



Par Noëlle LENOIR

Avocate associée au cabinet Kramer, Levin, Naftalis et Frankel

→ RLDA 5380

La protection des secrets d'affaires devant l'ADLC : comment l'arrêt *Syndicat FILMM* du Conseil d'État du 10 octobre 2014 illustre les tensions entre cette protection et le principe du contradictoire

L'arrêt *Syndicat FILMM* du Conseil d'État du 10 octobre 2014 s'inscrit dans le mouvement de judiciarisation des procédures administratives, en l'espèce celles relatives à des pratiques anticoncurrentielles. Au nom du respect du droit à un recours effectif à un juge, le Conseil a estimé que toute partie à ces procédures devait être en mesure de contester devant lui les décisions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence déclassant une ou plusieurs pièces du dossier afin de les transmettre à une autre partie. Cette jurisprudence est également inspirée du souci de protéger les secrets d'affaires à l'origine d'une proposition de Directive en cours de discussion et d'une proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale par le Président Urvoas et les membres du groupe socialiste. Les conséquences de la création par l'arrêt du 10 octobre d'un contentieux autonome des décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de secret d'affaires sont difficilement prévisibles, ce qui pose en tout état de cause la question des moyens alloués pour l'instruction des affaires aux autorités de régulation.

CE, 10 oct. 2014, n° 367807, Syndicat national des isolants en laines minérales manufacturées

1. Par son arrêt du 10 octobre 2014, « *Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées* » (« **arrêt Syndicat FILMM** »), le Conseil d'État vient de reconnaître la possibilité de contester devant lui, le cas échéant par la voie du référé, les décisions prises par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence (« **ADLC** ») de déclasser un document confidentiel versé au dossier d'une procédure relative à des pratiques anticoncurrentielles.

2. Le Syndicat FILMM, ayant dénoncé à l'ADLC une entreprise du secteur pour pratiques commerciales trompeuses, ladite entreprise avait à son tour saisi l'Autorité en imputant au Syndicat une entente prohibée. Craignant que certains documents saisis par l'Autorité lors de l'enquête sur l'entente alléguée ne soient retenus à sa charge dans le cadre d'autres procédures, le Syndicat a demandé pour ces documents la protection du secret des affaires ; ce que le rapporteur général de l'ADLC a refusé. Pour pouvoir attaquer ce refus, le Syndi-

cat a adressé au Premier ministre une demande d'abrogation de l'article R. 464-29 du code de commerce suivant lequel « *les décisions prises par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 463-4 ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision sur le fond* » en invoquant une atteinte au droit à un recours effectif. Rappelons qu'en vertu de l'article L. 463-4 du code de commerce, c'est au rapporteur général qu'il appartient d'apprécier si la communication ou la consultation d'un document versé au dossier est ou non nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause. À défaut, cette communication ou cette consultation peut être refusée si elle met en jeu le secret des affaires. Dans ce cas, précise l'article, la partie demanderesse accède à « *une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause* ».

3. Dans l'arrêt ici commenté, le Conseil d'État a retenu le moyen invoqué par le Syndicat FILMM, à savoir qu'en différant le conten-



tieux sur les décisions du rapporteur général en matière de secrets d'affaires au moment où la cour d'appel a le cas échéant à connaître de la décision au fond de l'ADLC, l'article R. 464-29 précité portait effectivement « atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif ». Conformément à sa jurisprudence « *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire et Rassemblement des opposants à la chasse* » du 3 décembre 1999 (n° 164789 et n° 165122), le Conseil d'État a annulé le refus implicite du Premier ministre d'abroger cette disposition tout en lui enjoignant de prendre un nouveau décret dans les trois mois, soit avant la mi-janvier 2015. L'injonction n'est toutefois pas assortie d'astreinte.

4. La création d'un contentieux autonome sur la protection des secrets d'affaires durant la phase d'enquête préalable, pèsera nécessairement sur le déroulement de la procédure suivie devant l'ADLC : l'attention se concentrera désormais sur la protection des secrets d'affaires, alors que le débat s'orientait plutôt sur l'accès au dossier de plus en plus largement admis au profit tant des parties mises en cause durant la phase administrative que des victimes des pratiques recherchant, une fois l'infraction constatée, réparation judiciaire du dommage subi. Le vent, qui allait dans le sens de la transparence, tourne cette fois-ci en faveur d'une protection renforcée des secrets d'affaires.

5. Cette évolution jurisprudentielle ne change rien au fait que peu d'autorités administratives sont aussi attentives que l'ADLC à la protection des secrets d'affaires (I). En créant un contentieux autonome venant se greffer sur la procédure devant l'Autorité, l'arrêt *Syndicat FILMM* s'inscrit dans le mouvement de judiciarisation des procédures administratives (II). Si l'arrêt fait écho aux préoccupations les plus récentes des juges et du législateur européen et national en matière de secret des affaires (III), en revanche il soulève la question de savoir si l'avancée procédurale résultant de la création d'un nouveau contentieux sera à l'avantage de toutes les parties prenantes (IV).

I. – LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES DEVANT L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

6. La procédure devant l'ADLC est contradictoire, à l'exception des restrictions prévues pour assurer précisément la protection du secret des affaires. Ainsi qu'il est dit à l'article L. 463-4 du code de commerce, issu de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, en effet : « *Sauf dans les cas où la communication ou la consultation [des] documents [versés au dossier] est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles* ».

7. Ce n'est qu'après réception de la notification des griefs que les entreprises mises en cause peuvent consulter le dossier constitué par l'Autorité et présenter leurs observations. Avant même cette notification, l'ADLC veille à la protection des secrets d'affaires qui sont contenus dans les documents qu'ils soient remis volontairement par les entreprises ou saisis. L'ADLC énumère de façon indicative dans son rapport d'activité de 2001 ce que peuvent être des secrets d'affaires en estimant qu'il peut s'agir « *par exemple d'in-*

formations tenant à la rentabilité de l'entreprise, à sa clientèle, à ses pratiques commerciales, à la structure de ses coûts, à ses prix, à ses secrets et procédés de fabrication, à ses sources d'approvisionnement, à son organisation interne, à sa part de marché ainsi qu'à toutes données sensibles d'ordre commercial ». Elle s'inspire notamment de la pratique de la Commission d'accès aux documents administratifs (« CADA ») qui interprète la notion de « *secret industriel et commercial* », comme renvoyant à la protection à accorder aux informations économiques et financières, aux savoir-faire ainsi qu'aux documents stratégiques de l'entreprise.

8. C'est au rapporteur général de l'ADLC de décider s'il y a lieu ou non à confidentialisation de certaines pièces ou parties de documents, dans les conditions prévues aux articles R. 463-13 à 15 du code de commerce. Dans une première hypothèse, toute personne (saisissant, mis en cause ou tiers) peut, suivant l'article R. 463-13, dans le mois de leur transmission à l'Autorité, demander le classement en annexe confidentielle de documents en précisant, pour chacun d'entre eux, l'objet et les motifs de la demande. De même, lorsque l'instruction de l'affaire fait apparaître que des documents, n'ayant pu faire l'objet d'une demande de protection, peuvent mettre en jeu le secret des affaires, le rapporteur général invite la partie concernée à présenter si elle le souhaite une demande de protection. Dans une seconde hypothèse, mentionnée à l'article R. 463-15, le rapporteur peut au contraire estimer nécessaire de déclasser des documents pour permettre leur consultation en version confidentielle par une ou plusieurs parties, soit pour l'exercice de leurs droits de la défense, soit « *pour les besoins du débat devant l'Autorité* ». Un tel déclassement peut aussi être sollicité par requête motivée par toute partie mise en cause (à l'exclusion du plaignant ou de tiers) ne se satisfaisant pas de l'accès à la seule version non confidentielle des documents.

9. En cas de classement – total ou partiel – d'un document, il en est tenu compte dans les actes de procédure. Ainsi, lors des débats oraux devant l'Autorité, le président de séance peut inviter les parties à quitter la salle au moment où doivent être évoqués des documents couverts par le secret des affaires. De même, la décision au fond de l'Autorité est notifiée aux parties en différentes versions respectant les exigences de la confidentialisation décidée par le rapporteur général.

10. Ce dernier ne peut rejeter une demande de classement d'un document que si elle a été faite hors délai ou sans respecter le formalisme requis, ou encore si elle est manifestement infondée. La personne dont les documents sont susceptibles d'être déclassés est invitée, dans tous les cas, à présenter ses observations préalables.

11. Ce dispositif exclut toute divulgation au public de la version confidentielle des documents concernés : seules les parties peuvent en prendre connaissance (Lemaire Ch., La protection du secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une évolution bienvenue, JCP E 2006, 1161). Les personnes à qui est ainsi rendue accessible la version confidentielle des documents sont astreintes à une obligation de secret pénalement sanctionnée, l'article L. 436-6 du code de commerce renvoyant aux peines prévues à l'article 226-13 du code pénal pour violation du secret professionnel (un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende).

12. La Cour de cassation a admis la validité des restrictions ainsi apportées au principe du contradictoire dans l'intérêt de la pro-



tection des secrets d'affaires. Ainsi, dans un arrêt du 2 janvier 2010 rendu à propos des procédures d'engagements devant le Conseil de la concurrence, elle a cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris ayant annulé pour atteinte au contradictoire une décision du Conseil en jugeant qu'il appartenait à la cour de vérifier si le fait qu'une partie n'avait pas eu accès à l'intégralité du dossier avait porté atteinte aux intérêts de cette dernière (Cass. com., 2 févr. 2010, n° 08-70.449, Bull. civ. IV, n° 26).

13. À la rubrique « Questions-réponses relatives à la protection du secret des affaires » de son site internet l'ADLC met en garde contre toute demande de protection excessive des données qui « risque de se retourner contre les intérêts du demandeur », lorsqu'ensuite le déclassement aura à être prononcé en faveur d'une ou plusieurs parties ; et ce, même si en pratique, le rapporteur général accorde dans la majorité des cas la protection demandée.

14. Le contentieux des décisions du rapporteur général portant classement ou au contraire déclassement d'un document, qui est donc lié au contentieux sur la décision au fond de l'ADLC, s'avère peu abondant. Parmi les affaires à l'occasion desquelles des décisions relatives à des secrets d'affaires ont été contestées devant la cour d'appel de Paris, on peut citer l'arrêt *Moulinex* de 1992. Alors que la société requérante invoquait comme moyen d'annulation de la décision du Conseil de la concurrence la communication irrégulière de contrats commerciaux transmis lors de l'enquête préalable, la cour d'appel a jugé que, dès lors « qu'il n'est ni allégué, ni démontré que la communication desdites pièces ait en quelque manière affecté la décision prise par le Conseil sur le fond de la saisine, seule déferée à la censure de la cour, le moyen de nullité tiré de la violation du secret des affaires ne peut qu'être rejeté » (CA Paris, 27 mai 1992, BOCCRF 16 juin 1992). Dans le même sens, dans l'affaire *Digicel*, en réponse à France Telecom qui invoquait la nullité de la procédure devant l'Autorité de la concurrence pour n'avoir pas été en mesure de demander le traitement confidentiel de certaines données, la Cour de cassation a jugé que « la violation du secret ne saurait entraîner la nullité de la procédure, donc de la décision [attaquée], que s'il résulte de cette violation une atteinte irréparable et concrète aux droits de la défense, dont la preuve incombe à l'entreprise qui s'en plaint » (CA Paris, 23 sept. 2010, n° RG : 2010/00163). Cette jurisprudence, qui fait pencher la balance du côté des droits de la défense plutôt que vers la protection des secrets d'affaires, est maintenant confrontée à l'arrêt *Syndicat FILMM* dont les conséquences à terme sur l'équilibre entre les deux impératifs sont, il faut le reconnaître, difficilement prévisibles.

II. – LA CRÉATION D'UN CONTENTIEUX AUTONOME RELATIF AUX DÉCISIONS DU RAPPORTEUR GÉNÉRAL DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE SUR LE SECRET DES AFFAIRES

15. Dans son recours contre le rejet implicite du Premier ministre d'abroger l'article R. 464-29 précité du code de commerce, le Syndicat FILMM a notamment invoqué l'article 6§ 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH ») sur le droit à un procès équitable et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« DDHC ») sur la garantie des droits dont le Conseil constitutionnel a en effet fait découler le droit à un recours effectif à un juge (Dans sa décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, le Conseil constitutionnel a pour la première fois censuré une disposition

législative considérée comme portant « une atteinte substantielle » au droit au recours effectif à un juge).

16. Le Conseil d'État a fait droit partiellement à l'argumentation du syndicat requérant. Il a établi une distinction entre « les décisions tendant à ce que certaines pièces de l'instruction, ou certains éléments de ces pièces, soient couverts par le secret des affaires ou maintenus sous cette protection » (décisions de classement ou de maintien de classement) et « les décisions impliquant, au contraire, la communication ou la consultation de documents ou informations pour lesquels cette protection a été demandée ou précédemment accordée » (décisions de refus de protection du secret d'affaires demandée par une partie et décisions d'octroi de la levée de ce secret en faveur d'une autre partie).



Avec l'arrêt Syndicat FILMM, le contradictoire reprend donc ses droits en ce qui concerne les décisions de déclassement de certains documents prises par le rapporteur général de l'ADLC.

17. Il a considéré que les premières « ne sont pas susceptibles de porter atteinte au secret des affaires, mais seulement au caractère contradictoire de la procédure suivie dans l'affaire que l'Autorité instruit au principal et ne peuvent, dès lors, être regardées comme détachables de cette procédure ». Il y a lieu de rappeler en effet que le contradictoire n'a pas valeur constitutionnelle, mais seulement législative (Cons. const., 13 nov. 1985, n° 85-142 L). Il ne s'impose pas dans le cadre de procédures administratives, comme vient de le rappeler le Conseil constitutionnel dans une décision rendue sur une QPC relative à la procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière. Dans cette affaire, le Conseil a fait valoir « que les pouvoirs conférés au rapporteur [...] (notamment des pouvoirs d'investigations) s'exercent au cours d'une phase d'enquête administrative préalable à la décision du procureur général de classer l'affaire par décision motivée ou de la renvoyer devant la Cour avec des conclusions motivées [...] ; qu'en n'organisant ni une procédure contradictoire, ni un contrôle juridictionnel à ce stade de la procédure, les dispositions des articles L. 314-3 et L. 314-4 [du code des juridictions financières] ne méconnaissent pas la garantie des droits des personnes pouvant faire l'objet d'enquêtes ou d'investigations préalables au renvoi d'une affaire devant la Cour de discipline budgétaire et financière » (Cons. const., 24 oct. 2014, n° 2014-423 QPC, consid. 18).

18. Avec l'arrêt *Syndicat FILMM*, le contradictoire reprend donc ses droits en ce qui concerne les décisions de déclassement de certains documents prises par le rapporteur général de l'ADLC. Selon le Conseil d'État, elles sont détachables de la procédure administrative car « susceptibles de faire grief, par elles-mêmes, aux parties dont émanent les pièces ou éléments en cause », de sorte que « eu égard à l'ampleur et au caractère potentiellement irréversible des effets de ces décisions » (du fait de la communication du document), l'article R. 464-29 du code de commerce contrevient au droit au recours. Le Conseil a estimé que la possibilité d'obtenir a posteriori réparation du préjudice que ces décisions sont susceptibles d'occasionner, était insuffisante. Il n'a pas davantage retenu l'argument relatif à la saisine du conseiller auditeur sur la base de l'article L. 461-4 du code commerce ; l'appel au conseiller



auditeur pour contester le refus du rapporteur général de classer un document en annexe confidentielle ne pouvant, en dépit de la qualité de magistrat et de l'indépendance de ce dernier, être assimilé à un recours d'autant que le conseiller auditeur n'a pas de pouvoir de décision.

19. La distinction ainsi opérée entre les décisions de classement d'un document, mesures préparatoires ne faisant pas grief, et les décisions de déclasser, actes détachables produisant par eux-mêmes des effets juridiques, renvoie à la jurisprudence du juge de l'Union. Cette jurisprudence, qui remonte aux années 80, est bien établie. Il est vrai qu'elle s'appuie des dispositions constitutionnelles issues des traités. L'article 339 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »), repris du traité de Rome, indique que « 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 ». L'article 27.2 du règlement 1/2003 (Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité) précise quant à lui que « Les droits de la défense des parties concernées sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure. Elles ont le droit d'avoir accès au dossier de la Commission sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués », ce à quoi fait écho l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Enfin, selon l'article 16, alinéa premier, du règlement 773/2004 : « Les informations, y compris les documents, ne sont pas communiquées ni rendues accessibles par la Commission dans la mesure où elles contiennent des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles appartenant à une personne quelconque » (Règl. (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE).

20. Depuis l'arrêt *Akzo* du 24 juin 1986 (CJCE, 24 juin 1986, aff. 53/85, *Akzo Chemie BV et Akzo Chemie UK Ltd*, pt. 20), la Cour de Justice de l'Union européenne (« CJUE ») accueille les recours contre le refus de la Commission européenne de garantir un traitement confidentiel à des documents dans le cadre de poursuites pour pratiques anticoncurrentielles. Elle considère en effet que ce refus « revêt un caractère définitif et est indépendant de la décision devant intervenir sur l'existence de l'infraction » en relevant que « la possibilité dont dispose l'entreprise d'intenter un recours contre une décision finale constatant une infraction aux règles de concurrence n'est pas de nature à lui donner une protection adéquate de ses droits en cette matière ». Elle note en particulier que le recours contre la décision finale de la Commission « ne fournit de toute façon pas à l'entreprise le moyen de prévenir les effets irréversibles qu'entraînerait une communication irrégulière de certains documents ».

21. Cette jurisprudence a été plusieurs fois réaffirmée par des ordonnances du président du Tribunal de l'Union européenne rendues en référé tendant à obtenir le sursis à exécution du déclasser de documents confidentiels fournis par les entreprises requérantes à la Commission (Trib. UE, ord. 20 déc. 2001, aff. T-213/01 R, *Österreichische Postsparkasse* ; Trib. UE, ord. 20 déc. 2001, aff. T-214/01 R, *Bank für Arbeit und Wirtschaft* ; Trib. UE, ord. 7 nov. 2003, aff. T-198/03 R, *Bank Austria Creditanstalt* ; Trib. UE, ord. 11 mars 2013, aff. T-462/12 R,

Pilkington Group). Dans une ordonnance de 2012 dans une autre affaire *Akzo* (Trib. UE, ord. 11 mars 2013, aff. T-345/12 R, *Akzo Nobel et a.*), le président du Tribunal souligne qu'en cas de publication immédiate des informations litigieuses, « il serait à craindre que le droit fondamental des requérantes à la protection de leurs secrets professionnels, consacré à l'article 339 TFUE, à l'article 8 de la CEDH et à l'article 7 de la charte, soit irréversiblement vidé de toute signification en ce qui concerne lesdites informations. Dans le même temps, les requérantes risqueraient de voir compromettre leur droit fondamental à un recours effectif, consacré à l'article 6 de la CEDH et à l'article 47 de la charte, si la Commission était autorisée à publier les informations en cause avant que le Tribunal ait statué sur le recours principal » (idem, pt. 33).

22. L'arrêt *Syndicat FILMM* se lit également dans le prolongement de l'arrêt *Apple* du 30 décembre 2013 (CE, 30 déc. 2013, n° 347076, *Apple*) dont il reprend pour partie la motivation. Dans cette affaire, le Conseil d'État a annulé un article du Code de la propriété intellectuelle, au motif qu'en ne prévoyant la possibilité de contester les décisions du Président de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (« Hadopi ») en matière de secrets d'affaires qu'à l'occasion du recours contre la décision au fond de cette autorité, la disposition méconnaissait le droit au recours effectif.

23. Le contexte de l'affaire *Apple* est cependant très différent de celui des enquêtes relatives à des pratiques anticoncurrentielles. Dans le cas de l'Hadopi, la révélation de données à un acteur du secteur vise à éviter que les mesures techniques destinées à la protection des droits d'auteur et voisins empêchent l'interopérabilité des systèmes et services (C. propr. intell., art. L. 331-32). À cet effet, l'Hadopi a le pouvoir d'enjoindre à un opérateur de donner accès à un demandeur aux « informations essentielles » nécessaires à cette interopérabilité. Seules les informations déclassées par décisions du Président de l'Hadopi peuvent néanmoins être communiquées. L'arrêt *Apple*, en ouvrant la possibilité d'une contestation contentieuse de ces décisions, ouvre un débat sur le secret, mais aussi sur ce qui est utile à l'interopérabilité en tant qu'impératif d'une saine concurrence.

24. L'arrêt *Apple* se distingue également de l'arrêt *Syndicat FILMM* en ce qu'il ne différencie pas les décisions selon qu'elles assurent la confidentialisation des documents ou au contraire leur communication, alors que, conformément à la jurisprudence de l'Union, dans l'arrêt *Syndicat FILMM*, le Conseil d'État considère les décisions de classement d'un document en annexe confidentielle comme des mesures préparatoires ne faisant pas grief, ce qui rejoint la jurisprudence de la CJUE.

III. – LES PROPOSITIONS DE PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES EN DROIT FRANÇAIS ET EUROPÉEN

25. Les arrêts *Apple* et *Syndicat FILMM* ne sont certainement pas étrangers au regain d'attention portée à la protection des secrets d'affaires. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (« CrEDH ») et de la CJUE en ont fait une composante du droit fondamental à la vie privée des entreprises. À titre d'exemple, dans son arrêt du 14 février 2008, *Varec*, la CJUE évoque « le droit fondamental d'une entreprise au respect de la vie privée, consacré à l'article 8 de la CEDH, et à l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, étant précisé que la notion



de «vie privée» ne doit pas être interprétée comme excluant l'activité commerciale d'une personne morale » (CJUE, 14 févr. 2008, aff. C-450/06, Varec, pts. 47 et 48).

26. La prise de conscience de l'intérêt général d'une protection renforcée des secrets d'affaires s'est par ailleurs traduite par le dépôt de deux propositions législatives, en France et au niveau de l'Union européenne. Aux États-Unis, l'application des lois sur la protection des secrets d'affaires tant civiles (calquées sur le « *Uniform Trade Secrets Acts* », modèle-type de législation à disposition des États) que pénale (« *Cohen Act* » de 1996) donne lieu à un contentieux abondant. Ce n'est pas encore le cas en Europe. Toutefois, une proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (« **proposition de Directive** »), présentée par la Commission en 2013, est en cours de discussion (Proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (Secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, 28 nov. 2013, COM/2013/0813 final - 2013/0402 (COD)). De même, une proposition de loi (Proposition de loi n° 2139 relative à la protection du secret des affaires, présentée par les membres du groupe socialiste, républicain et citoyen et apparentés, le 16 juillet 2014), déposée en 2014 à l'Assemblée nationale par MM. Bruno Le Roux, président du groupe socialiste et Jean-Jacques Urvoas, président de la Commission (« **proposition de loi Urvoas** »), devrait être débattue au début de l'année 2015.

27. Se fondant sur l'accord ADPIC conclu dans le cadre de l'OMC et ratifié par l'Union européenne, la proposition de Directive vise à harmoniser les règles en matière de secrets d'affaires, qui s'avèrent particulièrement disparates et fragmentées dans les États membres. Ainsi, en France, ces secrets sont protégés par des dispositions éparpillées dans le Code du travail, le Code de la propriété intellectuelle, le Code de commerce, le Code monétaire et financier, et le Code pénal pour ne citer que ceux-là. Le plus souvent d'ailleurs, la répression de la violation des secrets d'affaires passe par les dispositions générales en matière d'abus de confiance ou de concurrence déloyale. En créant un socle commun de règles sur la protection des secrets d'affaires, la proposition de Directive entend préserver le potentiel d'innovation lié aux activités de R&D en Europe. Comme le souligne Jean Lapousterle, « *mieux protégés, ces secrets n'auraient plus vocation à être enfouis, mais davantage à circuler dans un cadre sécurisé, reflétant ainsi une tendance croissante de l'économie mondiale à concevoir et exploiter les idées innovantes en réseau* » (Lapousterle J., Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne, Recueil Dalloz 2014, p. 682). Aussi, la définition proposée du secret des affaires, directement issue de celle de l'accord ADPIC (Accord ADPIC, art. 39.2 sur les « *renseignements non divulgués* »), est-elle essentiellement économique : une information couverte par le secret remplit trois critères : elle ne doit pas être connue ou même simplement aisément accessible aux professionnels du milieu concerné ; sa valeur économique est attachée à son caractère secret ; et elle a fait l'objet de la part de son détenteur de mesures raisonnables pour en préserver la confidentialité, la charge de la preuve incombant à l'entreprise.

28. La violation d'un secret d'affaires est caractérisée dès son appropriation illicite, et non pas seulement en cas de divulgation ou utilisation non autorisée. Le contrevenant doit avoir agi intentionnellement ou par suite d'une grave négligence.

29. Le dispositif mis en place est de nature exclusivement civile et non pénale. Les États membres doivent donc de manière générale prévoir des « *mesures, procédures et réparations nécessaires pour qu'un recours civil soit disponible contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites de secrets d'affaires* » (Proposition de directive, art. 5). Les mesures ordonnées par les juges peuvent être conservatoires ou prises dans le cadre d'un jugement au fond. De l'injonction de cesser l'acte illicite jusqu'à la saisie des biens importés ou produits en infraction en vue de les restituer ou de les détruire, le tout aux frais du contrevenant, la gamme des mesures est étendue. Les États sont en outre invités à prévoir un recours en réparation du préjudice tant matériel que moral tout en permettant l'évaluation du dommage sur une base forfaitaire pour faciliter l'indemnisation.

30. Des dispositions spécifiques sont destinées à protéger les secrets d'affaires au cours d'instances judiciaires dans l'hypothèse où l'entreprise arguant de la violation d'un secret déposerait un recours pour faire valoir ses droits. Il serait paradoxal en effet qu'une entreprise accusant un concurrent de violation de ses secrets se trouve contrainte de les révéler lors de l'instruction de l'affaire ou à l'audience. Aussi, sur le modèle des procédures en droit de la concurrence européen, la proposition de Directive confère-t-elle au juge saisi le pouvoir de restreindre l'accès des parties ou des tiers aux documents couverts par le secret, et/ou aux audiences lors desquelles il en est fait état. Le juge peut aussi décider de ne donner accès qu'à une version non confidentielle des décisions judiciaires à l'issue du litige.



La prise de conscience de l'intérêt général d'une protection renforcée des secrets d'affaires s'est par ailleurs traduite par le dépôt de deux propositions législatives, en France et au niveau de l'Union.

31. La proposition de loi Urvoas comporte des dispositions comparables auxquelles s'ajoute un volet pénal. La définition qu'elle donne du secret des affaires reprend les critères énoncés par la proposition de Directive en application de l'accord ADPIC précité. Le juge est également doté de pouvoirs étendus pour assurer, à titre préventif, correctif ou répressif, la protection des secrets d'affaires. Le juge des référés peut « *prendre toute mesure de nature à prévenir ou à faire cesser l'atteinte* » alléguée. Il « *peut également ordonner toutes mesures urgentes sur requête lorsque les circonstances exigent que ces mesures ne soient pas prises contradictoirement, notamment lorsque tout retard serait de nature à causer un préjudice difficilement réparable au demandeur* ». Il peut aussi demander « *la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du demandeur ou ordonner la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers de tout produit ou support soupçonné de permettre l'atteinte au secret des affaires ou d'en résulter* » (Proposition de nouvel article L. 151-3 du code de commerce). Le juge du fond, sans préjudice de la réparation du dommage subi, peut quant à lui adresser des injonctions, ordonner des saisies et interdire à toute personne « *de prendre connaissance ou de faire une quelconque utilisation ou communication de l'information protégée et prohiber toute acte subséquent, tel que la commercialisation de marchandises ou de services élaborés au moyen du*



secret des affaires concerné » (Proposition de nouvel article L. 151-4 du code de commerce).

32. La violation du secret des affaires devient en outre une incrimination pénale spécifique, étant précisé qu'il n'y a bien entendu pas infraction dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret, ou lorsque celui-ci est communiqué à des tiers autorisés que sont les autorités juridictionnelles ou administratives compétentes (dont l'ADLC).

33. À l'instar enfin de ce qui est prévu dans la proposition de Directive, la proposition de loi permet aux juridictions de limiter l'accès des parties aux informations et pièces qui sont couvertes par le secret, notamment en limitant cet accès à la version non confidentielle d'une pièce, ou en n'autorisant que sa consultation sur place et sans reproduction « *sauf si la production intégrale de cette pièce est nécessaire à l'exercice du droit à un procès équitable* » (Proposition de nouvel article L. 151-7 du code de commerce).

34. Ces textes, une fois adoptés, pourraient exercer une certaine influence sur le contentieux généré par l'arrêt du 10 octobre 2014. D'une part, dans le cadre de ce nouveau contentieux, le juge saisi pourra prendre toute mesure durant l'instruction ou à l'audience de nature à préserver la confidentialité des informations objets du litige, si la personne qui en a demandé le déclassement contesté intervient dans la procédure ; ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. D'autre part, la proposition de loi pourrait avoir un impact sur les suites pénales de la violation de leur obligation de secret par les parties ayant eu accès dans le cadre de la procédure devant l'ADLC à des documents confidentiels. En effet, selon l'article L. 151-8 nouveau du code de commerce qui est proposé « *Le fait pour quiconque de [...] révéler sans autorisation ou de détourner toute information protégée au titre du secret des affaires [...], est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende* » (sans préjudice de peines complémentaires et des peines prévues au cas où la personne morale est jugée responsable). Ces peines sont sensiblement plus élevées que celles prévues en cas de violation du secret professionnel (un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende) auquel renvoie l'article L. 436-4 précité du code de commerce et il appartiendra donc au juge, s'il estime qu'il y a concours d'infractions, d'en tirer les conséquences.

IV. – ET MAINTENANT ?

35. Ouvrir une nouvelle voie de recours aux justiciables n'est certainement pas critiquable en soi. Le fameux arrêt *Ravon* en 2008 (CtEDH, 21 févr. 2008, n° 18497/03, *Ravon et a. c/ France*) de la Cour européenne des droits de l'homme avait ainsi conduit le législateur français à étendre les possibilités de recours non seulement contre les décisions initiant des visites domiciliaires et saisies pour les besoins des enquêtes administratives de l'Autorité de la concurrence, mais aussi contre le déroulement des opérations. L'article L. 450-4 code de commerce sur les visites et saisies avait en effet été modifié dès les lendemains de cette décision pour permettre aux personnes chez qui ont lieu des visites domiciliaires d'interjeter appel devant le premier président de la cour d'appel des ordonnances du juge des libertés et de la détention les autorisant ainsi que des mesures prises pendant les opérations.

36. En dehors du fait que cette réforme a eu pour effet de prolonger parfois de plusieurs années la durée des procédures devant l'ADLC, l'arrêt *Syndicat FILMM* n'a pas la même portée symbolique

que l'arrêt *Ravon*. Celui-ci concerne les garanties procédurales accompagnant les perquisitions et saisies au cours desquelles sont prises des mesures coercitives, alors que l'instruction des dossiers par l'Autorité de la concurrence ne comporte pas de telles mesures. L'arrêt *Syndicat FILMM* ne fait que judiciaireiser le débat contradictoire sur le secret des affaires qui a lieu entre l'ADLC et les parties concernées.

37. Certes, selon une jurisprudence constante, les informations justifiant une protection sont celles « *dont non seulement la divulgation au public, mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci* » (Trib. UE, 18 sept. 1996, aff. T-353/94, *Postbank*, pt. 87). Ceci ne justifie pas néanmoins d'assimiler la communication d'une pièce confidentielle pour les besoins du contradictoire dans le cadre d'une procédure, et l'utilisation d'une information confidentielle par exemple pour en tirer un avantage économique. Dans le cas d'un déclassement d'une pièce par le rapporteur général de l'ADLC en vue de la communiquer à une autre partie, il n'y a pas appropriation illicite et encore moins divulgation ou utilisation non autorisée des secrets d'affaires. La partie à laquelle la pièce a été communiquée se voit en effet interdire formellement d'en faire un quelconque usage, notamment dans une procédure autre que la procédure considérée.

38. Ces précautions expliquent peut-être pourquoi il n'était pas jusqu'ici clairement apparu indispensable en France d'ouvrir un nouveau contentieux lors de la phase administrative devant l'Autorité de la concurrence. L'arrêt *Syndicat FILMM* va-t-il générer un contentieux de masse ? Les documents versés aux dossiers des enquêtes concurrence se comptent par milliers et le travail d'analyse des demandes de confidentialisation auquel l'ADLC doit se livrer est à l'évidence très accaparant. En dehors même du risque de paralysie de l'institution, il ne faut pas négliger le fait que certaines parties ainsi que des tiers peuvent également avoir intérêt à ce que les décisions de l'ADLC portant sur des pratiques anti-concurrentielles n'interviennent pas dans des délais excessifs. Il en est de même des victimes des pratiques qui, selon la loi de 2014 sur la consommation sont tenues, pour pouvoir intenter une action collective, d'attendre que la décision sur l'affaire soit devenue définitive (« *follow on* ») (C. consom., art. L. 423-17).

39. La célérité des procédures a été reconnue par le Conseil d'État comme un impératif d'intérêt général. Dans l'arrêt *Canal Plus* du 21 décembre 2012 (CE, 21 déc. 2012, n° 362347, *Sté Groupe Canal Plus*), le Conseil a rejeté l'argument des sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi qui soutenaient que le refus de leur communiquer l'intégralité du dossier concernant la prise de contrôle exclusif de TPS CanalSatellite devait entraîner l'annulation la décision de l'ADLC sur cette opération, estimant que « *eu égard [...] à l'impératif de célérité qui caractérise l'économie générale de la procédure d'examen des projets d'opération de concentration [...], le caractère insuffisant du seul résumé du paragraphe 110 transmis aux parties [...] ne peut être considéré comme ayant entaché la décision attaquée d'irrégularité* ».

40. L'histoire dira si l'arrêt *Syndicat FILMM* conduit à la multiplication des recours. En ouvrant une brèche dans le bloc de compétences créé par le législateur au profit de la cour d'appel de Paris, l'arrêt limite en tout état de cause l'effet d'allongement des délais d'instruction du fait de la saisine du Conseil d'État, notamment du



juge des référés, qui décide en dernier ressort. Le paradoxe, non résolu par l'arrêt, est qu'en l'état du droit, la procédure devant le Conseil d'État (comme devant le juge judiciaire), ne permet pas de restreindre le contradictoire pour préserver la confidentialité des secrets d'affaires. Comme il a été vu, tant la proposition de Directive susvisée que la proposition de loi *Urvoas* remédient à cette lacune en autorisant le juge à restreindre l'accès des parties à certaines pièces du dossier, voire aux audiences. Ces textes ne sont toutefois pas encore en vigueur. Dès lors, l'entreprise qui voudrait aujourd'hui contester une décision de déclassement du rapporteur général de l'ADLC, ne sera nullement assurée que le secret en sera gardé au cours de l'instance judiciaire.

41. L'arrêt *Syndicat FILMM* illustre en définitive les tensions qui existent entre divers objectifs déterminant la plus ou moins grande accessibilité au dossier des enquêtes de concurrence. D'un côté, les juridictions consentent de plus en plus facilement à donner accès au dossier, notamment pour permettre aux victimes d'obtenir réparation du préjudice subi du fait des pratiques incriminées (T. com. Paris, 15^e ch., 24 août 2011, n° 2011/014911 ; T. com., 1^{re} ch., 8 nov. 2011, n° 2010/073867 ; T. com. Paris, 15^e ch., 16 mars 2012). D'un autre côté, ces mêmes juridictions, et plus récemment le législateur lui-même tant européen que national, marquent une volonté de plus en plus affirmée de garantir aux entreprises qu'à l'occasion d'instances judiciaires, leurs secrets d'affaires ne seront pas indûment communiqués aux autres parties ou aux tiers.

42. Pour transcender ces tensions, une piste devrait être explorée dans la ligne de la réforme du règlement de procédure du Tribunal de l'Union européenne présentée le 14 mars 2014 et de la proposition de Directive précitée. Ainsi, dans la proposition de rédaction de l'article 103 dudit règlement de procédure il est prévu que « [...] le Tribunal peut décider de porter à la connaissance de l'autre partie principale les renseignements ou pièces confidentiels, le cas échéant en subordonnant leur divulgation au respect d'engagements spécifiques visant à la réserver aux seuls représentants de la partie principale concernée, ou de ne pas les communiquer en précisant, par voie d'ordonnance motivée, les modalités permettant à cette autre partie principale dans la plus large mesure possible, de faire valoir ses observations, notamment en ordonnant la production d'une version non confidentielle ou d'un résumé non confidentiel des renseignements ou pièces, comportant leur contenu essentiel ». De la même façon, selon l'article 8 de la proposition de Directive « lorsque, en raison de la nécessité de protéger un secret d'affaires ou secret d'affaires présumé [...] l'autorité judiciaire décide que des éléments de preuve qui se trouvent licitement sous le contrôle d'une partie ne doivent pas être divulgués à l'autre partie, et lorsque ces éléments de preuve importent pour la solution du litige, l'autorité judiciaire peut autoriser la divulgation de ces informations aux représentants légaux de l'autre partie et, si nécessaire, aux experts agréés, pour autant qu'ils soient soumis à » une obligation de confidentialité prévue dans la proposition de Directive. Ces dispositions pourraient utilement être transposées au niveau de la procédure administrative devant l'ADLC. L'Autorité pourrait ainsi réserver durant l'instruction aux seuls représentants des parties et aux experts l'accès à certaines pièces confidentielles et aux

audiences au cours desquelles ces pièces sont évoquées. Cette pratique, explicitée dans les propositions mentionnées ci-dessus, a déjà été mise en œuvre par le Tribunal (Trib. UE, 13 juill. 2006, aff. T-464/04, *Impala* ; Trib. UE, 9 juill. 2007, aff. T-282/06, *Sun Chemical Group BV* ; Trib. UE, 13 sept. 2010, aff. T-279/04, *Éditions Odile Jacob SAS* ; Trib. UE, 13 sept. 2010, aff. T-452/04, *Éditions Odile Jacob SAS*). Dans ces cas, les avocats et éventuellement les experts sont invités à signer un accord de confidentialité aux termes duquel ils s'engagent à ne pas communiquer les informations confidentielles à leurs clients.

43. L'ADLC avait d'ailleurs elle-même proposé en 2009, lors de l'enquête administrative, une formule semblable dans l'affaire des commissions interbancaires sur les chèques remis à fins d'encaissement, en réservant aux seuls avocats des parties l'accès à la *data room* (CA Paris, 23 févr. 2012, n° RG : 2010/20555). Pour vérifier les tarifs pratiqués par les banques, un sondage de prix avait été effectué sur la base de données auxquelles les banques ont demandé l'accès. L'Autorité de la concurrence avait distingué deux hypothèses : les banques se voyaient reconnaître un accès direct aux données les concernant ; elles ne disposaient, en revanche, que d'un accès médiatisé par leurs avocats aux données des banques concurrentes. Face aux objections formulées par les parties, le Président de l'Autorité a finalement pris la décision de communiquer l'ensemble des données directement à l'ensemble d'entre celles-ci (CA Paris, 23 févr. 2012, n° RG : 2010/20555, préc.). Dès lors qu'un contentieux peut désormais être ouvert pour contester les décisions de l'Autorité de communiquer des pièces confidentielles à une ou plusieurs parties, une telle solution se justifierait pleinement. Elle représente un bon compromis entre le contradictoire et la protection des secrets d'affaires. Elle pourrait en outre dissuader les entreprises ayant obtenu le classement de documents les concernant de se pourvoir contre la décision du rapporteur général de les communiquer, non aux autres parties, mais à leurs seuls avocats, et éventuellement aux experts. L'article 8 de la proposition de Directive qui prévoit d'instaurer cette possibilité lors des instances judiciaires au cours desquelles les parties débattent d'éventuels cas de violation des secrets d'affaires paraît se heurter à l'opposition d'une partie des États membres, ce qui est fort regrettable. Mais rien n'empêche d'ouvrir par la loi ou le décret cette possibilité dans le cadre de la procédure administrative devant l'ADLC (formule dite « *attorney's eye only* » en droit américain).

44. Indépendamment du risque de créer un contentieux de masse relatif au secret des affaires qui prendrait le pas sur l'instruction des dossiers, l'arrêt *Syndicat FILMM* soulève en filigrane la question des moyens à disposition des autorités de régulation, et singulièrement en France de l'ADLC. Comme l'a montré la crise bancaire aux États-Unis en ce qui concerne l'autorité américaine des marchés financiers (la « *Securities and Exchange Commission* ») dont les moyens avait été réduits au fil du temps, la meilleure façon d'entraver l'action de ces autorités est de les priver de ressources. C'est pourquoi, après l'arrêt *Syndicat FILMM*, on ne peut que souhaiter qu'à la création d'un contentieux nouveau correspondent des moyens logistiques et humains supplémentaires, provenant en priorité des services du ministère des finances les mieux pourvus dont les agents sont bien au fait des problématiques du marché. ■