

La protection du secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une réforme nécessaire et adaptée



L'entrée en vigueur, le 27 décembre 2005, d'un décret tant attendu, vient rendre effective l'ordonnance du 4 novembre 2004 qui régit la protection du secret des affaires dans les procédures devant le Conseil de la concurrence. Cela résulte d'une prise de conscience des institutionnels et du législateur que la valeur de l'entreprise tient plus à son patrimoine informationnel qu'à son patrimoine corporel, ce qui a pour principal effet de déplacer la question de la gestion des risques au sein de celle-ci. Cette réforme nécessaire n'a toutefois pas apporté plus de précisions sur la notion de "secret des affaires".

Le "secret des affaires", une notion imprécise

La notion de secret des affaires ne fait l'objet d'aucune définition par les textes communautaires ou français qui, pourtant, y font référence. En droit communautaire, par exemple, l'article 287CE fait implicitement référence aux secrets d'affaires en précisant que le secret professionnel couvre notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient. Les jurisprudences communautaire et française viennent préciser les contours de la notion en jugeant que les secrets d'affaires sont des informations dont la divulgation ou la transmission à un tiers peut gravement léser les intérêts de l'entreprise concernée. De manière générale, ont été considérés comme tels, les informations commerciales, stratégiques, de savoir-faire sensibles, celles concernant la rentabilité de l'entreprise, sa clientèle, ses procédés de fabrication, sa politique de vente, etc.

Des lacunes aux améliorations du dispositif antérieur

Le dispositif français de protection du secret des affaires devant le Conseil de la concurrence résultait de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, certes lacunaire, jusqu'à la réforme du 4 novembre 2004, comparé au droit communautaire où la protection du secret des affaires, considérée comme un principe général du droit communautaire, fait l'objet d'une attention précise.

En droit français, l'identification des informations constituant des secrets d'affaires restait précaire, tout comme l'accès à celles-ci. En effet, soit toutes les parties y avaient accès, fussent-elles des secrets d'affaires, soit aucune d'elles et le Conseil ne pouvait s'en servir. A l'inverse, en droit communautaire, le plaignant ne peut pas accéder aux secrets d'affaires des entreprises poursuivies ; la Commission peut néanmoins utiliser la pièce considérée. Par ailleurs, même si le président du

Conseil disposait d'un pouvoir propre pour statuer sur les demandes de secret des affaires, aucun recours autonome n'avait été institué. Or, attendre la décision au fond risquait d'être trop tard lorsque l'information confidentielle avait été découverte chez un tiers et que l'entreprise concernée n'avait pu être avertie, et n'aurait accès à son dossier qu'à compter de la notification des griefs. Au contraire, les décisions de la Commission relatives au secret des affaires font l'objet d'un recours indépendant de la décision de fond. Enfin, l'ordonnance de 1986 n'assurait aucune protection du secret d'affaires au moment de la publication intégrale de la décision du Conseil.

La loi sur les nouvelles régulations économiques de 2001 avait toutefois permis d'assouplir les règles relatives au refus de communication de pièces devant le Conseil. Le président pouvait limiter le refus à certaines mentions et déléguer à un vice-président la décision de refuser une pièce. Une pratique était également apparue devant le Conseil : le rapporteur rédigeait une note, présentant les informations, qui remplaçait, avec l'accord de l'entreprise, les pièces confidentielles ; il pouvait également disjoindre la saisine initiale du Conseil afin de préserver la confidentialité des informations lorsqu'une procédure était engagée contre plusieurs entreprises concurrentes.

La portée d'une réforme nécessaire

L'ordonnance du 4 novembre 2004 a pris acte des revendications des professionnels. Elle crée une "annexe confidentielle" qui limite l'accès des informations relevant du secret des affaires, aux seules personnes à qui elles sont nécessaires dans l'exercice de leurs droits. Elle concilie également le principe du contradictoire avec la protection du secret des affaires lors de la consultation du dossier. Enfin, elle prévoit la possibilité d'une publication limitée des décisions du Conseil.

Son décret d'application précise la mise en œuvre de la procédure d'accès aux informations devant le Conseil. Lorsque les informations susceptibles de contenir des secrets d'affaires sont transmises au Conseil directement par l'entreprise qui en revendique la protection, celle-ci signale, à l'occasion de sa communication au Conseil, celles mettant en jeu le secret des affaires et motive sa demande de classement en annexe confidentielle. L'entreprise fournit séparément une version non confidentielle ainsi qu'un résumé des éléments dont elle demande le classement. Elle peut désigner les entreprises à l'égard desquelles le secret des affaires serait susceptible de s'appliquer. Lorsque les informations ne sont pas communiquées directement par l'entreprise au Conseil mais par un organisme tiers à la suite d'une enquête, le rapporteur invite l'entreprise à présenter, si elle le

souhaite, une demande de classement en annexe confidentielle, si la demande n'a pas déjà été formulée. La négligence du rapporteur engage sa responsabilité.

Quand le classement est demandé, le président du Conseil peut refuser, en tout ou partie, d'accéder à cette demande soit parce que la demande n'est pas conforme aux dispositions légales, soit qu'elle s'est faite tardivement, soit qu'elle est manifestement infondée.

Dans tous les cas, le décret présume que les informations, documents ou parties de documents pour lesquels une demande de classement n'a pas été présentée sont réputés ne pas mettre en jeu le secret des affaires.

Inversement, le rapporteur et une partie mise en cause peuvent considérer qu'une pièce classée leur est nécessaire, sous réserve de motivation pour la seconde. Dès lors, le rapporteur avise la personne qui a demandé le classement, qui accepte ou refuse. Dans ce dernier cas, le président du Conseil est saisi pour confirmer le caractère secret ou non de la pièce. Aucun recours immédiat de l'entreprise concernée ne peut avoir lieu avant la décision finale.

Une fois le déclassé obtenu, l'information sera accessible au commissaire du gouvernement ainsi qu'à la ou les parties mises en cause. Le président a la faculté de ne communiquer les pièces qu'à certaines d'entre elles.

Cette réforme de la protection du secret des affaires a été rendue

nécessaire et répond partiellement aux interrogations des professionnels. Elle marque une avancée législative effective et s'inscrit dans la continuité de la proposition de loi du député Bernard CARAYON, actuellement en débat à l'Assemblée nationale, relative à la protection des informations économiques.

Par ailleurs, Alain JUILLET, Haut Responsable chargé de l'intelligence économique, a pris l'initiative de réunir, dans les prochaines semaines, un groupe de travail interministériel, afin de proposer d'ici à un an un texte législatif sur la protection des secrets d'affaires. ☺

Par Jean Gratien BLONDEL

Avocat à la cour
Cabinet du MANOIR de JUAYE

