

Traitement du secret des affaires devant l'Autorité de la concurrence

FAQ site internet

Procédure en matière de secret des affaires

Le principe de protection du secret des affaires des documents figurant dans les dossiers enregistrés devant l'Autorité de la concurrence est fondé sur l'article L. 463-4 du code de commerce.

Cet article a pour objet de protéger les éventuels secrets d'affaires des parties ou des tiers lors de la procédure devant l'Autorité. Par conséquent, il est applicable à l'ensemble des procédures contentieuses suivies devant l'Autorité, dès lors que ces procédures sont contradictoires (c'est-à-dire qu'elles font l'objet d'échanges entre les parties, par l'intermédiaire de l'Autorité), y compris les procédures d'engagements et de mesures conservatoires. Il est également applicable à la procédure de contrôle des concentrations, selon des modalités spécifiques prévues par l'article R. 463-15-1 du code de commerce et les paragraphes 267 à 271 des lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, publiées le 23 juillet 2020 sur le site internet de l'Autorité.

L'article L. 463-4 du code de commerce est applicable tout au long de la procédure : instruction, débat contradictoire écrit et oral.

Par ailleurs, le dispositif en matière de secret des affaires n'est pas applicable à la procédure consultative devant l'Autorité dès lors que, sauf exception, une telle procédure n'est pas contradictoire et n'implique pas un accès au dossier. Lors de l'instruction d'un avis, le rapporteur peut toutefois demander aux acteurs interrogés de préciser quelles informations sont, selon eux, susceptibles de contenir des secrets d'affaires et organiser la protection de ces données confidentielles.

Le secret des affaires n'est pas non plus traité au stade de l'enquête sauf pour les besoins des auditions ou des questionnaires. Le traitement du secret des affaires a lieu, le cas échéant, si l'Autorité ouvre un dossier de fond.

Les modalités de mise en œuvre de la protection du secret des affaires devant l'Autorité dans le cadre des procédures contentieuses sont décrites aux articles R. 463-13 à R. 463-15 du code de commerce.

Informations concernées par le secret des affaires

Quels documents et informations sont concernés par la protection au titre du secret des affaires ?

La procédure de protection du secret des affaires s'applique aux informations figurant dans des documents ou parties de documents du dossier communiqués par les saisissants, les parties mises en cause et des tiers à la procédure, et par conséquent à toute information obtenue dans le cadre de l'instruction figurant notamment dans :

- les saisines et leurs annexes ;
- les déclarations et pièces fournies en auditions ;
- les réponses à des demandes d'informations des services d'instruction ;
- les pièces saisies sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce ;
- les pièces fournies spontanément ;

- les pièces transmises par les services de la Direction Générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) dans le cadre d'indices, de rapports administratifs d'enquêtes ou de saisines faisant suite à un refus de transaction sur le fondement de l'article L. 464-9 du code de commerce (il est à noter sur ce dernier point que le secret des affaires sera en principe envisagé sur les pièces éventuellement recueillies dans le cadre de l'instruction devant l'Autorité) ;
- les observations et les mémoires en réponse des parties ;
- etc.

Définition du secret des affaires

Quelle est la définition de la notion de secret des affaires ?

La définition du secret des affaires est entrée dans le code de commerce avec la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection des secrets d'affaires.

En vertu des dispositions de l'article L. 151-1 du code de commerce, une information est identifiée comme relevant du secret des affaires lorsque cette dernière répond aux trois critères cumulatifs suivants :

- elle n'est généralement pas connue ou pas aisément accessible,
- elle revêt une valeur commerciale
- et elle fait l'objet de mesures de protection suffisantes pour la conserver secrète.

De plus, pour évaluer si une information relève de la catégorie du secret des affaires, l'Autorité se réfère également à l'article R. 463-14 du code de commerce qui prévoit que des éléments portant sur les ventes, parts de marché, offres ou données similaires de plus de cinq ans sont réputés ne pas mettre en jeu le secret des affaires.

Le traitement de la demande de protection au titre du secret des affaires (article R. 463-13 du code de commerce)

- Qui peut présenter une demande de protection au titre du secret des affaires ?

La demande de protection au titre du secret des affaires est présentée par :

- la personne ayant communiqué des informations à l'Autorité à l'occasion d'audition, questionnaire, pièces issues des opérations de visites et saisies, envoi spontané etc. Cette demande doit être adressée aux services d'instruction et au service de la procédure et de la documentation dans un délai d'un mois à compter de la date de transmission des informations concernées ou bien après la réception d'une invitation à protéger des pièces issues notamment des opérations de visites et saisies (sauf exception liée à la réduction de délai) ;
- un tiers à la procédure après une invitation de protéger les informations le concernant qui lui est adressée par le rapporteur général en application de l'article R. 463-13, alinéa 3 du code de commerce. La demande de protection du secret des affaires doit être présentée dans le délai fixé à compter de la réception de l'invitation à protéger.

La demande de protection doit être motivée et respecter un formalisme précis.

- **Une demande de secret des affaires doit-elle être formalisée dans les dossiers d'enquête (dossiers « E ») ?**

En l'absence de procédure contradictoire dans les dossiers d'enquête, il n'y a pas lieu, en principe, de procéder à des demandes de secret des affaires sur des documents communiqués par une personne ou recueillis par les services d'instruction dans cette procédure. Dans l'hypothèse d'un versement des pièces de l'enquête dans un dossier de fond, les services d'instruction inviteront alors les intéressés à présenter leur demande dans le cadre du dossier de fond (dossier « F »).

- **Comment présenter une demande de protection au titre du secret des affaires ?**

Conformément à l'article R. 463-13 du code de commerce, une personne dispose d'un mois à compter de la réception :

- des éléments par l'Autorité ou
- de l'invitation envoyée par le rapporteur général de protéger ces éléments

pour formuler une demande de protection au titre du secret des affaires.

La demande est transmise via la plateforme d'échanges sécurisés Hermès ou par lettre recommandée avec accusé de réception.

La demande doit comporter une version non confidentielle des documents (conférer item concernant un exemple de présentation d'une VNC) dans laquelle sont occultées uniquement les informations relevant du secret des affaires. La version non confidentielle ne peut être une version totalement occultée. En effet, celle-ci doit être limitée à ce qui relève effectivement du secret des affaires au sens de l'article L. 151.1 du code de commerce. Dans le cas contraire, la demande de protection est susceptible d'être refusée. Il en va de même si la demande de protection ne respecte pas le formalisme de cette procédure et, notamment, le tableau ci-dessous.

Par ailleurs, la demande doit également contenir, pour chaque information concernée, l'objet et les motifs justifiant la protection et un résumé de chacun de ces éléments. Le demandeur doit préciser le caractère public ou non de l'information ; sa valeur économique ; les mesures de protection internes prises vis-à-vis des tiers et la date de l'information ou du document dans lequel elle figure. Ainsi, la demande doit préciser en quoi les informations, dont l'occultation est demandée, constituent effectivement des secrets d'affaire au sens de l'article L. 151-1 du code de commerce.

Afin de respecter le formalisme attendu, il est exigé de remplir ce tableau.

Titre du document	Résumé des informations concernées	Critères du secret des affaires (articles L. 151-1 et R. 463-14 C. com.)				
		Caractère non public	Nature ¹ et valeur économique	Mesures de protection (internes /vis-à-vis des tiers)	Date du document	Date des informations dont la protection est demandée
Contrat de distribution	Contrat de distribution de produits de boulangerie industrielle	Oui	Oui p. 24 : Informations sur les prix des produits ; p. 27 : la durée ;	Oui Contrat accessible uniquement aux parties cocontractantes	20 février 2017	1 ^{er} janvier 2016

¹ Veuillez notamment préciser si les éléments dont la protection est demandée portent sur les ventes, parts de marché, offres ou données similaires.

			p. 32 : les remises de fin d'année.			
Courriel	Courriel interne à l'équipe commerciale	Oui	Y figurent les prix des produits commercialisés.	Courriel non diffusé à l'extérieur de l'entreprise.	30 mars 2017	1 ^{er} janvier 2017
Présentation Power point	Présentation sur la stratégie commerciale de distribution de produits de luxe	Oui	Oui p.14 : Informations sur les prix de distribution ; p. 20 : Information sur le réseau national de distributeurs agréés et leurs RFA ; p. 43: Plan d'action applicable aux distributeurs.	Document non diffusé à l'extérieur de l'équipe commerciale.	24 mai 2020	24 mai 2020
Procès-verbal d'audition et réponses aux questionnaires	Audition du directeur commercial	Oui	Oui p. 3 : stratégie commerciale p. 5 : liste de fournisseurs de matières premières	Acte d'instruction.	12 mars 2019	10 mai 2018

Le tableau est versé au dossier avec les versions non confidentielles. Il est donc soumis au contradictoire et, à ce titre, transmis aux parties à la procédure lors de la notification des actes de procédure. Par conséquent, il ne doit contenir aucune information confidentielle.

- Comment assurer la protection du secret des affaires sur les informations saisies lors d'opérations de visites et saisies ?

Une société, par exemple, qui fait l'objet d'une opération de visite et saisie est invitée ultérieurement, par courrier du rapporteur général, à formuler, si elle le souhaite, une demande de protection au titre du secret des affaires sur les informations saisies. Le courrier du rapporteur général indique les modalités procédurales qui permettent de formuler la demande. Le délai, fixé par l'article R. 463-13 du code de commerce, est d'un mois à compter de la réception du courrier du rapporteur général.

- Existe-t-il des exceptions au délai d'un mois prévu par l'article R. 463-13 du code de commerce pour formuler une demande de protection au titre du secret des affaires ?

Lorsque la conduite de la procédure l'exige, le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint peut réduire le délai pour présenter une demande de protection au titre du secret des affaires, sans pouvoir toutefois être inférieur à 48h. La décision du rapporteur général ou du rapporteur général adjoint établissant la réduction du délai est communiquée aux personnes concernées. Dans ce cas, la demande peut être présentée par tout moyen.

- Quelle suite est donnée à une demande de protection au titre du secret des affaires ?

La demande est examinée au cours de l'instruction avant la notification des actes de procédure.

La décision du rapporteur général ou du rapporteur général adjoint de traitement du secret des affaires est prise au regard du respect du délai, du formalisme et également des critères définis à l'article L. 151-1 du code de commerce.

Ainsi, la demande de protection du secret des affaires peut donner lieu à une décision du rapporteur général ou du rapporteur général adjoint :

- de protection du secret des affaires ou bien de
- rejet total ou partiel si la demande est présentée hors délai ou ne correspond pas au formalisme exigé ou si l'information visée par la demande de protection ne constitue manifestement pas un secret des affaires.

Si la demande est présentée dans le délai légal et respecte le formalisme requis, si elle porte sur des informations répondant aux critères définis dans le modèle de tableau ci-dessus et comporte des versions non confidentielles dans lesquelles sont occultées uniquement les données visées dans le tableau, les informations, documents ou parties de documents concernés par la demande font l'objet d'une décision de traitement confidentiel conformément à l'article R. 463-14 du code de commerce. Ces informations sont ainsi classées au titre du secret des affaires. Elles ne seront donc pas transmises aux parties sauf si elles font l'objet d'une levée de confidentialité au titre de l'article R. 463-15 du code de commerce (voir la question relative à la levée de confidentialité).

La décision est ensuite notifiée par le service de la procédure et de la documentation à la personne qui a formulé la demande. Les parties à la procédure prennent connaissance de l'ensemble des décisions au titre du traitement confidentiel lors du débat contradictoire.

En tout état de cause, toutes les données transmises à l'Autorité, qu'elles aient fait l'objet d'une demande de protection au titre du secret des affaires ou non et quelle que soit la décision de traitement confidentiel, sont communiquées systématiquement au commissaire du Gouvernement et au collège de l'Autorité.

- **Quel est le recours possible sur la décision prise à la suite d'une demande de protection au titre du secret des affaires ?**

- Décision qui donne acte du traitement confidentiel des informations, documents ou parties de documents :

La décision du rapporteur général ou du rapporteur général adjoint qui donne acte de la protection au titre du secret des affaires est susceptible de recours devant la cour d'appel de Paris. Toutefois, ce recours ne peut intervenir qu'avec la décision de l'Autorité sur le fond, conformément à l'article R. 464-29 du code de commerce.

- Décision qui rejette en totalité ou partiellement le traitement confidentiel des informations, documents ou parties de documents :

Selon les dispositions combinées des articles L. 462-7 3° et L. 464-8-1 du code de commerce, la décision du rapporteur général ou du rapporteur général adjoint qui rejette en totalité ou partiellement la demande de protection au titre du secret des affaires est susceptible de recours en réformation ou en annulation devant la cour d'appel de Paris, dans un délai de dix jours à compter de la notification de la décision du rapporteur général. Ce recours suspend le cours du délai de la prescription dite « décennale » au sens du II de l'article L. 462-7 du code de commerce.

L'article R. 464-24-4 du code de commerce précise que le délai de recours et le recours exercé à l'encontre de la décision du rapporteur général refusant la protection du secret des affaires ne sont pas suspensifs à l'égard de la procédure d'instruction devant l'Autorité.

Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris ou son délégué peut ordonner qu'il soit sursis à exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives.

L'ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris ou son délégué statuant sur ce recours est susceptible d'un pourvoi en cassation.

Le traitement de la demande de levée de la confidentialité (article R. 463-15 du code de commerce)

Lorsque les rapporteurs constatent que certains éléments classés au titre du secret des affaires sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense ou aux besoins des débats devant l'Autorité, ils en informent la personne concernée et lui fixent un délai pour présenter d'éventuelles observations.

À la suite de ces échanges, le rapporteur général notifie par écrit une décision de levée de confidentialité des informations, documents ou parties de documents en cause, qui sont ensuite accessibles aux parties ou à une partie d'entre elles.

- Qui peut formuler une demande de levée de confidentialité ?

Les demandes de levée de confidentialité sont adressées par les rapporteurs instruisant le dossier lorsqu'ils considèrent qu'une ou plusieurs pièces dans leur version confidentielle sont nécessaires aux besoins du débat devant l'Autorité ou pour l'exercice des droits de la défense d'une ou plusieurs parties à l'affaire.

Par ailleurs, lorsqu'une partie mise en cause n'a pas eu accès à la version confidentielle d'une pièce qu'elle estime nécessaire à l'exercice de ses droits, elle peut en demander aux rapporteurs la communication ou la consultation en leur présentant une demande motivée. Les rapporteurs transmettent alors la demande à la partie concernée et lui fixent un délai pour la production d'éventuelles observations.

- Comment se présente une demande de levée de confidentialité ?

Dans tous les cas, les rapporteurs informent, via la plateforme d'échanges sécurisés Hermès ou par lettre recommandée avec accusé de réception, les personnes concernées que des pièces dont elles ont demandé la protection au titre du secret des affaires font l'objet d'une levée de confidentialité. Ce courrier est accompagné des pièces concernées et les rapporteurs leur fixent un délai pour qu'elles puissent formuler des observations et éventuellement produire de nouvelles versions non confidentielles de ces pièces.

Si la demande de levée de confidentialité émane d'une partie, celle-ci formule sa demande motivée par courrier aux rapporteurs. Elle précise la ou les pièces visées par sa demande. La demande de la partie est jointe au courrier des rapporteurs.

- Est-il possible de s'opposer à la levée de confidentialité ?

La personne concernée par une demande de levée de confidentialité dispose d'un délai fixé par les rapporteurs pour répondre et produire des observations. Elle peut accepter la levée de la confidentialité ou s'opposer totalement ou partiellement et produire de nouvelles versions non confidentielles.

Il est à noter que l'absence de réponse à une demande de levée de confidentialité dans les délais impartis équivaut à une absence d'opposition.

Si une personne s'oppose totalement ou partiellement à cette demande, le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint de l'Autorité examine les observations produites et rend une décision motivée. Celle-ci est notifiée à la personne concernée.

- **Comment est notifiée une décision de levée de confidentialité ?**

La décision de levée de confidentialité du rapporteur général ou du rapporteur général adjoint est notifiée à la partie concernée via la plateforme d'échanges sécurisés Hermès. Dans l'hypothèse où une nouvelle version non confidentielle produite par la partie ou confectionnée par les rapporteurs a été retenue, celle-ci est transmise cotée à la partie avec le courrier de notification.

NB : lorsqu'une décision de levée de confidentialité a été rendue à la suite de la demande d'une autre partie à l'affaire, la décision et les pièces rendues accessibles ou les nouvelles versions non confidentielles visées dans le dispositif de la décision lui sont également communiquées.

- **Quel est le recours possible sur une décision de levée de confidentialité ?**

○ Décision qui rejette la demande de levée de confidentialité :

La décision du rapporteur général ou du rapporteur général adjoint qui rejette la demande de levée de confidentialité formulée par une partie à la procédure est susceptible de recours devant la cour d'appel de Paris. Toutefois, ce recours ne peut intervenir qu'avec la décision de l'Autorité sur le fond, conformément à l'article R. 464-29 du code de commerce.

○ Décision qui lève la confidentialité :

Une décision de levée de confidentialité peut faire l'objet d'un recours en réformation ou en annulation devant le premier président de la cour d'appel de Paris ou son délégué prévu par l'article L. 464-8-1 du code de commerce. Le recours doit être formé dans un délai de dix jours suivant la notification de la décision. Le délai de recours et le recours ne sont pas suspensifs.

Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris ou son délégué peut ordonner qu'il soit sursis à exécution de la décision de levée de confidentialité si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives (articles R. 464-24-4 et s. du code de commerce).

L'ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris ou son délégué statuant sur ce recours est susceptible d'un pourvoi en cassation (articles L. 464-8-1 et R. 464-24-8 du code de commerce).

Conformément à l'article L. 462-7, II, 3° du code de commerce, le recours contre les décisions du rapporteur général de lever la protection de la confidentialité suspend la prescription décennale à compter du dépôt du recours.