

Observations de l'AFEC

Projet de Communication de la Commission européenne relative à la protection des informations confidentielles aux fins de la mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UE sur l'initiative de la sphère privée par les juridictions nationales

18 octobre 2019

L'Association Française d'Étude de la Concurrence¹ (« AFEC ») est une association indépendante, créée en 1952, qui réunit, comme membres indépendants, des magistrats, avocats, juristes d'entreprises et d'associations professionnelles, professeurs de droit et d'économie, économistes et des collaborateurs ou membres de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF. L'AFEC est l'association nationale membre de la Ligue Internationale de la Concurrence. Elle a notamment pour objet d'étudier toutes les modifications qui pourraient être apportées à la législation et à la réglementation en vue d'améliorer les conditions de la concurrence. L'AFEC participe activement aux réflexions tenant aux impacts générés par l'économie numérique sur la politique de concurrence. Elle a notamment émis un premier rapport sur le sujet le 10 février 2016 (<http://www.afec.asso.fr/>).

Un groupe de travail s'est saisi du projet de de Communication de la Commission européenne relative à la protection des informations confidentielles aux fins de la mise en œuvre du droit de la concurrence de l'Union européenne sur l'initiative de la sphère privée par les juridictions nationales².

Dans cette réponse à consultation, l'AFEC, riche de la diversité particulière de ses membres, émet des remarques et des suggestions sur le projet proposé par la Commission.

¹ Association inscrite au Registre des représentants d'intérêts de la Commission européenne : n° 90225872092-95. Siège social et Secrétariat : SELARL Fourgoux Djavadi, 76 avenue de Wagram, 75017 Paris, Président : Muriel CHAGNY, Téléphone : 01 55 65 16 65 et Courriel : secretariat@afec.asso.fr

² Les travaux ont été conduits par Alexandre LACRESSE (responsable), Violaine AYROLE, Clémence BARNAULT, Audrey BROCHE, Arnaud CONSTANS, Muriel PERRIER et Pascal WILHELM

Le projet de Communication de la Commission européenne relative à la protection des informations confidentielles aux fins de la mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UE sur l'initiative de la sphère privée par les juridictions nationales (ci-après le « projet de Communication ») est soumis à consultation publique jusqu'au 18 octobre 2019.

Le périmètre du projet de Communication est limité :

- **aux actions sur l'initiative de la sphère privée** (citoyens et entreprises), excluant de fait les actions sur l'initiative de la sphère publique ;
- **dans le cadre de procédures civiles devant les juridictions nationales**, excluant les procédures pénales, administratives et les procédures devant des autorités de concurrence ainsi que devant la Commission européenne ou devant les juridictions européennes ;
- **« en particulier » dans le cadre d'actions en dommages et intérêts**, excluant ainsi les actions déclaratoires et les recours en cessation.

L'objectif du projet de Communication est de garantir aux demandeurs et aux défendeurs la possibilité d'exercer effectivement leurs droits en leur donnant accès aux informations pertinentes pour étayer leurs demandes respectives, tout en protégeant les intérêts de la partie ou du tiers dont les informations confidentielles sont divulguées, et *in fine*, de faciliter la réparation du préjudice subi par les victimes de pratiques anticoncurrentielles (« private enforcement »).

En effet, à l'instar de la Commission, l'AFEC observe que les actions en ce sens sont encore très limitées en France. A ce titre, il est possible que la question de la confidentialité des pièces peut constituer un frein à une telle action. Néanmoins, on peut s'interroger sur celle de savoir si elle constitue l'obstacle principal.

Ainsi, plus que l'accès à la preuve en elle-même, l'enjeu semble résider dans l'aspect « temps » : le séquençage de l'instance et le moment de l'accès à la preuve le plus rapidement possible.

Il convient également d'attirer l'attention sur l'aspect « coût ». Le coût des procédures et expertises (risquant d'être rallongées par les procédures de traitement de l'information confidentielle), supporté *in fine* par la partie qui succombe, demeure l'un des principaux obstacles aux actions indemnitaires.

Ces deux facteurs « temps » et « coût » seront particulièrement sensibles dans l'hypothèse d'une action en réparation consécutive à des cartels internationaux.

1 ÉTAT DES LIEUX DE LA RÉGLEMENTATION EN FRANCE CONCERNANT LA COMMUNICATION DE PIÈCES DANS LE CADRE D'UNE ACTION EN DOMMAGES ET INTÉRÊTS POUR PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

A titre liminaire, il convient de noter qu'il n'existe pas en droit français de définition de ce qu'est une « information confidentielle » (voir, en ce sens, le point 25 du projet de Communication), bien que l'article L. 151-1 du Code de commerce trace les contours de la notion de « secret d'affaires » qui répond à trois critères cumulatifs, à savoir que :

- l'information n'est généralement pas connue ou aisément accessible ;
- revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, et ;
- fait l'objet de mesures de protection raisonnables.

Les actions en dommages et intérêts du fait d'une pratique anticoncurrentielle sont régies, en droit français, par les dispositions de l'ordonnance n° 2017-309 et son décret d'application n° 2017-305, tous deux du 9 mars 2017, relatifs aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et transposant la directive « dommages et intérêts »³.

L'article L. 483-1 du Code de commerce prévoit que les demandes de communication et la production de pièces dans le cadre d'une telle action sont régies par les dispositions :

- du Code de procédure civile (articles 132 et suivants), ou ;
 - du Code de justice administrative (dans le cas où la victime de la pratique anticoncurrentielle est une personne publique à l'occasion d'un contrat public).
- ⇒ *Nous ne nous intéresserons qu'à la première option, le projet de Communication ne concernant que les actions sur l'initiative de la sphère privée.*

Le titre VII du livre 1^{er} du Code de procédure civile, consacré à la preuve, comporte un sous-titre 1^{er} relatif aux pièces (C. pr. civ., art. 132 à 142), puis un sous-titre 2 qui traite des mesures d'instruction (C. pr. civ., art. 143 à 284-1).

1.1 Les pièces

En droit français, il incombe à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de ses prétentions⁴.

Le principe du contradictoire qui prévaut dans le cadre de procédures judiciaires, implique que chacune des parties communique à l'autre partie, au soutien de ses prétentions, les éléments de preuve en sa possession, afin de permettre aux parties d'en débattre⁵.

³ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne

⁴ Art. 9 CPC

⁵ Art. 14 et 132 CPC

Le juge peut ordonner toutes les mesures d’instruction légalement admissibles⁶. Il peut, sous peine d’astreinte, enjoindre à l’autre partie ou à un tiers la communication de pièces⁷.

Toutefois, le juge peut aménager les modalités de communication de pièces après avoir mis en balance les intérêts en présence, à savoir en particulier le respect du principe du contradictoire, d’une part, et la protection du secret professionnel, de la confidentialité, la préservation de l’efficacité de l’action publique et la loyauté de la preuve, d’autre part.

Les juridictions du fond mettent également en place régulièrement des « clubs de confidentialité » ou « *data rooms* », excluant ainsi certaines parties d’une communication de pièces, et requièrent la signature d’engagement de confidentialité.

Le droit français prévoit toutefois que les mesures d’instruction ne sauraient suppléer la carence d’une partie dans l’administration de la preuve⁸. Ce principe est souvent invoqué – parfois avec succès⁹ – par les défendeurs pour faire obstacle aux demandes de mesures d’instruction des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

1.2 Les mesures d’instruction

Le juge peut, avant tout procès, prendre toute mesure d’instruction légalement admissible sur requête ou en référé s’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige¹⁰. Le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l’application des dispositions de l’article 145 du Code de procédure civile (voir en ce sens le point 20 du projet de Communication).

Le juge doit prendre en considération les intérêts légitimes du défendeur tels que l’intimité de la vie privée ou le secret des affaires. Il convient, le cas échéant, de mettre en balance les intérêts respectifs des parties pour apprécier s’il y a lieu ou non d’ordonner la mesure.

Au titre des mesures d’instruction, le juge peut organiser la mise sous séquestre des pièces saisies. La levée du séquestre intervient généralement dans un second temps, devant le juge du fond, à l’issue d’un débat contradictoire au cours duquel chaque partie aura pu s’exprimer sur l’opportunité de la communication de chacune des pièces saisies, dans des conditions en garantissant la confidentialité (voir ci-dessous).

⁶ Art. 10 CPC

⁷ Art. 11, 134 et 138 CPC

⁸ Art. 146 CPC

⁹ TA Paris, 1^{er} avril 2014, n°131400/3-1 – cartel du graphite.

¹⁰ Art. 145 CPC

1.3 Les règles spécifiques en matière de pratiques anticoncurrentielles

La demande de communication ou de production peut concerner une pièce ou une catégorie de pièces :

- Détenues par l'autre partie ou par un tiers ;
- Figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence.

À cet égard, le projet de Communication précise que, lorsque le juge national demandera à la Commission la transmission d'informations¹¹, « *la Commission ne transmettra les informations requises que si elle estime que la juridiction est en mesure de préserver le droit des personnes physiques et morales à la protection de la confidentialité* » (point 29 du projet de Communication). En effet, la Commission considère qu'elle doit prendre toutes les précautions nécessaires pour qu'il ne soit pas porté atteinte au droit des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires et informations confidentielles¹².

Toutefois, en droit national et en vertu du principe d'autonomie procédurale, il appartient en fait au juge national de garantir la protection du caractère confidentiel ou de secrets d'affaires.

Partant, même si ce n'est pas l'objet de la présente consultation, l'AFEC se pose les questions suivantes : la mise en œuvre par le juge national des mesures de protection définies par le projet de Communication de la Commission suffirait-elle à garantir la protection, et limiter fortement les cas dans lesquels la Commission pourrait refuser la transmission d'informations ? Dans quelle mesure la Commission pourrait-elle désormais refuser la transmission ? La Commission devrait-elle analyser la seule existence des mesures décrites dans le projet de Communication de la Commission (autonomie procédurale) ou analyser spécifiquement la mise en œuvre et le détail des mesures ? Dans ce deuxième cas, le risque serait de retarder de façon excessive l'accès aux informations.

⇒ *Nous ne nous intéresserons cependant qu'à la première option (pièce détenue par l'autre partie ou par un tiers), objet du projet de Communication, la deuxième option étant régie par les articles L. 483-4 et suivants du Code de commerce (cf. notamment listes dites « noire » et « grise »).*

Lorsqu'il statue sur une demande de communication ou de production de pièces, le **juge** doit en apprécier la **justification** en tenant compte des **intérêts légitimes** des parties et des tiers. Il doit veiller en particulier à « *concilier la mise en œuvre effective du droit à réparation, en considération de l'utilité des éléments de preuve dont la communication ou la production est demandée, et la protection du caractère confidentiel de ces éléments de preuve ainsi que la préservation de l'efficacité de l'application du droit de la concurrence par les autorités compétentes* »¹³.

¹¹ Art. 15 du Règlement (CE) n°1/2003

¹² Art. 15 du Règlement (CE) n°1/2003 et Arrêt Postbank, 18 sept. 1996, T-353/94.

¹³ Art. L. 483-1 C.com.

Pour apprécier la justification des demandes de communication ou de production de pièces ou de catégorie de pièces, le juge devra se prononcer sur le caractère **nécessaire** à l'issue du litige des pièces ou catégories de pièces, tout en tenant compte de leur caractère éventuellement confidentiel.

Au besoin, le juge examinera ces pièces de manière non contradictoire et recevra les explications des parties, et le cas échéant, dans la mesure du possible, procèdera à des aménagements dans l'accès aux éléments de preuve.

Le juge pourra par exemple exiger la communication des seuls passages non confidentiels ou encore la consultation de ces preuves par un nombre limité de personnes.

1.4 Cas particulier d'une pièce couverte par le secret des affaires

Le secret des affaires constitue un motif légitime que le juge doit prendre en considération en présence d'une demande de communication ou de production de pièces dans le cadre d'un contentieux indemnitaire.

Lorsque la demande de communication ou de production concerne une pièce dont il est allégué par une partie ou par un tiers, ou dont il a été jugé qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, il convient de se référer aux dispositions de la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires et à son décret d'application du 11 décembre 2018 transposant la directive sur les secrets d'affaires¹⁴, applicables également dans le cadre d'une action en dommages et intérêts du fait d'une pratique anticoncurrentielle.

Pour assurer la protection du secret des affaires, le juge peut¹⁵ :

- prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou la représenter, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection prévues au présent article ;
- décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter ;
- décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil ;
- adapter la motivation de sa décision et les modalités de la publication de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires.

¹⁴ Directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

¹⁵ Art. L. 153-1 C. com.

En particulier, lorsque le juge est saisi sur requête sur le fondement de l'article 145 CPC, le juge peut ordonner la mise sous séquestre des pièces afin d'assurer la protection du secret des affaires¹⁶.

Concernant l'office du juge :

- la partie ou le tiers qui invoque la protection du secret des affaires doit remettre au juge une version confidentielle intégrale de la pièce, une version non confidentielle ou un résumé de la pièce ainsi qu'un mémoire précisant les motifs de la confidentialité alléguée¹⁷ ;
- le juge statuera ensuite, sans audience, sur la communication ou la production des pièces concernées¹⁸ ;
- le juge pourra refuser la communication dans sa version intégrale, mais en limitant l'accès à celle-ci, ou bien ordonner la communication d'une version non-confidentielle (« caviardée ») ou du résumé de la pièce, en fonction de ce qu'il estimera nécessaire au litige¹⁹.

Concernant la décision du juge, celle-ci est susceptible de recours²⁰.

Enfin, toute personne qui aura accès à une telle pièce est soumise à une obligation de confidentialité qui perdure à l'issue du litige²¹.

¹⁶ Art. R. 153-1 C. com.

¹⁷ Art. R. 153-3 C. com.

¹⁸ Art. R. 153-4 C. com.

¹⁹ Art. R. 153-5 à R.153-7 C. com.

²⁰ Art. R. 153-5 et R.153-6 C.com.

²¹ Art. L.153-2 C. com.

2 THEMATIQUES DU PROJET DE COMMUNICATION

Enjeu : Garantir aux demandeurs et aux défendeurs la possibilité d'exercer effectivement leurs droits en leur donnant accès aux informations pertinentes pour étayer leurs demandes respectives, tout en protégeant les intérêts de la partie ou du tiers dont les informations confidentielles sont divulguées.

2.1 Éléments à prendre en compte par les juridictions nationales pour la production de preuves

Considérations issues de la Directives « dommages et intérêts » :

- la demande de dommages et intérêts doit être plausible et la demande de production de documents proportionnée et concernant des preuves pertinentes ;
- la demande de production de documents doit porter sur des éléments de preuves circonscrites de manière aussi précise et étroite que possible sur la base de données factuelles raisonnablement disponibles ;
- la demande doit avoir été formulée de façon spécifique quant à la nature, à l'objet ou au contenu des documents (soumis à une autorité de concurrence ou détenus dans le dossier de celle-ci, ou s'il s'agit d'une demande non spécifique concernant des documents soumis à une autorité de concurrence).

2.2 Définition d'informations confidentielles

Le projet de Communication ne donne **pas de définition d'une « information confidentielle »** mais 3 conditions cumulatives sont dégagées :

- Les informations confidentielles ne sont connues que par un nombre restreint de personnes ;
- leur divulgation est susceptible de causer un préjudice sérieux à la personne qui les a fournies ou à des tiers ;
- les intérêts susceptibles d'être lésés par la divulgation des informations sont objectivement dignes de protection.

⇒ *À cet égard, l'AFEC approuve les conditions proposées par le projet de Communication, dans la mesure notamment où elles permettent d'englober largement les informations susceptibles de bénéficier de l'une des mesures de protection proposées. En particulier, ces informations ne se limitent pas aux informations couvertes par le secret des affaires.*

2.3 Mesures présentées par le projet de Communication pour garantir la protection des informations confidentielles

2.3.1 Avant de procéder à la divulgation d'informations confidentielles

Le choix de mesures efficaces pour protéger la confidentialité dans les procédures sera le résultat d'une évaluation **au cas par cas** qui pourra dépendre de plusieurs **facteurs** ainsi que de

l'existence de **sanctions** suffisamment dissuasives en cas de non-respect de l'obligation de protéger les informations confidentielles.

- ⇒ *Eu égard aux facteurs « temps » et « coût » évoqués plus haut, l'AFEC envisage que les procédures de traitement des informations confidentielles puisse être confié à des formations juridictionnelles spécialisées pour un contrôle plus efficace et rapide, ce que le projet de Communication pourrait suggérer.*
- ⇒ *L'AFEC souligne par ailleurs le travail mené par la Cour d'appel de Paris, qui a publié en octobre 2017 des fiches méthodologiques sur la réparation du préjudice économique (cf. notamment, les fiches 11-a et 11-b sur l'action en réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle). Dans le prolongement, l'AFEC envisage que la Cour d'appel de Paris poursuive ce travail méthodologiques sur la communication des pièces dans les actions en réparation de dommage concurrentiel. Dans la mesure où il leur est destiné, le projet de Communication pourrait également suggérer aux juridictions nationales d'établir leur propre communication en direction des justiciables, à la fois dans le but de faciliter et d'accélérer le traitement de leur demande et dans le but de préserver la confidentialité des pièces les plus sensibles.*

CERCLE DE CONFIDENTIALITE : mesure de production des preuves en vertu de laquelle des catégories précises de renseignements, y compris des informations confidentielles, ne sont communiquées par la partie divulgatrice qu'à certaines catégories bien définies de personnes.

➤ Sur les informations accessibles au cercle

Le projet de Communication est peu explicite notamment quant au contrôle sur la qualification de la pièce comme relevant ou non du secret alors que cette étape est fondamentale et peut retarder, avec excès, le procès. En droit français, l'article L. 153-1 du Code de commerce prévoit que le juge peut notamment ordonner une expertise pour décider du caractère confidentiel ou non des pièces, ce qui est de nature à allonger significativement la procédure.

➤ Sur les modalités de fonctionnement des cercles de confidentialités

Les cercles de confidentialité prennent souvent la forme de *data-rooms* numériques auxquelles seul un nombre restreint de personnes – en général, les experts des parties et les avocats – peuvent avoir accès.

L'AFEC estime que leur mise en place peut s'avérer problématique car les parties ne s'accordent pas toujours sur les modalités de fonctionnement de ces *data-rooms*²². Ces difficultés peuvent s'expliquer par la très grande sensibilité des informations qui y sont placées et par le fait que d'éventuelles fuites, même fortuites, pourraient avoir des conséquences commerciales considérables, voire constituer en elles-mêmes des violations du droit de la concurrence (entente). La question de l'identité du prestataire informatique qui héberge la *data-room* peut également donner lieu à débat (notamment lorsque celui-ci impose des conditions générales aux parties).

²² TC Paris, 28 juin 2017, n°2015038979, SFR c. Orange.

La juridiction saisie de ce type de difficultés est donc tenue de trancher les différends des parties sur le mode de communication des pièces en *data-room* et l'identification des pièces dont la communication doit être ordonnée, ce qui peut souvent s'avérer délicat dans la mesure où, à ce stade de la procédure, elle n'a souvent qu'une connaissance parcellaire du fond du dossier. Ces difficultés aboutissent souvent à des retards conséquents dans le traitement des dossiers – il n'est pas rare que plusieurs incidents de procédure soient nécessaires avant que la communication des pièces soit effective.

Afin de couper court aux longs et récurrents débats sur les modalités de fonctionnement de ces *data-rooms*, l'AFEC propose que les juridictions disposent d'un modèle de règlement de *data-room* – ajustable en fonction des particularités de chaque espèce – précisant les modalités adéquates de communication des pièces et de préservation des intérêts en présence (mise en œuvre effective du droit à réparation *versus* respect de la confidentialité des pièces).

Il en résulterait sans doute des économies de temps et d'énergie considérables.

➤ Sur l'obligation de confidentialité procédurale et la responsabilité de l'avocat

Selon l'article L. 153-2 du Code de commerce, l'avocat n'est pas tenu par cette obligation de confidentialité à l'égard de son client.

Avant la transposition de la Directive « dommages et intérêts », il avait été jugé que le secret professionnel ne s'étendait pas aux documents détenus par l'adversaire du client, de sorte que réserver la consultation des documents pour lesquels le secret d'affaires est invoqué aux seuls avocats ne permettait pas d'atteindre la conciliation des droits des parties²³.

L'article L. 153-2 du code de commerce réserve désormais l'exception de l'article L. 153-1, 1^o, à savoir la situation dans laquelle l'avocat participe avec le juge à la sélection des pièces dont il est jugé qu'elles relèvent du secret des affaires. Dans ce cas, le conseil est tenu à l'obligation de confidentialité, y compris à l'égard de son client.

En dehors de cette exception, l'avocat devrait en effet pouvoir échanger avec son client afin de décider ensemble de la stratégie contentieuse. A défaut, la situation ne serait pas tenable, l'avocat n'ayant pas *in fine* le pouvoir de décision.

Le projet de Communication recommande toutefois quant à lui la signature d'engagement de confidentialité dans l'hypothèse où le conseil est tenu, en vertu de ses obligations déontologiques, de partager ces informations à son client (point 65 du projet de Communication).

Il semble que la situation ne soit pas la même dans tous les États. Au Royaume-Uni, par exemple, l'avocat qui a participé aux cercles de confidentialité est tenu, même à l'égard de son client, par une obligation de confidentialité²⁴.

²³ Cour d'appel de Versailles, 30 mars 2017, n°16/05336, sur renvoi de Cass. Civ. 1^{ère}, 25 février 2016, n°14-25.729

²⁴ Propos de Simon Holmes, juge membre du Competition Appeal Tribunal, lors de la Conférence à la Cour d'appel de Paris du 28 mars 2019 « Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles – Etat des lieux en France et dans l'Union ».

A ce titre, le projet de Communication recommande d'ouvrir l'accès au cercle à **au moins** un représentant interne de la société lorsqu'il existe un risque que la défense du client ne soit pas assurée de manière appropriée (point 55 du projet de Communication). La Directive « secrets d'affaires » impose quant à elle la présence d'un conseil et d'un représentant de la société, alors que la transposition française prévoit que le cercle contient, de façon plus restrictive, « **au plus** » un représentant de la société et un conseil.

➤ Sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 avril 2019²⁵

L'AFEC attire l'attention de la Commission sur cet arrêt, rendu dans le cadre d'un contentieux FRAND dans lequel la Cour d'appel de Paris a fait application de l'article L. 153-1 du Code de commerce sur les mesures de protection des secrets d'affaires dans le cadre d'une instance au fond.

Parmi les mesures de protection des secrets d'affaires prises, un cercle de confidentialité restreignant l'accès à certaines pièces les plus sensibles (contrats de licence) aux seuls avocats, à la Cour et à des interprètes/experts ayant signé un engagement de confidentialité avait été mis en œuvre.

La procédure instaurée en l'espèce dépassait donc la seule lettre de l'article L. 153-1, 1° du Code de commerce selon lequel la communication en accès restreint est limitée « au plus » à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou représenter.

La mesure de « cercle de confidentialité » mise en œuvre va ainsi davantage dans le sens de la directive « secret des affaires » qui avait laissé ouvert le nombre de personnes susceptibles d'avoir accès aux pièces à « *au moins, une personne physique pour chaque partie et l'avocat de chaque partie* »²⁶.

Cela va dans le sens du projet de Communication (points 47 et s.) qui prévoit que la composition du cercle de confidentialité est susceptible de varier car elle dépend du type et de la nature des informations confidentielles en cause.

➤ Sur de l'engagement de confidentialité

Le projet de Communication de la Commission l'envisage comme une possibilité (point 63), là où l'article L. 153-2 du Code de commerce en fait une obligation.

⇒ *L'AFEC s'interroge sur la durée de tels accords, ainsi que sur le contrôle dont ils peuvent faire l'objet.*

⇒ *L'AFEC envisage que des modèles type d'accords de confidentialité (NDA) puisse être proposés selon le degré de confidentialité, toujours dans le but de faciliter et d'accélérer les procédures.*

²⁵ Cour d'appel de Paris, Pôle 5, ch. 1, 16 avril 2019, n°15/17037 (Conversant Wireless Licensing c/ LG Electronics)

²⁶ Directive (UE) 2016/943, art. 9.2

EXPURGATION : mesure consistant à ordonner à la partie divulgatrice de modifier les documents en supprimant les informations confidentielles.

Le projet de Communication de la Commission s'inscrit dans la lignée de l'article R. 153-3 du Code de commerce. Le processus d'expurgation peut toutefois être source de difficulté et de longueur notamment si le volume des documents concernés est important.

Il faut relever que, dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 avril 2019, au titre des mesures prises pour assurer la protection du secret des affaires, les parties ont soumis deux versions de conclusions écrites :

- une version comprenant les informations confidentielles surlignées ou mises en exergue en vue d'attirer l'attention de la cour sur les passages à éviter dans la décision, version qui selon la cour était la « *seule version officielle et saisissante* » ;
- une version expurgée de toute référence à toute information confidentielle.

Cette possibilité de rédaction de conclusions différenciées n'est pas expressément prévue par le texte de l'article L. 153-1 du Code de commerce, mais s'inscrit dans la faculté, prévue par le projet de Communication, pour le juge de moduler la manière dont les informations confidentielles seront utilisées dans les mémoires des parties (point 98).

NOMINATION D'EXPERTS : possibilité, pour les tribunaux, de désigner un tiers disposant d'une expertise dans un domaine spécifique pour accéder aux informations confidentielles concernées par une demande de divulgation.

➤ Sur l'étendue de la mission de l'expert :

Si cette mesure présente des avantages certains, comme l'efficacité de l'étanchéité des échanges d'informations, il convient de veiller à ce que l'étendue de la mission de l'expert soit précisément déterminée (l'application de la mesure étant sous le contrôle du juge chargé du contrôle des mesures d'instruction).

La mission de ces experts dépasse parfois le seul accès aux informations confidentielles. Il peut arriver que l'expert soit chargé par l'une des parties – selon des modalités définies par les parties ou par le tribunal – d'effectuer des calculs à partir des informations sensibles (notamment au titre du secret des affaires) et dont seuls (i) le mode de calcul et (ii) les résultats sont transmis aux parties (pourvu que les données sensibles ne puissent pas être reconstituées – ce qui reviendrait à annihiler la protection du secret).

⇒ *Pour les mêmes raisons que celles indiquées plus haut, l'AFEC estime qu'il serait pertinent que des modèles soient mis à la disposition des juridictions pour organiser le déroulement des opérations menées par ces experts.*

➤ Sur la méthodologie du travail de l'expert

Qui détermine la méthodologie ? Le projet de Communication prévoit seulement que « *la juridiction nationale peut donner à l'expert des instructions* » (point 95). Si elle ne le fait pas, cette méthodologie pourrait être décidée par l'expert lui-même. Dans ce cas, la validité de la

méthodologie pourrait être mise en cause, pouvant aller jusqu'à la contestation du rapport lui-même sur cette base lorsque le fond de l'affaire sera débattu.

La mise en œuvre d'une telle mesure d'expertise peut également considérablement ralentir le traitement de l'affaire sur le fond.

Compte tenu de la mission qui peut être dévolue à l'expert, une procédure de déclaration préalable de conflit d'intérêts (évoquée au point 94 du projet de Communication) apparaît fondamentale et devrait être systématique.

2.3.2 *Pendant et après la procédure*

AUDIENCE A HUIS CLOS : tenir à huis clos les parties des audiences durant lesquelles des informations confidentielles pourraient être évoquées. Les juridictions nationales devront décider qui sera autorisé à assister à la séance à huis clos.

L'article L. 153-1 du Code de commerce, autorise le juge à décider que les débats auront lieu en chambre du conseil.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 avril 2019, les avocats se sont accordés entre eux pour proposer un calendrier de tenue des débats, ceux-ci se déroulant en audience publique (sur l'abus de position dominante et l'engagement FRAND, la validité des brevets) à l'exception notamment des discussions relatives aux taux FRAND, qui se sont déroulées en chambre du conseil, avec un public restreint décidé d'un commun accord entre les avocats et composé notamment des conseils, des représentants des parties et des experts consultés par les parties (professeur d'université, économiste).

Il faut souligner que le texte de l'article L. 153-1 prévoit que les débats pourront avoir lieu en chambre du conseil, mais il ne prévoit pas explicitement la possibilité d'un public restreint.

Le projet de Communication prévoit lui la possibilité pour le juge de tenir à huis clos les audiences impliquant la discussion d'informations confidentielles et de décider d'un public restreint des personnes autorisées à assister aux débats : conseils, experts, représentants (points 102 et s.), soit les personnes ayant accès à l'information dans le cadre des cercles de confidentialité.

PUBLICATION : veiller à ce que les décisions ou jugements qui seront publiés excluent toute information confidentielle (ex : anonymisation ou expurgation de certaines informations).

L'article L. 153-1, 4°, du Code de commerce autorise le juge à adapter la motivation de sa décision et les modalités de publicité selon les nécessités de protection des secrets d'affaires (art. R. 153-10 C.com).

L'AFEC relève néanmoins qu'il n'est pas prévu que le juge consulte les parties avant d'insérer dans sa décision des éléments qui auraient été protégés par le secret des affaires, ni la possibilité de contester utilement leur utilisation dans la décision.

Il s'agit en outre d'une simple possibilité qui ne s'impose pas au juge. De façon similaire, la publicité des décisions de l'Autorité de la concurrence « peut » être limitée pour tenir compte de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient divulgués.

L'AFEC souligne que l'obligation de motivation des décisions doit être conciliée avec les nécessités de protection du secret des affaires, notamment à l'égard des tiers à la procédure, quand bien même le respect du secret des affaires ne devrait pas avoir pour objet de vider l'exigence de motivation de son contenu essentiel. Des difficultés sont donc susceptibles d'intervenir au stade de la publication afin de concilier le droit à un recours effectif et le droit à la protection du secret d'affaires.

En outre, il apparaît que le juge n'est pas lié par ses propres décisions de classement des pièces et informations au titre du secret des affaires. À cet égard, l'AFEC relève que l'article L. 483-1 du Code de commerce relatif aux actions indemnitaires consécutives à des pratiques anticoncurrentielles semble plus contraignant :

« Lorsqu'il statue sur une demande présentée en application du premier alinéa, le juge en apprécie la justification en tenant compte des intérêts légitimes des parties et des tiers. Il veille en particulier à concilier la mise en œuvre effective du droit à réparation, en considération de l'utilité des éléments de preuve dont la communication ou la production est demandée, et la protection du caractère confidentiel de ces éléments de preuve ainsi que la préservation de l'efficacité de l'application du droit de la concurrence par les autorités compétentes ».