

Dans une décision du 23 juillet 2010, la Commission européenne considère qu'elle est en droit de saisir une correspondance échangée entre deux avocats et retrouvée dans les bureaux du client de l'avocat destinataire. Au-delà de la question de la confidentialité ou non des échanges entre avocats dans le droit de l'UE, laquelle n'avait jamais été abordée par la Commission ou la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») auparavant, cette décision pose une nouvelle fois, après les arrêts AKZO notamment, la question du champ d'application du secret professionnel que les entreprises peuvent invoquer à l'égard de la Commission européenne et des autorités nationales de concurrence. Elle risque d'avoir des conséquences pratiques importantes, tant en ce qui concerne les communications entre un avocat et son client, qu'en ce qui concerne les communications entre avocats, et la possibilité de conclure des accords amiables entre parties adverses. Nous livrons dans cet article une analyse de la décision et de ses possibles conséquences⁽¹⁾.

Des correspondances échangées entre avocats peuvent-elles être saisies par la Commission européenne ?



Par Jean-Pierre BUYLE
Bâtonnier de l'Ordre français
des avocats du barreau de Bruxelles



Vincent BROPHY
Associé Jones Day
(vbrophy@jonesday.com)



et Scott McINNES
Juriste MasterCard
(scott_mcinnes@mastercard.com)

celle-ci est retrouvée chez le client de ce dernier (Déc. Comm. CE, 23 juill. 2010, aff. n° COMP/ E-1.39612, pas encore publiée au JOUE, disponible sur : <http://ec.europa.eu/competition/anti-trust/cases/dec_docs/39612/39612_3076_9.pdf>).

Cette décision soulève de nouveau la question du secret professionnel, applicable à la relation entre l'avocat et son client, pouvant être invoqué à l'encontre des pouvoirs d'enquête de la Commission et des autorités nationales de concurrence (ci-après « ANC »).

Cette décision risque d'avoir des conséquences pratiques importantes, non seulement en ce qui concerne les communications entre un avocat et son client, mais aussi les communications entre avocats eux-mêmes et la possibilité de conclure des accords amiables entre parties adverses.

Dans un premier temps, nous nous proposons d'examiner les éléments de fait de cette affaire, ainsi que les arguments de droit sur lesquels la Commission s'est fondée pour conclure que ni le « *legal professional privilege* » (ci-après « LPP », que nous traduisons ici par « *secret professionnel* »), ni la confidentialité reconnue dans différents États membres aux échanges entre avocats, ne font obstacle au droit de la Commission de saisir une correspondance échangée entre avocats, qu'elle découvrirait chez un client. Nous expliquons

ensuite pourquoi ladite communication aurait dû être considérée comme étant couverte par le secret professionnel et analysons certains des arguments invoqués par la Commission par rapport à la confidentialité des échanges entre avocats dans les droits de certains États membres. Nous relèverons enfin les conséquences pratiques de cette décision pour les avocats, ainsi que pour leurs clients.

I. – RÉSUMÉ DE LA DÉCISION PÉRINDROPIL (SERVIER)

A. – Les faits

2. En novembre 2008, la Commission (accompagnée de représentants de certaines ANC) a effectué une inspection dans les bureaux de l'entreprise Servier, notamment en France, dans le cadre d'une procédure concernant une supposée violation par Servier des règles de droit européen de la concurrence.

La Commission y a, à cette occasion, saisi un e-mail adressé par l'avocat de Servier à son client, dans lequel il indiquait : « *Veillez trouver ci-joint copie d'une lettre (confidentielle) du conseil de Teva. Je propose que nous en discutions à votre meilleure convenance* ». À cet e-mail était jointe une lettre émanant du conseil

INTRODUCTION

1. Dans sa décision *Périndopril* (Servier) du 23 juillet 2010, la Commission européenne (ci-après la « Commission ») considère qu'elle était en droit de saisir, lors d'une inspection effectuée dans les bureaux d'une entreprise qu'elle suspectait d'avoir violé les règles européennes de droit de la concurrence, une lettre adressée par un avocat à un autre avocat, lorsque

⁽¹⁾ Cet article a déjà publié, en anglais, dans le *European Competition Law Review* (ECLR), n° 4, 2012. Les points de vue exprimés par les auteurs leur sont personnels et ne lient notamment en rien le Barreau de Bruxelles.

de Teva (un concurrent de Servier), dans laquelle le conseil de Teva affirmait que Servier se livrait à des pratiques anticoncurrentielles et que si un accord n'était pas trouvé Teva déposerait plainte contre Servier auprès de la Commission pour violation des règles de concurrence.

Servier a soulevé le fait que la lettre litigieuse était couverte par le secret professionnel, et qu'elle était également confidentielle car échangée entre avocats (il ressort de la décision que l'avocat destinataire était inscrit à un Barreau belge, le règlement de l'ordre national belge était dès lors applicable) et que, dès lors, la Commission n'était pas en droit de prendre connaissance de cette pièce :

• **le secret professionnel.** – La correspondance entre l'avocat de Servier et Servier s'inscrivait dans le cadre de la défense des intérêts de cette dernière et était donc couverte par le secret professionnel, tel que reconnu par la jurisprudence de la CJUE. « *Toute interprétation contraire reviendrait à compromettre les droits de la défense de Servier, ainsi que son droit de recevoir un conseil juridique indépendant de la part de son avocat* » (décision commentée, préc., § 8(i)) ;

• **la confidentialité.** – Le règlement des 8 mai 1980 et 22 avril 1986 de l'Ordre national belge relatif à la production de la correspondance échangée entre les avocats prévoit que la correspondance entre deux avocats inscrits à un Barreau belge est confidentielle (sauf moyennant l'accord des deux parties et du Bâtonnier). Selon Servier, des règles similaires existent également en France et, dans une certaine mesure, en droit anglais, faisant de cette confidentialité un principe fondamental de droit de l'UE, que la Commission est tenue de respecter.

Le 23 juillet 2010, la Commission a rejeté ces deux arguments et a estimé qu'elle était autorisée à prendre connaissance de la correspondance litigieuse.

B. – La position de la Commission européenne

1°) Quant au secret professionnel

3. La Commission a rappelé qu'en vertu du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 (relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, JOUE 4 janv. 2003, n° L 1), elle était autorisée à saisir les documents qu'elle trouvait dans les bureaux des entreprises faisant l'objet d'une inspection, sous réserve des documents qui sont couverts

par le secret professionnel tel que défini par la jurisprudence de la CJUE. À cette fin, la Commission a affirmé que seuls sont couverts par le secret professionnel :

- premièrement, les communications échangées entre un avocat et son client dès lors que, d'une part, cette correspondance intervient dans le cadre et aux fins des droits de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'un avocat indépendant (par opposition aux juristes d'entreprises exerçant dans le cadre d'un contrat de travail) ;
- deuxièmement, les notes internes diffusées au sein d'une entreprise qui se bornent à reprendre le texte ou le contenu de communications avec un avocat indépendant comportant des avis juridiques ; et
- troisièmement, les documents préparés en interne par le client (même s'ils n'ont pas été envoyés à l'avocat ou n'ont pas été créés pour être transmis matériellement à un avocat), dès lors qu'ils ont été élaborés exclusivement aux fins de demander un avis juridique à un avocat, dans le cadre de l'exercice des droits de la défense.

La lettre litigieuse ne tombait pas dans les catégories 2 et 3, ne s'agissant pas d'un document préparé par Servier.

En ce qui concerne la catégorie 1, la Commission a également considéré que cette lettre n'était pas couverte par le secret professionnel car elle n'émanait pas du conseil de Servier (mais bien d'une partie tierce : le conseil de Teva) et n'avait donc pas été préparée dans le cadre et aux fins des droits de la défense de Servier. La Commission a conclu que les communications entre avocats de parties adverses ne sont « *normalement* » pas couvertes par le secret professionnel lorsqu'elles sont découvertes par la Commission dans les bureaux des clients, à l'occasion d'une inspection ; et que le fait que ce courrier était joint à un e-mail du conseil de Servier à son client ne changeait en rien la nature de cette communication.

2°) Quant à la confidentialité

4. La Commission rappelle que c'est en vertu du droit européen qu'elle est autorisée à saisir des documents dans le cadre d'une inspection et que les droits nationaux ne peuvent en aucune mesure contrevenir à ses pouvoirs. Par ailleurs, la Commission considère que :

- il n'existe pas de principe général de droit de l'UE qui interdise à la Commission de saisir une correspondance comme celle en l'espèce ;

- dans plusieurs États membres, la confidentialité des échanges entre avocats disparaît dès lors que la correspondance est transmise au client de l'avocat destinataire ;
- généralement, la confidentialité des échanges entre avocats résulte d'une réglementation provenant des autorités ordinales qui n'est pas opposable aux tiers, en ce compris la Commission ;
- les objectifs qui sous-tendent la confidentialité des échanges entre avocats doivent céder le pas devant les objectifs qui sous-tendent les pouvoirs d'enquête de la Commission.

Dans sa décision, la Commission explicite ces différents points dans les termes suivants :

• « *[T]here is no principle of Union law that would prevent the Commission (...) from taking a copy of a document that was exchanged in confidence between external lawyers of opposing parties when that document is found at the premises of the recipient lawyers' clients* » (consid. 20) ;

• « *in several Member States (...) confidential exchanges between lawyers must not be passed on to the lawyer's own client. Where, as here, such a document has already been passed on (...) such rules of conduct are inapplicable (...)* » (consid. 22) ;

• « *Where it exists, the principle of protection of confidential exchanges between external lawyers, is primarily based on self-regulation of the bar associations. (...) Bar associations are able to enact binding rules for their members but cannot, in principle, bind third parties (...) This applies in particular to public authorities that act in the public interest, and all the more so when the limits to their powers are determined by Union law, and not national law (...)* » (consid. 23) ;

• « *In Member States where correspondence between lawyers of opposing parties is protected, such protection is based on (...) considerations [that] Open communication between lawyers may facilitate the settlement of civil or commercial disputes and this can alleviate the burden for civil courts (...). However when it comes to enquiries that pursue public interests such protection does not appear appropriate (...) principles of confidentiality intended to promote the settlement of commercial disputes cannot constrain the Commission's powers to obtain information (...)* » (consid. 24).

La Commission en a conclu que la lettre émanant du conseil de Teva et trouvée

dans les locaux de Servier ne bénéficiait d'aucune forme de protection qui pourrait lui être opposée et que dès lors, la Commission était en droit d'en prendre connaissance.

Il convient de noter que la Commission n'a pas pris position expressément sur le statut des communications entre avocats en tant que telles (c'est-à-dire hors le cas où elles sont trouvées chez le client). La Commission n'indique pas si elle considère qu'elles bénéficient, ou non, d'une quelconque protection sur base du droit de l'UE. Toutefois, le fait que la Commission affirme que « *when it comes to enquiries that pursue public interests such protection does not appear appropriate* » (consid. 24) semble indiquer que la Commission considère que les communications entre avocats, en tant que telles, ne bénéficient d'aucune protection – et que les seules exceptions à ses pouvoirs de saisie soient les trois catégories de documents couverts expressément par le secret professionnel en vertu de la jurisprudence de la CJUE.

II. – COMMENTAIRES DE LA DÉCISION

5. Cette décision soulève de nombreuses questions de principe, ainsi que pratiques. Nous nous proposons de l'examiner tant au regard du secret professionnel que de la confidentialité. Nous dégagerons ensuite les possibles conséquences pratiques de cette décision, notamment pour la profession d'avocat et les clients.

A. – Commentaires par rapport au secret professionnel

6. Comme l'a rappelé la Commission dans sa décision commentée, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (depuis lors devenu « *le Tribunal* ») a admis dans son arrêt *Akzo* (TPICE, 17 sept. 2007, aff. jtes. T-125/03 et T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c/ Commission*, Rec. CJCE, II, p. 3523) que trois catégories de documents sont expressément couvertes par le secret professionnel et échappent dès lors aux pouvoirs de saisie de la Commission (voir *supra* ; depuis la décision commentée, la CJUE a confirmé dans son arrêt *Akzo* les trois catégories de documents couverts par le secret professionnel, CJUE, 14 sept. 2010, aff. C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c/ Commission*, Rec. CJCE, I, p. 8301).

L'application stricte (selon nous, non justifiée) des principes relatifs au secret professionnel, tels que reconnus par la jurisprudence de la CJUE, à la lettre rédigée par le conseil de Teva pourrait effectivement conduire à la conclusion

que cette lettre n'est pas couverte par le secret professionnel, pour les raisons mentionnées dans la décision commentée.

Cependant, la position adoptée par la Commission fait fi du fait que cette lettre était jointe à un e-mail du conseil de Servier à son client et s'inscrivait dans un échange entre eux concernant les relations entre Servier et Teva, et les conséquences juridiques possibles.

Or, comme la Commission l'a rappelé elle-même dans sa décision, la Cour de justice a affirmé que « *tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin* » (Cour de justice, 18 mai 1982, 155/79, aff. *AM&S Europe c/ Commission*, 155/79, pt. 18, Rec. CJCE, 1982, p. 1575, nous soulignons. Voir aussi l'avis de l'avocat général Kokott dans l'affaire *Akzo Nobel*, pt. 148 : « *La possibilité de mener des échanges avec*

Faire une distinction entre les différents procédés « techniques » utilisés par l'avocat pour informer son client des griefs formulés à son encontre, pour déterminer si oui ou non la correspondance est couverte par le secret professionnel, nous paraît artificiel.

le client sans perturbation et dans la confiance grâce à la protection de la confidentialité (...) »).

Afin qu'un client puisse consulter son avocat « *en toute liberté* » et que ce dernier soit en mesure de lui donner un avis juridique circonstancié, il convient que le client soit informé des arguments formulés par la partie adverse. Le meilleur moyen de parvenir à cet objectif est, sans conteste, que le client puisse examiner la lettre litigieuse ; c'est pour cette raison que le conseil de Servier l'avait faite parvenir à son client (c'est précisément la raison pour laquelle, dans certains pays, en dépit du principe de la confidentialité des échanges entre avocats, l'avocat est autorisé et parfois requis de partager avec son client la correspondance, pourvu que certaines conditions soient remplies – en ce qui concerne le Barreau de Bruxelles, voir *infra*).

Certes, plutôt que de joindre une copie de la lettre litigieuse en annexe de son e-mail, le conseil de Servier aurait pu

avoir recours à d'autres procédés « techniques », comme par exemple :

- lire oralement la lettre à son client par téléphone, auquel cas la Commission n'aurait jamais trouvé la lettre dans les bureaux de Servier ;
- résumer la lettre dans le corps de son e-mail ou dans un document joint à son e-mail (par exemple avec l'en-tête de son cabinet), marqué « *confidentiel – communication avocat-client* » ;
- reproduire le contenu de la lettre dans le corps de son e-mail ou dans un document joint à son e-mail, marqué « *confidentiel – communication avocat-client* ».

Dans de tels cas, selon toute vraisemblance, la Commission aurait considéré en vertu de la jurisprudence de la CJUE que l'e-mail (et, le cas échéant, la pièce jointe) était couvert par le secret professionnel puisqu'ils « *émanaient* » de l'avocat de Servier.

À supposer qu'il s'agisse bien de la position de la Commission, les difficultés pratiques que cela pose sont évidentes. Faire une distinction entre les différents procédés « techniques » utilisés par l'avocat pour informer son client des griefs formulés à son encontre, pour déterminer si oui ou non la correspondance est couverte par le secret professionnel, nous paraît artificiel et contraire aux objectifs que le secret professionnel vise à protéger.

Les communications intervenant entre l'avocat et son client doivent être analysées dans le contexte des échanges entre l'avocat et son client et appréhendées dans leur ensemble : l'e-mail de couverture et la pièce jointe à l'e-mail formaient, ensemble, la communication entre l'avocat et son client (ou, dans le cas d'un courrier postal, la lettre et ses annexes). L'accessoire suit le principal. Cette communication entre le conseil de Servier et son client avait pour objectif d'informer Servier des griefs formulés à son encontre par Teva (par l'entremise de son conseil), et ce afin de permettre à l'avocat de Servier de pouvoir discuter avec son client en pleine connaissance de cause et de pouvoir lui donner un avis juridique circonstancié sur la réponse qu'il convenait de réserver à la lettre litigieuse. C'est seulement grâce à cette communication que l'avocat pouvait avoir une discussion éclairée avec son client et était donc en mesure de donner un avis juridique circonstancié à Servier quant à la position à adopter en réponse à la lettre en question (la preuve en est que le destinataire de l'e-mail, un employé de Servier, avait lui-même fait circuler l'e-mail reçu de l'avocat au

sein de son entreprise, avec le message suivant : « Pour info ce courrier que nous venons de recevoir de Teva / je fais le point sur la manière d'y répondre avec notre avocat demain (...) »).

Cette communication avait donc lieu dans le cadre et aux fins de protéger les droits de la défense de Servier (et ce, même si une enquête de la Commission n'était pas encore en cours à l'encontre de Servier ; la Cour de justice a en effet précédemment indiqué que « cette protection doit dans ce cas s'entendre, pour être efficace, comme couvrant de plein droit toute correspondance échangée après l'ouverture de la procédure administrative (...) elle doit pouvoir être étendue également à la correspondance antérieure, ayant un lien de connexité avec l'objet d'une telle procédure », AM&S, préc., pt. 23 ; cf. également l'arrêt du Tribunal dans Akzo, préc., pt. 114).

La Commission aurait donc dû conclure que la communication, considérée dans son ensemble (c'est-à-dire l'e-mail de couverture et la lettre litigieuse jointe à l'e-mail), était couverte par le secret professionnel en vertu de la jurisprudence de la CJUE et qu'elle n'était dès lors pas en droit d'avoir accès à cette communication entre un avocat et son client (la Commission était toutefois en droit d'obtenir la copie de cette lettre par d'autres moyens. Par exemple, elle aurait pu en demander copie à Teva (il ressort en fait de la décision que la Commission aurait déjà obtenu une copie de la part de Teva) et/ou en demandant à Servier qu'elle renonce au secret professionnel applicable à cette correspondance (à ce sujet, cf. le TPICE dans Akzo : « Enfin, il y a lieu d'observer, ainsi que la Cour l'a fait remarquer dans son arrêt AM&S, que le principe de confidentialité ne saurait faire obstacle à ce que le client d'un avocat révèle ses communications avec ce dernier, s'il estime avoir intérêt à le faire (...) », pt. 90)).

Il est intéressant de noter que dans l'affaire *Pepsi Cola c/ Coca-Cola* (Déc. Comm. nationale espagnole de concurrence n° r508/02v, 22 juill. 2002, disponible sur : < w.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=r%20508/02v&ambito=Recursos >), l'Autorité espagnole de la concurrence avait adopté une position diamétralement opposée à celle de la Commission dans la décision commentée. Il convient de remarquer que la Commission ne fait pas référence à cette décision espagnole dans la décision ici commentée. Dans cette affaire, la Commission avait initié une enquête à l'encontre de TCCC (Coca-Cola). Aux fins de la préparation de sa défense, Coca-Cola avait sollicité de son avocat la collecte d'informations auprès des sociétés de mise en bouteille en Espagne. Le service de la concurrence espagnol avait exigé de la part de ces sociétés la production d'une copie

des réponses qu'elles avaient fournies au conseil de Coca-Cola, lesquelles s'y étaient opposées sur la base du secret professionnel. L'Autorité de la concurrence leur a donné raison. Elle a conclu que les réponses aux questionnaires étaient bel et bien couvertes par le secret professionnel car, suivant la jurisprudence de la CJUE, d'une part, les questionnaires avaient été préparés aux fins des droits de la défense (de Coca-Cola) et, d'autre part, ils avaient été préparés par un avocat externe (celui de Coca-Cola). L'autorité de la concurrence espagnole a donc estimé que le fait que le document avait été rédigé par l'avocat d'une autre partie que celle qui invoquait le bénéfice du secret professionnel n'empêchait pas cette partie d'invoquer valablement le bénéfice du secret professionnel.

B. – Commentaires par rapport à la confidentialité

7. La Commission a considéré que les correspondances entre avocats, lorsqu'elles sont retrouvées chez le client de l'avocat destinataire, ne bénéficient pas d'une quelconque confidentialité en droit de l'UE (cependant la Commission n'a pas exprimé de position claire la protection dont bénéficierait en droit de l'Union les correspondances entre avocats en tant que telle, c'est-à-dire hors le cas où elles sont retrouvées chez le client).

Servier avait invoqué le fait que, dans le droit de certains États membres (notamment en Belgique, en France et, dans une certaine mesure, en Angleterre et au Pays de Galles), les communications entre avocats bénéficient d'une forme de protection (qu'il s'agisse du secret professionnel ou de la confidentialité), suggérant l'existence d'un principe général de droit de l'UE et que, dès lors, la Commission ne serait pas en droit de saisir la lettre litigieuse, même trouvée dans les bureaux de Servier.

L'argument principal de la Commission, selon lequel elle tire ses pouvoirs du droit de l'UE (notamment le règlement (CE) n° 1/2003) et que les règles nationales ne peuvent pas limiter ses pouvoirs, n'est pas contestable (Akzo, préc., pt. 176).

Toutefois, deux critiques peuvent être adressées au raisonnement tenu par la Commission en ce qui concerne, d'une part, l'absence de reconnaissance d'un principe général du droit de l'UE et, d'autre part, la balance qu'elle opère entre l'intérêt de ses enquêtes (« public policy ») et l'intérêt protégé par les règles nationales concernant la confidentialité des échanges entre avocats.

1°) Analyse superficielle du droit des États membres

8. Dans son arrêt Akzo, le Tribunal a rappelé que « le droit communautaire, issu d'une interpénétration non seulement économique, mais aussi juridique des États membres, doit tenir compte des principes et des conceptions communs aux droits de ces États en ce qui concerne le respect de la confidentialité à l'égard, notamment, de certaines communications entre les avocats et leurs clients (...) » (Akzo, préc., pt. 77). Le Tribunal avait ainsi procédé à un examen des droits nationaux des différents États membres en matière de confidentialité avant de conclure qu'au jour du prononcé, le 17 septembre 2007, il n'était pas possible d'identifier « des tendances uniformes ou clairement majoritaires » concernant la confidentialité des communications avec les juristes internes dans les droits des États membres (pt. 170). Dans sa décision commentée, la Commission conclut que « dans plusieurs États membres » les communications entre un avocat et son client ne peuvent pas être transmises au client, à défaut de quoi la correspondance perdrait son caractère confidentiel. La Commission se fonde notamment sur le « Edward Report », le « Code of Ethics » italien et le mémorandum explicatif du Code de déontologie des avocats européens (de façon frappante, et bien que Servier faisait expressément référence aux règles des Barreaux belges, la Commission ne fait pas référence à ces règles, lesquelles permettent (au moins les règles du Barreau de Bruxelles) à l'avocat de transmettre à son client le courrier reçu d'un autre avocat, sous certaines conditions). Après un examen superficiel des règles nationales, la Commission arrive à la conclusion qu'il n'y a pas de principe général de droit de l'UE qui interdirait à la Commission, dans le contexte d'une inspection, de saisir un document échangé entre les avocats de parties adverses, lorsque le document est trouvé dans les bureaux du client de l'avocat destinataire. Cependant, le Conseil des barreaux européens (CCBE) a fait remplir un questionnaire à plusieurs autorités au sein de l'UE précisément en vue d'établir l'état du droit en ce qui concerne le secret professionnel/la confidentialité dans les différents États membres de l'UE. Il apparaît, selon la version des réponses que nous avons eu l'occasion d'examiner, datée du 28 juin 2010, que non seulement la correspondance entre avocats est couverte par le secret professionnel ou à tout le moins une forme de confidentialité dans la vaste majorité des États membres de l'UE et des pays avoisinants, mais aussi

que dans la plupart des pays, le conseil recevant une correspondance du conseil d'une autre partie a l'obligation de partager cette correspondance avec son client (les exceptions principales étant essentiellement la France et la Belgique, voir *infra*). Cette étude du CCBE est dès lors en contradiction directe avec les affirmations de la Commission (de plus, la Commission s'est fondée en particulier sur la code de conduite CCBE. Or, il faut cependant relever que le mémorandum explicatif du Code de déontologie des avocats européens dispose que « *in certain Member States communications between lawyers (...) are normally regarded as to be kept confidential as between the lawyers. This means that the content of these communications cannot be disclosed to others, cannot normally be passed to the lawyers' clients (...)* », p. 30, nous soulignons. L'usage du mot « *normally* » aurait dû attirer l'attention de la Commission sur le fait que dans certains États membres l'avocat est autorisé, voire requis, de transmettre à son client le courrier qu'il reçoit du conseil de la partie adverse, sans que la confidentialité soit perdue).

Même en ce qui concerne la Belgique et la France, qui comme indiqué ci-dessus sont (du moins semble-t-il) les exceptions principales, par ailleurs expressément invoquées par Servier, l'état du droit n'appuie pas la position de la Commission :

- en Belgique, le règlement de l'Ordre national des 8 mai 1980 et 22 avril 1986 précité prévoit que la correspondance entre avocats est confidentielle et ne doit donc pas, en principe, être transmise au client. Cependant, une très large exception est prévue : un avocat peut transmettre à son client cette communication pourvu que, en résumé, il attire l'attention du client sur le caractère confidentiel de cette correspondance (ce que le conseil de Servier, avocat d'un Barreau belge, avait d'ailleurs fait dans l'e-mail de couverture à son client). En tout état de cause, il a été jugé que si un tel courrier est produit par l'une des parties en justice, le tribunal doit considérer cette correspondance comme étant confidentielle et doit l'écarter des débats (C.Appel Liège, 7 janv. 1991, JLMB, 1991, p. 772 et obs. Lambert B. ; Comm. Bruxelles, 29 sept. 2000, JLMB, 2003, p. 343 et note Buyle J.-P., La confidentialité des courriers échangés entre avocats ; C.App. Anvers, 18 mars 2003, P&B/RDJ, 2004, p. 25 ; C.App. Mons, 17 juin 2008, 14^e ch., n° RG : 2006/R.G./675, Defenb c/ SA Fortis AS, inédit. Cf. Lindemans D., Rechterlijk toezicht op overlegging in rechte van briefwisseling tussen advocaten, RW, 2008-09, 17 janv. 2009, n° 20, pp. 818 et s.) ;
- en France, l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 (telle que modifiée par la loi n° 97-308 du 7 avril 1997)

dispose que les correspondances échangées entre l'avocat et son client, ainsi que les correspondances entre avocats de parties adverses ne portant pas la mention « *officielle* », sont couverts par le « *secret professionnel* » (il résulte de cet article 66-5, une disposition d'ordre public, que les échanges entre conseils qui ne sont pas marqués « *officiels* » sont, sans exception, confidentiels et doivent dès lors être exclus des débats. L'article 3.1 du règlement intérieur national dispose que la correspondance entre avocats ne peut pas être produite en justice et que le secret professionnel relatif à ces documents ne peut pas être levé). Ainsi, les communications échangées entre avocats retrouvées chez le client conservent en principe leur caractère confidentiel, malgré le fait qu'elles aient été communiquées par l'avocat destinataire à son client, et ce en violation des règles déontologiques et légales françaises.

Il découle de ce qui précède que l'analyse

Dans la plupart des pays, le conseil recevant une correspondance du conseil d'une autre partie a l'obligation de partager cette correspondance avec son client.

réalisée par la Commission est erronée à plusieurs égards et inadéquate, et ne saurait dès lors soutenir la conclusion qu'il n'existe pas de principe général dans les États membres, et dès lors dans le droit de l'UE, accordant une forme de protection aux échanges entre conseils (en tant que tels et/ou lorsque trouvés dans les bureaux du client de l'avocat). Contrairement à ce que la Commission a décidé, si la CJUE devait se prononcer sur la question de la correspondance entre avocats, il n'est pas à exclure qu'au vu des règles de droit national mentionnées ci-dessus elle conclue que la correspondance entre avocats doit être accordée une forme de protection en droit de l'UE contre les pouvoirs de saisie de la Commission [que cette protection soit le secret professionnel en tant que tel ou une autre forme de protection comme par exemple le concept anglais de « *without prejudice privilege* » – que ce soit de manière automatique (comme dans certains États membres) ou seulement lorsque la mention « *confidentielle* » est

apposée sur le document (comme indiqué dans le code de conduite du CCBE)].

2°) Balance des intérêts en présence

9. La Commission affirme que les règles nationales concernant la confidentialité des communications entre avocats ont une raison d'être (à savoir favoriser les accords amiables et dès lors diminuer l'encombrement des cours et tribunaux) qui, contrairement aux pouvoirs d'enquête conférés à la Commission, ne relève pas d'une question de « *public policy* » (consid. 30). La Commission considère que ses pouvoirs d'enquête doivent primer sur la défense de l'intérêt protégé par ces règles de droit national.

En premier lieu, il ne semble pas évident qu'une « *public policy* » visant à préserver les pouvoirs d'investigation de la Commission afin qu'elle puisse avoir accès à l'information nécessaire à la manifestation de la vérité (consid. 24) doive prévaloir sur la politique visant à promouvoir le règlement des différends à l'amiable qui, comme le reconnaît la Commission, vise à désencombrer les cours et les tribunaux et donc à optimiser l'usage des deniers publics.

En second lieu, il faut noter que, dans le cadre des procédures de concurrence menées par les autorités nationales de concurrence (fondées sur les art. 101 et/ou 102 du TFUE (comme la Commission) et/ou les règles nationales de concurrence), les autorités nationales doivent en principe, à tout le moins, dans les États membres où la confidentialité des correspondances entre avocats est prévue par la loi, comme c'est par exemple le cas en France (par opposition à un règlement ordinal, par exemple), faire déférence à cette confidentialité. Or, ces enquêtes, elles aussi, relèvent d'une question de « *public policy* ». Dès lors, l'argument de la Commission fondé sur la notion de « *public policy* », qui devrait avoir préséance sur la protection de l'intérêt visant à favoriser la conclusion d'accords amiables, nous paraît critiquable.

C. – Conséquences pratiques de la décision Périndopril (Servier)

La décision de la Commission a potentiellement d'importantes conséquences légales et pratiques. Comme indiqué, la position de la Commission au regard du statut des correspondances entre avocats en tant que telles (c'est-à-dire en dehors du cas où elles sont retrouvées dans les locaux du client) n'est pas entièrement claire. Par ailleurs, la décision de la Commission a des implications importantes au regard des moyens et méthodes de communication entre un client et son avocat, ainsi que dans la ca-

pacité à établir un accord à l'amiable. La décision crée également une nouvelle et peu heureuse différence entre les droits et les devoirs des parties, selon qu'elles soient impliquées dans une procédure diligentée par la Commission ou une autorité de concurrence nationale. Les conséquences sont décrites ci-dessous.

1°) Les communications entre l'avocat et son client

10. Lorsque l'avocat reçoit un courrier du conseil d'une autre partie, il devrait soit se limiter à en discuter oralement avec son client (afin d'éviter que le courrier ne puisse être saisi chez le client), soit rédiger un document qui « émane » de lui afin que la Commission ne puisse pas prétendre que le courrier « émane » d'un tiers et donc ne relève pas des droits de la défense de son client. Ainsi, l'avocat pourrait préparer :

- un courrier dans lequel il intègre ou résume le contenu de la correspondance reçue (soit dans le corps de son courrier, soit dans un document joint à son courrier) ;
- un avis juridique, couvert par le secret professionnel, dans lequel il inclut, le cas échéant, des extraits du document reçu.

En tout état de cause, si le client souhaite pouvoir invoquer le bénéfice du secret professionnel, l'avocat doit éviter d'envoyer le document qu'il a reçu, en tant que tel, à son client.

De même, au lieu d'envoyer un e-mail ou une lettre aux avocats de l'autre partie qui pourrait être transmis par l'avocat destinataire à son client, et donc saisi par la Commission dans le cadre d'une inspection dans leurs locaux, les avocats des deux parties devraient plutôt discuter oralement de leurs positions respectives. Si une correspondance écrite est requise, l'avocat émetteur devrait exiger que l'avocat destinataire ne transfère pas cette correspondance à son client telle qu'elle, mais qu'il applique une des méthodes décrites ci-dessus.

Ceci n'est, sans conteste, pas très pratique. Mais malheureusement, il s'agit là de la conséquence de la décision commentée.

2°) La conclusion d'accords amiables est rendue plus difficile

11. Le principe protégé par le secret professionnel est que « tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin » (AM&S, préc., pt. 18).

Ce principe, allié au fait que dans certains États membres les communications entre avocats sont couvertes par le secret pro-

fessionnel/confidentielles, a été développé notamment en vue de faciliter la conclusion d'accords amiables entre parties adverses, évitant ainsi des litiges de longue haleine devant les cours et tribunaux, et l'usage coûteux de ressources publiques. Dans sa décision, la Commission a estimé qu'elle était en droit de saisir une lettre contenant la menace du dépôt d'une plainte à défaut d'accord amiable. Par analogie, la Commission estime certainement qu'elle aurait été en droit, dans le cadre d'une inspection dans les bureaux de Teva, de saisir un courrier adressé par le conseil de Servier au conseil de Teva, contenant des propositions de règlement amiable formulées par Servier et que l'avocat de Teva aurait fait parvenir à son client (comme indiqué ci-dessus, le conseil destinataire devrait appliquer une des méthodes ci-dessus afin de réduire le risque que la Commission puisse saisir la correspondance chez le client). Si tel est le

On peut raisonnablement se demander pourquoi les garanties accordées aux entreprises, dans le cadre de procédures menées par la Commission, devraient être inférieures aux protections garanties aux entreprises dans le cadre d'enquêtes menées par certaines autorités nationales de concurrence.

cas, les entreprises, à l'avenir, pourraient être moins enclines à formuler des propositions de règlement amiable par écrit. La décision commentée risque de rendre plus difficiles, en pratique, les discussions visant à la conclusion d'accords amiables en vue de mettre fin à un différend, au lieu d'introduire des actions judiciaires ou déposer des plaintes, notamment auprès de la Commission. Il n'est pas certain que la Commission ait perçu ces possibles conséquences négatives lors de l'adoption de sa décision (bien que l'enquête de la Commission contre Servier concerne précisément la conclusion d'accords amiables en matière de brevets avec plusieurs fabricants de médicaments génériques que la Commission considère comme étant potentiellement anticoncurrentielle, il ne s'agit pas là d'une raison suffisante pour restreindre, de manière tout à fait générale, la possibilité pour des entreprises ayant des différends de conclure des accords amiables).

3°) Une différence supplémentaire entre procédures de la Commission et procédures nationales

12. La jurisprudence *Akzo* a confirmé que les échanges internes à l'entreprise avec les juristes ne sont pas couverts par le secret professionnel. Cependant, certains États membres consacrent le secret professionnel des communications internes avec les juristes employés par l'entreprise, comme par exemple aux Pays-Bas ou encore en Angleterre. Dans ces pays, l'autorité nationale de concurrence n'est donc, en principe, pas en mesure de saisir, lors d'une inspection, ces communications. Ainsi, il y a là une différence de traitement entre les enquêtes de la Commission et celles de certaines autorités nationales (alors que pourtant, comme indiqué ci-dessus, les inspections de la Commission et des autorités nationales sont souvent fondées sur les mêmes dispositions légales et, surtout, sur les mêmes objectifs de « public policy ». Cependant la Cour de justice a considéré dans *Akzo* que cette différence de traitement ne constitue pas une violation du principe de sécurité juridique, préc., pts. 102 à 106).

Comme indiqué ci-dessus, dans le cadre d'une procédure menée par une autorité nationale de concurrence dans un pays prévoyant la confidentialité des échanges entre avocats, l'autorité nationale ne pourra en principe pas saisir cette correspondance lors d'une inspection – à toute le moins lorsque cette confidentialité est prévue par la loi, voire par les usages (par opposition à un règlement ordinal, par exemple). En revanche, dans le cadre d'une enquête menée par la Commission, cette correspondance pourra être saisie, comme dans le cas de la décision contestée (la confusion est encore accentuée par le fait que, très souvent, lors d'une inspection sont présents tant des représentants de la Commission que de l'autorité nationale de concurrence). La décision critiquée crée donc, en ce qui concerne certains États membres, une différence supplémentaire entre les droits des entreprises dans le cadre d'une procédure de la Commission et d'une procédure menée par une autorité nationale.

Cette différence de traitement entre les procédures menées par la Commission et celles menées par certaines autorités nationales n'est pas idéale et, pour les raisons mentionnées ci-dessus, est difficile à justifier. On peut raisonnablement se demander pourquoi les garanties accordées aux entreprises, dans le cadre de procédures menées par la Commission, devraient être inférieures aux protections garanties aux entreprises dans le cadre d'enquêtes menées par certaines autorités nationales de concurrence. Nous ne voyons pas de justifi-

cation satisfaisante pour cette différence de traitement, et en tous cas pas de justification convaincante dans la décision commentée (l'échange d'informations entre la Commission et les autorités nationales de concurrence, prévue par le règlement n° 1/2003 (art. 12), pose également question. Théoriquement, il sera possible que les autorités nationales de concurrence contournent les limites qui leur sont imposées par le droit national en recevant des informations de la part de la Commission. La CJUE ne s'est pas prononcée sur cette question dans son arrêt *Akzo*, mais il y a là un risque auquel il convient de rester vigilant. Cf. l'avis de l'avocat général Kokott dans *Akzo*, préc., pt. 137).

CONCLUSION

En conclusion, nous considérons qu'une correspondance échangée entre avocats,

particulièrement lorsqu'elle concerne des allégations et des propositions d'accord amiable, transmise par l'avocat destinataire à son client, devrait être considérée comme couverte par le secret professionnel en vertu de la jurisprudence de la CJUE. Dès lors, la Commission n'était pas en droit d'avoir accès à cette communication dans l'espèce querellée.

Si cette décision devait être appliquée de manière régulière par la Commission, elle imposera aux avocats et à leurs clients de recourir à certaines techniques inutiles et artificielles dans leurs communications, ainsi que dans les communications entre les conseils de parties

adverses, afin d'éviter que certaines informations ne tombent potentiellement entre les mains de la Commission suite à une perquisition. Cela risque également de porter atteinte à la possibilité pour des entreprises ayant des différends de les régler de manière amiable, plutôt que de recourir à la voie judiciaire et/ou de déposer une plainte.

De plus, cette décision crée une différence supplémentaire entre les protections accordées aux entreprises dans le cadre des procédures menées par certaines autorités nationales de concurrence et celles menées par la Commission, pour laquelle nous ne voyons pas de justification objective. ♦