

II

(Communications)

COMMUNICATIONS PROVENANT DES INSTITUTIONS, ORGANES ET
ORGANISMES DE L'UNION EUROPÉENNE

COMMISSION EUROPÉENNE

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

Communication relative à la protection des informations confidentielles par les juridictions nationales dans les procédures de mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union européenne sur l'initiative de la sphère privée

(2020/C 242/01)

I. CHAMP D'APPLICATION ET OBJET DE LA PRÉSENTE COMMUNICATION

1. La présente communication concerne la protection des informations confidentielles dans les procédures civiles devant les juridictions nationales ayant trait à l'application des articles 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne («TFUE»).
2. En fonction des règles nationales applicables, les actions de mise en œuvre des règles de concurrence sur l'initiative de la sphère privée devant les juridictions nationales de l'Union européenne peuvent prendre différentes formes: actions en dommages et intérêts, actions déclaratoires ou actions en cessation. Ces dernières années ont été marquées par une augmentation rapide du nombre d'actions de suivi en dommages et intérêts par lesquelles les victimes d'une infraction au droit de la concurrence demandent des dommages et intérêts à la suite de la décision d'une autorité de concurrence ou d'une décision définitive d'une instance de recours ⁽¹⁾.
3. L'accès aux preuves est important pour faire respecter les droits que les particuliers, ce qui inclut les consommateurs et les entreprises, ou les pouvoirs publics tirent des articles 101 et 102 du TFUE dans les actions de mise en œuvre sur l'initiative de la sphère privée engagées devant les juridictions nationales.
4. Les juridictions nationales peuvent ainsi recevoir des demandes de production d'éléments de preuve dans le cadre de procédures de mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union européenne sur l'initiative de la sphère privée. Les juridictions nationales devront veiller à l'efficacité des actions de mise en œuvre sur l'initiative de la sphère privée en donnant accès aux informations pertinentes pour étayer la demande ou le moyen de défense si les conditions permettant leur communication sont remplies. Dans le même temps, les juridictions nationales doivent protéger les intérêts de la partie ou du tiers dont les informations confidentielles font l'objet d'une demande de divulgation.
5. Les juridictions nationales doivent dès lors disposer d'un arsenal de mesures pour protéger les informations confidentielles, sans toutefois entraver l'accès effectif des parties à la justice ou l'exercice du droit à réparation intégrale ⁽²⁾.
6. En particulier, dans le cadre des actions en dommages et intérêts, la directive relative aux dommages et intérêts ⁽³⁾ oblige les États membres à veiller à ce que les juridictions nationales soient habilitées à ordonner la production de preuves contenant des informations confidentielles lorsqu'un certain nombre de critères sont remplis. Les États

⁽¹⁾ Jean-François Laborde, *Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges* (édition 2019), Revue Concurrences n° 4-2019, article n° 92227, novembre 2019, disponible sur le site www.concurrences.com.

⁽²⁾ En ce qui concerne le droit de demander réparation, voir l'arrêt de la Cour du 5 juin 2014, *Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur AG*, affaire C-557/12, EU:C:2014:1317, points 21 et 22.

⁽³⁾ Directive 2014/104/UE 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 L 349 du 5.12.2014, p. 1) (la «directive relative aux dommages et intérêts»).

membres veillent également à ce que les juridictions nationales disposent de mesures efficaces de protection de ces informations confidentielles tout en assurant l'exercice du droit à réparation intégrale ⁽⁴⁾. Il s'agit d'une disposition importante, car les juridictions nationales peuvent disposer de ressources limitées pour traiter les demandes de production de preuves.

7. Dans ce contexte, la présente communication énumère les mesures que les juridictions nationales peuvent envisager de prendre relativement à la production d'informations confidentielles dans les actions de mise en œuvre sur l'initiative de la sphère privée.
8. La présente communication se veut une source d'inspiration fournissant des orientations aux juridictions nationales et n'a pas de caractère contraignant pour ces dernières. Elle ne modifie en rien les législations existantes de l'Union européenne ⁽⁵⁾ ou des États membres ni les règles de procédure nationales applicables aux procédures civiles ou au secret professionnel ⁽⁶⁾. En particulier, les mesures visant à protéger les informations confidentielles décrites à la section III de la présente communication peuvent être utilisées si elles sont disponibles et compatibles avec les règles nationales, ainsi qu'avec les droits des parties dans les procédures judiciaires, tels qu'ils sont reconnus par le droit de l'Union européenne et le droit national.

II. DEMANDES DE PRODUCTION D'ÉLÉMENTS DE PREUVE CONTENANT DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES

A. Considérations à prendre en compte dans les demandes de production d'éléments de preuve

9. Dans le contexte de la mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union européenne sur l'initiative de la sphère privée, la capacité des parties à des procédures civiles [demandeur(s) et défendeur(s)] d'exercer effectivement leurs droits peut dépendre de la possibilité d'accéder à des éléments de preuve pertinents. Or, il arrive que la partie qui supporte la charge de la preuve ne soit pas en possession de ces éléments ou n'y ait pas facilement accès.
10. Par conséquent, à la demande d'une partie, les juridictions nationales peuvent décider d'ordonner la production d'éléments de preuve. Cette production sera soumise aux règles de procédure nationales ainsi qu'à des considérations relatives à l'économie procédurale et administrative.
11. En particulier, pour les actions en dommages et intérêts, la directive relative aux dommages et intérêts oblige les États membres à prévoir le droit pour les demandeurs et les défendeurs d'obtenir la production des éléments de preuve qui se rapportent à leur demande ou à leur défense dans les conditions ci-après ⁽⁷⁾.
12. Premièrement, les juridictions nationales déterminent si la demande de dommages et intérêts est plausible et si la demande de production de preuves concerne des preuves pertinentes et est proportionnée ⁽⁸⁾. La directive relative aux dommages et intérêts prévoit que, lorsqu'elles évaluent la proportionnalité d'une demande, les juridictions nationales prennent en considération l'étendue et le coût de la production de preuves, y compris afin d'éviter toute recherche non spécifique d'informations dont il est peu probable qu'elles soient pertinentes pour les parties à la procédure. Autrement dit, les demandes de production de preuves trop vastes ou générales sont susceptibles de ne pas répondre à ces exigences ⁽⁹⁾.

⁽⁴⁾ Voir l'article 5 de la directive relative aux dommages et intérêts. Voir également le considérant 18 de la directive relative aux dommages et intérêts.

⁽⁵⁾ La présente communication n'affecte pas, par exemple, les dispositions du règlement (CE) no 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 L 174 du 27.6.2001, p. 1), du règlement (UE) 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données (JO L 295 du 21.11.2018, p. 39) ou du 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 (JO L 119 du 4.5.2016, p. 1).

La présente communication n'affecte pas davantage le règlement (CE) no 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 31.5.2001, p. 43) qui concerne la transparence et la production d'informations au grand public; voir l'arrêt du Tribunal du 12 mai 2015, Unión de Almacenistas de Hierros de España/Commission, affaire T-623/13, EU:T:2015:268, point 86, et l'arrêt de la Cour du 27 février 2014, Commission/EnBW Énergie Baden-Württemberg AG, affaire C-365/12 P, EU:C:2014:112, points 100-109. À la suite de la transposition de la directive relative aux dommages et intérêts, les demandeurs peuvent s'appuyer totalement sur les règles nationales transposant les articles 5 et 6 de ladite directive pour obtenir la production d'informations pertinentes.

⁽⁶⁾ Pour les actions en dommages et intérêts, voir l'article 5, paragraphe 6, de la directive relative aux dommages et intérêts.

⁽⁷⁾ Voir le considérant 15 et l'article 5, paragraphe 1, de la directive relative aux dommages et intérêts.

⁽⁸⁾ Voir l'article 5, paragraphes 1 et 3, de la directive relative aux dommages et intérêts. Voir également les observations adressées par la Commission, en vertu de l'article 15, paragraphe 3, du règlement (CE) no 1/2003, à la Haute Cour de justice du Royaume-Uni le 27 janvier 2017 dans l'affaire EURIBOR, point 24, disponibles à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_amicus_curiae.html

⁽⁹⁾ Voir le considérant 23 de la directive relative aux dommages et intérêts sur le principe de proportionnalité et la nécessité de prévenir la «pêche aux informations», c'est-à-dire les demandes non spécifiques ou trop vastes d'informations qui sont peu susceptibles d'être pertinentes pour les parties à la procédure.

13. Deuxièmement, les demandes de production de preuves doivent concerner des éléments de preuves bien précis ou des catégories pertinentes de preuves circonscrites «*de manière aussi précise et étroite que possible*», sur la base de données factuelles raisonnablement disponibles ⁽¹⁰⁾. Une catégorie de preuves peut être identifiée par référence à des caractéristiques communes de ses éléments constitutifs tels que la nature, l'objet ou le contenu des documents dont la production est demandée, à la période durant laquelle ils ont été établis, ou à d'autres critères. Par exemple, une demande de catégorie de preuves pourrait regrouper les données relatives aux ventes d'un produit Y effectuées par une société A à une société B entre les années N et N + 5.
14. Troisièmement, en ce qui concerne la production de preuves figurant dans le dossier de la Commission ou d'une autorité nationale de concurrence, la directive relative aux dommages et intérêts précise que, lorsqu'elle évalue la proportionnalité d'une injonction de production d'informations, la juridiction nationale doit notamment examiner si «*la demande a été formulée de façon spécifique quant à la nature, à l'objet ou au contenu des documents soumis à une autorité de concurrence ou détenus dans le dossier de celle-ci, ou s'il s'agit d'une demande non spécifique concernant des documents soumis à une autorité de concurrence*» ⁽¹¹⁾.
15. Il convient de rappeler que la directive relative aux dommages et intérêts dispose que les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction ne peuvent à aucun moment être produites (documents dits de la «liste noire») ⁽¹²⁾. En outre, si la Commission ou une autorité nationale de concurrence n'a pas encore clos sa procédure, la juridiction nationale ne peut ordonner la production d'informations préparées par une personne physique ou morale expressément aux fins de la procédure engagée par une autorité de concurrence, d'informations établies par l'autorité de concurrence et envoyées aux parties au cours de sa procédure ou de propositions de transaction qui ont été retirées (documents dits de la «liste grise») ⁽¹³⁾.
16. Les juridictions nationales peuvent enjoindre à l'une ou l'autre des parties (défendeur et/ou demandeur) ou à des tiers de produire des informations qui se trouvent en leur possession ⁽¹⁴⁾. Dans la plupart des cas, l'une des parties ou un tiers à la procédure sera en possession des éléments de preuve requis. Dans certains cas, le ou les défendeurs seront en possession d'éléments de preuve pertinents pour constater une infraction ou définir son étendue temporelle, obtenus en accédant au dossier d'une autorité de concurrence (documents préexistants, réponses à des demandes de renseignements, etc.). Dans d'autres cas, par exemple lors d'une action en dommages et intérêts, le défendeur ou le demandeur pourrait être en possession d'éléments de preuve supplémentaires qui ne figureraient pas dans le dossier d'une autorité de concurrence mais qui sont pertinents pour une demande de dommages et intérêts ou en défense (par exemple, en ce qui concerne le lien de causalité entre l'infraction et le préjudice, la quantification du préjudice ⁽¹⁵⁾, l'estimation d'une éventuelle «répercussion» d'un surcoût par les défendeurs ⁽¹⁶⁾, etc.). Ce peut être notamment le cas des informations relatives aux prix spécifiques appliqués aux différents clients, aux recettes ou à d'autres données telles que le comportement des acheteurs en matière de prix, etc.
17. Si les parties ou tout autre tiers ne peuvent pas produire les éléments de preuve demandés et que la demande concerne un document figurant dans le dossier de la Commission ou d'une autorité nationale de concurrence, la juridiction nationale peut leur adresser une injonction de production ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁰⁾ Voir le considérant 16 et l'article 5, paragraphe 2, de la directive relative aux dommages et intérêts.

⁽¹¹⁾ Article 6, paragraphe 4, point a), de la directive relative aux dommages et intérêts.

⁽¹²⁾ Article 6, paragraphe 6, de la directive relative aux dommages et intérêts.

⁽¹³⁾ Article 6, paragraphe 5, de la directive relative aux dommages et intérêts.

⁽¹⁴⁾ Article 5, paragraphe 1, de la directive relative aux dommages et intérêts.

⁽¹⁵⁾ Communication de la Commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO C 167 du 13.6.2013, p. 19) et guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (11.6.2013).

⁽¹⁶⁾ Ainsi, si le défendeur prétend que le demandeur a répercuté sur ses propres clients le surcoût résultant de l'infraction (ce que l'on appelle le «moyen de défense invoquant la répercussion du surcoût»), le défendeur peut demander l'accès à des preuves en possession du demandeur ou de tiers. Voir les orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût répercutée sur les acheteurs indirects (JO C 267 du 9.8.2019, p. 4).

⁽¹⁷⁾ Voir l'article 4, paragraphe 3, du TUE sur le principe de coopération loyale entre l'Union et les États membres, l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) no 1/2003 sur les demandes d'information adressées à la Commission. Voir également l'article 6, paragraphe 10, de la directive relative aux dommages et intérêts, qui dispose que la production de preuves par une autorité de concurrence ne doit être envisagée qu'en dernier recours («[l]es États membres veillent à ce que les juridictions nationales demandent la production, par l'autorité de concurrence, de preuves contenues dans son dossier uniquement lorsque aucune des parties ou aucun tiers ne peut raisonnablement fournir lesdites preuves»).

B. Informations confidentielles

18. La protection des secrets d'affaires et des autres informations confidentielles est consacrée par l'article 339 du TFUE et constitue également un principe général du droit de l'Union ⁽¹⁸⁾. Toutefois, le caractère confidentiel des informations n'est pas un obstacle absolu à leur divulgation dans le cadre des procédures nationales ⁽¹⁹⁾. Les juridictions nationales décideront, au cas par cas, de ce qui peut constituer des informations confidentielles pour la mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union européenne sur l'initiative de la sphère privée en vertu des règles des États membres et de l'Union européenne ainsi qu'à la jurisprudence pertinente.
19. C'est pourquoi la présente communication ne cherche pas à fournir une définition de la notion d'informations confidentielles. Il est toutefois possible de s'inspirer de la jurisprudence des juridictions de l'Union européenne et de la pratique de la Commission ⁽²⁰⁾.
20. Les juridictions de l'Union européenne considèrent comme confidentielles les informations qui remplissent les conditions cumulatives suivantes ⁽²¹⁾:
 - i) elles ne sont connues que par un nombre restreint de personnes;
 - ii) leur divulgation est susceptible de causer un préjudice sérieux à la personne qui les a fournies ou à des tiers;
 - iii) les intérêts susceptibles d'être lésés par la divulgation des informations confidentielles sont objectivement dignes de protection.
21. En ce qui concerne la première condition, l'information peut perdre son caractère confidentiel dès qu'elle est «*accessible aux milieux spécialisés ou qu'elle [peut] être déduite des informations mises à la disposition du public*» ⁽²²⁾.
22. En ce qui concerne la deuxième condition, il convient de noter que pour évaluer la possibilité de causer un préjudice, il est pertinent d'examiner d'abord la nature des informations. La divulgation d'informations ayant une valeur commerciale, financière ou stratégique est généralement considérée comme susceptible de causer un préjudice

⁽¹⁸⁾ Voir l'arrêt de la Cour du 14 février 2008, *Varec/État belge*, affaire C-450/06, EU:C:2008:91, point 49. Voir également les arrêts de la Cour du 24 juin 1986, *Akzo Chemie/Commission*, affaire C-53/85, EU:C:1986:256, point 28; du 19 mai 1994, *SEP/Commission*, affaire C-36/92 P, EU:C:1994:205, point 37; et du 19 juin 2018, *Baumeister*, affaire C-15/16, EU:C:2018:464, point 53. La protection des informations confidentielles est également un corollaire du droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale, consacré à l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, (JO C 326 du 26.10.2012, p. 391) (voir aussi l'arrêt *Varec/État belge*, précité, point 48).

⁽¹⁹⁾ Arrêt du Tribunal du 18 septembre 1996, *Postbank*, affaire T-353/94, EU:T:1996:119, points 66 et 89; voir également, comme source d'inspiration, la communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE (JO C 101 du 27.4.2004, p. 54) (la «communication sur la coopération avec les juridictions nationales»), point 24; et la 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 (JO C 325 du 22.12.2005, p. 7) (la «communication sur l'accès au dossier»), point 24. Voir également les articles 3 et 9 de la 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 L 157 du 15.6.2016, p. 1) (la «directive sur les secrets d'affaires»).

⁽²⁰⁾ Voir, par exemple, la communication sur l'accès au dossier, points 17-19, le chapitre 11 du manuel de procédure de la DG Concurrence relatif à l'application des articles 101 et 102 du TFUE (disponible en anglais à l'adresse https://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_11_2019_en.pdf) et les orientations relatives aux demandes de confidentialité présentées au cours des procédures de la Commission concernant des pratiques anticoncurrentielles, points 8-17 (disponible en anglais à l'adresse https://ec.europa.eu/competition/antitrust/business_secrets_en.pdf).

Toutefois, selon les circonstances, les juridictions nationales peuvent avoir besoin de réévaluer la confidentialité des informations dans le cadre d'actions de mise en œuvre sur l'initiative de la sphère privée, même si cette confidentialité avait été établie dans le cadre de la mise en œuvre publique du droit de la concurrence de l'Union européenne. Par exemple, les parties à une procédure administrative peuvent avoir présenté des demandes de confidentialité vis-à-vis d'autres parties à la procédure administrative mais peuvent devoir présenter d'autres demandes vis-à-vis des parties qui demandent la production d'informations devant la juridiction nationale dans le cadre d'une procédure civile. Cette remarque vaudrait également pour les tiers auprès desquels la Commission ou une autorité nationale de concurrence aurait pu obtenir des informations au cours de la procédure administrative. Compte tenu du temps écoulé entre les différentes procédures, il peut également être utile de réévaluer les informations afin de savoir si elles ont perdu ou non leur caractère confidentiel (voir, également, le point 22 ci-après).

⁽²¹⁾ Arrêts du Tribunal du 30 mai 2006, *Bank Austria/Commission*, affaire T-198/03, EU:T:2006:136, point 71, du 8 novembre 2011, *Idromacchine/Commission*, affaire T-88/09, EU:T:2011:641, point 45, du 28 janvier 2015, *Akzo Nobel e.a./Commission*, affaire T-345/12, EU:T:2015:50, point 65, et arrêt de la Cour du 14 mars 2017, *Evonik Degussa/Commission*, affaire C-162/15 P, EU:C:2017:205, point 107.

⁽²²⁾ Voir, par exemple, les ordonnances du Tribunal du 19 juin 1996, *NMH Stahlwerke/Commission*, affaires jointes T-134/94, etc., EU:T:1996:85, point 40, du 29 mai 1997, *British Steel/Commission*, affaire T-89/96, EU:T:1997:77, point 29, du 15 juin 2006, *Deutsche Telekom/Commission*, affaire T-271/03, EU:T:2006:163, points 64 et 65, et du 2 mars 2010, *Telefónica/Commission*, affaire T-336/07, EU:T:2008:299, points 39, 63 et 64; voir aussi la communication sur l'accès au dossier, point 23.

sérieux ⁽²³⁾. Deuxièmement, il y a lieu de savoir si les informations sont récentes ou non. Les informations sensibles d'un point de vue commercial concernant une relation d'affaires en cours ou à venir, les plans d'entreprise internes et d'autres informations commerciales prospectives peuvent souvent être considérées (au moins partiellement) comme des informations confidentielles. Ces informations peuvent toutefois perdre leur caractère confidentiel lorsqu'elles ont «perdu leur importance commerciale du fait de l'écoulement du temps» ⁽²⁴⁾.

23. En ce qui concerne la troisième condition, l'intérêt d'une partie à se protéger ou à protéger sa réputation contre une éventuelle condamnation à des dommages et intérêts prononcée par une juridiction nationale en conséquence de sa participation à une infraction au droit de la concurrence ne constitue pas un intérêt digne de protection ⁽²⁵⁾.
24. Enfin, les secrets d'affaires tels que définis dans la directive sur les secrets d'affaires doivent être considérés comme des informations confidentielles ⁽²⁶⁾.

C. Coopération entre la Commission et les juridictions nationales dans le contexte de la production de preuves

25. Dans les procédures civiles d'application des articles 101 et 102 du TFUE, une juridiction nationale peut, en vertu de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil ⁽²⁷⁾, demander à la Commission de lui communiquer un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles de concurrence de l'Union européenne ou des informations juridiques, économiques ou de procédure en sa possession conformément au principe de coopération loyale prévu à l'article 4, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne ⁽²⁸⁾.
26. La directive relative aux dommages et intérêts prévoit que les juridictions nationales peuvent, par exemple, demander la production de preuves contenues dans le dossier de la Commission lorsque aucune des parties ou aucun tiers ne peut raisonnablement les fournir ⁽²⁹⁾. À cet égard, il convient de rappeler que, comme indiqué ci-dessus, la Commission ne transmettra jamais les documents figurant sur la liste noire et ne transmettra pas non plus ceux sur la liste grise tant que la procédure correspondante n'est pas close (voir le point 15 ci-dessus) ⁽³⁰⁾.
27. Par ailleurs, en offrant sa coopération aux juridictions nationales, la Commission ne peut en aucun cas porter atteinte aux garanties conférées aux personnes physiques et morales en vertu du principe de secret professionnel consacré à l'article 339 du TFUE et à l'article 28 du règlement (CE) n° 1/2003 ⁽³¹⁾.

⁽²³⁾ Cela vaut également pour la protection des tiers contre le risque de représailles de la part d'un concurrent ou d'un partenaire commercial capable d'exercer sur eux une pression commerciale ou économique significative. Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 6 avril 1995, BPB Industries et British Gypsum/Commission, affaire C-310/93, EU:C:1995:101, points 26 et 27.

⁽²⁴⁾ Des informations qui étaient confidentielles, mais qui datent de cinq ans ou plus, doivent être considérées comme historiques, à moins, exceptionnellement, que le demandeur ne démontre qu'elles constituent toujours des éléments essentiels de sa position commerciale ou de celle de tiers concernés; voir à cet égard Evonik Degussa/Commission, précité, point 64; Baumeister, précité, point 54; et l'arrêt du Tribunal du 15 juillet 2015, Pilkington Group Ltd/Commission, affaire T-462/12, EU:T:2015:508, point 58. Voir également la communication sur l'accès au dossier, point 23.

⁽²⁵⁾ Arrêt du Tribunal du 15 décembre 2011, CDC Hydrogene Peroxide/Commission, affaire T-437/08, EU:T:2011:752, point 49 [«[...] l'intérêt d'une société ayant participé à une entente d'éviter de telles actions ne saurait être qualifié d'intérêt commercial et, en tout état de cause, ne constitue pas un intérêt digne de protection, eu égard notamment au droit qu'a toute personne de demander réparation du préjudice que lui aurait causé un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence (arrêts de la Cour du 20 septembre 2001, Courage et Crehan, C-453/99, Rec. p. I-6297, points 24 et 26, et du 13 juillet 2006, Manfredi e.a., C-295/04 à C-298/04, Rec. p. I-6619, points 59 et 61)»]. Dans le même ordre d'idées, l'article 5, paragraphe 5, de la directive relative aux actions en dommages et intérêts dispose que l'intérêt des entreprises à éviter des actions en dommages et intérêts à la suite d'infractions au droit de la concurrence n'est pas de nature à justifier une protection.

⁽²⁶⁾ L'article 2, point 1, de la directive sur les secrets d'affaires définit la notion de secret d'affaires et doit être lu conjointement avec l'article 3, paragraphe 2, de la même directive.

⁽²⁷⁾ JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

⁽²⁸⁾ Article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) no 1/2003; communication de la Commission sur la coopération avec les juridictions nationales, points 21, 27 et 29; arrêt Postbank, précité, point 65; voir aussi l'ordonnance de la Cour du 13 juillet 1990, Imm Zwartveld, affaire C-2/88, EU:C:1990:315, points 21-22. Il convient de noter que lorsque l'application cohérente de l'article 101 ou 102 du TFUE l'exige, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres et, à cette fin, elle peut solliciter la juridiction compétente de l'État membre afin qu'elle lui transmette ou lui fasse transmettre tout document nécessaire à l'appréciation de l'affaire, voir l'article 15, paragraphe 3, du règlement (CE) no 1/2003.

⁽²⁹⁾ Voir l'article 6, paragraphe 10, de la directive relative aux dommages et intérêts.

⁽³⁰⁾ Voir l'article 16 bis, paragraphe 2, du règlement (CE) no 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 tel que modifié (JO L 123 du 27.4.2004, p. 18). Voir également le point 26 de la communication sur la coopération avec les juridictions nationales qui prévoit la possibilité pour la Commission de refuser de communiquer des renseignements aux juridictions nationales pour des raisons essentiellement liées à la nécessité de préserver les intérêts de l'Union ou pour éviter toute interférence dans son fonctionnement et avec son indépendance.

⁽³¹⁾ Arrêt Postbank, précité, point 90. Voir aussi l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, précité.

28. Lorsque la Commission considère que les informations demandées par la juridiction nationale sont susceptibles d'être confidentielles dans l'affaire en instance devant elle, elle lui demandera si elle peut et veut garantir la protection des informations confidentielles avant de les lui transmettre ⁽³²⁾. Il convient alors que la juridiction nationale garantisse effectivement la protection appropriée des informations confidentielles appartenant aux personnes morales ou physiques auprès desquelles la Commission a obtenu ces informations ⁽³³⁾.
29. Si la juridiction nationale donne la garantie qu'elle protégera les informations confidentielles, la Commission transmettra les informations demandées. La juridiction nationale pourra ensuite produire les informations dans le cadre d'une procédure nationale, en appliquant les mesures de protection communiquées à la Commission et en tenant compte des observations formulées à ce sujet par cette dernière.

III. MESURES VISANT À GARANTIR LA PROTECTION DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES

A. Introduction

30. Lorsque des preuves contenant des informations confidentielles sont produites, il convient de prendre des mesures pour protéger ces informations. À titre d'exemple, la directive relative aux dommages et intérêts cite un certain nombre de mesures, comme la possibilité d'apporter des modifications aux documents, de tenir des audiences à huis clos, de limiter le nombre de personnes autorisées à prendre connaissance des preuves et d'enjoindre à des experts de produire des résumés des informations sous une forme globale ou sous une autre forme non confidentielle ⁽³⁴⁾.
31. Naturellement, le choix des mesures utilisées pour protéger les informations confidentielles lorsque la production de ces preuves est ordonnée dépendra des règles de procédure nationales spécifiques, et notamment de la disponibilité ou non de certaines mesures. Les juridictions nationales peuvent également demander aux parties de se mettre d'accord sur les mesures de protection des informations confidentielles.
32. Les juridictions nationales décident de la mesure ou de la combinaison de mesures la plus efficace pour protéger la confidentialité au cas par cas. Le choix peut dépendre de plusieurs facteurs, tels que:
- i) la nature et la valeur commerciale/financière/stratégique des informations à produire (nom des clients, prix, structure des coûts, marges, etc.) et la possibilité ou non de permettre à la partie demandant la production des informations d'exercer ses droits en lui donnant accès à ces informations sous une forme agrégée ou anonyme;
 - ii) l'ampleur de la production de preuves demandée (c'est-à-dire le volume ou le nombre de documents à produire);
 - iii) le nombre de parties concernées par le contentieux et la production de preuves. Certaines mesures de protection peuvent se révéler plus efficaces que d'autres, selon qu'il y a plus d'une partie qui demande la production de preuves et/ou plus d'une partie qui les produit;
 - iv) la relation entre les parties (par exemple, si la partie qui produit les preuves est un concurrent direct de la partie qui en demande la production ⁽³⁵⁾ ou si les parties entretiennent à ce moment une relation client-fournisseur, etc.);

⁽³²⁾ Communication sur la coopération avec les juridictions nationales, point 25.

⁽³³⁾ Voir le point 12 de l'avis rendu par la Commission le 22 décembre 2014 en réponse à une demande présentée en vertu de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) no 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, dans l'affaire *Secretary of State for Health e.a.*, C(2014) 10264 final, disponible (en anglais) à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/competition/court/confidentiality_rings_final_opinion_en.pdf

⁽³⁴⁾ Voir le considérant 18 de la directive relative aux dommages et intérêts.

⁽³⁵⁾ Par exemple, si les parties sont des concurrents directs, la mesure choisie doit garantir que la manière dont les informations sont produites ne permettra pas aux parties de s'entendre ni n'accordera un avantage concurrentiel à la partie qui demande la production de preuves.

- v) le fait que les informations à produire proviennent de tiers. Le droit des tiers à la procédure civile à ce que leurs informations confidentielles soient protégées doit également être pris en considération ⁽³⁶⁾. La partie qui produit les preuves peut avoir en sa possession des documents de tiers qui sont confidentiels vis-à-vis de la partie qui en demande la production ou d'autres parties à la procédure ⁽³⁷⁾;
- vi) le cercle des personnes autorisées à accéder aux informations [faut-il limiter l'accès aux preuves produites aux seuls représentants externes ou la partie qui demande la production des preuves (soit les représentants de la société) est-elle également autorisée à accéder aux informations];
- vii) le risque de divulgation accidentelle des preuves;
- viii) la capacité qu'a la juridiction de protéger les informations confidentielles tout au long de la procédure civile et même après la clôture de celle-ci. Les juridictions nationales peuvent estimer qu'une seule mesure n'est pas suffisante pour protéger efficacement les informations confidentielles et que d'autres mesures doivent être prises tout au long de la procédure; et
- ix) toute autre contrainte ou charge administrative ⁽³⁸⁾ liée à la production des informations, telle que des coûts accrus ou des démarches administratives supplémentaires pour le système judiciaire national ⁽³⁹⁾, des coûts engendrés pour les parties, de possibles retards dans la procédure, etc.
33. Pour éviter que les parties n'utilisent des documents confidentiels en dehors de la procédure dans laquelle ils ont été produits, il est important que les juridictions nationales puissent imposer des sanctions dissuasives en cas de non-respect de l'obligation de protéger les informations confidentielles ⁽⁴⁰⁾. Le choix de la ou des mesures les plus efficaces pour protéger des informations confidentielles peut dépendre de l'existence et de la capacité d'imposer et de mettre en œuvre des sanctions en cas de non-respect ou de refus de se conformer à ces mesures. Pour les actions en dommages et intérêts, en vertu de l'article 8 de la directive relative aux actions en dommages et intérêts, les juridictions nationales doivent effectivement être en mesure d'infliger des sanctions aux parties, à des tiers et à leur conseil en cas de non-respect des obligations imposées par une injonction d'une juridiction nationale protégeant des informations confidentielles, ou de refus de s'y conformer ⁽⁴¹⁾;
34. La nature et l'étendue précises des sanctions dépendront des règles nationales. En vertu de la directive relative aux actions en dommages et intérêts, les sanctions infligées en raison, notamment, du non-respect d'une injonction de production de preuves ou des obligations imposées par une injonction d'une juridiction nationale protégeant des informations confidentielles comprennent la faculté de tirer des conclusions défavorables et la faculté de prononcer une condamnation aux dépens ⁽⁴²⁾. Les conseils juridiques ou les experts externes peuvent également faire l'objet de mesures disciplinaires prises par leurs associations professionnelles (suspension, amendes, etc.).
35. En conclusion, le choix de la ou des mesures visant à protéger les informations confidentielles peut nécessiter une évaluation exhaustive de plusieurs facteurs. Pour aider les juridictions nationales dans cette évaluation, la présente communication offre un aperçu des mesures les plus courantes qui – sous réserve de leur disponibilité en vertu des règles de procédure des États membres – peuvent être utilisées pour protéger les informations confidentielles, ainsi que des considérations utiles quant à leur efficacité.

⁽³⁶⁾ Voir notamment l'article 5, paragraphe 7, de la directive relative aux dommages et intérêts («[I]es États membres veillent à ce que les personnes à qui une demande de production de preuves est adressée aient la possibilité d'être entendues avant qu'une juridiction nationale n'ordonne la production d'informations [...]»).

⁽³⁷⁾ Les informations ne proviennent pas nécessairement de la partie qui produit les preuves. Par exemple, une partie peut avoir eu accès aux informations d'un tiers au cours de la procédure administrative devant la Commission ou une autorité nationale de concurrence. Le fait d'avoir eu accès à ces informations n'autorise pas cette partie à divulguer les informations confidentielles d'un tiers. Par exemple, en ce qui concerne les versions non confidentielles de documents obtenues dans le cadre d'un processus de collecte de données préparé spécifiquement aux fins de l'accès au dossier, voir le point 23 de l'avis rendu par la Commission le 29 octobre 2015 en application de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) du Conseil no 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, dans l'affaire *Sainsbury's Supermarkets Ltd/Mastercard Incorporated and Others*, [C(2015) 7682 final], dans lequel la Commission a jugé qu'aux fins de son enquête, il avait été inutile, à ce stade, de prendre position quant à la question de savoir si les informations étaient confidentielles vis-à-vis d'autres parties, mais que les tiers ayant fourni les informations pouvaient s'opposer à ce que celles-ci soient partagées avec le demandeur. La Commission avait conclu que «[...] le fait que Mastercard puisse se satisfaire de conditions particulières, comme la mise en place d'un cercle de confidentialité, ne signifie pas forcément que ces solutions satisferont les tiers qui ont soumis l'information.» L'avis est disponible (en anglais) à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/competition/court/sainsbury_opinion_en.pdf

⁽³⁸⁾ Voir points 6 et 10 ci-dessus.

⁽³⁹⁾ La protection des informations confidentielles dans le cadre des demandes de production de preuves peut nécessiter des changements dans le fonctionnement habituel des procédures logistiques ou même télématiques de la juridiction ou la mise en place de procédures ad hoc au cas par cas dans les limites du droit procédural national applicable.

⁽⁴⁰⁾ Voir, par exemple, l'article 16 de la directive sur les secrets d'affaires, qui prévoit la possibilité d'imposer des sanctions à toute personne qui ne respecte pas, ou refuse de respecter, une mesure adoptée en vue de préserver la confidentialité des secrets d'affaires dans le cadre des procédures judiciaires.

⁽⁴¹⁾ Voir également le considérant 33 de la directive relative aux dommages et intérêts. Le recours à des sanctions est essentiel étant donné que, dans la plupart des cas, les juridictions nationales peuvent ne pas être en mesure de contrôler en temps réel le respect par les parties des règles définies dans l'injonction de production de preuves, notamment en cas de mise en place d'un cercle de confidentialité.

⁽⁴²⁾ Article 8, paragraphe 2, de la directive relative aux dommages et intérêts.

B. Occultation

36. Les juridictions nationales peuvent envisager d'enjoindre à la partie qui produit les preuves de modifier des copies de documents en supprimant les informations confidentielles. Cette procédure est connue sous le nom d'occultation.
37. L'occultation peut impliquer le remplacement de chaque information confidentielle par des données anonymes ou des chiffres agrégés, le remplacement de paragraphes supprimés par des résumés non confidentiels informatifs ou significatifs, voire la suppression entière des passages contenant des informations confidentielles.
38. Les parties qui produisent les preuves sont tenues de limiter l'occultation à ce qui est strictement nécessaire pour protéger les intérêts des personnes qui sont à l'origine des informations (les tiers). Une occultation limitée concernant certaines informations confidentielles peut suffire à protéger toutes les informations confidentielles dans un ou plusieurs documents. Par exemple, selon les circonstances de l'espèce, la suppression du nom des clients peut suffire à protéger la confidentialité sans qu'il soit nécessaire de supprimer les quantités respectives de produits qui leur sont fournis ⁽⁴³⁾.
39. Il est possible que la suppression d'informations confidentielles sans les remplacer par du texte non confidentiel ne permette pas d'atteindre le juste équilibre entre le droit d'une partie de protéger ses informations confidentielles et le droit de la partie demandant l'accès aux preuves dont elle a besoin pour étayer sa demande ou sa défense. Une occultation appliquée à des pages, à des sections ou à des annexes entières peut être considérée comme excessive et ne pas être acceptable aux fins de la procédure.

B.1. *L'occultation comme moyen efficace de protéger la confidentialité*

40. L'occultation peut être une mesure efficace pour protéger les informations confidentielles lorsqu'en dépit du remplacement des données confidentielles par du texte non confidentiel, les documents et les informations produits restent dignes d'intérêt et appropriés pour l'exercice des droits de la partie qui en demande la production.
41. Par conséquent, l'occultation peut être particulièrement efficace lorsque les informations confidentielles concernent des données ou des chiffres de nature commerciale (chiffre d'affaires, bénéfices, parts de marchés, etc.) qui peuvent être remplacés par des fourchettes représentatives ou lorsque des données qualitatives peuvent être résumées de manière utile.
42. L'occultation peut également permettre de protéger efficacement la confidentialité lorsque le volume d'informations confidentielles à produire est limité. Si un très grand nombre de documents doivent être occultés, d'autres mesures visant à protéger les informations confidentielles (cercle de confidentialité, etc.) peuvent, selon les circonstances de l'espèce, être jugées plus appropriées, compte tenu du temps, du coût et des ressources nécessaires pour préparer des versions non confidentielles.
43. Enfin, la suppression d'informations confidentielles de tiers peut également être utile lorsque la partie qui produit les preuves possède des informations de tiers qui ne sont pas susceptibles d'être confidentielles pour elle, mais qui peuvent l'être vis-à-vis de la partie qui en demande la production ⁽⁴⁴⁾. Par exemple, tel peut être le cas si le tiers et la partie requérante qui aurait accès à l'information sont des concurrents. Dans ce cas, la partie qui produit les preuves peut avoir à obtenir l'avis du tiers sur les informations qui sont confidentielles ou son accord sur une proposition d'occultation.
44. Toutefois, les juridictions nationales peuvent estimer que l'occultation est moins efficace dans les cas où la demande concerne un grand nombre de documents émanant de tiers, car cette obligation de se mettre en rapport avec des tiers peut accroître la complexité de la tâche.

⁽⁴³⁾ L'accès à des informations sur les volumes peut être essentiel pour quantifier le préjudice subi au niveau inférieur de la chaîne d'approvisionnement (c'est-à-dire par les clients indirects).

⁽⁴⁴⁾ Cela peut être le cas lorsque les documents provenant de tiers ne contiennent pas d'informations confidentielles vis-à-vis de la partie qui produit les preuves ou parce que cette dernière a déjà eu accès à une version non confidentielle des documents, dans laquelle les informations considérées comme confidentielles à son égard ont déjà été supprimées.

B.2. *Occultation de données confidentielles*

45. En fonction des différentes règles de procédure, les juridictions nationales peuvent participer plus ou moins activement au processus d'occultation. Elles peuvent superviser et contrôler ce processus et servir d'interlocuteur pour les parties et les tiers. La charge de produire des versions non confidentielles et/ou d'obtenir l'accord des tiers sur les propositions d'occultation peut aussi incomber au premier chef aux parties, si nécessaire.
46. Quoi qu'il en soit, afin de guider le processus de préparation des versions non confidentielles, les juridictions nationales peuvent juger utile d'émettre des orientations générales et/ou spécifiques à la procédure en instance, si les règles de procédure nationales le permettent. De telles orientations peuvent être utiles aux juridictions nationales pour décrire la procédure à suivre par les parties lorsqu'elles établissent des versions non confidentielles.
47. Pour un traitement efficace des demandes d'occultation, les juridictions nationales peuvent demander aux parties ⁽⁴⁵⁾:
- i) de mettre toutes les informations confidentielles du document original entre crochets et de les surligner de manière à ce qu'elles restent lisibles avant de prendre une décision sur ce qui doit être supprimé ⁽⁴⁶⁾;
 - ii) de dresser une liste de toutes les informations dont la suppression est proposée (chaque mot, donnée, paragraphe ou section à supprimer);
 - iii) pour chaque suppression proposée, de soumettre les raisons spécifiques pour lesquelles l'information doit être traitée de manière confidentielle;
 - iv) de remplacer l'information supprimée par un résumé non confidentiel informatif et digne d'intérêt de l'information supprimée ⁽⁴⁷⁾. De simples indications telles que «secret d'affaires», «confidentiel» ou «information confidentielle» sont généralement insuffisantes. Les données quantitatives (ventes, chiffre d'affaires, bénéfices, parts de marché, prix, etc.) peuvent être remplacées par des fourchettes ou des chiffres agrégés qui font sens. Par exemple, pour les données relatives aux ventes ou au chiffre d'affaires, un écart de plus de 20 % par rapport au chiffre exact peut ne pas faire sens; dans le même ordre d'idées, en ce qui concerne les parts de marché, un écart supérieur à 5 % peut également ne pas faire sens en fonction des circonstances de l'affaire en instance ⁽⁴⁸⁾;
 - v) de présenter des versions non confidentielles des documents concernés, respectant la structure et le format des versions confidentielles. En particulier, les informations du document original telles que les titres ou les en-têtes, les numéros de page et l'organisation des paragraphes ne sont pas modifiées afin que la personne qui lit le document puisse estimer l'étendue des suppressions et leur incidence sur la capacité de comprendre les informations produites;
 - vi) de veiller à ce que les versions non confidentielles présentées soient techniquement fiables et que les informations supprimées ne puissent en aucun cas être retrouvées, y compris par le recours à des outils d'analyse judiciaire.
48. Une fois que les parties présentent leurs demandes d'occultation respectives ou valident une proposition d'occultation, il appartient à la juridiction nationale de décider si les occultations proposées sont acceptables.
49. Une fois occultées, les versions non confidentielles des documents originaux peuvent être utilisées pendant toute la durée de la procédure civile et aucune protection supplémentaire ne peut être demandée.

⁽⁴⁵⁾ Voir, comme source d'inspiration, la communication sur l'accès au dossier, points 35-38; les orientations relatives aux demandes de confidentialité présentées au cours des procédures de la Commission concernant des pratiques anticoncurrentielles, points 18-26, disponible (en anglais) à l'adresse https://ec.europa.eu/competition/antitrust/business_secrets_en.pdf, et le document d'orientation informel de la DG Concurrence sur les demandes de confidentialité, disponible (en anglais) à l'adresse https://ec.europa.eu/competition/antitrust/guidance_en.pdf

⁽⁴⁶⁾ Par exemple, un système de code de couleurs pourrait être utilisé pour indiquer à quelle partie les informations confidentielles appartiennent ou si elles se rapportent à des informations de tiers.

⁽⁴⁷⁾ Voir, par exemple, l'article 103, paragraphe 3, du règlement de procédure du Tribunal.

⁽⁴⁸⁾ Pour les fourchettes sur les ventes, les données relatives au chiffre d'affaires et les parts de marché, voir le point 22 des orientations relatives aux demandes de confidentialité présentées au cours des procédures de la Commission concernant des pratiques anticoncurrentielles, disponible (en anglais) à l'adresse suivante: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/business_secrets_en.pdf

C. Cercles de confidentialité

50. Un cercle de confidentialité est une mesure de production de preuves par laquelle la partie qui les produit met certaines catégories d'informations, dont des informations confidentielles, à la disposition de catégories précises de personnes uniquement ⁽⁴⁹⁾.

C.1. Les cercles de confidentialité comme moyen efficace de protéger la confidentialité

51. Les cercles de confidentialité peuvent être une mesure efficace permettant aux juridictions nationales de protéger la confidentialité dans diverses circonstances.
52. Premièrement, ils peuvent être efficaces pour garantir la production de données quantitatives (revenus, prix, marges, etc.) ⁽⁵⁰⁾ ou d'informations commerciales éminemment stratégiques qui, bien que pertinentes pour la demande de la partie concernée, sont très difficiles à résumer de manière utile ⁽⁵¹⁾ ou qui ne peuvent être divulguées sans risquer de faire l'objet d'une occultation trop lourde ⁽⁵²⁾ et, par conséquent, sans perdre leur valeur probante.
53. Deuxièmement, les cercles de confidentialité peuvent entraîner des économies de procédure et de coûts durant la procédure, en particulier lorsque le nombre de documents demandés est important et que tous les documents sont placés intégralement dans le cercle (c'est-à-dire dans leur version originale non occultée). Dans la pratique, il peut arriver que les parties refusent de divulguer des versions non occultées de certains documents dans le cercle de confidentialité et qu'elles restent tenues d'établir des versions confidentielles et non confidentielles de certains documents. Toutefois, même dans de tels cas, les cercles de confidentialité peuvent rendre les discussions sur la confidentialité entre les parties moins nécessaires et ainsi réduire les retards potentiels.
54. Troisièmement, les cercles de confidentialité peuvent être organisés par voie électronique (par exemple, par production électronique de preuves). Par conséquent, les cercles de confidentialité n'exigent pas nécessairement la transmission matérielle de l'information ou la présence physique des membres du cercle en un lieu précis.
55. Les cercles de confidentialité peuvent être un bon équilibre entre la nécessité de produire des informations et l'obligation de protéger les informations confidentielles ⁽⁵³⁾. La production de documents au sein d'un cercle de confidentialité permet la communication effective des informations confidentielles, mais le préjudice potentiel causé par cette communication est maîtrisé ou réduit au minimum en limitant l'accès à certaines personnes en fonction des circonstances de l'espèce (nature des documents, relation entre les parties, composition du cercle, documents appartenant à des tiers, etc.).

⁽⁴⁹⁾ Selon les territoires, cette mesure de production de preuves est également appelée «club de confidentialité» ou «salle des données». Ce type de mesure peut également être utilisé dans les procédures administratives. Pour les procédures de la Commission, voir les points 96 et 97 de la communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE (JO C 308 du 20.10.2011, p. 6); pour les salles des données, voir le point 9 du guide des bonnes pratiques en matière de divulgation d'informations dans les salles des données applicables dans le cadre des procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE et du règlement UE sur les concentrations, disponible (en anglais) à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/disclosure_information_data_rooms_en.pdf. Pour les cercles de confidentialité, voir les orientations sur l'utilisation des cercles de confidentialité dans les procédures de la Commission disponibles (en anglais) à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/antitrust/conf_rings.pdf

⁽⁵⁰⁾ Voir les orientations sur la répercussion du surcoût, précitées, point 43.

⁽⁵¹⁾ Voir, par exemple, le rapport de l'OCDE du 5 octobre 2011 «Équité procédurale: les questions de transparence dans les procédures d'exécution civiles et administratives», p. 12, disponible à l'adresse www.oecd.org/competition/mergers/48825133.pdf; voir également Scoping note on Transparency and Procedural Fairness as a long-term theme for 2019-2020, 6-8 juin 2018, centre de conférence de l'OCDE, p. 4-5, disponible à l'adresse [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2018\)6&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2018)6&docLanguage=En)

⁽⁵²⁾ Par exemple, en ce qui concerne les données collectées par des contractants externes auprès des participants à une de ses enquêtes, la Commission a conclu, dans son avis dans l'affaire *Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated and Others* précitée, point 21, que les informations ne pouvaient pas être anonymes d'une manière qui respecterait pleinement l'intérêt légitime des fournisseurs de données à la protection de leurs informations confidentielles.

⁽⁵³⁾ Voir à cet égard la production de preuves dans un cercle de confidentialité ordonnée par le Tribunal dans son arrêt du 14 mars 2014 *Cementos Portland Valderrivas, SA/Commission*, affaire T-296/11, EU:T:2014:121, point 24: «[...] aux fins de concilier, d'une part, le principe du contradictoire et, d'autre part, les caractéristiques de la phase d'instruction préliminaire de la procédure au stade de laquelle l'entreprise concernée ne dispose ni du droit d'être informée des éléments essentiels sur lesquels la Commission se fonde ni d'un droit d'accès au dossier, l'ordonnance du 14 mai 2013 a limité la consultation des renseignements fournis par la Commission aux seuls avocats de la requérante et l'a conditionnée à la conclusion d'un engagement de confidentialité de leur part.»

56. Toutefois, lorsque les juridictions nationales envisagent de placer des éléments de preuve dans un cercle de confidentialité, et dans quelle mesure, elles peuvent avoir à tenir compte du fait qu'un tel cercle de confidentialité peut limiter l'accessibilité et/ou l'utilité de ces informations à des stades ultérieurs de la procédure (par exemple, lors d'audiences, pour leur publication, etc.). Les juridictions nationales peuvent également se demander s'il serait toujours pertinent d'exiger des versions non confidentielles des documents et, si tel est le cas, quel serait le volume de documents à occulter.

C.2. Organisation d'un cercle de confidentialité

57. Si une juridiction nationale estime qu'un cercle de confidentialité constitue une mesure efficace pour la production de preuves dans une affaire donnée, elle peut, par décision, se prononcer sur un certain nombre d'éléments en rapport avec cette mesure, tels que a) les informations à inclure dans le cercle de confidentialité; b) la composition du cercle de confidentialité; c) les engagements de confidentialité que doivent prendre les parties; et d) l'organisation logistique du cercle de confidentialité. Certains aspects peuvent déjà avoir été arrêtés par des règles de procédure nationales ou des orientations générales publiées par la juridiction nationale ⁽⁵⁴⁾.

a) Délimitation des informations accessibles dans le cercle de confidentialité

58. Toute décision d'une juridiction nationale instaurant un cercle de confidentialité énumérera généralement les catégories d'informations ou les éléments de preuve spécifiques devant y figurer. Dans la pratique, les parties peuvent avoir à approuver ou être invitées par la juridiction à approuver les documents ou les informations à communiquer dans le cercle de confidentialité avant l'adoption par la juridiction de sa décision.

b) Composition du cercle de confidentialité

59. Après examen des observations des parties, soit par écrit, soit lors d'une audience, ou avec l'accord des parties, la juridiction peut arrêter la liste des membres du cercle de confidentialité ainsi que leurs droits d'accès ⁽⁵⁵⁾.
60. Les membres du cercle de confidentialité peuvent être les personnes qui seront autorisées à examiner les documents au sein du cercle. La décision relative à la composition du cercle de confidentialité dépendra des circonstances de l'espèce, notamment de la nature des informations concernées par la demande de production de preuves.
61. Les membres du cercle de confidentialité peuvent être aussi bien des conseils externes des parties (conseil juridique externe ou autres conseils) qu'un juriste interne ou d'autres représentants de l'entreprise. En fonction des règles nationales et des circonstances particulières de l'espèce, les cercles de confidentialité peuvent être composés de conseils externes uniquement ou associer conseils externes et internes.

Conseils externes

62. Il peut s'agir du conseil juridique et d'autres conseils ou experts tels que des comptables, des économistes, des conseils financiers ou des auditeurs, en fonction des besoins de l'affaire en cause.
63. Sous réserve de la relation entre la partie qui demande la production des preuves et la partie qui les produit, et compte tenu des informations à produire, le tribunal peut estimer nécessaire de limiter l'accès au cercle de confidentialité aux conseils qui ne participent pas aux processus décisionnels des sociétés qu'ils représentent ⁽⁵⁶⁾. C'est souvent le cas des conseils externes.

⁽⁵⁴⁾ Pour un exemple de mesures d'organisation de la procédure, voir les dispositions pratiques d'exécution du règlement de procédure du Tribunal adoptées par le Tribunal, et notamment la section VI relative au traitement confidentiel (JO L 152 du 18.6.2015, p. 1). En ce qui concerne les règles en matière de cercles de confidentialité et les règles en matière de salles des données utilisées aux fins des procédures administratives de la Commission, voir la section 4.3 des bonnes pratiques en matière de divulgation d'informations dans les salles des données applicables dans le cadre des procédures relevant des articles 101 et 102 du TFUE et du règlement de l'Union européenne sur les concentrations, précité, l'annexe A des bonnes pratiques, les règles relatives aux salles des données (pour la divulgation d'informations uniquement auprès de conseils extérieurs), disponibles (en anglais) à l'adresse https://ec.europa.eu/competition/antitrust/data_room_rules_en.pdf, et les orientations sur l'utilisation des cercles de confidentialité et en particulier la section 5 sur la procédure de divulgation négociée, précité.

⁽⁵⁵⁾ La décision concernant la composition du cercle de confidentialité peut également définir un nombre maximal de membres par partie.

⁽⁵⁶⁾ Voir le considérant 18 de la directive relative aux dommages et intérêts («limiter les personnes autorisées à prendre connaissance des preuves»).

64. Contrairement aux conseils externes, les juristes internes ou les représentants de l'entreprise peuvent remplir diverses fonctions au service de l'entreprise et il arrive souvent qu'ils participent, de manière directe ou indirecte, au processus décisionnel stratégique de l'entreprise. Par conséquent, dans certaines circonstances, l'accès à certaines informations confidentielles communiquées dans le cercle de confidentialité risque d'influencer les avis d'ordre commercial ou stratégique que le juriste interne donne à la direction de l'entreprise. Ce peut être le cas, par exemple, si les parties à la procédure civile sont des concurrents réels ou potentiels et que l'accès à des informations stratégiques ou sensibles du point de vue commercial pourrait leur conférer un avantage concurrentiel non justifié; si les parties entretiennent une relation client-fournisseur ou si des accords toujours en vigueur figurent parmi les informations à communiquer.
65. Lorsqu'elles décident de limiter l'accès aux conseils externes uniquement, les juridictions nationales peuvent avoir à vérifier que les informations présentent un caractère pertinent et que cet accès restreint permet aux parties d'exercer effectivement, dans les procédures judiciaires, les droits que leur reconnaissent le droit de l'Union ⁽⁵⁷⁾ et le droit national.

Juristes internes et/ou autres représentants de l'entreprise

66. Dans certaines circonstances, la juridiction nationale peut estimer judicieux que le juriste interne et/ou des représentants de l'entreprise (cadres ou autres membres du personnel ⁽⁵⁸⁾) puissent accéder aux cercles de confidentialité. L'accès par le juriste interne ou par des représentants de l'entreprise peut être évalué au cas par cas et peut dépendre de la proximité de ces personnes avec l'activité commerciale, le secteur d'activité ou l'activité opérationnelle concernés par la demande ou d'autres circonstances factuelles.
67. Cet accès peut être accordé lorsque (tout ou partie) des informations confidentielles sont considérées comme moins sensibles sur le plan commercial ou lorsque la divulgation aux salariés de l'entreprise ne risque pas de causer un préjudice en raison, par exemple, de la relation entre les parties.
68. Le juriste interne et/ou d'autres représentants de l'entreprise peuvent également se voir accorder l'accès à certaines informations sur demande motivée des parties ⁽⁵⁹⁾, généralement lorsque le conseil juridique externe qui a eu accès aux informations estime ne pas pouvoir représenter efficacement les intérêts de son client sans que certaines informations ne soient communiquées à ce dernier. C'est le cas, par exemple, lorsque le conseil juridique externe n'est pas en mesure de juger de l'exactitude de l'information ou de sa pertinence pour le dossier de son client, ou lorsque l'information présente un niveau de technicité ou de spécificité en termes de produit/service tel qu'une bonne connaissance du secteur ou de l'industrie est nécessaire pour en évaluer la pertinence ⁽⁶⁰⁾.
69. Par ailleurs, l'ordre juridique de certains États membres peut prévoir, dans certaines circonstances particulières, la possibilité de demander à la juridiction nationale l'autorisation de partager des informations spécifiques avec le juriste interne ou des représentants de l'entreprise sans pour autant permettre aux personnes concernées de devenir membres du cercle de confidentialité.

Droits d'accès

70. Si le cercle de confidentialité se compose à la fois de conseils juridiques externes et du juriste interne et/ou de représentants de l'entreprise, il est possible de prévoir un accès à toutes les informations communiquées au sein du cercle pour tous les membres du cercle, ou des droits d'accès différents pour les différents membres.
71. Il est également possible d'organiser les cercles de confidentialité selon deux niveaux d'accès: un cercle restreint composé du conseil juridique externe et/ou d'autres conseils externes autorisés à accéder aux informations les plus sensibles, et un cercle plus large composé du juriste interne et/ou des représentants de l'entreprise autorisés à accéder aux autres informations confidentielles.

⁽⁵⁷⁾ Voir, par exemple, l'article 9, paragraphe 2, de la directive sur les secrets d'affaires.

⁽⁵⁸⁾ Par exemple, des personnes employées par la partie demandant des informations au moyen de contrats de travail ou d'autres types d'accords contractuels ou de services.

⁽⁵⁹⁾ Voir, pour inspiration, la communication sur l'accès au dossier, précitée, point 47.

⁽⁶⁰⁾ En cas de contentieux concernant la divulgation de secrets d'affaires, l'article 9, paragraphe 2, de la directive sur les secrets d'affaires prévoit que le cercle restreint des personnes autorisées à accéder aux éléments de preuve doit être composé d'au moins une personne physique pour chaque partie. Cette exigence est limitée aux secrets d'affaires (allégués).

72. Sur demande motivée de la partie qui produit les preuves, la juridiction peut – selon les procédures en vigueur dans le pays – imposer également des restrictions particulières afin de limiter l'accès de certains membres du cercle de confidentialité à des documents spécifiques.
73. Il est également possible de rendre les cercles de confidentialité accessibles au personnel administratif et/ou auxiliaire (comme les prestataires de services techniques électroniques chargés du soutien externe en matière de production de preuves ou de contentieux par voie électronique) placé sous le contrôle des autres personnes appartenant au cercle et soumis aux mêmes obligations de confidentialité.
74. Enfin, une fois que la juridiction a pris une décision quant à la composition du cercle de confidentialité, il peut être utile d'identifier chaque membre individuellement par son nom, son rôle ou sa fonction, et sa relation avec les parties ⁽⁶¹⁾. La juridiction peut également nommer les membres de son personnel qui seront présents ou qui pourront accéder au cercle avec les parties ou à tout autre moment si le cercle de confidentialité dispose d'un emplacement physique.

c) *Engagements écrits des membres du cercle de confidentialité*

75. La juridiction peut exiger que les membres du cercle de confidentialité lui soumettent des engagements écrits. Ces engagements concerneraient leurs obligations en matière d'accès au cercle de confidentialité et, en particulier, le traitement confidentiel de certaines informations incluses dans le cercle de confidentialité ⁽⁶²⁾.
76. Ces engagements peuvent notamment prévoir l'interdiction de divulguer les informations confidentielles à des personnes autres que celles énumérées par la juridiction comme membres du cercle sans le consentement exprès de celle-ci; l'obligation de n'utiliser les informations confidentielles qu'aux fins de la procédure civile dans le cadre de laquelle l'injonction de production de preuves a été émise; l'obligation de garantir la conservation des informations selon des moyens appropriés; l'obligation d'adopter les mesures nécessaires en la circonstance pour empêcher tout accès non autorisé; l'obligation de ne pas copier, imprimer, télécharger ou reproduire par tout autre moyen, transmettre ou communiquer les documents consultés; l'obligation de restituer ou de détruire toute copie des documents contenant des informations confidentielles; l'obligation de rendre les documents inaccessibles aux personnes désignées depuis tout ordinateur ou appareil après une date déterminée, etc.
77. Dans les cas où la juridiction autorise l'accès au cercle de confidentialité par des conseils externes uniquement, elle peut leur imposer l'obligation de ne pas divulguer les informations confidentielles à leurs clients. Cette obligation revêt une importance particulière dans les territoires où les conseils juridiques externes sont tenus, en vertu de règles déontologiques ou autres, de partager les informations avec leurs clients ⁽⁶³⁾. À cet effet, si les parties s'accordent sur de telles restrictions dans le cadre du cercle de confidentialité, elles peuvent être amenées à dispenser expressément le conseil juridique externe membre du cercle de confidentialité (et éventuellement son cabinet) de l'obligation de leur communiquer les informations communiquées dans le cercle de confidentialité ⁽⁶⁴⁾.
78. Par ailleurs, en cas de participation au cercle de confidentialité, le juriste interne ou les représentants de l'entreprise peuvent être soumis à des exigences supplémentaires. Ainsi, la juridiction nationale peut juger approprié de prévoir que, pendant une période limitée, le salarié en question ne travaille pas dans la ligne d'activité concernée par la demande.

d) *Organisation logistique d'un cercle de confidentialité*

79. Un cercle de confidentialité peut amener les juridictions nationales à prendre diverses mesures en matière d'organisation, d'infrastructure et de logistique.

⁽⁶¹⁾ Voir l'avis de la Commission dans l'affaire Servier, précitée, point 22.

⁽⁶²⁾ Par exemple, dans ses procédures administratives, la Commission utilise un accord de non-divulgateur type disponible (en anglais) à l'adresse suivante: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/nda_en.pdf

⁽⁶³⁾ On s'écarte ici de la pratique habituelle selon laquelle le conseil juridique extérieur d'une partie communique à son client les informations et les actes de procédure reçus des autres parties et à les examiner librement avec ce client.

⁽⁶⁴⁾ Dans sa pratique administrative, la Commission peut également tenter de faire lever le devoir de divulgation entre l'avocat et son client; voir, par exemple, les orientations sur l'utilisation des cercles de confidentialité dans les procédures de la Commission, précitées, point 13, et les bonnes pratiques en matière de divulgation d'informations dans les salles des données, précitées, point 23.

80. Premièrement, les cercles de confidentialité peuvent supposer la communication physique ou électronique d'informations confidentielles. La communication physique des informations peut se faire soit dans les locaux de la juridiction, en présence du personnel de la juridiction chargé de contrôler le bon déroulement de l'opération, soit dans les locaux des parties sans aucune intervention de la juridiction. La communication physique des informations peut se faire par la remise de copies papier de documents, mais aussi la production d'éléments de preuve sur des CD, des DVD ou des clés USB dans les locaux du tribunal ou dans ceux des parties.
81. Si la communication des informations au sein du cercle de confidentialité a lieu dans les locaux du tribunal, la juridiction nationale peut avoir à faire en sorte que les installations permettant d'accéder aux informations soient adéquates, à moins que les personnes ayant accès au cercle de confidentialité ne soient autorisées à apporter leur propre équipement.
82. La communication d'informations au sein d'un cercle de confidentialité peut également se faire par voie électronique. Dans ce cas, les informations sont téléchargées et stockées dans un emplacement électronique (par exemple, stockées dans le nuage informatique) et l'accès à l'information est protégé par un cryptage adéquat.
83. Deuxièmement, la juridiction nationale devra déterminer la durée d'accès au cercle de confidentialité.
84. Troisièmement, elle devra également définir les heures d'ouverture des salles dans lesquelles a lieu la production des preuves (par exemple, uniquement pendant les heures de bureau), si la présence du personnel de la juridiction est requise et si des notes ou des dossiers peuvent être introduits dans les salles, etc.
85. Enfin, pour garantir que les informations confidentielles communiquées au sein d'un cercle de confidentialité seront protégées durant toute la procédure, les juridictions nationales peuvent demander que les parties soumettent à la fois une version confidentielle et une version non confidentielle de leurs mémoires (cette dernière ne contenant, par exemple, que des données quantitatives sous forme agrégée ou anonyme), que les informations confidentielles ne soient mentionnées que dans une annexe confidentielle ou que d'autres mesures soient prises pour protéger le caractère confidentiel de l'information. Pour plus de détails à ce sujet, voir la section IV ci-dessous.

D. Désignation d'experts

86. Dans certains territoires, les juridictions nationales peuvent décider de désigner un tiers disposant d'une expertise dans un domaine spécifique (comptabilité, finance, droit de la concurrence, audit, etc.) pour accéder à certaines informations confidentielles liées à une demande de production de preuves. Le rôle de cet expert désigné par la juridiction peut être différent de celui des experts désignés par les parties, auxquels il est souvent fait appel dans certains territoires pour appuyer la demande ou la défense d'une partie.
87. Si les règles de procédure nationales le permettent, l'expert peut, par exemple, être chargé de rédiger un résumé explicatif non confidentiel des informations à mettre à la disposition de la partie demandant leur production. En fonction des règles de procédure nationales applicables, l'expert peut aussi avoir à établir un rapport confidentiel, qui sera communiqué exclusivement au conseil juridique externe et/ou aux autres conseils externes de la partie demandant la production des preuves, alors qu'une version non confidentielle du rapport peut être mise à la disposition de cette même partie demandant la production des preuves.

D.1. La désignation d'experts comme solution pour protéger la confidentialité

88. Premièrement, la désignation d'experts peut constituer une mesure efficace lorsque les informations à communiquer sont très sensibles sur le plan commercial et présentent un caractère quantitatif ou technique (par exemple, les informations figurant dans les livres commerciaux ou comptables, les données clients, les procédés de fabrication, etc.). Dans de tels cas, les experts peuvent résumer et/ou agréger les informations confidentielles en vue de les rendre accessibles à la partie qui demande la production des preuves.
89. Deuxièmement, la désignation d'experts peut également être efficace lorsqu'une partie demande un accès supplémentaire à des documents confidentiels contenant des données sous-jacentes, par exemple, pour évaluer la solidité des méthodes utilisées pour évaluer l'étendue des dommages, les surcoûts répercutés, etc.
90. Troisièmement, lorsqu'une grande partie des documents à produire concernent des informations confidentielles de tiers, les juridictions nationales peuvent juger plus efficace de désigner un expert pour accéder aux informations et donner son avis quant au caractère confidentiel de celles-ci avant d'engager des discussions avec les parties sur l'étendue des occultations nécessaires ou de mettre en place un cercle de confidentialité.

D.2. *Mandat des experts*

91. La juridiction nationale peut désigner des experts et leur donner des instructions. En fonction des règles de procédure applicables, les juridictions nationales peuvent avoir la possibilité de désigner des experts indépendants tiers figurant sur une liste d'experts judiciaires enregistrés ou sur une liste proposée par les parties, etc. Les règles de procédure nationales peuvent aussi prévoir que lorsqu'elle nomme un expert, la juridiction nationale décide qui assumera les coûts de l'expert.
92. Une fois l'expert désigné, les juridictions nationales peuvent lui demander de présenter des engagements écrits concernant le traitement confidentiel de toute information portée à sa connaissance.
93. À l'instar des membres d'un cercle de confidentialité, les experts peuvent être tenus de s'engager à ne pas divulguer d'informations confidentielles à des personnes autres que celles énumérées par la juridiction nationale ou sans le consentement exprès de celle-ci; d'utiliser les informations confidentielles uniquement aux fins de la procédure civile dans le cadre de laquelle l'injonction de production de preuves a été émise; de garantir la conservation des informations par des moyens appropriés; d'adopter les mesures nécessaires en la circonstance pour empêcher tout accès non autorisé; et de restituer ou de détruire toutes les copies de documents contenant des informations confidentielles, etc. Ces engagements peuvent également être assortis de sanctions en cas de violation du devoir de confidentialité.
94. Les experts peuvent être tenus de déclarer tout conflit d'intérêts susceptible de les empêcher d'accomplir leur mission.
95. Par ailleurs, la juridiction nationale peut donner à l'expert des instructions quant au type de rapport à produire et à la nécessité ou non de produire une version confidentielle et non confidentielle du rapport.
96. Chaque fois qu'une version confidentielle du rapport d'expert est produite, la juridiction peut décider que le rapport n'est partagé qu'avec les conseils externes des parties, tandis que les parties peuvent uniquement consulter la version non confidentielle de ce rapport. Si l'accès à la version confidentielle du rapport établi par l'expert est limité par la juridiction nationale au conseil externe d'une partie, ce conseil externe ne sera pas autorisé à communiquer à son client les informations confidentielles qui y sont incluses ⁽⁶⁵⁾. Si la juridiction décide que les données sous-jacentes utilisées par l'expert indépendant peuvent également être communiquées au conseil externe, des dispositions distinctes en matière de confidentialité peuvent être nécessaires.
97. Si le juriste interne et/ou les représentants de l'entreprise sont autorisés à accéder à une version confidentielle du rapport de l'expert, la juridiction peut leur demander de présenter des engagements écrits concernant le traitement confidentiel des informations portées à leur connaissance.

IV. PROTECTION DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES PENDANT ET APRÈS LA PROCÉDURE

98. Lorsque des informations confidentielles ont été communiquées, les juridictions nationales peuvent réfléchir à la manière d'utiliser ces informations pendant et après la procédure ⁽⁶⁶⁾. Par exemple, si les conseils externes ou internes des parties utilisent dans leurs mémoires des informations dont ils ont eu connaissance au sein d'un cercle de confidentialité ou en consultant un rapport d'expert confidentiel, les juridictions nationales peuvent leur demander de ne mentionner ces informations que dans des annexes confidentielles à remettre avec les mémoires principaux ⁽⁶⁷⁾.
99. Si le conseil juridique externe ou des témoins souhaitent mentionner des informations confidentielles au cours de l'audience ou lorsqu'un expert est entendu sur ce type de preuves, les juridictions nationales peuvent tenir des audiences à huis clos, si possible en suivant les règles de procédure applicables. Il peut également être possible pour les conseils des parties de communiquer oralement ces informations au juge sans les divulguer en audience publique.
100. Le besoin de protéger des informations confidentielles peut également apparaître plus tard, par exemple lors de l'adoption, de la notification ou de la publication du jugement, lors des procédures en appel ou dans le cas de demandes d'accès aux archives judiciaires.

⁽⁶⁵⁾ Comme dans le cas des cercles de confidentialité pour le conseil juridique externe, il se peut que les clients doivent dispenser les conseils externes de toute obligation de leur communiquer les informations confidentielles figurant dans le rapport. Voir le point 77 ci-dessus.

⁽⁶⁶⁾ La protection des informations confidentielles constitue un principe général du droit de l'Union européenne. Voir la note de bas de page n° 18 ci-dessus.

⁽⁶⁷⁾ Les versions non confidentielles des mémoires doivent permettre aux autres parties de comprendre les arguments et les éléments de preuve invoqués, de façon que toutes les parties puissent examiner le dossier avec leurs représentants légaux et leur donner des instructions en conséquence.

A. Audiences à huis clos

101. En vertu du principe de transparence de la justice, les procédures civiles sont généralement publiques par nature ⁽⁶⁸⁾. Les juridictions nationales peuvent considérer les intérêts de la protection des informations confidentielles et la nécessité de limiter les atteintes au principe de la transparence de la justice.
102. Sous réserve des règles nationales, les juridictions peuvent décider d'exclure les références à des informations confidentielles lors des audiences publiques ou de tenir à huis clos les parties des audiences durant lesquelles des informations confidentielles pourraient être évoquées. Dans ce second cas, les juridictions nationales devront décider qui sera autorisé à assister à la séance à huis clos. Cette décision peut dépendre de la manière dont les informations confidentielles ont été communiquées et à qui (aux conseils externes des parties, à un expert, aux représentants de l'entreprise, etc.).
103. En général, seuls les conseils externes et/ou le juriste interne ou d'autres représentants de l'entreprise ayant obtenu l'accès aux documents confidentiels au sein du cercle de confidentialité et (le cas échéant) l'expert ayant eu accès aux informations sont autorisés à prendre part aux volets à huis clos des auditions.
104. Les audiences à huis clos peuvent être un moyen efficace de mener un examen contradictoire auprès des parties ou des témoins sur les éléments de preuve confidentiels communiqués au sein d'un cercle de confidentialité ou d'entendre un expert sur les éléments de preuve confidentiels inclus dans son rapport.

B. Notification aux parties et publication

105. La juridiction nationale peut également être amenée à examiner la façon de protéger les informations confidentielles dans la version du jugement qui sera notifiée aux parties, sans préjudice du droit de recours de celles-ci.
106. En outre, si des décisions ou des jugements sont publiés, les juridictions nationales peuvent être amenées à protéger les informations confidentielles. Afin de protéger les informations confidentielles des parties ou des tiers, les juridictions nationales peuvent, lorsqu'elles rendent leur décision et en ordonnent la publication, prévoir de rendre anonyme toute information susceptible de permettre l'identification de sa source ou d'occulter les parties de la décision renvoyant à des informations confidentielles de la version de l'arrêt accessible au public ⁽⁶⁹⁾. Dans le cadre de ce processus, la juridiction peut demander l'aide des parties pour déterminer les informations qui ne devraient pas être divulguées au grand public (par exemple en leur demandant de fournir une version annotée de la décision rendue) ⁽⁷⁰⁾.

C. Accès aux archives judiciaires

107. Il arrive aussi que les juridictions nationales doivent protéger des informations confidentielles dans le cadre de demandes d'accès aux archives judiciaires (soit la version confidentielle du jugement soit l'intégralité du dossier), si une telle demande peut être formulée en vertu des règles de procédure nationales.
108. Selon les règles nationales, les juridictions peuvent décider de restreindre l'accès soit à une partie du dossier judiciaire (par exemple, en refusant l'accès aux documents produits au sein d'un cercle de confidentialité, aux rapports d'experts, aux procès-verbaux d'audience à huis clos, à la version confidentielle des mémoires, etc.), soit à l'intégralité de celui-ci.

⁽⁶⁸⁾ Voir l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, précitées. Certains États membres prévoient des exceptions à ce principe pour des motifs liés au maintien de l'ordre public, à la protection des droits fondamentaux ou à d'autres objectifs primordiaux.

⁽⁶⁹⁾ Voir également l'article 9, paragraphe 2, point c), de la directive sur les secrets d'affaires.

⁽⁷⁰⁾ Comme source d'inspiration sur la manière de mener à bien ce processus, voir les orientations sur la préparation des versions publiques des décisions de la Commission, disponibles (en anglais) à l'adresse suivante: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/guidance_on_preparation_of_public_versions_antitrust_04062015.pdf

109. À cet égard, les juridictions nationales peuvent notamment envisager d'inviter les parties à indiquer quels documents sont confidentiels de manière à ce qu'ils ne soient pas accessibles à des parties non concernées par la procédure ou de demander des versions non confidentielles des documents en question pour les archives judiciaires. Par exemple, si un nombre important de documents confidentiels ont été produits dans le cadre de la procédure et si des mesures telles que des cercles de confidentialité ont été utilisées pour protéger la confidentialité, la juridiction peut également envisager d'enregistrer dans les archives judiciaires uniquement des versions non confidentielles des mémoires, des procès-verbaux d'audiences à huis clos ⁽⁷¹⁾ ou des rapports d'experts. La juridiction peut également envisager de sceller le dossier, partiellement ou totalement, pendant un certain temps.
110. Lorsqu'elles décident de restreindre l'accès en tout ou en partie, les juridictions nationales peuvent devoir tenir compte notamment de l'identité de la personne qui demande l'accès au dossier. Par exemple, les juridictions peuvent avoir à tenir compte du fait que les personnes qui demandent l'accès opèrent sur le même marché ou dans le même secteur d'activité que les parties concernées par la procédure civile (s'il s'agit, par exemple, de concurrents des parties, de partenaires commerciaux, etc.) et ont un intérêt particulier à avoir accès au dossier judiciaire une fois la procédure close.
-

⁽⁷¹⁾ Cette mesure peut être nécessaire si des informations confidentielles ont été évoquées au cours de l'audience à huis clos et apparaissent dans le procès-verbal. Toutefois, si les règles nationales applicables le permettent, la juridiction peut décider que certaines informations sont mentionnées à huis clos sans apparaître dans le procès-verbal. Dans cette hypothèse, il peut être inutile d'établir des versions non confidentielles des procès-verbaux des auditions à huis clos.