

Colloque du vendredi 10 juin 2022

LE SECRET DES AFFAIRES (1)

Ouverture du Colloque par Madame Catherine GIRAULT, première Vice-Présidente de la Cour

**LE CARACTÈRE CONTRADICTOIRE DE LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE À L'ÉPREUVE DU
SECRET DES AFFAIRES**

par Axel BASSET, rapporteur public à la Cour administrative d'appel de Bordeaux.

Le principe du contradictoire ou principe de la contradiction constitue pour le juge en général et le juge administratif en particulier – puisque c'est bien de lui auquel je limiterai mon intervention aujourd'hui – un principe essentiel, pour ne pas dire cardinal, du procès administratif.

Il est défini par Bernard Pacteau comme « la garantie de participer pleinement au débat judiciaire » (Contentieux administratif, PUF, 7ème édition, 2005). René Chapus précisait pour sa part qu'« : il n'y a pas de choix possible entre une procédure contradictoire et une procédure qui ne le serait pas (Droit du contentieux administratif, 15ème édition, Montchrétien, 2006).

1. consécration juridique

D'abord – et très tôt - imposé par la voie prétorienne au titre des règles générales de procédure (CE, 10 août 1918, Villes) sans le confondre avec le principe des droits de la défense, le principe du contradictoire a été qualifié, dans l'arrêt de section Société La Huta du 12 mai 1961, de « principe général applicable à toutes les juridictions administratives d'après lequel la procédure doit revêtir un caractère contradictoire ». Il a fallu attendre quelques années pour que le CE parle du principe général du droit (PGD) selon lequel la procédure doit revêtir un caractère contradictoire et aussi d'une « garantie essentielle des justiciables » (CE, Ass, 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France). Le CE a évoqué ensuite le fait que le principe du contradictoire « tend à assurer l'égalité des parties devant le juge » (CE, 29 juillet 1998, Mme Esclatine).

Plus récemment, l'article L. 5 du CJA, qui fait partie du « décalogue de la juridiction administrative », le consacre expressément en rappelant que « l'instruction des affaires est contradictoire », définissant ainsi le champ d'application qui ne vaut que pour la seule instruction.

2. implications pratiques

Pour reprendre la dichotomie classique, le principe du contradictoire revêt, en pratique, deux dimensions majeures.

Il implique, en premier lieu, l'obligation d'informer : c'est le droit de savoir des défendeurs sur l'existence du procès et des parties dans leur ensemble sur l'état du dossier. Ainsi le CE a-t-il rappelé, dans l'**arrêt de Section, n° 95310, A, 23 décembre 1988, Banque de France c/ Huberschwiller**, que : « le caractère contradictoire de la procédure exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites au cours de l'instance ». Une juridiction ne peut donc normalement – mais je reviendrai sur ce point qui souffre d'un aménagement de taille – prendre en considération que les éléments ayant donné lieu à communication (**CE, 22 janvier 1997, Nafa**).

Ces impératifs propres à la procédure d'instruction, applicables aussi bien au CE qu'aux CAA et aux TA, figurent à l'article R. 611-1 du CJA qui organisent les modalités de communication des mémoires et pièces versées dans le cadre du procès administratif :

(1) *Intervenants : Dominique LENCOU, Axel BASSET, François-Xavier DÉSSERT, David KELLER, Dominique DALLAY et Jacques COLAT-PARROS*

Article R611-1 du CJA

Version en vigueur depuis le 10 février 2019

Modifié par Décret n°2019-82 du 7 février 2019 - art. 27

La requête et les mémoires, ainsi que les pièces produites par les parties, sont déposés ou adressés au greffe. La requête, le mémoire complémentaire annoncé dans la requête et le premier mémoire de chaque défendeur sont communiqués aux parties avec les pièces jointes dans les conditions prévues aux articles R. 611-2 à R. 611-6. Les répliques, autres mémoires et pièces sont communiqués **s'ils contiennent des éléments nouveaux.**

Le second aspect du principe du contradictoire est le droit « à faire savoir », c'est à dire de répondre aux observations adverses en disposant du temps nécessaire pour ce faire (CE, 23 avril 1975, ministre de l'équipement c/ dame veuve Pradier).

3. limites et aménagements

Il s'agit d'abord de la réserve de l'article R. 611-1 du CJA, selon laquelle certains mémoires échappent à l'obligation de communication lorsqu'ils ne contiennent pas d'éléments nouveaux.

Il s'agit ensuite du régime de certains documents à propos desquels le CE a apporté des aménagements à l'obligation de communication, à savoir les pièces couvertes par un secret légalement institué, le juge ne pouvant, à cet égard, sans l'autorisation de celui dans l'intérêt duquel le secret a été édicté, ni en prendre connaissance, ni naturellement le communiquer aux parties (à propos du secret de la défense nationale : **CE, Ass, 11 mars 1955, Coulon** ; très récent : **CE, n° 436534, B, 19 mai 2021, Société Eusa Pharma France**).

A cet égard, l'existence d'un secret des affaires semble venir heurter frontalement, de prime abord, le principe du contradictoire.

Mais en réalité, il pose plus spécifiquement l'enjeu d'une conciliation entre l'exigence de manifestation de la vérité dans le procès administratif, d'une part, et la protection d'intérêts légitimes, d'autre part. Comme l'indiquait le rapporteur public Mireille le Corre dans ses conclusions rendues sur le très récent arrêt du **CE, N° 449643, 9 juin 2021, Société Lorany Conseils** : « (...) S'il est un principe auquel vous êtes, à juste titre, attachés et vigilants, car l'histoire se rappelle à vous, c'est le caractère contradictoire de la procédure. Ce principe est toutefois régulièrement questionné par certaines évolutions, tenant à des pratiques administratives ou privées. Nous pensons à l'usage de notes blanches par l'administration, qui conduisent à occulter une source, ou au secret des affaires, qui est susceptible de soustraire du contradictoire le contenu même d'un document. [ce qui met en évidence une] tension entre le respect du contradictoire et le principe de loyauté de la preuve. (...) ».

Et cette problématique générale se pose - à l'évidence - aux experts qui peuvent être amenés, dans le cadre d'une expertise diligentée par le juge, à son initiative ou à la demande d'une partie, à concourir au bon déroulement du procès et se heurter à des difficultés pratiques pour exercer leur mission, notamment en ce qui concerne l'accès à certaines informations détenues par une partie et pourtant nécessaires à la résolution du litige.

Article R621-1 du CJA

Modifié par Décret n°2019-82 du 7 février 2019 - art. 39

La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision. L'expert peut se voir confier une mission de médiation. Il peut également prendre l'initiative, avec l'accord des parties, d'une telle médiation. Si une médiation est engagée, il en informe la juridiction. Sous réserve des exceptions prévues par l'article L. 213-2, l'expert remet son rapport d'expertise sans pouvoir faire état, sauf accord des parties, des constatations et déclarations ayant eu lieu durant la médiation.

* * * * *

(1) *Intervenants : Dominique LENCOU, Axel BASSET, François-Xavier DÉSSERT, David KELLER, Dominique DALLAY et Jacques COLAT-PARROS*

Siège social : C.A.A.B.L.E. Hôtel Nairac - 17, cours de Verdun - 33074 Bordeaux Cedex

Association Loi du 01/07/1901 déclarée le 02 03 2010

I] Traditionnellement étendus, les pouvoirs d'investigation du juge administratif mis en œuvre dans le cadre de la procédure contentieuse doivent désormais tenir compte de la consécration solennelle du secret des affaires

A/ Des pouvoirs d'investigation du juge traditionnellement étendus

La fixation de limites aux pouvoirs d'investigation du juge semble a priori antinomique avec le bon exercice de son office tant celui-ci dispose de pouvoirs étendus, qu'ils soient ou non organisés par les textes.

L'arrêt du **CE du 1^{er} mai 1936 Couespel du Mesnil** passé à la postérité met en évidence les pouvoirs d'investigation que se reconnaît le juge administratif pour établir sa conviction. Il évoque plus particulièrement ce que l'on appelle « les injonctions d'instruction » (René Chapus, Droit du contentieux administratif, 15^{ème} édition, Montchrétien, 2006).

Cette injonction de produire prononcée à l'encontre de l'administration illustre au plus haut point **l'étendue des pouvoirs inquisitoriaux du juge administratif** qui dirige seul l'instruction (**CE, 4 juillet 1962, Paisnel**).

La raison en est simple : dans un contentieux qui est écrit et où il incombe – en règle générale et sous réserve des modalités particulières de la charge de la preuve – à la partie qui saisit le juge de prouver l'illégalité de la décision qu'il conteste ou encore en plein contentieux d'établir ses prétentions, le requérant est parfois confronté à des difficultés pour parvenir à démontrer la pertinence de sa requête (réticence de l'administration à la communication de documents, dissimulation des motifs, invocation parfois abusive du secret...). Il peut alors, dans certains cas, demander au juge de recourir à certaines mesures d'instruction mais le juge aura la faculté, lui-même et d'office, d'en utiliser d'autres, telles que les mesures d'injonction, qui fournissent souvent une aide précieuse à l'une ou l'autre des parties qui, bénéficiant d'informations supplémentaires, pourra étayer ses arguments et même en démontrer la véracité.

1. les mesures d'instruction non organisées par les textes

Ainsi, devant l'ensemble des juridictions, les nécessités de l'instruction peuvent conduire le juge à prescrire des investigations supplémentaires qui lui paraissent utiles pour mettre les parties à même de discuter les éléments du litige.

Elles ne sont nullement encadrées par le CJA, qui mentionne « toutes mesures d'instruction » :

Article R626-1 du CJA

Version en vigueur depuis le 10 février 2019

Modifié par Décret n°2019-82 du 7 février 2019 - art. 41

Un membre de la juridiction peut être commis par la formation de jugement par son président ou par celui de la chambre chargée de l'instruction pour procéder à toutes mesures d'instruction autres que celles qui sont prévues aux chapitres Ier à IV du présent titre.

Ce silence a permis au juge administratif de recourir à divers procédés d'injonctions procédurales par la voie administrative ou par le biais d'un jugement avant dire droit (JADD) (**CE, Ass, 6 novembre 2002, Moon Sun Myung**), mesures dont on relèvera qu'elles ne sont pas directement susceptibles d'appel puisque le juge dispose en la matière d'un large pouvoir discrétionnaire de mise en oeuvre.

Ces mesures peuvent notamment – mais pas seulement – consister à :

- exiger de l'administration compétente la production de tous documents de nature à permettre de vérifier les allégations du requérant
- demander à l'administration de fournir par mémoire des explications sur les motifs de sa décision (**CE,**

(1) *Intervenants : Dominique LENCOU, Axel BASSET, François-Xavier DÉSSERT, David KELLER, Dominique DALLAY et Jacques COLAT-PARROS*

26 janvier 1968, Société « Maison Genestal ») ou les critères de choix d'un concurrent dans un appel d'offres pour un marché public

- réclamer le dépôt d'un dossier ou de pièces non produites par les parties (**CE, 13 juillet 1968, Chenal**) et ce même à la suite des débats à l'audience (**CE, n° 186877, 15 décembre 2000, Arillotta**)

2. les mesures d'instruction réglementées par le code de justice administrative (CJA)

Le CJA prévoit plusieurs types de mesures d'instruction auxquelles le juge peut recourir.

La juridiction peut d'abord décider que l'un ou plusieurs de ses membres (dont le rapporteur public) **se transportent sur les lieux** pour y faire les constatations et vérifications déterminées par sa décision. La visite des lieux - on le sait - est utilisée parfois en matière d'urbanisme et d'environnement, pour apprécier notamment le caractère pittoresque d'un site classé (**CE, 19 janvier 1996, syndicat mixte d'études pour le tunnel de Montgenèvre**) ou, encore, pour mesurer l'atteinte portée par une construction au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants (**CE, 31 décembre 1976, association « Les amis de l'île de Groix »**).

Les articles R. 623-1 à R. 623-8 du CJA réglementent une autre mesure d'instruction, à savoir **l'enquête sur les faits** dont la constatation apparaît utile à l'instruction de l'affaire, dont l'objet est de permettre l'audition de témoins dans la mesure - et dans cette mesure seulement - où elle paraît utile à la manifestation de la vérité. Ce procédé a pu être utilisé notamment pour déterminer la composition exacte d'un dossier soumis à enquête publique alors que des attestations permettent de douter de la présence de certains documents (**CE, 18 avril 1969, consorts Vitry**).

La juridiction peut également décider une **vérification d'écritures** par un ou plusieurs experts en présence, le cas échéant, d'un de ses membres, destinée à vérifier l'authenticité d'un document, mesure qui reste toutefois, en pratique, très peu fréquente.

B/ La consécration solennelle récente du secret des affaires par la loi du 30 juillet 2018 semble venir tempérer notablement ces larges pouvoirs d'investigation

Toutes les entreprises, et notamment les plus innovantes, sont de plus en plus exposées à des actes de prédation, qui trouvent leur origine à l'intérieur ou en dehors de l'Union européenne.

Parmi les principales menaces se trouvent la fuite d'informations sensibles, l'espionnage industriel et la cybercriminalité.

Les évolutions récentes, telles que la mondialisation, le recours croissant à la sous-traitance et aux prestataires externes ainsi que l'usage accru des technologies de l'information et de la communication telles que le Cloud (SaaS, IaaS...) ou le télétravail, contribuent à la hausse des risques liés à ces procédés. Dans le cadre de la transition numérique accélérée par la crise sanitaire (Covid 19), le phénomène a d'ailleurs pris une ampleur considérable.

Ce contexte de prédation est susceptible d'exposer au profit de tiers des informations clés d'une entreprise :

- la stratégie commerciale ;
- les projets d'acquisition d'entreprises ;
- les fichiers clients ou fournisseurs ;
- les données commerciales stratégiques ;
- les volumes de production ;
- les taux de marge ;
- les procédés originaux ;
- les accords de confidentialité et de non-concurrence ;
- et, plus largement, les savoirs-faire et informations commerciales non divulguées, qui constituent des actifs immatériels conférant à leur titulaire un avantage concurrentiel.

(1) *Intervenants : Dominique LENCOU, Axel BASSET, François-Xavier DÉSSERT, David KELLER, Dominique DALLAY et Jacques COLAT-PARROS*

1. une loi destinée à combler un vide juridique

Or paradoxalement, le droit français n'a, pendant de nombreuses années, pas défini concrètement le secret des affaires, même si l'expression était fréquemment utilisée. En outre, et, surtout, il n'existait pas de réglementation d'ensemble pour en assurer la protection effective, seules quelques dispositions éparses localisées dans le droit commun pouvant être utilisées à cet effet, qu'il soit civil avec l'application des règles de la responsabilité civile pour faute ou qu'il soit éventuellement pénal avec des incriminations comme le vol, l'abus de confiance ou l'escroquerie. Le droit de la propriété industrielle, s'il s'est avéré adapté pour assurer la protection des brevets, marques et autres dessins et modèles, s'est révélé quant à lui insuffisant pour assurer la protection d'informations économiques et techniques confidentielles des entreprises.

C'est ainsi que qu'à la suite d'un accord conclu avec l'organisation mondiale du commerce (OMC), le législateur communautaire a adopté la **directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil 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. Cette directive a relevé que les différences existant entre les États membres de l'Union européenne en matière de protection juridique des secrets d'affaires entraînait une fragmentation du marché intérieur dans ce domaine ce qui requérait, afin d'y remédier, l'instauration d'une réglementation commune aux États membres.

Comme l'indiquait le RP Esther de Moustier dans ses conclusions rendues sur le très récent arrêt du CE, N° 447701, B, 8 avril 2022, **Société Editrice du Monde et Mme Stephane Horel** : « (...) l'objectif de la directive de 2016 est de protéger les secrets des affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, tout préservant l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information. (...) », tel qu'il est notamment garanti par l'article 10 de la CEDH.

La transposition de la directive du 8 juin 2016, qui devait intervenir au plus tard le 9 juin 2018, a eu lieu en France avec un léger retard, par le prisme de la **loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018** relative à la protection du secret des affaires.

2. la consécration et la protection du secret des affaires en droit français

Outre le code de commerce, cette loi a inscrit le secret des affaires dans d'autres codes applicables par le juge administratif.

a) le code de commerce

La loi du 30 juillet 2018 a d'abord créé au sein du livre 1^{er} du code de commerce un titre V intitulé « DE LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES », dont les articles qui y sont insérés ont été jugé conformes à la Constitution par le Conseil Constitutionnel.

1°) **L'article L. 151-1 pose les critères que devra remplir l'information pour être protégée**, en indiquant qu'« est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux [trois] critères suivants :

- 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 ;
- Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;
- 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 ».

2°) **Le code de commerce distingue également l'utilisation licite de l'utilisation illicite des informations couvertes par le secret des affaires.**

(1) *Intervenants : Dominique LENCOU, Axel BASSET, François-Xavier DÉSSERT, David KELLER, Dominique DALLAY et Jacques COLAT-PARROS*

Selon l'article L. 151-3, constituent des **modes d'obtention licite** :

- une découverte ou une création indépendante
- l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtient l'information, sauf stipulation contractuelle interdisant ou limitant l'obtention du secret.

L'article L. 151-4 prévoit à l'inverse que **l'obtention d'un secret des affaires est illicite** lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte d'un accès non autorisé ou de tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale ou lorsqu'une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite.

Il en va de même de l'utilisation ou de la divulgation d'un secret des affaires lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime, par une personne l'ayant obtenue de façon illicite ou agissant en violation d'une obligation de ne pas l'utiliser ou d'en limiter l'utilisation ou lorsqu'une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite.

Ainsi, **le secret des affaires, dont le contenu est potentiellement large, a vocation à faire l'objet d'une appréciation in concreto par les juges des deux ordres juridictionnels** :

1°) un contenu large : tous les types d'information sont visés, sans qu'il y ait de restriction sur leur nature (informations techniques, commerciales, économiques et financières, voire stratégiques et organisationnelles) le support de l'information important également peu.

2°) une appréciation in concreto par le juge : le texte laisse aux juges du fond le soin de fixer le niveau de protection requis qui ne peut qu'être variable selon le type d'information ou selon le support d'information.

3°) deux ordres juridictionnels concernés : le socle figurant au titre V du livre 1^{er} du code de commerce, loin d'être limité aux procédures devant le juge judiciaire, a vocation à s'appliquer aussi devant les juridictions administratives, sous réserve – bien entendu - que le litige relève bien de leur compétence matérielle.

C'est ce qu'a rappelé très récemment Marc Pichon de Vendeuil dans ses conclusions rendues sur l'arrêt du CE, n° 456503, A, 10 février 2022, **CHU de Pointe-à-Pitre c/ Abymes** : « (...) S'agissant d'une notion qui trouve principalement à jouer dans les rapports de droit privé, le dispositif est régi par le titre V du livre Ier du code de commerce, qui définit notamment les informations protégées par ce secret. On notera de manière incidente que les dispositions du code de commerce sont parfois rédigées dans une optique plus judiciaire qu'administrative mais, en l'état, aucune ne nous paraît manifestement inapplicable par le juge administratif. C'est en tout cas à cet ensemble de dispositions que renvoie, pour ce qui concerne le droit public, le nouvel article L. 77-13-1 du code de justice administrative (CJA), qui a lui-même été introduit puis modifié par les lois n° 2018-670 du 30 juillet 2018 et n° 2019-222 du 23 mars 2019. (...) ».

b) les autres codes

Le secret des affaires a été transposé dans d'autres codes par la loi du 30 juillet 2018 soit directement, soit indirectement, « par ricochet ».

Les deux premiers codes concernent l'administration alors que le troisième a trait à l'office du juge administratif.

(1) *Intervenants : Dominique LENCOU, Axel BASSET, François-Xavier DÉSSERT, David KELLER, Dominique DALLAY et Jacques COLAT-PARROS*

- le code des relations entre le public et l'administration

L'ensemble des administrations sont potentiellement concernées par l'application de ce principe du secret des affaires en matière de liberté d'accès aux documents administratifs opposable à l'administration depuis l'ancienne loi n° 78-753 du 17 juillet 1978.

En effet, la protection de ce secret est devenue un motif légal de restriction du droit à communication des certains documents :

Article L311-1

Modifié par LOI n°2016-1321 du 7 octobre 2016 - art. 3

Sous réserve des dispositions des articles L. 311-5 et L. 311-6, les administrations mentionnées à l'article L. 300-2 sont tenues de publier en ligne ou de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande, dans les conditions prévues par le présent livre.

Article L311-6

Version en vigueur depuis le 01 août 2018

Modifié par LOI n° 2018-670 du 30 juillet 2018 - art. 4

Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs :

1° Dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret des affaires, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles et est apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public de l'administration mentionnée au premier alinéa de l'article L. 300-2 est soumise à la concurrence ;

2° Portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable ;

3° Faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice.

- le code de la commande publique

De même les acheteurs publics, qui sont tout particulièrement concernés par la problématique de la divulgation d'informations sensibles à des tiers, n'ont-ils pas échappé à cette consécration « par ricochet » du secret des affaires, l'interdiction de principe posée ci-dessous bénéficiant toutefois de deux aménagements.

Article L2132-1

Version en vigueur depuis le 01 avril 2019

Création Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 - art.

L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres.

Toutefois, l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.

L'acheteur peut imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'il communique dans le cadre de la procédure de passation d'un marché.

(1) *Intervenants : Dominique LENCOU, Axel BASSET, François-Xavier DÉSSERT, David KELLER, Dominique DALLAY et Jacques COLAT-PARROS*

- le code de justice administrative

Le juge administratif a lui-même vu son office expressément encadré par l'obligation de respecter le secret des affaires :

Article L611-1

Version en vigueur depuis le 25 mars 2019

Modifié par LOI n°2019-222 du 23 mars 2019 - art. 41

Les exigences de la contradiction mentionnées à l'article L. 5 du présent code sont adaptées à celles de la protection du secret des affaires répondant aux conditions prévues au chapitre Ier du titre V du livre Ier du code de commerce.

* * * * *

II] Loin de constituer un bouleversement de la procédure administrative contentieuse, cette consécration solennelle du secret des affaires, qui s'inscrit en réalité dans le prolongement de l'office d'un juge administratif conscient de longue date des impératifs du secret, a permis de le doter de pouvoirs nouveaux

A/ La préservation du secret, préoccupation ancienne du juge administratif dans le cadre de la mise en œuvre du contradictoire dont le secret des affaires constitue une sorte d'aboutissement

Le juge administratif a élaboré depuis de nombreuses années une jurisprudence nuancée destinée à concilier la nécessité de protéger certaines informations sensibles concernant des personnes physiques ou morales avec le droit, pour des tiers, à obtenir certaines informations dans le cadre de la mise en œuvre du principe du contradictoire dans le procès administratif.

1. les hypothèses traditionnelles (exemples non exhaustifs)

Les pouvoirs d'instruction du juge se heurtent - on le sait - à certaines limites car il ne peut pas requérir la production de documents ou pièces couverts par un secret garanti par la loi, et notamment par des dispositions pénales.

Cela concerne bien sûr, en premier lieu, les documents couverts par le secret médical, quoique le juge puisse, dans ce cas, prescrire la communication du document au malade auquel ce secret n'est pas opposable (CE, 24 octobre 1969, Gougeon).

Cela concerne aussi, en deuxième lieu, les pièces couvertes par le « secret défense ». Ainsi, et bien avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2018, le CE a pu, dans le cas où il se trouvait placé devant un refus de communication fondé sur ce secret, ne statuer qu'au vu des seules pièces du dossier dont il était saisi, sachant toutefois que rien ne s'opposait à ce que dans la mesure où ces renseignements lui paraissaient indispensables pour former sa conviction sur les points en litige, il prenne toutes mesures de nature à lui procurer, par les voies de droit, tous éclaircissements nécessaires, même sur la nature des pièces écartées et sur les raisons de leur exclusion (CE, Ass, 11 mars 1955, secrétaire d'État à la Guerre c/ Coulon).

2. l'application ancienne du secret des affaires

La notion même de secret des affaires n'était pas inconnue du juge administratif qui en a fait application dans sa jurisprudence.

(1) *Intervenants : Dominique LENCOU, Axel BASSET, François-Xavier DÉSSERT, David KELLER, Dominique DALLAY et Jacques COLAT-PARROS*

1°) Ainsi, et s'agissant – là encore – du contentieux de la passation des marchés publics, le juge a contrôlé la légalité des refus de communication de certaines informations (montant global et délais d'exécution de l'offre) opposés à un concurrent évincé par l'administration, au nom du secret des affaires, s'agissant de marchés publics de défense ou de sécurité (CE, n° 364827, B, 29 mai 2013, **Ministère de la défense c/ Société Aeromécanic**).

Dans cette affaire, la haute juridiction a relevé qu'en soutenant que la communication d'informations relatives aux caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue à un candidat évincé, exigée par l'article 255 du code des marchés publics (CMP), risquerait de donner à ce dernier un avantage compétitif de nature à nuire à la loyauté de la concurrence, dans l'hypothèse où la procédure litigieuse serait annulée par le Conseil d'Etat ou serait déclarée sans suite pour motif d'intérêt général et où une nouvelle procédure de passation du marché serait engagée, le pouvoir adjudicateur n'apportait aucun élément de nature à établir que la communication des informations demandées porterait, en l'espèce, une atteinte au **secret des affaires** ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques et à faire ainsi obstacle à ce qu'il y soit procédé.

2°) de même, saisi – en matière économique - d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision autorisant une opération de concentration, les juges du Palais Royal ont considéré qu'il résultait des dispositions des articles L. 463-4 et R. 463-15-1 du code de commerce que si le rapporteur général de l'ex-Autorité de la concurrence pouvait refuser à une partie la communication de documents ou d'informations mettant en jeu le **secret des affaires** d'autres personnes, il lui incombait, **dans les cas où la communication de telles informations était nécessaire à l'exercice des droits de la défense de cette partie**, de lui donner accès au contenu de ces informations, le cas échéant au moyen de versions non confidentielles des documents ou de résumés suffisamment explicites pour lui permettre l'exercice de ses droits. Ils ont ajouté que si ces dispositions ne faisaient pas obstacle à ce que le rapport du rapporteur contienne des éléments couverts par le **secret des affaires** de personnes tierces et faisant l'objet d'une occultation, il incombait au rapporteur général, dans le cas où la communication de ces éléments était nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie, de lui donner accès à leur contenu, le cas échéant au moyen d'un résumé suffisamment explicite (CE, Assemblée, n° 362347 363542 363703, A, 21 décembre 2012, **Société Groupe Canal Plus et autres**).

3. la question de l'usage, par le juge, de pièces obtenues en violation du secret des affaires

Il a également été jugé - s'agissant de la régularité de procédure contentieuse proprement dite - que la circonstance que le juge du référé précontractuel se soit fondé sur des pièces communiquées en violation du **secret des affaires** n'était pas de nature à entacher d'irrégularité ni d'erreur de droit son ordonnance, dès lors que ces pièces avaient pu être discutées contradictoirement par les parties (CE, N° 449643, 9 juin 2021, **Société Lorany Conseils**).

Comme l'indiquait Mireille Le Corre dans ses conclusions correspondantes : « (...) La question qui vous est posée revient, au fond, à déterminer si le juge des référés pouvait ne pas tenir compte des conditions d'obtention d'un élément apporté par une partie devant lui, sur lequel il entendait se fonder. Deux situations doivent, selon nous, être distinguées. **La première est celle dans laquelle une partie produit devant le juge des éléments la concernant elle-même**, en demandant qu'ils ne soient pas divulgués aux autres parties, en invoquant le secret des affaires. (...) **La seconde hypothèse est celle dans laquelle une partie produit des éléments concernant une autre partie**. La question posée au juge est alors moins celle du contradictoire – puisque les éléments sont connus des deux parties, le requérant et le défendeur, sous réserve toutefois de la question de la présence d'autres parties – que celle de la loyauté de la preuve : comment une partie s'est-elle procuré un élément qu'elle n'était pas censée connaître et dans quelle mesure le juge peut-il se fonder sur une telle pièce ? **Votre jurisprudence est déjà engagée dans une voie qui privilégie le contenu d'un élément de preuve à son mode d'obtention**. Vous avez ainsi refusé d'écarter du débat des pièces produites par une partie au seul motif que leur production méconnaîtrait un secret protégé par la loi, en matière de secret de

(1) *Intervenants : Dominique LENCOU, Axel BASSET, François-Xavier DÉSSERT, David KELLER, Dominique DALLAY et Jacques COLAT-PARROS*

l'instruction (Assemblée, 30 décembre 2014, Bonnemaïson, n° 381245, au Recueil) ou de secret professionnel dans le champ fiscal (18 janvier 2017, Aoun, n° 394562, aux Tables sur un autre point). En contentieux électoral, une pièce obtenue par vol n'est pas non plus écartée (8 novembre 1999, Election cantonale de Bruz, n° 201966, au Recueil). (...) ».

Ce rappel de l'ensemble de ces principes jurisprudentiels illustre – si besoin était – cette volonté de conciliation du juge entre deux principes (contradictoire et secret) a priori antagonistes.

B/ La mise en œuvre de voies de droit nouvelles enrichissant l'office du juge administratif

Deux voies de droit doivent être particulièrement mentionnées. L'une – particulièrement novatrice - est spécifiquement destinée à prévenir / faire cesser en urgence les atteintes au secret des affaires sur demande d'une partie. L'autre – en réalité peu novatrice - vise à garantir la préservation de ce secret dans le cadre de la procédure contradictoire conduite par le juge administratif.

1. le référé « secret des affaires » ou la prévention / réparation d'une atteinte imminente au secret des affaires

La plus remarquable voie de droit est la création, par l'article 4 du décret n° 2019-1502 du 30 décembre 2019 [portant application du titre III de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et autres mesures relatives à la procédure contentieuse administrative], d'un nouveau type de référé en contentieux administratif dénommé « référé secret des affaires » (SDA).

a) base légale

Ce référé est désormais codifié dans le code de justice administrative à l'article R. 557-3, qui comporte une **double dimension préventive** (empêcher une atteinte) **et curative** (faire cesser une atteinte) :

Article R557-3

Version en vigueur depuis le 01 janvier 2020

Création Décret n°2019-1502 du 30 décembre 2019 - art. 4

Lorsqu'il est saisi **aux fins de prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires**, le juge des référés peut prescrire toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte. Il peut notamment ordonner l'ensemble des mesures mentionnées à l'[article R. 152-1 du code de commerce](#).

Ce renvoi au code de commerce permet d'appréhender le contenu des mesures susceptibles d'être prononcées par le juge.

Article R152-1

Version en vigueur depuis le 01 janvier 2020

Modifié par Décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 - art. 16

I.-Lorsqu'elle est saisie aux fins de prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, **la juridiction peut prescrire, sur requête ou en référé, toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte.** Elle peut notamment :
1° Interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires ;

(1) *Intervenants : Dominique LENCOU, Axel BASSET, François-Xavier DÉSSERT, David KELLER, Dominique DALLAY et Jacques COLAT-PARROS*

2° Interdire les actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation des produits soupçonnés de résulter d'une atteinte significative à un secret des affaires, ou d'importation, d'exportation ou de stockage de tels produits à ces fins ;

3° Ordonner la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers de tels produits, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché.

II.-Aux lieu et place des mesures provisoires et conservatoires mentionnées aux 1° à 3° du I, la juridiction peut autoriser la poursuite de l'utilisation illicite alléguée d'un secret des affaires en la subordonnant à la constitution par le défendeur d'une garantie destinée à assurer l'indemnisation du détenteur du secret.

La juridiction ne peut pas autoriser la divulgation d'un secret des affaires en la subordonnant à la constitution de la garantie mentionnée au premier alinéa.

Trois remarques – d'ordre temporel, matériel et procédural - doivent d'ores et déjà être formulées.

1°) D'un point de vue temporel, ces dispositions s'appliquent aux instances introduites à compter du 1er janvier 2020, conformément aux dispositions de l'article 55 du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 modifié par l'article 22 du décret n° 2019-1419 du 20 décembre 2019.

2°) D'un point de vue matériel, le juge a - en principe - vocation à ordonner des mesures provisoires et conservatoires destinées à prévenir ou faire cesser l'atteinte au secret des affaires mais il peut aussi autoriser la prolongation de celle-ci moyennant une indemnisation de la partie concernée.

3°) D'un point de vue procédural, l'article L. 77-13-1 du CJA dispose que les décisions rendues en référé en application du présent article sont rendues en dernier ressort.

b) panorama jurisprudentiel

- jurisprudence du juge suprême

Au jour des présentes, la seule décision rendue par le CE au visa des nouvelles dispositions de l'article R. 557-3 du CJA est l'arrêt n° **456503, A, 10 février 2022, CHU de Pointe-à-Pitre c/ Abymes**, qui apporte de très intéressants éclairages concernant leur mise en œuvre.

Rappelons que dans cette affaire, un candidat à l'attribution de lots d'un marché ayant pour objet des services d'assurance pour le centre hospitalier Sainte-Marie de Marie-Galante et ayant donné lieu à une consultation lancée par le CHU de Pointe-à-Pitre / Abymes avec l'assistance d'un assistant à maîtrise d'ouvrage (en l'occurrence la société A.), a saisi le TA de La Guadeloupe, sur le fondement des dispositions de l'article R. 557-3 du CJA, afin que soit suspendue l'analyse des offres et que soit ordonné au CHU, d'une part, d'interdire l'accès, par tout moyen, de M. T. et des préposés de la société A. à l'ensemble des documents déposés par les candidats, et, d'autre part, d'exclure de la consultation M. T. et les préposés de la société A.

Par une **ordonnance n° 2100560 du 9 juin 2021** confirmée par le Conseil d'Etat, le juge des référés a enjoint au CHU d'interdire, par tout moyen, l'accès de M. T. et de toutes les personnes travaillant au sein de la société A. à l'ensemble des documents déposés par les soumissionnaires dans le cadre de la consultation en cause, suspendu l'analyse des offres, tout en rejetant le surplus des conclusions du requérant de première instance.

Quatre points doivent être relevés :

1°) aucun texte ou principe ne fait obstacle à ce qu'un requérant agisse sur le terrain du

(1) *Intervenants : Dominique LENCOU, Axel BASSET, François-Xavier DÉSSERT, David KELLER, Dominique DALLAY et Jacques COLAT-PARROS*

référé précontractuel plutôt que celui du référé secret des affaires, voire, le cas échéant, qu'il conjugue les deux, sachant que ces deux voies de droit n'en demeurent pas moins distinctes dès lors que la caractérisation d'une atteinte au secret des affaires relève d'une appréciation autonome et indépendante des résultats de la procédure d'attribution du marché.

2°) **l'existence d'une obligation légale ou contractuelle de confidentialité à la charge de celui dont on redoute qu'il n'enfreigne le secret ne suffit pas, par elle-même, à l'écarter.** Il appartient toujours, en pareil cas, au juge d'apprécier concrètement si le risque est suffisamment élevé.

Comme l'indiquait Marc Pichon de Vendeuil dans ses conclusions correspondantes : « Certes, le juge peut prendre en compte l'existence d'une telle obligation dans l'appréciation à laquelle il se livre quant à la réalité du risque – c'est d'ailleurs ce qu'il nous semble avoir fait en l'espèce, celle-ci ne lui étant simplement pas parue suffisante pour le minimiser – mais la seule existence d'une obligation n'élimine naturellement pas ce risque... ne serait-ce, précisément, que c'est souvent parce que de tels risques existent que des obligations de ce type sont prévues !... ».

3°) il revient au juge administratif de manier les trois critères posés par les articles L. 151-1 et suivants du code de commerce pour définir une information protégée au titre du secret des affaires.

On relèvera sur ce point que les dispositions susmentionnées de l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) distinguent - reprenant ainsi une doctrine élaborée en son temps par la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) - **trois sous-catégories de secret des affaires** : le secret des procédés, le secret des informations économiques et financières et le secret des stratégies commerciales ou industrielles.

4°) s'agissant enfin du risque « d'atteinte » à proprement parler, il ressort clairement des dispositions de l'article L. 151-4 du code de commerce selon lesquelles : « L'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime » que la communication à l'acheteur d'informations couvertes par le secret des affaires ne méconnaît pas ce secret dès lors que le soumissionnaire y consent, par exemple en s'inscrivant dans la procédure de passation du marché.

- jurisprudence des juges du fond

Le contentieux de la passation des marchés publics a – là encore - donné lieu à des solutions intéressantes.

1°) par une **ordonnance n° 2106741 du 1^{er} juin 2021, SOCIETE SOFAXIS**, le juge des référés « SDA » du TA de Montreuil a fait droit à une demande d'injonction, présentée par une entreprise candidate à une procédure d'attribution d'un marché de services d'assurance des risques statutaires, à l'encontre du pouvoir adjudicateur, tendant à ce qu'il soit interdit, par tout moyen, à l'AMO d'accéder à l'ensemble des documents déposés par les soumissionnaires, et ce **alors même que le pouvoir adjudicateur avait tenté une « action corrective » via une démarche d'anonymisation des offres des candidats.**

Le juge des référés a relevé, à cet égard, que : « (...) à elle seule, cette démarche d'anonymisation des offres ne saurait suffire à éviter une éventuelle violation du secret des affaires, dès lors que, sur un marché faiblement concurrentiel, comportant un nombre limité d'acteurs, l'auteur d'une offre est aisément identifiable au regard des caractéristiques de celle-ci. ».

2°) par une **ordonnance N° 2000136 du 13 avril 2020, SARL SOCIETE CALEDONIENNE DE CONNECTIVITE INTERNATIONALE**, le juge des référés du TA de Nouvelle Calédonie a précisé que la procédure de suppression des passages d'une requête présentant un caractère diffamatoire, injurieux ou outrageant prévue par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 rendu applicable par les dispositions de l'article L. 741-2 du CJA n'était pas actionnable pour préserver le secret des affaires, qui relève de la procédure distincte que nous avons mentionnée ci-dessus.

(1) *Intervenants : Dominique LENCOU, Axel BASSET, François-Xavier DÉSSERT, David KELLER, Dominique DALLAY et Jacques COLAT-PARROS*

Reste à voir désormais dans quelle mesure le nouveau référé secret des affaires irriguera d'autres contentieux.

2. la production d'une pièce ou d'une information par une partie qui entend la protéger par le secret des affaires

Cette seconde voie de droit, moins novatrice que le référé SDA puisque s'inscrivant dans la lignée d'une solide et abondante jurisprudence déjà mise en œuvre, est désormais régie par le CJA.

La première hypothèse concerne la procédure contentieuse ordinaire :

Article R611-30

Création Décret n°2019-1502 du 30 décembre 2019 - art. 4

Lorsqu'une partie produit une pièce ou une information dont elle refuse la transmission aux autres parties en invoquant la protection du secret des affaires, la procédure prévue par l'article R. 412-2-1 est applicable.

La seconde hypothèse concerne plus spécifiquement le contentieux indemnitaire du fait de pratiques anticoncurrentielles (article R. 775-5 du CJA).

Dans les deux cas, la procédure suivante s'applique :

Article R412-2-1

Version en vigueur depuis le 01 janvier 2021

Modifié par Décret n°2020-1245 du 9 octobre 2020 - art. 3

Lorsque la loi prévoit que la juridiction statue sans soumettre certaines pièces ou informations au débat contradictoire ou lorsque le refus de communication de ces pièces ou informations est l'objet du litige, la partie qui produit de telles pièces ou informations mentionne, dans un mémoire distinct, les motifs fondant le refus de transmission aux autres parties, en joignant, le cas échéant, une version non confidentielle desdites pièces après occultation des éléments soustraits au contradictoire. Le mémoire distinct et, le cas échéant, la version non confidentielle desdites pièces, sont communiqués aux autres parties.

Les pièces ou informations soustraites au contradictoire ne sont pas transmises au moyen des applications informatiques mentionnées aux articles R. 414-1 et R. 414-2 mais sont communiquées au greffe de la juridiction sous une double enveloppe, l'enveloppe intérieure portant le numéro de l'affaire ainsi que la mention : " pièces soustraites au contradictoire-Article R. 412-2-1 du code de justice administrative ”.

Si la juridiction estime que ces pièces ou informations ne se rattachent pas à la catégorie de celles qui peuvent être soustraites au contradictoire, elle les renvoie à la partie qui les a produites et veille à la destruction de toute copie qui en aurait été faite. Elle peut, si elle estime que ces pièces ou informations sont utiles à la solution du litige, inviter la partie concernée à les verser dans la procédure contradictoire, le cas échéant au moyen des applications informatiques mentionnées aux articles R. 414-1 et R. 414-2. Si la partie ne donne pas suite à cette invitation, la juridiction décide des conséquences à tirer de ce refus et statue sans tenir compte des éléments non soumis au contradictoire.

Lorsque des pièces ou informations mentionnées au premier alinéa sont jointes au dossier papier, celui-ci porte de manière visible une mention signalant la présence de pièces soustraites au contradictoire. Ces pièces sont jointes au dossier sous une enveloppe portant la mention : " pièces soustraites au contradictoire-Article R. 412-2-1 du code de justice administrative ”.

Lorsqu'un dossier comportant des pièces ou informations soustraites au contradictoire est transmis à une autre juridiction, la présence de telles pièces ou informations est mentionnée de manière visible sur le bordereau de transmission.

(1) *Intervenants : Dominique LENCOU, Axel BASSET, François-Xavier DÉSSERT, David KELLER, Dominique DALLAY et Jacques COLAT-PARROS*

Conformément au I de l'article 11 du décret n° 2020-1245 du 9 octobre 2020, ces dispositions entrent en vigueur le 1er janvier 2021.

Tout l'intérêt de ces nouvelles dispositions est de permettre au juge administratif de tenir compte d'une pièce (ou plusieurs) non soumises au contradictoire des parties afin de régler pleinement le litige, ce pouvoir du juge constituant certes une entorse de taille à la règle générale selon laquelle une juridiction ne peut prendre en considération que les éléments ayant donné lieu à communication mais trouvant sa justification dans la nécessité de protéger le secret des affaires, conformément à l'intention du législateur.

* * * * *

Axel BASSET

Rapporteur public à la Cour administrative d'appel de Bordeaux

A Bordeaux, le 10 juin 2022