



Aide-mémoire : Secrets d'affaires

Date : 30.04.2008

Généralités

Selon l'art. 25 de la loi sur les cartels (LCart, RS 251), en plus d'être assujetties au secret de fonction, les autorités de la concurrence doivent **respecter les secrets d'affaires**. Cela signifie p.ex. que les publications des autorités de la concurrence ne doivent pas révéler de tels secrets. Sont également considérés comme tels, les actes de procédure qui, dans le cadre du droit de consultation des pièces selon l'art. 26 PA (Loi fédérale sur la procédure administrative, RS 172.021), peuvent être consultés par les parties lors d'une procédure d'enquête menée d'après le droit des cartels (art. 27 LCart). L'obligation de respecter les secrets d'affaires existe envers toutes les entreprises et personnes qui font parvenir aux autorités de la concurrence des faits dont le secret nécessite d'être préservé. La position des entreprises et des personnes dans la procédure est en l'occurrence sans importance.

Ce devoir de confidentialité peut aller à l'encontre du **droit d'être entendu**, droit qui englobe aussi bien le droit des parties de consulter le dossier que celui de recevoir une décision motivée de manière compréhensible de la part de l'autorité. À ces fins, l'autorité doit pouvoir fonder, dans une certaine mesure, sa décision sur les données confidentielles fournies par des entreprises, pour autant que ces informations soient déterminantes. Afin que l'autorité puisse utiliser de telles informations, les secrets d'affaires doivent être, dans la mesure du possible, supprimés, résumés ou livrés en donnant un ordre de grandeur ou une fourchette (en ce qui concerne p. ex. les chiffres d'affaires, le profit ou la part de marché), afin de satisfaire tant une motivation suffisante de la décision que les intérêts des entreprises au maintien de leurs secrets d'affaires.

Les secrets d'affaires doivent dès lors, pour les actes consultables de la procédure d'enquête selon le droit des cartels, être présentés de telle manière que d'un côté les intérêts légitimes des entreprises à la confidentialité soient garantis et de l'autre que le contenu de ces pièces permette aux parties d'exercer efficacement leur droit à la consultation du dossier. Les autorités de recours se sont exprimées en détail sur ce sujet ; la décision de référence est publiée dans l'organe de publication des autorités de la concurrence « Droit et politique de la concurrence » (DPC 2002/4, p. 698 ss., « Vertrieb von Tierarzneimitteln », en particulier cons. 2 et 3) et peut être téléchargée sur le site de la Commission de la concurrence (www.weko.ch, sous « Publications »).

Qualification d'un fait en tant que secret d'affaires

Par analogie avec l'art. 162 CP (Code pénal suisse, RS 311.0) et la pratique y relative, sont qualifiées de secrets d'affaires les informations remplissant les critères suivants :

1. **Le fait n'est pas notoire**, c.-à-d. l'élément n'est connu que de la personne qui l'a livré ou d'un cercle restreint de personnes. En d'autres termes, le fait ne doit pas être accessible au public (p.ex. au moyen de rapports d'activité publiés, par la presse, les sites Internet ou autres).
2. La personne ayant livré le secret manifeste une **volonté subjective à sa préservation**, c.-à-d., elle considère un fait déterminé comme non connu, désire le garder secret et en a informé l'autorité.
3. Il existe un **intérêt objectif au maintien du secret**. Cet intérêt est examiné au cas par cas par l'autorité. Un intérêt objectif à la confidentialité existe lorsque :
 - le fait en question a une *valeur économique* pour l'entreprise, donc est important pour le succès économique de cette entreprise, et
 - le fait ne concerne qu'une *seule entreprise* (c.-à-d. pas un groupe d'entreprises) et permet de ne tirer de conclusions que sur cette entreprise.

Questions particulières

- Des documents ne peuvent qu'exceptionnellement être déclarés intégralement secrets d'affaires. En principe, l'intérêt au maintien du secret d'affaires ne se rapporte qu'à des faits déterminés, c'est pourquoi ces éléments sont à indiquer **isolément**.
- S'il devait s'avérer au cours de la procédure que les faits décrits comme confidentiels sont *légalement pertinents* (c.-à-d. les faits sur lesquels les autorités de la concurrence fondent leur décision), l'autorité doit indiquer à l'entreprise contre laquelle elle utilise ces faits leur contenu essentiel. L'entreprise concernée a ainsi la possibilité d'assurer effectivement son droit à s'exprimer et à se défendre. À cette fin, l'essentiel du contenu des informations fournies doit **être défini** avec la personne qui les a livrées (p.ex. en fournissant un ordre de grandeur concernant les parts de marché à la place d'un chiffre précis ; en mentionnant les clients sous forme anonyme ; cf. DPC 2002/4, p. 713 ss., cons. 3.1.3 et 3.3.2 s.).
- Si les autorités de la concurrence, contrairement à l'avis de l'informateur, ne qualifient pas un élément en tant que secret d'affaires, elles prennent contact avec lui. Si un accord sur la qualification d'éléments en tant que secrets d'affaires ne peut être trouvé, les autorités de la concurrence se réservent le droit de définir les secrets d'affaires controversés dans le cadre d'une **décision**.
- Le Secrétariat de la Commission de la concurrence convie toutes les entreprises à adresser les données contenant des secrets d'affaires (réponses à des questionnaires, demandes, plaintes, etc.) **en double exemplaire** de la manière suivante :
 - un **exemplaire brut** pour le dossier original des autorités de la concurrence, qui n'est accessible qu'à ces dernières ;
 - un exemplaire avec **secrets d'affaires caviardés**, pour le dossier pouvant être consulté par les parties.

Ce procédé permet au Secrétariat de la Commission de la concurrence de pouvoir assurer efficacement aux parties un accès aux pièces aussi rapide que possible. De plus, les imprécisions et la perte de temps résultant de la délimitation des secrets d'affaires peuvent ainsi être a priori minimisés.