

Paris, le 6 janvier 2025

NOTE À L'ATTENTION DES PARTIES
SUR LA RÉFORME À DROIT CONSTANT
DE LA PROCÉDURE DE TRAITEMENT DU SECRET DES AFFAIRES

<i>Introduction</i>	1
1. La notion de secret des affaires.....	2
2. Les nouvelles modalités de demande de protection au titre du SA des pièces communiquées par les parties à la procédure ou par des tiers.....	2
3. Le nouveau traitement du SA et les décisions rendues.....	3
a) Le traitement du SA à la fin de chaque étape de la procédure.....	4
b) Le traitement du SA pour les besoins d'une audition ou d'un questionnaire.....	4
4. Le traitement spécifique du SA des documents saisis au cours des opérations de visite et saisie.....	5
5. Les demandes des parties relatives à l'accès aux informations protégées au titre du SA.....	5

Introduction

1. La présente note est consacrée à la réforme à droit constant de la procédure de traitement du secret des affaires (ci-après « SA »). Cette réforme a pour objectif de réduire les délais de traitement du SA à travers, d'une part, l'application plus rigoureuse de la notion de SA (définie par les articles L. 151-1 et R. 463-14 du code de commerce) et, d'autre part, la réduction du nombre de décisions de traitement du SA prises au cours de l'instruction d'un dossier.
2. La réforme repose sur les principes suivants :
 - 1) Application plus rigoureuse de la notion de SA et envoi des demandes de protection selon des nouvelles modalités comprenant un tableau à remplir : voir 1 et 2.
 - 2) Abandon des décisions de traitement du SA multiples. L'objectif est de n'adopter, par principe, qu'une seule décision par partie concernée, accordant, refusant partiellement ou totalement la protection et, le cas échéant, une seule décision levant cette protection. Ces décisions seront, le plus souvent, rendues avant la notification d'un acte d'instruction (notification des griefs, rapport, etc.) et en tout état de cause, au plus tard avant l'exercice du contradictoire. Toutefois, des décisions ponctuelles de traitement du SA pourront être rendues pour les besoins de l'instruction, avant des auditions, des questionnaires, etc. Ces décisions pourront accorder la protection, la refuser ou la lever : voir 2 et 3. Pour le cas spécifique des dossiers de demandes de mesures conservatoires (MC) et dans le prolongement de l'esprit du traitement du SA dans le cadre de la réforme, il y a lieu de procéder au classement et/ou déclasséement avant une échéance telle que la communication de pièces aux parties ou pour les besoins d'une audition ou encore avant la séance.
3. Par ailleurs, cette note ne traite pas de la question distincte de la mise en œuvre de l'article D. 464-8-1 du code de commerce relatif aux décisions publiées sur le site internet de l'Autorité.

1. LA NOTION DE SECRET DES AFFAIRES

4. La notion de SA est définie depuis la loi du 30 juillet 2018 par l'article L.151-1 du code de commerce :
*« Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :
1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;
2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;
3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret. »*
5. L'appréciation par l'Autorité du caractère secret des informations est également guidée par l'article R. 463-14 du code de commerce qui précise que sont réputés ne pas mettre en jeu le secret des affaires : *« (...) des éléments portant sur les ventes, parts de marché, offres ou données similaires de plus de cinq ans au moment où il est statué sur la demande, sauf si, dans des cas exceptionnels, le rapporteur général en décide autrement »*. Ces données de plus de cinq ans qui sont réputées ne pas mettre en jeu le secret des affaires supportent la preuve contraire.

2. LES NOUVELLES MODALITÉS DE DEMANDE DE PROTECTION AU TITRE DU SA DES PIÈCES COMMUNIQUÉES PAR LES PARTIES À LA PROCÉDURE OU PAR DES TIERS

6. Les personnes qui communiqueront des pièces aux services d'instruction devront formuler des demandes de protection au titre du SA comprenant un tableau à remplir pour les informations relevant, selon elles, du SA.
7. L'objectif du tableau est d'amener les personnes concernées à vérifier que les informations pour lesquelles elles demandent la protection au titre du SA sont effectivement éligibles à cette protection au regard des dispositions précitées du code de commerce.
8. Les tiers à la procédure pourront toujours demander la protection au titre du SA après avoir reçu une invitation des services de l'Autorité à protéger des informations, documents ou parties de document, en application de l'alinéa 3 de l'article R. 463-13 du code de commerce.
9. Les délais applicables ne changent pas.
10. L'éventuel SA se gèrera information par information et donc, au minimum, page par page¹ et non document par document.
11. Le tableau ne devra pas comporter d'informations relevant du SA car il sera rendu accessible à toutes les parties. Il prendra la forme suivante :

¹ Cote par cote.

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 ² 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 ; p. 32 : les remises de fin d'année.	Oui. Contrat accessible uniquement aux parties cocontractantes	20 février 2017	1 ^{er} janvier 2016
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

12. Les personnes concernées devront envoyer des versions non confidentielles (ci-après des « VNC ») pour toutes les pièces identifiées dans le tableau. Les VNC devront être en format et volume identiques au document d'origine (mise en page, nombre de pages, etc.). Dans ces VNC, devront être occultées uniquement les informations relevant du SA et identifiées dans le tableau.
13. Le tableau et les VNC communiqués permettront d'apprécier le respect du formalisme exigé. Si le formalisme n'est pas respecté, notamment en cas de caviardage massif des VNC, une décision refusant partiellement ou totalement la protection au titre du secret des affaires pourra être adoptée à tout moment. En effet, le traitement du secret des affaires doit tout de même permettre d'identifier la nature du document protégé. Le formalisme prévu aux §§6-12 de la présente note s'applique aux procédures contradictoires enregistrées par l'Autorité sous la lettre « F ». Pour les procédures d'enquêtes enregistrées sous la lettre « E », le formalisme prévu aux §§ 6-12 n'est pas applicable, sauf en cas de demande des services d'instruction.

3. LE NOUVEAU TRAITEMENT DU SA ET LES DÉCISIONS RENDUES

14. Le rapporteur peut avoir besoin de lever la protection demandée pour les informations identifiées par les parties comme relevant du SA :
- en principe, à la fin de chaque étape de procédure, au moment de la communication du dossier aux parties avec la notification d'un acte d'instruction (a) ;

² Veuillez notamment préciser si les éléments dont la protection est demandée portent sur les ventes, parts de marché, offres ou données similaires.

- au cours de l’instruction, pour les besoins d’une audition, par exemple (b).

a) Le traitement du SA à la fin de chaque étape de la procédure

15. En principe, une seule décision de traitement des demandes de protection au titre du SA et, le cas échéant, une seule décision de levée de la protection seront adoptées, par personne concernée, à la fin de chaque étape de la procédure, généralement avant la notification d’un acte d’instruction (notification de griefs, rapport, etc.) et au plus tard avant l’exercice du contradictoire.
16. Les décisions rendues à la fin de chaque étape de la procédure se prononceront sur les demandes enregistrées. Les décisions suivantes pourront alors être rendues :
 - décision par laquelle :
 - la protection au titre du SA est accordée partiellement ou totalement, lorsque les informations concernées relèvent effectivement du SA ;
 - la protection au titre du SA est accordée partiellement ou refusée, lorsque les informations concernées ne relèvent pas du SA ;
 - décision levant la protection demandée et accordée au titre du SA, lorsque les informations protégées sont utilisées dans les actes d’instruction, selon les hypothèses envisagées au § 19. Après la transmission du courrier du rapporteur sollicitant la levée de la confidentialité de certaines informations, un délai sera alors accordé à la personne concernée afin qu’elle puisse formuler des observations sur l’intention du rapporteur de donner accès aux informations relevant du SA.
17. Les décisions prises par le rapporteur général de refuser la protection ou de lever la protection accordée au titre du SA peuvent faire l’objet d’un recours autonome en réformation ou en annulation conformément à l’article L. 464-8-1 du code de commerce³.

b) Le traitement du SA pour les besoins d’une audition ou d’un questionnaire

18. La demande de protection au titre du SA concernant un document précis peut être traitée de manière ciblée, à tout moment au cours de l’instruction, si le rapporteur a besoin des informations en question pour les besoins d’une audition ou d’un questionnaire.
19. Plusieurs cas de figure peuvent être envisagés lors du traitement du SA d’un document précis :
 - refuser la protection demandée en raison du non-respect du formalisme exigé ou de l’absence de caractère secret des informations figurant dans le document en question, y compris au regard de l’ancienneté des données portant sur des ventes, parts de marché, offres ou données similaires ;
 - l’information relève a priori du SA : la personne voit sa demande de protection acceptée, puis est informée que, conformément aux articles L. 463-4 et R. 463-15 du code de commerce, pour l’exercice des droits de la défense ou les besoins du débat devant l’Autorité, l’information sera rendue accessible. Le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint

³ Décision n° 21-D-01 du 14 janvier 2021 : « (...) ainsi que l’a jugé le Conseil d’Etat, « les décisions par lesquelles le rapporteur général refuse la protection du secret des affaires ou accorde la levée de ce secret (...) sont sans incidence sur la régularité de la procédure suivie devant l’Autorité de la concurrence » (décision du 10 octobre 20147, FILMM, n° 367807). Ainsi, une violation éventuelle du secret des affaires « ne saurait entraîner la nullité de la procédure, donc de la Décision, que s’il résulte de cette violation une atteinte irrémédiable et concrète aux droits de la défense, dont la preuve incombe à l’entreprise qui s’en plaint » (arrêt de la cour d’appel de Paris du 23 septembre 2010, Sté Orange Caraïbes, n° 2010/00163) » (§ 157 et 158).

peut alors envisager d'accorder la protection demandée dans une première décision puis de lever cette protection dans une décision distincte selon les modalités actuelles :

- pour l'intégralité de la cote ;
- uniquement pour l'information utile. Dans ce cas le rapporteur, propose à la personne concernée de préparer une nouvelle VNC qui laisse apparente l'information nécessaire à l'instruction.

4. LE TRAITEMENT SPÉCIFIQUE DU SA DES DOCUMENTS SAISIS AU COURS DES OPÉRATIONS DE VISITE ET SAISIE

20. Les services d'instruction inviteront la personne concernée à formuler une demande de protection au titre du SA.
21. En ce qui concerne les documents saisis au format papier, la demande devra respecter le formalisme prévu aux §§ 6-12 de la présente note. Ce n'est qu'après l'ouverture d'un dossier F que la personne intéressée sera invitée à formuler une demande de secret des affaires sur les éléments la concernant, en se référant aux cotes du dossier.
22. La demande de protection ne pourra pas porter sur le PV de déroulement des opérations de visite et saisie car ce PV ne contient en principe aucune information appartenant à la personne concernée et ayant une valeur économique. Si la demande de protection porte sur l'inventaire des fichiers saisis, elle devra respecter le formalisme prévu aux §§ 6-12 de la présente note. Il en sera de même concernant l'inventaire des scellées informatiques. Les délais applicables ne changent pas.
23. En ce qui concerne les saisies informatiques :
 - l'intégralité des scellés informatiques sera rendue inaccessible provisoirement ; la personne concernée ne sera plus obligée de fournir des exemples de documents relevant du SA issus des saisies informatiques ;
 - lorsque le rapporteur aura sélectionné les pièces issues de l'exploitation des scellés informatiques à verser sur Pégase, la personne concernée sera invitée à formuler une demande de protection au titre du SA concernant ces extractions des scellés informatiques en respectant le formalisme prévu aux §§ 6-12 de la présente note ;
 - la personne concernée sera également invitée à formuler une demande de protection au titre du SA concernant le reste du scellé informatique ; le formalisme prévu aux §§ 6-12 n'est pas applicable dans ce cas ;
 - dans certaines circonstances, le rapporteur se rapprochera de la partie l'informant de son intention de lever la protection de certaines informations conformément aux points prévus au §§ 16 de la présente note.

5. LES DEMANDES DES PARTIES RELATIVES À L'ACCÈS AUX INFORMATIONS PROTÉGÉES AU TITRE DU SA

24. Une partie demandant l'accès aux informations protégées au titre du SA d'une autre personne doit démontrer concrètement en quoi celles-ci sont nécessaires à l'exercice de ses droits de la défense. Cette demande ne peut être présentée que si une procédure contradictoire (dossier F) est engagée.
25. Dans la mesure où l'alinéa 2 de l'article R. 463-15 du code de commerce dispose que : « *Lorsqu'une partie mise en cause* (souligné par nous) *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 au rapporteur la communication ou la consultation en lui présentant une requête motivée dès sa prise de connaissance de la version non confidentielle et du résumé de cette pièce (...) », cette possibilité n'est, en principe, pas prévue pour les saisissants⁴.

26. Les services d'instruction pourront :
 - accorder l'accès demandé si l'information semble nécessaire à la défense de la partie qui en fait la demande ;
 - refuser l'accès s'ils considèrent que cette information ne semble pas nécessaire à la défense de la partie qui en fait la demande.
27. Les demandes de levée de la protection au titre du SA et leur traitement par l'Autorité se feront en application des textes existants. La réforme n'introduit aucune spécificité dans ce cadre.
28. Il convient de préciser, conformément au troisième alinéa de l'article R. 463-15 du code de commerce que les parties disposent, si nécessaire, d'un délai fixé par le rapporteur général permettant d'ouvrir un débat à la suite de la transmission d'informations nouvellement communiquées.
29. Le refus d'accorder l'accès à une pièce protégée au titre du SA pourra faire l'objet d'un recours au même moment que le recours contre la décision de l'Autorité, ainsi que le prévoit l'article R. 464-29 du code de commerce. Alors, il incombera au juge d'examiner si la pièce dont la levée de la confidentialité a été demandée était utile pour la défense de la partie qui a formulé la demande.

⁴ Cour de cassation, 4 octobre 2016, Orange, n° 15-14,158 et 19 janvier 2016, E-Kanopi, n° 14-21670 et 14-21671.