

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

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

Accès aux pièces et protection des informations confidentielles – Note de référence

Par le Secrétariat

3 décembre 2019

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est une note de référence au titre du point 4 de l'ordre du jour de la 130^e réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi du 3 décembre 2019.

Les opinions exprimées et les arguments employés ici ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante :
www.oecd.org/daf/competition/access-to-case-file-and-protection-of-confidential-information.htm

M^{me} Despina PACHNOU
Courriel : Despina.PACHNOU@oecd.org

JT03454288

Accès aux pièces et protection des informations confidentielles¹

La protection des droits de la défense ne saurait être garantie sans un accès rapide à l'ensemble des pièces pertinentes d'un dossier.

L'accès aux éléments de preuve réunis par les autorités de la concurrence obéit à des règles différentes suivant les pays. Certains offrent aux parties concernées un très large accès à ces informations, si ce n'est à quasiment l'ensemble des pièces ; d'autres le restreignent à certains documents spécifiques. Cet accès est permis par les autorités de la concurrence suite à la publication d'un communiqué exposant leurs allégations, et parfois même avant l'émission d'un tel document.

D'autres parties intéressées, ainsi que le grand public de manière générale, peuvent également être autorisés à consulter certains documents spécifiques du dossier des autorités de la concurrence. Les juridictions peuvent elles-mêmes prévoir un accès limité aux pièces pour le grand public.

Le principe de protection des informations confidentielles définit toutefois les limites du droit d'accès aux pièces. Bien que la grande majorité des pays veillent à la protection des informations confidentielles, leur définition de ce qui constitue des « informations confidentielles » n'est pas nécessairement la même. Les données sensibles sur le plan commercial et les données sensibles à caractère personnel sont généralement considérées comme confidentielles.

Cette qualification de confidentialité entraîne, en principe, que ces informations ne seront pas divulguées. La levée de la confidentialité peut néanmoins être requise dans certaines circonstances particulières. Des informations confidentielles peuvent d'abord être partagées avec les autres parties afin de protéger leur droit de se défendre. Des informations confidentielles peuvent ensuite être communiquées à d'autres organismes publics, nationaux comme étrangers. La diffusion d'informations à des autorités étrangères nécessite généralement la signature préalable d'une dispense de confidentialité par la partie ayant présenté ces informations. Dans certains cas plus rares, cette divulgation peut s'opérer sur la base de mécanismes de communication des informations. Des informations peuvent enfin être communiquées aux fins d'actions privées.

¹ Ce document a été préparé par Jordi Calvet Bademunt, de la Division de la concurrence de l'OCDE. Il a par ailleurs été enrichi des commentaires d'Antonio Capobianco, Despina Pachnou et Pedro Caro de Sousa, et de la contribution de Gabriella Erdei, Harry Hong et Fumihiko Okumura qui ont fourni une aide en matière de recherche (tous font partie de la Division de la concurrence de l'OCDE).

Table des matières

Accès aux pièces et protection des informations confidentielles.....	2
1. Introduction	4
2. Accès aux pièces.....	5
2.1. Vue d'ensemble	5
2.2. Quel accès et pour qui ?.....	7
2.2.1. Parties visées par une enquête et parties à une fusion	7
2.2.2. Autres parties intéressées.....	9
2.2.3. Grand public	9
2.3. À quel moment est-il possible d'accéder aux éléments de preuve ?.....	11
3. Protection des informations confidentielles	13
3.1. Vue d'ensemble	13
3.2. Que constitue des informations confidentielles ?	14
3.3. Comment les informations confidentielles sont-elles identifiées et protégées ?.....	16
3.4. Exemptions à l'obligation de non-divulgence d'informations confidentielles.....	18
3.4.1. Quand et sur quelle base ?	18
3.4.2. Divulgence aux parties dans le cadre de la procédure.....	19
3.4.3. Divulgence à des organismes publics nationaux et étrangers	25
3.4.4. Divulgence aux fins d'actions privées	33
4. Conclusions et défis à relever	35
Notes	37
Références	41

Encadrés

Encadré 1. Accès aux éléments à décharge	6
Encadré 2. Accès aux pièces au titre des règles de la transparence	9
Encadré 3. Accès aux pièces dans les procédures d'engagements	12
Encadré 4. Types spécifiques d'informations considérées comme confidentielles	14
Encadré 5. Accès aux documents fournis dans le cadre de programmes de clémence	20
Encadré 6. Divulgence de documents contenant des informations confidentielles	24
Encadré 7. Divulgence d'informations confidentielles à des organismes publics étrangers par le Bureau de la concurrence Canada.....	27
Encadré 8. Exemples de mécanismes de communication des informations	31
Encadré 9. Publication de la décision rendue dans l'affaire Air Cargo dans le contexte d'actions en dommages et intérêts	34

1. Introduction

1. L'accès aux pièces et la protection des informations confidentielles sont deux principes antagoniques de l'application du droit de la concurrence.
2. Pour les besoins de la présente note de référence, l'« accès aux pièces » correspond au droit des parties (y compris, dans certains pays, des tiers) à consulter les éléments de preuve en possession des autorités compétentes dans le cadre d'une procédure relevant du droit de la concurrence. L'accès à ces éléments de preuve est généralement accordé dans le contexte de procédures administratives (dans les systèmes d'application du droit de la concurrence par la voie administrative) ou au moment d'un procès (dans les systèmes d'application judiciaire du droit de la concurrence).
3. Tel qu'indiqué dans la section 2.1, l'accès aux pièces s'avère indispensable pour garantir le droit de se défendre des parties concernées. Cet accès leur offre en effet la possibilité d'examiner les éléments sur lesquels va se baser l'autorité de la concurrence ou le tribunal (suivant le système en vigueur) pour prendre sa décision.
4. Le principe de protection des informations confidentielles¹ définit toutefois les limites du droit d'accès aux pièces. La divulgation d'informations confidentielles n'est possible que si cela s'avère nécessaire pour assurer la protection d'intérêts légitimes, et notamment pour préserver les droits de la défense. Le cas échéant, des informations confidentielles peuvent être partagées selon des conditions spécifiques, par exemple en limitant leur accès aux avocats externes de la partie ayant demandé à examiner les pièces.
5. Les autorités ont à défendre une réputation de respect de la confidentialité des informations qu'elles reçoivent, de sorte que les parties à une procédure et les tiers continuent à leur fournir des informations. Les autorités de la concurrence doivent également veiller à ce que la divulgation d'informations confidentielles ne nuise pas outre mesure aux parties les ayant soumises ou auprès desquelles ces informations ont été recueillies.
6. L'OCDE travaille actuellement à la rédaction d'un projet de recommandation sur la transparence et l'équité procédurale, lequel inclut des clauses relatives à l'accès aux pièces et à la protection des informations confidentielles.
7. La première partie de cette note de référence est consacrée à l'accès aux pièces. Elle présente d'abord en quoi l'accès aux pièces est essentiel pour garantir la transparence et l'équité dans l'application du droit de la concurrence. Elle aborde ensuite le type d'informations auxquelles il est possible d'accéder et par quelles parties, et quand ces informations peuvent être consultées.
8. La seconde partie de cette note est dévolue à la manière dont la protection des informations confidentielles peut s'imposer comme une limite au droit d'accès aux pièces. Elle aborde ainsi la notion même d'informations confidentielles, et comment celles-ci peuvent être identifiées et protégées dans la pratique. Elle examine enfin différentes exemptions au principe de non-divulgence des informations confidentielles, que ce soit à l'intention des parties prenantes d'une procédure, à d'autres organismes publics (nationaux ou étrangers) ou encore aux fins d'actions privées. En conclusion, cette note de référence présente les dénominateurs communs et les principaux défis identifiés dans l'ensemble des pays.

2. Accès aux pièces

2.1. Vue d'ensemble

9. Les autorités de la concurrence sont généralement tenues à une obligation d'agir avec équité lors de la collecte et de la divulgation des éléments de preuve pertinents, que ces éléments soient à charge comme à décharge (OCDE, 2012^[1]). Les éléments de preuve devraient être consignés et mis à la disposition des parties visées par l'enquête (CCI, 2010^[2]), mais aussi des parties candidates à une fusion.

10. Pour les besoins de la présente note de référence, le terme « pièces » désigne l'ensemble des éléments de preuve réunis par une autorité de la concurrence dans le cadre d'une procédure relevant du droit de la concurrence. Les pièces recueillies par une autorité de la concurrence peuvent ainsi inclure :

- tout document fourni par les parties ou saisi auprès des parties, comme les demandes de clémence (et les documents y afférents), les réponses aux demandes de renseignements ou autres documents obtenus par l'autorité de la concurrence suite à une perquisition ;
- toute information fournie par des tiers, comme des plaintes (et pièces complémentaires) ou des réponses à des demandes de renseignements ;
- tout document relevant du domaine public ;
- tout document préparé par l'autorité de la concurrence compétente (communication des griefs, par exemple) ;
- tout document partagé par d'autres organismes publics, nationaux ou étrangers.

11. Dans ses recommandations de bonnes pratiques pour l'application du droit de la concurrence (*Recommended Framework for International Best Practices in Competition Law Enforcement Proceedings*), la Commission de la concurrence de la Chambre de commerce internationale (ICC)² préconise que les pièces incluent également, entre autres, les données sous-jacentes (y compris leur source) et la méthodologie utilisée pour construire des diagrammes, des tableaux et autres supports d'analyse.

12. La possibilité d'accéder aux pièces, ou au moins à certains documents spécifiques, est prévue dans les affaires concernant ou non des fusions. Cet accès est d'autant plus nécessaire lorsque des sanctions ou mesures correctrices peuvent être imposées (OCDE, 2012^[1]). La Cour suprême des États-Unis a d'ailleurs précisé à cet égard que « *le bon respect des garanties données par la loi au destinataire est influencé par la probabilité que celui-ci soit condamné à subir un préjudice grave*³ ».

13. L'accès aux éléments de preuve en possession des autorités de la concurrence avant qu'une décision défavorable ne soit adoptée est prévu aussi bien dans les systèmes administratifs que judiciaires. La portée de cet accès dépend toutefois de la juridiction concernée.

14. Comme le précise le Réseau international de la concurrence (RIC) dans ses pratiques recommandées en matière d'enquête (*Recommended Practices for Investigative Process*)⁴, plus une procédure est avancée et proche d'une décision, mieux la transparence (et par conséquent la divulgation des éléments de preuve) doit être assurée.

Encadré 1. Accès aux éléments à décharge

À l'occasion de l'affaire *Intel*, la Cour de Justice de l'Union européenne (UE) s'est penchée sur la question de l'importance d'un accès aux éléments à décharge.

En réponse à une plainte, la Commission européenne a lancé une série d'enquêtes entre 2004 et 2005 auprès d'Intel et de certains de ses clients. En 2009, la Commission a conclu qu'Intel s'était rendu coupable d'un abus de position dominante sur le marché des processeurs et avait décidé d'imposer une amende à l'entreprise.

Intel avait alors contesté la décision de la Commission devant le Tribunal de l'Union européenne, puis fait appel de cette nouvelle décision devant la Cour de justice. Dans ces deux procédures, Intel avait avancé, entre autres, que les droits de la défense n'avaient pas été respectés. La société affirmait notamment que la Commission avait rencontré l'un des plus hauts responsables de son client le plus important (Dell), sans que la transcription des discussions ne soit mise à sa disposition. Intel arguait que certains des éléments de preuve recueillis à l'occasion de cette réunion auraient pu être utilisés à décharge. En lieu et place des transcriptions complètes, la Commission n'avait fourni qu'une note interne non confidentielle répertoriant les thèmes abordés lors de cette réunion (et non son contenu exhaustif), ainsi que les réponses écrites de Dell aux questions orales posées à la personne interrogée.

La Cour de justice avait considéré, sur la base de la législation communautaire*, que la Commission aurait dû procéder à un enregistrement complet de l'ensemble des entretiens organisés dans le cadre de la collecte d'informations sur l'objet de l'enquête. La Cour avait mis en avant que la note interne fournie par la Commission n'était pas suffisante, dans la mesure où elle ne contenait « *aucune indication quant à la teneur des discussions qui se sont tenues lors de cet entretien, en particulier quant à la nature des renseignements que [la personne interrogée] a fournis pendant ledit entretien* ».

Malgré cela, la Cour avait considéré en l'espèce que le droit de se défendre d'Intel n'avait pas été entravé. Intel n'avait pu prouver que cette non-divulgaration avait été susceptible d'influencer, à son détriment, le bon déroulement de la procédure et le contenu de la décision rendue. Il revenait ainsi à l'entreprise d'établir, « *d'une part, qu'elle n'a pas eu accès à certains éléments de preuve à décharge, et, d'autre part, qu'elle aurait pu les utiliser pour sa défense* ».

Intel avait été en mesure d'accéder aux réponses écrites de Dell aux questions posées oralement et, dans le cadre du recours auprès du Tribunal, à la version confidentielle de la note interne consacrée à la réunion, laquelle contenait des indications sur la teneur des discussions. Intel n'avait toutefois pas invoqué d'éléments de preuve suffisants pour établir que la Commission avait manqué à ses obligations de prise en compte de pièces à décharge. L'entreprise n'avait par ailleurs pas invoqué son droit de demander l'assignation à comparaître devant le Tribunal de la personne interrogée.

Au vu des éléments exposés ci-dessus, la Cour avait décidé de rejeter la requête d'Intel dénonçant une violation possible des droits de la défense.

Source : décision de la Cour de justice de l'UE dans l'affaire C-413/14 P, *Intel contre la Commission*.

Remarque : * Article 19(1) du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (« Règlement 1/2003 ») et article 3 du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE (« Règlement 773/2004 »).

15. En garantissant un accès aux éléments de preuve détenus par une autorité de la concurrence, l'objectif principal est de protéger le droit de se défendre des parties, et de leur donner ainsi la possibilité de réfuter les éléments sur lesquels une autorité de la concurrence ou un tribunal fonde sa décision (Ginsburg et Owings, 2015^[3])⁵. Les parties concernées doivent être en mesure « *de procéder à un examen de la totalité des documents figurant au dossier d'instruction qui sont susceptibles d'être pertinents pour [leur] défense* » (Wils et Abbott, 2019, p. 10^[4]). Le droit d'accès aux pièces vient compléter le droit d'être entendu (Kowalik-Bańczyk, 2015^[5]).

16. Un deuxième objectif de l'accès aux éléments de preuve, en l'occurrence pour les tierces parties intéressées, est de s'assurer que celles-ci ont pleinement conscience des éléments sur lesquels s'appuieront les décisions qui les concernent.

17. Enfin, le respect du principe de justice ouverte, ou plus généralement de transparence, est en soi une raison supplémentaire d'ouvrir l'accès aux éléments de preuve au grand public (OCDE, 2012^[1]). La transparence permet aux parties prenantes et au grand public de « *comprendre la manière dont s'applique le droit de la concurrence* », et renforce la confiance du public dans les autorités de la concurrence et la crédibilité qu'il leur accorde (First, Fox et Hemli, 2012, p. 46^[6]).

2.2. Quel accès et pour qui ?

18. Le champ des informations auxquelles il est possible d'accéder dépend de la nature des parties qui en font la demande. Les parties visées par une enquête sur le comportement d'une entreprise ou impliquées dans une affaire de fusion bénéficient d'un accès aux pièces plus étendu que d'autres parties intéressées ou que le grand public.

2.2.1. Parties visées par une enquête et parties à une fusion

19. Les autorités de la concurrence doivent garantir la disponibilité de toutes les informations sur lesquelles peut s'appuyer une décision défavorable.

20. Dans certaines juridictions, les parties visées par une enquête et les parties à une fusion se voient octroyer un accès aux pièces dans leur ensemble, à quelques rares exceptions près. C'est le cas, par exemple, de l'UE⁶, de l'Espagne, de la Hongrie et du Portugal⁷.

21. La principale exception à cette ouverture générale de l'accès aux pièces tient à la protection des informations confidentielles. Il existe toutefois d'autres types d'exceptions. Les documents internes à l'autorité de la concurrence et les échanges entre différentes autorités de la concurrence ne sont pas rendus publics, notamment dans l'UE et en Hongrie⁸.

22. Dans d'autres juridictions, les autorités de la concurrence ne permettent pas d'accès général aux pièces, mais divulguent uniquement les documents permettant d'établir une infraction (OCDE, 2012^[1]). L'autorité coréenne de la concurrence (*Korean Fair Trade Commission* ou KFTC), par exemple, joint les éléments de preuve pertinents à son projet de décision avant de partager ce dernier avec la partie visée par l'enquête. La KFTC n'a

obligation de partager avec cette partie ni les informations confidentielles, ni les données non pertinentes à l'établissement des faits⁹. De la même manière, la commission japonaise de la concurrence (*Japan Fair Trade Commission* ou JFTC) doit uniquement divulguer les éléments de preuve pertinents à la caractérisation de l'infraction visée¹⁰.

23. L'autorité britannique de la concurrence et des marchés (*Competition and Markets Authority* ou CMA) fournit quant à elle généralement des « *copies des documents explicitement mentionnés dans la communication des griefs* » et une « *liste détaillée de l'ensemble des documents du dossier* ». Les parties ont ensuite la possibilité d'examiner sur demande les documents répertoriés¹¹.

24. Aux États-Unis, la divulgation des pièces se fait en vertu des règles relatives à la production de preuves dans le contexte d'une procédure judiciaire. Conformément aux règles applicables aux procédures civiles, l'accès doit être assuré pour « *l'ensemble des documents, données enregistrées électroniquement et éléments corporels que la partie divulgateuse possède, détient ou contrôle et qu'elle est susceptible d'utiliser pour appuyer ses arguments ou sa défense* », l'identité des experts témoins et leurs rapports écrits, les informations permettant l'identification des personnes appelées à témoigner et tout document ou objet censé être porté au dossier en tant qu'élément de preuve¹².

25. Les contours de cet accès peuvent être différents dans une même juridiction selon qu'il s'agit d'une procédure administrative, civile ou pénale. Par exemple, dans les procédures pénales aux États-Unis, le ministère de la Justice (*Department of Justice* ou DoJ) a l'obligation de divulguer « *tout élément de preuve favorable à un prévenu qui serait pertinent dans l'établissement de sa culpabilité ou des sanctions encourues, ainsi que tout élément de preuve qui permettrait de récuser d'éventuels témoins. Le prévenu a par ailleurs le droit d'examiner le dossier constitué par le ministère public.* » Le Manuel de la Division antitrust (*Antitrust Division Manual*) du DoJ¹³ impose une divulgation plus étendue que la Cour suprême et le code fédéral (Yoo et Wendland, 2019, p. 12^[7]).

26. Suivant la juridiction et la nature des affaires, les modalités d'accès aux informations sont susceptibles d'être différentes. Celles-ci peuvent en effet être partagées par le biais d'unités de stockage électronique de données (clés USB ou DVD), par courrier électronique, sous forme de copie papier des documents envoyée par courrier postal, en invitant les parties à examiner les pièces concernées dans les locaux des autorités de la concurrence ou encore grâce à un local virtuel de sauvegarde de données.

27. Indépendamment de l'étendue de l'accès aux éléments de preuve, certaines limitations peuvent exister dans l'exploitation de ces informations. Dans l'UE, les parties visées par une enquête sur le comportement d'une entreprise peuvent uniquement utiliser les documents obtenus dans le cadre de l'accès aux pièces pour faire valoir leurs droits dans ces procédures spécifiques¹⁴. Cela inclut non seulement la contestation des décisions rendues par la Commission européenne, mais aussi l'utilisation de ces documents dans le contexte des actions en dommages et intérêts associées. Les déclarations effectuées par des entreprises en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction font toutefois figure d'exception, puisqu'elles ne peuvent être utilisées pour l'exercice des droits de la défense dans le cadre des procédures spécifiques concernées¹⁵. Dans le cas de fusions, les documents divulgués peuvent uniquement être exploités aux fins des procédures en question (Wils et Abbott, 2019^[4])¹⁶.

28. Au Portugal, il existe différentes restrictions, notamment dans l'utilisation des informations confidentielles. Ce type de données peut uniquement être utilisé pour

l'exercice des droits de la défense dans les procédures concernées et pour contester en justice les décisions rendues¹⁷.

2.2.2. Autres parties intéressées

29. Pour les besoins de la présente note de référence, les « autres parties intéressées » sont des personnes ou entités ayant un intérêt juridique dans une procédure donnée (plainte dans une enquête sur le comportement d'une entreprise, société vendant l'entreprise cible dans une affaire de fusion, etc.).

30. Dans certains pays, un accès aux pièces plus limité est accordé aux autres parties intéressées qu'aux parties visées par une enquête ou aux parties à une fusion. Ainsi, dans l'UE, les plaignants ne bénéficient pas d'un droit d'accès général aux pièces, contrairement aux parties visées par une enquête et aux parties à une fusion. Néanmoins, si la Commission européenne décide d'engager une procédure à la suite d'une plainte, elle transmettra au plaignant une copie de la version non confidentielle de la communication des griefs (sauf dans les cas où s'applique la procédure de transaction)¹⁸. Si la Commission européenne choisit de rejeter sa plainte, le plaignant peut demander l'accès aux documents sur lesquels s'appuie l'évaluation provisoire de la Commission, et ce, afin de faire part de son avis sur cette décision préliminaire. Le plaignant ne peut avoir accès à des informations confidentielles appartenant à d'autres parties impliquées dans la procédure, contrairement aux parties visées par l'enquête¹⁹.

31. Dans d'autres juridictions, il n'existe aucune différence dans l'accès aux pièces entre les autres parties intéressées et les parties visées par une enquête ou les parties à une fusion. C'est le cas, par exemple, en Espagne, en Hongrie et au Portugal²⁰. Dans ces pays, les parties doivent prouver qu'elles ont un intérêt légitime dans les procédures concernées. En règle générale, toutefois, ces parties n'ont pas accès aux informations confidentielles.

2.2.3. Grand public

32. Le grand public dispose d'un accès particulièrement limité aux éléments de preuve d'un dossier.

33. Il prend ainsi principalement connaissance des informations contenues dans les pièces grâce à la publications des décisions et déclarations publiques des tribunaux ou des autorités de la concurrence. Les informations confidentielles sont toutefois généralement expurgées des documents publiés par ces instances (voir Encadré 9).

34. Certains pays, comme la Hongrie, ouvrent l'accès aux pièces à toutes les tierces parties, et pas uniquement aux tiers intéressés, une fois la procédure arrivée à son terme. Cet accès peut néanmoins être refusé si la divulgation de tels documents est susceptible de compromettre les activités de l'autorité de la concurrence²¹.

35. Les tiers peuvent également demander à accéder aux documents versés au dossier au titre des règles générales de la transparence. Les informations rendues accessibles par l'application des règles générales de la transparence et les informations contenues dans les décisions et déclarations publiques entrent dans le domaine public et peuvent être exploitées à toutes fins utiles.

Encadré 2. Accès aux pièces au titre des règles de la transparence

À l'instar de nombreuses autres juridictions, le Canada, les États-Unis et l'UE ont défini des règles générales de transparence. Ces règles prévoient que les personnes physiques et morales ont, dans certaines limites, un droit d'accès aux documents détenus par les institutions publiques et les autorités de la concurrence. Ces règles ont pour objectif d'améliorer la transparence et le sens des responsabilités de l'administration publique.

Au Canada, la Loi sur l'accès à l'information prévoit par principe que les citoyens canadiens « *ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande* ». De la même manière, aux États-Unis, la Loi sur la liberté d'information (*Freedom of Information Act*) instaure, pour le public, « *le droit de demander l'accès aux informations en possession de toute agence fédérale* ». Enfin, le règlement (CE) n° 1049/2001¹ établit un droit général d'« *accès aux documents des institutions* [de l'UE] ».

Dans ces trois juridictions, le droit général est toutefois assorti de diverses exemptions, lesquelles visent à assurer la protection d'autres intérêts, tels que la vie privée, la sécurité nationale ou l'application du droit. Ces exemptions s'appliquent généralement à toutes les informations figurant dans les fichiers des autorités de la concurrence ou, au moins, aux informations confidentielles que ces fichiers renferment.

Au Canada, la Loi sur l'accès à l'information dispose que certains dossiers du Bureau de la concurrence se rapportant à des procédures ne sauraient être divulgués. Cette exemption s'applique ainsi, avant tout et surtout, à « *l'ensemble des renseignements confidentiels de tiers se trouvant dans les dossiers du Bureau*² ».

Aux États-Unis, la Loi sur la liberté d'information définit neuf exemptions à l'obligation générale de divulgation appliquée aux dossiers des agences fédérales. Il convient de noter que l'une de ces exemptions couvre les secrets d'affaires, ainsi que les informations commerciales et financières confidentielles ou bénéficiant du secret professionnel obtenues de toute personne. Les autorités de la concurrence n'ont par ailleurs aucune obligation de divulguer les informations réunies dans le cadre des demandes d'enquêtes au titre de la procédure civile (documents, procès-verbaux d'interrogatoire ou transcriptions de dépositions orales) ou dans le cadre de procédures de contrôle des fusions³.

Quant à l'UE, la Commission européenne a jusqu'à maintenant interdit l'accès aux informations se rapportant à des procédures relevant du droit de la concurrence, et ce, en raison de la nécessité de préserver la confidentialité des documents versés aux dossiers. D'aucuns peuvent toutefois estimer que la divulgation de tels éléments peut être justifiée au titre de considérations spécifiques (tel qu'un intérêt public supérieur) (Wils et Abbott, 2019^[4]).

Remarques :

¹ Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

² Bulletin d'information sur la communication de renseignements confidentiels aux termes de la Loi sur la concurrence du Bureau de la concurrence Canada (« Bulletin du Bureau »), paragraphe 7.5.1. Le bulletin du Bureau est disponible à l'adresse suivante : [https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-confidential-info-2013-f.pdf/\\$file/cb-bulletin-confidential-info-2013-f.pdf](https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-confidential-info-2013-f.pdf/$file/cb-bulletin-confidential-info-2013-f.pdf).

³ Manuel de la Division antitrust du DoJ, chapitre VII, page 43.

2.3. À quel moment est-il possible d'accéder aux éléments de preuve ?

36. Le moment à partir duquel des éléments de preuve deviennent accessibles varie généralement d'une juridiction à l'autre. Il est important que l'accès aux éléments de preuve soit ouvert dès la publication par une autorité de la concurrence d'un communiqué exposant ses allégations, si ce n'est avant même cette publication. En permettant le plus tôt possible un examen des faits et éléments de preuve pertinents, les parties et l'autorité de la concurrence peuvent se concentrer sur les questions les plus pressantes (RIC, 2019^[8]). Cet examen précoce peut, par exemple, rendre possible le classement sans suite d'une procédure par l'adoption d'engagements spécifiques. Le champ des informations partagées à chaque étape doit toutefois être soigneusement défini, et ce, afin d'éviter de porter préjudice à l'enquête (RIC, 2014^[9]).

37. Concrètement, dans les systèmes administratifs, l'accès aux pièces est généralement accordé au cours de l'instruction. Le moment précis auquel cet accès est ouvert varie toutefois selon les juridictions. L'Espagne (dans le cas des procédures d'infraction) et l'Italie accordent ainsi l'accès aux pièces sur toute la durée de l'instruction, dès l'ouverture officielle de la procédure²². Autrement dit, les parties ont accès au dossier avant même la publication de la communication des griefs.

38. À l'inverse, d'autres juridictions n'autorisent les parties à accéder aux pièces qu'après un certaine étape de la procédure, et ce, pendant une durée limitée. Au Royaume-Uni, par exemple, le dossier de la CMA peut uniquement être consulté suite à la publication de la communication des griefs. Le temps accordé aux parties concernées pour examiner les pièces dépend de différents facteurs, comme la taille du dossier ou la nature des documents²³. À titre d'exception, dans le cas des procédures de règlement des différends, les parties peuvent avoir accès « *aux documents sur lesquels s'appuie la CMA, ainsi qu'à la liste des pièces versées au dossier de la CMA* » avant l'émission de la communication des griefs. Les parties ont également la possibilité de demander l'accès à des documents complémentaires, mais cette demande influencera la perception de la CMA quant à la capacité d'un règlement à améliorer l'efficacité de la procédure, et par conséquent si un règlement est réellement souhaitable²⁴.

39. De la même manière, la Commission européenne ouvre également l'accès aux pièces après la publication de la communication des griefs et pendant une durée limitée. Cet accès peut être à nouveau accordé si des éléments à charge ou à décharge complémentaires sont versés au dossier²⁵. Dans le cas de procédures de règlement des différends, la Commission a la possibilité de divulguer certains documents, généralement à charge, avant l'établissement de la communication des griefs²⁶.

40. En Hongrie, l'accès aux pièces n'est possible qu'après la fin de la phase d'instruction et l'adoption d'une position préliminaire par l'autorité de la concurrence. À titre d'exception, les parties bénéficient, en réponse à une ordonnance, d'un accès aux documents qui s'avèrent essentiels à l'exercice de leur droit de se défendre. Par ailleurs, à la demande des parties, l'autorité de la concurrence préserve toute latitude pour ouvrir l'accès à des documents si elle considère que cela ne compromettra pas l'efficacité des procédures²⁷.

41. Dans les systèmes judiciaires, la divulgation d'éléments de preuve se produit généralement au moment du procès, avant que le tribunal n'ait pris sa décision. Aux États-Unis, dans le cadre de procédures judiciaires impliquant la Commission fédérale du commerce (*Federal Trade Commission* ou FTC), les parties visées par l'enquête se voient

ouvrir l'accès aux pièces de l'autorité de la concurrence et des tiers dès l'émission d'une plainte initiale exposant les griefs (CCI, 2010^[2]).

42. Dans ces systèmes, l'accès aux éléments de preuve pendant la phase d'instruction est généralement limité. Ainsi, au Canada, il n'existe aucun droit d'examen des dossiers de l'autorité de la concurrence. À titre d'exception, les entreprises ont la possibilité d'accéder aux informations qu'elles ont elles-mêmes fournies au Bureau²⁸.

Encadré 3. Accès aux pièces dans les procédures d'engagements

Le principe d'accès aux pièces soulève une question importante : les parties impliquées dans des procédures d'engagements devraient-elles bénéficier du même niveau de garantie et des mêmes mesures de protection que dans le contexte de procédures d'infraction (OCDE, 2016^[10]) ?

Il existe en effet des tensions entre l'objectif consistant à accélérer les procédures (notamment atteint en limitant l'accès aux pièces) et celui visant à assurer la protection entière des droits de la défense. Différentes autorités de la concurrence ont souligné la nécessité de garantir aux parties un accès adéquat et intégral au dossier au sein de leurs services, tandis que d'autres ont fait valoir que cela amoindrirait les gains d'efficacité et que l'accès des parties aux pièces ne devrait être obligatoire que dans le cas de procédures d'infraction (OCDE, 2016^[11]).

En France, par exemple, le droit d'accès au dossier n'est qu'un droit partiel. Dans les procédures d'engagements, l'Autorité de la concurrence a uniquement l'obligation de partager avec les parties concernées son évaluation préliminaire des pratiques en cause, ainsi que les observations des tiers versées au dossier en réponse au test de marché sur les engagements proposés. Si la partie ayant accepté ces engagements souhaite annuler la décision, il appartient alors aux tribunaux de déterminer « *si le défaut de communication de certaines pièces a porté atteinte à ses intérêts* ».

Cette limitation du droit d'accès au dossier (associée au pouvoir d'appréciation substantiel dont bénéficient certaines autorités de la concurrence) peut donner lieu à des propositions d'engagements particulièrement désavantageuses pour l'entreprise concernée. Cela est notamment le cas lorsque les autorités de la concurrence ont uniquement pour obligation de rendre publique leur notification initiale de griefs, mais pas de divulguer intégralement les éléments de preuve versés au dossier. Les négociations des engagements peuvent ainsi être menées dans un contexte tout à fait déséquilibré, où les entreprises n'ont qu'une vision partielle du dossier des autorités de la concurrence. Cette configuration peut ne pas être problématique dans les affaires simples, mais peut donner lieu à des engagements disproportionnés si les faits de l'espèce sont complexes ou contestables (OCDE, 2016^[10]).

Remarque :

* Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, paragraphes 27 et 28. Ce document est disponible à l'adresse suivante :

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_autorite_2mars2009_engagements_antitrust.pdf.

3. Protection des informations confidentielles

3.1. Vue d'ensemble

43. Le droit d'accès aux éléments de preuve d'un dossier n'est pas illimité. Il ne doit toutefois s'exercer au détriment de la protection des informations confidentielles et il existe plusieurs raisons à cela. D'abord, les autorités ont à défendre une réputation de respect de la confidentialité des informations qu'elles reçoivent, de sorte que les parties à une procédure et les tiers continuent à leur fournir des informations. Cette réputation peut également encourager d'autres organismes publics (nationaux ou étrangers) à partager des informations confidentielles dans des affaires parallèles, si cela est approprié et autorisé par la législation applicable. Ensuite, les autorités de la concurrence doivent s'assurer que les entreprises n'ont pas accès, dans la limite du possible, aux informations confidentielles d'autres sociétés lorsqu'elles consultent les pièces de leur dossier. La divulgation de telles informations pourrait porter préjudice aux informateurs, par exemple en dévoilant leur stratégie commerciale ou leurs données personnelles, ou encore entraver la concurrence en facilitant la formation d'ententes.

44. La nécessité de protéger les informations confidentielles est un principe convenu dans la grande majorité des juridictions, prévu dans les recommandations de nombreuses organisations internationales²⁹. La plupart des juridictions ont adopté des dispositions législatives sur la protection des informations confidentielles obtenues dans le cadre de l'instruction. Sur ce point, il ne semble pas y avoir de différence majeure entre les systèmes administratifs et les systèmes judiciaires (RIC, 2014^[9]).³⁰

45. Les informations confidentielles ne devraient, en principe, pas être rendues publiques. La divulgation de telles informations demeure toutefois possible dans des circonstances exceptionnelles, par exemple, lorsqu'elle est nécessaire pour garantir les droits de la défense ou, plus rarement, à des fins de coopération internationale entre différentes autorités de la concurrence.

46. Afin de déterminer si des informations réputées confidentielles devraient ou non être divulguées, les autorités de la concurrence et les tribunaux suivent habituellement un processus en deux temps. Ils vérifient ainsi d'abord si les informations en question sont confidentielles au regard du droit applicable, puis, en fin de compte, s'il y a tout de même lieu de communiquer ces informations à une partie autre que l'informateur (OCDE, 2012^[1]). Les critères spécifiques utilisés pour déterminer si des informations confidentielles devraient ou non être divulguées sont abordés dans la section 3.4.

47. Pour assurer la protection des informations confidentielles, il est essentiel que les juridictions rendent publiques les règles et pratiques applicables (par exemple, sous la forme de directives). C'est d'ailleurs ce que font de nombreux pays, souvent par le biais du site Internet de leur autorité de la concurrence, comme le Canada, les États-Unis, la Grèce, le Royaume-Uni et l'UE. Ces règles et pratiques doivent décrire quelles informations sont considérées comme confidentielles, comment demander l'application d'un traitement confidentiel à certaines informations, de quelle manière les autorités de la concurrence et les tribunaux évaluent les demandes de traitement confidentiel ou de divulgation, et enfin comment contester les décisions rendues. Cette transparence peut contribuer à réduire la charge de travail résultant d'une qualification abusive d'informations comme confidentielles, laquelle pratique est une tendance naturelle des différentes parties (OCDE, 2012^[1]).

3.2. Que constitue des informations confidentielles ?

48. Malgré la protection généralisée des informations confidentielles, rares sont les juridictions qui ont adopté une définition juridique des informations confidentielles. Bien souvent, ce concept a pris forme par le biais de la jurisprudence et des pratiques des autorités de la concurrence (OCDE, 2012^[1]). Certaines juridictions appliquent la définition établie dans d'autres cadres juridiques, telle que les définitions utilisées en droit civil ou pénal, ou dans d'autres juridictions, à l'instar des organismes nationaux de l'UE qui s'appuient sur les orientations de la Commission européenne.

49. D'après le Rapport du Secrétariat sur l'enquête de l'OCDE et du RIC consacrée à la coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence³¹, les juridictions considèrent comme « confidentielles » les informations qui répondent à l'un ou plusieurs des critères suivants :

- La nature et le type des informations. Sur cette question, les juridictions évaluent généralement si leur divulgation porte atteinte aux intérêts commerciaux de la source qui les a fournies. D'autres juridictions s'intéressent au fait de savoir si cette divulgation affecterait la fourniture d'informations à l'avenir, compromettrait une enquête en cours ou serait contraire à l'intérêt général. Les informations relevant du domaine public ne peuvent être considérées comme confidentielles.

Encadré 4. Types spécifiques d'informations considérées comme confidentielles

L'analyse des pratiques et cadres juridiques applicables dans les différentes juridictions donne une certaine idée du type d'informations qui peuvent être considérées comme confidentielles (OCDE, 2012^[1]) :

- Les autorités de la concurrence considèrent toutes, sans exception, que les informations relevant du secret des affaires et autres données sensibles sur le plan commercial constituent des informations confidentielles, et recouvrent les données tarifaires, le savoir-faire commercial, les volumes de production, les parts de marché et les stratégies commerciales des entreprises.
- Parmi les autres types d'informations confidentielles reconnues comme telles, on retiendra les informations personnelles sensibles, comme les numéros de téléphone et adresses privés, ou encore les dossiers médicaux et professionnels. Les autorités de la concurrence peuvent obtenir ce type d'informations dans le cadre de procédures relevant du droit de la concurrence. Le Contrôleur européen de la protection des données a confirmé que le Règlement général sur la protection des données¹ de l'UE n'empêche aucunement la communication d'informations à la Commission européenne (qu'elle soit volontaire ou contrainte par une obligation légale) contenant des données à caractère personnel dans les affaires relevant du droit de la concurrence². Dans de nombreuses juridictions, il existe déjà des règles générales de protection des données concernant la communication de ce type d'informations.
- Dans certains pays, sont considérées comme confidentielles les informations qui, si elles venaient à être divulguées, seraient susceptibles de soumettre l'informateur à des pressions considérables de la part de ses concurrents. Pour l'UE, sont ainsi réputées confidentielles les informations transmises par une entreprise qui pourraient affecter de manière négative l'informateur³. Souvent, ce ne sont pas les

informations elles-mêmes qui doivent être protégées, mais l'identité de l'informateur.

- La confidentialité est par ailleurs admise lorsque que la divulgation des informations risque d'aller à l'encontre de l'intérêt général (par exemple, en cas de mise en jeu des intérêts de la sécurité nationale) ou d'obligations en vertu du droit international (par exemple, dans le cas de l'échange d'informations entre les autorités de la concurrence). La CMA peut également considérer comme confidentielle « *les informations dont elle estime que la divulgation serait contraire à l'intérêt général*⁴ ».

Remarques :

¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE

² La lettre du Contrôleur européen de la protection des données est disponible (en anglais) à l'adresse suivante : https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-30_letter_investigative_activities_eui_gdpr_en.pdf.

³ *European Commission's Guidance on Confidentiality Claims during Commission Antitrust Investigation Procedures* (« Orientations de la Commission sur la confidentialité »), paragraphe 10. Ce document est disponible (en anglais) à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/antitrust/business_secrets_en.pdf.

⁴ *Transparency and Disclosure: Statement of the CMA's Policy and Approach*, paragraphe 4.14. Ce document est disponible (en anglais) à l'adresse suivante : <https://www.gov.uk/government/publications/transparency-and-disclosure-statement-of-the-cmas-policy-and-approach>.

- La façon dont sont collectées les informations. Certaines juridictions considèrent comme confidentielle toute information obtenue par une autorité de la concurrence dans le cadre de ses obligations et fonctions officielles. D'autres limitent la confidentialité aux informations acquises par la contrainte ou par d'autres autorités de la concurrence. Ainsi, aux États-Unis, les informations réunies dans le cadre de demandes d'enquêtes civiles (outils permettant d'exiger la présentation de documents, de réponses écrites et de dépositions orales) sont considérées comme confidentielles et ne peuvent être divulguées que dans des circonstances spécifiques. En règle générale, les informations recueillies par le DoJ par le biais de demandes d'enquêtes civiles « *ne peuvent être divulguées à quelque autorité que ce soit (fédérale, d'État ou étrangère), à l'exception de la FTC, ou mentionnées au cours d'entretiens avec d'autres parties sans l'accord préalable de l'informateur* ». À l'inverse, les informations obtenues suite à des demandes d'informations à caractère volontaire ne sont pas protégées de la même manière³².
- Les fins pour lesquelles les informations ont été collectées ou transmises. Ainsi, les informations collectées ou transmises à des fins particulières seront protégées en tant qu'informations confidentielles. En Espagne, par exemple, les consultations réalisées auprès des entreprises avant la notification d'une fusion sont considérées comme confidentielles³³.
- La façon dont les parties les définissent. Ainsi, sera considérée confidentielle toute information définie comme telle par sa source.

50. Au-delà des critères ci-dessus, de nombreuses juridictions prennent également en compte le fait que les informations aient pu être communiquées par les parties de façon confidentielle à l'autorité de la concurrence compétente, ou (si les informations ont été saisies par les autorités de la concurrence) que ces données sont protégées par le secret (OCDE, 2012^[1]).

51. L'ancienneté des données constitue par ailleurs un facteur important dans l'évaluation de la confidentialité des informations. Dans l'UE, par exemple, les informations commerciales datant de cinq ans ou plus perdent en principe leur caractère confidentiel³⁴. Au Royaume-Uni, il est peu probable que les informations financières et autres données liées aux activités d'une entreprise soient considérées confidentielles si elles datent de plus de deux ans³⁵.

52. Toute information méritant un traitement confidentiel doit pouvoir en bénéficier, et ce, quelle que soit la source de cette information (partie visée par l'enquête, tiers, etc.).

53. Il convient de ne pas confondre les informations confidentielles et les informations couvertes par le privilège professionnel légal. Le privilège professionnel légal correspond à la protection des communications confidentielles échangées entre les avocats et leurs clients, et les soustrait à l'obligation de divulgation à des organismes publics nationaux ou étrangers et à des tiers (OCDE, 2018^[12]). Les informations couvertes par le privilège professionnel légal sont ainsi également protégées vis-à-vis des autorités de la concurrence ou des tribunaux³⁶, et pas uniquement d'autres parties qui accéderaient aux pièces ou du grand public. Autrement dit, les autorités de la concurrence et les tribunaux ont accès aux informations confidentielles, mais pas aux informations couvertes par le privilège professionnel légal. Toute information protégée recueillie illégalement doit être exclue du dossier, considérée comme irrecevable à titre de preuve et restituée à la partie concernée (OCDE, 2018^[12]).

54. Il convient également de faire la distinction entre les informations confidentielles et les simples données non publiques. La Recommandation du Conseil concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence (« Recommandation sur la coopération internationale »)³⁷ fait quant à elle mention d'informations que l'autorité de la concurrence « ne divulgue pas systématiquement et dont la divulgation ne fait pas l'objet d'une interdiction ou d'une restriction prévue par la loi et qui ne procurent pas spécifiquement des informations confidentielles appartenant à telle ou telle entreprise ». De la même manière, aux États-Unis, le DoJ et la FTC font référence à des « informations non publiques relevant des autorités de la concurrence », désignant les « informations pour lesquelles les autorités de la concurrence ne sont pas soumises à une interdiction légale de divulgation, mais qu'elles traitent généralement comme n'étant pas destinées à être rendues publiques ». Dans cette juridiction, les informations non publiques incluent également « les vues exprimées par le personnel sur la définition du marché, les effets sur la concurrence et les mesures correctrices³⁸ ».

3.3. Comment les informations confidentielles sont-elles identifiées et protégées ?

55. Dans la plupart des juridictions, les parties (y compris les parties auprès desquelles les informations ont été saisies) doivent elles-mêmes identifier les informations confidentielles dans les documents qu'elles transmettent, mais aussi fournir une version non confidentielle des documents communiqués (OCDE, 2012^[1]). C'est le cas, par exemple, de l'Espagne, du Royaume-Uni et de l'UE.

56. Il est souvent demandé aux parties qui soumettent les informations de les accompagner d'explications, notamment quant à leur nature, au préjudice possible que provoquerait leur divulgation ou encore à la probabilité d'un tel préjudice. Les parties peuvent également être invitées à décrire brièvement ces informations afin de permettre

aux parties qui accéderaient au dossier de déterminer si les informations réputées confidentielles peuvent être invoquées pour leur défense.

57. L'organisation précoce de discussions bilatérales entre les parties et les autorités peuvent permettre d'arriver plus rapidement à un accord sur les informations à considérer comme confidentielles (OCDE, 2012^[1]).

58. Si les parties ne signalent pas l'existence d'informations confidentielles, les autorités de la concurrence peuvent supposer qu'aucun droit à la confidentialité ne pourra être invoqué. C'est le cas, par exemple, au Royaume-Uni si les parties n'indiquent pas à la CMA que les informations communiquées sont confidentielles³⁹. La même règle est par ailleurs appliquée en Hongrie et au Portugal⁴⁰. Toutefois, même lorsque les parties ne revendiquent pas la confidentialité de leurs données, les autorités de la concurrence peuvent considérer qu'il demeure nécessaire de réserver un traitement confidentiel à certaines informations particulièrement sensibles (p. ex. : prix récents ou orientations stratégiques), et ce, afin d'éviter toute répercussion défavorable sur la concurrence due à la divulgation de ces données (p. ex. : alignement des prix).

59. Dans certains cas, les autorités de la concurrence peuvent également réaliser une évaluation d'office initiale de la confidentialité des informations (OCDE, 2012^[1]). Au Chili, l'adoption d'un traitement confidentiel peut être décidée par la *Fiscalía Nacional Económica* à la fois de sa propre initiative et à la demande des parties⁴¹. Dans certains pays, sont considérées comme confidentielles l'ensemble des informations communiquées au cours d'une instruction (OCDE, 2018^[13]). Aux États-Unis, par exemple, la règle veut qu'un traitement confidentiel soit appliqué à tous les documents fournis au DoJ ou à la FTC dans le contexte du contrôle des fusions⁴².

60. De nombreuses juridictions acceptent provisoirement les demandes de respect de la confidentialité et, le cas échéant, réévaluent cette décision à réception d'une demande d'accès ou lorsque les informations doivent être divulguées pour un autre motif (RIC, 2014^[9]).

61. Lorsqu'une demande de respect de la confidentialité a été formulée, la décision sur la pertinence d'un traitement confidentiel est souvent prise, dans les systèmes administratifs, par les agents de l'autorité de la concurrence en charge du dossier. Certaines autorités de la concurrence intègrent en leur sein une instance indépendante auprès de laquelle les parties ont la possibilité de contester les décisions prises par leurs agents. Ainsi, dans l'UE, le rôle des conseillers-auditeurs (dont le processus de décision est indépendant des autorités chargées de l'application du droit) est de trancher les différends entre les parties à l'instance, les parties fournissant les informations et l'équipe chargée du dossier. Autre exemple, au Royaume-Uni, si les parties sont en désaccord avec la décision de l'équipe d'enquête, elles ont la possibilité de porter l'affaire devant l'Agent de la procédure de la CMA.

62. Au moment du procès, les tribunaux ont généralement toute discrétion pour déterminer la pertinence ou non d'un traitement confidentiel.

63. Il est par ailleurs attendu de quiconque aurait accès aux éléments de preuve dans le cadre d'une procédure qu'il en respecte la confidentialité. Cela inclut les agents des autorités de la concurrence, mais aussi toute autre partie à qui des informations confidentielles ont été divulguées. Le droit de la concurrence espagnol, par exemple, interdit toute divulgation des informations confidentielles auxquelles les différentes parties auraient accès dans le cadre des procédures⁴³.

64. La Recommandation sur la coopération internationale préconise la mise en place d'un système de sanctions appropriées en cas d'infraction aux dispositions relatives à la confidentialité. De nombreuses juridictions ont adopté des mécanismes visant à détecter et sanctionner la divulgation et l'utilisation illégales d'informations protégées (RIC, 2014^[9]).

65. Les autorités de la concurrence ont tendance à développer des règles internes en matière de gestion des informations confidentielles. En cas de divulgation abusive, certaines autorités de la concurrence ont prévu des procédures pour mener les enquêtes nécessaires. Suivant les juridictions, ces enquêtes peuvent être réalisées en interne par les autorités de la concurrence ou en externe par une autre entité (un procureur, par exemple). La sanction pour communication induite d'informations peut être directement imposée par une autorité de la concurrence ou un tribunal, et peut consister en des amendes pénales ou des procédures disciplinaires, dont le licenciement des employés responsables (RIC, 2014^[9]).

66. Il convient par ailleurs de dissuader les parties ayant accédé aux pièces de divulguer les informations qu'elles contiennent. Tel qu'indiqué précédemment, en Espagne, l'obligation de secret s'applique à quiconque a accès au dossier (y compris le personnel de l'autorité de la concurrence, mais aussi les parties). Tout manquement à cette obligation est passible de peines au civil et au pénal, et peut constituer une infraction disciplinaire grave⁴⁴. Au Royaume-Uni, le Guide procédural de la CMA précise que la divulgation d'informations consultées dans le cadre de cercles de confidentialité ou de locaux de sauvegarde de données constitue une infraction pénale, passible d'une amende ou d'une peine de prison⁴⁵.

3.4. Exemptions à l'obligation de non-divulgation d'informations confidentielles

3.4.1. Quand et sur quelle base ?

67. La qualification de confidentialité entraîne, en principe, que les informations concernées ne seront pas divulguées. La levée de la confidentialité peut néanmoins être requise dans certaines circonstances particulières. Des informations confidentielles peuvent en général être divulguées (i) aux parties dans le cadre des procédures (section 3.4.2) ; (ii) à des fins de coopération entre différentes autorités de la concurrence (section 3.4.3) ; ou (iii) dans le contexte d'actions en dommages et intérêts consécutives à une infraction au droit de la concurrence (section 3.4.4).

68. La divulgation d'informations confidentielles peut être prescrite par une autorité de la concurrence ou un tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. La divulgation est également possible avec l'accord de la partie qui a fourni les informations visées, comme cela est souvent le cas dans les procédures de contrôle des fusions avec une composante extranationale. Plus rarement, la législation en vigueur peut contraindre les autorités de la concurrence à lever la confidentialité de certaines informations. Aux États-Unis, par exemple, le DoJ est soumis à une obligation de communication des éléments de preuve sur demande expresse du Congrès. Toutefois, le cas échéant, le DoJ « s'efforce de répondre aux demandes du Congrès de manière à ne divulguer aucune information réputée confidentielle⁴⁶ ».

3.4.2. Divulgarion aux parties dans le cadre de la procédure

Cadre général

69. Il peut être accordé aux parties visées par une enquête et aux parties à une fusion un accès aux informations confidentielles de sorte à protéger leur droit de se défendre. Les autres parties intéressées n'ont généralement pas accès aux informations confidentielles, tel que décrit dans la section 2.2.

70. La plupart des juridictions n'autorisent aucune divulgation au cours de la phase d'instruction, à quelques rares exceptions près lorsque cela s'avère nécessaire pour assurer les droits de la défense. Cette divulgation devient toutefois beaucoup plus courante (et peut également être nécessaire pour assurer les droits de la défense) lors de la phase d'application du droit de la concurrence.

71. Les autorités de la concurrence peuvent ainsi considérer, de leur propre initiative, que la divulgation d'informations confidentielles s'impose à des fins d'exécution de la loi (par exemple, pour démontrer l'existence d'une infraction). Les parties visées par une enquête et les parties à une fusion peuvent par ailleurs être autorisées à faire une demande de levée de la confidentialité. Ces parties peuvent ainsi avancer que les informations en jeu ne revêtent pas de caractère confidentiel, que leur non-divulgation constituerait une violation de leur droit de se défendre, ou encore que les principes de justice naturelle et d'équité procédurale justifient pleinement cette divulgation. La décision peut être adoptée en interne par l'autorité de la concurrence (directement par l'équipe responsable du dossier ou par un organe indépendant) ou encore par un tribunal (RIC, 2014^[9]).

72. En Grèce, le président de l'autorité de la concurrence peut, après en avoir reçu la demande, autoriser l'accès intégral ou partiel à des documents contenant des informations confidentielles. Ces documents ne sont divulgués qu'aux personnes dont il est jugé nécessaire qu'elles puissent accéder aux informations qu'ils contiennent. Les tribunaux peuvent également, au cours d'un procès, choisir de divulguer des informations confidentielles s'ils estiment que cela peut contribuer à la protection d'intérêts supérieurs. Le cas échéant, le tribunal compétent ouvre l'accès à ces informations aux parties à l'origine de la demande, et seulement dans la mesure nécessaire (OCDE, 2018^[14]).

73. Dans de nombreux pays, les autorités préviennent les informateurs lorsqu'elles envisagent de divulguer certaines informations confidentielles, soit parce qu'elles en ont l'obligation légale, soit parce que cela est dicté par l'usage. Au Royaume-Uni, la CMA veille généralement à informer la partie demandant la protection de la confidentialité ou la partie à laquelle les informations se rapportent de son intention de divulguer des informations⁴⁷. Aux États-Unis, le DoJ prévoit que « *dans les circonstances appropriées, les agents peuvent accepter d'informer les parties défenderesses de leur intention de divulguer des documents à des tiers. [...] La convention devrait être conçue de sorte à éviter d'engager la Division dans des procédures qui affecteraient de manière sensible l'utilisation d'informations importantes pour le dossier d'accusation lors du procès ou dans le cadre de dépositions avant procès avec des tiers*⁴⁸. »

74. À l'inverse, dans certaines juridictions, les parties ne sont notifiées qu'une fois les informations divulguées, et dans d'autres, aucune notification n'est même envoyée. Ainsi, au Canada, l'autorité de la concurrence ne fait généralement pas publicité de son intention de divulguer des informations confidentielles dans le cadre de procédures relevant du droit de la concurrence, dans la mesure où cela pourrait entraver de façon excessive le processus d'enquête⁴⁹.

75. Les facteurs pris en compte par les autorités de la concurrence et les tribunaux pour déterminer si des informations confidentielles devraient être divulguées incluent notamment (OCDE, 2012^[1]) :

- le préjudice potentiellement subi par l'informateur ou par la personne à laquelle se rapportent les informations ;
- la valeur des informations en tant qu'éléments à charge ou à décharge ;
- l'existence d'autres documents, non confidentiels, pouvant être invoqués à charge ou à décharge ;
- l'existence de méthodes de désensibilisation des informations ne portant pas préjudice à leur valeur, par exemple des synthèses non confidentielles (voir ci-dessous).

76. Dans la plupart des juridictions, le facteur essentiel reste la bonne administration de la justice, à savoir la capacité des autorités de la concurrence à engager des poursuites et la capacité de l'accusé à se défendre (OCDE, 2012^[1]). Le Bureau de la concurrence Canada, par exemple, ne divulgue pas d'informations confidentielles dans le cadre des procédures devant le Tribunal de la concurrence et les tribunaux judiciaires, à moins que leur non-divulgence n'entrave l'administration ou l'application du droit de la concurrence. Le Bureau s'efforce par ailleurs d'appliquer d'autres mesures qu'une divulgation pure et simple, comme le recours à des mécanismes de protection des informations confidentielles⁵⁰.

Encadré 5. Accès aux documents fournis dans le cadre de programmes de clémence

La plupart des juridictions ont adopté des dispositions afin de protéger l'identité des candidats à la clémence et la confidentialité des documents associés à leurs demandes. L'objectif de ces dispositions est de garantir l'efficacité de leurs programmes de clémence. Leur champ d'action est parfois si étendu que l'ensemble des documents et informations fournis par un candidat à la clémence peuvent être protégées, et pas uniquement les informations à caractère confidentiel (OCDE, 2015^[15]).

La Corée a ainsi mis en place des règles qui, en principe, empêchent la divulgation de l'identité des candidats à la clémence à des tiers, mais aussi de tout autre élément ou information fourni dans le cadre d'un programme de clémence. La KFTC peut, à titre exceptionnel, divulguer à des tiers l'identité et les éléments fournis par un candidat à la clémence si ce dernier y consent ou si les informations concernées s'avèrent nécessaires pour engager une procédure judiciaire (OCDE, 2015^[15]).

Dans l'UE, l'accès aux déclarations effectuées par des entreprises en vue d'obtenir la clémence n'est autorisé que dans les locaux de la Commission. Il est interdit aux parties et à leurs avocats d'effectuer une copie de ces déclarations par quelque moyen mécanique ou électronique que ce soit¹. Par ailleurs, dans le cadre des actions privées, l'UE a prévu une exemption à la divulgation d'éléments de preuve pour les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence, y compris les citations littérales (voir la section 3.4.4).

Le Canada, par principe, réserve un traitement confidentiel aux informations fournies par les parties ayant sollicité la clémence. La divulgation est toutefois autorisée lorsqu'elle s'avère nécessaire aux fins de l'administration ou de l'application de la Loi sur la concurrence et dans d'autres circonstances spécifiques (y compris quand cela est requis par

la législation), lorsque les parties concernées consentent à la divulgation des informations ou qu'elles les ont elles-mêmes déjà divulguées, lorsque la divulgation est essentielle aux efforts de coopération avec d'autres autorités canadiennes chargées de l'application du droit, ou lorsque cela est nécessaire pour garantir ou préserver la validité d'une autorisation judiciaire. Le Bureau ne divulgue en outre aucune information à des autorités étrangères chargées de l'application du droit sans l'accord préalable du candidat à la clémence ou sans qu'il en soit tenu par la loi. Enfin, dans le cadre d'actions privées, le Bureau ne communique d'informations confidentielles qu'en réponse aux ordonnances des tribunaux et s'engage à prendre « *toutes les mesures raisonnables afin de protéger la confidentialité des renseignements*² ».

Aux États-Unis, le DoJ a mis en place des règles de confidentialité particulièrement strictes concernant l'identité des candidats à la clémence et les informations fournies par ces derniers. Le DoJ ne divulgue ainsi ce type d'informations que si un candidat les a préalablement divulguées ou s'il y est expressément autorisé par le candidat lui-même ou par une ordonnance d'un tribunal³.

Remarques :

¹ Article 15(1b) du règlement (CE) n° 773/2004.

² Bulletin du Bureau, paragraphes 7.1.2 à 7.1.5.

³ Manuel de la Division antitrust du DoJ, chapitre III, page 102.

77. Dans la plupart des juridictions, les informateurs ont la possibilité de faire appel de la décision autorisant la divulgation d'informations. Cet appel peut être motivé par le fait que l'autorité de la concurrence ou le tribunal en question a, dans sa décision initiale, considéré que les informations ne revêtaient pas de caractère confidentiel ou que, même si leur nature confidentielle est avérée, leur divulgation doit être autorisée. En cas de refus d'un traitement confidentiel, il est important que l'autorité de la concurrence ou le tribunal justifie sa décision afin de permettre aux parties concernées d'en faire appel dans les meilleures conditions.

78. Certaines juridictions exigent que toute contestation soit portée directement devant les tribunaux (RIC, 2014^[9]), tandis que d'autres acceptent ou requièrent des parties qu'elles contestent d'abord la décision d'un traitement confidentiel auprès de l'autorité de la concurrence.

79. Les parties s'opposant à la divulgation peuvent demander l'adoption de mesures provisoires afin de suspendre la divulgation pendant le traitement de leur demande. Dans l'UE, l'application de mesures provisoires nécessite, d'une part, que le demandeur allègue que « *les informations dont il vise à empêcher, à titre provisoire, la publication constituent des secrets d'affaires* » et, d'autre part, que « *cette allégation remplit la condition du fumus boni juris* », pour que le juge parte de la prémisse selon laquelle les informations ont en effet un caractère confidentiel⁵¹.

Mécanismes de divulgation de documents contenant des informations confidentielles

80. La plupart des juridictions ont mis en place des mécanismes visant à protéger la confidentialité des informations confidentielles, et ce, tout en garantissant que les parties ont accès aux documents pertinents pour leur défense. Il peut être possible pour les parties de requérir l'utilisation d'un mécanisme spécifique, comme le recours à un cercle de confidentialité ou à un local de sauvegarde de données. Les facteurs déterminant la mesure

la plus appropriée incluent notamment : la nature et le degré de sensibilité des informations (par exemple, prix ou nom des clients) ; l'ampleur de la divulgation demandée (c'est-à-dire le nombre de documents à produire) ; la relation entre les parties (par exemple, si la partie divulgateuse est un concurrent direct de la partie qui demande la divulgation) ; le cercle des personnes autorisées à accéder à l'information (par exemple, représentants légaux externes uniquement) ; et le risque de divulgation accidentelle (Commission européenne, 2019^[16])⁵². Certains de ces facteurs (à savoir la nature et le degré de sensibilité des informations, et la relation entre les parties) peuvent à la fois permettre de déterminer si les informations revêtent bien un caractère confidentiel, mais aussi, si c'est le cas, de quelle manière elles doivent être divulgués (par exemple, par le biais de versions non confidentielles des documents concernés ou de cercles de confidentialité).

81. Tel qu'indiqué ci-dessous, dans certains cas, les informations confidentielles ne sont tout simplement pas divulguées, et seules les sections non protégées des documents sont partagées. Dans d'autres cas, les informations confidentielles sont divulguées mais de manière limitée (par exemple, uniquement à l'intention des avocats externes).

82. Les principaux mécanismes utilisés pour divulguer aux parties des informations confidentielles sont présentés ci-dessous.

Versions non confidentielles

83. Le mécanisme le plus répandu consiste en la préparation d'une version non confidentielle des documents, par la suppression de toutes les informations protégées qu'il contient. Il est généralement demandé à l'informateur de fournir cette version expurgée des documents, même si, dans certaines juridictions, l'évaluation préliminaire est réalisée directement par les autorités de la concurrence (OCDE, 2012^[17]). Suivant le pays et les circonstances, les informations confidentielles doivent être soit biffées, soit remplacées par des données anonymisées ou des valeurs agrégées.

84. De nombreuses juridictions choisissent de constituer deux ensembles de fichiers : une version confidentielle (contenant les documents originaux) et une version non confidentielle (contenant les documents expurgés). C'est le cas, par exemple, de l'Espagne et de la Grèce. D'autres juridictions préfèrent agir au cas par cas (par exemple, « *en retirant des pages* » d'un document lorsqu'une partie demande à y accéder) (RIC, 2014^[9]). D'autres juridictions encore fournissent une courte description des documents à caractère confidentiel afin de permettre d'identifier la nature des informations expurgées.

85. De la même manière, un grand nombre d'autorités de la concurrence préparent deux versions de leurs décisions, et fournissent aux parties et aux tiers des versions différentes de leurs communications des griefs, supprimant les informations confidentielles selon les besoins. Dans certains systèmes judiciaires, des parties spécifiques de la décision définitive peuvent demeurer confidentielles. La préparation de versions non confidentielles de décisions ou jugements peut être particulièrement contraignante en termes de temps et de ressources. Ces versions non confidentielles peuvent par ailleurs s'avérer utiles aux fins d'actions privées (voir Encadré 9).

Synthèses confidentielles et non confidentielles

86. Certaines juridictions offrent un accès aux documents contenant des informations confidentielles en autorisant la rédaction de synthèses non confidentielles. C'est le cas, par exemple, de la France, où ces synthèses non confidentielles accompagnent et viennent compléter les versions non confidentielles de certaines pièces⁵³. Suivant la juridiction et les

circonstances, la responsabilité de préparer ces synthèses revient aux parties elles-mêmes ou à un expert spécialisé.

87. Le recours à un expert pour la rédaction d'une synthèse est justifié lorsque « *l'information à divulguer est, sur le plan commercial, très sensible et présente un caractère quantitatif ou technique* ». Dans ce cas, l'expert peut préparer une synthèse confidentielle destinée aux avocats externes de la partie qui en fait la demande, voire une version non confidentielle à l'intention de cette dernière (Commission européenne, 2019, p. 17^[16]).

Cercles de confidentialité

88. À l'instar de l'UE et du Royaume-Uni, de nombreuses juridictions ont recours à des cercles de confidentialité. Cette méthode peut être décrite comme étant « *une forme de divulgation limitée par laquelle une partie autorisée à accéder aux pièces organise [en accord avec l'informateur] la transmission (au nom de l'informateur) des informations concernées à un cercle restreint de personnes (dont la liste est généralement négociée au cas par cas)* » (Wils et Abbott, 2019, p. 44^[4]). Cette méthode permet ainsi la divulgation d'informations confidentielles, mais de manière extrêmement contrôlée. Différents droits d'accès peuvent par ailleurs être accordés en fonction des personnes autorisées (Commission européenne, 2019^[16]). Un avocat externe peut par exemple bénéficier d'un accès plus large que le conseiller juridique d'une entreprise.

89. Les cercles de confidentialité peuvent être utilisés à la manière d'un « mécanisme de filtrage » qui permet aux personnes jouissant d'un accès à d'importants ensembles d'informations confidentielles de demander la rédaction d'une version non confidentielle de certains documents spécifiques. Ils peuvent également permettre aux avocats externes de mieux comprendre le dossier et de préparer des notes confidentielles pour leurs clients, sans nécessiter l'établissement de versions non confidentielles des documents⁵⁴. Dans ce second cas, des dispositions spéciales peuvent être mises en place afin de protéger la nature confidentielle des informations d'une éventuelle divulgation aux destinataires de la procédure ou à d'autres parties, dans la réponse à la communication des griefs et à l'audience potentielle, ainsi qu'aux conclusions possibles du tribunal⁵⁵.

90. Certains systèmes limitent la divulgation d'informations confidentielles aux experts et avocats externes, excluant de fait les conseillers juridiques internes et les employés de la partie ayant accès aux données (RIC, 2014^[9]). Au Royaume-Uni, la liste des personnes auxquelles les informations sont divulguées « *est définie au cas par cas même si, généralement, la divulgation est réservée aux conseillers (juridiques et économiques) externes des parties*⁵⁶ ».

Locaux de sauvegarde de données

91. Quelques juridictions, comme l'UE et le Royaume-Uni, ont également recours à des locaux de sauvegarde de données. Ces locaux correspondent à « *une forme de divulgation limitée, par laquelle les documents ne sont accessibles qu'à un nombre restreint de conseillers définis, et pour un temps donné, depuis une pièce sécurisée* », « *soumise à différentes restrictions et mesures de protection conçues pour empêcher toute divulgation d'informations confidentielles vers l'extérieur* » (Wils et Abbott, 2019, pp. 42, 43^[4]). Les locaux de sauvegarde de données, offrent ainsi un niveau supérieur de protection par rapport aux cercles de confidentialité et peuvent être utilisés lorsque les informations en jeu revêtent un caractère particulièrement sensible⁵⁷.

92. Il est généralement fait recours à des locaux de sauvegarde de données pour la divulgation de données quantitatives à des fins d'analyse économétrique. Les avocats externes et les conseillers économiques comptent pour la majorité des professionnels ayant accès à ces locaux. Il peut être demandé à ces conseillers de s'engager par écrit à ne pas divulguer les informations confidentielles auxquelles ils ont accès. La Commission européenne, par exemple, exige qu'ils signent un accord de non-divulgaration avant que ne leur soit accordé l'accès aux locaux de sauvegarde de données⁵⁸. Consécutivement à la visite de locaux de sauvegarde de données, les conseillers rédigent le plus souvent un rapport spécifique, excluant toute donnée confidentielle, à l'intention des parties concernées (Wils et Abbott, 2019^[4]).

Encadré 6. Divulgaration de documents contenant des informations confidentielles

En 2014, la CMA a publié une note relative à sa politique et à son approche de la transparence et de la divulgation. Ce document constitue un bon exemple de la manière dont les autorités de la concurrence font usage des différents mécanismes à leur disposition. Il présente une analyse des lacunes dont souffrent les cercles de confidentialité et les locaux de sauvegarde de données, et confirme la position de la CMA quant à la possibilité d'y recourir uniquement au cas par cas. Vous trouverez ci-dessous un extrait de ce document :

« Lorsque la CMA devra statuer sur la pertinence de divulguer des informations, elle veillera à protéger les informations confidentielles du mieux de ses capacités. La CMA se réserve ainsi le droit de masquer, anonymiser ou agréger des informations confidentielles, par exemple en fournissant des plages de parts de marché plutôt que les valeurs précises.

La CMA pourra parfois avoir recours à des cercles de confidentialité ou à des locaux de sauvegarde de données afin de permettre la divulgation d'informations confidentielles tout en donnant un caractère restrictif à cette divulgation [...]. Cette utilisation sera limitée aux situations où la divulgation s'avère nécessaire dans le but de faciliter les activités de la CMA en garantissant la régularité des procédures, même si, dans le cadre d'enquêtes [sur des affaires de concurrence], la CMA pourra également mettre en place des cercles de confidentialité à l'étape de l'accès aux pièces pour contrôler la divulgation d'informations confidentielles lorsque cela présente des avantages identifiables.

[...]

Les demandes de recours à des cercles de confidentialité et à des locaux de sauvegarde de données seront étudiées au cas par cas. La CMA pourra, à sa discrétion, accepter ou rejeter ces demandes, et sera d'autant plus encline à y consentir si un tel recours est proportionné, s'il y existe des avantages manifestes et si toute difficulté légale ou pratique peut être rapidement résolue en accord avec les parties concernées. La CMA prendra également en compte la pertinence d'ouvrir cet accès au moment où la demande est effectuée, en fonction de l'avancement de la procédure, des incidences de la mise en place de cercles de confidentialité et locaux de sauvegarde de données en termes de ressources, et des risques d'erreurs humaines et de fuites d'informations. »

Source : *Transparency and Disclosure: Statement of the CMA's Policy and Approach*, paragraphes 4.28 à 4.34.

Audiences à huis clos

93. Les tribunaux et les autorités de la concurrence ont également la possibilité de limiter le nombre de personnes pouvant assister aux audiences (par exemple, les avocats externes uniquement) afin de garantir la protection des informations confidentielles. Les audiences à huis clos peuvent s'avérer utiles pour mener un examen contradictoire des informations confidentielles divulguées au sein d'un cercle de confidentialité (Commission européenne, 2019^[16]). Dans certaines juridictions, les parties doivent faire la preuve du préjudice qu'elles pourraient subir à défaut d'une audience à huis clos (RIC, 2014^[9]).

94. D'autres juridictions peuvent permettre la tenue d'audiences publiques, mais restreindre les informations pouvant être évoquées (Commission européenne, 2019^[16]), ou encore choisir d'exclure des fichiers publics toute référence aux informations réputées confidentielles. La législation américaine, par exemple, prévoit le traitement à huis clos des témoignages et des documents en certaines circonstances. Ainsi, les juges de tribunal administratif peuvent, dans le cas d'affaires intéressant la FTC, décider de préserver « *la confidentialité des documents et témoignages* » et de « *ne pas les inclure au compte rendu des débats* ». Cela est notamment possible lorsque la diffusion publique de ces éléments de preuve « *entraînerait vraisemblablement un préjudice grave et clairement défini à la personne, au partenariat ou à l'entreprise demandant le huis clos. Seuls y auront donc accès les défendeurs, leurs avocats, le personnel autorisé de la Commission et le personnel du tribunal en lien avec l'examen des autorités judiciaires.* » La date à laquelle prendra fin le traitement à huis clos sera par ailleurs déterminée par une ordonnance du tribunal⁵⁹.

95. Ces mécanismes doivent toutefois être utilisés avec précaution, dans la mesure où ils limitent l'« *intérêt public premier dans les procédures judiciaires ouvertes*⁶⁰ ».

3.4.3. Divulgaration à des organismes publics nationaux et étrangers

Cadre général

96. De nombreux pays permettent la divulgation d'informations confidentielles à d'autres organismes publics nationaux dans la même juridiction. Cette divulgation est généralement à destination d'administrations fiscales et d'autorités chargées des poursuites pénales, mais peut également concerner d'autres types d'organismes. Au Canada, par exemple, le Bureau de la concurrence est susceptible de partager des informations confidentielles avec « *toute autorité fédérale ou provinciale qui contrôle l'application de lois ou de règlements prévoyant des sanctions criminelles, civiles ou administratives* ». Cette décision reste discrétionnaire et, en règle générale, le Bureau ne divulgue d'informations que dans des circonstances spécifiques, y compris lorsqu'un organisme national « *a demandé expressément les renseignements confidentiels afin de s'acquitter de son mandat* ». Le Bureau communique ainsi des informations confidentielles « *uniquement après avoir obtenu l'assurance que l'organisme bénéficiaire respectera la confidentialité des renseignements communiqués*⁶¹ ».

97. D'autres juridictions sont plus réticentes à partager des informations confidentielles. Aux États-Unis, par exemple, le DoJ refuse généralement de divulguer à d'autres organismes fédéraux ou d'État (à l'exception de la FTC)⁶² les « *documents, réponses à des interrogatoires ou [...] dépositions orales* » obtenus dans le cadre d'une demande d'enquête civile.

98. La divulgation d'informations à d'autres organismes publics nationaux ne nécessite généralement pas qu'en soit avertie la partie ayant fourni ces informations (RIC,

2014^[9]). Les autorités de la concurrence peuvent néanmoins tenter de limiter la quantité d'informations confidentielles partagées et exigeront que l'organisme destinataire respecte pleinement la confidentialité des informations communiquées.

99. La divulgation à d'autres autorités de la concurrence étrangères est également possible dans de nombreuses juridictions. La Recommandation sur la coopération internationale préconise un échange d'informations uniquement au cas par cas et limité aux informations utiles à la procédure engagée. Il est ainsi important que les juridictions définissent clairement les exigences imposées aussi bien aux juridictions requises qu'aux juridictions requérantes afin de permettre l'échange d'informations. L'autorité de la concurrence qui demande les informations doit alors expliquer les raisons pour lesquelles elle les sollicite et s'engager à limiter leur utilisation et leur diffusion, à moins que l'autorité requise n'ait, au préalable, explicitement approuvé une autre utilisation de ces informations ou leur diffusion à des tiers. L'autorité requise doit conserver toute latitude dans sa décision de transmettre ou non les informations demandées, mais aussi d'assortir un éventuel accord de certaines restrictions quant à leur utilisation ou leur diffusion⁶³.

100. Pour ce qui est de la divulgation d'informations qui ne sont pas publiques, la Recommandation sur la coopération internationale observe une distinction entre deux types d'informations : (i) les informations que l'autorité de la concurrence ne divulgue pas systématiquement mais qui ne revêtent pas un caractère confidentiel pour autant ; et (ii) les informations confidentielles.

101. Dans le premier cas, l'autorité de la concurrence peut divulguer ces informations, mais choisir d'imposer des restrictions quant à leur diffusion, et ce, même sans le consentement de l'autorité requise. Dans le second cas, les informations ne devraient être partagées que si les données publiques ou non confidentielles ne sont pas suffisantes pour assurer une coopération efficace en l'espèce.

102. La Recommandation sur la coopération internationale encourage les autorités de la concurrence à prendre en compte, entre autres, les facteurs suivants afin de déterminer la pertinence d'un partage d'informations confidentielles :

- la nature et la gravité de l'affaire, les intérêts de la juridiction requérantes auxquels il a été porté atteinte et le fait que, dans le cadre de l'enquête ou la procédure, les droits procéduraux des parties concernées seront probablement protégés ;
- si les informations communiquées présentent un intérêt pour l'enquête ou la procédure menée par l'autorité requérante ;
- si la juridiction requérante accorde la réciprocité de traitement ;
- si les informations peuvent être utilisées par la juridiction requérante dans le cadre d'une procédure pénale ;
- si le niveau de protection qui serait accordé aux informations par l'autorité requérante serait au moins équivalent aux mesures de protection assurées par la juridiction requise (y compris par voie électronique ou en limitant aux cas de nécessité absolue l'accès de personnes physiques à ces informations). Il convient par ailleurs d'examiner avec un soin tout particulier la pertinence de la communication d'informations confidentielles extrêmement sensibles, comme des grilles de tarification.

103. Lorsque les autorités de la concurrence peuvent décider librement de partager des informations confidentielles, elles devront étudier avec soin les effets potentiels d'une telle

divulgaration. Au-delà des risques de fuite, il est possible que des tiers de la juridiction requérante demandent à ce que soient divulguées les informations reçues d'organismes publics étrangers. La réputation que s'est forgée une autorité de la concurrence relativement à la protection des informations confidentielles peut s'avérer pertinente dans la décision d'autres autorités de la concurrence de partager ou non des informations avec elle. La Recommandation du Conseil de l'OCDE sur le contrôle des fusions⁶⁴ et la Recommandation sur la coopération internationale encouragent les pays membres à mettre en place des mesures de sauvegarde concernant le traitement des informations confidentielles obtenues auprès d'une autre autorité de la concurrence.

Encadré 7. Divulgaration d'informations confidentielles à des organismes publics étrangers par le Bureau de la concurrence Canada

Les autorités de la concurrence ont tout à gagner à échanger des informations dans le cadre de l'évaluation de fusions ou de la conduite d'enquêtes sur le comportement des entreprises avec une composante extranationale. De nombreuses autorités de la concurrence sont conscientes de cela, parmi lesquelles le Bureau de la concurrence Canada.

Son Bulletin d'information sur la communication de renseignements confidentiels met en évidence l'approche du Bureau de la concurrence relative au partage d'informations confidentielles avec d'autres autorités de la concurrence, que ce soit de sa propre initiative ou à la demande d'autorités étrangères. Vous trouverez ci-dessous un extrait de ce document :

« [L]e Bureau s'engage à renforcer l'efficacité des efforts en matière de contrôle d'application de la loi au Canada par la coopération avec les autorités étrangères chargées des contrôles d'application de lois semblables. En effectuant ces activités de coopération, le Bureau peut avoir à communiquer des renseignements confidentiels à une autorité étrangère, de sa propre initiative ou à la demande de cette autorité étrangère. La décision de communiquer des renseignements confidentiels à des autorités étrangères n'est pas prise à la légère.

[...]

Dans tous les cas où des renseignements confidentiels sont communiqués à une autorité étrangère, le Bureau cherche à protéger la confidentialité des renseignements au moyen d'instruments internationaux formels ou d'assurances obtenues de l'autorité étrangère. Le Bureau exige aussi que l'utilisation des renseignements confidentiels par l'autorité étrangère soit limitée aux fins bien précises pour lesquelles ils sont fournis.

[...]

En déterminant s'il faut communiquer des renseignements confidentiels dans [les affaires nécessitant une coopération internationale], le Bureau tient compte des lois qui protègent la confidentialité des renseignements dans le pays demandeur, de l'objet de la demande et de l'existence de tout accord ou arrangement avec le pays ou l'autorité faisant la demande. Si le Bureau n'est pas convaincu que les renseignements demeureront protégés et seront utilisés uniquement aux fins prévues, ils ne seront pas communiqués. »

De la même manière, lorsque le Bureau reçoit des informations, il est disposé à fournir toutes les garanties nécessaires que les informations fournies seront traitées de façon

confidentielle et utilisées aux fins de l'application du droit de la concurrence. Avant d'exploiter ces informations de quelque manière que ce soit, le Bureau s'engage à chercher à obtenir de l'autorité étrangère son plein consentement.

Source : Bulletin du Bureau, section 4.2.2.

Fondement de la divulgation d'informations confidentielles à d'autres autorités de la concurrence

Dispenses de confidentialité

104. Dans la plupart des cas, la divulgation d'informations confidentielles à destination d'autorités de la concurrence étrangères fait suite à la signature d'une dispense de confidentialité par la partie qui fournit les informations. La Recommandation sur la coopération internationale encourage le recours aux dispenses de confidentialité dans tous les domaines d'application du droit, dans la mesure où elles permettent une collaboration renforcée entre les différentes autorités. Plus spécifiquement, ces dispenses aident à réduire les risques d'incohérences dans les décisions rendues par les autorités de la concurrence et leur offrent un accès aux pièces plus adapté.

105. La Recommandation sur la coopération internationale précise que les informations devraient exclusivement être exploitées par l'autorité de la concurrence qui les a reçues consécutivement à une dispense de confidentialité (sauf si la dispense de confidentialité prévoit une divulgation plus étendue), mais également que cette autorité devrait uniquement utiliser les informations conformément aux conditions prévues dans la dispense de confidentialité.

106. Dans le cadre d'échanges d'informations, les autorités de la concurrence peuvent prendre en compte les différences de qualification appliquées par les juridictions pour le même type d'informations. Ainsi, les bonnes pratiques pour la coopération dans les enquêtes sur les opérations de fusion (*Best Practices on Co-operation in Merger Investigations*) adoptées par le DoJ, la FTC et la Commission européenne disposent que : « dans la mesure où les règles régissant le privilège professionnel légal sont différentes dans l'UE et aux États-Unis, notamment à l'égard des juristes d'entreprise, les autorités de la concurrence accepteront que figure, dans les dispenses de confidentialité des parties adressées à la DG Concurrence, une disposition visant à exclure du champ d'application desdites dispenses les éléments de preuve clairement identifiés comme relevant, et pouvant bénéficier, du secret professionnel des juristes d'entreprise en vertu du droit des États-Unis⁶⁵. »

107. Lors de l'établissement d'une dispense de confidentialité, il est important que les autorités de la concurrence informent les parties des avantages des échanges d'informations entre autorités de la concurrence (RIC, 2002-2018^[18]), et ce, en indiquant toutefois clairement que si elles refusent de signer une telle dispense de confidentialité, cela ne portera aucunement préjudice aux conclusions de l'enquête en cours (OCDE, 2014^[19]). Aux États-Unis, le document répertoriant les questions fréquentes qui accompagne le modèle de dispense de confidentialité créé par le DoJ et la FTC précise que : « même si les autorités de la concurrence demandent des dispenses de confidentialité auprès d'une entité, la décision finale relève entièrement de la discrétion de cette entité. Le refus d'accorder une dispense de confidentialité n'affectera pas les conclusions de l'enquête du DoJ ou de la FTC. Il est néanmoins possible que [...] cela ait des incidences d'ordre pratique. Cela

pourrait, par exemple, affecter les délais de l'enquête ou augmenter le risque de résultats incohérents⁶⁶ ».

108. Le recours aux dispenses de confidentialité est relativement courant dans les procédures de contrôle des fusions. La Recommandation du Conseil de l'OCDE sur le contrôle des fusions encourage les parties à une fusion à envisager, lorsque cela est possible, l'utilisation d'une dispense de confidentialité. Elle pointe toutefois la nécessité pour les autorités de la concurrence de prévoir les garanties nécessaires dans le traitement des échanges d'informations confidentielles.

109. L'approche de la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (*Australian Competition and Consumer Commission* ou ACCC) en matière de fusions consiste à tenter d'obtenir des dispenses de confidentialité auprès des parties concernées afin de permettre l'échange d'informations susceptibles de revêtir un caractère confidentiel avec d'autres autorités de tutelle. Il y a quelques années, l'ACCC s'est rendue à l'évidence que le processus permettant l'obtention de dispenses de confidentialité pouvait parfois s'avérer relativement fastidieux. Cela était notamment le cas lorsque les parties n'avaient pas l'habitude de traiter avec l'ACCC dans ce type de procédure ou lorsque les dispenses de confidentialité nécessaires impliquaient plusieurs juridictions différentes. Pour permettre de faciliter les choses, l'ACCC a alors mis en place un modèle standard de dispense de confidentialité (OCDE, 2011^[20]). D'autres juridictions ont également adopté ce type de modèle pour les mêmes raisons (comme les États-Unis, la République tchèque et l'UE) ou utilisent directement le modèle de dispense de confidentialité conçu par le RIC⁶⁷ (OCDE, 2011^[20]).

110. Les dispenses de confidentialité sont également de plus en plus utilisées dans le cadre de demandes de clémence. Les demandes de clémence effectuées auprès de différentes juridictions impliquent en effet souvent des renonciations au droit à la confidentialité. De telles dispenses offrent davantage de possibilités dans la coopération entre juridictions, notamment en permettant aux autorités de la concurrence concernées de partager les informations qu'elles ont reçues dans le cadre de demandes de clémence et de mener des enquêtes conjointes. Comme l'a indiqué un ancien vice-procureur général adjoint du DoJ : « [Grâce aux dispenses de confidentialité,] nous sommes amenés fréquemment à discuter des stratégies d'investigation avec [d'autres autorités] et à coordonner nos perquisitions, notifications d'assignation, inspections imprévisibles et dépôts d'accusations, afin d'éviter la divulgation prématurée d'une investigation et une éventuelle destruction de preuves⁶⁸ ».

111. Au Chili, dans le contexte d'ententes internationales, la *Fiscalía Nacional Económica* (FNE) peut demander aux candidats à la clémence de signer une dispense de confidentialité pour une ou plusieurs juridictions dans lesquelles ils ont sollicité la clémence, et ce, afin de « soustraire les autorités de la concurrence de leur obligation de confidentialité vis-à-vis de la FNE, relativement à de telles demandes ou négociations, à condition qu'elles se conforment au comportement décrit dans la demande enregistrée auprès de la FNE⁶⁹. »

112. Certaines autorités de la concurrence ont envisagé de conditionner la clémence à la signature de dispenses de confidentialité par le candidat concerné, justement en raison de l'utilité de telles dispenses. Même lorsque les dispositifs de clémence ne le requièrent pas officiellement, les autorités les plus reconnues dans la répression des ententes tendent à exiger ces renonciations et à les étoffer, afin d'autoriser l'échange des preuves (OCDE, 2012^[17]). D'aucuns estiment toutefois que les dispenses de confidentialité ne devraient pas être obligatoires, ni même conditionner l'accès à la clémence. Pour étayer cela, certains ont

avancé que la confidentialité est un aspect essentiel des programmes de clémence et que les candidats à la clémence peuvent avoir des raisons légitimes de refuser de renoncer à leur droit à la confidentialité, comme le risque de s'exposer à des actions en dommages et intérêts ou à des fuites d'informations (OCDE, 2018^[21]).

Mécanismes de communication des informations

113. Les informations confidentielles peuvent également être divulguées par le biais de mécanismes de communication des informations, lesquels correspondent à des dispositions juridiques permettant l'échange d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement préalable de la partie à l'origine des informations (OCDE, 2014^[19]). Ces mécanismes de communication des informations sont généralement assortis de mesures de protection de la confidentialité.

114. La divulgation d'informations par le biais de ces mécanismes de communication est beaucoup moins fréquente qu'à travers des dispenses de confidentialité. Aux États-Unis, par exemple, à défaut d'une dispense de confidentialité, « *la plupart des informations fournies par les parties à une fusion ou par des tiers dans le cadre d'une enquête en droit de la concurrence ne peuvent être divulguées, y compris les formulaires HSR et les documents fournis en réponse à une demande d'informations complémentaires* » (OCDE, 2011, p. 298^[20]). De la même manière, en règle générale, les informations obtenues par le biais de demandes d'enquêtes civiles « *ne peuvent pas être divulguées à d'autres organismes d'État, fédéraux ou étrangers (à l'exception de la FTC)*⁷⁰ », tel que mentionné dans la section 3.2.

115. Bien que la divulgation d'informations confidentielles puisse être autorisée au titre d'un accord d'assistance mutuelle antitrust établi en vertu de la loi américaine de 1994 sur l'assistance internationale en matière d'application des règles antitrust (*International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994*), les cas restent relativement rares. « *Cette loi donne au gouvernement des États-Unis la possibilité de conclure des accords avec d'autres gouvernements afin de permettre aux autorités de la concurrence américaines (i) de partager des éléments de preuve utiles à l'action antitrust mais normalement considérés comme confidentiels (hors documents HSR) avec des autorités de la concurrence étrangères ; (ii) d'utiliser leurs pouvoirs d'enquête pour recueillir des éléments de preuve pouvant être exploités par les autorités étrangères ; et (iii) d'empêcher la divulgation publique de tout élément de preuve utile à l'action antitrust obtenu auprès d'autres autorités. Les États-Unis sont actuellement engagés dans un seul accord de ce type, avec l'Australie, bien qu'il n'ait été que rarement mis à profit* » (OCDE, 2011, p. 298^[20]).

116. Des mécanismes de communication des informations peuvent être mis en œuvre dans les cadres suivants :

- Accords internationaux : la plupart des accords conclus jusqu'à maintenant sont des accords de première génération autorisant uniquement l'échange d'informations non confidentielles. Certains instruments de deuxième génération intègrent néanmoins des dispositions permettant la communication d'informations, définissant les modalités d'échange (par exemple, la capacité à examiner, transmettre ou obtenir des informations) et incluant des mesures de protection de la confidentialité, ainsi que des restrictions dans l'utilisation ou la diffusion des informations (OCDE, 2015^[22]). Les accords entre les entités ou pays suivants, par exemple, intègrent des mécanismes de communication des informations : Australie et États-Unis (1999), UE et Suisse (2013), *New Zealand Commerce Commission*

(Commission du commerce de la Nouvelle-Zélande) et *Australian Competition and Consumer Commission* (Commission australienne de la concurrence et de la consommation) (2013), et les pays nordiques (Suède, Norvège, Finlande, Islande et Danemark) (2017).

- Les législations nationales permettant aux autorités de la concurrence de partager des informations confidentielles dans des circonstances spécifiques. L'Allemagne (article 50), l'Australie (section 155AAA) et le Royaume-Uni (section 243) ont tous adopté des dispositions de cet ordre (Jenny, 2017^[23]). L'article 12 du règlement (CE) n° 1/2003 contient également un mécanisme de communication des informations relatif à l'échange d'informations confidentielles au sein de l'UE⁷¹.

Encadré 8. Exemples de mécanismes de communication des informations

Cet encadré présente différents exemples d'accords internationaux, ainsi que de règles nationales et supranationales permettant l'échange d'informations confidentielles.

Accord international de coopération en matière de concurrence conclu entre les pays nordiques (2017)¹

Article 3 – Échange d'informations :

« Aux fins de l'application des règles de concurrence et de contrôle des fusions, les autorités de la concurrence des parties ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles.

Les informations échangées peuvent uniquement être utilisées comme moyen de preuve et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui transmet l'information. »

Accord de coopération relatif à la communication d'informations obtenues dans le cadre de demandes de production forcée d'informations et à l'entraide en matière d'enquête, conclu entre les autorités de la concurrence néo-zélandaise (*New Zealand Commerce Commission* ou NZCC) et australienne (*Australian Competition and Consumer Commission* ou NCCC) (2013)²

« 4. Les participants conviennent que le partage réciproque d'informations et l'entraide en matière d'enquête permettront de renforcer l'efficacité de leurs enquêtes respectives et d'obtenir des résultats plus facilement.

5. La communication d'informations confidentielles par l'ACCC à destination de la NZCC est autorisée dans les limites des dispositions de la section 155AAA de [la Loi australienne relative à la concurrence et à la consommation]. L'ACCC a pu, à différentes reprises, communiquer à la NZCC des informations protégées avant l'entrée en vigueur du présent accord. Ce dernier permet à l'ACCC de continuer à transmettre des informations protégées conformément à la section 155AAA.

6. Les modifications apportées en 2012 au Commerce Act, au Fair Trading Act, au Credit Contracts and Consumer Finance Act et au Telecommunications Act en Nouvelle-Zélande permettent à la NZCC de communiquer des informations obtenues dans le cadre de demandes de production forcée d'informations et d'apporter son aide en matière d'enquête aux autorités de tutelle étrangères avec lesquelles un accord de coopération a été établi (dans le respect des mesures de sauvegarde définies dans les

statuts). L'accord a pour objectif de donner effet à ces modifications relativement à la communication d'informations obtenues dans le cadre de demandes de production forcée d'informations ou à l'entraide en matière d'enquête à l'intention de l'ACCC. »

Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité³

Article 12 – Échange d'informations :

« 1. Aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, la Commission et les autorités de concurrence des États membres ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles. »

Loi allemande relative aux restrictions de concurrence⁴

Article 50b – Autres types de coopération avec des autorités de la concurrence étrangères

« (1) Le Bundeskartellamt dispose des pouvoirs conférés par l'article 50a(1) également dans les autres situations où il coopère avec la Commission européenne ou les autorités de la concurrence d'autres États aux fins de l'application des dispositions du droit de la concurrence. [L'article 50a(1) établit de vastes pouvoirs en termes de partage d'informations confidentielles avec la Commission européenne et les autorités de la concurrence d'autres États membres de l'UE. L'article 50b se rapporte explicitement aux affaires dans lesquelles le Bundeskartellamt « coopère » avec d'autres organismes, et pas nécessairement avec des autorités de la concurrence de l'UE.]

(2) Le Bundeskartellamt peut uniquement communiquer des informations conformément à l'article 50a(1) sous réserve que l'autorité de la concurrence destinataire utilise les informations en tant qu'éléments de preuve uniquement aux fins de l'application des dispositions du droit de la concurrence, et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par le Bundeskartellamt ; préserve la confidentialité des informations et ne les communique à des tiers que si le Bundeskartellamt consent à cette communication. Cela s'applique également à la divulgation d'informations confidentielles devant les tribunaux et dans le cadre de procédures administratives.

Les informations confidentielles (secrets d'affaires y compris) divulguées à l'occasion de procédures de contrôle des fusions ne peuvent être transmises au Bundeskartellamt qu'avec le consentement de l'entreprise ayant fournis ces informations. »

Source :

¹ Disponible (en anglais) à l'adresse suivante : <https://www.kkv.fi/en/current-issues/press-releases/2017/8.9.2017-finland-signs-cooperation-agreement-with-other-nordic-competition-authorities/>.

² Disponible (en anglais) à l'adresse suivante : <https://www.accc.gov.au/system/files/Cooperation%20arrangement%20between%20the%20New%20Zealand%20Commerce%20Commission%20and%20the%20Australian%20Competition%20and%20Consumer%20Commission.pdf>.

³ Disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:02003R0001-20090701>.

⁴ Disponible (en anglais) à l'adresse suivante : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0670.

3.4.4. Divulcation aux fins d'actions privées

117. Permettre à un plaignant d'accéder plus facilement à des informations versées au dossier peut être un moyen efficace de faciliter les procédures antitrust privées, et notamment dans les actions de suivi en dommages et intérêts. Le dossier constitué par une autorité de la concurrence peut renfermer des informations utiles non seulement sur la violation elle-même au droit de la concurrence, mais également sur le montant des dommages et intérêts, et sur la relation de cause à effet entre l'infraction ciblée et les dommages (OCDE, 2015^[15]).

118. Au Canada, le Bulletin d'information sur la communication de renseignements confidentiels du Bureau de la concurrence Canada souligne qu'une autorité de la concurrence peut être en possession d'informations (comme des informations obtenues au cours d'une enquête) potentiellement pertinentes pour les plaignants. Toutefois, pour garantir que le Bureau puisse s'acquitter efficacement de sa mission, mais aussi protéger le processus d'enquête et les informations confidentielles en sa possession, le Bureau n'ouvre pas volontairement l'accès à ses fichiers. Si une assignation lui est signifiée, le Bureau avertit l'informateur et s'oppose aux assignations si la conformité à ces dernières pourrait nuire à la poursuite d'une enquête en cours ou nuire d'une autre façon à l'administration ou à l'application du droit. Si l'opposition du Bureau échoue, ce dernier cherchera à obtenir une ordonnance préventive afin de protéger la confidentialité des informations visées⁷².

119. L'UE travaille actuellement avec les parties prenantes à l'établissement d'une Communication relative à la protection des informations confidentielles aux fins de la mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UE sur l'initiative de la sphère privée par les juridictions nationales. Cette Communication aborde les considérations pertinentes dans le cadre de la divulgation d'informations confidentielles et les mécanismes disponibles pour assurer la protection de ce type d'informations (comme les cercles de confidentialité ou les audiences à huis clos)⁷³.

120. Le degré de protection juridique contre la divulgation peut toutefois dépendre du type et de la nature des informations et documents concernés. La Directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence offre un exemple de la manière dont peuvent varier les règles de divulgation en fonction des catégories de documents, et ce, pour mettre en balance les intérêts des candidats à la clémence et ceux des plaignants potentiels souhaitant mener des actions de suivi en dommages et intérêts. La Directive distingue trois catégories de documents (OCDE, 2015^[15]) :

- Les déclarations en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction, lesquelles ne peuvent en aucun cas être divulguées sur injonction d'un tribunal.
- Les documents préparés aux fins de l'instruction, comme les réponses à des demandes de renseignements, lesquels peuvent être divulgués par injonction d'un tribunal mais uniquement après que l'autorité compétente a rendu une décision en l'espèce ou a mis fin à la procédure.
- Les documents préexistants qui n'ont pas été préparés en vue de l'enquête (comme le contenu de messages électroniques ou des comptes rendus de réunions), lesquels peuvent être divulgués sur injonction d'un tribunal à tout moment.

121. La plupart des mécanismes abordés dans la section 3.4.2 peuvent également être utilisés dans le cadre d'actions privées afin de divulguer des documents contenant des

informations confidentielles. Les mécanismes comme les versions non confidentielles de documents, les cercles de confidentialité, les audiences à huis clos et la préparation de synthèses s'avèrent particulièrement adaptés (Commission européenne, 2019^[16]).

Encadré 9. Publication de la décision rendue dans l'affaire Air Cargo dans le contexte d'actions en dommages et intérêts

Les décisions rendues par les tribunaux et les autorités de la concurrence s'avèrent généralement extrêmement utiles pour les parties souhaitant intenter une action en dommages et intérêts, dans la mesure où les informations qu'elles contiennent peuvent servir à appuyer les arguments des plaignants.

À l'inverse, les parties qui ont fourni les informations ou auprès desquelles les informations ont été saisies ont tout à gagner à retarder la publication de décisions non confidentielles ou de versions plus complètes de ces décisions. Leurs motivations peuvent servir des intérêts parfaitement légitimes, et notamment la protection des informations confidentielles de l'entreprise. Il peut néanmoins également s'agir d'une manœuvre visant à retarder la publication des décisions au-delà du délai de prescription pour les actions en dommages et intérêts, ou pour forcer les plaignants à réclamer des dommages et intérêts sur la base d'éléments insuffisants (Howard, 2015^[24]).

Dans la pratique, la publication de telles décisions peut prendre plusieurs mois. Les décisions relatives à des ententes adoptées par la Commission européenne entre 2010 et 2014 furent en moyenne publiées presque 29 mois après les communiqués de presse correspondants. Les résumés de décisions furent quant à eux publiés plus tôt, soit environ 11 mois après le communiqué de presse (PaRR, 2015^[25]).

Le volet britannique de l'affaire de l'entente du « *Fret aérien* » est un bon exemple des intérêts contradictoires qui peuvent exister relativement à la divulgation de décisions constatant l'existence d'une infraction. En 2010, la Commission européenne infligea des amendes d'un montant total de près de 800 millions EUR à 12 compagnies aériennes de transport de marchandises, dont British Airways⁷⁴. La Commission avait déterminé que ces compagnies aériennes avaient participé à une entente de fixation des prix sur le marché des services de transport de marchandises. Le Tribunal avait toutefois annulé la décision de la Commission pour des motifs de procédure, n'écarter toutefois pas l'existence d'une entente. La Commission confirma sa décision initiale en 2017 et imposa aux compagnies visées des amendes d'un montant total équivalent (Commission européenne, 2017^[26]).

Suite à la décision de la Commission, différentes actions de suivi en dommages et intérêts furent portées devant les tribunaux britanniques. Cette affaire impliquait en effet des centaines de plaignants (Fieldfisher, 2016^[27]). En tant qu'entreprise défenderesse pivot, British Airways entraîna l'intégration à la procédure du reste des destinataires de la décision de la Commission, ainsi que d'onze autres compagnies aériennes. Ces onze compagnies supplémentaires n'étaient pas destinataires de la décision et aucune n'avait été jugée partie prenante de l'entente visée, mais la décision de la Commission contenait pourtant des informations confidentielles à leur sujet (Howard, 2015^[24]).

Aux fins des actions de suivi, les plaignants cherchèrent à obtenir une copie de la version non confidentielle de la décision. La décision n'avait pas encore été publiée par la Commission européenne. En mars 2014, la Haute Cour ordonna la préparation d'une version non confidentielle de la décision, dans laquelle l'ensemble des compagnies aériennes concernées, y compris les 11 compagnies non destinataires de la décision,

pourraient supprimer les informations réputées confidentielles. Sans surprise, toutes les suppressions demandées rendirent la version non confidentielle simplement inexploitable. Face à cette situation, la Haute Cour ordonna la divulgation de la version confidentielle de la décision au sein d'un cercle de confidentialité (à l'exception des documents relatifs aux procédures de clémence et des informations couvertes par le privilège professionnel légal) (Fieldfisher, 2016^[27]). La décision fut adoptée, malgré la jurisprudence *Pergan*^{*}, affaire dans laquelle la Cour de justice de l'Union européenne n'avait pas permis la divulgation d'une version non confidentielle d'une décision constatant l'existence d'une infraction car elle contenait des références préjudiciables à une partie non destinataire (Howard, 2015^[24]).

Les compagnies aériennes firent alors appel de la résolution autorisant la divulgation de la décision. D'après elles, la divulgation de la décision, laquelle comportait différentes allusions à leur responsabilité, porterait préjudice au principe de la présomption d'innocence. Les compagnies aériennes n'avaient en effet pas eu la possibilité de réfuter ces allusions dans le cadre des procédures d'infraction engagées par la Commission européenne. En octobre 2015, la Cour d'appel annula l'ordonnance de la Haute Cour, indiquant que la protection garantie par la jurisprudence *Pergan* ne permettait pas la divulgation de la décision. En mai 2016, la Cour suprême confirma la décision de la Cour d'appel. Entre-temps, la Commission avait publié une version non confidentielle de la décision (mai 2015) et la première décision de la Commission dans l'affaire *Fret aérien* avait été annulée pour la grande majorité des destinataires (décembre 2015) (Fieldfisher, 2016^[27]).

Remarque : * Affaire T-462/12R, *Pilkington Group Limited contre la Commission*, dont la décision a été confirmée lors de l'affaire C-278/13, *La Commission contre Pilkington*.

4. Conclusions et défis à relever

122. Quels que soient les moyens adoptés, chaque juridiction veille à ce que les parties aient accès aux éléments de preuve réunis par les autorités de la concurrence. Alors que certaines leur accordent un accès très large au dossier, couvrant quasiment l'ensemble des pièces, d'autres ne permettent l'accès qu'à certains documents spécifiques. Pour protéger au mieux les droits de la défense, il est essentiel que les parties puissent consulter tous les éléments pertinents, à charge comme à décharge. Tel qu'illustré par l'affaire *Intel* (voir Encadré 1), il peut toutefois être difficile de déterminer quelles informations sont susceptibles d'être utilisées à décharge, et de s'assurer que les parties peuvent y avoir accès de manière appropriée. Il est par ailleurs indispensable que les parties puissent consulter tous les éléments de preuve pertinents dans les meilleurs délais, et ce, afin qu'elles puissent préparer leur défense dans les meilleures conditions.

123. D'autres parties intéressées, ainsi que le grand public de manière générale, peuvent également être autorisés à consulter certains documents spécifiques du dossier des autorités de la concurrence. Les juridictions peuvent elles-mêmes prévoir un accès relativement limité aux pièces, notamment pour le grand public.

124. Le principe de protection des informations confidentielles définit toutefois les limites du droit d'accès aux pièces. Bien que la grande majorité des pays veillent à la protection des informations confidentielles, leur définition exacte de ce qui constitue des « informations confidentielles » n'est pas nécessairement la même. Les données sensibles sur le plan commercial et les données sensibles à caractère personnel sont généralement

considérées comme confidentielles. Dans la pratique, il peut y avoir d'importantes différences entre ce que les autorités de la concurrence, d'une part, et les parties, d'autre part, considèrent comme revêtant un caractère confidentiel.

125. La qualification de confidentialité entraîne, en principe, que les informations concernées ne seront pas divulguées. La levée de la confidentialité peut néanmoins être requise dans certaines circonstances particulières. Des informations confidentielles peuvent d'abord être partagées avec les autres parties afin de protéger leur droit de se défendre. Il existe un certain nombre de mécanismes permettant aux autorités de la concurrence de partager des documents renfermant des informations confidentielles. Le mécanisme le plus répandu est la mise à disposition de versions non confidentielles des documents (dans lesquelles les informations confidentielles ont été supprimées). D'autres mécanismes, comme les cercles de confidentialité, les locaux de sauvegarde de données et les audiences à huis clos, permettent la divulgation d'informations confidentielles mais avec un contrôle total sur les bénéficiaires de cette divulgation.

126. Des informations confidentielles peuvent ensuite être communiquées à d'autres organismes publics, nationaux comme étrangers. Certaines juridictions ont adopté une approche relativement ouverte de la divulgation des informations aux organismes nationaux. D'autres se montrent beaucoup plus restrictives. La diffusion d'informations à des autorités étrangères nécessite généralement la signature préalable d'une dispense de confidentialité par la partie ayant présenté ces informations. Les dispenses de confidentialité sont couramment utilisées dans les affaires de fusion, mais aussi de plus en plus dans le cadre de demandes de clémence multiples. Dans certains cas plus rares, la divulgation à des autorités étrangères peut s'opérer sur la base de mécanismes de communication des informations.

127. Des informations peuvent enfin être communiquées aux fins d'actions privées. Accorder aux plaignants un accès aux informations contenues dans le dossier peut s'avérer utile pour encourager les actions en dommages et intérêts. À l'inverse, la divulgation de documents relatifs aux procédures de clémence ou de règlement pourrait décourager les parties à recourir à ce type de mécanisme.

Notes

¹ La définition de ce qui constitue des « informations confidentielles » est abordée dans la section 3.2.

² Ce document est disponible (en anglais) à l'adresse suivante : <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/06/ICC-International-Due-process-08-03-10.pdf>.

³ Affaire *Goldberg contre Kelley*, 397 US 254, 263 (1970), d'après (Ginsburg et Owings, 2015^[3]).

⁴ Ce document est disponible (en anglais) à l'adresse suivante : <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/05/RPs-Investigative-Process.pdf>.

⁵ La Charte des droits fondamentaux de l'UE, par exemple, prévoit à l'article 41 que « [t]oute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union ». Cela inclut notamment « le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ». D'après (Wils et Abbott, 2019^[4]).

⁶ Voir : Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil (2005/C 325/07) (« Communication de la Commission relative à l'accès au dossier »). Ce document est disponible à l'adresse suivante : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:02005XC1222\(03\)-20150806](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:02005XC1222(03)-20150806).

⁷ Voir : en Espagne, article 31 de la Réglementation sur la défense de la concurrence (*Reglamento de Defensa de la Competencia* ou RDC), adoptée par le décret royal n° 261/2008 ; au Portugal, article 33(1) de la loi n° 19/2012 ; en Hongrie, article 55(1) de la loi LVII de 1996 sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives.

⁸ Outre le fait qu'ils doivent avoir été préparés par une autorité de la concurrence, la jurisprudence européenne prévoit que les documents internes ne doivent constituer « *ni des éléments à charge, ni des éléments à décharge* ». Ils ne doivent ainsi « *pas permettre de déterminer l'existence ou non d'une infraction* » (Wils et Abbott, 2019, p. 31^[4]).

⁹ Article 29(12) des règles de la KFTC relatives au fonctionnement du comité et à la procédure de traitement des dossiers (*Rules on the KFTC's Committee Operation and Case Handling Procedure*).

¹⁰ Article 52(1) de la loi sur l'interdiction des monopoles privés et la préservation d'une concurrence loyale (*Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade*), Loi 54 du 14 avril 1947.

¹¹ *Competition Act 1998: Guidance on the CMA's Investigation Procedures in Competition Act 1998 Cases*, paragraphes 11.20 et 11.21 (« Guide de la CMA »). Ce document est disponible à l'adresse suivante : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/771970/CMA8_CA98_guidance.pdf.

¹² Article 26 du code fédéral de procédure civile. D'après (Calvani et Mellott, 2015^[28]) et (Yoo et Wendland, 2019^[7]).

¹³ Ce manuel est disponible (en anglais) à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/atr/file/761141/download>.

¹⁴ Article 16a(1) du règlement (CE) n° 773/2004.

¹⁵ Article 16a(2) du règlement (CE) n° 773/2004.

¹⁶ Article 17(4) du règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

¹⁷ Article 33(4) de la Loi 19/2012.

¹⁸ Article 6(1) du règlement (CE) n° 773/2004.

¹⁹ Article 8(1) du règlement (CE) n° 773/2004.

²⁰ Voir : en Hongrie, article 55(3) de la Loi LVII de 1996 sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives ; au Portugal, article 33(3) de la Loi 19/2012 ; en Espagne, article 31 de la Réglementation sur la défense de la concurrence, adoptée par le décret royal n° 261/2008.

²¹ Articles 55(3) et (4) de la Loi LVII de 1996 sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives.

²² Article 31 de la Réglementation sur la défense de la concurrence, adoptée par le décret royal n° 261/2008 et article 13 du décret n° 217 sur les procédures relevant du droit de la concurrence de l'autorité italienne de la concurrence (*Autorità garante della concorrenza e del mercato*).

²³ Guide de la CMA, paragraphe 11.19.

²⁴ Guide de la CMA, paragraphe 14.14.

²⁵ Communication de la Commission relative à l'accès au dossier, paragraphe 27.

²⁶ Articles 10a(2) et 15(1a) du règlement (CE) n° 773/2004.

²⁷ Articles 55(5) et (6) de la Loi LVII de 1996 sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives.

²⁸ Bulletin du Bureau, paragraphe 7.4.1.

²⁹ L'importance de la protection des informations confidentielles apparaît clairement dans la Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence. Voir également les Pratiques recommandées par le RIC en matière d'enquête (*Recommended Practices for Investigative Process*), les Pratiques recommandées par le RIC pour la notification et le contrôle des fusions (*Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*) et les Recommandations de bonnes pratiques pour l'application du droit de la concurrence (*Recommended Framework for International Best Practices in Competition Law Enforcement Proceedings*) de l'ICC.

³⁰ Les conclusions énoncées dans ce paragraphe, relatives à la protection des informations confidentielles, s'appuient sur une enquête menée en 2014 par le RIC. L'ensemble des participants déclaraient alors que leur législation permettait d'assurer la protection des informations confidentielles obtenues au cours des instructions. Cette enquête s'est basée sur les réponses de 39 juridictions, dont 21 pays de l'OCDE.

³¹ L'enquête a été adressée à 120 autorités de la concurrence du monde entier (y compris dans 34 pays membres de l'OCDE), aux 15 pays ayant le statut d'observateur de l'OCDE et à toutes les autres autorités de la concurrence membres du RIC. Le taux de réponse parmi les pays membres et

les membres observateurs de l'OCDE était d'environ 90 %. Ce rapport de l'OCDE est disponible à l'adresse suivante :

<https://www.oecd.org/daf/competition/Coop%C3%A9rationinternationale2013.pdf>.

³² Manuel de la Division antitrust du DoJ, chapitre III, pages 19 et 62.

³³ Article 59(6) de la Réglementation sur la défense de la concurrence, adoptée par le décret royal n° 261/2008.

³⁴ Orientations de la Commission sur la confidentialité, paragraphe 15.

³⁵ *Transparency and Disclosure: Statement of the CMA's Policy and Approach*, paragraphe 4.15.

³⁶ D'après les recherches effectuées par le Secrétariat dans des sources accessibles au public, les seuls membres de l'OCDE à ne pas reconnaître le privilège légal sont la Corée et le Japon (OCDE, 2018^[12]).

³⁷ Disponible (en anglais) à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/daf/competition/2014-rec-internat-coop-competition.pdf>.

³⁸ *Model Waiver of Confidentiality for Use in Civil Matters Involving Non-U.S. Competition Authorities: Frequently Asked Questions*, page 2. This document est disponible (en anglais) à l'adresse suivante : https://www.ftc.gov/system/files/attachments/international-waivers-confidentiality-ftc-antitrust-investigations/waivers_faq.pdf.

³⁹ Guide de la CMA, paragraphe 7.10.

⁴⁰ Voir : en Hongrie, article 55/A(2) de la Loi LVII de 1996 sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives ; au Portugal, article 30(4) de la Loi 19/2012.

⁴¹ Article 39 du Décret-loi n° 211.

⁴² Manuel de la Division antitrust du DoJ, chapitre III, pages 31 et 32.

⁴³ Article 43 de la Loi 15/2007 du 3 juillet, sur la défense de la concurrence.

⁴⁴ Article 43 de la Loi 15/2007 du 3 juillet, sur la défense de la concurrence.

⁴⁵ Guide de la CMA, paragraphe 11.30.

⁴⁶ Manuel de la Division antitrust du DoJ, chapitre III, page 64.

⁴⁷ *Transparency and Disclosure: Statement of the CMA's Policy and Approach*, paragraphe 4.27.

⁴⁸ Manuel de la Division antitrust du DoJ, chapitre IV, page 47.

⁴⁹ Bulletin du Bureau, paragraphe 3.7.

⁵⁰ Bulletin du Bureau, paragraphe 3.6.

⁵¹ Ordonnance de la Cour de justice de l'UE dans l'affaire C-318/19 P(R), *Lantmännen contre la Commission*.

⁵² Le projet de Communication de la Commission européenne concerne la divulgation par les tribunaux, mais ces facteurs s'appliquent également *mutatis mutandis* à la divulgation par les autorités de la concurrence.

⁵³ Article L463-4 du Code de commerce.

⁵⁴ Guide de la CMA, paragraphe 11.27.

⁵⁵ Guide de la Commission européenne relatif à l'utilisation de cercles de confidentialité (sur la base du volontariat) (*Guidance on the Use of [Voluntary] Confidentiality Rings*), paragraphe 22(b). Ce document est disponible (en anglais) à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/antitrust/conf_rings.pdf.

⁵⁶ *Transparency and Disclosure: Statement of the CMA's Policy and Approach*, paragraphe 4.30.

⁵⁷ Guide de la CMA, paragraphe 11.26.

⁵⁸ Bonnes pratiques de la Commission européenne sur la divulgation d'informations à partir de locaux de sauvegarde de données dans les procédures au titre des articles 101 et 102 TFEU, et du Règlement européen relatif aux concentrations (*Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation*), paragraphe 30. Ce document est disponible (en anglais) à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/disclosure_information_data_rooms_en.pdf.

⁵⁹ Voir : <https://www.justice.gov/atr/mutual-antitrust-enforcement-assistance>.

⁶⁰ Code des réglementations fédérales des États-Unis, 28 CFR, § 50.9.

⁶¹ Bulletin du Bureau, paragraphes 4.1.1 à 4.1.3.

⁶² Manuel de la Division antitrust du DoJ, chapitre III, page 62.

⁶³ Il est précisé dans la Recommandation sur la coopération internationale qu'elle n'a pas pour objet d'avoir une incidence sur un quelconque régime particulier adopté concernant l'échange d'informations communiquées par un demandeur sollicitant le bénéfice de la clémence ou d'une amnistie, ou par un demandeur agissant en vertu de procédures de règlement spécialisées.

⁶⁴ Disponible à l'adresse suivante : <https://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonmergerreview.htm>.

⁶⁵ Ce document est disponible (en anglais) à l'adresse suivante : <https://www.ftc.gov/system/files/111014eumerger.pdf>.

⁶⁶ *Model Waiver of Confidentiality for Use in Civil Matters Involving Non-U.S. Competition Authorities: Frequently Asked Questions*, page 3.

⁶⁷ Ce document est disponible (en anglais) à l'adresse suivante : <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/model-confidentiality-waiver-for-mergers/>.

⁶⁸ Discours de Scott Hammond, ancien vice-procureur général adjoint du ministère de la Justice des États-Unis, 2003 (OCDE, 2012^[17]).

⁶⁹ Directives internes en matière de clémence dans les affaires d'entente (*Internal Guidelines on Leniency in Cartel Cases*), paragraphe 83. Ces directives sont disponibles (en anglais) à l'adresse suivante : https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guidelines_Leniency_Cartel_Cases-1.pdf.

⁷⁰ Manuel de la Division antitrust du DoJ, chapitre III, pages 19 et 62.

⁷¹ Le règlement n° 1/2003 peut être considéré comme étant un hybride entre un accord international et une législation nationale, dans la mesure où il a été adopté par une organisation supranationale.

⁷² Bulletin du Bureau, paragraphes 7.6.1 à 7.6.3.

⁷³ Le projet de communication est disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_private_enforcement/fr.pdf.

⁷⁴ Affaire AT.39258, *Fret aérien*.

Références

- AMC (2014), *Transparency and disclosure: Statement of the CMA's policy and approach*. [29]
- Autorité de la concurrence (2009), *Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence*. [37]
- Bureau de la concurrence (2013), *Bulletin d'information sur la communication de renseignements confidentiels aux termes de la Loi sur la concurrence*. [42]
- Calvani, T. et J. Mellott (2015), « Discovery of European Commission Materials in U.S. Civil Antitrust Litigation: An Update », *Concurrences*, vol. 1. [28]
- CCI (2010), *Recommended Framework For International Best Practices In Competition Law Enforcement Proceedings*. [2]
- CMA (2019), *Competition Act 1998: Guidance on the CMA's Investigation Procedures in Competition Act 1998 Cases*. [36]
- Commission européenne (2019), *Draft Communication on the Protection of Confidential Information for the Private Enforcement of EU Competition Law by National Courts*. [16]
- Commission européenne (2018), *Guidance On Confidentiality Claims During Commission Antitrust Investigation*. [34]
- Commission européenne (2018), *Guidance on the Use of (Voluntary) Confidentiality Rings*. [33]
- Commission européenne (2017), *Pratiques anticoncurrentielles: la Commission réadopte une décision et inflige pour 776 millions d'EUR d'amendes à des transporteurs de fret aérien pour entente sur les prix*, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-661_fr.htm?locale=FR. [26]
- Commission européenne (2015), *Best Practices on the Disclosure of Information in Data Rooms in Proceedings Under Articles 101 and 102 TFEU and Under the EU Merger Regulation*. [43]
- Commission européenne (2005), *Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil*. [38]
- Department of Justice (2019), *Chapter III. Investigation and Case Development*. [41]
- Department of Justice (2019), *Chapter IV. Litigation*. [40]
- Department of Justice (2019), *Chapter VII. Antitrust Division Relationships with Other Agencies and the Public*. [39]

- Department of Justice et Federal Trade Commission (2015), *Model Waiver of Confidentiality For Use in Civil Matters Involving Non-U.S. Competition Authorities: Frequently Asked Questions*. [31]
- Department of Justice, Federal Trade Commission et Commission européenne (2011), *Best Practices on Cooperation in Merger Investigations*. [44]
- Fieldfisher (2016), *Air Cargo Follow-On Damages Action – No Disclosure of the Commission’s Cartel Decision*, <https://competitionlawblog.fieldfisher.com/2016/air-cargo-follow-on-damages-action-no-disclosure-of-the-commissions-cartel-decision>. [27]
- First, H., E. Fox et D. Hemli (2012), « Procedural and Institutional Norms in Antitrust Enforcement: The U.S. System », *New York University Law and Economics Working Papers*. [6]
- Fiscalía Nacional Económica (2017), *Internal Guidelines on Leniency in Cartel Cases*. [32]
- Ginsburg, D. et T. Owings (2015), « Due Process in Competition Proceedings », *Competition Law International*, vol. 11/1. [3]
- Howard, A. (2015), « Disclosure of Infringement Decisions in Competition Damages Proceedings: How the UK Courts Are Leading the Way Ahead of the Damages Directive », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6/4, pp. 256-259. [24]
- Jenny, F. (2017), *International Cooperation On Competition: Achievements And Challenges*. [23]
- Nihoul, P. et T. Skoczny (dir. pub.) (2015), *An Elusive Convergence – Rights of Defence in Competition Matters in the Jurisprudence of the CJEU*, Edward Elgar Publishing. [5]
- OCDE (2018), *Compte rendu de la table ronde sur les défis et la coordination des programmes de clémence*, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/M\(2018\)1/ANN1/FINAL&docLanguage=Fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/M(2018)1/ANN1/FINAL&docLanguage=Fr). [21]
- OCDE (2018), *Investigative Powers In Practice – Breakout Session 3: Due Process In*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2018\)9/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)9/en/pdf). [13]
- OCDE (2018), *Peer Reviews of Competition Law and Policy: Greece*, <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-greece-2018.htm>. [14]
- OCDE (2018), *Traitement, dans les affaires de concurrence, des informations couvertes par le*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)5/fr/pdf). [12]
- OCDE (2016), *Décisions d’engagements dans les affaires de concurrence - Note de réflexion du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)7/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)7/fr/pdf). [10]
- OCDE (2016), *Résumé de la table ronde sur les décisions d’engagements dans les affaires de concurrence organisée lors*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)1/ANN5/FINAL/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)1/ANN5/FINAL/fr/pdf). [11]
- OCDE (2015), *Competition Co-Operation and Enforcement: Inventory of Co-operation Agreements*, <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-inventory-provisions-exchange-of-information.pdf>. [22]
- OCDE (2015), *Relations entre action publique et actions privées pour l’application du droit de la concurrence - Note du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2015\)14/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2015)14/fr/pdf). [15]

- OCDE (2014), *Recommandation du Conseil concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence*, [19]
<https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0408>.
- OCDE (2013), *Coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence : Rapport du Secrétariat sur l'enquête de l'OCDE et du RIC consacrée à la coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence*, [35]
<https://www.oecd.org/daf/competition/Coop%C3%A9rationinternationale2013.pdf>.
- OCDE (2012), *Improving International Co-operation in Cartel Investigations*, [17]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2012\)16/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2012)16/en/pdf).
- OCDE (2012), *Procedural Fairness and Transparency*, [1]
<https://www.oecd.org/competition/abuse/proceduralfairnessandtransparency-2012.htm>.
- OCDE (2011), *Cross-Border Merger Control: Challenges for Developing and Emerging Economies*, [20]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2011\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2011)13/en/pdf).
- OCDE (2005), *Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions*, [30]
<https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0333>.
- PaRR (2015), *EC Six Months Slower in Publishing Cartel Decisions Than Before 2010*, <https://app.parr-global.com/intelligence/view/prime-1946130>. [25]
- RIC (2019), *Recommended Practices for Investigative Process*. [8]
- RIC (2014), *ICN Agency Effectiveness Project on Investigative Process: Competition Agency Confidentiality Practices*. [9]
- RIC (2002-2018), *Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*. [18]
- Wils, W. et H. Abbott (2019), « Access to the File in Competition Proceedings before the European Commission », *World Competition*, vol. 42/3. [4]
- Yoo, C. et H. Wendland (2019), « Procedural Fairness in Antitrust Enforcement: The U.S. Perspective », *Faculty Scholarship at Penn Law*. [7]