

LES ENQUÊTES DE CONCURRENCE



PARIS Mardi 21 mars 2023 - 8:30 - 14:00 CET

INSCRITS

INSTITUTIONS

.....
Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
.....

Autorité de la concurrence
.....

DG COMP
.....

CONSULTANTS

.....
AVOCOM
.....

Consilio
.....

CABINETS D'AVOCATS

.....
BDGS Associés
.....

Borrel d'Arche
.....

Darrois
.....

Dechert
.....

Grall & Associates Avocats
.....

Herbert Smith Freehills
.....

Mayer Brown
.....

Norton Rose Fulbright
.....

Panta Rhei
.....

Taylor Wessing
.....

White & Case
.....

ENTREPRISES

.....
Accor
.....

AFJE
.....

Bayer
.....

Coca-Cola
.....

Coty
.....

Coyote System
.....

Dassault Systèmes
.....

ENGIE
.....

Europcar Mobility Group
.....

FDJ
.....

GE Healthcare
.....

Groupe Casino
.....

Groupe Les Mousquetaires
.....

Groupe M6
.....

Groupe Rocher
.....

Janssen Cilag
.....

La Poste
.....

Medef
.....

Medialex
.....

Orange
.....

Orano
.....

SNCF
.....

Société Générale
.....

TotalEnergies
.....

Veolia
.....

PROGRAMME

08:30 ACCUEIL & INSCRIPTION

09:00 ACCUEIL ET REMARQUES INTRODUCTIVES

Nathalie JALABERT-DOURY | Avocat, Mayer Brown, Paris

09:15 PANORAMA D'ACTUALITÉ :
POINTS DE VUE CROISÉS
ENQUÊTEURS / ENQUÊTÉS

Stanislas MARTIN | Rapporteur général, Autorité de la concurrence, Paris

Nathalie JALABERT-DOURY | Avocat, Mayer Brown, Paris

10:15 PAUSE CAFÉ

10:30 #1 RÉVISION DU RÈGLEMENT 1/2003 :
QUELLE MODERNISATION
DES POUVOIRS D'ENQUÊTE
DE CONCURRENCE ?

Aymeric DE MONCUIT | Avocat associé, Mayer Brown, Bruxelles

Irène LUC | Vice-présidente, Autorité de la concurrence, Paris

Sophia STEPHANOU | Chargée de dossiers, DG COMP, Bruxelles

Modératrice : Laurence IDOT | Professeur émérite,
Université Paris II Panthéon Assas

11:30 PAUSE CAFÉ

12:00 #2 LEGAL PRIVILEGE :
POINT D'ÉTAPE SUR LES DERNIÈRES
ÉVOLUTIONS – EST-CE SUFFISANT ?

Philippe COEN | Vice-président, AFJE, Paris

Florence DE BAKKER | Juriste senior, Bayer, Paris

Gabriel LLUCH | Directeur juridique - Concurrence et Réglementation, Orange, Paris

Fabienne SIREDEY-GARNIER | Vice-présidente, Autorité de la concurrence, Paris

Modératrice : Nathalie JALABERT-DOURY | Avocat, Mayer Brown, Paris

13:00 BUFFET DÉJEUNER

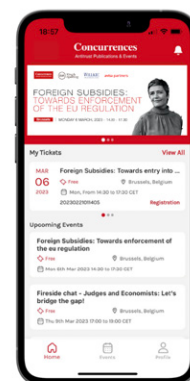


ANDROID 



IPHONE 

TÉLÉCHARGEZ L'APPLICATION
POUR CHATTER AVEC LES
PARTICIPANTS DE LA CONFÉRENCE





PANORAMA D'ACTUALITÉ

POINTS DE VUE CROISÉS ENQUÊTEURS / ENQUÊTÉS

> État des lieux des opérations de visites et saisies

Nathalie Jalabert-Doury

Avocat, Mayer Brown, Paris

- L'Autorité a repris ses activités en juin 2021, avant même la Commission européenne.
- Les opérations se sont multipliées dans des secteurs très divers.
- Plus d'inspections sont effectuées au domicile.
- L'exploitation des téléphones portables, tablettes et autres moyens de communication intéressent les enquêteurs à partir du moment où ils sont utilisés à titre professionnel.

Stanislas Martin

Rapporteur général, Autorité de la concurrence, Paris

- L'Autorité a réalisé des visites au domicile.
- Le télétravail n'aide pas l'Autorité dans son travail. Il est matériellement compliqué de doubler et de mettre une équipe au domicile de chacun des salariés visés et une autre au sein de l'entreprise.
- L'Autorité n'a pas accès aux téléphones qui peuvent notamment être utiles pour les cartels.

> L'exigence d'indices qui justifient les opérations de visite et saisie ou d'inspection

Nathalie Jalabert-Doury

- Cette exigence est reconnue comme fondamentale par la jurisprudence européenne et française.
- L'article 8 de la Convention EDH protège le droit à la vie privée et au domicile privé des individus mais aussi des entreprises. Dans ce contexte, une ingérence n'est conforme à la Convention qu'à un certain nombre de conditions, l'une d'entre elle est d'être justifiée par des indices suffisants.
- Dans une décision du 9 mars 2023 la CJUE a rappelé qu'un indice n'est pas une sous preuve, il doit être authentique. A partir du moment où la Commission entend utiliser un élément, il faut qu'elle l'enregistre dans des conditions d'authenticité suffisantes. Ainsi, des notes internes d'interview faites par la Commission et non

reliées et signées par les déclarants ne peuvent pas être considérées comme des indices suffisants.

- La pratique avec la Commission est que pour réussir à finaliser des minutes il faut parfois 2 ou 3 mois. Là où l'Autorité et la DGCCRF ont pour pratique de signer le PV sur l'instant.
- Contrairement à la pratique française, pour la Commission les textes au niveau européen prévoient que l'enregistrement peut être fait par tout moyen.
- La Cour s'assure de l'adéquation des présomptions que la Commission entend vérifier aux indices rassemblés.
- Le Traité ne prévoit pas de recours qui s'apparenterait à un recours en contestation du déroulement des opérations d'inspection.

>Marie de Monjour a rédigé cette synthèse pour Concurrences. Les points de vue et opinions ici exprimés ne représentent pas ceux des institutions ou des clients des intervenants.



- La jurisprudence de la Cour EDH rappelle qu'il faut, pour qu'une ingérence dans les droits des entreprises et des personnes soit justifiée, qu'il y ait un recours effectif dans un délai raisonnable, tant en droit qu'en fait, pour contester à la fois la légalité des opérations mais aussi leur déroulement.
- La CJUE a néanmoins jugé les recours disponibles pour contester le déroulement suffisants à savoir 6 voies de recours partielles. Alors qu'en France, il y a 2 voies de recours claires et immédiates: un recours contre la légalité de l'ordonnance et un recours contre les conditions de déroulement que les entreprises peuvent engager simultanément ou alternativement.

> L'étendue des recherches et saisies autorisées

Nathalie Jalabert-Doury

- Dans l'affaire ingénierie conseil de la Cour de cassation, l'injonction a été faite à certains salariés d'apporter leurs téléphones sur le site pour qu'ils soient contrôlés. Cette pratique est également constatée au niveau européen.
- Ainsi, les autorités estiment que tout ce qui se trouve ou peut être consulté sur place peut être vérifié.
- Les téléphones personnels seront regardés de la même manière que les téléphones professionnels à partir du moment où les agents y trouvent des éléments ayant trait aux fonctions.

Stanislas Martin

- La difficulté rencontrée par la Commission en ce qui concerne les indices n'est pas retrouvée au niveau de l'Autorité française. Tout est retracé sur des PV des déclarations. Les présomptions sur lesquelles ils fondent leur requête figurent au dossier qui est donné au JLD.
- L'Autorité est réticente aux auditions en visio car cela rend la signature du PV plus compliquée et cela peut donc prendre plus de temps.
- La loi ne prévoit pas d'enregistrer les auditions. De plus, en visio les interactions ne sont pas les mêmes.
- Dans les contentieux OVS, les entreprises vont contester les présomptions une par une. Les indices ne sont pas appréciés individuellement, mais au regard d'un ensemble d'indices.

Stanislas Martin

- Dans l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 2022, la Cour a considéré que sont saisissables les documents et supports qui sont en lien avec l'objet de l'enquête et qui se trouvent dans les lieux que le juge a désignés ou qui sont accessibles depuis ce site sans qu'il soit nécessaire que ces documents et supports appartiennent ou soient à la disposition de l'occupant des lieux.
- Dans l'affaire ingénierie conseil, la Cour de cassation a été dans la lignée de son arrêt du 16 décembre 2022. D'une part, la Cour a validé le fait qu'il était possible de saisir les documents du consultant en lien avec l'objet de l'enquête. D'autre part, il est possible de saisir les messageries de salariés d'une filiale qui n'étaient pas dans les mêmes locaux. La Cour a indiqué qu'à partir du moment où ces éléments sont accessibles depuis les locaux où l'autorisation de saisie a été accordée, alors il est possible de les saisir.



> Le privilège des correspondances avocat client et la protection des données privées

Nathalie Jalabert-Doury

- Dans une décision du 8 décembre 2022, la Cour de justice a retenu la protection des informations relatives à la consultation d'un avocat au titre de la protection de la vie privée et non seulement de la protection des droits de la défense afin de contester qu'il leur soit fait obligation de déclarer leur intervention pour certaines entreprises ou personnes. On observe que la protection des données privées est un fondement de plus en plus mobilisable dans les enquêtes de concurrence.
- En France, la nécessité de mettre les éléments relevant de la vie privée en avant pour pouvoir les récupérer devant le juge des libertés ne constitue pas une protection adaptée. L'arrêt du Tribunal dans l'affaire French Supermarket a créé un droit de recours immédiat sur ce fondement pendant l'inspection si besoin, ce qui est plus protecteur à supposer que les conditions de délai et la distance ne constituent pas un frein à la mise en œuvre de ce recours.
- Le secret des correspondances avocat/client est protégé en cas de risque d'atteinte aux droits de la défense y compris pour d'autres droits de la défense que ceux de l'affaire en cause. Si la condition d'atteinte aux droits de la défense s'impose en pratique, elle ne se limite pas aux questions de concurrence.

Stanislas Martin

- Dans l'arrêt du barreau flamand du 8 décembre 2022, la CJUE rattache son raisonnement au droit de la défense en disant qu'« à ce stade précoce de la procédure, l'avocat intermédiaire n'agit pas en tant que défenseur de son client dans un litige, et la seule circonstance que les conseils de l'avocat puissent donner lieu à un

contentieux à un stade ultérieur ne signifiait pas que l'intervention de l'avocat s'est opérée dans le cadre ou aux fins du droit de la défense de son client ». Cette jurisprudence rentre dans la lignée de la jurisprudence traditionnelle, et ne change donc pas la pratique de l'Autorité.

- Cet arrêt du 8 décembre 2022 est également conforme à une décision de Conseil constitutionnel du 19 janvier 2023 qui rappelle la double condition couverte par le secret professionnel de la défense et du conseil et qu'elle relève de l'exercice des droits de la défense. Ainsi, cet arrêt Flamant n'a pas d'impact sur la pratique de la Commission.
- Si le salarié veut récupérer des éléments qui relèvent de la vie privée, qui sont par ailleurs des éléments hors champ, alors il doit les demander lui-même au premier président.
- La Cour de cassation a indiqué que le secret des correspondances avocat/client est lié au droit de la défense dans tout domaine. Le droit français diverge du droit de l'Union mais cela ne porte pas atteinte à l'effectivité du droit de l'Union. Le point important est que dans la pratique de l'Autorité du scellé fermé provisoire, qui consiste à expurger en amont du recours devant le premier président les documents couverts par le secret des correspondances avocat/client, cette dernière a maintenu sa pratique qui est de dire que le scellé fermé provisoire est limité au droit de la concurrence.



PANEL 1

RÉVISION DU RÈGLEMENT 1/2003 : QUELLE MODERNISATION DES POUVOIRS D'ENQUÊTE DE CONCURRENCE ?

Laurence Idot (Professeur émérite, Université Paris II Panthéon-Assas) a modéré la discussion consacrée aux incidences de l'évaluation de la révision du règlement 1/2003. Plusieurs points ont été abordés lors du débat, tels que la nécessité d'adaptation du règlement aux nouvelles exigences de l'ère du numérique, les pouvoirs d'inspections respectifs de la Commission et des autorités nationales, et la position de l'Autorité française sur les problèmes soulevés.

Sophia Stephanou

Chargée de dossiers, DG COMP, Bruxelles

Examen de la situation actuelle

- Les parties prenantes considèrent généralement que les règlements 1/2003 et 773/2004 ont été un succès depuis leur adoption il y a vingt ans.
- La numérisation a des conséquences importantes pour les enquêtes. Dans la pratique, les dossiers sont complexes et la prolifération des données, tant pour les entreprises que pour les autorités, rend les procédures très lourdes.
- Une véritable question se pose donc quant à l'adéquation des procédures de la Commission (telles que définies dans les règlements 1/2003 et 773/2004) à l'ère numérique.
- C'est pourquoi, en mars 2022, la commissaire Vestager a annoncé le lancement d'une évaluation formelle du règlement.

Les points clés de la consultation publique

- En ce qui concerne les demandes d'information (article 18), les répondants considèrent qu'il s'agit d'un outil approprié pour permettre à la Commission de collecter des informations, mais certains ont fait remarquer que les demandes d'information pouvaient être trop larges ou trop lourdes.
- Certains ont demandé une clarification des garanties procédurales et quelques réponses ont indiqué que les ordonnances de conservation constitueraient un complément utile aux pouvoirs de la Commission.

- En ce qui concerne le pouvoir de recueillir des déclarations (article 19), les répondants ont fait remarquer que la Commission dispose de moins de pouvoirs que les autorités nationales depuis la directive ECN+, puisque les autorités nationales de la concurrence sont habilitées à convoquer des représentants d'entreprises/d'autres personnes morales pour un entretien, ce qui n'est pas le cas de la Commission.
- En ce qui concerne les pouvoirs d'inspection (article 20), certains ont fait remarquer que, les données se trouvant généralement dans le nuage, les inspections sur place pourraient être moins pertinentes. Certains ont également fait remarquer que les données personnelles et le droit à la vie privée devraient être protégés lors des inspections.
- En ce qui concerne les inspections à domicile (article 21), certaines personnes interrogées ont souligné que le travail à domicile était devenu la nouvelle norme et qu'il pourrait être nécessaire d'augmenter le nombre de ces inspections.

Réflexions personnelles sur ces questions

- La DMA a introduit le pouvoir pour la Commission d'ordonner la conservation de documents. L'introduction d'un tel pouvoir dans le règlement 1/2003 pourrait également être envisagée. La question se pose de savoir comment l'introduction d'un tel pouvoir interagirait avec les autres pouvoirs d'enquête de la Commission. L'introduction d'un tel pouvoir d'injonction de conservation devrait s'accompagner de pouvoirs de sanction pour en assurer le respect.
- Il serait également intéressant d'examiner si un pouvoir d'inspection entièrement à distance pourrait être moins perturbant pour les entreprises et plus efficace pour la Commission (étant donné que les données de l'entreprise à inspecter se trouvent principalement



dans le nuage). La question se pose également de savoir si le pouvoir d'effectuer des inspections à domicile devrait être adapté s'il est plus probable que des preuves soient recueillies dans des domiciles privés.

- En ce qui concerne le pouvoir de recueillir des déclarations (article 19), la Commission devrait peut-être disposer des mêmes pouvoirs que les autorités nationales de concurrence, mais nous devons réfléchir à la manière dont ces pouvoirs obligatoires s'inscrivent dans le cadre des règlements.

Aymeric de Moncuit

Avocat associé, Mayer Brown, Bruxelles

La nécessité de réviser le règlement

- Les professionnels sont unanimes pour dire qu'il y a un décalage entre le règlement 1/2003 et la nouvelle ère numérique.
- La forme des saisies a beaucoup changé car il n'y a plus de documents papier et le volume de données numériques est considérable.
- Aujourd'hui, les données se trouvent dans des serveurs à l'étranger ou à domicile, ce qui pose la question de l'adaptation conséquente des inspections.
- Les formes de communication ont changé. Aujourd'hui, il s'agit de messageries éphémères ou cryptées.

Les tentatives de réponses à ces nouvelles exigences

- Une réponse informatique : en permettant de saisir des mots clés pour le traitement des données.
- Une réponse procédurale qui est l'inspection continue, avec des limites relatives aux droits de la défense et des règles différentes pour les ANC et la Commission.
- Une réponse des autorités : le recrutement de data analyst capables de détecter les algorithmes dans les équipes d'inspecteurs.

La problématique de la protection des données

- Il y a une confusion entre la sphère privée et la sphère professionnelle qui s'accroît par le phénomène du « bring your own device ».

- Les ANC sont soucieuses de protéger la vie privée mais les données pertinentes se trouvent dans des outils personnels.
- Il y a eu des tentatives de réponses jurisprudentielles à Luxembourg : la création d'une voie de recours permettant à un salarié de faire valoir le caractère privé d'un document ; et, la possibilité pour l'entreprise de demander l'organisation d'une data room personnelle entre les avocats et l'autorité pour trier les documents personnels.
- Il faudrait un protocole pour les données privées comme un délégué aux données personnelles, et des demandes de mesures provisoires au niveau européen.

La nécessité de réviser le régime des inspections à domicile (art. 21)

- L'article 21 n'est plus à jour, il faudrait adapter ses conditions au travail à distance tout en assurant son adéquation avec les droits fondamentaux
- La Commission a souvent recours à l'obligation de coopération avec les entreprises en demandant aux entreprises de lui donner accès au domicile privé de ses salariés. Elle ne passe pas par l'article 21.

Irène Luc

Vice-présidente, Autorité de la concurrence, Paris

Les problématiques et points à réformer

- La coopération entre les ANC et la Commission, organisée par le règlement 1/2003, a conduit à une facilitation des enquêtes et à une amélioration de la répression des pratiques anticoncurrentielles en France et en Europe. La faculté, pour chaque autorité nationale de concurrence d'enquêter pour le compte des autres, prévue à l'article 22, et d'échanger des informations, conformément à l'article 12, a été pleinement utilisée en ce qui concerne la France et avec succès.
- L'Autorité a été consultée sur la révision du règlement 1/2003 et a rendu sa contribution à la Commission. De notre point de vue, aucun changement d'envergure ne s'impose. Toutefois, il faut bien avoir en tête que les pouvoirs d'enquête de la Commission sont très différents des nôtres. Ainsi, face au développement exponentiel du digital au sein des entreprises, nous pouvons mener des opérations de saisie informatique sur autorisation du juge des



libertés, tandis que la Commission conduit des inspections sur décision de la Commission. Le pouvoir coercitif n'est pas identique, ce qui a des conséquences sur l'étendue des opérations matérielles.

- Malgré ces différences, l'Autorité peut partager sa grande expérience en matière de saisie informatique. En effet, son Service d'investigation spécialisé et la Direction Nationale des Enquêtes de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes ont développé une expertise et une méthodologie performantes pour obtenir des preuves digitales.
- Ces procédures ont nourri un contentieux important devant le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme, de sorte qu'elles sont à présent stabilisées.
- Le développement du digital dans le fonctionnement des entreprises et, plus généralement, dans l'économie, a nécessité une adaptation des procédures tenant au volume des pièces concernées, et au caractère mixte de certains supports, comprenant pour partie des données professionnelles et pour partie des données privées.
- La problématique spécifique du temps de recueil de ces pièces démultipliées lors des opérations de visite et saisies a été soulignée et prise en compte par les juridictions de contrôle, lors de l'appréciation de la balance à réaliser entre la nécessaire défense de l'ordre public économique et l'ingérence dans le fonctionnement des entreprises.
- Du point de vue de l'Autorité, au sein des divers pouvoirs d'enquête, les opérations de visite et saisies demeurent le moyen le plus efficace pour détecter des pratiques anticoncurrentielles.
- La saisie informatique concernée peut prendre une forme réelle (saisie d'ordinateur) ou la forme de copie des fichiers sur CD-Rom. La saisie sous forme de copie des fichiers n'a pas d'équivalent auprès de la Commission, qui ne peut réaliser de saisie au sens juridique du terme. Les fichiers doivent être remis volontairement.

Validation de la saisie globale des messageries professionnelles

- En droit français, l'Autorité n'est pas tenue de trier sur place les données pertinentes, relatives à l'objet de l'enquête. Elle peut donc saisir l'intégralité d'une boîte de messagerie, dès lors qu'elle comporte des messages relatifs à cet objet, identifiés grâce au lancement d'un logiciel et par mots clé entrés par les enquêteurs.

Les pièces couvertes par le secret des correspondances avocats-clients sont restituées à la suite de l'ouverture des scellés fermés provisoires. Elles peuvent aussi en cas de contestation être restituées à la suite d'une demande au juge saisi d'un recours contre le déroulement des opérations.

- Cette méthode de saisie globale a été contestée dès les années 2000 et validée par les juridictions nationales et la CEDH. Il s'agit d'une procédure en trois étapes qui a été validée par:
 - > La mention dans le procès-verbal de visite et saisie qu'une recherche rapide a été effectuée permettant de vérifier la présence des documents entrant dans le champ de l'autorisation.
 - > L'indication dans le procès-verbal qu'un inventaire informatique de cette saisie a été réalisé.
 - > La production d'un inventaire joint au CD-Rom placé sous scellé et la remise d'une copie à l'entreprise.

Le champ matériel de la saisie

- Tous les documents accessibles sur les lieux sont saisissables, sur tout support, et quel que soit leur propriétaire, dès lors qu'ils sont, pour partie, relatifs à l'objet de la visite autorisée par le juge.
- Ainsi, la jurisprudence a admis la « saisissabilité » des informations quel que soit leur lieu de stockage, par exemple les clouds, dès lors qu'elles sont accessibles depuis les locaux à visiter.
- Par ailleurs, la saisie de documents n'appartenant pas à l'occupant des lieux peut également être réalisée.
- En outre, si le juge a autorisé la visite de lieux privés, les enquêteurs peuvent saisir tous les supports d'information en lien avec l'objet de l'enquête, tels les téléphones portables et PC personnels des employés présents sur ces lieux privés. La simple allégation qu'il s'agit de téléphones ou PC personnels ne suffit pas.
- La Commission devra probablement adapter le règlement 1/2003 qui ne contient aucune disposition sur les messageries et les preuves digitales. Elle pourrait s'inspirer des pouvoirs d'enquête relatifs au DMA qui comportent de telles dispositions.



PANEL 2

LEGAL PRIVILEGE : POINT D'ÉTAPE SUR LES DERNIÈRES ÉVOLUTIONS – EST-CE SUFFISANT ?

Nathalie Jalabert-Doury (avocat, Mayer Brown, Paris) a modéré le panel. Les sujets suivants ont notamment été abordés : l'effectivité de la protection du secret professionnel, la procédure de scellé fermé provisoire, les parallèles avec les évolutions récentes de la procédure pénale, le statut des juristes d'entreprise et l'éventuelle évolution de la protection de leurs avis.

Fabienne Siredey-Garnier

Vice-présidente, Autorité de la concurrence, Paris

Le cadre général du legal privilege

- Il n'existe pas de *legal privilege* au sens de la notion anglo saxonne en droit français. La notion anglo-saxonne s'entendant comme une protection qui s'applique, sous certaines conditions, aux documents émanant des juristes d'entreprise et à des échanges sans lien avec l'exercice des droits de la défense (Cass. crim., 10 janv. 2022, *SFAM Group*).
- C'est une limite au pouvoir coercitif d'investigation et la jurisprudence articule précisément ces deux objectifs : l'exigence de l'ordre public économique et la protection de différents droits dont les droits de la défense et le legal privilege.

Les étapes phares du legal privilege en droit de l'Union européenne

- En droit de l'UE, le fondement est l'article 7 de la CDF et l'art 8 par. 1 de la CEDH.
- Un arrêt (CJCE, 18 mai 1982, *AM & S Europe*) reconnaît la confidentialité des échanges entre avocat et client s'ils se situent dans le cadre de l'exercice des droits de la défense et, s'ils émanent d'un avocat indépendant habilité à exercer dans l'UE, l'EEA et l'EFTA.
- La condition d'indépendance de l'avocat a été reprise dans l'arrêt *Akzo* (CJUE, 14 septembre 2010, *Akzo Nobel*). En l'espèce, l'avocat ne doit pas être lié au client par un rapport d'emploi.

- L'indépendance s'entend de manière positive par référence à une discipline professionnelle et déontologique, et de manière négative par référence à l'absence de rapport d'emploi.

Les étapes phares du legal privilege en droit national

- En droit national, le fondement est l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 sur le secret professionnel des avocats.
- Le legal privilege n'est invocable que pour les documents relatifs à l'exercice des droits de la défense (Cass. crim. 25 novembre 2020, *Au vieux campeur*).
- Les droits de la défense doivent être entendus de manière générale et ne sont pas restreints aux seuls dossiers de concurrence en cours (Cass. crim. 20 janvier 2021, *Dalkia*).
- L'extension s'applique à l'ensemble des documents qui concerne les droits de la défense (Cass. com. 20 avril 2022, *Cofepp*).

- La protection qui avait été accordée en droit de l'UE en 1990 est étendue aux documents internes reprenant les analyses des avocats externes (Cass. crim., 26 janvier 2022, *Whirlpool*).

La procédure du scellé fermé provisoire

- La principale garantie pour les entreprises est le recours devant le premier Président de la Cour d'appel, devant lequel les entreprises doivent produire et justifier les éléments qu'elles estiment insaisissables. La procédure de scellé fermé provisoire est une procédure de protection avant saisie que l'entreprise peut demander lorsqu'elle estime qu'il y a des documents couverts par le legal privilege.



- Environ 60% d'entreprises demandent le recours à cette procédure. L'objectif était de réduire le contentieux. Ça n'a pas été tout à fait atteint car un contentieux spécifique du scellé fermé provisoire s'est développé.
- Cette procédure n'a pas vocation à se substituer au contrôle du premier Président. Les tendances actuelles de la jurisprudence rappellent que le scellé fermé provisoire n'est pas un droit mais une faculté à l'appréciation des rapporteurs.
- S'agissant du champ de la procédure, seul le rapporteur décide de la suppression d'un document litigieux. Par ailleurs, elle ne couvre que la correspondance avocat-client en lien avec les droits de la défense dans un dossier de concurrence.
- S'il y a une différence entre le système français et le système européen, il y aura une rupture d'égalité, ce qui est une source d'insécurité juridique.
- Il n'existe pas aujourd'hui de fondement qui obligerait la Cour de justice et les États Membres à étendre ce privilège, dans la mesure où les entreprises peuvent recourir à des avocats externes.
- Il y aurait un allongement des contentieux alors que les tribunaux sont déjà engorgés, et il n'y a pas de preuve empirique que cette extension conduirait à une amélioration.
- Une commission du Parlement avait soumis cette proposition lors de l'élaboration du règlement 1/2003 et ça avait été unanimement rejeté par le Parlement, la Commission et le Conseil.

L'évolution de la procédure pénale

- Les fondements des évolutions de la procédure pénale sont la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire du 22 décembre 2021, et la circulaire d'application de la direction des affaires criminelles du 28 février 2022.
- L'article 56-1 du C. pr. pén. renforce à peine de nullité les garanties qui encadrent les perquisitions dans les cabinets, les domiciles et les locaux professionnels des avocats.
- L'article 56-1-1 consacre un régime des perquisitions en tout lieu, et prévoit que la personne perquisitionnée pourra s'opposer à la saisie.
- L'article 56-1 al. 2 pose un principe d'interdiction de saisir et de placer sous scellé tout document qui relève de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil. En revanche, le secret professionnel ne pourra être invoqué lorsque l'avocat sort de son rôle de défenseur et serait auteur ou complice d'une infraction.

La protection des juristes d'entreprise

- Une jurisprudence stricte s'est développée selon laquelle on ne peut pas appliquer le *legal privilege* tel qu'il est défini dans le projet de texte, aux procédures qui seront conduites sous l'empire du droit de l'Union.

Gabriel Lluch

Directeur juridique - Concurrence et Réglementation, Orange, Paris

Les différentes visions du *legal privilege*

- Il y a deux visions différentes entre le droit européen et le droit national. La vision française se concentre davantage sur l'émetteur alors que la vision européenne se concentre sur la connexité et le contenu. La jurisprudence du 26 janvier 2022 montre qu'il y a un rapprochement de deux visions et que la question du contenu commence à irriguer le droit français.
- La question qui se pose dans l'arrêt de 2022 est celle du contenu et du rôle qu'ont les juristes au sein des entreprises.
- Du point de vue de l'entreprise, on aurait pu penser que les garanties accordées en matière pénale auraient pu s'appliquer dans le cadre des perquisitions menées par l'Autorité, mais ce n'est pas le cas.

La procédure des scellés fermés provisoires

- Ce sont des procédures très lourdes pour les entreprises qui, compte tenu du volume des données, ont recours à des entreprises de forensics.

- Le caractère non contradictoire du débat peut s'avérer problématique car les ouvertures de scellés se passent sur plusieurs jours avec des agents de l'autorité qui ne connaissent pas le fond du dossier, de sorte que les critères sont difficiles à comprendre. C'est pour cette raison qu'il y a du contentieux.
- Il peut y avoir des documents de conformité qui ont un lien de connexité avec les faits incriminés mais aussi des documents qui n'ont rien à voir. C'est pourquoi les entreprises se demandent comment exercer ce droit lorsque même les rapporteurs qui sont face à ces documents rencontrent une difficulté.

L'extension du legal privilege

- Les juristes sont du même côté que l'Autorité lorsqu'ils exercent leur métier, c'est donc paradoxal de priver les juristes de cette capacité à assurer la conformité.
- Les documents concernés ne représentent qu'1% des documents de droit de la concurrence dans les perquisitions. Or, ce sont ces documents qui assurent la conformité.
- Cette situation est inextricable car les juristes se retrouvent à faire des avis oraux ou des analyses théoriques par lesquelles ils tentent de faire comprendre à leurs entreprises qu'elles ne sont pas dans les clous.

Florence de Bakker

Juriste senior, Bayer HealthCare, Paris

Des avancées timides du statut des juristes

- Les arrêts COFEPP et *Dalkia* constituent des avancées, mais elles ne sont pas suffisantes.
- L'arrêt *Whirlpool* est un pas en avant, mais il faudra voir comment les juristes pourront en tirer parti dans la pratique. Il faudra voir jusqu'à quel degré d'adaptation les documents internes sont couverts. Comment s'assurer qu'il s'agit bien des retranscriptions d'une consultation d'avocat ?

Le besoin de protection des juristes d'entreprise

- Les avocats sont des auxiliaires de justice et les juristes sont des auxiliaires de la compliance. Avocats et juristes n'exercent pas leur métier de manière différente.
- Les juristes ne sont pas là pour éteindre les incendies, mais pour les anticiper et s'assurer que les risques sont maîtrisés pour que l'entreprise puisse opérer dans un cadre respectueux.
- Les juristes ont besoin de cette protection pour avoir le plus d'impact possible et ils doivent pouvoir travailler sans craindre de mettre leur entreprise en difficulté

- Dans les groupes internationaux, il ne faut pas que les holdings françaises soient le maillon faible de la conformité du fait du décalage de la culture de compliance en France et dans les autres pays.

Philippe Coen

Vice-président, AFJE, Paris

L'incapacité du cadre actuel à clarifier le régime des avocats d'entreprise

- Un rapport triennal rapporte qu'il faut moderniser le statut des juristes d'entreprise.
- Plusieurs voies sont possibles : l'idée de rejoindre une profession réglementée ou la création d'un régime hybride *in rem et in personae* sur le modèle belge. Mais l'UE n'est pas favorable à la création de professions *ad hoc*.
- Une autre voie possible serait d'organiser un système qui permette aux entreprises d'utiliser pleinement leurs ressources et leurs compétences juridiques. Cela permettrait aux entreprises d'être mieux conseillées au plan préventif, ce qui diminuerait le nombre d'affaires portées devant l'Autorité.
- La préoccupation de l'Autorité est de limiter au maximum les infractions au droit de la concurrence et de faire en sorte que la France soit un pays exemplaire en termes de taux de comportements anticoncurrentiels.
- Dans ce cadre, les avocats doivent faire preuve d'une grande prudence lorsqu'ils élaborent des programmes de conformité, ce qui entrave leur travail de conseil.

L'hypothèse de l'extension du legal privilege aux juristes

- Le legal privilege n'est pas un sujet propre au droit de la concurrence, c'est une problématique qui touche tous les domaines du droit.
- Le juriste d'entreprise est indépendant et tout indique que la culture de la compliance fonctionne très bien dans d'autres pays. Il faut se défaire de l'idée selon laquelle le pouvoir des enquêtes est absolu.
- Il doit y avoir une forme de déification de la notion de droits de la défense pour que les entreprises puissent continuer à être compétitives en France.
- Dans le projet non publié, une avancée consiste à dire que l'on puisse exciper de cette possibilité hormis quelques matières.
- Les juristes d'entreprise constituent une véritable profession dotée de conditions d'accès et d'une consolidation permanente des règles régissant la profession, assortie de sanctions.