



Par Noëlle LENOIR

Avocate associée au cabinet Kramer,
Levin, Naftalis et Frankel

→ RLDA 5630

La consécration d'un nouveau contentieux autonome des décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de levée des secrets d'affaires

Le décret n° 2015-521 du 11 mai 2015 (JO du 13 mai) consacre, en son article premier, le droit de toute partie devant l'Autorité de la concurrence (« ADLC ») de contester au contentieux à tout stade de la procédure les décisions du rapporteur général refusant la protection du secret des affaires ou accordant la levée de ce secret en déconfidentialisant les pièces concernées du dossier. Ce décret, qui est la suite logique de l'arrêt *Syndicat FILMM* du Conseil d'État du 10 octobre 2014 (commenté dans cette revue, voir RLDA 2014/99, n° 5380), ouvre un nouveau contentieux autonome qui devrait permettre dans l'attente de l'introduction en droit français d'une législation spécifique sur le secret des affaires, de mieux cerner les contours de ce dernier. Cette évolution est d'autant plus opportune qu'à l'heure du *Big Data*, les enjeux économiques et sociaux de la protection des secrets d'affaires sont considérables.

L'article 1^{er} du décret du 11 mai 2015 relatif aux décisions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence en matière de protection du secret des affaires doit se lire en creux. Remplaçant les dispositions de l'article R. 464-29 du code de commerce qui disposaient que « les décisions prises par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 463-4 [sur le pouvoir du rapporteur de refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces couvertes par le secret] ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision de l'Autorité sur le fond », il limite ce report aux seules décisions « qui accordent la protection du secret des affaires ou qui refusent la levée du secret ». Il faut en déduire *a contrario* que les décisions de déconfidentialisation de pièces du dossier par le rapporteur général de l'ADLC peuvent être contestées au contentieux pendant le cours de la procédure. Sans que le décret ne l'évoque davantage, on en déduit également que ce recours doit être intenté devant le Conseil d'État compétent, en vertu de l'article R. 311-1 du code de justice administrative, pour connaître en premier et dernier ressort des recours dirigés contre les décisions administratives des organismes collégiaux à compétence nationale. Il s'agira certainement de recours en référé, puisque de la solution apportée dépendra la suite de la procédure.

Ainsi le Premier ministre a-t-il déféré quasiment en temps et en heure à l'injonction qui lui a été faite par le Conseil d'État dans l'arrêt *Syndicat FILMM* précité de prendre dans les trois mois un décret ménageant la possibilité d'un recours immédiat contre les décisions de déconfidentialisation de pièces devant l'ADLC.

Rappelons que, dans cet arrêt *Syndicat FILMM*, le Conseil d'État met fin à une réglementation qui *de facto* privaient les intéressés du droit au recours, des lors qu'en ne pouvant contester la déconfidentialisation de pièces concernant à leurs yeux leurs secrets d'affaires qu'à l'occasion du recours contre la décision de l'ADLC sur le fond, le mal était fait : le secret avait entretemps été dévoilé ! C'est la raison pour laquelle, dans son arrêt *Syndicat FILMM*, le Conseil d'État avait alors retenu que les décisions de déconfidentialisation de pièces sont « 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 », l'article R. 464-29 du code de commerce contrevient au droit au recours.

Certes, des précautions existent depuis l'origine puisqu'au regard de l'article L. 463-4 du code de commerce précité, le rapporteur général de l'ADLC doit en principe protéger les pièces « compor-



tant des éléments mettant en jeu le secret des affaires » et ne les déconfidentialiser que si l'exercice des droits de la défense le justifie. Mais dans l'arbitrage à opérer entre les droits de la défense d'une partie, d'un côté, et le droit d'une entreprise à la protection de ses secrets d'affaires au titre de sa vie privée, d'autre part, le balancier avait naturellement tendance à pencher du côté des droits de la défense. Désormais, la protection du secret des affaires sera parallèlement assurée tout au long de la procédure par l'ADLC mais surtout, en cas de recours, par le juge.

La création de ce nouveau contentieux autonome va-t-il retarder l'instruction des dossiers du fait de recours en masse ? L'histoire le dira. On peut seulement observer que cela n'a pas été le cas devant la Cour de Justice européenne qui depuis de longues années connaît ce type de contentieux. Par ailleurs, il y a fort à penser qu'à l'instar de l'ADLC, le Conseil d'État se calera la plupart du temps sur l'appréciation portée par la Commission d'accès aux documents administratifs (« CADA ») sur les documents qui doivent rester couverts par le secret en matière industrielle et commerciale.

N'en déplaise à ceux qui voient dans la protection des secrets d'affaires une menace pour la liberté d'expression, nul ne peut nier qu'aujourd'hui la valorisation d'une entreprise – de la plus petite à la plus grande, qu'elle soit publique ou privée – dépend

étroitement de la préservation de ses savoir-faire, de sa stratégie industrielle et commerciale et en définitive de son potentiel d'innovation, et ce, en dehors de la protection par brevet. Or avec la dématérialisation et le *Big Data*, les informations sont techniquement stockables sans limitation et accessibles tout aussi facilement. De là, la préoccupation en Europe, après les États-Unis où la protection légale des secrets d'affaires est ancienne, d'établir des règles de protection adaptées à notre époque. La proposition de directive du Parlement et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (*secrets d'affaires*) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (2013/0402(COD)) en cours de discussion devrait aboutir en 2016, la première lecture en séance plénière au Parlement européen étant programmée pour septembre 2015. Dans le même sens, les dispositions de la proposition de loi « Urvoas » déposée en juillet 2014 sur le secret des affaires, qui s'inscrit directement dans les pas de la directive tout en étant plus précise et exhaustive, devraient revenir à l'ordre du jour, une fois levées les ambiguïtés dénoncées par des journalistes craignant pour la liberté d'expression dans les médias. C'est ce contexte qui donne tout son relief au décret du 11 mai 2015 qui peut s'interpréter comme un écho fait à la prise de conscience de la valeur intrinsèque des savoirs et des idées dans un monde économique de plus en plus ouvert et compétitif. ■