

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**Forum mondial sur la concurrence**

**LES POUVOIRS D'ENQUÊTE EN PRATIQUE – Sous-session 2: Demandes  
d'information – limites et efficacité**

- Note de réflexion du Secrétariat -

**30 novembre 2018**

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est une note de réflexion en vue de la sous-session 2 de la session IV du 17<sup>e</sup> Forum mondial sur la concurrence tenu les 29 et 30 novembre 2018.

Les opinions et les arguments exprimés ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur : [oe.cd/invpw](http://oe.cd/invpw).

Veuillez prendre contact avec Mme. Beyza Erbayat [E-mail: [Beyza.Erbayat@oecd.org](mailto:Beyza.Erbayat@oecd.org)] et Mme. Lynn Robertson [E-mail: [Lynn.Robertson@oecd.org](mailto:Lynn.Robertson@oecd.org)], pour toute question relative à ce document.

**JT03440240**

## *Table des matières*

<b>Les pouvoirs d'enquête en pratique Session en sous-groupes 2 : Demandes d'information – Limites et efficacité.....</b>	<b>3</b>
<b>1. Introduction .....</b>	<b>3</b>
<b>2. Aperçu des demandes d'informations .....</b>	<b>3</b>
<b>3. Les limites des demandes d'informations.....</b>	<b>4</b>
3.1. Proportionnalité .....	4
3.2. Privilèges .....	6
3.3. Secret professionnel.....	7
3.4. Territorialité .....	8
<b>4. L'efficacité des demandes d'informations.....</b>	<b>8</b>
4.1. La bonne méthode.....	8
4.2. Encourager la coopération .....	10
4.3. Sanctions.....	11
<b>5. Conclusion.....</b>	<b>12</b>
<b>Notes .....</b>	<b>14</b>
Références.....	15

### **Encadrés**

Encadré 1 : Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne sur la motivation des demandes d'informations .....	5
Encadré 2 : Le principe de proportionnalité dans les demandes adressées aux tiers.....	6
Encadré 3 : Production forcée d'informations numériques .....	10
Encadré 4 : L'intention est-elle un préalable à la sanction en cas d'informations trompeuses, fausses et incomplètes ?.....	12

## *Les pouvoirs d'enquête en pratique*

### *Session en sous-groupes 2 : Demandes d'information – Limites et efficacité*

#### **1. Introduction**

1. Dans le monde entier, les autorités de la concurrence accomplissent une mission essentielle et difficile : préserver la concurrence au sein des marchés. Elles doivent pour ce faire recueillir des preuves et des données afin d'évaluer correctement le comportement des entreprises sur le marché sous l'angle juridique et économique. Les informations nécessaires à cette évaluation sont non seulement complexes et nombreuses, mais aussi la plupart du temps confidentielles.

2. Dans ce contexte, les autorités de la concurrence disposent de divers outils d'enquête comme les inspections de locaux professionnels et privés, les demandes d'informations, les entretiens volontaires et obligatoires et les écoutes téléphoniques. Si la terminologie varie d'un pays à l'autre, les demandes d'informations sont l'un des outils les plus employés. Il s'agit de demandes de renseignements, d'explications et de documents adressées par les autorités de la concurrence aux parties aux procédures et à des tiers. Cet outil apparemment assez simple constitue toutefois un moyen d'enquête important qui suppose une certaine diligence et la garantie d'une procédure régulière.

3. Afin d'étudier les limites et l'efficacité de cet outil, cette note s'intéresse à la portée des demandes d'informations. Comme on l'expliquera, le pouvoir de demander des informations est un outil complet. Il comporte cependant aussi des limites, qui sont examinées dans la deuxième partie de cette note. Enfin, troisième partie se penche sur les moyens d'utiliser efficacement les demandes d'informations.

#### **2. Aperçu des demandes d'informations**

4. Le pouvoir de demander des informations est un outil de recueil de preuves qui peut être employé dans le cadre d'enquêtes sur le comportement des entreprises, des affaires de fusion et des études de marché. Ces demandes peuvent être volontaires (on parle aussi parfois de demande simple) ou obligatoires (auquel cas, leur non-exécution entraîne des sanctions). Si certaines autorités de la concurrence (par exemple, des Pays-Bas) n'établissent pas de distinction entre les demandes volontaires ou obligatoires, d'autres (à l'instar des autorités de l'Union européenne et des États-Unis) ont recours aux deux types de demandes.

5. Dans une demande d'informations figurent généralement la base juridique, le but de la demande et le délai fixé pour la communication des renseignements demandés. Y sont précisés les renseignements et documents demandés et, si nécessaire, le format dans lequel ils doivent être présentés par le destinataire. Les coordonnées de l'équipe d'enquête peuvent y être mentionnées (RIC, 2013a, p. 25<sup>[1]</sup>). On peut également y trouver des renseignements sur la procédure de divulgation applicable aux données recueillies, comme c'est le cas en Italie (REC, 2012, p. 29<sup>[2]</sup>).

6. La portée de ce pouvoir peut être assez vaste. Les demandes d'informations peuvent viser « toutes les informations nécessaires », « les informations nécessaires », « les informations pertinentes » aux fins de l'enquête ou « toutes les données et informations pouvant être utiles à l'application de la loi » (RIC, 2013b, p. 22<sub>[3]</sub>). On n'attend bien entendu pas du destinataire de la demande qu'il communique une information dont il ne dispose pas, mais cela ne signifie pas que seules les informations préexistantes et aisément disponibles entrent dans le champ d'application de cet outil. Pour répondre à la demande, un certain traitement peut être nécessaire de la part du destinataire. Les limites du pouvoir de demander des informations sont examinées dans la section 3.

7. Dans de nombreux pays, des demandes d'informations peuvent être adressées à des personnes, ainsi qu'à des entreprises ou groupements d'entreprises.

8. Outre aux parties à l'affaire, les autorités de la concurrence peuvent demander des informations aux tiers, comme les consommateurs, les fournisseurs ou les concurrents des parties visées par l'enquête ou la demande de renseignements. Dans certains pays, d'autres autorités ou organisations publiques peuvent être destinataires de demandes d'informations. Toutefois, dans certaines affaires où des tiers sont tenus à des obligations de secret professionnel, la portée du pouvoir de demander des informations peut être limitée, comme on le verra dans la section 3.3.

9. Une demande d'informations n'influe généralement pas sur les délais fixés pour la conclusion des procédures, mais peut entraîner un report des délais dans les affaires de fusion. Par exemple, dans la première phase, le délai de carence légal pour la validation des fusions et acquisitions est de 30 jours en Turquie. L'Autorité turque de la concurrence peut cependant demander des informations complémentaires aux parties, auquel cas le délai de carence court à nouveau lorsque toutes les informations demandées lui ont été communiquées. Les demandes d'informations aux tiers dans une affaire de fusion n'ont toutefois pas de telles conséquences, car cela pourrait engendrer des retards injustes dans la conclusion des opérations en question.

10. Les renseignements et les documents recueillis dans le cadre des demandes d'information peuvent jouir d'un certain degré de protection empêchant leur divulgation. Par exemple, aux États-Unis, le ministère de la Justice (DoJ) peut utiliser les informations réunies dans le cadre des demandes d'enquêtes civiles de certaines manières, mais ne peut les divulguer sans l'autorisation du répondant, ces informations n'entrant pas dans le champ d'application du Freedom of Information Act (Broder, 2010, p. 187<sub>[4]</sub>).

### 3. Les limites des demandes d'informations

11. Les autorités de la concurrence jouissent d'un pouvoir discrétionnaire vaste, mais pas illimité, quant à la façon d'employer les demandes d'informations. Le principe de proportionnalité, les privilèges, les obligations de secret et la territorialité peuvent limiter le pouvoir de demander des informations.

#### 3.1. Proportionnalité

12. Dans de nombreux pays, la proportionnalité est l'un des principes qui limitent le pouvoir discrétionnaire des autorités à faire appel aux demandes d'informations. Comme on l'a vu ci-dessus, les autorités ont le pouvoir de demander des informations « pertinentes », « nécessaires » ou « utiles », selon la base juridique. En ce sens, la portée

des demandes d'informations doit correspondre à l'objet de l'affaire examinée et au but de la demande. Par exemple, la demande peut concerner une période plus longue que la durée de la conduite visée afin de clarifier les tendances du marché. Toutefois, si elle est de portée plus large, elle peut être jugée injustifiée et non proportionnée. Pour permettre aux destinataires et aux autorités judiciaires d'évaluer cet aspect, il est essentiel de préciser les motifs sous-jacents et le but de la demande comme exposé dans l'Encadré 1 : Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne sur la motivation des demandes d'information ».

### **Encadré 1 : Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne sur la motivation des demandes d'informations**

Une demande d'informations comprend divers éléments, l'un des plus importants étant l'exposé du but de la demande. Un arrêt récent de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) met en avant l'importance d'indiquer le but et la motivation de la demande dans les affaires où interviennent des demandes obligatoires (c'est-à-dire auxquelles le destinataire est tenu de se plier sous peine de sanctions).

En 2011, après des inspections sur place et deux années d'enquête, la Commission européenne a décidé de demander des informations à plusieurs entreprises du marché du ciment concernant une infraction présumée à l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Cette décision de la Commission a été contestée devant le Tribunal de l'Union européenne, qui en a confirmé la légalité en 2014. Toutefois, en 2016, la CJUE a décidé que le Tribunal avait commis une erreur en droit et la décision de la Commission a été annulée en appel.

Le verdict de la CJUE est fondé sur le fait que la Commission n'avait pas énoncé la motivation de cette décision de manière claire et sans équivoque. Le Tribunal souligne que l'exposé des motivations spécifiques démontre non seulement le caractère justifié de la demande d'informations, mais permet aussi aux destinataires de saisir la portée de leur devoir de collaboration tout en préservant leurs droits de la défense. Cet arrêt fournit également des éléments permettant aux tribunaux de l'Union européenne d'examiner la légalité de la demande. Selon la CJUE, la motivation avancée en l'occurrence était « excessivement succincte, vague et générique », eu égard en particulier à la longueur et au niveau de détail des questions posées. En outre, l'Avocat général, M. Wahl, a estimé que l'objet des questions pourrait apporter un éclairage sur la motivation, car « des questions très précises et ciblées révèlent nécessairement l'objet de l'enquête diligentée par la Commission ». Toutefois, dans l'affaire examinée, il était difficile d'établir un fil conducteur entre les questions singulièrement variées et nombreuses.

La CJUE a en outre souligné que la Commission aurait dû pouvoir se montrer plus précise sur l'objet de l'enquête compte tenu des informations recueillies lors des descentes de police effectuées à l'aube et des précédentes demandes d'information envoyées au cours des deux dernières années.

*Sources* : Arrêt de la CJUE, Heidelberg Cement AG contre Commission européenne, C-247/14 P, EU:C:2016:149,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=73FB2857F0FD2DAD73AC473661E98B12?text=&docid=174928&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=959015>, Conclusions de l'Avocat général M. Nils Wahl,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=169761&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1379851>

13. Le principe de proportionnalité exige que l'exécution de la demande d'informations ne constitue pas un fardeau indûment lourd pour le destinataire. La recherche et le traitement des renseignements nécessaires peuvent peser sur les ressources d'une entreprise. À cet égard, outre la portée de l'affaire, d'autres facteurs peuvent être pris en compte lors d'une demande d'informations, par exemple, la capacité et les ressources du destinataire, sa position dans la procédure (visé par l'enquête ou tiers) et la gravité de l'affaire (entente présumée ou étude de marché).

14. Ces facteurs peuvent également être pris en considération pour déterminer la date à laquelle les réponses doivent être remises. Des délais disproportionnés eu égard au volume ou à la complexité des informations demandées et des ressources du destinataire représentent également un fardeau indu. En outre, des délais courts peuvent poser problème aux entreprises qui souhaitent exercer leurs droits, comme l'invocation du secret professionnel (Wilson, 2017<sup>[5]</sup>) ou du refus de fournir des réponses qui les amèneraient à s'auto-incriminer.

15. Dans certains cas, dans une demande d'informations, on peut préciser un format spécifique pour la présentation des renseignements demandés. À l'instar des délais, des exigences strictes en la matière pourraient constituer un fardeau pour le destinataire. Dans ses conclusions dans l'affaire C-247/14P Heidelberg Cement AG contre Commission européenne, l'Avocat général M. Wahl cite la traduction de documents dans une certaine langue ou la conversion de valeurs monétaires dans une certaine devise à titre d'exemples d'exigences de format injustifiées, ces deux tâches pouvant être effectuées par le personnel de la Commission de l'Union européenne.

#### **Encadré 2 : Le principe de proportionnalité dans les demandes adressées aux tiers**

En 2013, la Cour d'appel de la Haye a confirmé la demande d'informations adressée par l'Autorité néerlandaise de la consommation et des marchés (ACM) à un prestataire de services d'expertise judiciaire informatique qui exerce des activités dans le domaine du respect de la législation relative à la concurrence. Dans la demande, l'ACM exigeait une liste des clients de l'entreprise informatique dans le secteur visé par une enquête. La Cour a souligné que cette demande était proportionnée, car elle n'exigeait pas les résultats des audits. Elle a en outre statué que la demande était justifiée, car l'ACM avait un intérêt à connaître l'identité des clients susceptibles d'avoir détruit des données potentiellement compromettantes après les audits.

Sources : A Competition Authority's access to the information obtained about the clients of a forensic IT services provider, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=45b4f4ab-2cca-438e-ab5c-dd717862deff>.

### **3.2. Privilèges**

16. Même si certains documents ou renseignements entrent dans le champ de l'affaire examinée, ils peuvent être hors de portée de l'autorité. Deux corollaires des droits de la défense limitent le pouvoir de demander des informations lorsqu'ils sont applicables : le secret professionnel et le droit de ne pas s'auto-incriminer.

17. Le **secret professionnel attaché à certaines professions juridiques** protège les communications confidentielles entre avocat et client en empêchant leur divulgation forcée aux autorités publiques ou aux tiers. Cette protection vise à garantir que toutes les personnes morales et physiques aient pleinement accès à un conseil juridique extérieur

(et dans de nombreux pays également intérieur) sans craindre que leurs communications puissent être utilisées contre elles (OCDE, 2018<sup>[6]</sup>). La portée de ce privilège varie d'un pays à l'autre. Dans la majorité des pays<sup>1</sup>, si un document relève d'un privilège en droit, on ne peut y avoir accès au titre de demandes d'information (RIC, 2014, p. 46 et 47<sup>[7]</sup>).

18. Le **droit de ne pas s'auto-incriminer** constitue un autre élément des droits de la défense. Ce privilège peut être un motif de refus de fournir des réponses qui impliquent la reconnaissance directe ou indirecte d'une infraction. La façon dont il est appliqué varie considérablement d'un pays à l'autre. Dans certains pays, tels que la Barbade, le Canada, le Mexique, la Nouvelle-Zélande (RIC, 2013b, p. 25<sup>[3]</sup>) et Singapour, il n'est reconnu que dans les procédures pénales. Aux États-Unis, il ne s'applique pas aux personnes morales telles que des entreprises.

19. Lorsqu'il s'applique, il constitue un motif pour un droit limité de « garder le silence ». Les informations ou documents factuels préexistants ne sont pas couverts même s'ils sont compromettants. Les entreprises ne peuvent donc refuser de répondre à des questions en invoquant le droit de ne pas s'auto-incriminer que si leurs réponses supposent d'admettre l'existence d'une infraction.

### 3.3. Secret professionnel

20. Dans certaines affaires, l'obligation de secret professionnel du destinataire peut faire obstacle au pouvoir d'une autorité de demander des informations. Comme on l'a vu précédemment, les communications entre avocat et client sont protégées. Cependant, dans les pays où il n'existe pas une telle protection, il se peut que les autorités de la concurrence ne puissent tout de même pas obtenir des informations de la part d'avocats concernant leurs clients en raison de l'obligation de secret professionnel. Par exemple, au Maroc, le privilège en droit n'est pas reconnu, mais la confidentialité des informations est protégée par le secret professionnel (DLA PIPER, 2017, p. 111<sup>[8]</sup>).

21. Le secret professionnel n'est pas l'apanage des seules professions juridiques. Les banquiers, les comptables et d'autres professionnels peuvent également être tenus à un devoir de secret. Selon Van Bael (2011, p. 129<sup>[9]</sup>), le fait que les autorités de la concurrence dans l'Union européenne puissent ou non demander des informations à des professionnels tenus à cette obligation demeure ambigu. La Commission européenne ayant un devoir de confidentialité, « la nature confidentielle des informations visées ne semble pas constituer un motif suffisant pour refuser la demande ».

22. Toutefois, en 2011, le Tribunal administratif luxembourgeois de première instance a estimé que la demande du Conseil de la concurrence du Grand-Duché de Luxembourg adressée à deux notaires concernant la propriété effective de deux entreprises constituées devant eux n'était pas légale. Il ne pouvait être dérogé au secret que si les notaires étaient témoins au tribunal ou si la loi prévoyait une exemption expresse. Dans cette affaire, la demande d'informations n'était pas légale, car l'article de la loi de 2004 relative à la concurrence autorisant les demandes d'information ne constituait pas une exemption expresse à la loi<sup>2</sup>.

23. Dans certains pays, la législation relative à la concurrence prévoit des dispositions spécifiques concernant les informations provenant de tiers susceptibles d'être tenus à une obligation de secret. Par exemple, la loi anti-monopole (article 39) de la Chine permet à l'Autorité chinoise d'examiner les comptes bancaires des entreprises faisant l'objet d'une enquête afin d'analyser leurs flux financiers (Dong, 2016, p. 168 et 169<sup>[10]</sup>). En vertu de la loi lettone relative à la concurrence (article 9), le Conseil de la concurrence peut demander

des informations aux opérateurs de services de communications électroniques et aux institutions de crédit lorsqu'il enquête sur une infraction à la loi relative à la concurrence<sup>3</sup>.

### 3.4. Territorialité

24. Aujourd'hui, une importante partie de l'activité économique est mondialisée. Les autorités de la concurrence sont ainsi souvent confrontées à des affaires dans lesquelles les parties intéressées se trouvent hors des frontières nationales. Cette situation pose la question de la portée territoriale du pouvoir de l'organisme de demander des informations.

25. Il existe deux principes de droit public international concernant la compétence juridictionnelle : la compétence d'attribution et la compétence d'exécution. La compétence d'attribution renvoie à l'autorité de l'État de définir des règles générales ou individuelles ou de rendre des décisions par l'intermédiaire d'organes législatifs, exécutifs ou judiciaires. Ces règles et décisions sont applicables à une conduite sur son territoire (principe de territorialité) et à ses citoyens et entreprises (principe de nationalité). La compétence d'exécution est le pouvoir d'imposer une règle générale ou une décision en prenant des mesures pouvant inclure la contrainte, et s'applique au seul territoire national.

26. Il n'existe pas toujours de recoupement entre les compétences d'attribution et d'exécution. Cette situation soulève la question de savoir si une autorité de la concurrence peut adresser une demande d'informations obligatoire à un non-ressortissant se trouvant à l'étranger dans une affaire relevant de sa compétence d'attribution. Il existe différentes manières de l'aborder. Comme l'ont expliqué Faull et Nikpay (2014, p. 1158 à 1161<sup>[11]</sup>), certains auteurs arguent que l'envoi d'une demande d'informations étant une extension de la compétence d'attribution, elle est légalement possible. D'autres avancent qu'il s'agit d'une mesure d'exécution faisant appel à des moyens contraignants, et qu'elle n'est donc pas possible. Selon un troisième point de vue, « le simple fait d'imposer des amendes à des entités se trouvant dans des pays tiers sans être en mesure de les faire appliquer ne constitue pas l'exécution de la demande d'informations et ne fait donc pas partie de la compétence d'exécution » (Faull et Nikpay, 2014, p. 1160<sup>[11]</sup>). Dans ce contexte, certains organismes, tels que la Commission européenne, privilégient des demandes d'informations volontaires ou adressent des demandes à des filiales se trouvant à l'intérieur de leurs frontières.

## 4. L'efficacité des demandes d'informations

27. Une demande d'informations est un outil peu coûteux qui n'exige pas d'effectuer des déplacements et d'organiser de longues réunions. Spécialement conçues pour l'affaire examinée, les questions qui y sont posées sont un moyen d'obtenir des informations que l'on ne peut trouver ailleurs. Par exemple, l'équipe chargée d'une affaire peut parvenir à cerner les pratiques usuelles d'un marché spécifique ou la structure de coûts d'une entreprise. Il est donc essentiel pour les autorités de la concurrence d'utiliser efficacement les demandes d'informations. Plusieurs facteurs, présentés ci-après, jouent un rôle à cet égard.

### 4.1. La bonne méthode

28. Pour obtenir des informations fidèles et complètes, il est important que la demande adresse les bonnes questions au bon destinataire de la bonne manière. Plusieurs points méritent d'être soulignés à cet égard.



29. Tout d'abord, les enquêteurs qui rédigent les demandes doivent posséder un certain degré de connaissance quant à la façon de concevoir les questionnaires et de traiter les informations recueillies. Pour ce faire, les organismes de la concurrence pourraient devoir renforcer les capacités. Des formations à certains programmes informatiques pour le traitement des renseignements et la conception des questionnaires contribuent à améliorer l'utilisation des demandes d'information.

30. Il est également essentiel que les agents possèdent un certain niveau de compréhension des secteurs concernés afin qu'ils utilisent la bonne terminologie lors de la rédaction de la demande et qu'ils se concentrent sur les aspects utiles à l'enquête. Pour mieux cerner le secteur, des réunions informelles avec les cibles de la demande ou avec les autorités publiques compétentes pourraient avoir lieu avant l'envoi des demandes.

31. Il est important que les rédacteurs établissent en amont l'usage qui sera fait des informations recueillies et adaptent soigneusement les demandes aux besoins de l'affaire. Dans le cas contraire, l'équipe chargée de l'enquête risque d'être submergée par un flot d'informations qui ne sont pas particulièrement pertinentes pour l'enquête et compliquent l'accès aux renseignements les plus utiles. Par exemple, si la demande vise à rassembler des informations en vue de définir le marché concerné, il pourrait être bénéfique de poser des questions permettant d'obtenir des données utiles aux fins de quantification, tandis que dans le cas d'études de marché, des questions ouvertes peuvent donner lieu à des réponses surprenantes de par leur utilité.

32. Pour éviter des malentendus et un gaspillage de ressources chez l'organisme demandeur comme chez les répondants, les demandes doivent clairement mentionner les renseignements demandés. À cet égard, une brève description du contexte de l'affaire non seulement contribue à la transparence de la procédure, mais aussi clarifie la demande.

33. Il est plus efficace d'associer divers outils d'enquête plutôt que de faire appel à un seul. À cet égard, les demandes peuvent être utilisées de façon stratégique conjointement à des entretiens ou des inspections sur le terrain. Les informations recueillies par le biais d'autres outils d'enquête peuvent compléter ou clarifier les renseignements reçus en réponse aux demandes d'informations. Elles peuvent aussi apporter des éléments utiles à la rédaction des demandes, comme on l'a vu précédemment. Toutefois, l'ordre dans lequel ces outils d'enquête sont mobilisés peut être déterminant dans les affaires d'entente. L'envoi de demandes d'informations avant la conduite d'inspections inopinées peut s'avérer contreproductif, car les demandes peuvent alerter les parties de la tenue prochaine d'une enquête.

34. Enfin, les autorités de la concurrence peuvent adopter un modèle ou une demande d'informations-type comprenant tous les éléments standard d'une demande (par exemple, numéro d'affaire, date de réponse exigée, coordonnées) et précisant les meilleures pratiques à suivre dans la rédaction des questions (par exemple, des questions claires et précises). Cette solution garantit une uniformité dans les nombreuses demandes envoyées par l'organisme et contribue à leur qualité. Un mécanisme d'examen interne peut également aider à assurer la cohérence et la qualité des demandes. Il garantit en outre le respect des limites applicables au pouvoir de demander des informations.

### Encadré 3 : Production forcée d'informations numériques

À l'ère du numérique, la plupart des informations sont produites, traitées ou stockées électroniquement. Il est donc important d'utiliser les demandes d'informations de façon aussi efficace que possible afin de recueillir des données numériques.

Le Réseau international de la concurrence (RIC) met en avant quelques points pour la production efficace d'informations numériques. Au stade de l'élaboration, les autorités de la concurrence peuvent envisager de définir certains termes tels que « document » dans la demande et donner des instructions détaillées sur la façon de préserver les informations numériques potentiellement pertinentes et de produire des informations numériques dans un certain format. Pendant la production, il est également recommandé aux autorités de la concurrence de se familiariser aux systèmes informatiques et aux mesures prises par le répondant pour préserver les preuves numériques.

Source : RIC (2014), chapitre sur l'obtention de preuves numériques intitulé « Digital Evidence Gathering », <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1006.pdf>, p. 11 et 19.

## 4.2. Encourager la coopération

35. Pour garantir l'efficacité des demandes d'informations, il est essentiel de créer un environnement propice à la coopération entre l'autorité de la concurrence et les répondants. Avec le consentement et la confiance des répondants, le recueil de renseignements peut s'avérer plus complet et rapide.

36. À cet égard, le bon historique d'un organisme chargé de la concurrence en matière de protection des secrets commerciaux ou des informations à caractère privé et un cadre procédural juste peuvent aider. D'après l'ICN Guidance on Investigative Process, « [l]e respect de la confidentialité est important pour s'assurer la coopération continue et la communication d'informations par les parties et les tiers au cours de l'enquête » (RIC, 2015, p. 6<sub>[14]</sub>). Selon l'Union européenne, la confidentialité (et parfois l'identité) des plaignants et de ceux qui fournissent des informations doit être préservée non seulement pour « protéger les intérêts légitimes de ces tiers », mais aussi « pour éviter de les dissuader de fournir des informations » (OCDE, 2010, p. 17 et 18<sub>[15]</sub>). De même, dans un document diffusé pour consultations publiques, le Bureau de la concurrence Canada souligne que « [la] capacité du Bureau à donner aux personnes fournissant volontairement des renseignements une assurance de confidentialité conformément à la Loi rend ces personnes plus disposées à collaborer avec le Bureau et à lui fournir les renseignements dont il a besoin pour pouvoir s'acquitter efficacement de son mandat »<sup>4</sup>.

37. La transparence des procédures encourage également la coopération. Si les destinataires connaissent leurs droits, leurs devoirs et les procédures à suivre, ils hésiteront sans doute moins à fournir des informations. Dans le même ordre d'idées, un dialogue ouvert entre les répondants et les équipes chargées de l'affaire limite les malentendus, améliore la qualité des réponses et accélère le processus. D'après une enquête du Réseau international de la concurrence (RIC, 2013a, p. 24<sub>[1]</sub>), « il est courant que les organismes donnent la possibilité de les consulter au sujet de leurs demandes d'informations ». Pour faciliter ces consultations, plusieurs pays précisent les coordonnées des agents dans les demandes. Certaines autorités de la concurrence envoient les projets de demandes d'informations aux destinataires pour qu'ils les examinent, si cette initiative ne compromet pas la disponibilité des renseignements nécessaires (RIC, 2013a, p. 25<sub>[1]</sub>).

38. Dans certains pays, les autorités de la concurrence peuvent demander des informations à d'autres autorités publiques telles que les régulateurs du secteur ou les services des douanes. La capacité d'imposer des sanctions à une autre institution publique en cas de non-exécution d'une demande n'étant souvent pas une option, la bonne coopération entre l'autorité de la concurrence et les autres autorités publiques devient le facteur clé pour permettre à l'autorité de la concurrence d'accéder aux renseignements demandés. Il peut être bénéfique de s'entendre sur les questions de confidentialité, les procédures et d'autres aspects d'une demande. Par exemple, un mémorandum d'accord entre l'autorité de la concurrence et le régulateur d'un secteur permet de convenir de la procédure et de la substance des échanges d'informations.

### 4.3. Sanctions

39. Le pouvoir de demander des informations est plus efficace s'il est associé à des sanctions, en particulier dans les affaires où le répondant a un intérêt particulier dans l'affaire<sup>5</sup>. Diverses sanctions sont donc infligées en cas de non-exécution, de communication d'informations incomplètes, trompeuses ou fausses et de non-présentation des renseignements dans les délais définis dans la demande.

40. Il peut s'agir d'amendes pécuniaires et d'astreintes. Les amendes peuvent s'élever à un certain pourcentage du chiffre d'affaires annuel des entreprises ou à un montant prévu dans les réglementations applicables. Par exemple, en Suisse, toute entreprise qui ne s'acquitte pas pleinement de son obligation de communiquer des informations ou de produire des documents peut être sanctionnée par une amende administrative maximale de 100 000 CHF et toute personne qui ne s'acquitte délibérément pas de l'obligation de communiquer des informations est passible d'une amende pénale maximale de 20 000 CHF<sup>6</sup>.

41. Dans des pays tels que le Chili, le Japon et la France, la non-exécution ou la communication tardive ou inexacte d'informations peut être sanctionnée d'une peine d'emprisonnement et la non-exécution constitue une obstruction à l'enquête. À Singapour, le fait de fournir sciemment des informations fausses ou trompeuses ou de refuser sans motif légitime de donner des informations ou de produire des documents est passible d'une amende ou d'une peine de prison maximale de 12 mois voire des deux<sup>7</sup>.

42. Outre ces sanctions, la non-exécution de la demande et la communication d'informations fausses, trompeuses ou incomplètes peuvent également avoir d'autres conséquences juridiques, telles que l'illégalité de la décision rendue en se fondant sur ces informations. L'objectif premier de cette disposition est de garantir que les règles de la concurrence sont appliquées sur la base d'informations vraies et complètes. Toutefois, elle vise également à dissuader les parties à la procédure de fournir des informations fausses ou trompeuses. La communication d'informations incorrectes, trompeuses ou incomplètes peut s'entendre comme une obstruction à l'enquête et être considérée comme une circonstance aggravante dans la décision finale rendue au sujet de l'infraction. De même, le fait de ne pas répondre pleinement à une demande d'information peut influencer négativement sur la possibilité pour les entreprises d'obtenir une immunité ou une réduction d'amende au titre d'un programme de clémence.

#### **Encadré 4 : L'intention est-elle un préalable à la sanction en cas d'informations trompeuses, fausses et incomplètes ?**

Les destinataires de demandes d'informations peuvent communiquer des informations trompeuses, incomplètes ou incorrectes de manière intentionnelle ou par négligence. Dans certains pays, l'intention est un facteur pris en compte lors de l'imposition de sanctions pour avoir présenté des réponses de cette nature. Par exemple, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni, des personnes ou des entreprises peuvent être sanctionnées pour avoir sciemment fourni des informations fausses ou trompeuses (RIC, 2013b, p. 27 à 29<sup>[3]</sup>).

Dans d'autres pays, l'intention n'est pas une condition pour l'imposition de sanctions si les informations sont trompeuses, incomplètes ou incorrectes. En Pologne, une amende administrative peut être infligée à une entreprise même si cette dernière communique involontairement des informations fausses ou trompeuses ou omet de communiquer des informations (RIC, 2013b, p. 27<sup>[3]</sup>). L'Autorité turque de la concurrence a imposé une amende à une entreprise qui avait fourni des informations fausses et trompeuses en 2016<sup>8</sup>. Le principal argument de défense de l'entreprise a été l'absence d'intention, qui a été rejeté par l'Autorité, car l'intention n'était pas exigée pour établir la responsabilité. L'Autorité a également souligné que l'entreprise avait l'expérience et la capacité nécessaires pour répondre pleinement et correctement aux demandes d'informations.

43. Ce point soulève une question : comment prévenir ou détecter la communication d'informations incorrectes, trompeuses ou fausses. La bonne formulation des questions dans la demande peut aider à cet égard. Par exemple, demander des copies certifiées des pièces justificatives, des données brutes ou des explications de toute évaluation ou tout calcul cités dans la réponse peut inciter les répondants à se montrer plus attentifs lorsqu'ils répondent à la demande et à fournir à l'autorité une source lui permettant de vérifier l'exactitude des renseignements communiqués. Si les questions ne sont pas assez claires, les destinataires peuvent avancer que leurs réponses sont correctes et complètes, les questions pouvant être interprétées d'une certaine manière.

44. En associant des demandes d'informations à d'autres outils d'enquête tels que des entretiens et des inspections sur place, l'équipe chargée de l'enquête peut vérifier les informations recueillies dans le cadre des demandes et dissuader les destinataires de fournir des informations incomplètes ou incorrectes. Les demandes d'informations à des tiers peuvent apporter des renseignements complémentaires et concordants qui sont susceptibles de mettre en lumière des incohérences dans les renseignements rassemblés auprès des parties à l'enquête.

## **5. Conclusion**

45. La demande d'informations est l'outil d'enquête le plus employé par les autorités de la concurrence. Ces dernières peuvent généralement demander les documents ou renseignements jugés nécessaires pour l'affaire faisant l'objet d'une enquête, mais ce pouvoir n'est pas illimité. Les demandes doivent être dûment justifiées, pertinentes et proportionnées. Lorsqu'ils s'appliquent, les privilèges et le secret professionnel fixent des limites au pouvoir de demander des informations. Face à la mondialisation des activités économiques et des entreprises, les autorités de la concurrence se heurtent plus souvent qu'auparavant à la question de la territorialité lorsqu'elles exercent leur pouvoir de demander des renseignements en dehors de leur juridiction.

46. Une demande d'informations étant un moyen peu coûteux d'accéder à une grande quantité de renseignements propres à une affaire, il est essentiel pour les autorités de la concurrence d'en faire un usage efficace. À cet égard, il est important d'adresser des questions claires aux bonnes personnes et dans le format le mieux adapté. Le recours conjoint à d'autres outils d'enquête s'avère particulièrement efficace. De bons résultats en matière de confidentialité et de transparence peuvent encourager les destinataires à coopérer avec les autorités et à fournir des réponses de meilleure qualité dans des délais plus courts. Dans la plupart des pays, la communication d'informations incorrectes, trompeuses ou incomplètes, la transmission de réponses tardives ou la non-exécution des demandes d'informations sont passibles de sanctions à but dissuasif.

## Notes

<sup>1</sup> D'après une enquête du Réseau international de la concurrence (RIC, 2014, p. 46<sup>[7]</sup>), dans 74 % des 39 pays répondants, les destinataires de demandes d'informations obligatoires pendant une enquête peuvent refuser de produire des informations en invoquant un privilège en droit (secret professionnel et droit de ne pas s'auto-incriminer).

<sup>2</sup> Luxembourg Administrative Court Decides That Requests For Information to Notaries Public Conflict With Their Professional Secrecy, <http://www.mondaq.com/x/164410/Antitrust+Competition/Luxembourg+administrative+court+decides+that+requests+for+information+to+notaries+public+conflict+with+their+professional+secrecy>

<sup>3</sup> Loi lettone relative à la concurrence, <https://www.kp.gov.lv/en/normative-akti/latvijas-konkurences-normative-akti>

<sup>4</sup> Demandes de renseignements présentées par des parties privées dans le cadre d'actions en recouvrement de dommages-intérêts, <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04204.html>

<sup>5</sup> D'après l'ICN Guidance on Investigative Process, « [l]es outils d'enquête doivent être associés à la capacité de faire exécuter la demande, notamment à des sanctions adaptées et efficaces en cas de non-exécution et d'obstruction ». (RIC, 2015, p. 2<sup>[14]</sup>)

<sup>6</sup> Articles 52 et 55 de la Loi fédérale suisse sur les cartels et autres restrictions à la concurrence <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19950278/index.html>

<sup>7</sup> CCCS Guidelines on the Powers of Investigation in Competition Cases 2016 <https://www.cccs.gov.sg/legislation/cccs-guidelines>

<sup>8</sup> The Turkish Competition Authority fines a company for false and misleading information, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/may-2016/the-turkish-competition-authority-fines-a-company-for-false-and-misleading>

## Références

- Broder, D. (2010), *U.S. Antitrust Law and Enforcement*, Oxford University Press. [4]
- DLA PIPER (2017), *Legal Professional Privilege*, [8]  
<http://www.dlapiperlegalprivilege.com/system/modules/za.co.heliosdesign.dla.lotw/functions/export.pdf?country=all>.
- Cauffman, C. and Q. Hao (eds.) (2016), *Procedural Rights in Competition Law Proceedings: Ex Post Proceedings*, Springer. [10]
- ECN (2012), *Investigative Powers Report*, [2]  
[http://ec.europa.eu/competition/ecn/investigative\\_powers\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/investigative_powers_report_en.pdf).
- Faull, J. and A. Nikpay (2014), *The EU Law of Competition (3rd Edition)*, Oxford University Press. [13]
- ICN (2015), *ICN Guidance on Investigative Process*, [14]  
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1146.pdf>.
- ICN (2014), *Competition Agency Confidentiality Practices*, [7]  
<http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1014.pdf>.
- ICN (2013a), *Competition Agency Transparency Practices*, [1]  
<http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc902.pdf>.
- ICN (2013b), *Investigative Tools Report*, [3]  
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc893.pdf>.
- OECD (2018), *Treatment of Privileged Information in Competition Proceedings*. [6]
- OECD (2017), *Summary of Discussion of the Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies*, [12]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2017\)2/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2017)2/ANN2/FINAL/en/pdf).
- OECD (2010), *Procedural Fairness and Transparency*, [15]  
<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/50235955.pdf>.
- Van Bael, I. (2011), *Due Process in EU Competition Proceedings*, Kluwer Law International. [9]
- Wilson, T. (2017), *Legal professional privilege in EU merger control*, [5]  
<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/05/30/legal-professional-privilege-eu-merger-control/> (accessed on 2018).