

N° 2-2020

Business confidentiality: The French Supreme Civil Court provides clarifications on the regime of business confidentiality and on the decommissioning of documents under this protection (*Randstad*)

PROCEDURES, FRANCE, BUSINESS SECRETS, INVESTIGATIONS / INQUIRIES, ALL BUSINESS SECTORS, PRIVATE ENFORCEMENT, RIGHTS OF DEFENCE, THIRD PARTIES, ACCESS TO FILE

Fr. Supr. Civ. Court, Jan. 29th, 2020, *Randstad* / French Competition Authority, n° 18-11726, ECLI:FR:CCASS:2020:CO00073
Cet article a fait l'objet d'une première publication dans la Lettre de la distribution et publiée par le Centre du Droit de l'Entreprise de l'Université de Montpellier.

Jean-Michel Vertut | Jean-Michel Vertut - Avocat (Montpellier)

Concurrences N° 2-2020 | Alerts | Procedures

Faits. En juillet 2013, les services de l'instruction de l'ADLC ont mené des opérations de visites et saisies dans les locaux de plusieurs sociétés d'un groupe opérateur du secteur du travail temporaire. Au vu des éléments recueillis durant ces OVS, l'Autorité devait en mai 2015, se saisir d'office de l'examen du respect par les sociétés Groupe Randstad France et Randstad (les sociétés Randstad) des engagements qu'elles avaient pris et qui avaient été acceptés et rendus obligatoires par une décision du 2 février 2009 du Conseil de la concurrence. Dans le cadre de l'instruction, le Rapporteur Général, par plusieurs décisions adoptées entre juillet et octobre 2017 à la demande des sociétés Randstad, avait accordé pour de nombreuses pièces du dossier la protection au titre du secret des affaires. Toutefois, le rapporteur spécial devait informer les sociétés Randstad par deux lettres des 16 et 23 octobre 2017, qu'il entendait procéder au déclassement de plusieurs pièces confidentielles visées par les décisions du Rapporteur Général, au motif qu'elles étaient nécessaires aux débats devant l'Autorité. Les sociétés Randstad se sont alors opposées à cette levée du secret des affaires, tout en proposant de nouvelles versions non confidentielles des documents en cause. Par une décision du 29 novembre 2017, le Rapporteur Général a accepté les nouvelles versions non confidentielles de certaines pièces, mais a procédé au déclassement de toutes les autres, les rendant intégralement accessibles dans leur version confidentielle. Les sociétés Randstad ont alors formé un recours en annulation partielle et/ou réformation devant le Premier président de la Cour d'appel de Paris (article L. 464-8-1 C. com.), contre la décision du Rapporteur Général de lever la protection précédemment accordée aux pièces saisies. Ce recours ayant été déclaré irrecevable, notamment à raison, comme il ressort du moyen unique de cassation de l'arrêt ici rapporté, qu'il était possible de garantir le secret des affaires avant la publication de la décision de l'Autorité, par voie d'occultation des informations confidentielles. Un pourvoi fut formé par les sociétés Randstad contre l'ordonnance du Premier président. Ce pourvoi est rejeté.

Problèmes. Premier problème : à l'occasion de l'instruction d'une affaire de pratique anticoncurrentielle ne mettant en cause qu'une seule entreprise, cette dernière peut-elle contester la décision du Rapporteur Général de procéder au déclassé de pièces au titre du secret des affaires précédemment accordé ?

Deuxième problème : l'occultation lors de la publication d'une décision en matière de pratique anticoncurrentielle, de pièces ayant trait au secret des affaires, rend-t-il irrecevable le recours contre la décision du Rapporteur Général de procéder au déclassé de ces pièces ?

Solutions. Au premier problème, la Cour répond : « *attendu, en premier lieu, que lorsque l'instruction ne concerne qu'une seule entreprise, il n'existe, à ce stade de la procédure, aucun risque de divulgation d'informations susceptibles de relever du secret des affaires de l'entreprise mise en cause, dès lors qu'aucune autre partie n'a accès à la procédure ; qu'après avoir constaté que l'instruction de l'affaire ne concernait que les sociétés Randstad, lesquelles constituaient une seule entité et partie à la procédure, l'ordonnance retient, à bon droit, qu'en l'absence d'une ou plusieurs tierces parties, ces sociétés ne peuvent justifier d'une quelconque atteinte à leurs droits, au motif de la levée de la protection du secret des affaires. (...) Et attendu, en second lieu, qu'en l'absence de tout risque de divulgation d'informations susceptibles de relever du secret des affaires des sociétés Randstad, aucune méconnaissance du droit au secret des affaires de ces sociétés ni violation des articles 6 §1 et 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est caractérisée ;* ».

Au second, elle répond : « *si c'est à tort que le premier président en a déduit que leur recours était irrecevable, les sociétés Randstad sont sans intérêt à demander la cassation de l'ordonnance de ce chef, dès lors qu'il résulte des constatations et appréciations précitées que le recours, quoique recevable, devait être rejeté ;* ».

Analyse. A première vue très liées au cas d'espèce, ces solutions revêtent pourtant une portée pratique plus large qu'il n'y paraît. Relevons que dans une autre affaire, la Chambre commerciale a rendu le même jour un deuxième arrêt, rappelant l'obligation d'une motivation spéciale et concrète du Rapporteur Général dans sa décision de levée du secret des affaires (Com., 29 janvier 2020, n° 18-11725).

Sur un plan strictement procédural d'abord (deuxième solution), l'arrêt rappelle que la décision du Rapporteur Général de lever le secret des affaires peut faire l'objet d'un recours et qu'au cas d'espèce, un tel recours est recevable, à l'inverse de ce qu'avait jugé le premier président. Ce n'est là que le rappel de l'article L. 464-8-1 C. com.

L'existence de possibles mesures d'occultation d'éléments confidentiels dans la décision publiée ne donne pas lieu à une fin de non-recevoir du recours formé. Le contraire eut étonné et le secret des affaires serait bien mal assuré s'il ne bénéficiait, pour unique rempart, que de l'occultation d'informations dans la décision de l'Autorité, sans protection plus précoce, notamment au cours de l'instruction. C'est l'objet de l'article L. 463-4 C. com. Cette solution refuse ainsi de voir dans la simple occultation de passages de la décision de l'Autorité, une mesure concurrente et encore moins équivalente à la procédure de classement en secret des affaires.

Sur un plan mixte ensuite, mêlant fond et procédure (deuxième solution), l'existence en l'espèce d'un intérêt pour un tel recours contre l'ordonnance, bien que recevable, est ici remis en cause, d'où le rejet du pourvoi. En effet, les requérantes, bien que deux sociétés différentes, « *ne constituaient qu'une seule entité et partie à la procédure* ». La notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence trouve ainsi ici un autre terrain d'expression. L'article L. 463-4 précité ne vise-t-il pas à empêcher la communication à une partie ou la consultation par cette dernière, de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Les deux sociétés du groupe Randstad, conjointement requérantes en tant que sociétés juridiquement distinctes, mais unique entité et partie poursuivie, ne pouvaient ainsi justifier d'un intérêt à leur recours tiré d'une quelconque atteinte à leurs droits, en ce compris celui d'un risque de divulgation d'informations susceptibles de relever du secret des affaires à raison de la levée de la protection à ce titre. Bien que recevable,

le recours devait alors être rejeté. Cette solution, assez logique, ouvre toutefois le champ des interrogations. La solution aurait-elle par exemple été différente dans un scénario comparable, pour un recours intenté uniquement par l'une des deux sociétés, le cas échéant revendiquant une pleine et entière autonomie vis-à-vis de l'autre. On peut aussi s'interroger sur les incidences de cette solution en cas d'évolution du périmètre de l'entreprise (cession d'une filiale jusqu'alors privée d'autonomie, prise de participation d'un tiers, partie ou non à la procédure, dans son capital etc.) ou, lorsque l'affaire s'y prête, en cas de survenance de la présence d'un tiers, à un titre ou un autre à un stade plus avancé de la procédure. Autant de situations évolutives pouvant amener les intéressées à reconsidérer, au plan pratique, le risque redouté de divulgation des informations confidentielles les concernant.