

**Commentaires de l'Association des Avocats Pratiquant le Droit de la concurrence sur le
projet de la Commission européenne de
« 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 »**

- (1) Par un communiqué de presse du 29 juillet 2019, la Commission européenne (« **Commission** ») a soumis à consultation publique un projet de communication visant à aider les juridictions nationales à traiter les demandes de divulgation d'informations confidentielles dans les procédures de mise en œuvre du droit de la concurrence de l'Union européenne sur l'initiative de la sphère privée (« **Projet de Communication** »).
- (2) Selon la Commission, l'objectif du Projet de Communication est de fournir aux juridictions nationales des « orientations pratiques », non contraignantes, leur permettant de parvenir à un exercice équilibré de leurs pouvoirs quant à l'accès et à la protection d'informations confidentielles divulguées à l'occasion de procédures de mise en œuvre du droit de la concurrence.
- (3) L'objet de la présente note est de présenter les réflexions du groupe de travail de l'Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (« **APDC** ») consacré à l'examen du Projet de Communication.
- (4) Outre une observation préliminaire sur la portée du Projet de Communication, l'APDC considère que trois séries de précisions pourraient être apportées par la Commission.

I. Observations préliminaires sur la portée du Projet de Communication

- (5) La protection des informations confidentielles dans le cadre d'actions privées en dommages et intérêts ne soulève pas systématiquement des difficultés dans l'ensemble des dossiers de ce type. En effet, lorsque les pratiques anticoncurrentielles en cause sont datées (elles remontent souvent à plus de dix ou quinze années), les informations y afférentes sont historiques et ne revêtent pas toujours un caractère confidentiel d'une acuité particulière.
- (6) Par ailleurs, si le Projet de Communication mentionne comme objectif la protection des informations confidentielles, qui constitue un principe général du droit de l'UE¹ et dont le manquement est susceptible de porter atteinte aux intérêts d'une ou plusieurs des parties, il ne mentionne pas le fait que la transmission d'informations confidentielles dans le cadre d'une procédure en dommages et intérêts peut potentiellement relever d'un échange d'informations sensibles du point de vue de la concurrence et ainsi être sanctionnée sur le fondement de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il semblerait utile que le Projet de Communication rappelle ce point très important.

II. Précisions quant à la notion d'information confidentielle

- (7) Le Projet de Communication vise la notion d'information confidentielle, qui n'a pas de définition légale. La directive 2014/104² mentionne cette notion à plusieurs reprises sans toutefois la définir³. Il en est de même en droit français, selon lequel cette notion est mentionnée sans être

¹ Projet de Communication, §21.

² Directive 2014/104 du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JO UE L. 349 du 5 décembre 2014

³ Directive 2014/104, considérants 18 et 33, articles 5 §3 c), 5 §4 et 8 §1 c)

définie dans le décret d'application du 9 mars 2017⁴ et dans la circulaire de 2017⁵. L'ordonnance du 9 mars 2017⁶ ayant transposé en droit français la directive 2014/104 n'y fait pas référence et ne vise que le secret des affaires.

- (8) Selon le paragraphe 23 du Projet de Communication, les informations confidentielles englobent notamment les "secrets d'affaires", lesquels sont définis par l'article 2 §1 de la directive 2016/943⁷, à laquelle le Projet de Communication indique se conformer⁸. Cette définition est partagée, pour l'essentiel, par les dispositions de la loi française ayant transposé la directive⁹.
- (9) Toutefois, le Projet de Communication prend le soin de préciser qu'il existe des informations confidentielles qui ne sont pas des secrets d'affaires : « *Les secrets d'affaires doivent donc, par définition, être considérés comme des informations confidentielles* » sans toutefois y être limité, la Commission visant « *d'autres types d'informations (pouvant) être considérées comme confidentielles* »¹⁰. A ce titre, le Projet de Communication renvoie le juge national à une analyse au cas par cas¹¹ et exclut toute tentative de définition harmonisée :

*« les juridictions nationales **doivent prendre en considération les règles nationales ou la jurisprudence nationale** pertinente définissant les informations confidentielles. C'est la raison pour laquelle la présente communication ne contient **aucune définition de ce qui constitue une information confidentielle dans le cadre de la mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UE** sur l'initiative de la sphère privée par les juridictions nationales. »*¹²

- (10) Or, le Projet de Communication indique qu'il « **est possible de s'inspirer** de la jurisprudence des juridictions de l'UE, qui qualifie de confidentielles les informations » remplissant plusieurs conditions cumulatives rappelées expressément¹³.
- (11) Le Projet de Communication ne définit donc pas les informations confidentielles autres que les secrets d'affaires et confie aux juges nationaux le soin d'analyser cette notion au cas par cas, à l'aune du droit national, tout en les orientant vers les caractéristiques dégagées par la jurisprudence des juridictions de l'UE.
- (12) **L'absence de définition claire et harmonisée de la notion d'information confidentielle, combinée à une multiplication des renvois à d'autres sources de droit (que ce soit à la directive sur le secret des affaires, aux règles et à la jurisprudence nationale, ou encore à la jurisprudence de l'UE), rend la notion d'information confidentielle particulièrement**

⁴ Décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, JO RF du 10 mars 2017 ; anciens articles R. 483-2 et suivants du Code de commerce ; nouvel article L. 153-1 du Code de commerce

⁵ Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, BOMJ n°2017-03 du 31 mars 2017 – JUSC1708788C

⁶ Ordonnance 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, JO RF du 10 mars 2017

⁷ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, JO UE L. 157 du 15 juin 2016

⁸ Projet de Communication, §8 et §22

⁹ Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JO RF du 31 juillet 2018 ; article L.151-1 du Code de commerce

¹⁰ Projet de Communication, §23

¹¹ Projet de Communication, §24

¹² Projet de Communication, § 25 – soulignement ajouté

¹³ Projet de Communication, §25 – soulignement ajouté

floue et parait dès lors susceptible de créer davantage de confusion que de clarté dans l'esprit du juge et des parties.

- (13) Sur ce point, le Projet de Communication pourrait être clarifié et à tout le moins supprimer au point 25 la phrase commençant par « C'est la raison » et se terminant par « par les juridictions nationales », pour continuer par « Il est à cet égard possible ... ». Il pourrait par ailleurs fournir des exemples concrets d'informations confidentielles, qui ne constituent pas des secrets d'affaires, ou encore prévoir une définition de la notion d'information confidentielle "en creux", c'est-à-dire lister les catégories d'informations insusceptibles de comporter des informations confidentielles (données publiques, historiques, agrégées, etc.). Cela permettrait notamment de réduire les risques de situations dans lesquelles des demandes de protection d'informations confidentielles soient formulées à titre purement dilatoire. Enfin à la note de bas de page nr25 il pourrait être utilement précisé, en miroir de ce qui est indiqué que certaines informations peuvent être protégées pour des périodes supérieures à cinq ans il n'est pas exclu que selon les caractéristiques d'un secteur ou d'une activité économique des informations peuvent ne bénéficier du secret des affaires que pour une durée qui peut être inférieure à cinq ans.

III. Précisions quant à l'articulation des différents instruments de droit de l'Union applicables à la production de preuves

- (14) Le Projet de Communication renvoie, explicitement ou implicitement, à plusieurs instruments existants de l'ordre juridique de l'Union européenne. Il apparaît toutefois difficile, à la lecture du Projet de Communication, **d'identifier clairement les éléments qui relèvent ou découlent des dispositions du droit de l'Union déjà existantes ou des propositions formulées par ledit Projet de Communication.**
- (15) Ainsi, le Projet de Communication vise notamment deux instruments juridiques de droit de l'Union susceptibles de s'appliquer à la question de la production de preuve, que celle-ci soit formulée *inter partes* ou vis-à-vis d'une autorité nationale de concurrence d'un Etat membre. Il s'agit :
- du règlement sur l'accès du public aux documents des institutions de l'UE (n°1049/2001)¹⁴ ;
et
 - du règlement sur la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (n°1206/2001)¹⁵.
- (16) Ces deux règlements sont expressément visés par la directive 2014/104, qui rappelle que les mécanismes de production de preuves prévus par ses articles 5 et 6 sont rédigés sans préjudice des droits et obligations découlant des règlements 1049/2001 et 1206/2001¹⁶.
- (17) La référence à chacun de ces deux règlements n'est toutefois pas énoncée de façon suffisamment claire.
- (18) D'une part, le Projet de Communication ne comporte aucune référence au règlement 1206/2001, notamment dans la partie II C relative à la coopération entre Etats membres, qui se borne à évoquer l'accès aux informations contenues dans les dossiers de la Commission. La référence à ce règlement pourrait éclairer la question de l'accès aux documents contenus non

¹⁴ Règlement 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, JO L. 145 du 31 mai 2001

¹⁵ Règlement 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, JO UE L. 174 du 27 juin 2001

¹⁶ Directive 2014/104, articles 5 §1 et 6 §2

seulement dans le dossier de la Commission mais également dans les dossiers des autorités nationales de concurrence.

- (19) D'autre part, le Projet de Communication fait une référence ambiguë au règlement 1049/2001, dont l'applicabilité est expressément rappelée¹⁷, mais au sujet duquel une note de bas de page précise que « *ledit règlement ne répond pas aux besoins spécifiques des demandeurs qui réclament des dommages et intérêts pour des infractions au droit de la concurrence de l'UE* »¹⁸. Toutefois, sous réserve pour le demandeur d'en établir la nécessité et pour le juge de mettre en balance les intérêts justifiant la communication de tels documents et la protection de ceux-ci, l'accès à des informations protégées par l'article 6 §5 de la directive 2014/104 (« liste grise ») pourrait être accordé sur le fondement du règlement 1049/2001. Contrairement à ce que semble sous-entendre le Projet de Communication, les dispositions de ce règlement sont donc applicables dans le cadre d'actions en dommages-intérêts à la suite d'une violation du droit de la concurrence et selon une portée qui devrait être éclairée. La Communication pourrait donc préciser ce point.
- (20) Par ailleurs, le Projet de Communication vise deux règlements relatifs au traitement des données à caractère personnel (règlements 2018/1725 et 2016/679), sans toutefois préciser ni leur applicabilité ni leur pertinence quant à la question de la protection des informations confidentielles. Des précisions à cet égard seraient particulièrement utiles compte tenu de l'entrée en vigueur récente de ces instruments juridiques, susceptibles d'être encore relativement mal connues ou maîtrisées.
- (21) **Au total, compte tenu de l'enchevêtrement des règles applicables en la matière, le Projet de Communication pourrait rappeler le cadre juridique applicable, avant de dresser les mesures proposées, ce qui permettrait au lecteur de mieux distinguer l'état du droit existant des innovations proposées. Un exercice similaire pourrait être conduit par chacune des autorités de concurrence au niveau national.**

IV. Précisions quant aux mesures procédurales proposées aux juridictions nationales

- (22) Le Projet de Communication propose aux juridictions nationales, à titre de « *source d'inspiration et de recommandation non-contraignante* »¹⁹ diverses mesures pouvant, « *sous réserve de leur disponibilité en vertu des règles de procédure des Etats membres* »²⁰, être utilisées par les juridictions nationales conformément aux règles de procédure nationales pour encadrer l'accès et la divulgation d'informations confidentielles.
- (23) A ce titre, le Projet de Communication complète la directive 2014/104 qui ne prévoit pas de telles mesures.
- (24) Certaines des mesures proposées, à savoir la constitution de « *cercles de confidentialité* »²¹, l'expurgation de certains documents et la nomination d'experts²² existent déjà devant les juridictions françaises où l'ensemble des parties concernées par le litige a déjà utilisé ces mécanismes dans le cadre de plusieurs procédures. De même, le droit français a accordé au

¹⁷ Projet de Communication, §7

¹⁸ Projet de Communication, Note de bas de page n°5, p. 2 ; Trib. UE, 12 mai 2015, aff. T-623/13, Unión de Almacenistas de Hierros de España / Commission européenne

¹⁹ Projet de Communication, §30

²⁰ Projet de Communication, §35

²¹ Projet de Communication, §36-72

²² Projet de Communication, §86-97

juge le droit, dès la transposition de la directive 2014/104, de tenir audience ou de rendre des décisions à huis clos, ainsi que de restreindre la publication de décisions²³.

- (25) Les précisions relatives aux modalités d'accès aux archives judiciaires²⁴ susceptibles de contenir des informations confidentielles paraissent utiles, dans la mesure où, à notre connaissance, aucune disposition n'existe en droit français à ce sujet. Il est précisé que la Cour de cassation française travaille actuellement sur la collecte et la diffusion des décisions de l'ordre judiciaire et la mise à disposition du public d'une base de données unique des décisions de justice de l'ordre judiciaire, ce qui a fait l'objet d'une déclaration commune avec le Conseil National des Barreaux (CNB) le 25 mars 2019.
- (26) Toutefois, dans la mesure où ces mécanismes dépendent intégralement des règles de procédure nationales, il semble utile de comprendre quelle pourrait être la portée des précisions apportées par le Projet de Communication.
- (27) S'agissant des juridictions dans lesquelles ces mesures sont déjà prévues par les textes législatifs et réglementaires et/ou connues et usitées, le Projet de Communication ne paraît pas susceptible de modifier la pratique des juges en la matière.
- (28) S'agissant des juridictions dans lesquelles de telles mesures ne sont pas expressément prévues par les textes législatifs et réglementaires, le Projet de Communication pourrait les inviter à intégrer ces mesures au droit positif et/ou à permettre leur mise en œuvre pratique en s'assurant de leur conformité avec le droit national.

²³ Projet de Communication, §73-85, §101-104, §105-107 ; anciens articles L. 483-2 et R. 483-2 du Code de commerce ; nouvel article L. 153-1 du Code de commerce

²⁴ Projet de Communication, §108-111