



Grall & Associés  
AVOCATS

Member d'Antitrust Alliance

Antitrust  
Alliance

# La Lettre du Cabinet

Juin 2010

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

## FLASH CONCURRENCE N° 5

### Visites et saisies en droit de la concurrence :

#### La protection au titre du *Legal Privilege*

#### Une question fondamentale aujourd'hui !!!

par Jean-Christophe Grall et Mathilde Lefèvre

*Le 29 avril 2010, l'avocat général Julianne Kokott a fait connaître ses conclusions dans l'affaire Akzo Nobel devant la Cour de justice de l'Union européenne, en s'opposant à l'extension de la protection du "Legal Privilege" aux documents et opinions émanant de juristes d'entreprise inscrits à un Barreau national.*

Un mouvement de contestation s'accroît à l'encontre des saisies informatiques massives et indifférenciées des enquêteurs des autorités de concurrence françaises comprenant pour partie des documents bénéficiant du **Legal Privilege** ; dans ce contexte, quelles sont les règles applicables à la protection de ces documents ?

Le **Legal Privilege** est une protection accordée à certains types de documents échangés entre un client et son avocat qui, à ce titre, bénéficient de la confidentialité liée au secret des affaires. Cette protection a pour conséquence et ce, tant en matière **fiscale** que **pénale** ou bien entendu dans le cadre d'une enquête diligentée et conduite par les autorités de **concurrence**, une impossibilité pour les enquêteurs de saisir ces pièces et pour les autorités ou juridictions de se fonder sur ces documents en vue de démontrer l'existence d'une infraction ; ce point est fondamental ! Le principe du **Legal Privilege** est visé par l'article 28 du Règlement Communautaire n°1/2003 du 16 décembre 2002. S'agissant du droit interne, ce principe est rappelé indirectement par l'article L.450-4 du Code de commerce visant l'article 56 du Code de procédure pénale.

S'il faut, en premier lieu, identifier la nature des documents qui peuvent être protégés par le **Legal Privilege**, il convient également de revenir sur la procédure de saisie informatique de ces documents, en second lieu.

#### I) Les documents susceptibles d'être protégés par le Legal Privilege :

Les pouvoirs des enquêteurs intervenant dans le cadre de visites et saisies en droit de la concurrence sont très larges ! Ils permettent de saisir une multitude de documents en lien avec l'objet de l'enquête, exclusivement circonscrit par l'ordonnance du Juge des libertés et de la détention (JLD) autorisant les visites et saisies ou par la Commission européenne en matière Communautaire.

L'une des limites à la saisie des documents en lien avec l'objet de l'enquête, tient à la protection de la confidentialité des communications échangées entre une entreprise et son avocat externe.

La jurisprudence française et communautaire a pu préciser les documents pouvant bénéficier à cet égard du **Legal Privilege**.

- **La protection des communications intervenant entre une entreprise et un avocat indépendant :**

S'il est clair que les communications doivent avoir été échangées entre un avocat et son client, l'interprétation de la notion d'« **avocat** » a suscité des débats houleux, très polémiques et demeure aujourd'hui un sujet d'actualité dans l'attente de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire Akzo-Nobel<sup>1</sup>.

En l'état de la jurisprudence actuelle, les communications protégées par le **Legal Privilege** doivent émaner d'un avocat externe et indépendant sans lien salarial avec l'entreprise cliente.

En France, un juriste ne peut être simultanément salarié d'une entreprise et exercer l'activité d'avocat indépendant ; toutefois, une telle possibilité existe dans d'autres Etats membres de l'Union européenne ; c'est le cas notamment en Allemagne, en Belgique ou aux Pays-Bas où des juristes internes peuvent par ailleurs être inscrits à un Barreau national. Cette possibilité impose aux juristes de respecter des règles déontologiques strictes et la plupart de ces pays reconnaissent que des documents émanant des juristes internes membres d'un Barreau peuvent être protégés par le **Legal privilege** au même titre que les correspondances adressées par un avocat indépendant ou qui lui sont adressées.

Pourtant et en dépit de l'existence de telles règles nationales, la Commission européenne, dans ses décisions AM&S<sup>2</sup> puis Akzo-Nobel, a fermement refusé la protection des pièces émanant ou adressées à un juriste interne au sein d'une entreprise (*in house counsel*) alors même qu'il était inscrit à un Barreau national !

Ainsi dans l'arrêt Akzo-Nobel, le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes (TPI) a pu préciser que :

« *La Cour consacre, ainsi, le critère d'une assistance légale fournie « en toute indépendance » (arrêt AM & S, point 24), qu'elle identifie avec celle fournie par un avocat qui est, structurellement, hiérarchiquement et fonctionnellement, un tiers par*

<sup>1</sup> Décision Akzo Nobel Chemicals du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPI) du 17 septembre 2007, aff. jointes T-125/03 et T-253/03.

<sup>2</sup> Décision AM&S de la Cour de Justice des Communautés européennes du 18 mai 1982, aff. 155/79.

**rapport à l'entreprise qui bénéficie de cette assistance.**

*Dès lors, il y a lieu de rejeter la thèse avancée à titre principal par les requérantes et de conclure que la correspondance échangée entre un avocat lié à Akzo Nobel par un rapport d'emploi et un directeur d'une société appartenant à ce groupe n'est pas couverte par la confidentialité, tel que défini par l'arrêt AM & S.*<sup>3</sup>

Si cette décision est actuellement en cours d'examen devant la CJUE et fermement critiquée de façon récurrente, il faut relever que l'Avocat général, Juliane Kokott, a suivi la position du Tribunal dans ses conclusions récentes du 29 avril 2010, en s'opposant à l'extension du **Legal Privilege** aux juristes d'entreprise, suivant ainsi la position communautaire actuelle.

Rappelons par ailleurs que l'avocat libre et indépendant doit avoir **la capacité d'exercer sa profession dans l'un des pays de l'Union européenne sans importance du lieu où se situe le client**<sup>4</sup>.

- **Les catégories de documents protégés :**

Le bénéfice du **Legal Privilege** va permettre de *confidentialiser* tous les documents échangés postérieurement à l'ouverture de la « *procédure de concurrence* » comme antérieurement à celle-ci, lorsqu'ils ont un lien de connexité avec l'objet de l'enquête. En outre, cette correspondance doit intervenir dans le cadre et aux fins des droits de la défense du client.

Au-delà des communications classiques échangées entre un avocat et un client, la jurisprudence a étendu les catégories de documents protégés pour désormais englober deux autres catégories de pièces :

- En premier lieu, le TPI, dans son ordonnance Hilti<sup>5</sup>, a étendu la protection du **Legal Privilege** aux notes émanant de juristes d'entreprise et circulant en interne dès lors qu'elles se bornent à reprendre le contenu de communication clients/avocats comprenant des avis juridiques :

« *Dès lors, compte tenu de sa finalité, le principe de protection accordée aux communications entre l'avocat et son client doit être regardé comme s'étendant également aux notes internes qui se bor-*

<sup>3</sup> Décision Akzo-Nobel précitée, paragraphes 168 et 169.

<sup>4</sup> Décision AM&S précitée, paragraphes 25 et 26.

<sup>5</sup> Ordonnance Hilti du Tribunal de première instance du 4 avril 1990, aff. T-30/89, paragraphe 18.

*ment à reprendre le texte ou le contenu de ces communications. »*

→ Si les notes internes ajoutent ou modifient des éléments contenus dans l'avis juridique donné par l'avocat, alors elles ne pourront pas être protégées au titre du *Legal Privilege*.

- En second lieu, une extension supplémentaire de la protection du *Legal Privilege* est accordée aux documents préparatoires rédigés par le client en vue d'un échange avec son conseil externe, alors même que ces documents n'auraient pas été adressés ou envoyés audit Avocat. Pour que ces documents bénéficient du *Legal Privilege*, il suffira qu'ils aient été rédigés exclusivement dans le but d'obtenir un avis juridique d'un avocat indépendant dans l'exercice des droits de la défense<sup>6</sup>.

→ En raison de la difficulté d'identification de ces documents, il sera nécessaire de les identifier clairement par une mention figurant directement sur ceux-ci ou par l'indication du caractère préparatoire du document à une communication avec un avocat, afin d'éviter le risque de non protection au titre du secret d'affaires.

Par ailleurs, il convient d'observer que la seule indication sur les documents et pièces de la mention « *Legal Privilege* » ou de toute autre mention similaire ne saurait prévenir leur saisie !!!

Une fois l'étendue de la protection déterminée, il convient d'examiner la procédure de saisie des pièces lors d'une enquête de concurrence afin d'envisager les conséquences sur la saisie de documents bénéficiant du *Legal Privilege*.

## II) La saisie de documents susceptibles d'être protégés par le *Legal Privilege* et le cas particulier de la saisie de messagerie électronique :

En matière de visites et saisies, certaines distinctions apparaissent entre les procédures appliquées par les enquêteurs français et les enquêteurs de la Commission européenne. Nous illustrerons ces distinctions par l'exemple des saisies de messageries électroniques.

Lors de perquisitions (enquêtes dites « lourdes » françaises et inspections communautaires), de multiples documents et pièces sont susceptibles d'être saisies immédiatement par les enquêteurs.

<sup>6</sup> Décision Akzo Nobel précitée, paragraphes 120 à 123.

Lorsque les parties ou leur avocat allèguent que certaines pièces, certes en lien avec l'enquête, ne peuvent être saisies en raison de leur confidentialité au titre du *Legal Privilege*, les parties devront motiver leur demande d'absence de saisie. Les enquêteurs, tel que l'explique le guide de la Commission sur les Bonnes pratiques liées au déroulement des procédures relatives aux articles 101 et 102 TFUE non encore publié<sup>7</sup>, pourront visualiser la présentation générale, le titre ou d'autres aspects superficiels des pièces afin de savoir s'ils sont effectivement couverts par le *Legal Privilege*. Il est, en outre, possible que les parties demandent aux enquêteurs de ne pas examiner du tout certaines pièces, en raison de motifs spécifiques.

En droit français, aucune procédure particulière n'envisage un recours spécifique relatif aux pièces protégées par le *Legal Privilege*.

En droit Communautaire, si les enquêteurs estiment qu'il n'est pas exclu qu'un document litigieux bénéficie du *Legal Privilege*, alors la pièce en cause sera placée sous enveloppe scellée en vue de son examen futur de telle sorte que soit résolue ultérieurement la question de sa confidentialité.

Si la Commission rejette les motifs invoqués par les parties pour obtenir le bénéfice du *Legal Privilege* pour certains documents, elle devra rendre une décision de refus et les parties pourront contester sa décision devant la CJUE. La Commission ne pourra pas ouvrir l'enveloppe scellée contenant les pièces litigieuses avant que ne soit rendue la décision !

**Mais attention, les requêtes dilatoires relatives au *Legal Privilege* nullement justifiées et visant uniquement à retarder la procédure pourront être sanctionnées financièrement<sup>8</sup>.**

En droit interne, pour contester la saisie de pièces couvertes par le *Legal Privilege*, les parties devront contester le déroulement des visites et saisies (cf. art. 450-4 du Code de commerce et **Lettre du Cabinet mars-avril 2010**) sans toutefois avoir un recours spécifique permettant le placement des pièces litigieuses sous scellés ainsi que prévu en droit communautaire.

Les précautions prises par les autorités communautaires se retrouvent notamment dans l'examen des pièces numérisées et plus particulièrement dans la saisie des messageries électroniques.

<sup>7</sup> "Best Practices on the conduct of proceedings concerning the articles 101 and 102 TFEU".

<sup>8</sup> Article 23(1) du Règlement 1/2003.

En droit français, les juges considèrent les messageries électroniques de type « *Outlook* » ou « *Lotus Note* » comme une pièce unique et insécable, c'est-à-dire comme un document ne pouvant pas être différencié, en considérant les éléments qu'il contient. C'est sur ce principe que les enquêteurs français se fondent pour saisir l'intégralité des messageries électroniques alors même que s'y trouveraient des correspondances privées ou des documents bénéficiant du *Legal Privilege*.

C'est ainsi que la Cour de cassation dans l'affaire Shering-Plough<sup>9</sup> a annulé la décision du Juge des Libertés et de la détention autorisant la restitution de documents informatiques non différenciés qui avaient été saisis grâce au procédé du ciblage par mot-clé. La Cour réaffirme le principe de l'insécabilité des messageries électroniques et estime, dans la mesure où les documents saisis contiennent au moins en partie des éléments permettant de démontrer l'existence des pratiques anticoncurrentielles suspectées, que la saisine globale est alors licite.

Ces méthodes de saisie diffèrent de la procédure mise en œuvre par les enquêteurs de la Commission qui ne considèrent pas *ab initio* que les messageries électroniques ou tout autre document constituent un tout insécable. Les enquêteurs examineront chacun des éléments et notamment les courriers électroniques de la messagerie. La saisie globale s'opèrera uniquement dans des cas particuliers où les enquêteurs manqueront de temps pour inspecter chacune des pièces sur site ; il leur est par conséquent permis de saisir des pièces de façon globale mais ces documents seront placés sous enveloppes scellées qui ne seront ouvertes qu'en présence des parties afin de procéder à l'examen des pièces.

Par cet exemple, on peut observer que le respect du *Legal Privilege* est davantage garanti en droit communautaire où des procédures strictes ont été édictées.

**Malgré une extension du *Legal Privilege* à de nouvelles catégories de documents et l'existence de procédures tendant à favoriser le respect de ce principe, cette protection demeure somme toute encore limitée notamment en ce qui concerne les pièces, opinions, documents émanant de juristes d'entreprise.**

**Il nous faut donc attendre la suite et la fin de la saga Akzo-Nobel qui apportera certainement de précieux enseignements en matière de protection au titre du *Legal Privilege* !**

<sup>9</sup> Décision du 20 mai 2009, n°07-8643.

**Nous vous en tiendrons informés.**



### **Quelques informations :**

**Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :**

- ☞ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2010 : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « *Trois fois net* » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « *NIP* », etc. ;**
- ☞ **A la mise en place de Programme de « *compliance* » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**
- ☞ **Au contrôle des concentrations**
  - **Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]**
  - **Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** depuis le 2 mars 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;**
- ☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**
- ☞ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du nouveau Règlement 330/2010 et de ses lignes directrices du 10 mai 2010 : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des ar-**

articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais ;

- ☞ **A la définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;
- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008** ;
- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- ☞ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics** ;
- ☞ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel du 3 janvier 2008** et de la **LME du 4 août 2008, et de la jurisprudence communautaire** : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de

prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].

- ☞ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs** : responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

\* \* \*

- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires** : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;
- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2010**, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;
- ☞ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site [www.mgavocats](http://www.mgavocats)**