



LEGAL PRIVILEGE DES JURISTES, PROCÉDURE PÉNALE ET AUTRES ACTUALITÉS DU DROIT DE LA CONCURRENCE

DINER DÉBAT AVEC STANISLAS MARTIN

POINTS CLÉS

PARIS - 29 FÉVRIER 2024



Malik IDRI

Associé Antitrust, Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, Paris

La protection des travaux des juristes d'entreprise

- La tentative par le législateur d'introduire un *legal privilege* à la française a suscité de nombreux débats à la fin de l'année 2023. Malgré la censure par le Conseil constitutionnel, la question est à nouveau d'actualité car le sénateur Vogel a introduit un nouveau projet de loi voté en février 2024. Ce projet est proche de la version censurée et il me semble qu'il reste incomplet, puisqu'il n'aborde ni la question de l'indépendance, et qu'il ne couvre pas une part importante du travail des juristes en entreprise, puisque la protection serait limitée aux échanges entre la direction juridique et les organes dirigeants. Dès lors, les consultations des juristes d'entreprise par les commerciaux, étape cruciale pour la mise en œuvre du droit de la concurrence dans l'entreprise, ne sont pas couvertes.
- Il est important de s'interroger sur les raisons qui pourraient conduire à protéger le travail des juristes d'entreprises, ce qui implique de rappeler pourquoi cette protection est accordée aux travaux des avocats. Les analyses juridiques des avocats sont protégées car, pour qu'il puisse remplir son rôle, il est essentiel de s'assurer que ce que son client lui dira ne pourra être utilisé contre lui. Dans le cas contraire, il ne peut y avoir de dialogue avec l'avocat et donc le droit à la défense ne peut pas réellement exister. Si l'on transpose à la vie de l'entreprise, il ne peut pas non plus y avoir d'échanges fructueux avec les directions juridiques si ces échanges sont susceptibles d'être retenus contre l'entreprise. A ce sujet, le fait que des décisions de l'Autorité reproduisent des passages entiers des consultations internes empêche la direction juridique d'exercer son rôle. Cela est contre-productif pour la pénétration du droit de la concurrence au sein de l'entreprise.
- Dans son rôle de conseil, les juristes d'entreprise partagent un but commun avec les autorités et les juridictions de contrôle, à savoir la conformité des entreprises au droit de la concurrence. C'est la raison pour laquelle je considère que leur travail doit être protégé.

- Une solution simple, en principe, à mettre en place serait d'insérer dans leurs contrats de travail une clause garantissant qu'un juriste ne peut être sanctionné pour la teneur de son opinion juridique.

La protection de l'analyse juridique de manière générale

- Les débats sur le *legal privilege* sont l'occasion d'avoir une discussion plus large sur la protection des analyses des juristes, y compris celles des avocats. Le déroulement des opérations de visite et saisie (OVS) illustre qu'en pratique les consultations entre les avocats et leurs clients ne sont pas totalement protégées. Pour l'être, elles doivent "être en lien avec "les droits de la défense". Or, ce critère est flou et le contentieux qui en résulte est particulièrement lourd. Les recours OVS contribuent à d'autres problèmes qui sont plus vitaux pour le droit de la concurrence : allongement de la durée de l'enquête, jugement tardif à un moment où le marché a évolué et où les personnes ayant mis en place les pratiques en question ne font plus partie de l'entreprise.
- Les discussions sur la protection des analyses juridiques des juristes d'entreprise pourraient être l'occasion d'avoir un *momentum* de place sur la protection de l'analyse juridique en général.

L'attractivité du programme de clémence

- La volonté de rendre le programme de clémence plus attractif découle du constat (ou de l'impression plutôt) selon lequel de moins en moins de cartels seraient dénoncés. Cela illustre un problème structurel. C'est une position partagée par l'Autorité et la Commission ainsi que par un certain nombre d'avocats et une partie de la doctrine.
- Deux pistes visent à améliorer l'attractivité du programme de clémence :
 - La piste du lanceur d'alerte, qui a été mise en place.
 - L'immunité civile : le 21 novembre 2023, une opinion a été publiée dans Les Échos par le directeur juridique et un ancien vice-président de l'Autorité sur la possibilité d'introduire l'immunité civile pour le demandeur de clémence. Ce dernier ne devra donc rien en termes



de *private enforcement*. Cela pose un problème de fond parce que le seul critère qui va convaincre une entreprise de dénoncer un cartel dont elle fait partie n'est autre que les chances de détection. Or, s'il s'agit du seul critère, les dommages-intérêts sont un jeu à somme nulle.

- D'autres voies sont à explorer afin de mieux accueillir les demandeurs de clémence. Le droit à réparation existe, mais il est limité à l'entreprise.

Les défauts du programme de clémence

- Le programme de clémence peut avoir des effets anticoncurrentiels. Souvent, les demandeurs de clémence sont des leaders sur le marché car ce sont les seuls à avoir les moyens (la connaissance et les ressources financières) pour initier en premier une demande de clémence. Il existe donc une grande barrière à l'entrée car le niveau de sophistication requis pour détecter un cartel en interne ne peut être atteint que par un certain profil d'entreprise.

Stanislas MARTIN

Rapporteur général, Autorité de la concurrence, Paris

La question de la possibilité du *legal privilege* pour les juristes d'entreprise d'un point de vue juridique

- En l'état actuel du droit européen, le *legal privilege* pour les juristes d'entreprise porterait atteinte au principe d'unité du droit de l'Union posé par le Tribunal de l'Union dans l'arrêt *Goldfish* de 2016 concernant le droit à la preuve. Or, les États membres ont des régimes différents, ce qui est contraire à ce principe.
- Un autre débat porte sur le fait de savoir si le *legal privilege* pour les juristes d'entreprise porte atteinte au principe d'effectivité du droit de l'Union (arrêts *VEBIC* (7 décembre 2010) et *Melloni* (26 février 2013)). Ce principe prime sur le principe d'autonomie procédurale des États membres, ce que n'a pas intégré la Cour de cassation belge dans son raisonnement en 2013.
- L'impact de la loi sera d'autant plus important qu'elle est rédigée de façon laxiste. Les notions de juriste d'entreprise et de consultation

de juriste d'entreprise ne sont pas claires. Il faut raisonner de manière dynamique : une fois que les entreprises se seront adaptées à la nouvelle donne, que va-t-il se passer et quel impact cela va-t-il avoir sur l'accès à la preuve ?

La question de la possibilité du *legal privilege* pour les juristes d'entreprise du point de vue de l'opportunité

- Le débat porte sur le fait de savoir si ce que propose la loi française porte atteinte à ce principe d'effectivité. Certains considèrent qu'elle aura un effet positif sur l'effectivité du droit car les juristes pourront mieux faire leur travail, ce qui va engendrer un meilleur respect du droit par les entreprises. D'autres estiment qu'elle aura un effet négatif car les enquêtes et l'accès aux preuves sera plus compliqué. Si ce débat est porté devant la Cour de justice, la France aura des difficultés à justifier le fait d'avoir exclu les matières pénale et fiscale du champ d'application de la loi.
 - À supposer que cette loi ait des effets positifs sur certains domaines du droit, cela ne sera pas le cas pour le droit de la concurrence car les pouvoirs de l'Autorité nationale et de la Commission ne sont pas harmonisés. Au moment où il rédige sa consultation, le juriste ne sait pas laquelle des deux autorités interviendra.
 - Les arguments qui démontrent que la protection des juristes telle que prévue par la loi française n'est pas conforme aux principes d'unité et d'effectivité sont assez solides.
 - Quoi qu'il en soit, le débat sur l'unité et l'effectivité sera porté à Luxembourg, soit parce qu'il y aura un recours en manquement, soit parce qu'un contentieux en saisissant se nouera devant le juge des libertés et de la détention ou le Premier Président de la Cour d'appel, selon les circonstances. L'issue de ce contentieux nécessitera une question préjudicielle.
- #### Un débat à mener de façon globale et au niveau européen
- Il serait possible de réfléchir, en s'inspirant du droit anglo-saxon, à un système de protection des juristes d'entreprise, plus sérieusement encadré que ce qu'envisage la proposition de loi française en l'état. Mais une telle réflexion doit être plus globale,



et devrait porter sur le bon équilibre entre les garanties offertes aux entreprises et les pouvoirs des autorités de concurrence. Dans ce contexte, si on s'inspire du modèle américain des *General Counsel*, il faudrait aussi s'inspirer des pouvoirs des autorités américaines en matière de cartel. En tout état de cause, c'est un débat à mener au niveau européen car, en droit de la concurrence, on ne peut pas raisonner au niveau national.

- Il est ainsi possible de débattre sur l'insuffisance des pouvoirs d'enquête des autorités et des garanties des entreprises afin de trouver un nouvel équilibre, mais au niveau européen.

L'apport des consultations des juristes d'entreprise

- La saisie des avis des juristes d'entreprise permet d'avoir une vision d'ensemble et donne une cohérence aux preuves éparées. Elle facilite l'accès à la preuve.
- Cependant, ce n'est pas parce qu'un juriste peut écrire un avis dans lequel il dit à l'entreprise que ce qu'elle fait est bien ou non qu'il est indépendant.

Les difficultés à la création d'un *legal privilege*, pour les juristes d'entreprise

- Il s'agit d'une question d'encadrement de la profession : la création d'une nouvelle profession réglementée, des règles d'accès, une déontologie, etc.
- Il s'agit aussi et surtout, j'y reviens, d'une question d'équilibre entre les garanties offertes aux entreprises et la capacité des autorités de concurrence à mener leurs enquêtes. Le choix du législateur

français d'exclure le pénal et le fiscal du champ des documents protégés montre bien qu'il redoute – à juste raison - un impact négatif sur l'efficacité des enquêtes.

L'attractivité du programme de clémence

- Les deux aspects de la clémence sont, d'une part, les risques de détection et, d'autre part, le calcul par l'entreprise dénonciatrice de ce qu'elle gagne et ce qu'elle perd dans le cadre du programme de clémence. Ainsi, plus l'Autorité a des moyens juridiques de détection d'un cartel, plus l'incitation à recourir à la clémence sera forte.
- Le dispositif du lanceur d'alerte accroît considérablement le risque de détection pour un cartel et, par conséquent dans le calcul, il accroît également l'incitation à aller en clémence.
- Les critères pris en compte par une entreprise pour décider de recourir ou non au programme de clémence sont :
 - La dispense d'une amende ;
 - Le coût d'un potentiel recours indemnitaire ;
 - Le risque pour le PDG d'aller en prison (qui est aujourd'hui proche de zéro et qui sera une peine avec sursis et non une peine de prison ferme).
- La directive ECN+ prévoit une immunité pénale pour les dirigeants et salariés du demandeur de clémence, ce qui entrerait dans le calcul de la décision d'aller en clémence si un jour un dirigeant était condamné à une peine de prison ferme.



- Si l'on ajoute une immunité civile aux immunités administratives et pénales déjà existantes, le programme de clémence devient très attractif. Ainsi, à première vue, l'immunité civile semble être une bonne idée - même si l'Autorité ne s'est, pour l'heure, pas positionnée.
- Dans ce cadre, le droit des victimes à être indemnisées est important. Pour l'instant, il n'y a pas de texte et les débats ne font que débiter.

L'évolution du contrôle des concentrations

- Le point de départ a été de se questionner sur l'adaptation des seuils au regard des *killer acquisitions*. Les deux outils à disposition de l'Autorité sont l'article 22 et la mobilisation de la jurisprudence *Continental Can* (21 février 1973).
- À propos de l'arrêt *Continental Can*, le Collège l'a estimé caduque du fait de l'adoption du Règlement sur les concentrations. La Cour d'appel de Paris a donc posé la question à la Cour de justice qui a répondu, à l'occasion de son arrêt *Towercast* (16 mars 2023), que l'article 102 était d'effet direct et que, par conséquent, cet arrêt demeurerait parfaitement applicable.
- Entre-temps la Commission, qui était juridiquement d'accord avec les services d'instruction de l'Autorité, a changé sa doctrine sur l'article 22 (ex : *Illumina/Grail*) et accepte désormais les renvois des Etats qui ne sont pas compétents au regard de leur législation nationale. Dans le cadre de l'article 22, la Commission a la maîtrise de l'opportunité ou non du renvoi. Dans le cadre d'une concentration en cours de réalisation et qui produit des

effets paneuropéens, l'Autorité recourt en priorité à l'article 22. Néanmoins, l'arrêt *Continental Can* reste applicable dans plusieurs cas.

- Les prochains débats à mener porteront sur les arrêts *Towercast* (16 mars 2023) - dans lequel l'avocate générale J. Kokott lie logiquement les articles 101 et 102 - et *British American Tobacco* (10 décembre 2002). Dans cet arrêt, la Cour a validé l'application du droit des ententes à une prise de participation minoritaire et, *a fortiori*, à une concentration. Va-t-on le faire en entente ? Le but est ici de traiter des cas sensibles.
- Hormis le cas belge *Proximus*, qui a conduit à l'abandon de l'opération avant son issue, le seul cas connu à ce jour est l'affaire *TDF/Itas* (rachat d'Itas par TDF en 2016) qui est pendante devant la Cour d'appel. Si cette dernière fait le choix de la renvoyer à l'Autorité pour statuer au fond, de multiples questions se poseront. Étant donné que, pour l'heure, les renvois sur le fondement de l'article 22 ou en antitrust sont peu nombreux, il serait prématuré d'élaborer un système qui ne concernerait que des cas exceptionnels dans lesquels les entreprises, en auto-évaluant la situation, seraient capables de détecter un problème potentiel.