

Le secret des affaires¹

! Infos pratiques

Le secret des affaires se compose de deux éléments cumulatifs :

- _ Un élément matériel, l'information doit se rattacher soit au secret des procédés, soit au secret des informations économiques et financières, soit au secret des stratégies commerciales ;
- _ Un élément objectif, c'est-à-dire que le caractère relativement confidentiel et le potentiel commercial de l'information sont avérés.

L'élément subjectif, correspondant aux moyens mis en œuvre pour conserver l'information confidentielle, n'a pas été pleinement consacré comme un élément constitutif du secret des affaires.

Si l'information est couverte par le secret des affaires, vous pourrez vous opposer à sa communication à un tiers mais pas à la personne intéressée. Dans la mesure du possible, il convient de communiquer le document en occultant les informations secrètes.

_____ Quelques éléments d'introduction

Le secret des affaires, auparavant secret en matière commerciale et industrielle, a vocation à concilier le droit d'accès à l'information avec la protection des intérêts techniques, industriels, économiques et financiers en cause. Il peut être invoqué pour protéger les intérêts de l'administration elle-même comme ceux des personnes concernées par les documents administratifs détenus par l'administration.

En 2018, la réécriture combinée du code du commerce et du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), sans bouleverser les équilibres existants, contraint à apprécier plus finement le contexte concurrentiel de l'information et les effets d'une communication.

¹ S'agissant d'un « secret relatif », il n'est opposable qu'aux tiers mais pas à la personne concernée par les informations.

1. Définition du secret des affaires

a. A) L'élément matériel : typologie des informations protégées

Comme c'était le cas pour le secret en matière commerciale et industrielle, le CRPA exige que l'information dont il est demandé la communication relève soit :

_ **Du secret des procédés** : toutes les informations révélant le savoir-faire ainsi que les techniques de fabrication ou de recherche utilisées.

_ **Des informations économiques et financières** : l'ensemble des renseignements relatifs à la situation économique d'une société, à sa santé financière et à l'état de son crédit.

_ **Des stratégies commerciales** : les décisions stratégiques de l'entreprise et à son positionnement par rapport aux concurrents sur le marché économique.

_ Illustrations d'informations non-communicables

Secret des procédés _ un rapport d'audit présentant la démarche et la méthode d'un cabinet privé de conseil, les pièces d'une demande d'autorisation de mise sur le marché d'un produit phytopharmaceutique à moins qu'un texte légal n'impose leur diffusion, le plan de maîtrise sanitaire des produits d'origine animale ou des denrées alimentaires destinés à la consommation humaine.

Secret des informations économiques et financières _ des données relatives au chiffre d'affaires ou au niveau d'activité telles que le volume de production, les prix, les charges de personnel, rémunération des dirigeants non affectés à une mission de service public ou la liste des clients.

Secret des stratégies commerciales _ la politique tarifaire (remise consentie à un client), les autorisations pour l'exploitation des équipements radio 5G révélant l'implantation des antennes, la marge bénéficiaire ou part de marché par produit.

b. B) Les éléments objectif et subjectif : l'appréciation du contexte concurrentiel

Le CRPA rappelle que le secret des affaires est apprécié en tenant compte du fait que la mission de service public de l'administration est soumise à concurrence. Sur ce point, la substitution du secret des affaires au secret en matière commerciale et industrielle a conduit la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) à préciser ses critères d'analyse² en tenant compte des évolutions du code du commerce³.

2 CADA : avis n° 20183968 du 28 février 2019 ; avis n° 20183478 du 21 mars 2019 ; conseil n° 20190911 du 05 septembre 2019

3 Article L.151-1 du code du commerce qui définit le secret des affaires

_ Elément objectif (obligatoire)

- Les informations ne sont pas en général connues des personnes qui évoluent dans le secteur ou ne leur sont pas aisément accessibles.
- Les informations ont une valeur commerciale effective ou potentielle de ce fait.

_ **Elément subjectif (facultatif)** : L'ensemble des dispositions raisonnables prises par le gestionnaire du service public pour conserver secrètes les informations demandées.

_ Illustrations de l'appréciation du contexte concurrentiel

Est communicable la liste des dispositifs médicaux mis sur le marché en France ou dans un Etat membre de l'UE conforme aux normes européennes (certification ou marquage « CE »). Mais pas la liste des équipements qui n'ont pas encore été mis sur le marché, le nom du dispositif étant de nature à dévoiler les produits que les fabricants ont développés et qu'ils envisagent de commercialiser⁴.

Dans le cadre de la publication de la banque nationale de vente des distributeurs (BNV-D) par l'ONEMA, la CADA a estimé que les références commercialisées par les distributeurs ou des quantités de produits phytopharmaceutiques vendues, distributeur par distributeur n'ont qu'une faible valeur commerciale effective ou potentielle⁵.

En pratique, le CRPA impose autant que possible de communiquer le document en occultant les mentions couvertes par le secret⁶. La pertinence des occultations est appréciée à la date du refus de communication⁷.

2. Cas spécifiques

a. Le droit de la commande publique⁸

Par principe, les documents relatifs aux marchés publics sont communicables. Cependant, compte-tenu du caractère concurrentiel de ce type de procédure, le juge administratif a fixé une orientation : **ne sont pas communicables les**

4 Conseil d'Etat, 8 avril 2022, n° 447701

5 CADA, 6 décembre 2018, conseil n° 20184341

6 Article L.311-7 du CRPA

7 Conseil d'Etat, 20 janvier 2019, n° 420467

8 La CADA propose sur son site Internet un tableau récapitulatif <https://www.cada.fr/administration/marches-publics> ; voir aussi la fiche de la DAJ du Ministère de l'Economie et des Finances

renseignements contenus dans les documents qui peuvent affecter la concurrence entre les opérateurs économiques⁹.

_ Illustrations

Sont réputés communicables : l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées, le bilan financier complet, le document de consultation des entreprises (DCE).

Ne sont pas communicables : le bordereau unitaire de prix, la décomposition du prix forfaitaire global, le détail quantitatif estimatif, les mémoires techniques, les coordonnées bancaires, les taux horaires de la rémunération du personnel.

b. B) Émission de substances dans l'environnement

En matière de droit d'accès à l'information environnementale¹⁰ (cf. fiche « L'accès aux informations relatives à l'environnement »), le secret des affaires ne peut pas être opposé afin de faire obstacle à la communication d'une information relative à des émissions de substances dans l'environnement¹¹.

En revanche, si la demande ne porte pas sur une émission de substance dans l'environnement, le secret des affaires peut fonder un refus de communication d'une information environnementale.

_ Illustrations

Sont communicables _ Le programme d'épandage des boues produites par une station d'épuration¹² _ Les « diagnostics techniques amiantes » de centres commerciaux¹³ _ Les autorisations délivrées au titre de la directive SEVESO¹⁴.

9 Conseil d'Etat, 30 mars 2016, n° 375529

10 Articles L.124-1 et L.124-2 code de l'environnement

11 Article L. 124-5 II du code de l'environnement ; pour une application CADA, 26 juillet 2011, n° 20113097 ou 19/12/2019 n° 20192785

12 CADA, avis du 19 décembre 2013, n° 20134976

13 CADA, avis du 18 septembre 2014, n° 20142976

14 CADA, avis du 25 juin 2020, n° 20200682