

LES ENQUÊTES DE CONCURRENCE



Paris - Mardi 19 mars 2024

POINTS CLÉS

Philippe CHAUVE | Chef d'unité, DG COMP,
Commission européenne, Bruxelles

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

Sean MCNABB | Directeur, Cartel Enforcement
Group, CMA, Londres

Nathalie JALABERT-DOURY | Avocat associée,
Mayer Brown, Paris

Damien GERARD | Auditeur général,
Autorité belge de la concurrence, Bruxelles

Gabriel LLUCH | General Counsel competition
and regulation legal department, Orange, Paris

Ariane OESTERREICHER | Head of Competition,
Purchase, Ethics & Compliance, Veolia, Paris

Daniel VOWDEN | Avocat associé,
Mayer Brown, Londres

David BOSCO | Professeur,
Université Aix Marseille, Aix

Pascal BERGHE | Membre, Service juridique,
Commission Européenne, Bruxelles

Laila MEDINA | Avocat général,
Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg

Nicolas POURBAIX | Associate General Counsel,
Amgen, Bruxelles

Thomas SELY | Senior Managing Director,
FTI Consulting, Paris

Hawa DIA | Senior Consultant,
FTI Consulting, Paris

PARTICIPANTS

INSTITUTIONS

Autorité belge de la concurrence

Autorité de la concurrence

Autorité de la concurrence du Luxembourg

CMA

Cour de justice de l'Union européenne

DG COMP

ECONOMISTES / CONSULTANTS

Deloitte

FTI Consulting

CABINETS D'AVOCATS

BDGS Associés

Bignon Lebray

Bird & Bird

Bredin Prat

Bryan Cave Leighton
Paisner

Cot Law

Darros Villey Maillot
Brochier

DDG

Dechert

Delsol Avocats

Fiducial Legal

Freshfields Bruckhaus
Deringer

FTPA Avocats

Ginestie Paley-Vincent

Grall & Associés

Herbert Smith Freehills

Hughes Hubbard
& Reed

HW&H

Latham & Watkins

Linklaters

Mayer Brown

Norton Rose Fulbright

Paul Hastings

Prôreus Avocats

Racine

ENTREPRISES

Air France KLM

Amgen

AVIV

BNP Paribas

COTY

Covéa

Coyote System

Dassault Systèmes

EBA Clearing

ENGIE

FDJ

FIDIMA

GE HealthCare

Geodis

L'Oréal

La Poste

MEDEF

Orange

Pernod Ricard

Remy Cointreau

Safran

Sanofi

SNCF

Synergie

TotalEnergies

Veolia

PROGRAMME

08:30 ACCUEIL & INSCRIPTION

09:00 #1 PROTECTION DES INFORMATEURS :
QUELLES CONSÉQUENCES SUR LA
GESTION DES ENQUÊTES ?

Philippe CHAUVE | Chef d'unité, DG COMP, Commission européenne, Bruxelles

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

Sean MCNABB | Directeur, Cartel Enforcement Group, CMA, Londres

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

10:00 #2 ÉVOLUTION DES POUVOIRS
DE LA COMMISSION : RÉVISION DU
RÈGLEMENT 1/2003, FSR, DMA/DSA...

Damien GERARD | Auditeur général, Autorité belge de la concurrence, Bruxelles

Gabriel LLUCH | General Counsel competition and regulation legal department,
Orange, Paris

Ariane OESTERREICHER | Head of Competition, Purchase, Ethics & Compliance,
Veolia, Paris

Daniel VOWDEN | Avocat associé, Mayer Brown, Londres

Modérateur : David BOSCO | Professeur, Université Aix Marseille, Aix

11:30 PAUSE CAFÉ

11:30 #3 EXTENSION DU LEGAL PRIVILEGE :
FAUT-IL REPENSER AKZO ?

Pascal BERGHE | Membre, Service juridique, Commission Européenne, Bruxelles

Laila MEDINA | Avocat général, Cour de justice de l'Union européenne,
Luxembourg

Nicolas POURBAIX | Associate General Counsel, Amgen, Bruxelles

Modérateur : Aymeric DE MONCUIT | Avocat Associé, Mayer Brown, Bruxelles

12:30 #4 DÉMONSTRATION PRATIQUE :
LOGICIELS DE RECHERCHE
D'INFORMATION

Thomas SELY | Senior Managing Director, FTI Consulting, Paris

Hawa DIA | Senior Consultant, FTI Consulting, Paris

13:00 DÉJEUNER



Panel 1

INFORMANT PROTECTION : WHAT CONSEQUENCES ON INVESTIGATIONS?

Nathalie JALABERT-DOURY (Partner, Mayer Brown, Paris) moderated the discussion.

Functioning of GenAI

- Informants to play a more important role in competition investigations?
- In 2023, the European Commission updated its informant tool, originally established in 2017.
- The Autorité introduced its first informant framework in 2023 based on the European directive.
- The CMA also increased informant rewards in 2023.
- There is a noticeable shift in the investigative paradigm, with a decline in leniency applications, leading authorities to rely more on ex officio investigations.
- Ex officio investigations face challenges, requiring solid grounds for inspections, which informants can provide.
- Informant tips have always existed but are likely to play a more important role in the future
- The European Court of Justice emphasised the importance of robust recording of informant tips to support investigations and protect defence rights.

Philippe Chauve

Head of Unit, DG COMP, Brussels

The role of informants

- Informants play a crucial role beyond the decline in leniency applications, as they uncover infringements not prompted by complaints or leniency initiatives.
- Complaints are often limited by specific interests, while leniency participation can be contingent on others initiating the process.
- Informants are essential for discovering infringements that might otherwise remain hidden, broadening the scope of enforcement beyond specific interests or companies.
- The challenge with informants revolves around obtaining a sufficient number of them and ensuring the relevance and accuracy of the information they provide.
- Making informant channels known and accessible is crucial, which led to the introduction of a whistleblower tool seven years ago.
- The whistleblower tool aims to enhance visibility and comfort for informants, addressing their sensitivities.
- An important feature of the tool is the option for informants to remain anonymous, facilitated through a system where information

> 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.



is relayed via a third party, ensuring full protection and anonymity in exchanges with enforcement agencies like the Commission.

- It's essential to not only raise awareness of informant channels but also to make them practical and comfortable for sources to utilise.

How to get the information

- Obtaining relevant and detailed information from informants is a primary challenge.
- Structuring information is crucial to understanding informant submissions (e.g., the French supermarkets case).
- The distinction between informants who approach authorities and those sought out by authorities raises new issues.
- Despite increased informants, concerns about protection against retaliation persist.
- Anonymity is essential for informants, as demonstrated by the Stanley Adams case, but there is uncertainty regarding company informants.
- The General Court's ruling in the French supermarket case clarified that detailed information can maintain anonymity while being assessed for reliability.
- The current system allows undertakings to remain anonymous if their information is sufficiently detailed for investigation.
- Revisiting the system for collecting oral testimonies may be necessary to address perception issues and ensure protection for parties providing information voluntarily.

How to protect anonymity and build sufficient evidence at the same time

- Anonymity within investigations doesn't always extend to the European Commission but may be applied depending on the circumstances, with some successful cases having completely anonymized statements from whistleblowers.
- The reliability of information from informants, including whistleblowers and other sources, is crucial, with efforts made to corroborate details and ensure thorough documentation.
- The French supermarkets case exemplifies the importance of detailed and reliable informant statements, with the court assessing the evidence provided by the Commission to support allegations.
- While maintaining informant anonymity can be challenging, especially in markets with numerous participants, efforts are made to protect identities while ensuring the reliability of information.
- The balance between maintaining confidentiality and ensuring accountability is addressed in court rules, aiming to protect informants while allowing for scrutiny of evidence.
- Despite challenges, the process of maintaining informant confidentiality while providing credible evidence has been successfully managed in past cases.

Reward system

- The primary focus now is to multiply the sources of cases, enabling self-discovery over reliance on informants alone.
- Current efforts directed towards developing ex officio sources are successful without rewards.
- There is a notable increase in actively seeking informants independently, broadening enforcement across sectors and companies.
- Enforcement prioritises societal impact rather than being solely driven by specific sector circumstances.



Stanislas Martin

Rapporter général, French Competition Authority, Paris

French informant protection system

- France has established both informal and formal informant systems to gather information relevant to competition law.
- The informal system, resembling the Commission's but less sophisticated, collects about 200-250 tips annually, with around one-third proving relevant for investigation.
- A formal informant protection system, in line with the EU directive transposed into French law, became operational in September, 2023.
- The identity of informants is known to a few designated individuals within competition authorities, ensuring confidentiality.
- Informants' declarations are documented in formal minutes, providing an official and traceable source of information, with anonymized versions transferred to case handlers for processing.
- Legal guarantees protect informants from professional, civil, and criminal liabilities, fostering a secure environment for reporting.
- The existence of the informant program is viewed as a potential deterrent against cartels, possibly encouraging leniency applications from companies.
- France witnessed a surge in leniency applications last year, potentially linked to the presence of the informant system.
- The system has already led to discussions with 3 to 5 informants and facilitated a dawn raid based on informant information, promising further case developments and potential case law in the future.

- The overarching goal is to connect various channels, including criminal prosecutors and other enforcement agencies, to maximise informant contributions and enforcement efforts.

How to protect anonymity and build sufficient evidence at the same time

- Informants often provide not only statements but also documents, such as emails or recordings of internal meetings, which may contain identifiable information.
- Depending on the type of document, the identity of the informant may be inferred, particularly if it involves internal meetings where the informant was present.
- There's a need to strike a balance in using such documents, considering the potential risk to the informant's anonymity and the sensitivity of the information.
- Some informants prioritise anonymity and may be at risk if their identity is revealed, while others may not be concerned.
- Efforts must be made to protect the anonymity of informants, as required by law, even if some informants are indifferent to their anonymity status.

Reward system

- In the past, a reward system was proposed to the ministry, but the Government showed little enthusiasm.
- Other government departments, such as tax and customs administrations, already have existing reward systems.
- A new informant system has been introduced, prioritising protection against criminal liability over rewards.



Sean McNabb

Director, Cartel Enforcement Group, CMA, London

UK informant system

- The CMA has a long history of relying on informants, with a reward program initiated in 2007 to reduce reliance on leniency and recognize the risks informants face.
- Informants play a crucial role in providing information about cartel activities, often enduring significant risks and maintaining long-term relationships with CMA handlers.
- In 2022, the CMA increased the maximum reward from £100,000 to £250,000 to attract potential informants and address the decline in leniency applications and inflation erosion.
- The reward amount is determined on a case-by-case basis, considering the value of the information, level of risk, economic harm prevention, and effort exerted by the informant.
- The CMA prioritises informant protection and confidentiality, with only authorised personnel aware of reward payouts and a strict sterile corridor policy to safeguard informant identities.
- The existence of the reward program underscores the CMA's commitment to detecting cartels independently of leniency, with other proactive measures like victim outreach, sector outreach, and data analysis also utilised as ways of identifying potential new cases.

How to protect anonymity and build sufficient evidence at the same time

- Obtaining warrants based on information from informants or confidential sources is legitimate, provided full transparency and disclosure is provided to the court.
- Warrants are obtained through the High Court, with a sworn affidavit provided by a CMA officer which outlines the basis on which the CMA meets the legal tests for obtaining the warrant including the steps taken to assess credibility and corroborate information.
- Documentary evidence provided by informants can bolster warrant applications.
- Challenges to warrants are possible, although the CMA would strongly resist the disclosure of confidential information on «public interest immunity» grounds to preserve the principles behind the need to protect confidential sources.

Informant tips and leniency applications

- The number of informant tips in the UK has not decreased.
- There's an emphasis on the interaction between own-initiative or intelligence-led investigations and leniency programs.
- The informant reward program was initially introduced to reduce reliance on leniency.
- It's crucial to provide a credible alternative to leniency to encourage companies to come forward, knowing there is a risk of detection through other means.



Panel 2

EVOLUTION OF THE COMMISSION'S POWERS: REVIEW OF REGULATION 1/2003, FSR, DMA/DSA...

David BOSCO (Professor, Aix-Marseille University) moderated the discussion.

The need for new rules as a result of a new world

- The interpretation of Article 102 needs to be reviewed to catch new practices.
- New mergers should be reviewed by competition authorities even if they fall below the thresholds.
- The question that arises is whether competition authorities need new investigation powers.
- The economic context is very different from 2003: competition agencies need to cooperate together in the European framework and also globally.
- The two new problems in practice are the internationalisation of infringement and the digitisation of players and practices.

Questions raised by the digital era

- Do we need to radically change Regulation 1/2003?
- In 2003 was created the European Competition Network (ECN) to address the problem of internationalisation of practices and cooperation.
- There are a lot of discussions regarding the Commission's new tool such as remote inspections and investigation powers. The European judges have supported the Commission's initiatives to

update the toolbox (e.g., *Nexans* case in 2020 and *Meta* case in 2023).

- The question of the Commission's powers also arises with the implementation of the DMA and the DSA within the framework of the ECN.
- Competition problems that arise in the EU can have their origins in behaviours of third countries. The new Foreign Subsidies Regulation (FSR) is trying to address it.

Damien Gerard

Prosecutor General, Belgian Competition Authority, Brussels

Regulation 1/2003 revamped the enforcement of competition law in the EU

- The Regulation aimed to enhance the effectiveness of European competition law enforcement and the modernization of existing precedents and guidance.
- It expanded and fortified enforcement mechanisms and powers at the European level.
- Decentralisation, coupled with increased cooperation with NCAs, was the chosen policy. It involved simultaneous enforcement of articles 101 and 102 at both European and national levels, leading



to the drop of prior notification obligations for agreements and a shift towards a self-assessment system.

- Regulation 1/2003 reiterated coordination rules, jurisdiction principles, conflict of law rules, conflict of decision, recognition/execution rules, and a comprehensive administrative cooperation framework to facilitate investigations, promote the free movement of evidence, and ensure system-wide coherence, all underpinned by mutual trust.
- Despite concerns about the legal certainty of competition law principles formulated in general terms, there was excitement about translating these principles into enforceable law within this significant European policy framework.

The ECN: A sophisticated and flexible institution

- It was created to enable secured communications between the Commission and the NCAs as well as among NCAs.
- It turned into a dynamic policy network and was fuelled by the repeated exchange of experience and knowledge across the whole range of law, economic and policy topics associated with the enforcement of European competition law.
- The ECN has exceeded its original scope: it drastically reduces information costs. It plays a significant role in ensuring convergent outcomes while also leaving the necessary flexibility to address domestic issues.
- The ECN enforcement faces the challenge of the application of common substantive principles by means of a diverse body of procedural and remedial rules. Due process needs to be guaranteed to ensure the legitimacy and the effectiveness of the system.

The ECN+ Directive

- This text aimed to overcome the principle of Member States procedural autonomy.
- It readjusted the balance between effectiveness and due process in the ECN enforcement system.

- It forced amendments to domestic procedural rules, while at the same time strengthening investigative and sanctioning powers.
- It enabled NCAs to anchor their actions in a more stable and mature legal framework and, in some countries, it led to a significant increase in the budget of the NCA.

A complex system which presents limits

- This system is in continuous flux to match the complexity of market situations.
- It is subject to a full-fledged evaluation underway. Most respondents considered that Regulation 1/2003 allowed an effective and uniform application of articles 101 and 102 in the Union.
- Nonetheless, the system is very resource-intensive. The Commission's task to consult with and advise NCAs in their cases is particularly demanding. NCAs cannot engage in fully integrated joint enforcement efforts, which increases the risk of conflicting outcomes and the cost for companies and third parties.
- Cooperation with national courts could be improved and cooperation with sectoral regulators often needs to be better structured.
- The confidentiality of exchanges within the ECN is a concern for NCAs because it could have a serious chilling effect on the willingness and openness to cooperate and, by extension, on the overall effectiveness of the system.

The adjustment of enforcement powers and investigating tools to the digital age

- The challenge is to know how to intervene in an effective and timely manner.
- Most company documents are kept off site in a cloud, so it is necessary to wonder if it still makes sense to carry out inspections at business premises. The question is also whether remote inspections are possible and desirable. Is there a safe way to overcome the need to physically serve the warrant to the company?



- The use of privately-owned devices for work-related purposes raises the question of the assurance that competition authorities can properly access the relevant information, protect their integrity, and preserve the rights of privacy of individuals.
- A way must be found to ensure that up-to-date, forensic, web scraping, AI-powered search technology is available to NCAs.
- The collection of a very significant amount of data leads to rethinking access to file methodologies to ensure timely intervention. That is also whether interim measures should be promoted more often and their standards should be relaxed.

Inspections at employees' homes

- These inspections are particularly sensitive. They are used as a last resort, when there is no certainty that the relevant information will be captured on the company's premises.
- The possibility of these inspections is planned because it could be useful, particularly because work practices have changed since the Covid.
- These inspections could benefit the company by being less disruptive if certain conducts are driven by specific individuals who just work the wrong way.

Daniel Vowden

Partner, Mayer Brown, London

The re-evaluation of Regulation 1/2003

- This Regulation worked very successfully.
- The adaptation of investigatory powers that are applied when enforcing articles 101 and 102 is imperative because digitisation has fundamentally changed the way in which information is stored and processed. It also transformed the ways in which work is done and the Court of Justice takes this into account (e.g. *Nexans case*).

Inspections at employees' homes

- Private and professional lives are increasingly intertwined, especially because of the boom of teleworking since the Covid.
- The same information could be obtained through less intrusive means.
- The right to a private life is a fundamental right that needs to be respected.
- The statutory test does not discriminate between commercial and domestic premises.

Foreign Subsidies Regulation

- The FSR was adopted to ensure that European and foreign companies compete on a level playing field.
- It heightens the regulatory challenges faced by companies that are investing in the Union because it imposes very substantial reporting requirements and disclosure obligations on affected businesses.
- The Commission has 3 investigatory procedures under the FSR:
 - Companies have a mandatory requirement to notify M&A and joint ventures where certain value thresholds are met;
 - Companies have a mandatory notification in relation to public procurements where certain value thresholds are met;
 - The Commission has the ability to launch ex officio investigations.
- The Commission can conduct market investigations even outside the EU, but with the consent of the foreign State. If the latter refuses to cooperate, the Commission can take a decision on the basis of the available facts. It can reverse the burden of proof.
- The most controversial aspect of the FSR is that mandatory notification obligations are triggered by the value of the foreign financial contribution received by companies. The foreign financial contribution definition is very wide, so it places a burden on business and requires them to provide extensive information when they make notifications.



Ariane Oesterreicher

Head of Competition, Insurance Law, Head of Competition & Purchases Compliance, Veolia, Paris

Comments re-evaluation of regulation 1/2003

- If a revision regarding negotiated disclosure of information were to be contemplated, then appropriate safeguards would be needed to prevent confidentiality breaches in the context of potential remote inspections.
- There are still 14 EU Member States which have different positions on legal privilege. If a reform is to be enacted, harmonisation of the existing rules in the EU will be needed to protect companies and to have more efficiency.

Issues related to the FSR

- The first step for companies is to understand which entities are likely to participate in
- M&A transactions or public tenders meeting the thresholds.
- A second step is to understand and clarify the definition of financial contributions in order to make it clear for the group entities concerned. It can be difficult to explain these notions to colleagues in countries where local rules and competitive processes can be slightly different from those in the European Union.
- Even if a company does not have any contributions, a simplified declaration must still be made.

Gabriel Lluch

General Counsel Competition and Regulation Legal Department, Orange, Paris

Inspections at employees' homes

- Lawyers have concerns since they have no legal privilege about these inspections.
- They work with digital tools, which means that if a home inspection is carried out, the authority will not find evidence. The proportionality of such a measure should be discussed.

The complexity of the implementation of the DMA

- There is a need to clarify if investigations under the DMA and Regulation 1/2003 are complementary or split.
- For dominant companies, there is a grey zone because they are not sure all the practices will be captured by the DMA.
- Narrowing the impact of the competition assessment for gatekeepers is risky. It is not sure that the competition authority will devote all the resources to try to capture their practices which do not fall within the scope of the DMA.
- There is a need to clarify how the Commission and the NCAs will share the implementation of the DMA, especially because timelines are quite different.
- Even if companies are not under investigation, they have to fulfil a lot of data. The authority will get a huge amount of data. To exploit it, it will use artificial intelligence and companies are not able to deal with that.



Panel 3

EXTENSION DU LEGAL PRIVILEGE : FAUT-IL REPENSER AKZO ?

Aymeric DE MONCUIT (Avocat associé, Mayer Brown, Brussels) a modéré la discussion.

Etat des lieux de la réforme du legal privilege

- La question de revoir l'affaire Akzo relève d'un amendement soumis en juin 2003 pour étendre le secret professionnel aux juristes d'entreprise. Il a été à nouveau proposé en décembre 2023 et devrait probablement être adopté.
- La jurisprudence d'Akzo, qui restreint le legal privilege à deux conditions, est fondée sur les traditions juridiques nationales avec à l'époque très peu de juridictions accordant le bénéfice du secret professionnel aux juristes d'entreprises.
- La situation aujourd'hui a changé avec 8 États membres qui étendent le secret professionnel aux communications entre les juristes d'entreprise et leur direction et bientôt 9 (avec la France). Ces États membres représentent entre 33 % et 48% de la population européenne;
- La question se pose donc de savoir si une refonte d'Akzo est nécessaire dans la mesure où les traditions juridiques nationales ont évolué.
- La compliance devient un enjeu majeur, notamment pour les juristes en charge de cette fonction, qui doivent aujourd'hui être considérés comme indépendants, surtout s'ils sont soumis aux mêmes obligations déontologiques que les avocats.

Laila Medina

Avocate générale, Cour de justice de l'Union européenne,
Luxembourg

Les difficultés liées au legal privilege

- La définition de l'avocat dans l'Union européenne est sujette à diverses interprétations en raison des traditions juridiques des États membres. Toutefois, au niveau européen, le principe de reconnaissance mutuelle permet à un avocat d'exercer dans tous les pays membres de l'Union européenne.
- L'indépendance de l'avocat est une exigence fondamentale.
- Les avocats qualifiés dans un État membre de l'Union européenne sont protégés, ce qui soulève des questions sur la protection des avocats des pays tiers.
- Les notions de privilège et de concurrence nécessitent une clarification sur la manière de lier les employés à leur entreprise.
- Les législations nationales divergent quant à la protection de la communication, notamment écrite ou orale, entre l'avocat et le client.
- La cohérence entre le droit de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme est essentielle pour assurer une protection équivalente de la communication entre avocats et clients.



- La jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne a élargi la protection des communications entre avocats et clients, soulignant l'importance de la cohérence des normes de protection entre les deux cours de justice européenne (CJUE et CEDH).

Indépendance des avocats

- L'exigence d'indépendance de l'avocat reste fondamentale et valable.
- La diversité des réglementations internes des juristes dans les États membres peut influencer cette garantie, mais il est important de reconnaître les différences nationales.
- L'arrêt Orde van Vlaamse Balies concerne de l'invalidité d'un article d'une directive, ce qui le rend distinct des précédents cas.
- Une phrase clé de l'arrêt souligne l'importance de la cohérence entre les différentes garanties de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les droits correspondants garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui pourrait avoir des implications significatives pour le droit de la concurrence à l'avenir.
- L'importance des garanties fondamentales soulignée par cet arrêt pourrait amener la Cour à revoir sa position sur le droit de la concurrence.

Concept d'avocat/juriste d'entreprise au niveau européen

- La Commission européenne détient le droit d'initiative en matière législative.
- La Cour de justice a toutefois décidé que seuls les avocats indépendants doivent être protégés, en raison de la similarité des notions d'avocat indépendant dans tous les États membres.
- Bien que les 27 définitions nationales d'avocat soient similaires, les différents systèmes existants dans les États membres compliquent la création de règles pour les juristes d'entreprise sans une définition autonome européenne.

- Si le législateur européen décide un jour d'aborder la question, les défis seraient évidents, notamment pour trouver la base légale dans les traités pour réglementer les juristes d'entreprise tout en tenant compte des différentes règles nationales existantes.

Affaire C-432/23, Ordre des avocats du barreau de Luxembourg

- Les questions posées concernent le champ d'application matériel de l'article 7 de la Charte, ainsi qu'une éventuelle extension des limites du conseil juridique en dehors des droits de la défense.
- La demande s'inscrit dans le contexte de la création d'une structure d'investissement d'entreprise. Il s'agit de la nature intersectorielle éventuelle du conseil juridique et de l'identification des limites du conseil à protéger en matière de droit des sociétés.
- Cette affaire soulève des questions sur les relations entre le droit européen et le droit national, et le niveau de détail des informations qui doivent être protégées.
- Cette affaire pourrait conduire à des développements futurs en matière de concurrence.

Pascal Berghe

Membre du Service juridique, Commission européenne, Bruxelles

L'état du droit positif actuel en matière de legal privilege

- Le legal professional privilege (LPP) actuel est conditionné par deux critères cumulatifs, à savoir que le document en question doit être lié aux droits de la défense du client et émaner d'un avocat indépendant.
- La jurisprudence Akzo reflète la mission fondamentale des avocats et vise à constituer une exception aux pouvoirs d'enquête de la Commission européenne.



- L'arrêt Orde van Vlaamse Balies introduit un changement méthodologique en examinant l'ingérence au regard des droits fondamentaux de la Charte, sans nécessairement modifier le résultat final.
- Le raisonnement se déroule en plusieurs étapes : reconnaissance d'un droit fondamental, constatation d'une ingérence, puis appréciation de la justification de cette ingérence.
- Cette nouvelle jurisprudence considère la proportionnalité de l'ingérence en prenant en compte le contexte, y compris les garanties procédurales telles que la procédure de l'enveloppe scellée.
- Pour évaluer si l'ingérence est justifiée, il est crucial de considérer le contexte spécifique dans lequel elle se produit.
- La jurisprudence Akzo couvre également les communications antérieures et les documents visant à obtenir un avis juridique externe.
- Le nouvel arrêt ne fournit pas de réponse définitive quant à l'extension de l'arrêt Akzo, car cela dépend largement du contexte et des garanties procédurales en jeu.
- Malgré ce changement méthodologique, l'affaire Akzo semble toujours prévaloir et l'arrêt récent ne semble pas bouleverser la situation.

Concept d'avocat/juriste d'entreprise au niveau européen

- Étendre la protection aux juristes d'entreprise soulève des questions philosophiques et structurelles, notamment sur leur capacité à rester indépendants des stratégies commerciales de leur employeur. Il ne semble pas nécessaire d'étendre cette protection aux juristes d'entreprise au niveau européen à l'heure actuelle.
- En tout état de cause, la distinction entre avis juridiques indépendants et participation à la prise de décision interne de

l'entreprise est cruciale pour déterminer ce qui doit être protégé par le LPP.

- Si la protection était néanmoins étendue aux juristes d'entreprise (par exemple, au niveau national), des règles déontologiques claires seraient nécessaires pour garantir leur indépendance, qu'elles émanent du barreau ou d'un institut séparé.
- Il serait aussi essentiel de limiter cette protection aux seuls avis juridiques stricto sensu afin d'éviter les abus potentiels, en excluant par exemple les échanges d'e-mails où le juriste d'entreprise est en copie ou les délibérations du conseil d'administration.

Nicolas Pourbaix

Associate General Counsel, Amgen, Bruxelles

Types de traitements permettant aux juristes d'être membres du barreau

- Un régime similaire à celui des avocats externes, avec le même statut et la même protection juridique, comme en Irlande, aux Pays-Bas, en Espagne et au Portugal.
- Un régime intermédiaire offrant une protection spécifique aux juristes d'entreprise par le biais d'un statut légalement reconnu, comme en Belgique et en Pologne.
- Un troisième régime où les juristes d'entreprise ne bénéficient d'aucun statut ni de confidentialité, comme c'est le cas en France, bien que cette situation soit en évolution.
- En France, des amendements visant à changer cette situation ont été proposés mais ont échoué pour des raisons formelles, bien qu'il y ait des perspectives d'évolution.
- L'existence d'un statut légalement reconnu pour les juristes d'entreprise, assorti de droits et d'obligations, est crucial pour garantir leur indépendance, en les soumettant à des règles déontologiques imposées par la loi.



Les difficultés pratiques posées par le régime existant

- Les difficultés pratiques concernent la complexité des règles dans un paysage de réglementations variées.
- Les juristes travaillant dans plusieurs pays peuvent être confrontés à des réglementations différentes, ce qui pose des questions sur quelle règle s'applique dans quel contexte.
- Les problèmes se posent également lorsqu'un juriste non protégé dans un pays intervient dans un pays bénéficiant de protections spécifiques, ainsi que dans l'autre sens, à savoir lorsqu'un juriste bénéficiant de protection dans son Etat-membre d'origine intervient dans un pays dans lequel les juristes ne bénéficient pas de protection.
- La circulation des juristes soulève des questions sur le maintien de la protection du statut du pays d'origine et peut constituer une entrave à leur libre circulation dans l'Union.
- Même dans les régimes protégés, il peut y avoir des variations dans les matières couvertes, ce qui complique encore davantage la situation.
- L'activité des juristes ne connaît pas les mêmes frontières que les réglementations, ce qui rend l'évolution dans ce paysage de réglementations variable difficile sur le plan pratique.

Solution pour remédier à ces difficultés

- La clé réside dans l'existence d'un statut légalement reconnu pour protéger les juristes d'entreprise, leur imposant un cadre et des obligations éthiques similaires à celles des avocats externes.
- Ce statut est crucial car il offre une protection juridique et établit un cadre éthique pour les juristes d'entreprise. Ce statut est aussi garant de leur indépendance, ce qui est un critère important dans la jurisprudence de la Cour.
- Les arguments en faveur de cette reconnaissance incluent à la fois des considérations juridiques et politiques, soulignant le rôle du législateur dans le processus de prise de décision.

- Des propositions d'amendements montrent une évolution vers la reconnaissance de ce statut.
- L'adoption généralisée de ces statuts pourrait influencer l'évolution de la jurisprudence et justifier un changement dans l'approche légale.

Le rôle du juriste

- Le rôle du juriste d'entreprise dans l'intérêt général implique une fonction de prévention et de détection des risques, nécessitant la confidentialité des communications pour instaurer la confiance au sein de l'entreprise. Les juristes d'entreprise se voient confiés des missions de conformité ('compliance') dans l'intérêt général. Cette évolution de leur rôle les assimile davantage à un acteur indépendant dans l'exécution de leur mission de prévention des risques et de promotion de la conformité.
- L'arrêt Orde van Vlaamse Balies souligne que la protection du secret professionnel des avocats (sans que cela ne soit limité aux avocats externes ou internes) relève de la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le contexte du secret professionnel, la protection des droits fondamentaux reconnus par la Charte doit être mise en balance avec d'autres intérêts tels que la recherche des infractions dans le cadre d'une enquête de concurrence. Cet arrêt ouvre donc une porte dans l'analyse de la protection dont pourraient bénéficier les juristes d'entreprise.
- Le principe de confidentialité pour les juristes d'entreprise doit être équilibré avec d'autres principes du droit européen et les intérêts des enquêtes, comme le suggère le nouvel arrêt.
- Cette approche ouvre la voie à une analyse plus nuancée, en évaluant la protection du secret professionnel en fonction des circonstances et des intérêts en jeu, et en tenant compte d'une tendance prépondérante dans les États membres en faveur de cette protection.



Panel 4

DÉMONSTRATION PRATIQUE : LOGICIELS DE RECHERCHE D'INFORMATION

Thomas Sely

Senior Managing Director, FTI Consulting, Paris

L'approche de la Commission européenne en matière de saisies informatiques

- La Commission communique régulièrement sur son approche qui consiste à identifier, collecter, rechercher et trier les données directement sur place lors de l'inspection afin de ne saisir que les documents a priori pertinents au regard de l'objet de l'enquête. Cela est rendu possible via le déploiement dans les locaux de l'entreprise visitée et pendant plusieurs jours d'un dispositif informatique dédié doté du logiciel Nuix.
- Nuix est un logiciel spécialisé dans le traitement, l'indexation et l'analyse de grande quantités de données.
- Les enquêteurs commencent par s'entretenir avec le responsable IT de l'entreprise pour comprendre l'environnement informatique de l'entreprise.
- Une copie des données saisies est laissée à l'entreprise.
- Il peut être fait recours à une procédure d'enveloppe scellée si la sélection des documents pertinents n'a pas pu être finalisée sur place.

Remarques préliminaires concernant les données de téléphone portable

- La Commission rappelle dans sa note explicative en matière d'inspection que les enquêteurs peuvent saisir des données stockées sur des appareils personnels s'ils sont utilisés à des fins professionnels (BYOD).
- Le renforcement des mesures de sécurisation des données peut poser des difficultés techniques pour accéder aux données et les extraire. Les enquêteurs font généralement preuve de pragmatisme et de souplesse pour s'adapter à la situation et collecter les données qui les intéressent. Cela peut passer par des captures d'écran des conversations WhatsApp pertinentes si l'extraction complète des données du téléphone via un logiciel spécialisé n'est pas possible.

Hawa Dia

Senior Consultant, FTI Consulting, Paris

Présentation du logiciel Nuix sur la base des données publiques Enron

- Une étape préalable sera d'ingérer et indexer les données afin notamment de mettre les données à plat, de supprimer les doublons et de rendre tous les documents recherchables.



- Une fois les données ingérées et indexées, le logiciel Nuix offre une vue d'ensemble sur les données avec des statistiques détaillées.
- Les documents sont listés avec toutes leurs métadonnées (*custodian*, nom, type de fichier, taille, identifiant numérique, chemin d'accès, date, expéditeurs et destinataires s'agissant des emails, etc...).
- Nuix permet de lancer des recherches par mots-clés dans le corps des documents afin par exemple d'identifier les documents pertinents au regard de l'objet de l'enquête. Il est également possible de lancer des recherches dans des champs spécifiques, par exemple dans les expéditeurs et destinataires des emails afin d'identifier des correspondances à exclure au titre du secret avocat-client.
- Les résultats des recherches peuvent être tagués afin de pouvoir classer les documents et exporter ce qui devra l'être.
- Un export des données peut être fait soit dans un format spécifique (*load file*) soit dans un format natif.

Présentation d'une extraction de téléphone portable sur la base de données anonymisées

- Plusieurs logiciels *forensic* permettent d'extraire les données de téléphone portable. Notre exemple se base ici sur le logiciel XRY édité par la société MSAB.
- Les données auxquelles les enquêteurs accèdent sont très variées et peuvent inclure des éléments tels que les emails, la liste des contacts, le journal d'appels, les documents, les photos, les enregistrements audio et les vidéos, l'historique de navigation internet, les données des applications, les SMS et certaines messageries instantanées. Le parcours du propriétaire du téléphone

peut même être reconstitué si le GPS a été activé. Les éléments auxquels les enquêteurs ont accès vont dépendre de plusieurs paramètres dont le modèle du téléphone, la configuration de l'utilisateur et le logiciel utilisé pour réaliser l'extraction.

- Il est possible de rechercher les données, par catégorie ou de manière transversale sur la totalité des données, en utilisant des mots clés.
- L'accès par les enquêteurs à d'éventuels éléments effacés est très variable et va dépendre de différents paramètres. Il reste somme toute limité. A noter que les sauvegardes réalisées sur le *cloud* ou sur l'ordinateur de la personne peuvent contenir des données qui pourraient ne plus se trouver sur le téléphone.
- Un export des données peut être fait soit dans un format spécifique soit dans un format du type excel ou html.