

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

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

**Traitement, dans les affaires de concurrence, des informations couvertes par le
privilège professionnel légal**

Note de référence du Secrétariat

26 novembre 2018

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE et servira de référence lors de l'examen du point 2 de l'ordre du jour de la 128^e réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi qui aura lieu le 26 novembre 2018.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne reflètent pas nécessairement les vues de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante :

www.oecd.org/daf/competition/treatment-of-legally-privileged-information-in-competition-proceedings.htm

Despina Pachnou, Spécialiste en concurrence
Email: Despina.pachnou@oecd.org

JT03441266

Table des matières

Traitement, dans les affaires de concurrence, des informations couvertes par le privilège professionnel légal	4
1. Introduction	5
2. Vue d'ensemble.....	6
3. Étendue de la protection	7
3.1. Champ d'application personnel : qui est le client ?	8
3.2. Champ d'application personnel : qui est le conseiller ?.....	11
3.3. Champ d'application matériel : quel type d'avis est protégé ?	15
3.4. Quand le privilège légal peut-il être levé ou écarté ?.....	21
4. Conséquences du privilège pour les autorités de la concurrence et les entreprises.....	24
4.1. En principe, les autorités doivent respecter le privilège légal selon le droit en vigueur	24
4.2. En pratique, les demandes d'informations et les inspections ne doivent pas porter sur des pièces protégées par un privilège.....	25
4.3. Qu'advient-il lorsque des informations protégées sont illégalement recueillies et/ou utilisées ?.....	28
4.4. Faculté pour les entreprises de s'opposer à la divulgation.....	29
4.5. Qui examine l'invocation d'un privilège et les recours pour atteinte à un privilège	29
5. L'échange d'informations protégées dans le cadre d'affaires transfrontalières	31
5.1. Le principe : les informations protégées ne doivent être ni demandées ni transmises.....	31
5.2. L'échange d'informations à travers les accords et réseaux de coopération pour l'application du droit de la concurrence.....	33
5.3. Une convergence est-elle nécessaire ?	35
6. Conclusions	36
Références.....	39

Graphiques

Graphique 1. Les communications avec les juristes d'entreprise sont-elles protégées dans les pays membres de l'OCDE ?	12
---	----

Encadrés

Encadré 1. Quel droit détermine si le privilège légal est applicable ?.....	8
Encadré 2. Qui est le client ?	10
Encadré 3. Le privilège légal ne s'applique pas nécessairement aux communications avec la société mère (tribunal régional de Bonn, décision du 21 juin 2012, 27 Qs 2/12).....	11
Encadré 4. Privilège légal et juristes d'entreprise	13
Encadré 5. Limitation du champ d'application matériel dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne	17
Encadré 6. Privilège et informations échangées avec des tiers	19

Encadré 7. Les communications émanant de non-avocats ou destinées à des non-avocats agissant pour le compte d'avocats dans le cadre d'une enquête interne sont protégées (États-Unis).....	21
Encadré 8. La transmission de documents dans le cadre d'une demande de clémence peut valoir renonciation au privilège (Canada)	22
Encadré 9. La divulgation forcée n'entraîne pas la levée du privilège (États-Unis)	23
Encadré 10. L'octroi de la clémence n'est pas subordonné à la renonciation au privilège ni à la communication de documents protégés (Royaume-Uni et États-Unis).....	24
Encadré 11. Guide du RIC sur les mécanismes de protection de la confidentialité et le traitement des informations protégées.....	25
Encadré 12. Position de la Cour européenne des droits de l'homme sur le privilège légal dans le cadre de visites domiciliaires.....	27
Encadré 13. Exclusion du dossier de documents saisis protégés (France)	28
Encadré 14. Recommandation du Conseil concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence (OCDE)	32
Encadré 15. Échange d'informations protégées dans le cadre d'un accord de coopération de deuxième génération.....	34

*Traitement, dans les affaires de concurrence, des informations couvertes par le privilège professionnel légal**

La quasi-totalité des pays de l'OCDE reconnaissent l'existence d'un privilège professionnel légal dans les procédures engagées en droit de la concurrence, ce qui signifie qu'ils protègent les communications confidentielles échangées entre les avocats et leurs clients et les soustraient à l'obligation de divulgation à des organismes publics nationaux ou étrangers et à des tiers. L'étendue du privilège légal varie d'une juridiction à l'autre. Le degré de protection garanti dépend de la culture et de l'histoire juridiques de chaque pays et résulte de la recherche d'un juste équilibre entre deux intérêts concurrents : l'intérêt public inhérent à l'efficacité des enquêtes et décisions en matière de droit de la concurrence d'une part, et les droits de la défense, le droit à une représentation juridique et/ou le droit d'accéder librement à un avis juridique auxquels peuvent prétendre les parties, d'autre part.

Le privilège légal impose des limites aux pouvoirs d'enquête des autorités de la concurrence. Ainsi, les documents protégés doivent être exclus des demandes d'informations et des documents qui peuvent être saisis lors de perquisitions. S'il apparaît qu'un document sur lequel repose une décision est finalement protégé, cette décision peut être attaquée devant les tribunaux selon les règles prévues par le système de contrôle juridictionnel et la norme de contrôle du pays et peut être infirmée.

Comme les interventions d'une autorité de la concurrence peuvent avoir une incidence sur des entreprises situées en dehors de son territoire de compétence, une convergence des approches en matière de privilège légal pourrait être souhaitable, à la fois pour offrir des garanties d'équité aux entreprises visées par une enquête et leur permettre de conserver la faculté de solliciter des avis juridiques et pour éviter les incohérences entre les différents systèmes chargés de faire respecter le droit de la concurrence.

* Ce document a été préparé par Despina Pachnou, de la Division de la concurrence de l'OCDE. Il a bénéficié des commentaires d'Antonio Capobianco et Pedro Caro de Sousa, et de la contribution de Beyza Erbayat et Gabriella Erdei, qui ont fourni une aide en matière de recherche (tous font partie de la Division de la concurrence de l'OCDE).

1. Introduction

1. Le privilège professionnel légal permet de soustraire les échanges confidentiels qui ont lieu entre un client et son avocat à l'obligation de divulgation à des organismes publics nationaux ou étrangers et à des tiers.
2. Son étendue dépend du droit applicable et des pratiques locales. Elle peut être limitée aux échanges et pièces en lien avec une intervention visant à faire respecter le droit et/ou une procédure contentieuse et à la représentation juridique du client dans le cadre de cette procédure. Dans certaines juridictions, le privilège professionnel légal couvre également tous les échanges et les pièces en lien avec la demande ou la fourniture d'avis juridiques – en d'autres termes, il n'est pas nécessaire que ces conseils aient un lien avec une intervention ou une procédure judiciaire spécifique. Dans tous les cas, les informations doivent avoir été échangées de manière confidentielle : si la confidentialité n'est pas nécessairement suffisante pour qu'une information soit couverte par le privilège, elle est indispensable pour que celui-ci puisse être invoqué. La confidentialité concerne la relation et les échanges entre l'avocat et son client et le fait qu'ils échappent à l'obligation de divulgation, mais non la nature des informations échangées. En conséquence, le concept de privilège légal ne renvoie pas à la protection d'informations commerciales telles que les secrets d'affaires, les secrets commerciaux et autres informations sensibles – bien que ces informations puissent faire partie d'échanges entre l'avocat et son client.
3. Trente-trois pays membres de l'OCDE sur 36 reconnaissent le concept de privilège professionnel légal et accordent une protection plus ou moins étendue à la confidentialité de la relation entre un avocat et son client¹. Lorsqu'il est reconnu, son application ne se limite pas aux affaires de droit de la concurrence mais s'étend à l'ensemble de l'ordre juridique interne. Dans la suite du document, le privilège professionnel légal n'est envisagé que dans le contexte des affaires de concurrence, et les termes privilège professionnel légal, privilège légal et privilège sont utilisés de manière interchangeable.
4. En octobre 2011, le Groupe de travail n° 3 de l'OCDE sur la coopération et l'application de la loi a organisé une table ronde intitulée *Aspects institutionnels et procéduraux des rapports entre les autorités de la concurrence et les tribunaux, et point sur les évolutions en cours en matière d'équité et de transparence procédurales* (OCDE, 2011^[1]). Les participants à cette table ronde ont brièvement examiné les procédures utilisées pour invoquer le privilège professionnel légal dans les enquêtes menées en droit de la concurrence et pour résoudre les différends relatifs au contour de ce privilège. En dehors de cette table ronde, le Comité de la concurrence et le Groupe de travail n° 3 ne se sont pas penchés sur ce sujet.
5. Ce document est structuré comme suit. La section 2 décrit brièvement les fondements du privilège professionnel légal et la section 3 porte sur son champ d'application personnel (« qui est couvert ? ») et matériel (« qu'est-ce qui est couvert ? »), ainsi que sur les circonstances dans lesquelles il est possible de renoncer au privilège ou d'en perdre le bénéfice. La section 4 est consacrée aux conséquences du privilège légal pour les demandes d'informations des autorités de la concurrence et les visites domiciliaires qu'elles effectuent. Elle évoque également les demandes d'application du privilège par les clients et leur évaluation. La section 5 examine les modalités selon lesquelles les informations potentiellement protégées peuvent être échangées et les conséquences qui en découlent et la section 6 fait office de conclusion.

2. Vue d'ensemble

6. L'étendue du privilège légal et les conditions auxquelles est subordonné son exercice, le type de pièces et d'avis qu'il couvre, les personnes qu'il protège et la manière dont il peut être invoqué ou levé varient d'une juridiction à l'autre. Le degré de protection qu'il confère dépend de l'histoire et de la culture juridiques de chaque pays et résulte d'un juste équilibre entre deux objectifs concurrents.

7. D'une part, l'intérêt public inhérent à l'efficacité des enquêtes et décisions en matière de droit de la concurrence exige que les autorités de la concurrence et les autorités de poursuite aient accès à toutes les informations nécessaires pour pouvoir enquêter, puis établir et prouver les infractions à la loi. Ainsi, la nécessité de préserver l'efficacité des enquêtes et de ne pas empêcher l'autorité japonaise de la concurrence (Japan Fair Trade Commission, JFTC) d'exercer son pouvoir d'enquête a été au centre de récentes discussions sur le privilège légal au Japon (où il n'est actuellement pas reconnu dans les affaires de concurrence) (Kameoka et Marquis, 2017^[2]). L'accès aux informations et aux preuves doit également être garanti pour que des tiers, par exemple les victimes d'un comportement anticoncurrentiel, puissent engager une action en justice afin de faire cesser le comportement illicite et/ou de demander réparation du préjudice qu'ils ont subi.

8. D'autre part, les droits de la défense, le droit à une représentation juridique et/ou le droit d'accès à un avis juridique impliquent de garantir la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client. Le droit d'accès à un avocat suppose que les clients soient en mesure de consulter leur avocat en toute liberté, de lui révéler l'intégralité des faits et de lui poser des questions sans avoir à craindre que ces échanges ne soient communiqués et utilisés contre eux.

9. Dans plusieurs pays de l'OCDE, en particulier des pays de *common law* tels que l'Australie, le Canada, l'Irlande, la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni et les États-Unis, le privilège est précisément fondé sur le droit de consulter un avocat en toute confidentialité et sur la nécessité de garantir une relation sans entrave entre l'avocat et son client. Ces juridictions retiennent une définition large du concept de privilège légal (en ce sens qu'il couvre tous les avis juridiques). De même, selon la jurisprudence de l'Union européenne (UE), la « confidentialité répond [...] à l'exigence, dont l'importance est reconnue dans l'ensemble des États membres, que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin ». Dans certains États membres de l'UE, « la protection de la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients se fonde principalement sur la reconnaissance de la nature même de la profession d'avocat, en tant qu'elle coopère au maintien de la légalité ». Dans d'autres, « cette même protection trouve sa justification dans l'exigence plus spécifique – d'ailleurs reconnue également dans les premiers États – du respect des droits de la défense »². Selon la Convention européenne des droits de l'homme, le droit au privilège est une émanation du droit à la vie privée (article 8 de la Convention, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance) et une composante du droit à un procès équitable (article 6 de la Convention) (Nazzini, 2016^[3]). Du fait de ces liens qu'il entretient avec des principes juridiques supérieurs, comme la prééminence du droit, et avec certains droits fondamentaux de la personne, comme le droit à la vie privée et les droits de la défense, le droit au privilège est généralement absolu et ne peut être limité que dans des circonstances exceptionnelles et prévues par la loi (section 3.4).

10. La protection du privilège est un droit accordé au client et non à l'avocat. Dans tous les pays membres de l'OCDE, les avocats ont l'obligation, à quelques très rares exceptions près, de protéger la confidentialité de leurs communications avec leurs clients. Cette obligation au secret professionnel les oblige à refuser de divulguer ces communications (sauf s'ils y sont légalement obligés) et empêche les perquisitions dans leur cabinet et la saisie de documents leur appartenant. Toutefois, dans les pays où l'obligation de confidentialité est uniquement vue comme une obligation de l'avocat et non comme un droit du client (autrement dit où le privilège légal n'existe pas), il n'est en principe pas possible de protéger des informations une fois qu'elles ne sont plus entre les mains de l'avocat et sont détenues par le client, celui-ci n'ayant pas qualité pour s'opposer à la divulgation et n'ayant pas le droit de le faire.

11. Dans les affaires de droit de la concurrence, les questions relatives au privilège et à la protection contre la divulgation peuvent se poser aussi bien au stade de l'enquête ou du contrôle d'une concentration par les autorités de la concurrence que dans le cadre d'une action en justice. Les clients peuvent faire valoir le privilège légal à l'encontre des autorités publiques, de tiers et des tribunaux, afin :

- de s'opposer à la divulgation, durant une enquête (y compris dans le cadre du contrôle d'une concentration), d'informations protégées contenues dans des documents recherchés, inspectés ou saisis par les autorités ;
- de s'opposer à des demandes visant à les contraindre, en vertu d'un régime de production forcée de preuves (*discovery*), à produire des documents et communications protégés et de s'opposer à ce que des documents protégés soient utilisés à titre de preuve dans le cadre d'une procédure judiciaire ;
- d'empêcher d'autres parties (par exemple leur avocat) de communiquer des informations protégées ; et
- de contester les procédures et décisions s'appuyant de manière abusive sur des informations protégées.

3. Étendue de la protection

12. La section 3 porte sur l'étendue du privilège légal. Y sont examinés la définition du client qui peut faire valoir le privilège ou y renoncer, la définition de l'avocat, le type d'informations entrant dans le champ de la protection et les circonstances dans lesquelles le privilège peut être levé ou dans lesquelles il est possible d'y renoncer.

13. L'application et l'étendue du privilège professionnel légal sont évaluées par l'autorité d'enquête et par les tribunaux conformément à la législation applicable. Lorsque le privilège concerne la relation entre un client et un avocat étranger, cette évaluation suppose d'appliquer les règles nationales de conflit de lois afin de déterminer de quel droit relève le privilège légal invoqué.

Encadré 1. Quel droit détermine si le privilège légal est applicable ?

Le droit du pays pour lequel la question de la confidentialité revêt l'intérêt le plus grand (États-Unis)

Dans l'affaire Veleron, le tribunal de première instance du district sud de New York a appliqué le droit russe et néerlandais relatif au privilège avocat-client à des communications qui impliquaient des avocats russes et néerlandais et avaient eu lieu dans leurs pays respectifs. Le tribunal a estimé que les tribunaux fédéraux des États-Unis pouvaient « appliquer le droit du pays pour lequel la question du respect ou non de la confidentialité des communications revêt l'intérêt le plus grand, le plus direct ou le plus impérieux » à des litiges impliquant des communications entre un client et un avocat étranger « à moins que le droit du pays en question ne soit contraire à l'ordre public du for ». Le pays pour lequel la question revêt l'intérêt le plus grand est « soit “celui où la relation prétendument protégée par le privilège a été établie” » soit le « “pays où cette relation existait au moment où la communication a été envoyée”. (...) En principe, les communications qui concernent une “procédure juridique instruite aux États-Unis” ou des “conseils relatifs au droit des États-Unis relèvent du droit des États-Unis”, tandis que celles (...) en rapport avec le droit d'un autre pays (...) relèvent généralement du droit étranger relatif au privilège ». Dans cette affaire, le tribunal a ordonné la divulgation de communications (avis juridiques ou produit du travail d'avocats d'entreprise ou de juristes non inscrits au barreau) qui auraient été protégées aux États-Unis mais ne l'étaient pas aux Pays-Bas et en Russie.

Source : Veleron Holding, B.V. contre BNP Paribas SA *et al.*, (S.D.N.Y. 2014) <https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2012cv05966/400067/219/0.pdf?ts=1411565309>

Le droit applicable dans le ressort du tribunal (Angleterre et Pays de Galles)

Les tribunaux anglais appliquent la loi du for, ce qui signifie que la question de savoir si un document est ou non couvert par un privilège relève du droit anglais. Dans l'affaire RBS Rights Issue Litigation, la High Court s'est exprimée en ces termes : « que l'on en parle comme d'une règle, d'une convention ou d'une pratique, le fait est que les tribunaux anglais appliquent le droit du for aux affaires relatives au privilège, et ce depuis le milieu du XIX^e siècle ». La High Court a débouté RBS de sa demande d'application du privilège et a ordonné la communication de documents (comptes rendus d'entretiens avec des salariés ou anciens salariés conduits par RBS ou pour son compte) qui étaient protégés par un privilège en droit fédéral des États-Unis mais ne l'étaient pas en vertu du droit anglais.

Source : High Court anglaise, Re the RBS Rights Issue Litigation, EWHC 3161 (2016) www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2016/3161.html

3.1. Champ d'application personnel : qui est le client ?

14. La détermination du client concerné par le privilège revêt une importance capitale : le privilège est un droit que le client peut créer et invoquer et auquel il peut renoncer. Les communications émises ou reçues par d'autres personnes que celle reconnue comme le

client ne sont pas protégées et les demandes d'application ou de renonciation dont ces personnes sont les auteurs ne sont pas reconnues et sont en principe sans effet.

15. Rares sont les pays de l'OCDE qui ont adopté des règles formelles ou ont une jurisprudence spécifique concernant la notion de « client » dans le contexte du privilège légal. Le Secrétariat a réalisé une analyse sélective de la jurisprudence dont il ressort que le privilège couvre au minimum les communications émises et reçues par un petit groupe de personnes qui gèrent l'entreprise cliente ou qui sont directement chargées d'obtenir des avis juridiques (les juristes internes à la société, par exemple). Il s'ensuit que les communications entre l'avocat et les salariés qui ne sont pas habilités à prendre des décisions pour le compte du client ou à agir en son nom ne peuvent pas être couvertes par le privilège.

16. Aux États-Unis, le privilège entre l'avocat et son client peut s'appliquer à un groupe plus large de personnes au sein de l'entreprise cliente lorsque ces personnes exercent des fonctions telles que leur contribution est nécessaire à la fourniture d'avis juridiques, en d'autres termes lorsqu'elles sont consultées parce qu'il est nécessaire de les impliquer. En pareil cas, leurs communications sont assimilées à celles du client et sont protégées par le privilège légal.

Encadré 2. Qui est le client ?

Les personnes chargées de communiquer avec les avocats (Angleterre et Pays de Galles)

Le gouvernement britannique a diligenté une enquête indépendante concernant la surveillance exercée par la Banque d'Angleterre sur la Bank of Credit and Commerce International (BCCI), après que celle-ci a été placée en liquidation en raison de soupçons d'infractions. Lors de la publication du rapport d'enquête, les créanciers de la BCCI ont engagé des poursuites contre la Banque d'Angleterre, lui faisant grief de ne pas avoir protégé leurs intérêts, et ont demandé la divulgation de documents que certains de ses salariés avaient établis et communiqués à ses avocats au cours de l'enquête. La Banque d'Angleterre a invoqué le privilège protégeant les avis juridiques.

La High Court a estimé que le client ne pouvait faire valoir le privilège légal qu'à l'égard des trois employés de la Banque d'Angleterre chargés de coordonner les échanges avec les avocats de leur employeur. Elle a considéré que « le fait qu'un employé puisse être autorisé à communiquer avec l'avocat de l'organisation qui l'emploie n'en fait pas le client ni une émanation reconnue du client ». Dès lors, elle a conclu que les informations recueillies par des employés autres que les trois salariés autorisés à communiquer avec les avocats de la Banque d'Angleterre n'étaient en rien différentes d'informations fournies par des tiers à des fins de conseil juridique et n'étaient donc pas couvertes par le privilège.

Source : Three Rivers District Council et autres contre le gouverneur de la Banque d'Angleterre (n° 5) ([2003] EWCA Civ 474) <http://iclr.co.uk/document/2016083691/%5B2003%5D%20EWCA%20Civ%20474/html>

Les communications avec le personnel n'appartenant pas à l'équipe de direction peuvent être protégées (États-Unis)

Dans l'affaire *Upjohn Co. contre États-Unis*, la Cour suprême des États-Unis a estimé que le privilège avocat-client pouvait couvrir toute information relative au client susceptible de faciliter l'administration de la justice (par exemple les informations nécessaires pour permettre à l'avocat d'effectuer une évaluation éclairée et d'émettre un avis au sujet d'une action contentieuse potentielle), y compris les informations émanant de membres du personnel situés en bas ou au milieu de la hiérarchie (n'appartenant pas à l'équipe de direction).

Cette affaire concernait une enquête interne menée par l'entreprise pour déterminer la nature et le montant de paiements illicites effectués par l'une de ses filiales étrangères à des agents publics étrangers pour remporter des marchés publics. À la demande du président de la société, les avocats internes à l'entreprise conduisirent une enquête interne et envoyèrent un questionnaire au personnel étranger, y compris à des employés n'appartenant pas à l'équipe dirigeante. Le personnel fournit des réponses et des informations. L'entreprise communiqua de son propre chef des informations sur les paiements illicites à la Securities and Exchange Commission, l'autorité de surveillance des marchés. L'administration fiscale s'appuya sur ces informations pour ouvrir une enquête afin de déterminer les conséquences fiscales des paiements. Elle demanda à avoir accès à l'enquête interne, notamment au questionnaire, aux réponses et aux notes prises par les personnes qui avaient recueilli les réponses. L'entreprise refusa, estimant que ces informations étaient protégées par le privilège avocat-client et qu'elles étaient le produit d'un travail réalisé par les avocats en prévision d'une action en justice.

La Cour suprême, saisie par la cour d'appel de la sixième circonscription, estima que des informations émanant de membres du personnel extérieurs à l'équipe dirigeante pouvaient être protégées dès lors que ces membres du personnel avaient, sur instruction de leur hiérarchie, fourni des informations aux avocats concernant des sujets relevant de leurs attributions professionnelles. La Cour a estimé que ces informations étaient nécessaires à la formulation d'un avis juridique, que les salariés étaient conscients qu'elles seraient utilisées pour l'obtention d'un avis juridique et qu'elles n'auraient pas pu être obtenues du personnel situé au sommet de la hiérarchie de l'entreprise.

Source : *Upjohn Co. contre États-Unis*, 449 U.S. 383, 1981
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/383/>

17. Le privilège professionnel légal ne s'applique pas nécessairement aux communications ou informations échangées par une société mère et ses avocats concernant l'activité d'une filiale. Dans ce type de situation, il faut que la relation avocat-client soit directe : le client est l'entité qui demande et reçoit le conseil juridique.

Encadré 3. Le privilège légal ne s'applique pas nécessairement aux communications avec la société mère (tribunal régional de Bonn, décision du 21 juin 2012, 27 Qs 2/12)

Une filiale allemande d'une entreprise basée au Royaume-Uni a fait l'objet de la part d'un cabinet juridique externe mandaté par la société mère d'un contrôle destiné à vérifier sa conformité au droit de la concurrence. La filiale était l'entité visée par le contrôle mais ce n'est pas elle qui l'avait demandé.

Le Bundeskartellamt, autorité allemande de la concurrence, a effectué une visite inopinée dans les locaux de la filiale allemande et a, entre autres, saisi des résumés des entretiens que le cabinet juridique chargé du contrôle avait eus avec l'équipe dirigeante.

Le tribunal régional de Bonn a considéré que le privilège légal ne s'appliquait qu'à l'entité qui avait donné des instructions au cabinet juridique externe pour sa défense et ne s'appliquait donc pas à la filiale.

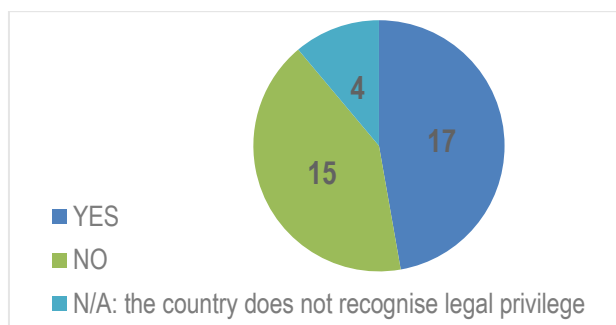
Source : Oest, I German Regional Court refuses to extend the protection of legal privilege to internal audit documents (Oest, 2012^[4])

3.2. Champ d'application personnel : qui est le conseiller ?

18. Dans toutes les juridictions qui reconnaissent un privilège légal, celui-ci couvre les échanges entre un client et un avocat externe indépendant installé dans la même juridiction.

19. Dix-sept des 33 pays de l'OCDE qui reconnaissent le privilège légal l'appliquent également aux juristes d'entreprise³ ou juristes internes. La plupart d'entre eux limitent cependant son application aux juristes d'entreprise qui jouissent d'une certaine indépendance à l'égard de leur employeur/du client et qui peuvent donc émettre un avis juridique librement. Beaucoup de pays exigent également que ce juriste soit un avocat inscrit au barreau et soit ainsi soumis aux règles du barreau en matière de déontologie et d'indépendance, notamment qu'il soit tenu de respecter le code de conduite applicable et risque des sanctions disciplinaires en cas de manquement à ses obligations professionnelles.

Graphique 1. Les communications avec les juristes d'entreprise sont-elles protégées dans les pays membres de l'OCDE ?



Légende : Oui/Non/Sans objet : le pays ne reconnaît pas le privilège légal

Source : Travaux du Secrétariat.

Encadré 4. Privilège légal et juristes d'entreprise

Les juristes d'entreprise ne bénéficient pas du privilège parce que leur indépendance professionnelle n'est pas suffisante (Union européenne)

Dans l'affaire *Akzo Nobel*, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que les communications entre les entreprises et leurs avocats internes néerlandais ne bénéficiaient pas de la confidentialité dans le cadre d'une enquête menée par la Commission européenne, quand bien même les avocats en question étaient inscrits au barreau néerlandais et en dépit du fait que ces communications étaient protégées dans l'ordre juridique interne.

La CJUE a estimé que pour être protégées, les correspondances écrites devaient avoir été échangées avec un avocat indépendant, ce qui suppose une absence de rapport d'emploi entre l'avocat et son client. Pour la CJUE, en dépit de son inscription au barreau et de la soumission aux règles professionnelles qui s'ensuit, un avocat interne « ne jouit pas à l'égard de son employeur du même degré d'indépendance qu'un avocat exerçant ses activités dans un cabinet externe à l'égard de son client » en raison de « la situation de salariat dans laquelle il se trouve, situation qui, par sa nature même, ne [lui] permet pas de s'écarter des stratégies commerciales poursuivies par son employeur et met ainsi en cause sa capacité à agir dans une indépendance professionnelle ». « Dans ces circonstances, il est plus difficile pour un avocat interne que pour un avocat externe de remédier à d'éventuelles tensions entre les obligations professionnelles et les objectifs poursuivis par son client. » Il ne jouit donc pas « d'une indépendance professionnelle comparable à celle d'un avocat externe ». Ainsi, au sein de l'Union européenne, le privilège légal ne couvre pas les échanges avec les avocats d'entreprise, qu'ils soient ou non inscrits au barreau (il n'en va cependant pas nécessairement ainsi dans l'ordre juridique interne des États membres lorsqu'ils engagent une action au niveau interne pour infraction au droit de la concurrence).

Source : Affaire C-550/07 [2010, grande chambre] *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd contre Commission européenne* <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-550/07>

Les avocats externes et les avocats internes inscrits au barreau pouvant être indépendants, les échanges qu'ils ont avec leurs clients sont protégés (Portugal)

Certains États membres de l'UE protègent, dans les procédures internes visant des infractions au droit de la concurrence, les communications entre les clients et leurs avocats internes inscrits au barreau parce qu'ils considèrent que ces avocats sont soumis aux mêmes règles de déontologie professionnelle et jouissent de la même indépendance que les avocats externes.

Ainsi, le tribunal de commerce de Lisbonne a estimé qu'au Portugal, l'indépendance, l'autonomie et l'intégrité des avocats internes procédaient à la fois de la Constitution et du règlement de l'Association portugaise du barreau et qu'aucun de ces deux textes ne faisait de distinction entre avocat externe et avocat d'entreprise. Le règlement de l'Association portugaise du barreau considère comme frappées de nullité toute clause contractuelle limitant les règles déontologiques auxquelles sont soumis les avocats et toute instruction de l'employeur limitant l'indépendance des avocats d'entreprise. En conséquence, le privilège légal protège également les communications échangées avec des avocats d'entreprise.

Source : Tribunal de commerce de Lisbonne [2007], Unilever Jerónimo Martins, www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contrordenacionais/Documents/Unilever_Sentença_TCL_16.1.2008%20DJC%2010_2007.pdf ; (Martins, 2008^[5]).

20. La distinction entre juriste d'entreprise et avocat externe du point de vue de la reconnaissance du privilège légal fait l'objet de nombreuses discussions. Les commentateurs, dont les juristes d'entreprise et les avocats externes eux-mêmes, plaident pour l'extension du privilège aux échanges entre clients et avocats internes. Ils font valoir les arguments suivants :

- les clients devraient être libres de choisir le conseiller juridique qu'ils souhaitent consulter ;
- pour les entreprises qui disposent d'un service juridique bien organisé en mesure de traiter des questions et affaires gratuitement et promptement, le recours à des avocats externes est synonyme de coûts supplémentaires et parfois d'un retard dans l'obtention des avis juridiques ;
- il peut être artificiel d'opposer l'indépendance de l'avocat externe au défaut d'indépendance de l'avocat interne, les juristes d'entreprise étant souvent soumis aux mêmes règles déontologiques et disciplinaires que les avocats externes, lesquels peuvent en outre être financièrement dépendants de leurs clients ;
- les avocats internes sont parfois mieux placés pour répondre aux questions de l'entreprise parce qu'ils connaissent mieux ses activités et ses besoins et ont déjà une relation bien établie avec leurs homologues ;
- la distinction peut finalement conduire à faire intervenir, pour des raisons stratégiques, des avocats externes dans des affaires dans lesquelles leur avis n'est pas indispensable, à seule fin de garantir la confidentialité des questions posées par le client et des réponses qu'il reçoit ;
- un problème de privilège résultant d'une loi étrangère peut se poser dans des situations où la divulgation de documents établis en interne est demandée dans une juridiction (où ces documents ne sont pas protégés) alors que ces documents proviennent d'une autre juridiction (où ils seraient protégés) et ont été établis par des personnes qui pensaient qu'ils resteraient confidentiels (Levy et Karadakova, 2018^[6]) (Holtz, 2013^[7]) (González-Díaz et Stuart, 2017^[8]).

21. Il arrive également que les communications avec des avocats installés dans d'autres juridictions ne soient pas protégées. Tel est par exemple le cas dans l'Union européenne, où le privilège couvre les échanges avec des avocats externes qualifiés et inscrits au barreau d'un des États membres de l'UE (affaire 155/79, AM&S Europe Limited c. Commission européenne, 1982), ce qui signifie que les communications avec des avocats extérieurs à l'UE ne sont pas protégées. L'objectif est peut-être de garantir que les informations protégées sont échangées entre un client et des membres de la profession juridique adhérant à des normes similaires (Andreangeli, 2008^[9]). La question des qualifications professionnelles relève de la compétence souveraine des juridictions, si bien que les qualifications requises pour accéder à la profession juridique et fournir un avis juridique à l'extérieur du territoire de l'UE peuvent être plus diverses que celles exigées pour exercer au sein de ce territoire, où il existe une base commune.

22. Quelles que soient les raisons qui, du point de vue de l'action publique, justifient l'existence d'une distinction entre les avocats qualifiés dans une juridiction et ceux qualifiés en dehors de cette juridiction, il reste que les différences de protection de la confidentialité entre ces deux catégories d'avocats (qui s'ajoutent aux différences de traitement entre juristes d'entreprise et avocats externes) peuvent constituer une source de complexité pour les entreprises comme pour les autorités de contrôle, qu'il s'agisse des autorités de la concurrence ou des tribunaux. À titre d'exemple, dans le cas d'une transaction ou d'un comportement relevant de la compétence des autorités des États-Unis et de la Commission européenne, les avocats qui conseillent les parties candidates à la fusion peuvent être : (a) des avocats externes membres du barreau d'un État membre de l'UE ; (b) des avocats d'entreprise membres du barreau d'un État membre de l'UE ; (c) des avocats externes membres d'un barreau aux États-Unis ; (d) des avocats d'entreprise membres d'un barreau aux États-Unis. Selon toute vraisemblance, les États-Unis protégeraient toute information échangée entre le client et les avocats des quatre catégories, tandis que la Commission ne protégerait que les échanges avec des avocats relevant de la catégorie (a). Si l'autorité de contrôle dans l'UE est l'autorité de la concurrence d'un État membre et non la Commission européenne, l'étendue de la protection de la confidentialité dépendra de l'étendue du privilège dans l'État membre en question.

23. Cette situation crée un paysage juridique fragmenté, dans lequel les entreprises éprouvent des difficultés à se repérer, et peut conduire une entreprise à faire appel à un conseil juridique extérieur exerçant sur le territoire national pour des affaires ou des questions pour lesquelles ce n'est pas réellement nécessaire, à seule fin de déclencher la protection de la confidentialité dans le territoire en question. Limiter la reconnaissance aux avocats qualifiés pour exercer dans la juridiction peut également soulever des problèmes du point de vue de la courtoisie internationale en ce sens qu'une juridiction peut s'attendre à ce que des documents établis sur son territoire soient soumis à ses propres règles (et conservent donc le bénéfice de la protection de la confidentialité, même s'ils concernent une affaire ayant une dimension extraterritoriale). (Holtz, 2013^[7])

3.3. Champ d'application matériel : quel type d'avis est protégé ?

24. Schématiquement, les membres de l'OCDE qui appliquent le principe du privilège professionnel légal peuvent être répartis dans deux catégories : (a) ceux qui n'accordent un statut confidentiel qu'aux avis juridiques sollicités dans le cadre ou en prévision d'une enquête ou procédure ; et (b) ceux qui protègent les avis juridiques quel que soit le sujet sur lequel ils portent.

25. Toutes les juridictions qui reconnaissent le privilège légal l'appliquent au minimum aux avis sollicités ou obtenus qui ont un lien avec une enquête ou une procédure contentieuse, autrement dit qui ont pour but de garantir le respect des droits de la défense. Les pays membres de l'OCDE qui protègent la confidentialité de tous les avis juridiques (à titre indicatif l'Australie, le Canada, l'Irlande, la Nouvelle-Zélande, le Portugal, le Royaume-Uni et les États-Unis) accordent généralement une protection plus forte aux avis en lien avec une procédure judiciaire du fait que dans ces circonstances, les parties ont davantage besoin d'une représentation juridique adaptée.

26. Dans les deux cas, la protection ne s'applique pas à la totalité des communications et documents échangés entre l'avocat et son client. Il faut que le client ait spécifiquement préparé ces communications et documents pour les transmettre à son avocat ou vice versa afin d'obtenir ou de donner un avis juridique ou un avis en lien avec une procédure

contentieuse. Les avis non juridiques – par exemple les avis commerciaux – donnés par un avocat ne sont en principe pas couverts, sauf s'ils font partie intégrante d'un avis juridique.

27. En droit de l'Union européenne, la protection ne couvre que les avis juridiques qui sont sollicités et obtenus pour préserver les droits de la défense et qui sont liés à l'objet d'une procédure relative au droit de la concurrence. En font partie les résumés d'avis protégés par la confidentialité et les documents préparatoires rédigés dans le but de solliciter un avis juridique, y compris les brouillons non envoyés à un avocat. En revanche, un avis juridique général émis dans le but de conseiller l'entreprise dans la conduite de ses activités ordinaires n'est pas protégé, même s'il a un lien avec une question de droit de la concurrence.

Encadré 5. Limitation du champ d'application matériel dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Dans la première affaire relative au privilège légal dans laquelle elle a eu à se prononcer, la Cour de justice s'est exprimée ainsi : « les droits internes des États membres révèlent l'existence de critères communs en ce qu'ils protègent, dans des conditions similaires, la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients, pour autant, d'une part, qu'il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi. » Elle a estimé que le privilège légal couvrait toutes les correspondances échangées après l'ouverture d'une enquête, de même que la correspondance antérieure ayant un lien de connexité avec l'objet de l'enquête. Elle a donc fait une différence entre les communications liées à une enquête, qui bénéficient d'une protection, et les avis juridiques généraux, qui n'en bénéficient pas.

Source : Affaire 155/79 AM&S Europe Limited contre Commission des Communautés européennes [1982] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61979CJ0155&from=EN>

Par la suite, le Tribunal de première instance (devenu depuis le Tribunal) a étendu la portée du privilège à « une lettre adressée par une entreprise à un avocat indépendant après l'ouverture de la procédure administrative devant la Commission dans le cadre et aux fins du droit de la défense de l'entreprise requérante » et a précisé que la protection des correspondances entre l'avocat et son client s'étendait aux notes internes qui se bornent à reprendre le contenu de communications entre avocats et clients et sont diffusées au sein de l'entreprise « aux fins de permettre la réflexion des cadres responsables ».

Source : Ordonnance rendue par le Tribunal de première instance dans l'affaire T-30/89 Hilti AG contre Commission des Communautés européennes [1990], <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61989TO0030&from=EN>

En 2010, dans la dernière affaire dans laquelle elle a eu à se prononcer sur la question du privilège légal, la Cour de justice a confirmé que les communications entre les avocats et leurs clients n'étaient protégées que si elles étaient en lien avec les droits de la défense du client.

Source : Affaire C-550/07 [2010, grande chambre] Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd contre Commission européenne, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62007CJ0550&lang1=en&type=TEXT&ancre=>

28. Lorsque le privilège légal est lié à l'exercice des droits de la défense, le moment auquel il peut être invoqué varie selon les juridictions. En Allemagne par exemple, il ne peut l'être qu'après ouverture d'une enquête spécifique relative à une infraction au droit de la concurrence. En d'autres termes, l'objet de l'enquête définit à la fois le point de départ (« quand ») et l'étendue matérielle (« quoi ») du privilège. En conséquence, les communications et avis juridiques ne peuvent être soustraits à l'obligation de divulgation que s'ils ont été échangés et obtenus dans le cadre et aux fins de cette enquête spécifique et s'ils ont été émis après l'ouverture de l'enquête (Oest, 2012^[4]). Les avis juridiques émis avant l'ouverture de l'enquête concernant le comportement qui fait l'objet de l'enquête et auquel s'est livrée l'entreprise visée par l'enquête et ceux formulés dans le cadre d'une

enquête parallèle visant une autre entité (par exemple une enquête portant sur le même comportement mais dont l'auteur est une entreprise du même groupe) ne sont pas protégés.

29. La question de l'étendue de l'information protégée dans le contexte du contrôle des fusions mérite une attention particulière. *A priori*, dans ce contexte, la protection pourrait être plus étendue et couvrir, par exemple, les avis juridiques portant sur les divers aspects de l'opération (au lieu d'être limitée aux avis relatifs aux questions liées au contrôle en cours), y compris dans les juridictions qui ne garantissent pas la confidentialité de tous les avis juridiques. Une fusion n'impliquant en principe pas d'infraction à la loi, il peut y avoir moins de raisons de limiter l'étendue de la protection aux avis en rapport avec le contrôle de l'opération lui-même et plus de raisons d'étendre la protection à l'ensemble des avis juridiques relatifs à la fusion. Les autorités de la concurrence contrôlent les opérations et statuent sur la base des informations qui leur sont spontanément transmises par les parties. Si ces renseignements sont insuffisants, elles peuvent demander des informations complémentaires ou suspendre le contrôle si leurs exigences ne sont pas satisfaites. En tout état de cause, les candidats à la fusion ont tout intérêt à ce que l'opération soit autorisée et sont donc motivés à fournir une information complète et à trouver rapidement une issue satisfaisante pour les parties et l'autorité en cas d'invocation du privilège légal (Levy et Karadakova, 2018^[6]).

30. Dans les juridictions où le privilège couvre tous les avis juridiques, il est important de faire la différence entre les avis juridiques généraux et les avis sollicités ou donnés en prévision ou dans la perspective d'une procédure contentieuse, le privilège en matière de contentieux étant généralement plus large (DLA Piper, 2017^[10]). Au Canada, en Irlande, au Portugal et au Royaume-Uni, par exemple, le privilège en matière de contentieux protège, outre les communications entre avocat et client, les échanges entre le client et des tiers ou entre l'avocat et des tiers (experts ou témoins par exemple), dès lors que ces échanges s'inscrivent dans le cadre de la préparation de la procédure contentieuse. Au Royaume-Uni, les communications avec des tiers sont protégées lorsqu'elles ont lieu dans le cadre d'une procédure contentieuse en cours ou dont l'ouverture est probable. L'ouverture d'une procédure peut être considérée comme probable si la procédure entre dans la phase accusatoire, notamment après notification d'une communication des griefs à l'entreprise visée par l'enquête (Tesco contre Office of Fair Trading [2012] CAT 6)⁴.

31. Lorsqu'il est plus large, le privilège en matière de contentieux peut également couvrir tous les documents préparés en prévision de la procédure, y compris s'ils n'ont pas été communiqués au client. Ainsi, aux États-Unis (où les communications avec des tiers sont systématiquement protégées dès lors qu'elles sont nécessaires pour formuler un avis juridique), un avocat peut invoquer la doctrine du produit du travail de l'avocat (*work product doctrine*) pour refuser de divulguer des documents internes qu'il prépare en prévision d'une procédure mais qu'il n'a pas communiqués au client. Le droit inhérent au produit du travail est un droit de l'avocat (et non du client) et peut être levé si certaines conditions sont réunies (Jenner & Block, 2015^[11]).

32. La décision de reconnaître ou non un caractère confidentiel à la participation d'un autre professionnel aux échanges entre un client et son avocat dépend des faits de chaque espèce, et souvent de la question de savoir si cette participation était nécessaire (plutôt que complémentaire ou accessoire) pour que l'avocat puisse émettre un avis juridique.

Encadré 6. Privilège et informations échangées avec des tiers

Les informations échangées sont protégées si elles sont demandées en vue de l'obtention d'un avis juridique de la part de l'avocat (États-Unis)

Kovel, le défendeur, travaillait comme comptable pour un cabinet juridique spécialisé en matière fiscale (Kamerman & Kamerman – K&K). Il a été cité à comparaître devant le grand jury fédéral pour témoigner au sujet d'échanges qu'il avait eus avec un client de K&K visé par une enquête pour violations alléguées du droit fiscal fédéral. Kovel a invoqué le privilège avocat-client et a refusé de répondre aux questions. Après avoir été informé par le tribunal qu'il ne pouvait pas se prévaloir d'un privilège, il a maintenu sa position, ce qui lui a valu d'être accusé d'outrage à magistrat et condamné à une année d'emprisonnement. Ce jugement a ensuite été infirmé par la cour d'appel de la deuxième circonscription.

La cour d'appel a estimé que les communications adressées à un comptable chargé d'interpréter des informations et de les transmettre à un avocat entraient dans le champ d'application du privilège avocat-client. Elle a considéré qu'il y avait lieu d'étendre le privilège aux communications du client avec des tiers, par exemple des comptables, qui sont employés par les avocats et sont indispensables à leur travail. Elle a précisé que « pour que le privilège s'applique il [fallait] impérativement que la communication ait eu lieu de manière confidentielle et ait eu pour but d'obtenir un avis juridique de l'avocat ». Il s'ensuit que le privilège avocat-client s'applique à la communication d'un client à un non-juriste. Cette communication doit être confidentielle et viser à permettre au client d'obtenir un avis juridique. Peu importe l'endroit où la communication entre le client et le tiers a lieu (par exemple hors du cabinet de l'avocat) ; de même, la question de savoir si le tiers est ou non salarié de l'avocat est sans incidence. Le privilège ne s'applique pas lorsque l'avis demandé est celui du tiers consulté et non celui de l'avocat.

Source : États-Unis contre Kovel, 296 F.2d 918 (2d Cir. 1961)

Le privilège légal dépend de l'origine de la communication et doit avoir pour but d'assurer la défense de l'entreprise (Espagne)

L'autorité espagnole de la concurrence a ordonné à **Coca-Cola España** et à ses embouteilleurs de lui communiquer (a) un questionnaire qu'avaient établi les avocats externes de Coca Cola afin de préparer la défense de l'entreprise dans une affaire de concurrence devant la Commission européenne ; et (b) les réponses au questionnaire envoyées par les sociétés d'embouteillage directement à Coca Cola sur ordre de son avocat. Les entreprises ont introduit un recours contre cette demande, faisant valoir que le questionnaire et les réponses des embouteilleurs étaient protégés. Le tribunal espagnol de la concurrence (Tribunal de Defensa de la Competencia, TDC) a apprécié si et dans quelle mesure le privilège légal s'appliquait à des documents échangés entre des entreprises indépendantes (sans l'entremise de leurs avocats) dans le cas où cet échange a eu lieu : (i) sur ordre de l'avocat externe de l'une des entreprises concernées ; (ii) dans le but de préparer la défense de l'entreprise.

Le TDC a d'abord confirmé que dans la jurisprudence européenne comme espagnole, le privilège légal était considéré comme une limite à l'obligation de collaborer avec les autorités de la concurrence. Il a estimé que deux critères permettaient de déterminer si sa protection s'appliquait à des documents échangés autrement que directement entre

clients et avocats : (i) la nature et l'objet des documents échangés et la question de savoir s'ils étaient en lien avec la défense de l'entreprise et n'auraient pas été établis en l'absence de ce motif ; (ii) la participation ou non de l'avocat externe à l'établissement des documents échangés. L'application du privilège légal dépend donc de l'origine de la communication et de la question de savoir si elle a pour but d'assurer les droits de la défense.

En l'espèce, le TDC a estimé que le questionnaire et les réponses étaient protégés.

Source : Tribunal de Defensa de la Competencia, Pepsi Cola contre Coca Cola [2002], Resolución n° 508/02, www.cnmc.es/sites/default/files/72999.pdf

33. La question de savoir si le privilège couvre les communications échangées avec des avocats dans le cadre d'investigations ou audits internes à une entreprise réalisés par des avocats, de même que les communications échangées avec le service juridique interne de l'entreprise dans le cadre de programmes de conformité dépend du champ d'application du privilège dans le pays, de la définition du client et du conseiller qui est retenue et de l'étendue des avis. Ainsi, dans les juridictions qui ne reconnaissent le privilège légal que pour autant qu'il permet l'exercice des droits de la défense, les échanges qui ont lieu dans le cadre d'audits ou du programme de conformité de l'entreprise ne sont protégés que s'ils sont liés à une procédure en droit de la concurrence en cours ou à venir. Dans les juridictions où le champ d'application matériel du privilège est plus large, les documents internes sont susceptibles d'être protégés s'ils ont été établis pour fournir à l'avocat les informations dont il avait besoin pour émettre un avis.

Encadré 7. Les communications émanant de non-avocats ou destinées à des non-avocats agissant pour le compte d'avocats dans le cadre d'une enquête interne sont protégées (États-Unis)

Kellogg Brown & Root (KBR), un fournisseur du secteur de la défense, avait mené des investigations internes en raison de soupçons de fraude (hausse artificielle des prix et pots de vin) en lien avec des marchés militaires obtenus en Irak. L'enquête interne a été supervisée par le service juridique de l'entreprise. Pendant le procès pour soupçons de fraude, la partie demanderesse a demandé la divulgation forcée de documents liés à l'enquête interne menée par KBR avant le procès.

La cour d'appel a considéré que ces documents étaient protégés et a annulé l'ordonnance attaquée, par laquelle le tribunal de première instance avait ordonné la production des documents. Elle a estimé que l'enquête ayant été conduite sous la direction des avocats du service juridique de l'entreprise, le privilège s'appliquait, quand bien même bon nombre des entretiens qui avaient eu lieu dans le cadre de cette enquête avaient été menés par d'autres personnes que des avocats. Elle a donc affirmé que des communications émanant de non-avocats ou destinées à des non-avocats agissant pour le compte d'avocats dans le cadre d'une enquête interne étaient protégées par le privilège avocat-client. Elle a estimé que « dès lors que l'obtention ou la formulation d'un avis juridique constituait l'un des principaux objectifs de l'enquête interne, le privilège avocat-client s'appliquait, même si l'enquête en question poursuivait également d'autres buts et si elle avait été ouverte parce qu'un règlement l'exigeait plutôt que sur une simple initiative de l'entreprise ». Les documents étaient donc protégés dès lors que leur rédaction avait principalement pour but l'obtention ou la formulation d'un avis juridique (y compris si elle poursuivait d'autres buts, comme la formulation d'un avis commercial).

Source : *In Re : Kellogg Brown & Root, Inc. et al.*, n° 14-5055 United States Court of Appeals for the D.C. Circuit

3.4. Quand le privilège légal peut-il être levé ou écarté ?

34. Dans beaucoup de pays membres de l'OCDE qui protègent la relation entre l'avocat et son client, le privilège est en général un droit inviolable, en ce sens qu'il ne peut être écarté par un autre intérêt public⁵. Il peut cependant être limité par la loi dans certains cas et pour des raisons précises. La personne à qui appartient le droit, à savoir le client, peut également y renoncer. En principe, cette décision peut être prise par la direction de l'entreprise cliente ou les personnes habilitées à renoncer au privilège (et non par un employé dont les communications seraient protégées).

35. Le privilège légal peut être levé expressément ou implicitement. Étant donné qu'il est défini comme une protection de la confidentialité, le fait d'échanger au sein de l'entreprise ou avec des tiers ou de rendre publiques de toute autre manière des informations normalement protégées est incompatible avec le privilège et entraîne la perte de la protection. Dans une affaire récente, il a été considéré que la transmission d'informations au Bureau de la concurrence du Canada par des candidats à l'immunité et à la clémence valait implicitement renonciation au privilège puisque les documents avaient perdu leur caractère confidentiel.

Encadré 8. La transmission de documents dans le cadre d'une demande de clémence peut valoir renonciation au privilège (Canada)

Cadbury Canada Inc. et Hershey Canada Inc. ont coopéré avec le Bureau de la concurrence du Canada dans une enquête pour entente sur les prix visant le secteur canadien du chocolat. Cadbury dans un premier temps, puis Hershey ont communiqué au Bureau des informations contre les autres membres de l'entente en application des programmes d'immunité (dans le cas de Cadbury) et de clémence (dans le cas de Hershey).

Le parquet a transmis par inadvertance les informations fournies au Bureau par les deux entreprises aux autres membres de l'entente, contre lesquels une action pénale pour entente sur les prix avait été engagée sur la base de ces informations, entre autres. En droit pénal canadien, le parquet est tenu de communiquer au prévenu toutes les informations en sa possession, qu'elles soient à charge ou à décharge, exception faite des informations protégées par un privilège professionnel légal. Hershey a fait valoir qu'une partie des informations qu'elle avait communiquées au Bureau et qui avaient été transmises à Nestlé, membre de l'entente, étaient protégées par le privilège avocat-client et devaient être restituées ou détruites.

La Cour supérieure de justice de l'Ontario a confirmé la jurisprudence canadienne voulant que la divulgation d'informations à une autorité de poursuite telle que le Bureau de la concurrence valait renonciation au privilège avocat-client, si bien que ces informations pouvaient ensuite être communiquées aux parties visées par les poursuites. Les membres de l'entente pouvaient donc avoir accès aux informations qui avaient été communiquées au Bureau de la concurrence par Cadbury et Hershey.

Source : 2015 ONSC 810, R. contre Nestlé Canada Inc., www.martindale.com/litigation-law/article_McCarthy-Tetrault-LLP_2206170.htm

36. L'exigence selon laquelle les communications protégées sont censées rester confidentielles et doivent le rester implique que l'absence d'intention de respecter la confidentialité ou de mesures pour la garantir vaut renonciation au privilège. Tel est le cas si, par exemple, des communications ont lieu en présence d'un tiers qui n'est ni un employé de l'entité cliente ni un membre du cabinet de l'avocat ni un consultant externe nécessaire (dans les juridictions où les communications échangées avec un consultant externe nécessaire peuvent être protégées).

37. Il s'ensuit que si une information normalement protégée est transmise volontairement, le privilège est levé. Toutefois, la divulgation forcée d'informations protégées sur demande d'une autorité (par exemple d'une autorité située dans une autre juridiction) n'entraîne pas nécessairement la levée du privilège vis-à-vis de tiers ou dans des juridictions dans lesquelles le privilège offre une protection plus grande.

Encadré 9. La divulgation forcée n'entraîne pas la levée du privilège (États-Unis)

Dans l'affaire *In Re Vitamins Antitrust Litigation*, le tribunal de première instance du district de Columbia aux États-Unis a eu à se prononcer sur le point de savoir si le fait qu'un document protégé ait été divulgué dans une autre juridiction valait renonciation au privilège devant un tribunal des États-Unis. Dans cette affaire, les requérants avaient formé une demande pour contraindre les défendeurs étrangers à produire les documents soumis aux ministères et autorités de la concurrence de sept juridictions. Les défendeurs ont fait valoir que ces documents étaient protégés et ne pouvaient donc pas faire l'objet d'une divulgation forcée.

Le tribunal a estimé que la communication forcée de documents à la partie adverse, en l'espèce sur demande d'autorités publiques étrangères, ne valait pas renonciation aux protections normalement applicables au produit du travail, alors que la communication volontaire valait renonciation. Pour qu'il y ait production forcée, il faut : (a) que la divulgation soit consécutive à une décision de justice, à une convocation ou à une demande formulée par une autorité publique et assortie de sanctions en cas de non-respect ; et (b) que la protection ou le privilège éventuel soit invoqué. En conséquence, si la divulgation n'est pas forcée ou si le privilège n'est pas invoqué, il y a renonciation au privilège. Il appartient aux défendeurs d'établir qu'ils sont fondés à invoquer le privilège ou l'autre protection et qu'ils n'ont pas renoncé à le faire valoir.

En l'espèce, le tribunal a constaté que plusieurs documents avaient été communiqués volontairement aux ministères et autorités de la concurrence du Brésil, de la Suisse, de la Nouvelle-Zélande, du Japon, de l'Australie et de l'Union européenne, lesquels menaient une enquête sur le marché des vitamines. Le caractère volontaire de cette communication a entraîné renonciation aux protections au titre de la doctrine du produit du travail de l'avocat et autres protections attachées aux documents. Seuls les documents transmis par un défendeur à la Commission de la concurrence mexicaine l'avaient été de manière forcée, raison pour laquelle ils furent protégés et ne furent pas divulgués aux plaignants.

Le tribunal a fait observer que le fait que des autorités publiques étrangères aient pu donner aux défendeurs l'assurance, sans garantie expresse et précise, que la confidentialité des documents qu'ils avaient communiqués serait préservée n'était pas un élément suffisant pour ne pas lever le privilège. Il a également estimé que dans cette affaire, les arguments liés à la courtoisie internationale n'étaient pas suffisants pour faire obstacle à la divulgation lorsqu'ils étaient mis en balance avec l'intérêt des États-Unis inhérent à la procédure de divulgation ouverte (« *open discovery* ») et à l'application du droit de la concurrence.

Source : *In Re Vitamin Antitrust Litigation*, 2002, U.S. Dist. LEXIS 26490 (D.D.C. 23 janvier 2002) www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/litigation_committees/commercial/in-re-vitamin-antitrust-2002-us-dist-lexis-26490.authcheckdam.pdf

38. Les conditions à remplir dans le cadre des programmes de clémence jouent également un rôle : si, pour garantir la coopération pleine et entière du candidat à la clémence, le programme de clémence subordonne l'octroi de l'immunité ou de la clémence à la renonciation au privilège, il est possible de considérer que l'intéressé a été forcé à divulguer les documents, ce qui signifie qu'il peut s'opposer à leur communication à des tiers ou à leur communication dans d'autres juridictions.

Encadré 10. L’octroi de la clémence n’est pas subordonné à la renonciation au privilège ni à la communication de documents protégés (Royaume-Uni et États-Unis)

L’Autorité des marchés et de la concurrence (AMC) du Royaume-Uni « ne subordonne pas l’octroi de la clémence à la renonciation au privilège professionnel légal protégeant des informations pertinentes dans une enquête civile ou pénale ». En revanche, « l’OFT (devenue l’AMC) tient compte de facteurs spécifiques à un cas d’espèce, par exemple de la question de savoir s’il est possible d’affirmer en toute objectivité que le candidat à la clémence a invoqué le privilège de façon manifestement infondée, si une demande globale d’application du privilège a été formulée pour un grand nombre de documents sans précisions suffisantes au sujet de chaque document ou catégorie de documents et si le candidat à la clémence est apparu motivé par la volonté de retarder et d’entraver de toute autre manière l’enquête de l’OFT ».

Si la nature d’un document n’est pas claire, l’AMC peut « exiger que les informations pour lesquelles le privilège légal est invoqué fassent l’objet d’un examen réalisé par un conseil indépendant choisi, dirigé et rémunéré par ses soins au cas par cas ». « En pareil cas, la non-communication et le refus de présentation des informations en question au conseil indépendant peut entraîner l’annulation du marqueur de clémence ou la révocation de l’accord de clémence (selon le cas) pour manquement à l’obligation de coopération pleine et constante ».

« Lorsque le conseil indépendant avise l’OFT que les informations en question sont couvertes par le privilège légal, l’OFT ne subordonne pas l’octroi de la clémence à leur présentation par le candidat à la clémence ».

Source : (AMC, 2013^[12])

Aux États-Unis, les autorités n’exigent pas que les candidats à la clémence divulguent des informations protégées et ne considèrent pas que la coopération suppose qu’ils divulguent ces informations. La révélation d’une information par « le conseil du demandeur au soutien de sa demande de clémence ne vaut pas renonciation au privilège avocat-client ou au privilège lié au produit du travail de l’avocat ».

Source : (United States Department of Justice, (s.d.)^[13])

4. Conséquences du privilège pour les autorités de la concurrence et les entreprises

4.1. En principe, les autorités doivent respecter le privilège légal selon le droit en vigueur

39. Les autorités de la concurrence et les tribunaux sont tenus de respecter le privilège légal selon le droit applicable. Dans l’édition 2018 du guide sur les procédures d’enquête (*Guidance on Investigative Process*) et dans son guide sur l’équité procédurale dans les procédures engagées par les autorités de la concurrence (*Guiding Principles for Procedural Fairness in Competition Agency Enforcement*), le Réseau international de la concurrence (RIC) formule à l’intention des autorités chargées de faire respecter le droit de la concurrence des recommandations sur les actions à mener et les frontières à respecter.

Encadré 11. Guide du RIC sur les mécanismes de protection de la confidentialité et le traitement des informations protégées

Mécanismes de protection de la confidentialité

Les procédures appliquées par les autorités de la concurrence doivent inclure un mécanisme permettant d'identifier et de protéger les informations commerciales confidentielles et de respecter la confidentialité des informations couvertes par un privilège légal. La décision de divulguer des informations confidentielles ne doit être rendue qu'après prise en compte des demandes de respect de la confidentialité, des droits de la défense, des droits des tiers, des incitations à fournir des informations, des effets sur la concurrence et de la transparence à l'égard du public.

Source : (RIC, 2018^[14])

VI. Mécanismes de protection de la confidentialité et privilèges légaux

12. Les autorités de la concurrence doivent respecter pendant toute la durée de l'enquête les privilèges légaux reconnus sur leur territoire de compétence et doivent se doter de règles relatives au traitement des informations couvertes par un privilège.

12.1 Ni les parties ni les tiers ne doivent être contraints à divulguer des informations couvertes par les privilèges légaux applicables sur le territoire de compétence de l'autorité.

12.2 Les parties et les tiers doivent être tenus de nommer et décrire les pièces dont la confidentialité est protégée en vertu d'un privilège légal afin que l'autorité puisse évaluer si le privilège est réellement opposable.

Source : (RIC, 2018^[15])

4.2. En pratique, les demandes d'informations et les inspections ne doivent pas porter sur des pièces protégées par un privilège

40. En 2013, le RIC a conduit une enquête sur les pratiques des autorités de la concurrence en matière de confidentialité (RIC, 2014^[16]). L'enquête, à laquelle 39 autorités ont répondu, portait entre autres sur l'impact du privilège légal sur le recueil d'informations au cours des enquêtes. Quelque 49 % des répondants ont indiqué limiter le champ couvert par leurs demandes d'informations aux entreprises afin d'exclure les pièces protégées. Certaines autorités rédigent leurs demandes d'informations de manière à attirer l'attention des entreprises sur les privilèges applicables, par exemple en leur donnant des consignes pour l'établissement et la communication d'inventaires des pièces non divulguées parce que protégées. De même, 49 % des autorités qui ont répondu ne saisissent pas de documents protégés lors de visites domiciliaires ou de perquisitions. D'après les réponses, de nombreuses autorités de la concurrence dialoguent avec la partie à laquelle des informations sont demandées ou la partie visée par l'enquête et engagent une concertation concernant la nature et le traitement de certaines informations.

41. S'agissant des perquisitions et visites, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a estimé que l'autorité d'enquête devait autoriser le conseil de la partie visée par les investigations à être présent pendant l'inspection afin de garantir une évaluation indépendante de la question de savoir si un privilège légal est attaché aux documents

examinés et de permettre qu'une opposition à la saisie soit formée. La CEDH a également eu l'occasion de se pencher sur le point de savoir si la saisie massive de documents durant une visite pouvait emporter violation du privilège légal lorsque l'entreprise dans laquelle la visite a lieu n'est pas en mesure d'examiner tous les documents saisis, d'en évaluer la nature et, le cas échéant, d'invoquer le privilège légal.

Encadré 12. Position de la Cour européenne des droits de l'homme sur le privilège légal dans le cadre de visites domiciliaires

La présence des conseils de la partie visée par l'enquête permet de faire valoir un éventuel privilège légal

Dans une affaire dont la CEDH a eu à connaître en 2012, la requérante (la société Janssen Cilag) contestait la saisie de documents lui appartenant par l'autorité française de la concurrence lors d'une visite domiciliaire inopinée. La requérante alléguait une violation du privilège avocat-client. Elle avançait en particulier que les avocats autorisés à être présents durant la visite étaient trop peu nombreux pour pouvoir exercer une réelle surveillance du déroulement des opérations et examiner les documents saisis de manière à faire valoir leur caractère confidentiel, le cas échéant. Cinq représentants et trois avocats de l'entreprise visée étaient présents lors de la visite. Les membres de l'équipe chargée de l'enquête étaient plus nombreux (17 agents de l'autorité de la concurrence et six officiers de police judiciaire au total), mais ils ont été répartis dans six sous-groupes, dont chacun était accompagné par un représentant de l'entreprise.

La CEDH a estimé qu'étant donné leur nombre et leur qualité, les avocats présents étaient en mesure de prendre connaissance d'une partie des documents saisis et de discuter de l'opportunité de leur saisie avec les enquêteurs afin, le cas échéant, d'en faire valoir le caractère confidentiel. La Cour a dit que pour que la protection de la confidentialité trouve à s'appliquer, il fallait (a) que la partie visée par l'enquête ait la possibilité de s'opposer à la saisie des documents couverts par le privilège ; et (b) à défaut, qu'elle ait le droit de demander un contrôle de la légalité de la saisie. Dans cette affaire, la CEDH a conclu à l'absence de violation de l'article 6 § 1 (droit à un procès équitable) aux motifs que les avocats présents étaient suffisamment nombreux et que la requérante avait bénéficié d'un recours effectif devant les juridictions internes (dans le cadre duquel elle avait partiellement obtenu gain de cause).

Source : Cour européenne des droits de l'homme, Janssen Cilag S.A.S. contre France, requête n° 33931/12, CEDH 130 (2017)

La saisie massive et indifférenciée de documents emporte-t-elle violation du privilège avocat-client ?

Dans une précédente affaire, la CEDH avait eu à examiner si la saisie massive et indifférenciée de documents pouvait être contestée pour violation du privilège avocat-client dans le cas où elle empêche l'entreprise concernée d'invoquer le privilège.

La CEDH a estimé que ces saisies massives n'étaient pas illégales dès lors qu'elles étaient ciblées et que l'entreprise était informée des pièces saisies.

En l'espèce, de nombreuses pièces avaient été saisies, notamment l'intégralité de la messagerie électronique professionnelle de certains salariés, laquelle contenait des messages échangés avec des avocats. Les entreprises visées par l'enquête n'avaient pas pu inspecter le contenu des documents saisis ni s'opposer à la saisie de documents protégés pendant le déroulement des opérations. Elles tentèrent de faire contrôler la légalité des saisies *a posteriori*, mais ce contrôle porta sur la forme de l'inspection et non sur les faits. La CEDH conclut donc à une violation des articles 6 (droit à un procès équitable) et 8 (droit à la vie privée) de la Convention européenne des droits de l'homme.

Source : Cour européenne des droits de l'homme, requêtes nos 63629/10 et 60567/10, Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services contre France, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-153318%22%5D%7D>.

4.3. Qu'advient-il lorsque des informations protégées sont illégalement recueillies et/ou utilisées ?

42. Toute information protégée recueillie illégalement doit être exclue du dossier, être considérée comme irrecevable à titre de preuve et restituée à la partie concernée.

Encadré 13. Exclusion du dossier de documents saisis protégés (France)

Dans le cadre d'une enquête sur de possibles pratiques d'entente horizontales et verticales dans le secteur des appareils électroménagers, l'autorité française de la concurrence a procédé à une visite dans les locaux de la société Whirlpool en 2014. Elle avait auparavant, en 2013, effectué une visite inopinée dans les locaux d'une entreprise concurrente. Durant la visite dans les locaux de Whirlpool, l'autorité a saisi des documents, dont plusieurs messages électroniques relatifs à la stratégie de défense de l'entreprise, qui avaient été envoyés ou reçus par un conseil extérieur à l'entreprise mais qui transmettaient ou résumaient un rapport d'audit établi par le cabinet juridique de Whirlpool, synthétisaient les annexes de ce rapport ou exploitaient les conclusions et recommandations du cabinet juridique. Le rapport d'audit avait été commandé par Whirlpool en raison de l'enquête dont ses concurrents avaient fait l'objet de la part de l'autorité.

Saisie par Whirlpool d'un recours dans lequel la société arguait, entre autres, de la violation du privilège avocat-client et des droits de la défense, la cour d'appel de Paris a reconnu l'existence du privilège et a fait droit à la demande d'annulation de la saisie des messages électroniques retraçant la stratégie de défense de l'entreprise et d'exclusion de ces pièces du dossier de l'autorité de la concurrence. Elle a estimé que le rapport revêtait une importance capitale pour la préparation de la défense de l'entreprise si elle devait faire l'objet d'une enquête à l'instar de ses concurrents. La cour d'appel a également écarté l'argument de l'autorité selon lequel le rapport d'audit avait été diffusé au sein de la société, si bien qu'il avait été rendu public et n'était donc plus protégé.

La cour d'appel a rejeté le grief que l'entreprise tirait du caractère massif des saisies. Elle a estimé que dans la première phase d'une enquête sur une infraction au droit de la concurrence, les saisies devaient être larges pour permettre le recueil de preuves. En particulier, les fichiers insécables tels qu'une messagerie insécable peuvent devoir être saisis dans leur totalité, quitte à ce que les documents protégés soient ensuite exclus.

Source : Cour d'appel de Paris, pôle 5, chambre 15, ordonnance du 8 novembre 2017, RG n° 14/13384, <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2017/12/14-13384.pdf>; (François, 2017^[17]).

43. S'il apparaît *a posteriori* qu'un document qui a été pris en compte pour rendre une décision ou qui a été admis à titre de preuve est finalement protégé (et si le privilège a été dûment invoqué mais mal évalué), la décision définitive peut faire l'objet d'un recours devant les juridictions compétentes. Le recours doit être formé comme prévu par le système

de contrôle juridictionnel du pays concerné, notamment s'agissant des motifs et de la norme de contrôle, et peut conduire à l'infirmer de la décision de l'autorité (OCDE, 2016^[18]). Si l'information protégée transmise à tort a conduit à la découverte de nouveaux éléments à charge, il peut être possible de contester l'intégrité de l'enquête et de faire reconnaître, le cas échéant, que la divulgation et l'utilisation illégales d'informations protégées a faussé l'ensemble de la procédure, si bien que la décision est entachée de nullité (Hammond, 2015^[19]).

4.4. Faculté pour les entreprises de s'opposer à la divulgation

44. Il est essentiel que les parties puissent protéger les informations couvertes par un privilège. Il faut que des procédures leur permettent de faire valoir le privilège et de résister à la communication ou à la saisie d'informations protégées.

45. Le privilège étant un droit de la partie, celle-ci doit le faire valoir conformément aux règles applicables et dans les délais impartis. Les parties doivent « nommer et décrire les pièces dont la confidentialité est protégée en vertu d'un privilège légal afin que l'autorité puisse évaluer si le privilège est réellement opposable » (RIC, 2018^[15]). En conséquence et en fonction des règles applicables dans la juridiction concernée, si une partie invoque un privilège pour un ensemble de documents sans avancer de motifs propres à chaque document (ou type de document) ou encore si elle attend trop longtemps pour invoquer le privilège, celui-ci risque d'être écarté.

46. Selon 74 % des 39 autorités qui ont répondu à l'enquête sur les pratiques en matière de confidentialité conduite en 2013 par le RIC, les entreprises et les personnes destinataires, au cours d'une enquête, d'une demande de production forcée d'informations peuvent refuser de produire les informations protégées par un privilège dans la juridiction concernée (elles peuvent par exemple invoquer un privilège avocat-client, un privilège professionnel légal ou encore le droit de ne pas s'auto-incriminer). La majorité des autorités ont adopté des procédures pour que les personnes qui transmettent des informations puissent protéger les informations couvertes par un privilège (par exemple à travers l'établissement d'inventaires des documents couverts par un privilège). En droit interne, c'est à la partie qui invoque le privilège de rapporter la preuve de son existence (par exemple en désignant les pièces potentiellement couvertes et en indiquant la nature des informations non divulguées de telle manière qu'il soit possible d'évaluer le privilège sans que les informations protégées soient divulguées) (RIC, 2014^[16]).

47. La nécessité d'établir l'existence d'un privilège implique que le simple fait de signaler qu'un document est protégé ne suffit pas à obtenir que la protection s'applique sans qu'il soit besoin de fournir d'autres explications. Toutefois, indiquer qu'un document est confidentiel peut faciliter l'établissement de l'intention de l'entreprise et de sa conception de la nature du document et aider l'autorité ou le tribunal à déterminer s'il y a lieu de considérer que le document est couvert par un privilège.

4.5. Qui examine l'invocation d'un privilège et les recours pour atteinte à un privilège

48. Selon le rapport du RIC sur les pratiques des autorités de la concurrence en matière de confidentialité, les autorités ne procèdent pas toutes de la même manière pour évaluer les demandes de protection de la confidentialité durant une perquisition ou une visite domiciliaire. Quelque 78 % des 39 autorités qui ont répondu à l'enquête examinent ces demandes. Dans certaines des juridictions qui ont répondu, cet examen n'est possible qu'au sein de l'autorité de la concurrence. À cette fin, certaines autorités survolent très

rapidement les pièces mais ne les examinent pas et n'en font ni copies ni résumés. D'autres placent sous scellés les pièces potentiellement couvertes par un privilège et les soumettent pour examen à l'autorité de la concurrence ou à l'équipe d'encadrement. Certaines autorités de la concurrence chargent des équipes ou des employés qui ne participent pas à l'enquête d'examiner les pièces prétendument protégées pour déterminer s'il y a lieu de leur reconnaître un statut confidentiel. D'autres pays encore autorisent à la fois un examen interne et un contrôle par le juge. Ailleurs, le juge est seul habilité à se prononcer. Les pièces sont alors placées sous scellés et présentées à un tribunal qui décide s'il y a lieu de leur attacher un privilège (RIC, 2014_[16]).

49. Au sein de l'UE, lorsqu'une partie visée par une enquête se prévaut d'un privilège légal pour s'opposer à la divulgation d'un document, le personnel de la Commission peut survoler rapidement les documents pour déterminer s'il y a lieu d'accéder à la demande. La partie a le droit de refuser que le personnel de la Commission jette ne serait-ce qu'un rapide coup d'œil, à condition de démontrer qu'il existe de bonnes raisons de penser qu'il est impossible de survoler les documents sans que leur contenu soit révélé. En pareil cas, les agents de la Commission placent les documents sous scellés sans les regarder et la partie peut saisir de sa demande le conseiller-auditeur de la Commission, qui a pour mission de statuer de manière impartiale sur le caractère confidentiel ou non d'un document. Aux termes de son mandat, il « doit être en mesure de faciliter le règlement des litiges portant sur l'application du principe de confidentialité des communications entre avocats et clients. À cet effet, si l'entreprise ou l'association d'entreprises faisant valoir cet argument y consent, le conseiller-auditeur doit être habilité à examiner le document concerné et à formuler une recommandation appropriée à la lumière de la jurisprudence applicable de la Cour de justice. » (Commission européenne, 2011_[20])

50. La décision du conseiller-auditeur est une recommandation au membre compétent de la Commission. Elle n'est pas contraignante et n'est donc pas susceptible de recours. Toutefois, si le litige n'est pas résolu et si la Commission décide de rejeter la demande de reconnaissance du privilège, cette décision peut être contestée devant la Cour de justice de l'UE. Si l'entreprise introduit un recours et demande des mesures provisoires, la Commission s'interdit d'ouvrir l'enveloppe scellée et de prendre connaissance des documents tant que la CJUE n'a pas statué sur les mesures provisoires (Commission européenne, 2011_[21]).

51. Dans le cadre des enquêtes menées par le ministère fédéral de la Justice des États-Unis, lorsqu'une entreprise visée par une enquête revendique la confidentialité de certains documents saisis, les documents en question sont séparés des autres et examinés par une équipe spéciale appelée « *taint team* » ou « *filter team* », composée de membres du parquet non affectés à l'enquête et dont le seul rôle est d'examiner si les documents sont protégés ou non. Les fonctionnaires du ministère de la Justice chargés des poursuites et les agents du Federal Bureau of Investigation (FBI) chargés des investigations n'ont pas accès aux documents saisis tant que la décision sur la demande de reconnaissance d'un privilège n'a pas été rendue⁶. Quiconque au sein de l'équipe chargée des poursuites est en contact avec une information considérée comme protégée peut être dessaisi de l'affaire. En l'absence de résolution de la question de la confidentialité, l'affaire peut être examinée par le tribunal compétent (United States Department of Justice, (s.d.)_[22]) (United States Department of Justice, (s.d.)_[23]) (Hammond, 2015_[19]).

52. Dans ses recommandations de bonnes pratiques pour l'application du droit de la concurrence (*Recommended framework for international best practices in competition law enforcement proceedings*) (ICC Commission on Competition, 2010_[24]), la Commission de

la concurrence de la Chambre de commerce internationale recommande que « tout litige entre l'autorité et une partie concernant l'application d'un privilège professionnel légal, par exemple un différend sur le point de savoir si certains documents ou communications doivent être protégés, doit être tranché par une instance indépendante, par exemple un juge ou un juge administratif ». La CEDH a estimé que l'existence d'un recours effectif en cas d'atteinte alléguée au privilège légal attaché à des documents précis supposait un examen de la légalité et du fond de la décision de saisie des documents et la restitution de tout document saisi illégalement (CEDH, requêtes n^{os} 63629/10 et 60567/10 Vinci Construction and GTM Génie Civile et Services c. France).

5. L'échange d'informations protégées dans le cadre d'affaires transfrontalières

53. La possibilité d'échanger des informations confidentielles (dont font partie les informations couvertes par un privilège) peut faciliter les interventions des autorités de la concurrence. Cet échange peut avoir lieu au moyen de dispenses de confidentialité, de « mécanismes de communication des informations » (dispositions légales permettant l'échange d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence sans qu'il soit nécessaire d'obtenir au préalable le consentement de la personne à l'origine de l'information) (OCDE, 2012_[25]), ou encore d'accords de coopération entre États ou entre autorités de la concurrence. En règle générale, les informations pour lesquelles un privilège est invoqué ne peuvent pas être échangées.

5.1. Le principe : les informations protégées ne doivent être ni demandées ni transmises

54. L'OCDE s'est penchée sur la question de savoir si des informations recueillies légalement dans une juridiction (où elles ne sont pas protégées) peuvent être transmises légalement à une juridiction offrant une plus grande protection (et protégeant ces informations) et y être utilisées. L'OCDE recommande aux juridictions qui transmettent des informations de s'efforcer de ne pas fournir d'informations réputées protégées dans le pays de destination et d'engager des concertations avec les parties pour identifier les informations protégées à l'étranger. Elle recommande aux juridictions destinataires de ne pas demander d'informations qui sont protégées dans leur ordre juridique et de ne pas utiliser ces informations si elles leur ont été transmises.

Encadré 14. Recommandation du Conseil concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence (OCDE)

Dispositions applicables aux systèmes d'échange d'informations

Lorsqu'il communique les informations confidentielles demandées, l'Adhérent requis devrait appliquer ses propres règles relatives aux protections applicables, comme le droit de garder le silence afin de ne pas contribuer à sa propre incrimination ou le secret professionnel, et s'efforcer de ne pas communiquer à l'Adhérent requérant d'informations considérées comme relevant de telles protections. S'il y a lieu, l'Adhérent requis peut envisager de coopérer avec les parties pour déterminer ce qui constitue une information protégée pour l'Adhérent requérant.

L'Adhérent requérant devrait, dans toute la mesure du possible,

(i) ne pas solliciter d'informations qui feraient l'objet de telles protections ;

(ii) veiller à ce qu'aucune utilisation ne soit faite d'informations communiquées par l'Adhérent requis et bénéficiant des protections applicables sur son propre territoire.

Les Adhérents devraient instaurer un dispositif adapté de protection de la confidentialité conformément à leur législation respective.

Source : (OCDE, 2014^[26])

55. De même, le modèle de dispense de confidentialité utilisé par le ministère de la Justice des États-Unis et la Federal Trade Commission (FTC) dans les affaires civiles impliquant des autorités de la concurrence étrangères précise que les autorités doivent s'interdire de demander à des autorités étrangères des informations qui seraient couvertes par un privilège aux États-Unis et qu'elles doivent demander que les informations protégées fournies et transmises par inadvertance soient retournées⁷ (United States Department of Justice and Federal Trade Commission, 2013^[27]).

56. Les modèles de dispense de confidentialité et la notice explicative à utiliser pour les demandes de clémence en cas d'entente établis par le RIC précisent que même lorsqu'il en existe une, une dispense de confidentialité ne « s'applique pas à l'échange d'informations confidentielles qui ont le statut "d'informations protégées", par exemple parce qu'elles sont couvertes par un privilège professionnel légal, dans la juridiction de l'autorité de la concurrence destinataire. Il appartient au demandeur de clémence d'indiquer quelles informations sont selon lui protégées en vertu des règles appliquées par l'autorité de la concurrence destinataire et qui ne doivent donc pas être transmises en vertu de la dispense de confidentialité. Si des informations protégées sont communiquées par inadvertance, l'autorité destinataire s'engage à les retourner, à les mettre sous séquestre ou à les détruire conformément à ses règles » (RIC, 2014^[28]).

57. Dans le cas de fusions transfrontalières, pour lesquelles il est important que les informations fournies dans les différentes juridictions concernées soient complètes et identiques pour que le contrôle puisse être effectué rapidement et aboutisse à des décisions cohérentes les unes par rapport aux autres, les autorités chargées du contrôle demandent en général des dispenses de confidentialité aux parties candidates à la fusion afin de pouvoir échanger des informations. Ces dispenses permettent de coordonner plus facilement les différentes étapes du contrôle et garantissent une meilleure cohérence des décisions et

mesures correctives. Il est toutefois fort probable que les parties soient peu enclines à établir une dispense si cela a pour effet de permettre que des informations non protégées dans une juridiction (et par conséquent transmises) soient envoyées dans une juridiction où elles sont protégées (et auraient pu ne pas être divulguées) (Levy et Karadakova, 2018^[6]).

58. Pour surmonter les réticences à l'établissement de dispenses de confidentialité, les autorités peuvent, dans le cas des documents relatifs à une demande de clémence, permettre que des informations soient extraites des documents et ne soient pas envoyées dans une juridiction où elles seraient protégées. Le modèle de dispense de confidentialité en matière de fusion établi par la Commission européenne précise qu'il « est entendu qu'il appartient à l'entreprise X ou Y d'informer la Commission de l'existence d'informations protégées ». Si elle en est informée, la Commission « s'interdit de communiquer [à l'autorité de la concurrence B] les informations ou documents éventuellement fournis par X et/ou Y pour lesquels X ou Y ont invoqué un privilège légal dans [la juridiction de l'autorité de la concurrence B] et qui sont clairement signalés comme protégés par un privilège avocat-client » (Commission européenne, (s.d.)^[29]). Les parties qui ont demandé ou reçu un avis au sujet de la fusion restent donc contraintes d'évaluer quelles informations sont protégées dans chacune des juridictions et de les exclure en conséquence. Il s'ensuit que l'application de règles différentes d'une juridiction à l'autre en matière de privilège risque de créer un engorgement et de ralentir la préparation des dossiers. Dans certains cas, les parties peuvent être en mesure de négocier avec toutes les autorités et de limiter l'établissement des dispenses de confidentialité en fonction des règles appliquées dans la juridiction où la protection conférée par les privilèges est la plus étendue, ce qui leur permet d'exclure les informations qui sont protégées dans cette juridiction des documents qu'elles transmettent aux diverses autorités.

5.2. L'échange d'informations à travers les accords et réseaux de coopération pour l'application du droit de la concurrence

59. Il est possible d'échanger des informations dans le cadre d'accords de coopération conclus entre gouvernements (OCDE, 2015^[30]) ou autorités de la concurrence (OCDE, 2017^[31]). La plupart de ces accords autorisent seulement l'échange d'informations non confidentielles ou permettent l'échange d'informations confidentielles avec le consentement de la personne qui a communiqué l'information. Les accords « de deuxième génération », qui autorisent l'échange d'informations confidentielles sans le consentement préalable de la personne qui les transmet et contiennent des garanties de confidentialité, par exemple une obligation de respecter la confidentialité des informations échangées, et des conditions relatives à l'utilisation et la retransmission des informations confidentielles échangées, sont encore peu nombreux (OCDE, 2017^[32])⁸.

60. Les accords qui contiennent des clauses permettant l'échange d'informations couvertes par un privilège sont encore moins nombreux.

Encadré 15. Échange d'informations protégées dans le cadre d'un accord de coopération de deuxième génération

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

Cet accord de coopération permet à l'autorité néo-zélandaise de la concurrence d'échanger des informations obtenues dans le cadre de demandes de production forcée (autrement dit des informations non publiques obtenues au moyen de ses pouvoirs de collecte d'informations) et d'offrir une entraide en matière d'enquête à l'Australian Competition and Consumer Commission. Il contient des garanties pour la protection d'intérêts publics, notamment pour le respect du privilège légal.

Protection et utilisation des informations

16. Lorsque la NZCC fournit des informations ou échange des communications bénéficiant d'une protection en droit néo-zélandais :

16.1. il n'y a pas lieu de considérer que la NZCC a accordé une dispense de confidentialité portant sur ces informations ; et

16.2. l'ACCC s'engage à traiter ces informations ou communications comme si elles bénéficiaient de la même protection en droit australien.

Entente de coopération entre le Commissaire de la concurrence du Canada et la Commission du commerce de la Nouvelle-Zélande relativement à la transmission de renseignements et à la fourniture d'aide en matière d'enquête (2016)

Cet accord de coopération contient également des garanties concernant la protection du privilège légal :

Protection et utilisation des renseignements

15. Si un participant transmet une communication ou des renseignements qu'il identifie comme protégés par un privilège en vertu de son droit interne :

15.1. le participant répondant ne sera pas réputé avoir renoncé à ce privilège ; et

15.2. le participant demandeur recevra la communication ou les renseignements sous le sceau de la confidentialité et il s'abstiendra, dans toute la mesure du possible, de divulguer la communication ou les renseignements sans le consentement du participant répondant.

Source : (OCDE, 2017^[31]), (OCDE, 2017^[32]), Dispositions relatives à l'échange d'informations : www.oecd.org/daf/competition/mou-inventory-provisions-on-exchange-of-information.pdf

61. Les États membres de l'UE et la Commission européenne coopèrent au sein du Réseau européen de la concurrence (REC). Dans ce contexte, une information recueillie de manière légale dans le cadre d'une procédure liée à une affaire de concurrence dans une juridiction peut être échangée légalement avec une juridiction où cette information serait protégée (et où elle ne pourrait donc pas être recueillie légalement) et peut être utilisée dans cette juridiction. L'article 12 du Règlement 1/2003 dispose que « la Commission et les

autorités de la concurrence des États membres ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles », sous réserve de conditions lorsqu'un risque de sanctions est encouru par des personnes physiques⁹. Il s'ensuit qu'un État membre peut recevoir des informations qui seraient protégées dans une affaire n'impliquant que le droit interne.

62. Sur ce point, le guide intitulé Powers of Investigation publié par l'AMC au Royaume-Uni précise que : « lorsque l'OFT (devenue l'AMC) enquête sur de possibles infractions à l'article 81 (devenu 101) ou à l'article 82 (devenu 102) au Royaume-Uni de sa propre initiative (ou sur demande d'une autre autorité nationale de la concurrence) ou pour le compte de la Commission européenne, (...) les règles en vigueur au Royaume-Uni en matière de privilège professionnel légal trouvent à s'appliquer. Il s'ensuit que la protection s'applique non seulement aux communications d'avocats exerçant de manière indépendante, mais aussi aux juristes d'entreprise. » Toutefois, « il peut arriver que l'OFT reçoive des communications de juristes d'entreprise ou d'avocats qualifiés en dehors de l'UE de la part de l'autorité de la concurrence d'un autre État membre, dans lequel les communications des avocats appartenant à ces catégories ne sont pas protégées. En pareil cas, l'OFT peut utiliser les documents reçus de l'autre autorité nationale de la concurrence pour les besoins de son enquête » (AMC, 2004_[33]).

5.3. Une convergence est-elle nécessaire ?

63. Lorsque plusieurs autorités de la concurrence participent au contrôle d'une opération transfrontalière ou à une enquête sur un comportement anticoncurrentiel impliquant plusieurs pays, chacune d'elles applique ses règles en matière de privilège légal. En l'absence d'une approche commune à toutes les juridictions et compte tenu du fait que les interventions d'une autorité de la concurrence peuvent avoir une incidence sur des entreprises situées au-delà des frontières, il pourrait être souhaitable de parvenir à une convergence, à la fois par souci d'équité à l'égard des entreprises visées par une enquête et pour éviter les incohérences entre les systèmes visant à faire respecter le droit de la concurrence. Les enceintes internationales qui s'intéressent à la concurrence, par exemple l'OCDE et le RIC, promeuvent l'organisation de débats fructueux sur les différences entre juridictions, la recherche de consensus et de points de convergence.

64. Les entreprises peuvent éprouver des difficultés à obtenir un avis juridique fiable du conseiller de leur choix au sujet de leurs opérations internationales si la diversité des approches en matière de privilège professionnel légal crée une incertitude sur la question de savoir si les informations qu'elles obtiennent leur appartiennent et peuvent rester secrètes ou non. De leur côté, les autorités de la concurrence qui appliquent des niveaux de protection différents sont susceptibles de rencontrer des difficultés pour échanger des informations, si toutefois elles le peuvent. Cette situation complique la coordination de leurs interventions dans des affaires transfrontalières et signifie qu'elles n'ont pas toutes les mêmes informations sur un même comportement ou une même opération.

65. Le domaine dans lequel les juridictions pourraient être prêtes à envisager une convergence est probablement celui de l'extension du privilège légal aux échanges entre les clients et les juristes d'entreprise, qui bénéficient d'une protection dans 17 pays de l'OCDE sur les 33 qui reconnaissent le privilège. Il serait envisageable de considérer le fait qu'une juridiction reconnaisse que des juristes d'entreprise peuvent fournir un avis protégé aux entreprises implantées sur son territoire constitue un motif suffisant pour que les autres juridictions acceptent également cette règle¹⁰ (González-Díaz et Stuart, 2017_[8]). Cette convergence revêtirait une importance particulière dans les procédures de contrôle des

fusions, les services juridiques internes fournissant souvent des avis au sujet des opérations de l'entreprise ou contribuant à en fournir (Holtz, 2013^[7]).

6. Conclusions

66. Presque tous les pays de l'OCDE reconnaissent le privilège légal, qu'ils considèrent comme une émanation de l'État de droit et/ou des droits de la défense. Il s'agit en général d'un droit absolu, qui peut être limité dans des cas exceptionnels et prévus par la loi.

67. L'étendue du privilège varie d'une juridiction à l'autre, ce qui peut poser des problèmes. Ainsi, la section 3.2 décrit les difficultés rencontrées pour solliciter ou fournir dans plusieurs juridictions un avis juridique au sujet du même comportement ou de la même opération lorsque les juridictions impliquées n'accordent pas toutes la même protection aux avocats qualifiés (ou non qualifiés) pour exercer sur leur territoire ou encore aux juristes d'entreprise par rapport aux avocats externes.

68. La coopération internationale en matière de concurrence exclut généralement les informations protégées : les dispenses de confidentialité ne s'appliquent en principe pas et il est rare que les accords de coopération en vue de l'application du droit de la concurrence évoquent les informations protégées et plus rare encore qu'ils permettent de les échanger.

69. Dans les juridictions qui reconnaissent le privilège légal, cette reconnaissance limite les pouvoirs d'enquête des autorités de la concurrence, qui doivent en principe exclure les informations privilégiées de leurs demandes de production d'informations et des saisies effectuées lors de visites domiciliaires. Lorsqu'une autorité de la concurrence s'appuie sur un document protégé pour prendre une décision, cette décision peut faire l'objet d'un recours en justice et être infirmée.

Notes

¹ D'après une recherche effectuée par le Secrétariat dans des sources accessibles au public, les trois membres de l'OCDE qui ne reconnaissent pas le privilège légal sont le Japon, la Corée et la Pologne (la Pologne suit toutefois la jurisprudence de l'Union européenne lorsqu'elle apporte son concours à la Commission européenne lors d'une visite domiciliaire).

² Affaire C-550/07 [2010, grande chambre], Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd contre Commission européenne
<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62007CJ0550&lang1=en&type=TEXT&ancre=>

³ D'après une recherche effectuée par le Secrétariat dans des sources accessibles au public, les 17 pays membres de l'OCDE où le privilège légal couvre les communications avec des juristes d'entreprise sont l'Australie, la Belgique, le Canada, le Chili, la Grèce, l'Islande, l'Irlande, Israël, la Lettonie, le Mexique, les Pays-Bas, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, le Portugal, l'Espagne, le Royaume-Uni et les États-Unis.

⁴ « Une procédure [devant l'OFT] ne peut être ni totalement accusatoire ni totalement inquisitoire [...]. En l'espèce, au moment où Tesco a commencé à prendre des notes dans le cadre d'entretiens avec des témoins potentiels, début 2011, elle était devenue contradictoire. À cette date, l'OFT avait émis une [communication des griefs] et une communication des griefs supplémentaire, dans lesquelles elle proposait de constater que Tesco avait enfreint l'interdiction prévue au chapitre 1 de la loi sur la concurrence ; l'enquête ne se résumait pas à une simple recherche d'informations visant à établir l'intégralité des faits. L'entreprise était accusée d'infraction. Dans ces circonstances, j'estime que la procédure administrative instruite en vertu de la loi était devenue suffisamment accusatoire au moment où Tesco a pris contact avec les tiers pour que les notes prises dans le cadre des entretiens avec ces témoins potentiels entrent dans le champ de la protection du privilège en matière de contentieux » (Tesco Stores Limited, Tesco Holdings Limited, Tesco Plc contre Office Of Fair Trading, Neutral citation [2012] CAT 6, n° 1188/1/1/11 www.catribunal.org.uk/files/1188_Tesco_Judgment_CAT_6_200312.pdf)

⁵ Au Canada, le privilège peut être écarté s'il existe une menace claire, sérieuse et imminente à la sécurité publique, ce qui signifie que la divulgation peut être autorisée ou exigée lorsqu'il existe un risque de préjudice grave à l'égard d'une personne (Smith contre Jones, [1999] 1 R.C.S. 455) [www.cba.org/Publications-Resources/Practice-Tools/Ethics-and-Professional-Responsibility-\(1\)/Solicitor-Client-Privilege/FAQ-Privilege-and-Confidentiality-for-In-House-Cou](http://www.cba.org/Publications-Resources/Practice-Tools/Ethics-and-Professional-Responsibility-(1)/Solicitor-Client-Privilege/FAQ-Privilege-and-Confidentiality-for-In-House-Cou)

⁶ U.S. Attorneys' Manual, Title 9: Criminal, 9-13.420 – Searches of Premises of Subject Attorneys (Perquisition dans le cabinet d'avocats visés par une enquête) : « En conséquence, pour protéger le privilège avocat-client et éviter que l'enquête ne soit compromise par l'accès à des documents protégés liés à l'enquête ou à la stratégie de défense, il y a lieu de désigner une équipe spéciale composée d'agents et de juristes non impliqués dans l'enquête dans le cadre de laquelle s'inscrit la perquisition. Des instructions devront être données et présentées en détail à ladite équipe avant la perquisition. Ces instructions devront contenir des procédures conçues pour réduire le plus possible la prise de connaissance de documents protégés et devront garantir que l'équipe spéciale ne divulgue aucune information à celle chargée de l'enquête ou des poursuites tant que le juriste qui la dirige ne lui en a pas donné l'ordre ».

⁷ « La FTC et/ou le ministère de la Justice s'interdisent de demander [à une autorité de la concurrence étrangère] des informations protégées par un privilège prévu par le droit des États-Unis. Dans toute la mesure du possible, [l'entité] indique clairement [à l'autorité de la concurrence étrangère] quelles informations seraient couvertes par un privilège légal aux États-Unis. Si la FTC et/ou le ministère de la Justice reçoit de [l'autorité de la concurrence étrangère] des informations pour lesquelles [l'entité] invoque un privilège, la FTC et/ou le ministère de la Justice considéreront cette information comme une information protégée produite par inadvertance » (et ne l'utiliseront donc pas tant que

la question n'a pas été tranchée). Si la FTC et/ou le ministère sont avisés que des informations protégées ont été produites par inadvertance, ils ne fourniront pas [à l'autorité de la concurrence étrangère] des copies des documents en question ou demanderont que ces informations soient retournées, selon le cas (United States Department of Justice and Federal Trade Commission, 2013^[27]).

⁸ Par exemple, l'accord de coopération en matière de concurrence conclu en 2017 entre les pays nordiques permet d'échanger des informations confidentielles et de les utiliser à titre de preuve, mais dispose que les informations échangées ne peuvent être utilisées qu'à titre de preuve et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui les a transmises : « aux fins d'application des règles relatives à la concurrence et au contrôle des concentrations, les autorités de la concurrence des parties ont la faculté de se fournir mutuellement, pour utilisation à titre de preuve, des éléments de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles. Les informations confidentielles ne peuvent être utilisées qu'à titre de preuve et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui les a transmises », accord de coopération dans les affaires de concurrence (2017), article 3, www.konkurrensverket.se/globalassets/om-oss/nordic-agreement-on-cooperation-in-competition-cases.pdf

⁹ Le considérant 16 du Règlement (CE) 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 [devenu 101] et 82 [devenu 102] du Traité précise que : « nonobstant toute disposition nationale contraire, il convient de permettre les échanges d'informations, même confidentielles, entre les membres du réseau, ainsi que l'utilisation de ces informations en tant qu'éléments de preuve. Ces informations peuvent être utilisées aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, ainsi que pour l'application parallèle du droit national de la concurrence, pour autant que, dans ce dernier cas, l'application du droit porte sur la même affaire et n'aboutisse pas à un résultat différent. Lorsque les informations échangées sont utilisées par l'autorité destinataire pour imposer des sanctions à des entreprises, la seule restriction à leur utilisation devrait être l'obligation de les exploiter aux fins auxquelles elles ont été recueillies, étant donné que les sanctions imposées aux entreprises sont du même type dans tous les systèmes. Les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents. Par contre, les personnes physiques sont passibles, selon le système considéré, de sanctions qui peuvent être très différentes. Le cas échéant, il faut veiller à ce que les informations ne puissent être utilisées que si elles ont été recueillies selon des modalités qui assurent le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire. »

¹⁰ « Les documents établis par des avocats exerçant aux États-Unis et par des professionnels établis aux États-Unis sollicitant et fournissant un avis juridique aux États-Unis bénéficient d'une entière présomption de confidentialité. La production forcée de ces documents et le refus [de reconnaître leur caractère confidentiel] sont contraires aux attentes légitimes des entreprises implantées aux États-Unis en ce qui concerne les règles juridiques qui régissent les échanges qu'ils ont aux États-Unis avec les avocats exerçant dans ce pays et portent atteinte au droit des États-Unis de garantir la confidentialité des correspondances échangées aux États-Unis entre des entreprises implantées sur le territoire national et des avocats inscrits au barreau d'un État fédéré » (González-Díaz et Stuart, 2017^[38]).

Références

- AMC (2013), *Leniency and no-action applications in cartel cases: OFT1495*. [12]
- AMC (2004), *Powers of investigation OFT404*. [33]
- Andreangeli, A. (2008), *EU Competition Enforcement and Human Rights*. [9]
- Bernatt, M. (2012), « Convergence of Procedural Standards in the European Competition Proceedings », *Competition Law Review*, vol. 8/3, pp. 255-283, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2240899. [40]
- Comité de la concurrence de l'OCDE (2013), *Secretariat Report on the OECD/ICN Survey on International Enforcement Co-operation*. [41]
- Commission européenne (2011), *Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE, 2011/C 308/06*. [21]
- Commission européenne (2011), *Décision du Président de la Commission européenne du 13 octobre 2011 relative à la fonction et au mandat du conseiller-auditeur dans certaines procédures de concurrence (2011/695/UE)*. [20]
- Commission européenne((s.d.)), *Model merger confidentiality waiver*. [29]
- Department of Justice and Federal Trade Commission (2013), *Model Waiver of Confidentiality for use in civil matters involving non-U.S. competition authorities*. [42]
- DLA Piper (2017), *Legal Professional Privilege. Global Guide, 4ème édition*. [10]
- François, C. (2017), *The Paris Court of Appeal grants legal privilege protection to in-house emails referring to the company's defence strategy prepared by outside legal counsel Concurrences N°85858*. [17]
- Gippini-Fournier, E. (2005), « Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory glance », *Fordham J. Int'l L.*, vol. 28/4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=635963. [39]
- González-Díaz, F. et P. Stuart (2017), « Legal Professional Privilege under EU law: Current Issues », *Competition Law & Policy Debate*, vol. 3/3, pp. 56-65. [38]
- González-Díaz, F. et P. Stuart (2017), « Legal Professional Privilege under EU law: Current Issues », *Competition Law & Policy Debate*, vol. 3/3, pp. 56-65. [8]
- Hammond, S. (2015), *Dispelling the Perception that Legal Privilege impedes Antitrust Enforcement – The US Experience*. [19]

- Holtz, J. (2013), « Legal Professional Privilege in Europe: a missed policy opportunity », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4/5, pp. 402-412. [7]
- ICC Commission on Competition (2010), *Recommended framework for international best practices in competition law enforcement proceedings*. [24]
- Ingrid Vandenborre, T. (2013), « EU Competition Law Procedural Issues », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4/6, pp. 506-512, <https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/4/6/506/1810926>. [37]
- Jenner & Block (2015), *Protecting Confidential Legal Information: a Handbook for Analysing Issues under the Attorney-Client Privilege and the Work Product Doctrine*, https://jenner.com/system/assets/assets/8948/original/2015Jenner_26BlockAttorney-ClientPrivilegeHandbook.pdf. [11]
- Kameoka, E. et M. Marquis (2017), *Competition Law in Japan: An Overview of Developments, 2016 to mid-2017*. [2]
- Levy, N. et V. Karadakova (2018), « The EC's increasing reliance on internal documents under the EU Merger Regulation: issues and implications », *European Competition Law Review*, vol. 39/1, pp. 12-23. [6]
- Martins, S. (2008), *A Portuguese Court holds that in-house lawyers are covered by national rules on legal privilege (Unilever Jerónimo Martins)*. [5]
- Michalek, M. (2015), *Right to Defence in EU Competition Law: The Case of Inspections*, University of Warsaw, Faculty of Management Press, https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/ksiazki/31/Righy_to_defence.pdf. [36]
- Nazzini, R. (2016), *Competition Enforcement and Procedure Second Edition*, Oxford University Press. [3]
- OCDE (2018), *Scoping Note on Transparency and Procedural Fairness*. [35]
- OCDE (2017), *OECD inventory of international co-operation agreements between competition agencies (MoUs)*. [31]
- OCDE (2017), *OECD inventory of international co-operation agreements between competition agencies (MoUs) -Provisions on confidentiality*. [32]
- OCDE (2016), *The resolution of competition cases by specialised and generalist courts: Stocktaking of international experience*. [18]
- OCDE (2015), *OECD inventory of international co-operation agreements on competition*. [30]
- OCDE (2014), *Recommandation du Conseil concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence*. [26]
- OCDE (2012), *Improving International Co-operation in Cartel Investigations*. [25]

- OCDE (2011), *Institutional and Procedural Aspects of the Relationship between Competition Authorities and Courts, and Update on Developments in Procedural Fairness and Transparency*. [1]
- Oest, I. (2012), *German Regional Court refuses to extend the protection of legal privilege to internal audit documents, Concurrences N°49699*. [4]
- RIC (2018), *Guidance on Investigative Process*. [15]
- RIC (2018), *Guiding Principles for Procedural Fairness in Competition Agency Enforcement*. [14]
- RIC (2014), *Agency Effectiveness Project on Investigative Process. Competition Agency Confidentiality Practices*. [16]
- RIC (2014), *ICN Cartel Leniency Waiver Templates and Explanatory Note*. [28]
- Stefanelli, J. (2011), « The negative implications of EU privilege law under Akzo Nobel at home and abroad », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60/2, pp. 545-556, <http://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/iii-the-negative-implications-of-eu-privilege-law-under-akzo-nobel-at-home-and-abroad/833EC20CB0AAC83889AF62E69B8E36E1>. [34]
- United States Department of Justice((s.d.)), *Antitrust Division Manual, Fifth Edition, Chapter III. Investigation and Case Development*. [22]
- United States Department of Justice((s.d.)), *Model Corporate Conditional Leniency Letter*. [13]
- United States Department of Justice((s.d.)), *U.S. Attorneys' Manual 9-13.000 Obtaining Evidence*. [23]
- United States Department of Justice and Federal Trade Commission (2013), *Model Waiver of Confidentiality for use in civil matters involving non-U.S. competition authorities*. [27]