



LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES APRÈS LA DÉCISION « FILMM » DU CONSEIL D'ÉTAT

18 novembre 2014 | Mayer Brown



e-COMPETITIONS

MAYER • BROWN

Laurence Idot

Professeure, Université Paris II
Panthéon-Assas, Comité scientifique
de la revue *Concurrences*

Virginie Beaumeunier

Rapporteuse générale
de l'Autorité de la concurrence

Nathalie Jalabert-Doury

Associée, Mayer Brown Paris

INTRODUCTION



Laurence Idot

Le thème d'aujourd'hui est un pur sujet de procédure : le mécanisme des recours contre les décisions en matière de secret d'affaires en droit français de l'article R. 464-29 c. com. Il vient d'être partiellement remis en cause par un arrêt du Conseil d'État du 10 octobre 2014, l'arrêt FILMM. Avant d'en débattre de manière plus précise, il semble intéressant de replacer cet arrêt dans un contexte plus général...

Cet arrêt s'inscrit dans un contexte plus général, qui est caractérisé tout d'abord par une tension croissante entre transparence et secret. En dehors du droit de la concurrence, une illustration récente est fournie la proposition de directive du 28 novembre 2013 relative à la protection du savoir faire et des informations non divulguées contre une utilisation illicite. Cette proposition, qui a fait l'objet d'un accord du Conseil, a été transmise au Parlement européen au moment où était déposée en France une proposition de loi en juillet 2014

relative à la protection du secret des affaires. Il est à noter que l'on trouve dans ces textes une définition des « secrets d'affaires » centrée sur la notion de secret.

Cette tension est bien connue en droit de la concurrence. Elle explique que l'on ait mis en place dans l'ensemble des procédures concurrence devant les autorités spécialisées les mécanismes plus ou moins perfectionnés de protection des secrets d'affaires qui vont nous retenir aujourd'hui. Sur ce point, l'on assiste à un déplacement du débat dans le temps. Les contentieux sur la confidentialité interviennent moins au cours du déroulement de la procédure administrative qu'à l'issue de celle-ci, au moment de la publication de la décision finale, comme l'affaire Pilkington devant le juge européen, ou encore à l'occasion des contentieux ultérieurs en réparation, comme l'affaire National Grid devant le juge britannique.

La montée en puissance des débats sur les mécanismes de recours est une deuxième évolution intéressante. Pour ce qui concerne le droit de la concurrence, on l'a connu il y a quelques années, avec le

débat sur les mécanismes de recours en matière d'enquêtes. On pense bien sûr aux arrêts Ravon et Primagaz qui ont conduit à revoir le système français de contrôle judiciaire des enquêtes mais l'on pourrait également mentionner le tout récent arrêt Delta de la Cour européenne des droits de l'homme du 2 octobre 2014, l'arrêt Delta, sur le contentieux du déroulement des enquêtes concurrence en République tchèque. La requérante a notamment invoqué l'article 13 CEDH et soutenu « qu'elle ne disposait d'aucun recours effectif se rapportant aux motifs de l'inspection, à son but et à la manière dont elle a été effectuée ». Certes, la Cour n'a pas estimé nécessaire de se prononcer sur ce point, car elle a donné raison à la requérante sur le terrain de l'article 8 CEDH, mais l'arrêt illustre l'intérêt du sujet qui nous retient aujourd'hui.

Pour nous éclairer sur le sens et la portée de l'arrêt FILMM, nos deux intervenantes commenceront par dresser un bilan du système actuel à la lumière de cet arrêt puis jetteront un regard prospectif sur la manière dont les recours pourront se dérouler à l'avenir. ■

LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES APRÈS LA DÉCISION « FILMM » DU CONSEIL D'ÉTAT

18 novembre 2014 | Mayer Brown



I - LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES

Nathalie Jalabert-Doury



**LES SAISINES DE NOUVEAUX ENTRANTS
N'ONT PAS VOCATION À CONSTITUER UN
NOUVEL ARTICLE 145 CPC !**

La préoccupation de la protection du secret des affaires a grandi au fur et à mesure de l'exploitation des pouvoirs d'enquête par les services d'instruction de l'Autorité, qui atteint aujourd'hui un niveau très élevé. Or, les procédures d'enquête n'ont pas vocation à accroître la transparence entre les concurrents d'un marché. Quant aux saisines de nouveaux entrants, elles n'ont pas vocation à constituer un nouvel article 145 CPC pour obtenir, sur la base d'une vague accusation de discrimination, une vérification complète de la conformité des acteurs historiques et y piocher ce qui pourra être utile pour servir de base à des contentieux judiciaires.

L'article L. 463-4 du code de commerce organise la protection de la confidentialité en deux temps. Sont d'abord classées comme secrets d'affaires les pièces qui sont désignées comme tels par l'entreprise. À ce

stade, le contrôle est léger et le classement quasi-automatique. Dans un second temps, les pièces qui mettent en jeu l'exercice du contradictoire peuvent être déclassées en tout ou en partie. Cette opération est plus délicate, notamment en raison des difficultés d'interprétation de l'article R. 463-15 du code de commerce : la notion de « besoins du débat » est particulièrement floue, et le « secret des affaires » n'est d'ailleurs pas lui-même défini. Et il n'y a d'alternative qu'entre classement et déclasser, l'Autorité ayant pour l'heure renoncé à mettre en œuvre des mesures intermédiaires comme celles utilisées par la Commission européenne (data room, communication à une liste limitée de personnes).

Virginie Beaumeunier

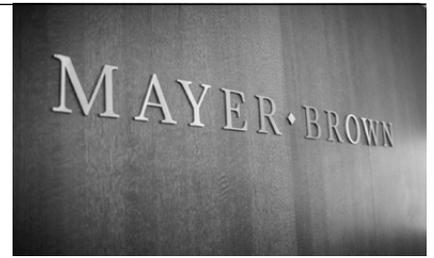


**L'AUTORITÉ TIEN COMTE DU SECRET DES
AFFAIRES, SON RÔLE EST DE CONCILIER SA
PROTECTION AVEC LES BESOINS DU
CONTRADICTOIRE.**

L'arrêt Filmm semble reposer sur une méprise quant à la réalité de la procédure en cause. Il affirme dans son

considérant 4 que le rapporteur général apprécie si des informations ou documents relèvent ou non du secret des affaires. En réalité, il s'agit bien plus de gérer le secret des affaires au regard du contradictoire. Les demandes de classement sont presque systématiquement accordées. Le déclasser, qui peut poser problème aux entreprises, intervient à la demande d'une partie mise en cause ou du rapporteur, pour les besoins du débat. La question est différente en droit de l'UE où la place du contradictoire est moindre, le sujet intervenant principalement pour la publication des décisions finales.

Il faut également rappeler que les plaignants ne peuvent solliciter directement le déclasser d'une pièce. C'est l'Autorité qui décide de leur soumettre les pièces classées dont elle estime nécessaire d'établir la valeur probatoire. Ces décisions ne sont pas prises à la légère, l'Autorité s'efforce de tenir compte de la réalité du secret, mais l'exigence de contradictoire peut imposer de passer outre. La situation peut également varier en fonction de la nature des procédures en cause (sanction ou engagements). Enfin, la procédure de déclasser elle-même est contradictoire et peut consommer beaucoup de temps des parties en cause, alors qu'aucune protection n'existe en appel... ■



II – LES PERSPECTIVES OUVERTES PAR L'ARRÊT FILMM DU 10 OCTOBRE 2014

Laurence Idot

L est temps d'en venir à l'arrêt Filmm et à ses conséquences sur les procédures françaises. En l'espèce, le Conseil d'État était saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision implicite du Premier Ministre de refuser d'abroger l'article R. 464-29 du code de commerce, lequel prévoit que les recours contre les décisions concernant la protection ou l'accès donné à des secrets d'affaires sont possibles uniquement à l'occasion du recours contre les décisions intervenant au fond. Le Conseil d'État donne partiellement raison au requérant en introduisant une distinction suivant que la décision de la Rapporteuse générale accorde ou refuse la protection au titre des secrets d'affaires. C'est uniquement lorsque la protection est refusée qu'il est demandé au Ministre d'abroger le texte. Pour laisser place à la discussion, je me bornerai à deux remarques.

En premier lieu, c'est une nouvelle illustration du fait que les procédures concurrence sont écartées entre les deux Europe. Ce texte n'est pas nouveau. C'est la reprise de l'article 19 du décret du 19 oct. 1987 qui, avec l'ensemble du mécanisme initial de protection des secrets d'affaires avait été vivement critiqué par la doctrine. Il a pourtant fallu attendre le règlement n° 1/2003 pour que ce système soit substantiellement revu et aligné en partie sur la solution européenne, mais le pouvoir de classer ou de déclasser les pièces restait entre les mains du Président. C'est uniquement à la suite de la réforme de 2008 que la gestion des demandes de protection a été transférée au Rapporteur général. L'on n'est toutefois pas allé au bout de la transposition du modèle. En droit de l'Union, depuis l'arrêt Akzo de 1986, les contestations en matière de secrets d'affaires sont portées devant le Conseiller auditeur, qui adopte des décisions elles-mêmes susceptibles de recours devant le juge. En France, le conseiller auditeur n'a aucun de ces pouvoirs. Il faut par ailleurs tenir compte également des exigences de la CEDH qui peuvent avoir des conséquences pratiques indéniables sur le déroulement des procédures. On l'a vu avec le contentieux sur les enquêtes. En l'espèce, le requérant invoquait l'article 6 CEDH et le droit à un recours juridictionnel effectif, ainsi que l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Pour donner partiellement raison au syndicat, le Conseil d'État se fonde toutefois uniquement sur l'article 16 de la Déclaration des droits.

Ce faisant, le Conseil d'État reste fidèle à lui-même. La solution est justifiée au regard d'un arrêt du 30 décembre 2013 rendu dans le cadre de la loi Hadopi. L'article R-331-65-IV CPI prévoit de la même manière que les décisions prises par le Président en matière de secrets d'affaires ne sont susceptibles de recours qu'avec les décisions au fond ce qui a été jugé incompatible. Les arguments de l'Autorité soutenant que le précédent Hadopi n'était pas transposable n'ont visiblement pas convaincus. Plus intéressant encore, le Conseil d'État rallume d'une certaine manière la guerre des juges consécutive au transfert du contentieux opéré par la loi du 6 juillet 1987, que le gouvernement avait pris soin de ne pas raviver lors de la réforme de 2008. Comme le mécanisme de recours contre les décisions de déclassement est jugé incompatible, cela signifie qu'il faut revenir au régime de droit commun et que le recours devra être porté devant le juge administratif. Le considérant 6 *in fine* est très clair.

Nathalie Jalabert-Doury



L'ARRÊT FILMM POURRAIT BIEN INVITER LES SERVICES D'INSTRUCTION À MOTIVER DÉSORMAIS LES DÉCLASSEMENTS

L'arrêt Filmm pourrait bien inviter les services d'instruction à motiver désormais les déclassements

La question posée au Conseil d'État dans cette affaire était double : un recours immédiat est-il nécessaire ? Dans l'affirmative, lequel ?

Le Conseil d'État a répondu à la première question en distinguant les cas où le rapporteur général accepte de déclasser un document et ceux où il refuse. Un recours immédiat n'est nécessaire que dans le premier cas, quand il existe une atteinte potentiellement irréversible au secret des affaires, non contrecarrée par la possibilité de saisir le conseiller auditeur ou d'engager une action indemnitaire.

Sur la deuxième question, le Conseil d'État renvoie au recours de droit commun de l'article R. 311-1 du code de justice administrative, qui lui donne compétence, tout en précisant qu'il s'agit du recours applicable en l'absence de disposition législative confiant le recours aux juridictions judiciaires. Et il faut avoir que cela

ferait sens. La solution proposée par le Conseil d'État en l'état est en effet curieuse car deux ordres de juridictions distincts examineront des recours différents en fonction du contenu de la décision entre classement et déclassement.

Il faudra voir à l'usage comment ce recours fonctionne. Sa seule existence pourrait d'ailleurs avoir pour effet d'inciter les services d'instruction à motiver désormais les déclassements.

Virginie Beaumeunier



TANT QUE LE CONSEIL D'ÉTAT N'AURA PAS DÉFINI CE QUE RECOUVRENT LES « BESOINS DU DÉBAT », LA PRATIQUE DE DÉCLASSERMENT DE L'AUTORITÉ POURRA DIFFICILEMENT ÉVOLUER.

Le Conseil d'État donne la solution quant au recours effectif puisqu'il se déclare compétent. L'Autorité en prend acte. À court-terme, il ne se passera rien : simplement le texte litigieux va être abrogé, et le code de justice administrative va s'appliquer. Tout y est prévu. Les entreprises concernées auraient en tout cas intérêt à agir en référé car si le Conseil tarde à rendre ses décisions, l'Autorité ne pourra pas attendre sauf à ralentir les dossiers. Par ailleurs, le recours a pour objet de protéger le secret des affaires, mais on ne sait comment ce dernier sera protégé lors de la procédure devant le Conseil.

La question essentielle est celle de savoir ce que recouvrent les « besoins du débat », et non pas simplement, comme l'affirme le Conseil d'État, de savoir si une pièce relève du secret des affaires. Il va donc devoir s'atteler à cette tâche... Et l'Autorité attend de connaître la définition qu'il en donnera. Mais tant que le Conseil d'État n'aura pas fait ce travail de définition, la pratique de déclassement de l'Autorité ne pourra guère évoluer. Rien ne changera probablement au stade du classement, car le système en deux temps reste utile. Enfin, l'Autorité sait distinguer les cas dans lesquels se pose une question légitime de protection du secret des affaires et n'est pas dupe des recours dilatoires.

En conclusion, l'Autorité gère le secret plus qu'elle ne le définit pour le protéger en soi. La question se pose justement parce que l'Autorité est très attachée au respect du contradictoire. ■

CONCURRENCES :

REVUE TRIMESTRIELLE DÉDIÉE AUX DROITS INTERNE ET EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE



Concurrences est une revue universitaire trimestrielle dédiée aux droits interne et européen de la concurrence. Créée en 2004 par Laurence Idot, Frédéric Jenny et Nicolas Charbit, la revue est un forum de discussions entre universitaires, magistrats et praticiens du droit de la concurrence. En quelques années, Concurrences est devenue une revue de référence en matière de droit et politique de la concurrence et de la régulation, tant en France qu'à l'international. Ses analyses et opinions ont apporté une contribution décisive à certains débats et réformes. Son rayonnement en dehors du champ des spécialistes est tel que plusieurs personnalités publiques de premier plan ont publié des points de vue dans ses colonnes : Jacques Barrot, Pervenche Berès, François Hollande, Christine Lagarde, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy... Depuis octobre 2007, la revue Concurrences figure dans le classement du CNRS des revues à comité de lecture dans le champ de l'économie et de la gestion (section 37). ■

DEPUIS 2004

36

Numéros publiés

7000

Articles publiés

250

Pages en moyenne par N°

800

Auteurs nouveaux chaque année

INSTITUT DE DROIT DE LA CONCURRENCE :

EDITEUR SPÉCIALISÉ INDÉPENDANT

L'Institut de droit de la concurrence est une maison d'édition dédiée au droit de la concurrence et à la régulation économique et à l'économie industrielle. Il a été créé en 2004 par Nicolas Charbit. L'objectif de l'Institut est de promouvoir la recherche en droit de la concurrence et de la régulation. L'Institut organise à cette fin des séminaires en Europe et aux Etats Unis et édite des revues et bases de données en langues française et anglaise. Afin d'assurer indépendance, rigueur et objectivité, chacun de ces séminaires et publications est placé sous la supervision d'un comité scientifique et/ou d'un comité éditorial. Grâce à ses travaux, l'Institut est devenu en quelques années un groupe de réflexion et un centre de recherches de référence en droit de la concurrence et de la régulation.

L'Institut organise de manière régulière des conférences et séminaires à Paris, Bruxelles, Londres et, plus récemment, New York et Washington. Depuis 2004, plus de 200 événements ont eu lieu, réunissant un total de plus de 7000 personnes. La plupart de ces événements ont donné lieu à publication dans la revue Concurrences. Ces séminaires peuvent prendre différents formats : conférences annuelles, déjeuners débats, cycles de conférences, ou, dîners.

INTERVENANTS

Joaquin Almunia, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bill Kovacic, Kai-Uwe Kuhn, Bruno Lasserre, Cecilio Madero, Carles Esteva Mosso... ■

DEPUIS 2004

200

Conférences et séminaires : Paris, Bruxelles, Londres, New York, Washington

150

Actes publiés

900

Intervenants

7000

Participants