la recette).

Étendue de la protection : l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. L'article 3(1) permet donc de demander des mesures « afin d'empêcher l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites d'un secret d'affaires ou d'obtenir réparation pour un tel fait ». Comme le notait d'ailleurs la réponse des autorités françaises à la consultation publique de la Commission européenne, « la recherche des secrets des concurrents n'est pas fautive en elle-même ; elle le devient seulement lorsqu'elle est réalisée par des moyens déloyaux » ou illicites (par ex. embauche de personnel pour recueillir des secrets de fabrication).

Les paragraphes (2) à (5) de l'article 3 définissent le caractère illicite (i) des actes d'obtention, (ii) des actes d'utilisation ou de divulgation et (iii) des actes par rapport aux produits en infraction. Il faut en général que l'acte soit commis « intentionnellement » ou « à la suite d'une négligence grave ».

- (i) L'acte d'obtention est illicite s'il résulte d'un « accès non autorisé », « d'un vol », « d'un acte de corruption », « d'un abus de confiance », du non-respect d'une obligation (contractuelle), de « tout autre comportement...contraire aux usages honnêtes commerciaux ». Ce sont donc des obligations prévues dans le droit pénal (vol, corruption, etc.), le droit des contrats (violation d'une clause de confidentialité) ou le droit de la concurrence déloyale qui détermineront le caractère illicite de l'acte de divulgation. La proposition de directive renvoie donc ici aux dispositions existantes dans le droit des États membres, sans s'aventurer dans une définition de ces obligations et incriminations pénales. D'où l'effet d'harmonisation limité de la proposition de directive.
- (ii) Les actes d'utilisation et de divulgation sont illicites lorsqu'ils sont commis par des personnes qui n'ont pas le droit d'obtenir ou d'utiliser

le secret d'affaires. La protection s'étend aussi à la personne qui « savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que ledit secret a été obtenu », utilisé ou divulgué « de façon illicite ».

- (iii) Enfin, « la production, l'offre et la mise sur le marché intentionnelles et délibérées de produits en infraction, ainsi que l'importation, l'exportation et le stockage à ces fins de produits en infraction, sont considérés comme une utilisation illicite d'un secret d'affaires ». Cette présomption d'illicéité de divers actes relatifs aux « produits en infraction » n'est pas claire et va sans doute trop loin, d'autant plus que la définition de ces produits (voy. ci-dessus) laisse beaucoup de champ libre pour des actions en justice susceptibles d'affecter le jeu de la concurrence.

En vertu de l'article 4(1), certains actes de divulgation seront *licites*, notamment s'ils résultent des droits des représentants des travailleurs (point c)) ou de pratiques « conformes aux usages honnêtes en matière commerciales » (point d)). On ne peut s'empêcher de penser l'ajout de cette dernière exception est redondant par rapport au critère permettant de déterminer le caractère illicite. L'article 4(1) sur les exceptions mériterait d'être revu pour partie. De même, mais on y reviendra ci-après, l'article 4(2) qui délimite les cas empêchant d'exercer les mesures et procédures prévues pour protéger les secrets reste assez vague, ce qui pourrait paralyser l'exercice des actions pour atteinte aux secrets.

Mesures civiles de protection des secrets d'affaires. Des obligations générales, des mesures provisoires et conservatoires, des mesures résultant d'un jugement au fond et des sanctions sont respectivement prévues aux sections 1 à 3 du chapitre III et au chapitre IV.

a) Obligations générales

Nature des mesures : « justes et équitables », proportionnelles, « effectives et dissuasives ». Les articles 5 et 6 prévoient les qualités générales que doivent respecter les « mesures, procédures et réparations », notamment qu'elles soient « justes et équitables », « pas inutilement complexes ou coûteuses », « effectives et dissuasives », appliquées de manière « proportionnée », non abusives. En cela, la proposition de directive suit l'article 3 de la directive 2004/48 (et l'article 41 de l'accord ADPIC) imposant aux mesures pour atteinte à un droit intellectuel de respecter certaines exigences.

Protection des secrets au cours des procédures. L'un des apports importants de la directive, notamment pour la Belgique, est l'article 8 qui entend protéger les secrets d'affaires au cours des procédures

judiciaires²⁸. L'obligation s'appliquerait à toute personne participant à une procédure judiciaire (y compris les témoins et experts). Cependant cette obligation est limitée aux procédures judiciaires « ayant pour objet l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites d'un secret d'affaire », pas aux procédures visant à protéger des droits intellectuels (en Belgique, la question de la confidentialité fait notamment problème en cas de procédure en saisie-description). Les mesures pouvant être prises incluent des restrictions d'accès à certains documents ou aux audiences, l'utilisation de versions non confidentielles de décisions judiciaires ou la limitation de la communication de certaines pièces confidentielles au représentant légal de l'autre partie (pas à la partie elle-même) ou à l'expert soumis à une obligation de confidentialité.

b) Mesures provisoires et conservatoires. Les articles 9 et 10 imposent aux États membres des obligations assez proches de celles prévues à l'article 9 de la directive 2004/48 pour les droits intellectuels formels. Il doit être permis d'obtenir des mesures provisoires et conservatoires, telles que la cessation ou l'interdiction provisoire de l'utilisation d'un secret. On pourra aussi interdire la commercialisation de « produits en infraction » ou les saisir, y compris s'il s'agit de produits importés. On peut imaginer que certains soient tentés d'utiliser ces mesures provisoires pour bloquer l'importation de produits en provenance de pays où l'on peut soupçonner qu'il y a eu violation du secret d'affaires (pensons à la Chine...). Certes l'article 10(2) requiert des autorités judiciaires amenées à prendre une telle mesure « qu'elles évaluent son caractère proportionné, aient l'obligation de prendre en considération la valeur du secret d'affaires, les mesures prises pour le protéger, le comportement du défendeur lors de l'obtention, de la divulgation ou de l'utilisation dudit secret, l'incidence de la divulgation ou de l'utilisation illicites dudit secret, les intérêts légitimes des parties et les incidences que la décision de faire droit à la demande ou de la rejeter pourrait avoir sur ces parties, sur les intérêts légitimes des tiers, sur l'intérêt public et sur la protection des droits fondamentaux, y compris la liberté d'expression et d'information ». Cela laisse une très large marge d'appréciation au juge, ce qui n'est pas sans risque pour la sécurité juridique (notamment des importateurs). Ce volet de la protection

²⁸ L'explication de cette règle se trouve au considérant 14 : « La perspective qu'un secret d'affaires perde son caractère confidentiel pendant une action en justice décourage souvent son détenteur légitime d'engager des poursuites pour le défendre, ce qui nuit à l'efficacité des mesures et réparations prévues. Pour cette raison, il est nécessaire d'établir, moyennant des mesures de sauvegarde garantissant le droit à un procès équitable, des exigences spécifiques visant à protéger le caractère confidentiel du secret d'affaires en cause pendant les actions en justice intentées pour sa protection. »

mérite encore réflexion de façon à assurer la sécurité des parties et à éviter des distorsions du commerce international. Pour le reste, des mesures de garantie (sûreté) et sauvegarde (nécessité d'agir au fond dans un certain délai) sont prévues comme dans la directive 2004/48.

Grande lacune toutefois si l'on compare la proposition de directive secrets d'affaires à la directive 2004/48 : rien n'est prévu pour pouvoir s'assurer les preuves d'une atteinte (les articles 6 et 7 sur la possibilité d'ordonner à l'autre partie la production d'éléments de preuve ou d'obtenir une saisie-description à des fins de conservation des preuves ne sont pas repris de la proposition). On peut s'en étonner d'autant que les parties intéressées avaient mis en évidence la nécessité d'inclure des mesures facilitant la preuve d'une obtention, utilisation ou divulgation illicite de secrets d'affaires²⁹.

c) **Mesures au fond.** Les articles 11 à 14 énumèrent les mesures qu'un juge au fond doit pouvoir ordonner en cas de violation d'un secret d'affaires. On retrouve les injonctions et mesures correctives (art. 11), les dommages-intérêts (art. 13) et la publication des décisions judiciaires (art. 14). En cela, la proposition de directive transpose grosso modo aux secrets d'affaires ce que les articles 10, 11, 12, 13 et 15 de la directive 2004/48 prévoient pour les droits intellectuels. On renvoie donc aux commentaires des articles de la directive « mise en œuvre » de 2004. Précisons que des mesures correctives diverses (cessation, rappel des produits, destruction, etc.) peuvent être obtenues au fond à l'encontre des « produits en infraction » (voy. art. 11 (1) et (2)³⁰). Des mesures de sauvegarde sont toutefois prévues à l'article 12. S'agissant des dommages-intérêts, ils sont compensatoires et peuvent être calculés de diverses manières (pertes pour le demandeur, profits illicites du contrevenant, par référence aux redevances en cas de licence), tout comme en cas d'atteinte à un droit intellectuel. Les dommages-intérêts peuvent seulement être obtenus si le défendeur sait (ou doit savoir) qu'il a obtenu, divulgué ou utilisé de manière illicite un secret d'affaires ; pas de dommages-intérêts en revanche à l'encontre d'une partie qui a commercialisé des « produits en infraction ».

La proposition de directive ne crée pas à proprement parler un droit exclusif nouveau, mais prévoit une action et des mesures civiles qui

²⁹ Voy. par exemple le Report on the European Commission Conference of 29 June 2012 « Trade secrets : Supporting innovation, protecting know-how », disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/conference20120629/ts_summary_consolidatedfinal20120913_en.pdf.

³⁰ Le texte n'est pas toujours clair. Par exemple, que faut-il entendre par « la suppression de la caractéristique qui met les produits en infraction » (art. 11(2) c) ?

rapprochent la protection d'une quasi propriété intellectuelle. Rejetant l'objection d'une éventuelle restriction de concurrence, le considérant 10 souligne que « les dispositions de la présente directive ne devraient ?pourquoi ce conditionnel ?? créer aucun droit exclusif sur les savoir-faire ou informations protégés en tant que secrets d'affaires »³¹, les concurrents du détenteur du secret « devraient ?pourquoi à nouveau ce conditionnel, dont la prudence révèle peut-être une hésitation ?? être libres de soumettre à ingénierie inverse tout produit obtenu de façon licite »³². À suivre le texte de la Commission, il serait donc faux de dire que la proposition crée un nouveau droit intellectuel. En tout cas, pas de protection contre l'ingénierie inverse (art. 4(1) b)) ou l'obtention indépendante des secrets. L'article 4(1) a) précise bien que l'obtention est licite si elle résulte « d'une découverte ou d'une création indépendante »³³. Mais on peut avoir un droit intellectuel même si l'on ne peut interdire la création indépendante (c'est le cas du droit d'auteur ou du dessin ou modèles communautaire non enregistré).

Cela dit, il est correct de considérer que la protection des secrets prévue par la directive n'est pas assimilée aux autres droits intellectuels, entre autres parce que tous les moyens d'action et mesures dont bénéficient les titulaires de droits intellectuels en vertu de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 *relative au respect des droits de propriété intellectuelle* ne sont pas garantis à ceux qui peuvent invoquer une violation du secret. En outre, quand la proposition de directive traite de la durée de la protection, elle prend le soin de préciser qu'il s'agit d'un « délai de prescription » (art. 7) – non un délai de protection – de deux ans au plus³⁴ à compter de la date à laquelle le requérant a pris connaissance du dernier fait constituant une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite du « secret d'affaires ». Cela aussi laisse entendre que la directive confère une action en justice (donc un droit d'agir) plus qu'un droit intellectuel dont la durée (et d'autres facettes) serait prédéterminée. Mais la distinction ne doit pas

³¹ Voy. aussi l'exposé des motifs (p. 6) précisant, cette fois à l'indicatif, que « l'octroi de droits exclusifs n'est pas prévu » par la directive.

³² Voy. aussi l'exposé des motifs précisant que tout concurrent restera « libre d'obtenir de façon indépendante (y compris par ingénierie inverse) les connaissances protégées par le secret d'affaires » (p. 6 de l'exposé des motifs).

³³ Selon le considérant 10, « il devrait donc rester possible de découvrir indépendamment les mêmes savoir-faire et informations ».

³⁴ Ce délai relativement court est censé générer un « devoir de diligence » (considérant 13). On peut se demander s'il n'est pas trop court compte tenu des délais qui existent en droit national (par ex. délai de prescription de 10 ans en Belgique et de 6 ans au Royaume-Uni pour violation d'une obligation contractuelle (par ex. de confidentialité) ou délai de 5 ans en Belgique si l'action est basée sur la responsabilité délictuelle).

être tenue pour absolue : en précisant les conditions d'exercice de l'action (définition du secret, caractère illicite des actes répréhensibles, délai de prescription,...), la directive définit les contours d'un droit d'agir qui s'éloigne d'une maxime générale sur le comportement (à l'instar du grand principe du Code civil selon lequel « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », utilisé en France pour protéger les secrets commerciaux). En outre, l'inclusion des « produits en infraction » dans le champ de la protection révèle une forme d'« objectivisation » de la protection : contrairement à la protection offerte par le droit de la concurrence déloyale (ou de la responsabilité extra-contractuelle), lequel vise en principe à seulement sanctionner une conduite illicite, le cadre de la directive semble s'étendre aux objets incorporant le secret, puisqu'elle permet d'obtenir des mesures à l'encontre des « produits en infraction » (voy. ci-dessus). Cette extension de la protection tend donc à créer une quasi-propriété intellectuelle ou un « droit sui generis », en tout cas un régime qui ne se limite pas à sanctionner une conduite, mais s'étend aux produits dérivés. Cela n'a du reste rien d'étonnant, le droit de la concurrence déloyale (dont s'inspire en partie la proposition de directive) est lui-même toujours partagé entre une protection vis-à-vis d'une conduite ou par rapport à un objet³⁵. Il n'y a pas non plus de frontière stricte entre un droit subjectif (une propriété-maîtrise) et une action en justice (un intérêt légitimement protégé en justice)³⁶.

Protection des secrets et droits fondamentaux. L'analyse d'impact de la proposition de directive prend le soin de préciser que la proposition n'aura pas d'incidence négative en matière de droits fondamentaux, mais ajoute qu'elle « promouvra le droit de propriété et la liberté d'entreprise » (consacrés aux articles 17 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE), tout en garantissant la liberté d'expression et d'information. En vertu de l'article 4(2) de la proposition, « un usage légitime du droit à la liberté d'expression et d'information » peut paralyser la demande des mesures de protection des secrets d'affaires. La formule reste vague, ainsi que les autres causes de neutralisation telles que « la protection d'un intérêt

³⁵ Le droit de la concurrence déloyale lui-même hésite quelque peu entre une protection orientée vers une conduite illicite ou portant sur certains objets (dont la reprise ou l'imitation serait illicite). Voy. à ce propos : A. KUR, *What to Protect, and How ? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series, 2013, n° 13-12 disponible sur www.ssrn.com.

³⁶ Voy. Fr. OST, *Entre droit et non-droit, l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, tome II de *Droit et intérêt*, Ph. GERARD, F.OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), Bruxelles, Publications F.U.S.L., 1990, 202 p. Voy. aussi Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Larcier, 2005, 894 p.

légitime » (art. 4(2)e)) ou « le respect d'une obligation non contractuelle » (art. 4(2)d)) ou la révélation d'une faute ou fraude du requérant (art. 4(2)b)). (La directive ajoute encore comme cause de rejet d'une demande « la divulgation du secret d'affaires par des travailleurs à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime de leur fonction de représentation » (art. 4(2)c)).

Il est vrai que la pondération à trouver entre protection des secrets et droits fondamentaux est davantage une affaire pour la jurisprudence que pour le législateur. On retrouve ici l'évolution générale du droit qui, au cours des dernières décennies, a multiplié les droits fondamentaux (peu de demandes en justice sont dépourvues de fondement dans les textes et chartes des droits fondamentaux) au point de laisser toutes les questions délicates aux juges amenés à réaliser des balances entre ceux-ci.

II. – Équilibre entre protection des secrets d'affaires et exigence de transparence administrative dans la jurisprudence de la CJUE

La protection des secrets, comme d'autres formes de réservation des informations (par les droits intellectuels, le droit sur les données personnelles, le droit à l'image, etc.), entre nécessairement en conflit avec les exigences d'accès à l'information, dont celles tirées de la transparence administrative. Ces tensions inéluctables³⁷ ne peuvent se résoudre qu'à travers de savantes balances qui varient nécessairement selon l'intensité des exigences en cause et le moment où la divulgation intervient. Imposée à un moment donné par une exigence supérieure qui touche à l'intérêt public, une divulgation de secrets d'affaires peut ainsi devenir hautement souhaitable, ce qui nécessite de prévoir une exception. Mais dans d'autres circonstances, l'intérêt à préserver le secret, non seulement au profit de celui qui le détient, mais aussi afin de promouvoir les investissements et l'innovation future, peut l'emporter sur les besoins de transparence administrative.

³⁷ L'inéluctabilité des conflits de droits relatifs à l'information, entre des droits à l'information et des droits *sur* l'information, est elle-même un sujet qui mérite réflexion, car ces tensions intrinsèques obligent le droit à fonctionner autrement : assigner des positions juridiques a priori par l'effet de la loi devient difficile et hiérarchiser les droits, impossible. Tout cela plaide en faveur d'un règlement procédural des conflits qui intègre l'indispensable notion de temps, la valeur relative des informations évoluant fort avec son écoulement, si bien qu'une balance des droits au moment X peut pencher autrement au moment Y. On reviendra sur la relativité des pondérations à faire en fonction du moment.

Équilibre entre protection du secret et exigence de transparence dans la proposition de directive sur les secrets d'affaires. Les *articles* de la directive n'abordent pas la question de l'équilibre à trouver entre protection des secrets et promotion de la transparence dans l'accès aux documents. Où le droit privé (à contrôler une information confidentielle) entre directement en conflit avec un intérêt public (à faire circuler l'information utile au public). La proposition de directive évoque toutefois la question dans son *considérant 9* qui mérite d'être cité intégralement :

« Il est également important de définir les circonstances dans lesquelles la protection légale se justifie. Pour cette raison, il est nécessaire de déterminer quels comportements et pratiques doivent être réputés constituer une obtention, une utilisation ou une divulgation illicites d'un secret d'affaires. La divulgation par les institutions et organes de l'Union ou par les autorités publiques nationales d'informations commerciales qu'ils détiennent en vertu des obligations du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil³⁸ ou d'autres réglementations en matière d'accès aux documents ne devrait pas être considérée comme la divulgation illicite d'un secret d'affaires ».

Dans sa proposition, la Commission a donc pris position sur l'équilibre entre protection du secret et promotion de l'accès aux documents, puisqu'elle semble présupposer que toute communication ou divulgation d'un secret d'affaires imposée par les règles tant européennes que nationales en matière de transparence administrative n'est pas illicite. On peut s'attendre à ce que de larges segments de l'industrie, notamment l'industrie pharmaceutique (avec les exigences de transparence quant au contenu des dossiers de demande d'autorisation de mise sur le marché) et l'industrie chimique (avec les exigences de transparence résultant du programme REACH), contestent avec vigueur l'insertion de ce considérant 9. On peut parier sur un compromis politique qui laissera aux tribunaux et tout particulièrement à la CJUE de trancher cet épineux problème.

Le considérant 9 est étonnant en ce qu'il semble également viser « la divulgation ... par les autorités publiques nationales d'informations commerciales » en vertu « d'autres réglementations » (notamment nationales ?) que le Règlement transparence. Est-ce à dire que la directive va écarter les règles nationales en matière de transparence administrative lesquelles pourraient préserver davantage la protection des informations confidentielles communiquées dans le cadre de relations avec une administration

³⁸ Il s'agit du Règlement (CE) n° 1049/2001 dit « Règlement transparence » dont il sera question ci-dessous.

publique (marchés publics, autorisation de médicaments ou d'autres produits, mesures environnementales, etc.) ? Cette référence aux instances publiques nationales semble incorrecte sur le plan de la répartition des compétences entre niveau communautaire et national et sera sans doute, à juste titre, contestée.

Principe de publicité administrative et exception pour secret d'affaires en droit européen. En droit européen, le Règlement (CE) n° 1049/2001 *relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission*³⁹ (le « Règlement transparence ») définit les exigences de publicité pour les institutions européennes. En conférant un droit d'accès du public aux documents⁴⁰, les règles de transparence des institutions – on parle communément de « transparence administrative » – contribuent à renforcer les principes d'une démocratie ouverte⁴¹, ainsi que le respect des droits fondamentaux. Le Règlement précise bien que l'exigence de publicité s'applique à tous les documents⁴² « détenus » par une institution, y compris ceux « reçus par elle et en sa possession » (art. 2(3)). Un traitement particulier est réservé aux documents dits sensibles, qui sont classifiés SECRET ou CONFIDENTIEL parce qu'ils protègent « les intérêts fondamentaux » de l'Union ou de ses États membres, en particulier en matière de sécurité publique et de défense (art. 9). Par ailleurs, « certains intérêts publics et privés » sont garantis par le biais d'un régime d'exceptions prévues à l'article 4(1) : ainsi, le refus de donner accès à un document est justifié « dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection : a) de l'intérêt public, en ce qui concerne : la sécurité publique, la défense et les affaires militaires, les relations internationales, la politique financière, monétaire ou économique de la Communauté ou d'un État membre ; b) de la vie privée et de l'intégrité de l'individu ». C'est à l'article 4(2), premier tiret, que l'on trouve l'exception pour secrets

³⁹ Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (J.O. L 145 du 31 mai 2001, p. 43).

⁴⁰ Le système repose sur une demande écrite d'accès.

⁴¹ Comme le rappelle son considérant 1^{er} : « Le traité sur l'Union européenne consacre la notion de transparence dans son article 1er, deuxième alinéa, selon lequel le traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens ».

⁴² Un document est défini comme : « tout contenu quel que soit son support (écrit sur support papier ou stocké sous forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel) concernant une matière relative aux politiques, activités et décisions relevant de la compétence de l'institution » (art. 3(a)).

commerciaux (qui est ici incluse par référence à la « propriété intellectuelle »⁴³) :

« Les institutions refusent l'accès à un document dans le cas où sa divulgation porterait atteinte à la protection :

- des intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale déterminée, y compris en ce qui concerne la propriété intellectuelle [...] à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé » (art. 4(2)).

Intérêt commercial au secret et intérêt public à la divulgation : une pondération entre une pléthore de droits fondamentaux (en droit européen et belge). En droit européen, l'intérêt privé à protéger les secrets d'affaires et l'intérêt public en faveur de la transparence administrative peuvent tout deux revendiquer une protection sur base de diverses dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. On a déjà noté (voy. *supra*) que la protection des secrets peut s'appuyer sur les articles 17 et 16 de la Charte qui consacrent respectivement le droit de propriété et la liberté d'entreprise. Mais comme on le verra ci-dessous, l'article 7 de la Charte sur la protection de la vie privée (ainsi que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme) peut aussi être invoqué à l'appui de la protection du secret commercial.

De l'autre côté de la balance, l'article 41 de la Charte consacre le droit fondamental à une bonne administration, lequel « comporte notamment : [...] b) le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ».

En Belgique, le droit de consulter un document administratif et de s'en faire remettre copie est consacré à l'article 32 de la Constitution, mais l'indispensable pondération avec la protection des affaires n'y est pas inscrite comme dans l'article 41 de la Charte. Ce droit d'accès aux documents administratifs n'est pas absolu puisque la disposition constitutionnelle permet à la loi, au décret et à l'ordonnance d'y déroger. Les différents législateurs belges⁴⁴ ont tous fait usage de cette prérogative pour établir

⁴³ Cela n'implique pas qu'il faille ranger la protection des secrets d'affaires parmi les droits intellectuels formels. De manière similaire, l'inclusion de l'article 39 sur la protection des informations confidentielles dans l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC) ne doit pas conduire à assimiler secrets d'affaires et droits intellectuels exclusifs.

⁴⁴ Ainsi, par exemple, la loi du 11 avril 1994 en matière de publicité de l'administration prévoit à son article 6 : « L'autorité administrative fédérale ou non fédérale rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un

des exceptions au principe de la publicité des actes administratifs, dont l'exception justifiée par la protection du secret commercial⁴⁵, laquelle a fait l'objet de nombreuses interprétations par les juridictions⁴⁶.

Face à ce droit fondamental à la transparence administrative, la protection des secrets peut aussi s'appuyer sur un droit fondamental, le droit à la vie privée (art. 22 de la Constitution et art. 8 CEDH). Dans un arrêt 118/2007 (19 sept. 2007) impliquant l'accès par un concurrent évincé à certains plans inclus dans l'offre du soumissionnaire auquel le marché public avait été attribué, la Cour constitutionnelle a précisé que « les secrets d'affaires détenus par une personne physique peuvent constituer une part intégrante de sa vie privée [...] Le droit au respect de la vie privée bénéficie aussi, dans une certaine mesure, aux personnes morales [...] Dès lors, il peut être admis que le droit au respect de la vie privée des personnes morales englobe la protection de leurs secrets d'affaires⁴⁷ [...] En imposant à l'autorité administrative de transmettre aux parties devant le Conseil d'État les secrets d'affaires d'une personne morale contenus dans le dossier administratif » des dispositions légales peuvent donc « entraîner une ingérence dans la vie privée de la personne morale intéressée. Une telle ingérence doit donc poursuivre un but légitime et se trouver par rapport à ce but dans un juste rapport de proportionnalité »⁴⁸. La Cour constitutionnelle, s'appuyant sur la jurisprudence de Strasbourg⁴⁹, ajoute ainsi le droit à la vie privée (des personnes morales) comme fondement de la protection du secret commercial. Cet arrêt a posé une question préjudicielle à laquelle la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a répondu dans *Varec c. État belge*⁵⁰. La CJCE considère également que la

document administratif si elle a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection de l'un des intérêts suivants : [...] 7° le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité ».

⁴⁵ Voy. A.-L. DURVIAUX, *Le droit d'accès aux documents administratifs et les marchés publics*, in D. RENDERS, (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, Bruylant, 2008, pp. 721 à 746.

⁴⁶ Les lois sur la transparence administrative prévoient également une exception pour le droit d'auteur qu'il pourrait être intéressant de comparer à celle en faveur du secret. Sur l'exception pour le droit d'auteur, voy. : A. STROWEL, *Publicité de l'administration et droit d'auteur*, *Revue de droit communal*, 1999, 1/2, pp. 63-70 ; A. STROWEL et N. VAN DER MAREN, *Publicité de l'administration et exception en faveur du droit d'auteur : état de la question et revue de jurisprudence*, in D. RENDERS (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, Bruylant, 2008, pp. 771-791.

⁴⁷ De la même manière, la Cour de cassation belge a affirmé que l'article 8 CEDH « implique aussi la protection du secret des affaires et s'applique aussi aux personnes morales » (Cass. 2 nov. 2012, RG C.11.0018.N., concl. Van Igelgem).

⁴⁸ Cour constitutionnelle, 19 sept. 2007, n° 1118/2007, points B.6.1. à 6.4.

⁴⁹ Cour eur. D.H., 16 déc. 1992, *Niemietz c. Allemagne* et 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*.

⁵⁰ C.J.C.E., 14 février 2008, C-450/06, *Varec SA c. État belge*, § 48.

protection du secret commercial peut s'appuyer sur le droit à la vie privée des personnes morales, et reconnaît par ailleurs « la protection des secrets d'affaires comme principe général »⁵¹.

Comme toujours en cas de conflit de droits fondamentaux, toute la question est celle de la proportionnalité dans la pondération. On l'étudiera ici en droit européen et uniquement dans le contexte de la publication des informations des dossiers de demande d'autorisation de mise sur le marché de médicaments. (La question se pose de manière similaire, mais en même temps de manière différente, dans le contexte des marchés publics ou des procédures en droit de la concurrence⁵².)

Transparence et dossiers d'autorisation de mise sur le marché (AMM) de médicaments. Le Règlement transparence est applicable aux institutions européennes et à d'autres instances européennes⁵³, à l'instar de l'Agence européenne des médicaments (European Medicines Agency ou EMA). Les documents remis à l'EMA afin d'obtenir une autorisation centralisée de mise sur le marché (AMM) peuvent donc faire l'objet de demande d'accès en vertu du Règlement. Selon une politique relative à l'accès à ses documents que l'EMA a constamment appliquée jusqu'en 2007, l'accès du public aux documents contenus dans le dossier présenté par une société, y compris les rapports d'études cliniques, était généralement refusé, au motif que de telles données relevaient de l'exception pour secret d'affaires et propriété intellectuelle de l'article 4(2) du Règlement transparence. Les documents volumineux (souvent plusieurs milliers de pages) des demandes d'AMM contiennent des informations secrètes, par exemple l'exposé de méthodologies et de stratégies, ainsi que l'identification de problèmes/solutions dans le développement du produit, des analyses statistiques, etc. Ces informations ont une valeur commerciale indéniable, et peuvent donc être qualifiées de secrets d'affaires (au sens de l'art. 39 ADPIC et de la proposition de directive ; voy. ci-dessus). En 2010, l'EMA a changé sa politique et considère que les éléments des dossiers

⁵¹ *Idem*, § 49 citant entre autres : C.J.C.E., 24 juin 1986, *AKZO Chemie et AKZO Chemie UK/Commission*, 53/85, *Rec.*, p. 1965, § 28, ainsi que C.J.C.E., 19 mai 1994, *SEP/Commission*, C-36/92 P, *Rec. p.* I-1911, § 37.

⁵² Voy. l'analyse de l'exception de l'article 4(2), premier tiret du Règlement transparence in B. DRIESSEN, *Transparency in EU Institutional Law*, Kluwer, 2012, pp. 83-91. En cas de cartel par exemple, la Commission refuse l'accès au dossier, même après que la procédure se soit soldée par une décision, parce que si l'accès était garanti, cela pourrait décourager des entreprises repentantes à dénoncer l'entente afin de bénéficier d'une immunité ou réduction d'amendes (Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 2006/C 298/11, *J.O. C* 298/17).

⁵³ Le considérant 8 du Règlement transparence précise que « toutes les agences créées par les institutions devraient appliquer les principes définis par le présent règlement ».

d'AMM, en ce compris les données incluses dans les rapports d'essais cliniques, sont réputés être publics et peuvent donc être divulgués une fois que la décision d'AMM est disponible pour le médicament. L'EMA considère toutefois que certaines informations peuvent relever de la confidentialité commerciale⁵⁴.

Affaire *AbbVie c. European Medicines Agency* (Tribunal et Cour de justice de l'UE)⁵⁵. Saisie d'une demande d'un étudiant d'accéder au dossier d'autorisation pour un médicament afin de préparer une thèse (ainsi que d'une demande d'un concurrent, ensuite retirée), l'EMA a décidé en janvier 2013 de divulguer les documents, dont les essais cliniques, contenus dans un dossier d'AMM déposé par AbbVie pour un médicament « blockbuster » (générant plus d'un milliard de dollars US par an). L'EMA a considéré « qu'elle n'était soumise à aucune obligation juridique de considérer l'ensemble des informations transmises dans un dossier de demande d'AMM comme des informations confidentielles et que les informations cliniques portant sur la sécurité et l'efficacité d'un médicament autorisé pour le traitement des êtres humains ne pourraient pas être considérés comme des informations présentant un caractère de confidentialité commerciale »⁵⁶. AbbVie a introduit un recours en référé, arguant notamment que la décision de divulgation méconnaissait l'article 4(2) du Règlement transparence, mais aussi son droit à la vie privée (art. 7 de la Charte et art. 8 CEDH), ainsi que l'article 339 du Traité sur le Fonctionnement de l'UE⁵⁷. En première instance, le président a suspendu la décision de divulgation de l'EMA aux motifs (i) qu'il y a urgence et (ii) que les droits

⁵⁴ Sont considérées comme confidentielles : « les informations détaillées concernant la qualité et la fabrication des médicaments ; les informations concernant le développement du produit, y compris les informations détaillées sur la synthèse et la fabrication du principe actif ; la formulation, les procédures d'essai, la validation ainsi que les fabricants et les fournisseurs du principe actif et des excipients ; les descriptions détaillées des processus de fabrication et de contrôle du produit fini ». (Prés. TUE, 25 avril 2013, T-44/13 R, *AbbVie c. EMA*, § 10).

⁵⁵ Prés. TUE, 25 avril 2013, T-44/13 R (*AbbVie c. European Medicines Agency (EMA)*) et Vice-prés. CJUE, 28 nov. 2013, C-389/13 P(R) (*EMA c. AbbVie*). Le cabinet Covington & Burling LLP dans lequel je travaille a représenté la société AbbVie (anciennement Abbott) dans cette procédure de référé visant à suspendre une décision de l'EMA. Le présent article ne reflète nullement la position du cabinet, mais ma seule position personnelle sur la question de l'équilibre entre protection du secret et exigence de transparence administrative.

⁵⁶ Prés. TUE, 25 avril 2013, T-44/13 R, *AbbVie c. EMA*, § 19.

⁵⁷ Selon l'art. 339 TFUE, « Les membres des institutions de l'Union, les membres des comités ainsi que les fonctionnaires et agents de l'Union sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient ».

fondamentaux d'AbbVie risquaient d'être irrémédiablement préjudiciés si la divulgation était réalisée avant la décision au fond (*fumus boni iuris*).

L'importance d'obtenir une décision en référé dans une affaire de secrets commerciaux s'explique par le caractère irrémédiable d'une divulgation : « *Confidentiality, once breached, is lost forever* »⁵⁸. La balance des intérêts en référé tend par conséquent à pencher en faveur de la protection des secrets d'affaires puisqu'une décision refusant d'ordonner la communication des documents peut toujours être réparée, à l'inverse d'une décision ordonnant la divulgation. Comme le souligne le président, l'exercice du droit d'accès est simplement retardé en cas d'octroi de la mesure provisoire de suspension (« restriction temporelle à l'usage du droit »), tandis que le droit à protéger le secret serait réduit à néant en cas de rejet de la demande en référé. Le facteur temps fait primer en référé l'intérêt lié au secret sur l'intérêt lié à la divulgation. Pour le président du tribunal, l'atteinte alléguée aux droits fondamentaux d'AbbVie suffisait pour établir le risque de préjudice grave et irréparable dans l'attente d'une décision au fond (critère pour l'octroi des mesures provisoires⁵⁹).

En appel, le vice-président de la Cour de justice (K. Lenaerts) a annulé l'ordonnance en première instance, mais toutefois sans se prononcer sur l'affaire, laquelle est renvoyée devant le Tribunal de l'UE. Pour le vice-président, l'ordonnance en première instance ne contient pas une appréciation suffisamment robuste des mérites de la demande de mesures provisoires. S'il est correct de présumer, comme l'a fait le président du Tribunal en première instance, que les rapports sur les essais cliniques contiennent des secrets d'affaires, l'ordonnance aurait dû aller plus loin dans l'analyse du préjudice irréparable. Le vice-président de la Cour rejette en particulier « *la thèse selon laquelle un préjudice est par définition irréparable puisqu'il touche à la sphère des droits fondamentaux* » : « *il ne suffit pas d'alléguer, de façon abstraite, une atteinte à des droits fondamentaux pour établir que le dommage qui pourrait en découler a nécessairement un caractère irréparable* »⁶⁰.

⁵⁸ Lord Nicholls, au § 18 dans *Cream Holdings and others v. Banerjee and others*, House of Lords, [2004] UKHL 44. Voy. aussi : Ordonnance du Président du Tribunal UE, 16 novembre 2012, T-341/12 R *Evonik Degussa c. Commission*, au § 25 : « Lorsque des données confidentielles sont divulguées, leur « caractère de confidentialité » est irrémédiablement perdu » (traduction de l'allemand).

⁵⁹ Ce critère pour l'octroi des mesures en référé a également été appliqué pour octroyer des mesures provisoires à l'encontre d'une décision de la DG concurrence visant à publier une version non confidentielle plus détaillée d'une décision ayant conclu à une entente (art. 81 Traité CE) : Prés. TUE, 11 mars 2013, T-462/12 R, *Pilkington Group c. Commission* confirmé en appel par l'ordonnance du vice-prés. CJUE, 10 sept. 2013, C-278/13 P(R), *Commission c. Pilkington Group*.

⁶⁰ Vice-prés. CJUE, 28 nov. 2013, C-389/13 P(R), *EMA c. AbbVie*, § 40.

D'une balance des droits fondamentaux vers une évaluation économique de la valeur des secrets d'affaires. Afin d'évaluer si la divulgation de secrets d'affaires cause un préjudice grave et irréparable, il faut, de manière concrète, tenir compte « *d'une combinaison de circonstances, telles que, notamment, l'importance sur les plans professionnel et commercial des informations pour l'entreprise qui les fournit et l'utilité de celles-ci pour d'autres entreprises qui sont susceptibles d'en prendre connaissance et de les utiliser par la suite* »⁶¹. L'ordonnance en première instance a donc commis une erreur de droit en considérant que la prétendue violation des droits fondamentaux de la société AbbVie suffisait à établir le risque de survenance d'un préjudice grave et irréparable.

On verra en 2014 comment la pondération économique des intérêts sera opérée par le Tribunal de l'UE, d'abord en référé et puis au fond. L'affaire *AbbVie* (ainsi que l'affaire parallèle *InterMune*) ont en tout cas un impact sur la mise en place d'une politique de divulgation en présence de secrets d'affaires puisque, l'EMA est en train d'affiner sa politique de divulgation, parallèlement à la procédure judiciaire. Pour répondre au défi, l'industrie pharmaceutique (européenne et américaine) a, de son côté, développé des « Principes pour un partage responsable des données des essais cliniques » (18 juillet 2013) que les laboratoires devraient volontairement mettre en œuvre à partir du 1^{er} janvier 2014⁶².

Affinement et « gradualisation » de la politique de transparence de l'EMA. Le 17 décembre 2013, l'Agence européenne du médicament confirmait sa volonté de « transparence intégrale » en ce qui concerne les données des essais cliniques. Toutefois, elle s'efforce de définir une politique plus graduelle d'accès aux données des essais cliniques, avec diverses étapes, et reconnaît que son projet de plan d'action doit encore être amendé. Plutôt que de mettre les dossiers de demande d'autorisation sous forme « brute » à la disposition du public, l'EMA préconise désormais une approche graduelle (*stepwise approach*) laquelle implique la préparation pour publication des rapports des études cliniques (avec une

⁶¹ *Idem*, § 42.

⁶² Document disponible sur le site de l'EFPIA (European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations) : <http://www.efpia.eu/mediaroom/132/43/Joint-EFPIA-PhRMA-Principles-for-Responsible-Clinical-Trial-Data-Sharing-Become-Effective-Today>. Ces principes de partage de l'information demeurent en-deçà des souhaits de l'EMA et des groupes de défense des patients militant pour un renforcement de la régulation des essais cliniques et plus de transparence, notamment vu l'allégation de pratiques non-éthiques en cas de tests cliniques conduits sur des humains dans les pays du sud (voy. les critiques de certains groupes comme la Déclaration de Berne : <http://www.evb.ch/fr/p25021721.html> (communiqué de presse du 22 nov. 2013)).

rédaction « appropriée »), le développement d'une méthodologie pour la dés-identification des patients⁶³, la définition d'un format standard pour la soumission des données et aussi « l'introduction d'étapes préliminaires à l'accès aux données afin de tenir compte du risque d'usage commercial déloyal des données tout en assurant un accès pro-actif et non-sélectif »⁶⁴.

Réflexions finales sur la transparence démocratique et les secrets. Les règles européennes de transparence institutionnelle ont d'abord été conçues pour les institutions qui comme la Commission, le Parlement et le Conseil sont traitent directement, à travers le processus législatif, de questions d'intérêt général. Publicité et fonctionnement démocratique vont intimement de pair dans ce contexte. Ces règles de transparence institutionnelle ont migré vers d'autres institutions qui ne sont pas directement liées aux rouages démocratiques, mais dont l'intervention concerne d'autres questions d'intérêt général, qui interpellent les citoyens, parfois plus directement que le fonctionnement des institutions démocratiques, comme la santé publique (ou l'environnement). Aujourd'hui, la discussion démocratique doit aussi trouver sa place dans des enceintes spécialisées, loin des Parlements ou de l'administration. En filigrane de décisions relatives à la santé (ou à l'environnement), il existe des enjeux requérant une communication d'informations à diverses parties intéressées, au-delà des parties directement impliquées. L'extension du domaine de la transparence institutionnelle illustre la nécessité d'une « capillarisation »⁶⁵ du fonctionnement démocratique basé sur le principe de publicité. En même temps, cette diffusion d'un modèle ouvert de partage de l'information multiplie les frictions avec les intérêts privés, dont celui à la protection des secrets. Avec les nouveaux déploiements de la société de l'information autour et l'exigence accrue de transparence, les nouvelles tensions ne pourront plus se résoudre par simple référence aux droits fondamentaux ; il faudra chaque fois évaluer l'importance de l'information pour la discussion démocratique spécialisée et tenir compte de l'utilité qu'elle a pour ceux qui veulent l'utiliser ou ceux qui souhaitent la préserver.

⁶³ Ici, comme dans d'autres domaines, l'atteinte à la vie privée s'ajoute au risque concurrent d'atteinte au secret. Il serait instructif de comparer le traitement de l'exception pour vie privée et de l'exception pour secrets d'affaires à la règle de publicité des documents.

⁶⁴ Voy. le communiqué de presse *European Medicines Agency to push ahead in 2014 towards publication and access to clinical trial data*, 17/12/2013, disponible sur : http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/news_and_events/news/2013/12/news_detail_001991.jsp&mid=WC0b01ac058004d5c1.

⁶⁵ Le terme a été utilisé (depuis M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975) pour désigner la diffusion du pouvoir dans les rouages de la société de contrôle ; il peut tout aussi bien fonctionner pour désigner la multiplication des foyers de contre-pouvoirs démocratiques.