

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

Forum mondial sur la concurrence

**LES POUVOIRS D'ENQUÊTE EN PRATIQUE – Sous-session 3: Régularité des
procédures d'obtention de preuves**

- Session IV -

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 3 de la session IV du 17^e 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/pinv.

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

JT03440207

Table des matières

Les pouvoirs d'enquête en pratique Session en sous-groupes 3 – Régularité des procédures d'obtention de preuves	3
1. Introduction	3
2. Aperçu de la régularité des procédures.....	3
2.1. Qu'est-ce que la régularité des procédures ?	3
2.2. Avantages de la régularité des procédures et de l'efficacité des enquêtes.....	4
3. Quelques droits et principes relatifs à la régularité des procédures dans l'exercice des pouvoirs d'enquête	5
3.1. Droit de recevoir une notification	6
3.2. Droit à la défense	6
3.3. Droit d'être présent	8
3.4. Droit à la confidentialité	9
3.5. Proportionnalité	10
3.6. Transparence	11
4. Examen des pouvoirs d'enquête.....	12
4.1. Contrôle interne	12
4.2. Contrôle judiciaire	13
5. Conclusion.....	14
Notes de fin.....	16
Références.....	17

Encadrés

Encadré 1. Inspections numériques et droit d'être présent	9
Encadré 2. Contrôle judiciaire ex-post des inspections	14

Les pouvoirs d'enquête en pratique

Session en sous-groupes 3 – Régularité des procédures d'obtention de preuves

1. Introduction

1. La régularité des procédures est essentielle à une administration saine de la justice, y compris des régimes de concurrence. Elle concerne toutes les étapes et tous les types de procédures engagées par les autorités de concurrence. Elle est particulièrement importante dans les procédures d'obtention de preuves pour plusieurs raisons. Les affaires de concurrence reposent sur des informations et des preuves recueillies au moyen d'outils d'enquête. Un comportement répréhensible lors de la procédure peut porter préjudice à l'ensemble de l'affaire. Les pouvoirs d'enquête s'immiscent aussi dans la sphère privée et touchent à la fois les personnes morales et physiques, d'où l'importance d'accorder une attention encore plus grande à la régularité des procédures. L'on peut en outre estimer que les personnes physiques sont plus démunies que les personnes morales face à la puissance publique et qu'elles méritent à ce titre une plus grande protection au titre du principe de la régularité des procédures (Sanchez Graells et Marcos, 2015^[1]). Bien que les enquêtes en matière de concurrence, à l'exception de celles sur des ententes menées au titre du droit pénal, concernent les personnes morales, les personnes physiques sont touchées par les processus d'obtention de preuves étant donné que leurs effets personnels font l'objet de fouilles et qu'elles doivent répondre à des questions lors des entretiens.

2. C'est dans cette perspective que la présente note met en évidence les questions relatives à la régularité des procédures en rapport avec les pouvoirs d'enquête et l'obtention de preuves. Elle commence par analyser le concept de régularité des procédures et ses conséquences sur l'obtention de preuves en général. La section suivante examine certains droits (tels que le droit de recevoir une notification, le droit de se défendre, le droit d'être présent et le droit à la confidentialité) et principes (tels que la proportionnalité et la transparence) relatifs à la régularité des procédures d'obtention de preuve. Enfin, la note aborde l'accès à une prise de décision neutre et le contrôle judiciaire exercé par des tribunaux indépendants.

2. Aperçu de la régularité des procédures

2.1. Qu'est-ce que la régularité des procédures ?

3. La régularité des procédures est un principe qui régit les relations entre les citoyens et l'État, qui impose à ce dernier de respecter les droits accordés par la loi. Bien qu'elle ne soit pas définie clairement dans le régime de la concurrence, la régularité des procédures peut être décrite comme la prévention de toute décision arbitraire et partielle grâce à la protection des droits des personnes. Elle est à ce titre généralement étroitement liée aux notions d'équité procédurale et de transparence. L'équité procédurale comprend généralement « (i) le droit des personnes de se voir notifier de manière adéquate les charges retenues ou les procédures engagées, (ii) la possibilité d'être entendu dans le cadre de telles

procédures et (iii) la prise de décision finale sur l'affaire par une personne ou un jury impartial » (OCDE, 2010, p. 25-26^[2]). La transparence fait partie intégrante de la régularité des procédures puisqu'elle permet aux personnes de connaître leurs droits, d'être informées des procédures visant à protéger ces derniers, et de connaître les motifs et les fondements des décisions prises par les pouvoirs publics à leur sujet ou au sujet d'autres personnes. La transparence améliore ainsi la responsabilité, la prévisibilité et la cohérence des actions menées par les pouvoirs publics (ICN, 2015^[10]).

4. La régularité des procédures étant un principe qui s'applique en droit pénal et civil, y compris aux procédures administratives et de poursuites, ses obligations diffèrent selon les cas. Dans le cas du droit de la concurrence, la régularité des procédures comprend de nombreux dispositifs de protection procéduraux, comme le droit de se voir notifié de manière adéquate et rapide les charges retenues et les procédures engagées, le droit d'assister aux procédures, le droit d'être représenté par un conseiller juridique, le droit à la confidentialité, le droit de contester les preuves, le droit d'être entendu par les autorités prenant les décisions, la prise de décision impartiale et reposant sur des preuves, le droit à une décision motivée, la prévention des délais indus et le droit d'accéder au contrôle judiciaire (Muheme, Neyrinck et Petit, 2016^[2]) (Ginsburg, 2014^[3]) (Sokol, 2015^[4]) (Sanchez Graells et Marcos, 2015, p. 91^[5]).

2.2. Avantages de la régularité des procédures et de l'efficacité des enquêtes

5. La régularité des procédures apporte de nombreux avantages largement reconnus aux parties qui font l'objet d'une enquête en matière de concurrence, aux tiers et aux autorités de concurrence.

6. Premièrement, la régularité des procédures protège les droits légitimes des parties du pouvoir coercitif de l'État. Les parties sont fondées à bénéficier d'une procédure équitable et transparente à laquelle elles peuvent assister ou se faire représenter par un conseiller juridique, à avoir la possibilité d'exposer leur affaire à des personnes qui prendront une décision impartiale et à contester les conclusions. Une responsabilité et une prévisibilité accrues des actions menées par l'autorité de la concurrence permettent aux entreprises de planifier leur activité sans encourir le risque d'une mise en œuvre inéquitable du droit de la concurrence (Sokol, 2018^[6]).

7. Des procédures équitables et justes renforcent la légitimité de la politique de la concurrence. L'équité des processus accroît la crédibilité des décisions. La confiance des parties prenantes en l'équité de la mise en œuvre de la législation contribuerait de surcroît au respect normatif du droit (Beaton-Wells, 2015^[7]). En revanche, si les dispositifs de protection procéduraux sont faibles et que le processus d'application du droit n'est pas transparent, les conclusions de l'enquête en matière de concurrence peuvent être contestées (Sokol, 2018, p. 7-8^[6]).

8. La régularité des procédures apporte des avantages non seulement aux parties concernées, mais aussi aux autorités de la concurrence. Premièrement, elle améliore l'efficacité de leur action en favorisant une gestion efficace des affaires et une allocation efficiente des ressources. Étant donné qu'elle accroît la qualité des preuves recueillies, il sera plus facile de détecter rapidement les affaires sans fondement et d'affecter les ressources des autorités en conséquence (O'Brien, Katona et Tritell, 2015^[8]) (OCDE, 2010, p. 27^[2]). Le respect de la régularité des procédures diminuera en outre le nombre des décisions annulées par le contrôle judiciaire. Les ressources affectées au re-traitement

d'une affaire peuvent ainsi être libérées et il est possible de mieux gérer la charge de travail de l'autorité. Cela devrait contribuer à diminuer l'ensemble des coûts de l'autorité.

9. Deuxièmement, l'engagement à respecter la transparence et la régularité des procédures protège les autorités de la concurrence des ingérences extérieures. L'absence de transparence et de régularité des procédures crée un terrain propice aux pressions politiques, celles-ci pouvant être aisément soustraites à la surveillance (Sokol, 2018, p. 8_[6])

10. Enfin, et c'est le point le plus important pour notre discussion, la régularité des procédures améliore la qualité des preuves et la compréhension qu'a l'autorité de la concurrence des faits relatifs à l'affaire traitée. La régularité des procédures augmente donc la justesse des décisions (O'Brien, Katona et Tritell, 2015_[8]) (Sokol, 2018_[6]) (OCDE, 2010_[2]). Si les parties croient en la légitimité de la procédure et pensent que leurs droits seront protégés, elles seront davantage enclines à fournir des informations. La transparence peut conduire à instaurer un dialogue plus ouvert entre les parties et l'autorité et elle contribue à la qualité des preuves recueillies. Enfin, la régularité des procédures garantit que les parties peuvent contester les preuves présentées contre elles et aider l'autorité à établir la vérité.

11. Malgré tous les avantages qu'apporte la régularité des procédures aux autorités de la concurrence, le respect des obligations qui lui sont associées est souvent perçu comme contraire à une mise en œuvre efficace du droit, en particulier en ce qui concerne l'utilisation des pouvoirs d'investigations. Tout d'abord, les obligations en matière de régularité des procédures peuvent limiter les pouvoirs d'enquête des autorités de la concurrence. Par exemple, en vertu du secret professionnel, elles ne peuvent avoir accès aux communications entre un client et son avocat. Elles doivent par ailleurs supporter certains coûts, en termes de temps passé, de ressources humaines et d'autres ressources pour garantir la régularité des procédures. En donnant priorité à la régularité des procédures, les autorités de la concurrence risquent d'être soumises à une charge de travail plus lourde et à des procédures d'obtention de preuves plus complexes.

12. Ces contraintes représentent toutefois un prix à payer très modeste pour garantir la protection des droits légitimes des parties et la légitimité de la politique de la concurrence. Les gains d'efficacité qui en découlent peuvent dépasser les coûts. Si l'on peut parvenir à un équilibre entre régularité des procédures et efficacité des enquêtes, il est possible de concilier les deux objectifs.

3. Quelques droits et principes relatifs à la régularité des procédures dans l'exercice des pouvoirs d'enquête

13. Les autorités de la concurrence disposent de nombreux pouvoirs d'enquête, tels que le pouvoir de mener une inspection sur le terrain d'émettre des demandes d'informations et de conduire des entretiens pour obtenir toutes les informations et les preuves nécessaires à la mise en œuvre des règles de la concurrence. Bien que ces pouvoirs soient extrêmement utiles à l'exécution du droit, ils s'immiscent dans la vie privée des parties concernées et doivent par conséquent être exercés conformément aux principes de régularité des procédures. Les tensions existant entre les droits à une procédure régulière et l'efficacité de l'obtention des preuves pendant les procédures de concurrence influent sur les procédures d'enquête et limitent les pouvoirs d'enquête. Cette section examine certains des principaux droits et principes relatifs à la régularité des procédures pour étudier leurs répercussions sur le processus d'obtention de preuves.

3.1. Droit de recevoir une notification

14. Le droit d'être notifié de manière adéquate et rapide des charges et des procédures constitue un élément fondamental de la régularité des procédures. S'il est indispensable que les parties puissent se défendre, le droit de recevoir une notification satisfait aussi à une obligation de transparence (ICC, 2010, p. 2^[9]). Le Rapport *Guidance on Investigative Process* du Réseau international de la concurrence (RIC, ICN Guidance) recommande que « dans la mesure où cela ne menace pas l'efficacité d'une enquête, les autorités doivent notifier les parties dès que possible de l'ouverture d'une enquête et préciser son fondement juridique, les pratiques qui font l'objet de l'enquête, et, dans la mesure du possible, la durée prévue de l'enquête » (2015, p. 4^[10]).

15. Le processus d'obtention des preuves est intensif dans les premières phases de l'enquête. Il représente souvent le premier contact qu'ont les parties avec l'équipe chargée de l'enquête. Il est par conséquent fréquent que la notification de la procédure accompagne la première mesure d'enquête envoyée aux parties (ICN, 2013, p. 12^[11]). En particulier dans le cas des enquêtes sur une entente, la notification n'est généralement envoyée qu'au début des inspections inopinées, de manière à ce que celles-ci bénéficient de l'effet de surprise. Les tiers n'apprennent parfois l'existence de la procédure d'enquête que si une demande d'informations leur est adressée.

16. Le contenu de la notification est important pour protéger le droit des parties de se défendre car il indique la portée, le fondement et les raisons de la procédure d'enquête. La notification doit permettre aux personnes qui font l'objet des procédures d'obtention de preuve – telles que les inspections, les DII ou les entretiens – d'évaluer la portée de leur devoir de coopérer et de contester ces procédures devant les autorités judiciaires.

17. Comme le soulignent les recommandations du RIC, les autorités de la concurrence doivent mettre en balance l'efficacité des outils d'enquête et le droit à recevoir une notification. Outre le fait de différer l'envoi des notifications jusqu'au début des inspections inopinées, les autorités ne doivent pas mentionner certaines informations dans la notification afin de préserver la confidentialité de l'identité des personnes interrogées ou de celles qui ont demandé l'application d'un programme de clémence ni supprimer des mentions relatives à la définition du marché ou à la nature exacte des pratiques faisant l'objet de l'enquête.

3.2. Droit à la défense

18. Au titre des principes de la régularité des procédures, les parties à une procédure doivent avoir la possibilité de plaider leur cause. Cela signifie que leur droit à la défense et à bénéficier d'un procès équitable doit être respecté, ce qui n'est pas sans conséquence pour la procédure d'obtention de preuves.

19. Premièrement, les personnes qui font l'objet des mesures d'enquête doivent avoir la possibilité d'être représentées et conseillées par un conseiller juridique.

20. Aussi est-il fréquent que les autorités de la concurrence autorisent la présence d'un conseiller juridique lors des procédures d'obtention de preuves. Dans presque toutes les juridictions, les conseillers juridiques sont acceptés lors des entretiens facultatifs ou obligatoires. Les pouvoirs dont ils disposent varient selon les juridictions, mais ils ont souvent la possibilité de s'opposer à une question inappropriée (sans rapport avec l'affaire, peu claire ou portant sur des informations couvertes par le secret professionnel). Dans certaines juridictions, ils peuvent clarifier les réponses de la personne interrogée, être

consultés en privé par cette dernière ou lui poser des questions complémentaires (ICN, 2013, p. 31, 35-36^[12]). Lors des inspections, il est courant que les avocats de la partie inspectée accompagnent l'équipe d'inspection, observent la procédure et conseillent leur client. Les destinataires d'une DII peuvent choisir un conseiller juridique pour les représenter et demander que les communications relatives à la DII lui soient transmises.

21. Les autorités de la concurrence doivent toutefois souvent mettre en balance l'utilisation légitime du droit de bénéficier de conseils juridiques et son utilisation dans l'optique de limiter les pouvoirs de l'autorité pour obtenir des preuves. Les conseillers juridiques ne sont donc pas autorisés à répondre aux questions à la place des personnes interrogées et leur présence ne constitue pas une condition nécessaire à la validité des inspections.

22. Deuxièmement, en corollaire au droit à la défense, les personnes physiques et morales doivent pouvoir communiquer librement avec leur conseiller juridique pour bénéficier de conseils juridiques. À cet égard, le client doit avoir l'assurance que les communications avec son avocat ne seront pas divulguées contre son gré et qu'elles ne seront pas utilisées contre lui. Tous les pays ne reconnaissent pas le secret professionnel dans les procédures de concurrence et lorsqu'il est pris en compte, sa portée varie considérablement selon les juridictions (OCDE, 2018^[13]). Néanmoins, lorsqu'il est appliqué, le secret professionnel limite les pouvoirs d'obtention de preuves des autorités de la concurrence. Les personnes interrogées ou les destinataires des DII peuvent refuser de répondre à des questions portant sur des informations couvertes par le secret professionnel. Les documents protégés par le secret professionnel ne peuvent être saisis ou copiés pendant les inspections.

23. Le dernier corollaire au droit à la défense lors de l'obtention de preuves est le droit de ne pas témoigner contre soi-même. Ce droit est destiné à éviter que les preuves soient recueillies « par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé »¹ et comprend également le droit de conserver le silence. Comme pour le secret professionnel, la portée du droit de ne pas témoigner contre soi-même diffère selon les juridictions. Par exemple, si en Allemagne, il peut être invoqué pour refuser de parler lors d'un entretien obligatoire, au Japon, dans les procédures administratives, les personnes interrogées ne peuvent refuser de répondre à une question pour cette raison. Il est néanmoins fréquent que les éventuelles informations auto-incriminantes recueillies lors des entretiens ou par les DII dans les procédures civiles ne puissent être utilisées contre la personne dans une procédure pénale (ICN, 2013, p. 24-25, 36-37^[12]). Globalement, lorsqu'il est appliqué, le droit de ne pas témoigner contre soi-même limite les pouvoirs d'obtention de preuves des autorités de la concurrence, en particulier dans les DII et les entretiens.

24. Ces droits limitent les pouvoirs d'enquête, mais influent également sur la procédure. Certaines autorités les rappellent aux parties lors de la procédure d'obtention de preuves et fournissent des conseils sur la façon de demander leur application. Dans la majorité des juridictions, les demandes d'application de ces droits sont examinées par les autorités de la concurrence. Il appartient dans ce cas à la partie qui dépose la demande de prouver que les droits peuvent s'appliquer. Elle doit décrire la nature du document ou autoriser d'autres parties à effectuer un contrôle sommaire pour évaluer l'applicabilité des droits. Certaines autorités fournissent à cet effet des instructions relatives à la préparation et à la soumission des rapports détaillant ces droits (ICN, 2014, pp. 47-48^[14]). Les demandes manifestement infondées peuvent parfois être considérées comme des manœuvres dilatoires prises en compte au titre de circonstances aggravantes dans le calcul des amendes².

3.3. Droit d'être présent

25. Le droit d'assister aux grandes étapes de la procédure figure aussi parmi les droits à une procédure régulière. Il facilite la transparence et protège l'exercice d'autres droits à une procédure régulière, tels que celui de contester des éléments de preuve incriminants et d'être entendu. Dans le cadre de l'obtention de preuves, ce droit est notamment invoqué lors des inspections.

26. Les parties inspectées doivent pouvoir observer l'inspection et participer à la procédure. Il convient toutefois de trouver un compromis entre les droits procéduraux et l'efficacité de l'enquête en ce qui concerne la portée du droit d'être présent. Lors des inspections inopinées, il n'est pas rare de constater que les personnes ciblées (celles dont les produits, les bureaux et les appareils numériques sont inspectés) sont absentes des locaux ou ne sont pas disponibles pour accompagner l'équipe chargée de l'inspection pendant plusieurs heures. Dans ce cas, des avocats ou d'autres représentants de l'entreprise inspectée, plutôt que la personne ciblée, suivent généralement l'inspection. La personne ciblée peut aussi être informée de la procédure et de ses droits.

27. L'exercice du droit d'être présent se heurte à un problème plus important lors des inspections numériques. Dans certaines juridictions, les données numériques qui sont saisies ou copiées dans les locaux de la partie inspectée sont transmises à l'autorité de la concurrence pour être examinées et triées. Certaines juridictions considèrent cette pratique comme une violation du droit d'être présent et d'autres droits à une procédure régulière, comme l'illustre l'Encadré 1. C'est pourquoi les autorités de la concurrence posent souvent des scellés sur le support des données et invitent les représentants de la partie inspectée à assister au tri dans leurs locaux. Cette procédure a toutefois été jugée également trop lourde pour les entreprises, en particulier pour celles disposant de ressources limitées (Simonsson, 2013, p. 10-11^[15]).

Encadré 1. Inspections numériques et droit d'être présent

L'autorité polonaise de concurrence (APC) a entamé une procédure portant sur la possible conclusion d'un accord anti-concurrentiel dans le secteur de la mise en forme. Lors des inspections, l'autorité de la concurrence a copié en masse des données numériques appartenant au directeur général et au directeur financier de l'entreprise inspectée. Les supports de données mis sous scellés ont ensuite été transportés dans les locaux de l'autorité pour être triés et analysés. La partie inspectée a déposé un pourvoi en appel, au motif que l'autorité de la concurrence avait copié des documents ne relevant pas du champ d'application du mandat de perquisition et des documents couverts par le secret professionnel.

En mars 2017, le tribunal de la concurrence et de la protection des consommateurs de Varsovie a déclaré que, pour garantir une protection appropriée du droit de la défense d'une entreprise et de son droit à la vie privée, la sélection initiale des informations doit s'effectuer dans les locaux de l'entreprise et en présence de ses représentants. Il a considéré que l'analyse des données copiées n'est pas une simple activité technique, mais une inspection en elle-même. L'analyse des données en l'absence de l'entreprise inspectée aurait donc porté atteinte au droit de la défense de cette dernière.

Après le jugement, l'autorité de la concurrence a annoncé que toutes les preuves électroniques étaient restées sous scellés, sans être examinées, et que la loi n'avait donc pas été enfreinte. Elle a également modifié sa procédure d'inspection. Les données électroniques recueillies lors des inspections sont désormais examinées uniquement dans les locaux des entreprises inspectées.

Source : Dawn raids in Poland – tighter rules on the gathering of electronic evidence, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/10/19/dawn-raids-poland-tighter-rules-gathering-electronic-evidence/>; Competition authority adopts new approach to gathering electronic evidence during dawn raids, <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Competition-Antitrust/Poland/Schoenherr-Attorneys-at-Law/Competition-Authority-adopts-new-approach-to-gathering-electronic-evidence-during-dawn-raids>

3.4. Droit à la confidentialité

28. Les outils d'enquête permettent aux autorités de la concurrence d'accéder à d'importants volumes d'informations. Compte tenu du caractère intrusif de ces outils, les informations recueillies comportent souvent des éléments sensibles, tels que des secrets commerciaux ou des données personnelles. Le pouvoir de collecter toutes les informations nécessaires est contrebalancé par le droit à la confidentialité, autrement dit, l'obligation des autorités de respecter le secret professionnel.

29. Le droit à la confidentialité vise avant tout à protéger les intérêts légitimes et les droits des parties à la procédure. Il empêche aussi la diffusion d'informations sensibles, qui pourraient porter atteinte à la concurrence sur le marché en créant des niveaux de transparence artificiels.

30. Le droit à la confidentialité joue de surcroît un rôle essentiel dans l'obtention de preuves. Lors des premières étapes de l'enquête, au moment où le processus de collecte des preuves est le plus intensif, les équipes chargées de l'enquête peuvent estimer que le secret professionnel est indispensable à l'intégrité de l'enquête et à l'efficacité du processus d'obtention des preuves³. En outre, dès lors que les parties sont convaincues que leurs secrets professionnels seront protégés par l'autorité, elles sont plus enclines à lui fournir des informations sensibles (OCDE, 2010, p. 315^[2]). Le respect du secret professionnel permet aussi aux autorités de la concurrence de faire valoir que les entreprises ne peuvent refuser de fournir une information au motif qu'elle est sensible d'un point de vue

commercial (Faull et Nikpay, 2014, p. 154^[16]). En résumé, le devoir de confidentialité exercé par les autorités de la concurrence protège les parties tout en augmentant l'efficacité du processus d'obtention de preuves.

31. Il n'est par conséquent guère surprenant que le devoir de confidentialité soit largement accepté par les autorités de la concurrence. D'après une étude menée par le RIC (2014, p. 17^[14]), les informations confidentielles sont légalement protégées dans les 39 pays qui ont répondu. Les *Regional Guidelines on Competition Policy* établies par l'ANASE (2010, p. 26^[17]) indiquent qu'il convient de prévoir « des dispositifs pour protéger la confidentialité des informations obtenues lors d'une enquête ou pour protéger l'identité et l'intérêt d'une entreprise (« lanceur d'alerte » ou « informateur ») qui informe l'instance de réglementation de la concurrence de l'existence d'une pratique anti-concurrentielle, comme une entente ». Le rapport ICN Guidance recommande aussi que les parties puissent demander le respect de la confidentialité des informations qu'elles transmettent à l'autorité pendant l'enquête⁴.

32. Pour garantir la confidentialité, les autorités de la concurrence adoptent certaines procédures lors du processus d'obtention de preuves. Dans certaines juridictions, toutes les informations transmises lors de l'enquête sont jugées confidentielles. Dans d'autres, la confidentialité est appliquée à partir de la production d'un certain niveau de preuves et les parties sont informées de l'obligation de respecter le secret professionnel incombant au personnel chargé de l'enquête et des procédures permettant de demander l'application de la confidentialité. Dans de nombreuses juridictions, les parties doivent soumettre une version non confidentielle de leur réponse aux DII ou des notifications de projet de fusion. Il est aussi courant de demander aux parties inspectées d'identifier les documents confidentiels parmi tous ceux qui ont été saisis ou copiés pendant les inspections. Les décisions relatives à une inspection et une DII sont également émises de manière à ce que les informations confidentielles concernant les tiers ne soient pas transmises au destinataire.

33. Cependant, dans certains cas, les autorités de la concurrence peuvent avoir besoin de divulguer des informations confidentielles. Les « progrès de l'enquête » constituent l'un de ces cas particuliers. La divulgation d'informations confidentielles peut servir à confronter un témoin ou à recueillir d'autres informations auprès d'autres organes publics ou autorités de la concurrence. Ces exemples illustrent des cas dans lesquels ces dernières doivent concilier les droits à une procédure régulière avec l'efficacité de l'enquête. Ces divulgations d'informations confidentielles, qui constituent des exceptions à ces droits, « sont utilisées avec précaution et parcimonie » par les autorités de la concurrence (ICN, 2014, p. 9^[14]).

3.5. Proportionnalité

34. L'obtention de preuves fait partie des pouvoirs et des devoirs des autorités de la concurrence, qui disposent en la matière d'une grande liberté de manœuvre. Cependant, dans certaines juridictions, dans l'UE notamment, le principe de proportionnalité limite ses pouvoirs d'enquête. S'il est appliqué, ce principe vise à prévenir une utilisation excessive et arbitraire des pouvoirs d'enquête au cours de l'obtention de preuves.

35. Premièrement, la proportionnalité nécessite de justifier clairement le recours à des outils d'enquête. Il convient également d'expliquer clairement pourquoi il est indispensable de prendre ces mesures pour enquêter sur ce sujet précis. Autrement dit, les autorités doivent être à même de fournir des raisons valables d'exercer leurs pouvoirs d'obtention de preuves. Elles ne doivent à cet égard pas s'écarter du champ de l'enquête lors des questions posées lors des entretiens, dans les documents demandés avec les DII ou lors des

saisies de documents au cours des inspections. Adapter l'utilisation et le contenu des outils d'enquête à l'enquête menée s'avère profitable aux personnes soumises à l'enquête mais aussi aux organes chargés de la mise en application du droit (ICN, 2015, p. 2_[10]). Les autorités de la concurrence évitent ainsi le risque d'être submergées d'informations inutiles.

36. Les autorités de la concurrence doivent aussi choisir des méthodes d'obtention de preuves qui n'interfèrent pas outre mesure dans la vie privée des parties. C'est particulièrement important dans le cas des inspections, plus intrusives que les autres méthodes. Certaines juridictions autorisent les inspections uniquement si aucune autre méthode moins intrusive ne peut être utilisée⁵.

37. Les processus d'obtention de preuves ne doivent pas non plus exercer de pressions excessives sur les personnes soumises aux pouvoirs d'enquête. D'autres facteurs, situés en dehors du champ de l'enquête, comme les capacités et les ressources des parties, leur qualité dans la procédure (sujet, tiers, plaignant) et la gravité de l'affaire, doivent aussi être pris en compte pour déterminer l'étendue et la précision des informations recherchées. Il importe également d'accorder aux parties suffisamment de temps pour préparer leurs réponses, sans toutefois compromettre la conclusion de l'enquête dans les délais prévus. La fixation de délais courts et de dates limites strictes peut imposer une charge inutile aux parties et perturber leurs opérations quotidiennes, et entraîner également une diminution de la qualité des informations fournies.

3.6. Transparence

38. « La transparence désigne un environnement dans lequel les objectifs politiques, le cadre juridique, institutionnel et économique, les décisions d'action publique et leurs raisons d'être, ainsi que les conditions de la responsabilité des autorités, sont transmis au public de manière intelligible et accessible et au moment opportun » (OCDE, 2010, p. 26_[2]).

39. La transparence s'applique également aux processus d'obtention de preuves. Selon le rapport ICN Guidance (2015, p. 3_[10]), « les politiques et les législations sur la concurrence qui gouvernent les organes chargés de la mise en œuvre du droit doivent être transparentes », y compris celles concernant « les processus et les outils d'enquête utilisés par les organes pour mener les enquêtes ». La transparence peut par conséquent désigner (i) la transparence générale des règles et réglementations applicables aux outils et aux pratiques d'investigation, et (ii) la transparence sur une affaire donnée, impliquant des notifications et un dialogue ouvert avec les parties. Comme mentionné plus haut, ces deux types de transparence sont indispensables à l'obtention de preuves car ils améliorent la qualité des éléments recueillis et accélèrent le processus. La transparence et la régularité des procédures augmentent la confiance et favorisent l'instauration d'un environnement propice à la coopération entre les autorités et les parties. Une communication efficace et transparente avec les parties et les tiers permet aux autorités de relever des preuves pertinentes et d'utiliser leurs pouvoirs d'enquête de manière plus précise et plus efficace.

40. C'est la raison pour laquelle les autorités de la concurrence ont adopté des pratiques favorisant la transparence. Selon une étude menée par le RIC (2013, p. 9_[11]), 72 % des 36 autorités de la concurrence qui ont répondu publient leurs processus, leurs procédures et leurs pratiques d'enquête, et 69 % d'entre elles fournissent des explications accessibles au grand public sur le traitement des informations confidentielles et protégées par le secret professionnel. Les autorités encouragent les parties et les tiers à fournir des éléments susceptibles de compléter les informations recueillies avec les DII ou lors des entretiens et des inspections. Le personnel d'enquête organise fréquemment des réunions avec les parties pour

les informer de l'avancement de l'enquête et leur offrir la possibilité de donner leur avis. Il rencontre aussi généralement les tiers qui peuvent apporter des informations ou des éléments de preuve intéressants pour l'enquête. Ces réunions se déroulent généralement parallèlement aux DII émises par l'autorité (ICN, 2013^[11]).

41. Tout en poursuivant leur objectif de transparence, les autorités de la concurrence doivent protéger la confidentialité des informations sensibles et garantir une utilisation efficace de leurs pouvoirs d'enquête. Elles semblent à cet égard faire preuve de plus de transparence avec les parties soumises à l'enquête, qu'avec les tiers ou le grand public. La quantité des informations communiquées aux parties paraît en outre augmenter au fur et à mesure de la progression de l'enquête. (ICN, 2013^[11])

4. Examen des pouvoirs d'enquête

42. L'équité procédurale et la régularité des procédures supposent que les décisions soient prises par une personne ou un comité impartial et que les parties puissent être entendues. Le contrôle judiciaire est à cet égard indispensable à la régularité des procédures. Ce n'est toutefois pas le seul mécanisme obligatoire au titre de l'équité procédurale en ce qui concerne l'évaluation des procédures et la résolution des litiges. De nombreux régimes de concurrence « utilisent l'autorité de la concurrence elle-même comme première étape de l'évaluation » (OCDE, 2011, p. 11^[18]).

4.1. Contrôle interne

43. Le contrôle interne consiste en la surveillance de la procédure et la résolution du litige par un mécanisme impartial au sein de l'autorité de la concurrence. Il est recommandé que les autorités de la concurrence évaluent en interne leur utilisation des pouvoirs d'enquête et proposent une procédure corrective aux parties qui estiment que leurs droits à une procédure régulière n'ont pas été respectés lors du processus d'obtention de preuves (ICC, 2010^[9]) (RIC, 2015^[10]). De nombreuses autorités de la concurrence adoptent ce type de mécanisme.

44. Le contrôle interne des pouvoirs d'enquête peut être réalisé après la mise en œuvre du droit à la demande des parties (ex-post) ou dans le cadre de la procédure d'obtention des preuves, avant la mise en œuvre de la législation (ex-ante). Dans de nombreuses juridictions, une décision formelle ou une autorisation du responsable de l'autorité de la concurrence sont requises pour les inspections. Suivant le même principe, les DII obligatoires sont contrôlées en interne avant d'être envoyées⁶.

45. Pendant ou après l'application des décisions d'obtention de preuves, les parties peuvent demander une modification de ces décisions ou les contester, ou contester les procédures suivies pendant leur exécution. Il est conseillé dans ce cas de permettre au personnel d'enquête de s'occuper de ces questions, comme une première étape vers la résolution du litige⁷. Si celui-ci ne peut pas être résolu, il peut être porté devant un responsable de haut niveau ou une unité de contrôle indépendante qui ne participe pas à l'enquête et qui exercera des fonctions de surveillance de manière neutre⁸.

46. Les processus de contrôle interne donnent aux parties la possibilité d'exercer leur droit à être entendues et à bénéficier d'un procès équitable sans déposer de recours judiciaire. Cette fonction de contrôle interne et d'auto-discipline en matière de régularité des procédures est particulièrement importante s'il s'avère impossible de contester les questions de procédure de manière autonome. Par ailleurs, compte tenu des coûts monétaires et en temps passé du

contrôle judiciaire des litiges procéduraux, ces mécanismes internes offrent un moyen efficace de régler les litiges (OCDE, 2011, p. 13^[18]). Il importe toutefois de souligner qu'ils ne remplacent pas le contrôle judiciaire, qui assure une surveillance contraignante et indépendante des pratiques d'obtention de preuves appliquées par les autorités.

4.2. Contrôle judiciaire

47. Le contrôle judiciaire est l'un des éléments constitutifs d'un processus équitable. Un contrôle judiciaire indépendant permet aux parties d'accéder à une personne chargée de prendre des décisions qui soit neutre et incite les autorités de la concurrence à respecter les droits à une procédure régulière. Le contrôle judiciaire des décisions des autorités et des actions menées pour recueillir les preuves peut être exercé ex-ante ou ex-post. Le contrôle ex-ante est réalisé lorsque l'autorité de la concurrence doit recevoir l'approbation d'une instance judiciaire pour utiliser ses pouvoirs d'enquête. Par exemple, d'après une étude conduite par le RIC (2013, p. 10^[12]), dans 16 juridictions sur 31, il n'est possible d'effectuer une inspection dans une entreprise que si elle a été autorisée au préalable par un tribunal. Cependant, même lorsqu'un contrôle ex-ante est réalisé, il peut se révéler moins précis qu'un contrôle ex-post et les parties peuvent toujours affirmer que leurs droits n'ont pas été respectés lors de la mise en œuvre de l'enquête autorisée. Aussi le contrôle ex-ante ne vient-il qu'en complément du contrôle ex-post.

48. Le contrôle ex-post est par conséquent indispensable et occupe une place essentielle pour garantir le respect de la régularité des procédures d'obtention de preuves. Outre sa mise à disposition auprès des parties qui font l'objet de l'enquête, le moment où il est exercé est aussi un facteur important pour évaluer s'il remplit bien ses fonctions de surveillance de l'autorité de la concurrence. Le contrôle judiciaire des actions d'enquête peut prendre la forme d'actions autonomes ou intervenir au moment de la prise de la décision définitive par l'autorité de la concurrence (contrôle rétroactif). Par exemple, en France, il est possible de déposer un recours de manière autonome auprès du Président de la cour d'appel en cas d'entretiens obligatoires, alors que c'est impossible en Allemagne. Cependant, dans ce dernier pays, si certains droits procéduraux des personnes interrogées n'ont pas été respectés, leur témoignage ne pourra être retenu comme élément de preuve (RIC, 2013, p. 38^[12]).

49. Lors des actions menées de manière autonome, les tribunaux peuvent vérifier si la mesure d'enquête employée par l'autorité est nécessaire et adaptée à un stade précoce de l'enquête. Ce type de contrôle allonge toutefois fortement la durée du processus d'enquête (Simonsson, 2013^[15]). Malgré ses avantages, le contrôle rétroactif n'apporte pas nécessairement une mesure corrective immédiate aux parties concernées étant donné que les autorités de la concurrence mettent parfois plusieurs années à rendre une décision définitive, et il n'est de surcroît pas pris de décision à l'issue de toutes les procédures. Dans ce cas, les parties faisant l'objet de l'enquête peuvent ne jamais avoir la possibilité de contester la procédure.

50. Ces deux approches du contrôle judiciaire présentant des avantages et des inconvénients, il convient de proposer aux parties une mesure corrective adaptée et au moment opportun, pour protéger leur droit à une procédure régulière lors du choix du type de contrôle judiciaire. Par exemple, s'il s'avère nécessaire de régler immédiatement certains litiges, comme ceux portant sur la protection du secret professionnel, les contestations relatives à des DII facultatives peuvent être traitées de manière rétroactive puisque les destinataires de ces demandes ont la possibilité de ne pas y répondre.

Encadré 2. Contrôle judiciaire ex-post des inspections

Le contrôle rétroactif n'est parfois pas suffisant – République tchèque

En 2012, l'Office tchèque pour la protection de la concurrence (COPC) a effectué une inspection inopinée dans les locaux de l'entreprise Schneider Electric. Celle-ci a déposé un recours auprès du tribunal régional de Brno, au motif qu'il convenait de produire un mandat judiciaire, au lieu de l'ordonnance fournie par l'autorité, et que les inspecteurs avaient saisi des documents à caractère privé. En 2013, le tribunal a déclaré que la requête de Schneider Electric était prématurée et non recevable puisque l'entreprise peut protéger ses droits grâce au contrôle judiciaire rétroactif de la décision définitive ou demander réparation si cette décision n'a jamais été prise. Le 13 février 2014, la Cour administrative suprême a confirmé la décision du tribunal régional.

Plusieurs mois après cette décision, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a rendu sa décision concernant une affaire antérieure présentant la même conclusion. En 2003, le COPC avait mené des inspections dans le cadre d'une enquête portant sur une entente sur les prix dans le secteur de la boulangerie. Certaines entreprises inspectées avaient refusé l'inspection au motif qu'un mandat judiciaire était nécessaire et n'avait pas été présenté et que les inspections étaient menées « à l'aveuglette » sans raisons suffisantes. Déboutés par les tribunaux tchèques, les plaignants ont interjeté appel auprès de la CEDH. Dans sa décision, celle-ci a déclaré qu'un mandat judiciaire n'est pas une condition requise pour la légalité des inspections. Cependant, si la procédure n'a pas été approuvée au préalable par un tribunal, le contrôle judiciaire ex-post doit être rigoureux et efficace. Selon cette décision, ni la législation tchèque en vigueur ni les procédures judiciaires menées à l'époque n'ont permis de réaliser une supervision indépendante suffisante de l'inspection en matière de proportionnalité.

Contrôle autonome suite à une contestation de l'inspection - Slovaquie

En février 2015, la Cour suprême slovaque (SSC) a conclu que, bien que les inspections ne soient pas des décisions mais des actions, elles peuvent faire l'objet de contrôle judiciaire au titre de la loi slovaque sur « les actions contre les actes illégaux commis par les autorités publiques ». Elle a toutefois déclaré qu'un plaignant doit d'abord épuiser tous les recours légaux à sa disposition avant de porter son affaire devant les tribunaux. Dans le cas présent, la simple contestation de l'inspection a été considérée comme un recours. Autrement dit, seuls les litiges enregistrés pendant les inspections ont pour conséquence juridique d'entraîner l'ouverture d'un contrôle judiciaire.

Source : The Supreme Administrative Court of Czech Republic refuses to allow judicial review of a dawn raid (Schneider Electric) , <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/utilities-cartels/anticompetitive-practices-3006/the-supreme-administrative-court-of-czech-republic-refuses-to-allow-judicial> ; Affaire Delta Pekárny A.S. c. République tchèque, Requête N° 97/11, ECHR 279, Arrêt du 2 octobre 2014, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-146675%22%7D> ; The Slovak Supreme Court outlines the principles of effective ex-post court review of dawn raids (Stengl Consulting / Slovak Competition Office) <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/february-2015/The-Slovak-Supreme-Court-outlines>

5. Conclusion

51. La régularité des procédures est indispensable à une administration saine des affaires de concurrence. Elle s'avère particulièrement importante lors de la phase d'obtention des preuves, étant donné que ce processus pose les bases de l'affaire et interfère dans la vie privée des parties soumises à l'enquête.

52. La régularité des procédures apporte des avantages aux parties à la procédure, aux tiers et aux autorités de la concurrence. Pour ces dernières, elle améliore notamment la

qualité des preuves recueillies. La régularité des procédures et la transparence contribuent aux actions d'enquêtes menées par les autorités en favorisant la coopération et en permettant de détecter les informations et les demandes infondées.

53. Les régimes de concurrence doivent toutefois parvenir à un équilibre entre la protection des droits à une procédure régulière et la promotion d'une mise en œuvre efficace de la législation sur la concurrence. Ce compromis a en effet d'importantes implications procédurales dans le processus d'obtention des preuves. Par exemple, la transparence est une condition indispensable à l'équité procédurale, et les parties comme les autorités de la concurrence ont défini de nombreux mécanismes pour la garantir. Néanmoins, la transparence doit parfois être encadrée pour résoudre certaines préoccupations liées à la protection du droit à la confidentialité des parties et à l'intégrité de l'enquête.

54. Cette recherche de l'équilibre idéal est une quête sans fin. La table ronde organisée par l'OCDE sur l'équité procédurale (2010, p. 28^[2]) avait conclu qu'« un contrôle régulier des règles et procédures en place, pour mettre en évidence les possibilités d'amélioration » est approprié et indispensable. Par conséquent, les consultations des parties prenantes semblent être l'un des meilleurs moyens de suivre l'évolution de la situation (OCDE, 2010, p. 39^[2]).

Notes de fin

¹ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 17 décembre 1996 dans l'affaire Saunders c. Royaume-Uni, Requête n° 19187/91, paragraphe 68, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009>

² Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE (2011/C 308/06), paragraphe 58, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC1020\(02\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC1020(02)&from=FR)

³ « 6.4.2 La protection de la confidentialité permettra aux personnes fournissant des informations aux instances de réglementation de la concurrence ou de mise en œuvre du droit d'éviter le risque de porter atteinte à leurs intérêts commerciaux légitimes ou à leurs intérêts individuels, d'encourir par exemple des représailles économiques ». (ANASE, 2010_[17])

⁴ « 8.4. Les parties et les tiers qui soumettent des informations à une autorité pendant une enquête doivent avoir la possibilité de demander la protection des informations qu'elles jugent confidentielles. Les personnes fournissant des informations confidentielles doivent indiquer et expliquer, à l'instance chargée de la réglementation de la concurrence ou à un autre organe de mise en œuvre du droit, pourquoi ces informations doivent être considérées comme confidentielles » (RIC, 2015_[10]).

⁵ Par exemple, d'après la Loi suédoise sur la concurrence (chapitre 5, section 3) : « Sur demande de l'autorité suédoise de concurrence, le tribunal des brevets et du marché peut décider que l'autorité est autorisée à mener une inspection dans une entreprise pour déterminer si elle a enfreint les interdictions figurant au chapitre 2, section 1 ou 7, ou article 101 ou 102 du TFUE, si (...) 3. l'importance de l'action menée est supérieure à l'ingérence, ou toute autre nuisance, induite dans la vie privée des parties concernées ». <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/competition/the-swedish-competition-act.pdf>

⁶ « 3.1 Les demandes d'informations obligatoires émises par l'autorité doivent faire l'objet d'un contrôle interne avant d'être envoyées. » (RIC, 2015_[10])

⁷ « 3.4 Les autorités doivent permettre en première instance aux équipes chargées de l'affaire de traiter et de chercher à résoudre avec le destinataire les litiges concernant des demandes d'informations. Les règles régissant les enquêtes menées par les autorités doivent aussi comprendre des procédures de contrôle interne ou de recours externe pour résoudre les litiges relatifs aux demandes d'informations. » (RIC, 2015_[10])

⁸ « 2.4.11 L'autorité devra nommer un responsable approprié qui ne participe pas à la réalisation de l'enquête (tel qu'un membre du bureau de l'avocat général ou un responsable des auditions au sein de l'autorité) pour résoudre les litiges entre les enquêteurs et toute partie ou non-partie relatifs aux demandes d'informations. » (ICC, 2010_[9])

Références

- ASEAN (2010), *Regional Guidelines on Competition Policy*, [17]
https://asean.org/?static_post=asean-regional-guidelines-on-competition-policy-3.
- Nihoul, P. and T. Skoczny (eds.) (2015), *Substance and process in competition law and enforcement. Why we should care if it's not fair*, Edward Elgar Publishing. [7]
- Faull, J. and A. Nikpay (2014), *The EU Law of Competition (3rd Edition)*, Oxford University Press. [16]
- Ginsburg, D. (2014), *Due Process in Competition Proceedings*, [3]
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc958.pdf>.
- ICC (2010), *Recommended framework for international best practices in competition law enforcement proceedings*, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/06/ICC-International-Due-process-08-03-10.pdf>. [9]
- ICN (2015), *Guidance on Investigative Process*, [10]
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1028.pdf>.
- ICN (2014), *Competition Agency Confidentiality Practices*, [14]
<http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1014.pdf>.
- ICN (2013), *Competition Agency Transparency Practices*, [11]
<http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc902.pdf>.
- ICN (2013), *Investigative Tools Report*, [12]
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc893.pdf>.
- Cauffman, C. and Q. Hao (eds.) (2016), *Procedural Rights in EU Antitrust Proceedings*, Springer. [2]
- O'Brien, P., K. Katona and R. Tritell (2015), "Procedural Fairness in Competition Investigations: U.S. FTC Practice and Recent Guidance from the International Competition Network", *CPI Antitrust*, Vol. 1. [8]
- OECD (2018), *Treatment of Legally Privileged Information in Competition Proceedings*. [13]
- OECD (2011), *Procedural Fairness: Competition Authorities, Courts and Recent Developments*, [18]
<http://www.oecd.org/daf/competition/ProceduralFairnessCompetition%20AuthoritiesCourtsandRecentDevelopments2011.pdf>.
- OECD (2010), *Procedural Fairness: Issues in Civil and Administrative Enforcement Proceedings*, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/50235955.pdf>. [1]
- Nihoul, P. and T. Skoczny (eds.) (2015), *'Human rights' protection for corporate antitrust defendants: are we not going overboard?*, Edwards Elgar Publishing. [5]

- Simonsson, I. (2013), “Digital Evidence Gathering in Dawn Raids. Judicial Review: Up-front or Retrospective?”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2327122. [15]
- Sokol, D. (2018), *The Case for Global Best Practices in Antitrust Procedural Fairness*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3220465. [6]
- Sokol, D. (2015), “Due Process, Transparency and Procedural Fairness in Asian Antitrust”, <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/AsiaJanuary15.pdf>. [4]