

CONTENTIEUX

La future loi sur la confidentialité des consultations des juristes d'entreprise sera opposable à l'Autorité de la concurrence

Une loi française visant notamment à protéger la confidentialité des consultations des juristes d'entreprise est sur le point d'être adoptée. Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence a récemment publié une tribune dans laquelle il indique que, selon lui, cette disposition ne serait pas opposable à son institution. Nous ne partageons pas cette conclusion.



Par Adrien Giraud, associé,

Le 10 juillet 2023, l'Assemblée nationale a adopté en première lecture l'amendement n°1512 à l'article 19, II, du projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027 qui établit le principe et fixe le régime juridique de la confidentialité des consultations des juristes d'entreprise. Le Sénat s'étant prononcé en faveur de cet amendement le 8 juin 2023, le principe de la confidentialité au bénéfice des juristes d'entreprise semble avoir été validé par les deux chambres. Le texte devait encore être examiné en commission mixte paritaire le 5 octobre.

Dans une tribune publiée dans Les Echos le 20 septembre, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence affirme que cette disposition ne sera pas opposable à cette dernière. Il rappelle dans un premier temps qu'en l'état actuel de la jurisprudence européenne, en particulier celle Akzo, une telle disposition ne serait pas opposable à la Commission européenne. Il estime ensuite que l'Autorité de la concurrence française, lorsqu'elle applique le droit européen, doit avoir exactement les mêmes pouvoirs d'enquête que la Commission européenne, sous peine de contrariété avec le principe d'effectivité du droit européen et avec la directive (UE) 2019/1. Nous ne partageons pas cette conclusion.

Une jurisprudence européenne fondée sur le droit des Etats membres

En ce qui concerne les pouvoirs de la Commission européenne, la protection des correspondances entre avocats et clients a été reconnue en 1982 dans l'affaire AM & S. La Cour a constaté, à cette occasion, que le droit européen est silencieux sur le sujet, mais que les ordres juridiques des Etats membres reconnaissent la protection des correspondances entre avocats et clients. La Cour a déduit d'une étude comparative des droits des

Etats membres deux conditions à la protection de la correspondance avocat-client comme limite aux pouvoirs d'enquête de la Commission : d'une part, la correspondance doit être échangée aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, elle doit émaner d'un avocat indépendant, c'est-à-dire non lié au client par un rapport d'emploi. Dans l'arrêt Akzo de 2010, la Cour a confirmé la jurisprudence AM & S en tous points, notamment les deux conditions susmentionnées. Saisie d'un argument concernant la condition d'indépendance et selon lequel les droits des Etats membres avaient évolué depuis AM & S (prononcé près de trente ans plus tôt), la Cour conclut que « s'il est vrai que la reconnaissance spécifique du rôle du juriste d'entreprise et la protection des communications avec celui-ci au titre de la confidentialité se trouvent relativement plus répandues en 2004 qu'au moment du prononcé de l'arrêt [AM & S], il [n'est] toutefois pas possible d'identifier des tendances uniformes ou clairement majoritaires dans les droits des Etats membres. »

Il ressort de cette jurisprudence que le droit européen est silencieux sur la question de la protection de la correspondance avocat-client ; que les limites imposées par la Cour aux pouvoirs d'enquête de la Commission européenne sont issues d'une comparaison des droits des Etats membres ; et, enfin, que si les droits des Etats membres évoluent, la jurisprudence AM & S/Akzo peut également être amenée à évoluer. Or, il s'est désormais écoulé près de vingt ans depuis la dernière analyse comparative utilisée par la Cour et, depuis, la protection de la correspondance des juristes d'entreprise a été consacrée dans la législation ou dans la jurisprudence de quatre nouveaux Etats membres (la Belgique, le Portugal, l'Espagne et la Hongrie). Le projet français constitue une cinquième évolution dans ce sens depuis l'arrêt Akzo. Si la Cour

était saisie à nouveau de la question, elle devrait nécessairement tenir compte de ces évolutions. Le premier temps du raisonnement du rapporteur général rappelé ci-dessus n'est donc pas acquis.

Autonomie procédurale : la nouvelle loi française sera opposable à l'Autorité de la concurrence

Mais, en tout état de cause, que la jurisprudence AM & S/Akzo soit appelée à évoluer ou non, il n'en demeure pas moins que le texte français en préparation sera bien opposable à l'Autorité de la concurrence, et ce, qu'elle applique le droit européen ou non. En effet, contrairement à ce qu'affirme le rapporteur général, il n'existe aucun principe selon lequel « l'autorité nationale doit pouvoir saisir les mêmes documents que ceux que la Commission peut saisir ». C'est même le contraire : en l'absence de réglementation de l'Union, c'est le principe d'autonomie procédurale qui prévaut ; le droit national est donc applicable dans la seule limite du respect du principe d'effectivité du droit européen.

Le texte en préparation serait donc opposable à l'Autorité de la concurrence, sauf à ce que celle-ci montre que protéger la correspondance des juristes d'entreprise rendrait ineffective l'application du droit européen de la concurrence. Or, l'autorité aurait le plus grand mal à démontrer cela. D'abord parce que la Cour, dans AM & S comme dans Akzo, s'est justement posée – explicitement – la question de l'extension aux juristes d'entreprise de la protection de la confidentialité, et ce, sans jamais suggérer que cela nuirait à l'effectivité du droit européen de la concurrence ; la Cour a ainsi clairement indiqué qu'il s'agit d'une limite aux pouvoirs de la Commission que le droit européen serait prêt à tolérer si cela était la tendance dans les droits des Etats membres. Ensuite, cette même limite est actuellement applicable quotidiennement dans des pays – européens ou non – qui ne sont pas exactement connus pour être inefficaces dans leur application du droit de la concurrence : l'Irlande, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, les Etats-Unis, le Canada, l'Australie, etc. Rien ne permet donc de conclure que

l'application du texte français nuirait à l'effectivité du droit européen de la concurrence.

La directive (UE) 2019/1 – également invoquée par le rapporteur général – ne dit rien de différent. Si celle-ci a pour objet de combler les lacunes de quelques autorités nationales de concurrence et, de ce point de vue, procède à un certain alignement sur les pouvoirs de la Commission européenne, il n'en demeure pas moins qu'absolument rien dans ses dispositions ne concerne la protection de la correspondance avocat-client. Le fait même que celle-ci ait été laissée en dehors du champ de la

directive montre que le législateur européen se satisfait de la situation actuelle consistant à recourir au principe d'autonomie procédurale.

Enfin, même si le nouveau texte français était contraire au principe d'effectivité du droit européen (quod non), il n'en resterait pas moins opposable à l'Autorité de la concurrence. Selon une doctrine autorisée, d'ailleurs hostile à la protection de la correspondance des juristes d'entreprise, il reviendrait dans un tel cas à la Commission européenne d'intenter une action en manquement contre l'Etat français afin que celui-ci amende ou retire son texte mais, dans l'intervalle, le texte

resterait applicable, et donc opposable à l'Autorité de la concurrence¹.

Il résulte de ce qui précède que le texte français en préparation sera bel et bien opposable à l'Autorité de la concurrence même lorsque celle-ci fera application du droit européen de la concurrence. Quoi qu'il en soit, le rapporteur général de l'autorité de la concurrence ayant choisi de la rendre publique, il y a peu de chance qu'il revienne sur cette position – aussi erronée soit-elle. Des contentieux se noueront donc à ce sujet et les juges trancheront. ■



et Aliénor Estrade, avocate, Latham & Watkins

Contrairement à ce qu'affirme le rapporteur général, il n'existe aucun principe selon lequel « l'autorité nationale doit pouvoir saisir les mêmes documents que ceux que la Commission peut saisir ». C'est même le contraire.

1. Wouter P.J. Wils, « Legal professional privilege in EU antitrust enforcement : Law, policy & procedure », *Concurrences*, n° 2-2019, § 72.