

**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

Compte rendu de la table ronde sur le traitement, dans les affaires de concurrence, des informations couvertes par le privilège professionnel légal

Annexe au compte rendu succinct de la 128^e réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

26 novembre 2018

Ce document est un compte rendu des discussions qui ont eu lieu pendant la table ronde sur le traitement, dans les affaires de concurrence, des informations couvertes par le privilège professionnel légal.

D'autres documents consacrés à ces discussions sont disponibles à l'adresse suivante :
www.oecd.org/daf/competition/treatment-of-legally-privileged-information-in-competition-proceedings.htm.

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter M^{me} Despina Pachnou
[téléphone : +33 1 45 24 95 25 ; courriel : Despina.pachnou@oecd.org]

JT03453900

Compte rendu de la table ronde sur le traitement, dans les affaires de concurrence, des informations couvertes par le privilège professionnel légal

Rédigé par le Secrétariat

Le 26 novembre 2018, le Groupe de travail n° 3 a organisé une table ronde sur le traitement, dans les affaires de concurrence, des informations couvertes par le privilège professionnel légal, présidée par le Professeur Frédéric Jenny.

Le Président rappelle que cette table ronde a pour but de faire le point sur la manière dont les juridictions abordent le privilège légal, c'est-à-dire la confidentialité de la relation entre l'avocat et son client et le droit de protéger certains échanges entre l'avocat et son client contre leur divulgation dans les procédures en droit de la concurrence. Il ajoute que la table ronde cherchera également à identifier des zones de convergence entre les pays membres.

La table ronde s'articule en trois parties : 1. les origines et l'étendue du privilège légal ; 2. les incidences du privilège légal sur les procédures engagées par les autorités de la concurrence ; et 3. l'existence éventuelle d'une convergence vers des normes internationales.

Le Président présente les intervenants du panel : M. Renato Nazzini, professeur au King's College London ; M. Wouter Wils, conseiller-auditeur auprès de la Commission européenne et professeur associé au King's College London, et M. Enrique González-Díaz, associé au cabinet Cleary Gottlieb Steen & Hamilton à Bruxelles.

M^{me} Despina Pachnou présente le sujet au nom du Secrétariat. Elle fait observer que, bien que la quasi-totalité des pays de l'OCDE reconnaissent le privilège professionnel légal en relation avec les échanges entre les clients et leur avocat externe, seule la moitié environ d'entre eux étendent ce privilège aux informations échangées entre des entreprises et leur avocat interne. Dans certaines juridictions, le privilège légal ne couvre que des documents se rapportant à une procédure en droit de la concurrence, y compris en matière de contrôle des fusions. Dans certaines autres, le privilège s'étend à toutes les communications et pièces liées à la demande et à la délivrance d'un avis juridique général, y compris un avis qui n'est pas lié à une procédure spécifique. Le privilège légal permet de s'opposer à la divulgation des informations privilégiées pendant une enquête et, dans certaines juridictions, de récupérer des informations divulguées par erreur. Si une affaire de droit de la concurrence concerne plusieurs juridictions, il peut être difficile pour les autorités, en raison des approches différentes du privilège légal selon les juridictions, de déterminer quelles informations elles peuvent demander, saisir et utiliser, et il peut également être difficile pour les entreprises de déterminer les informations dont elles peuvent solliciter la protection contre toute divulgation. Il serait donc utile de s'entendre sur des normes internationales minimums.

Le Président invite ensuite le premier intervenant, M. Wouter Wils, à présenter ses vues sur le privilège légal.

1. Les origines et l'étendue du privilège légal

Le Professeur Wils explique qu'il exprime ici ses vues personnelles et non celles de la Commission européenne. Il fait observer que, bien que les autorités aient besoin d'accéder à toutes les informations disponibles afin de pouvoir appliquer efficacement le droit de la concurrence, le droit de protéger certaines communications échangées entre un client et son avocat contre toute divulgation forcée n'en est pas moins universellement reconnu.

M. Wils conteste l'argument selon lequel le privilège légal peut promouvoir la conformité au droit de la concurrence en encourageant les entreprises à solliciter et recevoir un avis juridique, puisqu'elles savent que cet avis sera protégé contre toute divulgation. Selon lui, la conformité s'améliorera uniquement si les entreprises demandent un avis juridique à propos de leur conduite future et non passée, d'une part, si elles suivent cet avis, d'autre part, et si, enfin, elles évitent d'enfreindre la loi. M. Wils fait remarquer qu'aucune preuve empirique ne soutient cet argument, et cite l'affaire *AM & S Europe Limited c. la Commission des Communautés européennes* de 1982, dans laquelle la Cour de justice de l'Union européenne (« UE ») a reconnu pour la première fois le privilège professionnel légal. Dans cette affaire, l'entreprise avait continué de commettre l'infraction en cause, bien que ses avocats l'aient avisée que sa conduite était illégale. L'argument selon lequel le privilège légal promeut la conformité n'est donc pas convaincant.

M. Wils rappelle que le privilège légal est reconnu car il est un droit fondamental basé, en droit communautaire, sur la Charte des droits fondamentaux de l'UE et la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH »). Il est une émanation du droit à la vie privée et du droit à un procès équitable, et un aspect des droits de la défense. Dans les pays de *common law*, le concept de privilège professionnel légal a été élaboré dans le cadre de procès civils. Dans le droit de l'UE, le privilège légal a été développé et reconnu pour la première fois par la Cour de justice dans le contexte d'une affaire de droit de la concurrence, en particulier sur la base d'une analyse de droit comparé. La Cour de justice a examiné les lois des États membres de l'UE ainsi que celles des États-Unis ; c'est pourquoi le concept de privilège légal dans l'UE repose à la fois sur la *common law* et sur le droit civil.

Dans le droit de l'UE, le privilège légal est reconnu à deux conditions :

1. Les communications doivent être faites aux fins et dans l'intérêt des droits de la défense de l'entreprise. Cette finalité est interprétée au sens large, afin de couvrir les avis sur des poursuites ou actions judiciaires possibles ou anticipées, sans se limiter aux seuls avis sur des procédures particulières en cours.
2. L'avocat doit être un professionnel indépendant, non lié par un rapport d'emploi avec son client et inscrit au barreau dans l'UE ou l'Espace économique européen (« EEE »). Les communications entre une entreprise et ses juristes internes ne sont donc pas privilégiées. Cette question a été tranchée pour la première fois dans l'arrêt *AM & S*, qui a ensuite été confirmé, sur la base d'une motivation détaillée, par l'arrêt rendu en 2010 dans l'affaire *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd c. Commission européenne*.

Dans l'affaire *Akzo*, la Cour de justice a dénié le privilège légal aux communications avec les juristes d'entreprise, même s'ils sont inscrits au barreau local et soumis à la déontologie de la profession d'avocat. Les parties ont argué que le refus de protéger ces communications par le privilège légal constitue une discrimination en faveur des avocats externes et au détriment des juristes d'entreprise. La Cour de justice a jugé que les juristes d'entreprise, en tant qu'employés d'une entreprise, s'identifient aux intérêts de leur

employeur. Dès lors, l'indépendance de leur avis est compromise et cet avis ne doit donc pas être protégé par le privilège légal. M. Wils souligne également qu'il n'existe aucune jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaisse le privilège légal au profit des communications échangées avec des juristes d'entreprise. Au demeurant, les clients peuvent toujours prendre l'avis d'avocats externes.

M. Wils fait observer qu'aux États-Unis, le privilège légal s'étend aux communications échangées avec les juristes d'entreprise, et que cela ne semble pas nuire à l'efficacité des procédures en droit de la concurrence. Toutefois, il ajoute que les procédures américaines en droit de la concurrence s'appuient sur la convocation de témoins, et peuvent aboutir au prononcé de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques ayant commis l'infraction, et précise également que les autorités de la concurrence ont accès à de nombreux outils d'enquête, telles des écoutes téléphoniques. Tous ces facteurs permettent aux autorités américaines d'être moins dépendantes des preuves documentaires que la Commission européenne, laquelle s'appuie fortement sur des preuves documentaires et, dès lors, sur la capacité à saisir des documents lors de visites et de perquisitions sur les lieux afin de réunir des preuves. L'extension du privilège légal aux communications échangées avec des juristes d'entreprise dans l'UE saperait donc l'efficacité des enquêtes et des poursuites de deux manières :

1. Elle réduirait le nombre de documents qui peuvent être saisis pendant les visites domiciliaires et qui pourraient contenir des informations utiles. Selon M. Wils, les informations utiles sont constituées par ce qui est dit à l'avocat, plutôt que par l'avis juridique lui-même.
2. Elle augmenterait le nombre de demandes de privilège légal et de litiges à ce propos, ce qui compliquerait et ralentirait le déroulement des visites domiciliaires, alors qu'il est essentiel d'agir rapidement.

M. Wils indique qu'en plus de la Cour de justice, le Parlement de l'UE a discuté à deux reprises de l'extension du privilège légal aux communications échangées avec les juristes d'entreprise, lors de l'adoption du Règlement 1/2003 et de la réforme du système de contrôle des fusions de l'UE au début des années 2000. Il s'est prononcé contre cette extension à ces deux occasions, considérant qu'elle affaiblirait l'efficacité des procédures en droit de la concurrence. M. Wils soutient que la reconnaissance du privilège légal au profit des avis donnés par des juristes internes, dans le cadre d'enquêtes nationales pour infractions au droit de la concurrence de l'UE, pourrait saper l'efficacité de ces enquêtes, et ajoute que l'État membre qui reconnaîtrait le privilège légal dans ce cas pourrait être considéré comme en infraction avec le droit de l'UE.

Le Président remercie le Professeur Wils pour sa présentation et demande à la délégation des États-Unis de présenter ses vues, en les comparant avec celles du Professeur Wils sur les différences entre le système de l'UE et celui des États-Unis.

Les États-Unis expliquent que, dans leur système juridique, le privilège protégeant les échanges entre un avocat et son client se compose des quatre éléments suivants. *Premièrement*, la personne qui invoque le privilège doit être un client de l'avocat, y compris un client potentiel. Ainsi, le privilège avocat-client peut couvrir des contacts initiaux, préalables à l'établissement d'une relation avocat-client. *Deuxièmement*, la communication doit émaner d'un avocat inscrit au barreau, qu'il s'agisse d'un avocat externe ou d'un avocat interne. La déontologie professionnelle et les règles applicables aux avocats sont jugées suffisantes pour garantir l'indépendance de l'avocat qui travaille comme juriste d'entreprise. Tous les avocats ont l'obligation de représenter la loi et de fournir des avis

juridiques exacts. *Troisièmement*, la communication doit être destinée à être confidentielle. En conséquence, elle ne doit pas être faite en présence d'un tiers ; autrement, il suffirait qu'un avocat assiste à une conversation d'affaires pour prétendre que la conversation est privilégiée. *Quatrièmement*, la communication doit être faite dans le but de solliciter un avis juridique ou de se faire représenter par un avocat. Un avis non juridique n'est pas privilégié.

Les délégués des États-Unis indiquent que l'extension du privilège légal au juriste d'entreprise permet en principe aux entreprises de mieux se conformer au droit de la concurrence, car elle autorise à solliciter l'avis de ce juriste d'une manière efficace et sans craindre que la communication puisse être divulguée.

Le Professeur Wils précise que les problèmes liés aux demandes d'application du privilège légal aux États-Unis surgissent principalement pendant des enquêtes ouvertes dans des affaires d'ententes, lorsque les juristes d'entreprise essaient d'empêcher l'équipe chargée de l'enquête de jeter le moindre regard sur un document, en prétendant qu'il peut être privilégié. Dans ces cas, il existe un risque d'invocation abusive du privilège, qui est plus faible aux États-Unis où des personnes physiques peuvent être sanctionnées pour pratiques obstructionnistes.

Les États-Unis précisent que leurs procédures se fondent à la fois sur des preuves documentaires et sur des preuves par témoins. Si des documents contenant prétendument des informations privilégiées sont saisis lors d'une perquisition, ils sont examinés par une équipe composée d'employés de l'autorité de la concurrence qui ne participent pas à l'enquête et qui sont séparés de l'équipe chargée de l'enquête par un pare-feu. Cette équipe a la tâche de déterminer si les informations collectées sont privilégiées et, si tel est le cas, elle procédera immédiatement à la destruction ou à la mise sous séquestre du document en question, ou à sa restitution aux parties.

Le **Japon** indique que le privilège n'est pas reconnu au Japon comme un droit du client. Néanmoins, la Constitution japonaise reconnaît le droit à un procès équitable, et les obligations de secret professionnel de l'avocat sont stipulées dans la loi portant statut de la profession d'avocat et le code de procédure civile. La Fair Trade Commission (« JFTC ») japonaise projette de publier une note d'orientation opérationnelle afin de respecter le privilège légal dans les affaires d'ententes. Le délégué précise que l'absence de privilège légal ne pose pas de problèmes dans les procédures japonaises en droit de la concurrence. En outre, il n'existe aucun précédent qui ait révélé une difficulté concrète à propos de la découverte d'informations dans des affaires transfrontalières ; les documents divulgués sous peine de pénalités à la JFTC, sur la base d'injonctions de la JFTC, n'ont pas été divulgués à des autorités étrangères. Le délégué considère, étant donné que le privilège légal est un aspect de l'ordre juridique national dans son ensemble, qu'il peut être difficile d'atteindre une convergence internationale sur les normes appropriées de reconnaissance du privilège légal.

L'Institut Fédéral des Télécommunications du Mexique (IFT), qui est chargé du secteur de la radio-télédiffusion et des télécommunications, fait observer qu'il n'existe aucune règle spécifique régissant le privilège professionnel au Mexique, mais qu'il existe une jurisprudence à ce propos, ainsi qu'un droit à la vie privée protégé par la constitution. En pratique, le privilège professionnel légal protège les avis donnés par un avocat externe dans le cadre des procédures en droit de la concurrence diligentées par l'IFT. Les documents privilégiés qui auraient été saisis ne seront pas utilisés à titre de preuves.

La **Norvège** présente une affaire jugée en 2000 par la Cour suprême norvégienne, qui a étendu les informations protégées par un privilège légal aux avocats étrangers, ainsi qu'aux avocats inscrits au barreau qui travaillent comme juristes d'entreprise. La Cour suprême a exempté de divulgation, sur un document de l'entreprise de 26 pages, deux pages intitulées « stratégie en cas d'action judiciaire » contenant l'avis juridique donné par l'avocat interne américain de l'entreprise. Selon la Cour suprême, le facteur déterminant a été le rôle de cet avocat et le fait que les services fournis par lui étaient incontestablement de nature juridique.

La **Hongrie** rend compte d'une réforme récente, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Avant la réforme, les juristes d'entreprise ne pouvaient représenter leurs entreprises en justice et dans le cadre des procédures devant d'autres autorités qu'à condition d'être inscrits auprès du tribunal de district du siège de leur entreprise. Après la réforme, la tenue du registre des juristes d'entreprise a été transférée des tribunaux de district au barreau des avocats. En conséquence, les juristes d'entreprise doivent désormais être inscrits au barreau et passer le certificat d'aptitude à la profession d'avocat. Dorénavant, une seule chose les différencie des avocats externes, à savoir le fait que les juristes d'entreprise ne peuvent agir que pour une seule entreprise, c'est-à-dire leur employeur. Étant donné que la loi hongroise ne peut pas opérer une discrimination entre deux types d'avocats également qualifiés, le privilège légal couvre désormais à la fois les avocats externes et les avocats travaillant comme juristes d'entreprise, qui sont considérés comme des avocats indépendants intégrés à la structure d'une entreprise.

Le **Professeur Wils** fait remarquer que l'extension du privilège légal aux communications avec des juristes d'entreprise, que ce soit en Norvège et en Hongrie, est intervenue à la suite d'un changement général de la loi ou de la jurisprudence, sans être spécifiquement liée à l'application du droit de la concurrence. Le concept de privilège légal de l'UE a été élaboré dans le contexte spécifique d'une affaire de droit de la concurrence, et a donc trouvé un équilibre entre le droit de préserver la confidentialité de certaines communications et la nécessité d'appliquer efficacement le droit de la concurrence, autant d'éléments qui n'ont pas été pris en considération que ce soit en Norvège ou en Hongrie.

M. Enrique González-Díaz prend ensuite la parole. Il fait observer que le privilège légal est reconnu universellement comme un droit fondamental, et soutient qu'il serait intéressant de s'interroger sur les motifs qui ont conduit à exclure le juriste d'entreprise du bénéfice du privilège légal dans l'application du droit de l'UE. La jurisprudence de la Cour de Justice a motivé cette exclusion par le manque d'indépendance des juristes d'entreprise et le risque de conflits d'intérêts. Selon M. González-Díaz, ces arguments ne devraient pas être considérés comme des facteurs déterminants pour deux raisons : l'octroi du privilège légal n'est pas un permis de dissimulation de preuves incriminantes, d'une part et les documents préexistants pouvant incriminer une entreprise ne sont pas privilégiés, d'autre part. Il soutient que des documents préparatoires rédigés dans le but d'obtenir un avis juridique doivent être privilégiés, comme cet avis juridique lui-même, qu'ils soient fournis à un avocat interne ou à un avocat externe ou en émanent. Enfin, un avis est une opinion donnée par un avocat, et la question de savoir s'il émane d'un avocat interne ou d'un avocat externe, tout comme celle de savoir si les entreprises ont ou non un service juridique interne, ne devraient pas avoir d'impact sur son traitement. Le client devrait pouvoir librement choisir entre un juriste d'entreprise et un conseiller externe. M. González-Díaz souligne qu'il n'existe aucune preuve empirique démontrant que l'application du droit de la concurrence est moins efficace dans des pays ayant étendu le privilège à des avocats qui sont des juristes d'entreprise, et propose de revisiter le débat sur l'extension du privilège légal aux communications avec les juristes d'entreprise.

M. González-Díaz prétend que le privilège légal ne fait pas nécessairement obstruction à des inspections sur les lieux. En effet, étant donné que les documents sont de plus en plus numériques, ces inspections consistent à réunir des documents numériques qui seront traités ultérieurement, dans les locaux de la Commission européenne. Il incombe ensuite à l'entreprise qui invoque le privilège légal de fournir des arguments suffisants pour convaincre la Commission qu'un document est privilégié. En cas de litige, les documents peuvent être placés dans une enveloppe scellée, et la demande d'application du privilège sera évaluée sans entraver la poursuite de l'inspection.

La **Pologne** prend la parole et indique qu'elle reconnaît le privilège professionnel légal pour toutes les communications avec un avocat qualifié, qu'il s'agisse d'un avocat travaillant comme juriste d'entreprise ou d'un avocat externe. Selon son expérience, les demandes d'application du privilège légal ralentissent les inspections et rendent la collecte des preuves difficile. Lorsque l'autorité de la concurrence polonaise repère des preuves électroniques dans les locaux de l'entreprise, les conseils de l'entreprise essaient souvent d'empêcher l'équipe des enquêteurs de faire ne serait-ce qu'un survol rapide des documents ou courriels dont un avocat a été mis en copie. Dans les enquêtes pour violation du droit de l'UE, l'autorité de la concurrence polonaise s'efforce d'appliquer le critère posé par l'arrêt *AM&S*, qui limite le privilège aux communications échangées entre le client et un avocat externe. La partie faisant l'objet de l'enquête argue souvent que l'application de ce critère ne repose sur aucun fondement clair en droit polonais. Si sa réclamation est portée devant un tribunal, ce dernier applique souvent le droit polonais au lieu de la jurisprudence de l'UE, reconnaît que les communications avec des juristes d'entreprise sont privilégiées et ordonne que les documents soient restitués aux entreprises.

L'**Autriche** pose la question suivante : si l'étendue du privilège professionnel légal est plus limitée dans un État membre qu'elle ne l'est sous l'empire du droit de l'UE, peut-on considérer que cet État membre porte ainsi atteinte aux standards de protection des droits fondamentaux consacrés par l'UE ? Le **Professeur Wils** fait observer que les standards de protection des droits fondamentaux de l'UE s'appliquent directement et que les entreprises peuvent donc prétendre que cet État membre est en infraction. Il ajoute toutefois que les États membres qui appliquent la loi de la manière la plus efficace sont ceux dans lesquels le privilège légal a une étendue correspondant au droit de l'UE, voire même une étendue plus limitée, comme cela a été historiquement le cas en Allemagne et en Autriche.

Le **Professeur Renato Nazzini** estime que la bonne approche consiste à adopter une réforme générale de la loi régissant le privilège légal (comme l'ont fait la Norvège et la Hongrie) ; à défaut, des normes différentes peuvent s'appliquer dans une juridiction selon que le privilège est invoqué dans des affaires de droit de la concurrence, de droit de l'environnement, de droit pénal, etc. Le privilège légal est un droit fondamental basé sur l'État de droit, qui doit s'appliquer de la même manière dans tous les domaines d'application de la loi. Chaque juridiction décide où tracer la ligne de démarcation entre la nécessité d'une application efficace de la loi et celle de reconnaître le privilège légal, sans en arriver à abolir complètement ce privilège. Selon lui, il existe un moyen efficace et rapide de lutter contre le risque de demandes excessives d'application du privilège ; à titre d'exemple, une équipe de filtrage ou le contrôle judiciaire des demandes suffirait à empêcher des demandes abusives. Par ailleurs, les demandes abusives devraient être sanctionnées, telles des sanctions pour obstruction à la justice ou des mesures de suspension provisoire de l'avocat concerné.

Le **Royaume-Uni** indique que les conditions de reconnaissance du privilège légal au Royaume-Uni sont similaires à celles qui s'appliquent aux États-Unis. Le privilège peut

faire l'objet d'une renonciation qui peut être explicite ou découler implicitement de la divulgation des informations privilégiées qui leur font perdre leur confidentialité, c'est-à-dire l'une des conditions de l'existence du privilège. Ces renoncations peuvent être limitées ou partielles ; par exemple, la divulgation à un assureur peut être réputée compatible avec la confidentialité des informations, et permettre d'invoquer le privilège à l'encontre de toute autre personne. Si des informations ont été divulguées par suite d'une erreur manifeste, les tribunaux anglais peuvent, en vertu de leur pouvoir d'appréciation souveraine, empêcher l'utilisation de ces informations. Si la Competition and Markets Authority britannique (« CMA ») reçoit des informations qui auraient dû manifestement faire l'objet d'une demande d'application du privilège, elle s'efforcera d'établir, avec le concours de la partie concernée, si ces informations ont été divulguées par erreur. Si l'erreur est avérée, la CMA restituera le document contenant ces informations à la partie concernée. En cas de litiges à propos du privilège, la CMA placera le document concerné dans une enveloppe scellée et l'un de ses dirigeants statuera sur la réclamation.

2. Les incidences du privilège légal sur les procédures engagées par les autorités de la concurrence

M. Enrique González-Díaz ouvre la discussion sur la partie de la table ronde consacrée aux incidences du privilège légal sur les procédures engagées par les autorités de la concurrence, en se concentrant sur les procédures de la Commission européenne. Il évoque la jurisprudence de l'UE sur trois aspects du privilège légal :

1. Les communications avec un avocat interne ne sont pas privilégiées.
2. Les communications internes relayant l'avis d'un avocat externe sont privilégiées.
3. Les documents préparatoires rédigés dans le but de préparer une demande de consultation d'un avocat externe sont privilégiés, même s'ils ne sont pas communiqués à l'avocat externe.

M. González-Díaz souligne que, bien que la jurisprudence semble être claire à propos du traitement des avis juridiques fournis dans l'UE, elle ne l'est pas sur l'approche des avis juridiques fournis par des avocats externes ou internes dans d'autres juridictions. Dans l'affaire *AM&S*, la Cour de justice a reconnu la nature privilégiée des avis fournis par des avocats qui sont inscrits au barreau dans l'UE ; ce privilège a été étendu aux avocats inscrits au barreau dans l'EEE, au moment où l'accord d'association de l'EEE est entré en vigueur. M. González-Díaz estime qu'il n'existe aucune jurisprudence claire sur le traitement des avis qui sont donnés par des avocats internes ou des avocats externes hors de l'EEE et fournis à leurs clients dans le cadre de procédures internes.

M. González-Díaz note que la Commission européenne envoie de plus en plus de demandes d'informations portant sur des documents préparés en dehors de l'UE, par exemple aux États-Unis. Ils peuvent inclure des documents préparés par un juriste d'entreprise, qui sont privilégiés aux États-Unis mais ne le sont pas dans l'UE. Il est fréquent que la Commission européenne ne sollicite pas la divulgation d'avis juridiques émanant d'avocats externes dans les juridictions situées hors de l'EEE, pour des raisons de courtoisie internationale. M. González-Díaz estime que les mêmes considérations de courtoisie internationale devraient également empêcher de demander la divulgation des avis juridiques de juristes d'entreprise, dès lors qu'ils sont fournis dans des juridictions où ces avis sont privilégiés, par exemple aux États-Unis. En effet, si un avocat interne donne un avis à un client sur le droit des États-Unis, dans le cadre de ses activités habituelles, ce client ne peut pas prévoir

que la divulgation de cet avis pourrait être demandée à l'avenir par une juridiction étrangère, dans le contexte d'une procédure en droit de la concurrence (que ce soit dans le cadre du contrôle des fusions ou de la lutte contre les ententes illicites), et que cet avis pourrait être utilisé contre lui.

Enfin, M. González-Díaz note qu'en vertu du droit de l'UE, une communication entre un membre d'une entreprise sollicitant un avis juridique auprès du juriste de cette entreprise ne peut pas être privilégiée (première étape de communication), tandis que la communication par laquelle ce juriste d'entreprise relaie ces informations à l'avocat externe pour lui demander son avis est privilégiée (seconde étape de communication). M. González-Díaz estime que la première communication devrait également être couverte par le privilège légal, en tant que document préparatoire à la consultation de l'avocat externe, c'est-à-dire en tant que première étape du processus de communication. Il note également que la protection des communications des juristes d'entreprise est essentielle afin de garantir la conformité au droit de la concurrence, ainsi que le bon fonctionnement des programmes de conformité, étant donné que les professionnels qui ont des questions à poser à leur service juridique interne sur certains aspects de la conduite de l'entreprise ne les poseront pas, si leurs communications sont susceptibles d'être divulguées.

L'**Espagne** présente les procédures qui sont appliquées par l'autorité de la concurrence espagnole pour établir et respecter le privilège légal dans le cadre de ses enquêtes. Les inspections dans les locaux d'une entreprise ont lieu en présence du personnel ou des avocats de l'entreprise, qui indiqueront quels documents peuvent être privilégiés. L'entreprise peut également communiquer aux enquêteurs les noms de ses avocats externes, de telle sorte que les échanges avec eux puissent être exclus de leurs recherches dans les fichiers électroniques de l'entreprise. En cas de litige à propos de la nature privilégiée d'un document, ce document est placé sous scellés et envoyé pour évaluation aux services juridiques de l'autorité de la concurrence. Si le litige n'est pas réglé, l'entreprise peut engager une procédure judiciaire afin de revendiquer le privilège auquel elle prétend. L'autorité de la concurrence n'aura pas accès au(x) document(s) jusqu'à ce que le tribunal ait rendu sa décision. Les demandes d'informations de l'autorité de la concurrence ne sollicitent pas la production de documents privilégiés ou auto-incriminants. Ces demandes portent uniquement sur des données et informations, et non sur des évaluations ou avis juridiques à propos du caractère anticoncurrentiel d'une conduite.

L'**Afrique du sud** indique que la Commission de la concurrence sud-africaine fait appel, au cours de ses inspections, à des sociétés informatiques externes indépendantes, qui téléchargent les données contenues dans des ordinateurs, serveurs, téléphones mobiles et autres dispositifs électroniques de stockage de données. Ces informations sont conservées hors des locaux de l'autorité de la concurrence, par les experts informatiques externes, qui recherchent les documents pertinents pour l'enquête en utilisant des mots clés fournis par la Commission de la concurrence. Si l'entreprise faisant l'objet de l'enquête considère que les documents jugés pertinents pour l'enquête contiennent certains documents qui pourraient être privilégiés, elle communiquera à la société informatique des mots clés indiquant ce caractère privilégié. Étant donné que tout ce processus est long et coûteux, la Commission de la concurrence envisage de ne plus l'externaliser et de le traiter en interne.

La **Commission européenne** cite le cas de l'affaire Alcogroup. Dans une enquête concernant la participation possible d'Alcogroup à une entente pour la commercialisation d'un produit, l'entreprise a demandé que tous les documents marqués « légalement privilégiés » soient écartés. La Commission européenne a estimé que cette demande était disproportionnée, étant donné que 22 000 documents portaient cette mention. La visite

domiciliaire a duré quatre jours, et la Commission européenne a eu des difficultés à évaluer la nature des documents pendant cette visite, au cours de laquelle les avocats de l'entreprise ont essayé d'empêcher les enquêteurs d'examiner les documents, ne serait-ce qu'en survolant rapidement. L'entreprise a sollicité le prononcé de mesures provisoires, qui ne lui ont pas été accordées. Elle a également déposé une demande d'annulation de la décision ordonnant l'inspection devant le Tribunal de l'Union européenne, qui a été rejetée. Il n'a pas non plus été facile de vérifier le statut de l'avocat interne de l'entreprise (était-ce un salarié de l'entreprise ou un avocat indépendant détaché en mission ?) étant donné que son contrat avec l'entreprise était lui-même privilégié et avait été placé sous enveloppe scellée pour évaluation. La Commission européenne a souligné que les entreprises faisant l'objet de l'enquête ont l'obligation de coopérer, de telle sorte qu'elles doivent identifier les documents privilégiés et indiquer les motifs justifiant cette identification, en permettant à la Commission de survoler rapidement un document afin de l'évaluer. Dans le cadre des recherches dans les fichiers électroniques, la Commission européenne utilise des mots clés et travaille avec les avocats de l'entreprise afin d'exclure d'emblée les documents privilégiés identifiés par ces mots clés.

Le Conseil de la concurrence letton (« CC ») a élaboré des procédures internes afin de traiter les demandes d'application du privilège professionnel légal. La CC a des organes séparés et indépendants d'enquête et de décision. Ses règles internes définissent clairement si l'équipe chargée de l'enquête peut évaluer l'existence du privilège légal pendant des inspections sur place, ou si le document doit être envoyé pour évaluation au personnel de l'organe de décision, qui est indépendant de l'équipe chargée de l'enquête. Si l'équipe chargée de l'enquête convient avec les représentants de l'entreprise objet de l'enquête qu'un document est privilégié, elle l'écartera et l'éliminera du dossier d'enquête. S'il est difficile d'identifier l'existence du privilège légal sur place ou s'il est nécessaire d'obtenir des explications supplémentaires, les documents concernés seront placés sous scellés et déposés dans les locaux de la CC afin que le personnel indépendant de la CC évalue l'existence du privilège légal.

La **délégation australienne** indique qu'elle utilise des portails d'information pour partager des informations confidentielles, mais que les documents privilégiés ne sont généralement pas partagés. Plusieurs accords le stipulent de manière explicite. Par exemple, l'accord conclu entre les États-Unis et l'Australie sur l'assistance mutuelle en matière de procédures antitrust dispose clairement qu'aucune des parties n'est tenue de produire des documents protégés par un privilège légal, bien que l'Australie et les États-Unis puissent s'échanger d'autres informations confidentielles via des portails d'information.

3. Convergence et normes internationales minimums

Le **Professeur Nazzini** ouvre la discussion sur la troisième partie de la table ronde, consacrée à la convergence des politiques et aux normes internationales minimums sur le privilège légal. Il note qu'en fonction de la juridiction, le droit d'un client de consulter ses avocats en toute confiance est considéré comme un droit fondamental, un droit humain ou un droit protégé par la Constitution. Il s'agit en toute hypothèse d'un droit fondé sur l'ordre public.

M. Nazzini expose les différentes approches du droit applicable qui détermineront l'étendue du privilège légal. La Commission européenne applique la loi du for, c'est-à-dire le droit de l'UE ; de la même manière, la CMA applique le droit anglais. Pour leur part, les États-Unis procèdent à une analyse des règles en matière de conflits de lois. Si la

communication prétendument privilégiée a lieu aux États-Unis, les juges recherchent et appliquent la loi de la juridiction entretenant le lien le plus étroit avec la communication. Selon M. Nazzini, l'application de la loi du for est un gage de certitude juridique quant à la loi applicable, d'une part, et une garantie d'égalité de traitement de toutes les parties à la procédure, d'autre part.

Le droit anglais reconnaît au juge une certaine marge d'appréciation souveraine, qui lui permet exceptionnellement d'attribuer le bénéfice d'un privilège à des documents qui ne sont pas privilégiés en vertu de la loi du for (la loi anglaise) mais le sont en vertu d'une loi étrangère, si l'utilisation de ces documents serait déloyale. M. Nazzini estime qu'un avis purement national, donné à l'étranger dans des circonstances où la partie concernée pourrait légitimement espérer que le document soit privilégié, relèverait de cette exception. Si une preuve privilégiée dans un autre système juridique était utilisée dans ces circonstances, on pourrait considérer que cette utilisation constituerait une violation du droit à un procès équitable, lequel constitue le fondement juridique principal du privilège légal en vertu du droit de l'UE et de la CEDH.

M. Nazzini souligne qu'il est légitime que les juridictions appliquent leurs propres normes en matière de privilège. Toutefois, si le conseiller juridique est un avocat dans sa propre juridiction, et si le client a sollicité l'avis de cet avocat pour un motif légitime et a pensé de bonne foi que leurs communications seraient protégées contre toute divulgation, on peut considérer que le privilège doit être reconnu, étant donné que toute autre solution serait injuste.

Des procédures efficaces devraient être mises en place pour lutter contre les abus, par exemple une équipe de filtrage composée de collaborateurs de l'autorité de la concurrence indépendants de l'équipe d'enquête, et, en dernier lieu, un recours devant un juge. Il conviendrait également de prévoir des sanctions en cas d'invocation abusive du privilège, afin de prévenir et de sanctionner les abus. En conclusion, M. Nazzini propose essentiellement d'appliquer la loi du for pour déterminer l'étendue du privilège légal, et de laisser au juge une marge d'appréciation souveraine afin de reconnaître le caractère privilégié des informations échangées dans une autre juridiction, si son défaut de reconnaissance serait injuste, tout en prévoyant un filtrage indépendant et un contrôle judiciaire afin de prévenir les abus.

Le **BIAC** fait remarquer que le privilège légal devrait couvrir les communications échangées avec les juristes d'entreprise, qui ne traitent pas seulement de questions antitrust mais sont également consultés sur des questions et opérations relevant de l'activité quotidienne de l'entreprise, et donnent des avis sur la conformité. Leur rôle est crucial. Les juristes d'entreprise sont appelés à rédiger des documents qui évaluent des risques sensibles et garantissent la conformité de l'entreprise ; dès lors, pour jouer un rôle efficace, ils doivent pouvoir agir rapidement sans craindre que leur analyse soit divulguée. Par ailleurs, de nombreuses entreprises peuvent ne pas avoir le temps ou les moyens financiers de faire appel à des avocats externes plutôt qu'à leur avocats internes. Les règles de la déontologie professionnelle des avocats garantissent l'indépendance des avocats internes. En toute hypothèse, l'invocation abusive du privilège légal (par exemple, si des avocats empêchent les autorités de la concurrence d'accéder à des preuves et informations) pourrait, en théorie, être aussi bien le fait d'avocats externes que d'avocats internes. Étant donné que le droit de la concurrence devient plus compliqué, les entreprises investissent de plus en plus dans des programmes de conformité et des services juridiques internes. Dans ce contexte, les avocats externes ne peuvent pas avoir le monopole des avis juridiques en la matière.

Le **BIAC** souligne la nécessité d'une convergence des politiques. Les enquêtes diligentées en droit de la concurrence peuvent concerner des entreprises qui opèrent dans plusieurs juridictions et qui recevront donc des avis juridiques là où elles opèrent. Les approches différentes du privilège légal selon les juridictions sont source de difficultés non seulement pour les entreprises mais également pour la coopération entre les autorités de la concurrence. La Recommandation de l'OCDE concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence traite du privilège légal et de la reconnaissance de la compétence d'autres Adhérents ; il serait utile d'examiner comment la Recommandation a été mise en œuvre.

M. Wils indique que le privilège légal est un droit fondamental, qui devrait être soigneusement délimité. La Cour de justice a délimité ce droit dans l'ordre juridique de l'UE et considéré que les avocats internes sont économiquement dépendants de leur employeur et s'identifient psychologiquement à ses intérêts, de telle sorte que leurs avis ne sont pas privilégiés. Des contrôles judiciaires et des équipes de « filtrage » peuvent être efficaces. Néanmoins, si, au cours d'enquêtes de la Commission européenne, l'entreprise s'oppose à ce que l'équipe des enquêteurs examine des documents privilégiés, ne serait-ce qu'en les survolant rapidement, ou n'invoque pas l'existence du privilège auprès du conseiller-auditeur de la Commission, le seul recours possible serait alors la saisine de la Cour de justice. Or, la saisine de la Cour la ferait crouler sous un grand nombre de demandes invoquant le privilège légal au titre d'un volume important de documents, et retarderait donc les enquêtes. Il soutient que la courtoisie internationale constitue un motif justifiant de ne pas demander des informations qui sont privilégiées par une autre juridiction, même si elle ne fournit pas un fondement juridique au sens strict.

M. Enrique Gonzalez-Diaz estime qu'il n'existe aucune preuve que le risque de demandes d'application du privilège légal excessives ou abusives soit plus important, lorsqu'il s'agit des communications échangées avec des avocats internes qu'il ne l'est dans le cas des communications avec des avocats externes. Dans une économie mondialisée et dans le contexte d'investigations lancées dans plusieurs juridictions, il est nécessaire de faire preuve de souplesse et de déférence envers les choix légaux d'autres juridictions, en vertu des principes de la courtoisie internationale.

M. Nazzini souligne qu'à la différence de la courtoisie internationale qui peut signifier des choses différentes, le droit à un procès équitable est un principe universellement accepté, sur la base duquel il conviendrait de rechercher la convergence des politiques et de protéger l'échange d'informations privilégiées de bonne foi dans une autre juridiction.

Les **États-Unis** indiquent que, lorsqu'ils coopèrent avec d'autres autorités de la concurrence qui appliquent un critère différent de reconnaissance du privilège légal, ils travaillent avec les parties, de telle sorte que ces dernières identifient elles-mêmes les documents privilégiés avant qu'ils ne soient échangés.

Le **Président** remercie les experts et les délégués de leur participation à cette discussion très fructueuse.