VOGEL & VOGEL

Pourquoi les limitations drastiques à la confidentialité avocat-client en droit de la concurrence sont contraires au droit européen et ne peuvent perdurer ?

Joseph Vogel, avocat au barreau de Paris, Vogel & Vogel

La chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu ces derniers mois plusieurs décisions par lesquelles elle maintient une approche très restrictive de la confidentialité avocat-client qu'elle entend limiter strictement à l'exercice des droits de la défense. En d'autres termes, toute l'activité de conseil des avocats n'est pas protégée et ce n'est qu'à partir de l'ouverture d'une procédure que les échanges entre un avocat et son client ne pourront pas être saisis.

La position de la Chambre criminelle n'est certes pas nouvelle. Elle s'inscrit dans un courant de jurisprudence ancien qui entend limiter le secret professionnel avocat-client aux seuls échanges en vue de l'exercice des droits de la défense, à l'exclusion en particulier de l'ensemble de l'activité de consultation des avocats (Cass. crim., 12 mars 1992, n° 91-86.843, Bull. crim., n° 112 ; 5 juil. 1993, n° 93-81.275 ; 7 mars 1994, n° 93-84.931 ; 22 mars 2016, n° 15-83.205 ; n° 93-84.931 ; 25 nov. 2020, n° 19-84.304 ; 25 juin 2024, n° 23-81.491, Rev. Sociétés, 2024, p. 661, obs. H. Matsopoulou).

Cette conception très restrictive de la confidentialité des relations entre un avocat et son client a été rappelée à propos d'opérations de visite et saisie en droit de la concurrence par un arrêt très critiqué du 24 septembre 2024 (Cass. crim., 24 septembre 2024, n° 23-84.244, BRDA, 27/24, 15 ; D. 2024, 1986, obs. B. Chaffois ; Gaz. Pal., 22 oct. 2024, n° GPL469h2, note M. Boissavy ; RPDA, mars 2025, n° RDA100i0, obs. R. Dalmau, « Le secret professionnel des avocats outragé, martyrisé, mais peut-il être libéré ? » ; LEDICO, nov. 2024, n° DDC202r3, note E. Dieny; Rev. Lamy Concurrence, oct. 2024, p. 112; JCP 2024, 1349, p. 1877 et s., obs. H. Matsopoulo ; Droit pénal, nov. 2024, 192, obs. J.-H. Robert ; JCP éd. E, 2024, Aff. 425, obs. P. Wilhelm et E. Dumur ; pour un commentaire général, v. L. Vogel, Plaidoyer pour une protection effective des consultations avocat-client dans les procédures de concurrence, Concurrences, n° 1/2025 et L. et J. Vogel, Les enquêtes de concurrence en France : une dérive inquiétante, Concurrences, n° 3/2025).

L'on pouvait s'attendre à ce que cette position soit revue compte tenu de deux décisions récentes de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme.

En effet, le 26 septembre 2024, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu un arrêt de principe par lequel elle a dit pour droit que l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union garantit nécessairement la confidentialité des consultations juridiques, quel que soit le domaine, tant à l'égard de leur existence que de leur contenu (CJUE, 26 sept. 2024, aff. C-432/23, §§. 49-51; D. 2024, 1986, obs. B. Chaffois ; LEDICO, nov. 2024, n° DDC202q3, obs. L. et J. Vogel; JCP éd. G 2024, prat. 1338, obs. P. Guédon ; Gaz. Pal., 17 déc. 2024, 5, obs. A. Lizop ; v. déjà, CJUE, 8 déc. 2022, aff. C-694/20, Gaz. Pal., 13 juin 2023, n° GPL450r7, obs. A. Andorno). Cette décision de la CJUE aurait logiquement dû mettre fin à l'exclusion de l'activité de conseil du champ de la protection.

L'autonomie procédurale des États membres ne saurait y faire obstacle. En effet, la Charte des droits fondamentaux de l'Union s'applique aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, ce qui concerne la quasi-totalité des procédures diligentées par l'Autorité de la concurrence dans lesquelles sont appliqués de façon quasi systématique à la fois le droit français et le droit européen de la concurrence.

Au-delà, la CJUE retient que cette couverture de l'activité de conseil procède également de l'article 8, §1, de la Convention européenne des droits de l'Homme qui est d'application générale. La Cour européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs elle aussi rappelé dans un arrêt récent le caractère général de la protection des correspondances avocat-client, y compris dans le domaine du conseil (CEDH, 6 juin 2024, n° 36559/19 et 36570/19, Bersheda et Rybolovlev c. Monaco).

De façon surprenante, la Chambre criminelle maintient sa jurisprudence alors qu'il est désormais acquis qu'elle est manifestement

contraire au droit européen.

Dans deux arrêts du 11 mars 2025 rendus à l'occasion de perquisitions et saisies au sein d'un cabinet d'avocat (hors droit de la concurrence), elle considère toujours que les documents qui ne relèvent pas de l'exercice des droits de la défense, bien que couverts par le secret professionnel de l'avocat, sont saisissables (Cass. crim., 11 mars 2025, n° 23-86.260 et 24-82.517).

De la même façon, elle vient de rendre le 3 juin 2025 un nouvel arrêt en matière d'enquêtes lourdes de concurrence (Cass. crim., 3 juin 2025, n° 24-81.304, RPDA, juin 2025, N° RDA100r1, obs. R. Amaro jugeantqu'il résulte de l'article L. 450-4 du code de commerce que le premier président de la Cour d'appel, qui statue sur la régularité des opérations de visite et saisie, ne peut ordonner la restitution des correspondances entre l'entreprise visitée et un avocat en raison de leur confidentialité que si celles-ci ont trait à l'exercice des droits de la défense et précise que la charge de la preuve que des documents ou correspondances couverts par le secret professionnel sont insaisissables, en ce qu'ils ont trait aux droits de la défense, incombe exclusivement à la partie qui conteste leur saisie devant le premier président.

La plus grande partie de la doctrine considère cette position injustifiée (cf. en particulier R. Dalmau, critiquant la position de la Chambre criminelle comme étant à la fois injustifiée et intenable ; B. Chaffois jugeant la sanctuarisation du secret de la défense au détriment du conseil injustifiable et insoutenable à l'aune du droit supranational ; M. Boissavy concluant sur un risque de condamnation de la France en raison d'une jurisprudence contraire aux droits tant de l'Union que de la Convention européenne des droits de l'Homme ; A. Lizop, estimant difficile le maintien de la jurisprudence de la Chambre criminelle compte tenu de sa contrariété à la fois à la Charte de l'Union et à la CEDH ; P. Wilhelm et E. Dumur, préc. ; M. Seve, J. Sengupta et D. Apelbaum, JCP éd. E, Aff. 961, 12 déc. 2024 ; K. Bourgatchev et N. Morin, Gaz. Pal., 5 nov. 2024, p. 1 ; contra : A. Marie, RLC 2024, 4812 ; W. Chaieloudj, RLC 2024, 4789).

Cette négation du droit européen apparaît anormale et infondée d'un point de vue juridique (I) et ne trouve aucune justification dans l'efficacité du droit de la concurrence qu'elle prétend servir (II).

I. Une négation anormale et infondée du droit européen

A. La contrariété de la restriction de la confidentialité avocat-client au droit européen

a) La contrariété aux articles 7 et 47, paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne applicable aux enquêtes de concurrence en vertu de l'article 3, paragraphe 1 de la directive ECN+

L'exclusion de l'ensemble de l'activité de conseil des avocats du périmètre de protection de la confidentialité avocat-client est indéniablement contraire au droit de l'Union européenne.

En vertu de l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive ECN+ (directive UE 2019/1 du 11 décembre 2018, JOUE, 14 janv. 2019, L 11/3), toutes les procédures menées par les autorités nationales de concurrence des États membres mettant en œuvre le droit européen des ententes ou des abus de position dominante doivent être conformes à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en ce compris l'exercice des pouvoirs d'enquête en matière d'inspection de locaux, de demandes de renseignements ou d'auditions. La directive aurait dû être transposée au plus tard le 4 février 2021 et à défaut s'impose en tout état de cause aux autorités de concurrence des États membres. Par conséquent, les garanties de la Charte relatives au respect des communications de toute personne prévues à son article 7 ainsi que le droit de se faire conseiller, défendre et représenter prévu par l'article 47, alinéa 2, s'appliquent pleinement aux enquêtes de concurrence et donc aux OVS sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce menées pour établir des infractions aux articles 101 et 102 du TFUE.

Or, la Cour de justice de l'Union a rendu le 6 septembre 2024 un arrêt Ordre des avocats du barreau du Luxembourg c/ Administration des contributions directes sur le fondement de l'article 7 de la Charte dans lequel elle a dit pour droit que :

- la protection de la confidentialité des correspondances entre un avocat et son client « recouvre non seulement l'activité de défense, mais également la consultation juridique » ;

- le secret de la consultation juridique est garanti « tant à l'égard de son contenu que de son existence » ;

- les « personnes qui consultent un avocat peuvent raisonnablement s'attendre à ce que leurs communications demeurent privées et confidentielles ».

Il est donc contraire au droit de l'Union de vouloir restreindre par principe le secret avocat-client aux seuls échanges en vue de la défense.

Une telle restriction n'est pas seulement infondée en cas d'application du droit européen mais, de façon générale, en raison de sa contrariété avec la Convention européenne des droits de l'Homme.

b) La contrariété à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme

Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme que l'article 8, §1, CEDH protège la confidentialité de toute correspondance entre individus et accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients. Il résulte de nombreux arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme que cette protection recouvre non seulement l'activité de défense, mais également le conseil. La Cour eu-

ropéenne des droits de l'Homme vient de rappeler dans son arrêt du 6 juin 2024, Bersheda, « qu'en vertu de l'article 8 de la Convention, la correspondance entre un avocat et son client et d'une manière générale toutes les formes et échanges entre eux, quelle qu'en soit la finalité, jouit d'un statut privilégié quant à la confidentialité » (CEDH, 6 juin 2024, n° 36559/19 et 36 570/19. V. déjà auparavant, dans le même sens, CEDH, 3 sept. 2015, Servulo & Asociados, § 77 ; 16 déc. 1992, Niemietz c. Allemagne, § 32 ; 25 mars 1992, Campbell c. Royaume-Uni, §§ 46-48). Par ailleurs, la CJUE a expressément rappelé dans son arrêt du 6 septembre 2024 qu'il « ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme que l'article 8, §1er, CEDH protège la confidentialité de toute correspondance entre individus et accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients », étant précisé, selon la Cour, que la protection liée à cette disposition « recouvre non seulement l'activité de défense, mais également la consultation juridique ». Au regard de ces deux décisions récentes des cours suprêmes européennes, il apparaît donc impossible de limiter la confidentialité aux seuls besoins de la défense.

B. L'absence de tout fondement juridique de la solution retenue

a) Au regard des limitations possibles d'un droit garanti par le droit européen

Les tenants de la limitation de la confidentialité avocat-client font valoir comme argument principal qu'elle ne constituerait pas un droit absolu, mais seulement un droit garanti pouvant faire l'objet de limitations tant au regard de la Charte que de la CEDH. S'il est vrai qu'un droit garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou par la Convention européenne des droits de l'Homme peut faire l'objet de certaines limitations, celles-ci sont soumises à des conditions rigoureuses dont aucune n'est remplie en l'espèce alors qu'elles devraient être réunies cumulativement.

En vertu de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, toute limitation à la confidentialité doit répondre à quatre conditions cumulatives :

- elle doit être prévue par la loi ;

- elle doit respecter le contenu essentiel du droit concerné ;

- elle doit respecter le principe de proportionnalité ;

- et elle doit être nécessaire à un objectif d'intérêt général.

La jurisprudence mettant en œuvre la Convention européenne des droits de l'Homme applique les mêmes principes.

• Sur l'absence de prévision par la loi

Aucune loi française ne prévoit de restriction quant à l'étendue du secret des correspondances qu'elle limiterait aux correspondances échangées en vue de l'exercice des droits de la défense. L'article L. 450-4 du code de commerce autorise les opérations de visite et saisie des autorités de concurrence, mais c'est sous réserve du respect de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 qui protège le secret professionnel « en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense » et couvre expressément « les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci» ainsi que de façon générale « les correspondances échangées entre le client et son avocat ». La loi française codifiée et accessible à tout justiciable n'autorise donc pas les limites posées par la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Or, cette jurisprudence ne peut certainement pas être assimilée à une loi au sens de la Charte ou de la CEDH. Il est douteux qu'il puisse être considéré qu'elle constitue une « disposition contraignante de portée générale » tel que le requiert la CEDH (CEDH, 15 mars 2017, Al Chodar), étant précisé « qu'une jurisprudence établie… ne saurait suffire ».

L'absence de qualification de loi au sens de la Charte ou de la CEDH de cette jurisprudence est d'autant plus évidente qu'il s'agit d'une jurisprudence *contra legem* puisqu'elle contredit frontalement le texte explicite et dénué de toute ambiguïté de l'article 66-5 de la loi de 1971 qui dit clairement pour droit qu'en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou de la défense, toutes les consultations et toutes les correspondances avocat-client sont protégées par le secret professionnel.

Enfin, cette jurisprudence répond encore moins à la qualification de loi qu'elle est contredite par une jurisprudence en sens contraire de la 1ère Chambre civile, de la 2è Chambre civile et de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. En effet, la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation juge de manière constante que l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 ne comporte « aucune exception » (Cass. civ. 1ère, 4 févr. 2003, n° 00-10.057 ; 10 févr. 2004, n° 02-10 283 ; 7 déc. 2004, n° 02-16.652 ; 13 nov. 2005, n° 02.253). La 2è chambre civile considère également qu' « en toute matière, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci et les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel » (Cass. civ. 2è, 7 nov. 1994, n° 92-17.799). La chambre commerciale de la Cour de cassation a toujours estimé que l'article 66-5 de la loi de 1971 protège la confidentialité avocat-client « en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense » (Cass. com., 3 mai 202, n° 11-14.008 ; 26 nov. 2013, n° 12-27.162 ; 6 déc. 2016, n° 15-14.554, à propos de factures d'honoraires jointes à des courriers d'envoi par un avocat, dans le cadre de perquisitions fiscales). La jurisprudence *contra legem* de la Chambre criminelle ap-

paraît donc en contradiction avec celle des autres chambres de la Cour de cassation qui s'en tiennent au respect du texte garantissant la confidentialité avocat-client en tous domaines.

• L'atteinte au contenu essentiel du droit protégé

En droit de la concurrence, l'essentiel de l'activité des avocats est une activité de conseil. Pour un avocat expérimenté, ayant 20, 30 ou 40 ans de barreau, voire plus, il peut s'écouler 20, 30 ou 40 ans avant que l'un de ses clients ne fasse l'objet d'une enquête. L'Autorité de la concurrence ne traite qu'un nombre limité d'affaires de pratiques anticoncurrentielles par an alors que des centaines d'avocats exercent une activité de droit de la concurrence. Refuser de reconnaître le secret professionnel de l'activité de conseil des avocats et le limiter à l'activité contentieuse en vue de la défense dans des procédures administratives porte atteinte à l'essentiel du droit protégé, comme la CJUE l'a d'ailleurs jugé dans l'affaire fiscale luxembourgeoise à propos du conseil en droit fiscal. Plus généralement, cette position revient à exclure du secret professionnel une activité dont la loi de 1971 réserve aux avocats le monopole et à exclure de la protection la quasi-totalité du droit de compliance qui vise principalement à prévenir des infractions et relève essentiellement de l'activité de conseil des avocats.

Plus largement, c'est toute l'activité de conseil des avocats dans tous les domaines qui se trouve entravée par la restriction de la confidentialité en vue de la défense. En effet, l'avocat ne pourra pas pleinement conseiller son client. S'il lui écrit que l'action qu'il envisage constitue une infraction, voire présente un risque au regard du droit, son conseil risque d'être utilisé contre son client en cas de perquisition et de fonder une condamnation.

• Le défaut de proportionnalité

Une suppression totale d'une part essentielle de l'activité des avocats apparaît disproportionnée alors que la confidentialité des échanges avocat-client ne fait aucunement obstacle aux pouvoirs de saisie de l'ensemble des emails ou fichiers de l'entreprise. Ceux-ci pouvaient représenter, lors des OVS récentes, plusieurs millions de documents, ce qui paraît amplement suffisants à l'exercice des mesures d'investigation des autorités de concurrence et à la démonstration des infractions recherchées.

• L'absence de nécessité

Enfin, il apparaît que la violation du secret avocat-client pour l'ensemble de l'activité de conseil des avocats n'est absolument pas nécessaire au respect du droit de la concurrence ou à la détection des infractions. Les autorités de concurrence disposent de pouvoirs considérables qui leur permettent de détecter, prévenir et sanctionner les atteintes à la concurrence sans qu'il soit besoin d'abroger la totalité du secret professionnel du conseil. Elles peuvent déclencher à tout moment sans la moindre autorisation judiciaire des enquêtes inopinées dans les entreprises leur permettant d'interroger leurs salariés et de résumer leurs déclarations sans enregistrement audiovisuel dans des procès-verbaux rédigés par les enquêteurs ni possibilité pour les personnes interrogées de contester l'absence d'information effective sur l'objet de l'enquête dès lors qu'il est présumé leur avoir été communiqué par le biais d'une mention prérédigée non contrôlable et non contrôlée. Aucune notification du droit au silence n'est requise même si ces déclarations sont ensuite utilisées pour poursuivre et condamner les entreprises à des amendes de nature quasi pénale, ou les personnes ayant effectué les déclarations ou remis les documents à des peines d'emprisonnement et d'amendes pénales. Le fait qu'un refus de réponse ou de fourniture de documents puisse être sanctionné par des peines d'obstruction de nature quasi pénale pour les entreprises et de nature pénale pour les personnes physiques n'entraîne en outre aucune protection par rapport au droit de ne pas s'auto-incriminer. Des demandes d'information portant sur des dizaines de milliers de documents peuvent être effectuées dans le cadre de ces enquêtes. Aucun recours effectif, c'est-à-dire immédiat et autonome devant une juridiction, n'est actuellement prévu contre ces enquêtes simples. Les pouvoirs d'enquête non soumis à autorisation judiciaire des autorités de concurrence n'ont cessé d'être élargis et renforcés au cours des dernières années et leur donnent désormais également accès aux fadettes téléphoniques.

De même, ces autorités peuvent obtenir très facilement, sur la base de simples présomptions, des autorisations de perquisition au sein des entreprises et des domiciles des salariés dont il est quasiment impossible d'obtenir l'annulation tant la notion de présomption de pratiques anticoncurrentielles est interprétée largement. Il n'est pas requis que les indices retenus soient précis, graves et concordants. En pratique, tout alignement de comportements sur un marché quelconque peut justifier une perquisition même s'il résulte du jeu du marché. L'usage des ordonnances prérédigées par l'administration ne conduit pas à un contrôle très approfondi de la motivation et des pièces fournies, comme l'illustre la signature d'OVS dans le secteur des stations d'épuration alors que la requête les sollicitait dans celui des produits sanguins (Aix-en-Provence, 28 oct. 2009, RG 08/20572).

Enfin, les autorités de concurrence sont alimentées régulièrement en preuves détaillées d'infractions par des demandes de clémence de plus en plus nombreuses. Le président de l'Autorité de la concurrence a ainsi récemment indiqué que « L'Autorité de la concurrence a reçu six demandes de clémence en 2023 et déjà dix demandes de clémence au premier semestre 2024, contre une moyenne de deux

demandes par an sur la période 2020-2022 » (intervention de Benoît Coeuré lors du Colloque de la Cour de cassation du 20 décembre 2024 sur le renouveau du droit pénal de la concurrence). Lorsque l'on sait que l'Autorité a rendu six décisions en matière d'ententes en 2024, le flux de clémences sur un seul semestre dépasse sa capacité annuelle de traitement.

Enfin, l'Autorité de la concurrence n'hésite pas à recourir de plus en plus fréquemment à des signalements au Parquet qui lui permettent d'obtenir l'ouverture d'instructions pénales et la mise en œuvre de prérogatives pénales prévoyant des garanties procédurales bien moindres que celles reconnues en droit commun de la concurrence.

En réalité, les nécessités de l'application du droit de la concurrence ne justifient pas de supprimer en quasi-totalité un droit garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par la Convention européenne des droits de l'Homme.

La suppression d'une part essentielle de la confidentialité avocat-client apparaît d'autant moins nécessaire et justifiée par une raison d'intérêt général qu'elle est même contraire à une bonne application du droit de la concurrence. En effet, l'activité de consultation des avocats a pour objet d'informer les clients sur les infractions à ne pas commettre et à mettre en œuvre une politique de conformité visant à former au droit de la concurrence, à prévenir les pratiques anticoncurrentielles et en cas de détection d'une comportement contraire aux règles, à inviter l'entreprise à y mettre fin le plus rapidement possible. Si les conseils des avocats identifiant une infraction et recommandant d'y mettre fin peuvent être saisis parce qu'ils relèvent de l'activité de conseil non protégée par le secret professionnel, les avocats se trouvent de fait empêchés de donner à leurs clients des conseils en vue d'appliquer le droit de la concurrence sous peine de voir leurs conseils utilisés comme preuve de pratiques anti-concurrentielles passées.

b) Au regard des autres arguments généralement opposés par les adversaires du secret professionnel avocat-client

Les partisans de la restriction de la confidentialité avocat-client aux seuls échanges en vue des droits de la défense avancent plusieurs arguments : la jurisprudence européenne en matière d'enquêtes ne protégerait que les communications avocat-client pour les besoins de la défense ; il aurait déjà été jugé en droit européen conventionnel que le droit français des enquêtes excluant la protection de l'activité de consultation des avocats serait parfaitement conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme ; les jurisprudences récentes de la CJUE ou de la CEDH invoquées en faveur de la confidentialité auraient été rendues dans un cadre différent non applicable ou transposable aux enquêtes de concurrence ou correspondraient à des situations exceptionnelles non identiques à l'application beaucoup plus raisonnable des enquêtes menées au titre de l'article L. 450-4 du code de commerce. Ces différents arguments nous semble dénués de fondement.

• L'invocation et l'interprétation d'une jurisprudence européenne datée pour tenter d'accréditer l'idée que l'exclusion de l'activité de consultation serait conforme au droit européen

Les arrêts européens rendus à propos de la confidentialité avocat-client dans le cadre de l'application du droit de la concurrence dans les années 1980 ont commencé par la reconnaître dans le domaine des droits de la défense. Il a ainsi été considéré que la protection de la confidentialité avocat-client devait couvrir « de plein droit toute correspondance échangée après l'ouverture de la procédure administrative, en vertu du règlement 17/62, susceptible d'aboutir à une décision d'application des articles 85 et 86 du Traité ou à une décision infligeant à l'entreprise une sanction pécuniaire ». Mais la protection accordée par le droit européen était déjà à l'époque beaucoup plus étendue que les seuls besoins de la défense tels qu'entendus actuellement par la jurisprudence de la Chambre criminelle et la pratique de l'ADLC, puisqu'elle considérait que la protection devait « pouvoir être étendue également à la correspondance antérieure ayant un lien de connexité avec l'objet d'une telle procédure » (CJCE, 18 mai 1982, AM & S Europe Ltd C. Commission, aff. 155/79, Rec. 1982, p. 01575, § 23). De même, la jurisprudence européenne a étendu la protection aux documents préparatoires élaborés par l'entreprise « exclusivement aux fins de demander un avis juridique à un avocat » même « s'ils n'ont pas été échangés avec un avocat ou n'ont pas été créés pour être transmis matériellement à un avocat » (TPICE, 17 sept. 2007, 1èr ch. élargie, aff. T-125/03 et T-253/03, Akzo Nobel, § 123).

Ces arrêts anciens ne sauraient être invoqués pour tenter de limiter aujourd'hui la confidentialité avocat-client aux seuls besoins de la défense. Ils offraient une protection plus large que celle résultant de la jurisprudence de la Chambre criminelle mais ne correspondent plus au droit positif européen. Ils ont en effet été rendus sur la base de textes en vigueur à l'époque, en l'espèce le règlement n° 17/62 tel qu'interprété à la lumière des droits nationaux à cette date. Les textes applicables aujourd'hui, à savoir la directive ECN+, directement invocable, car devant être transposée au plus tard le 4 février 2021, et la Charte des droits fondamentaux de l'Union, entrée en vigueur le 1er décembre 2009, tels qu'interprétée actuellement par la Cour de justice, consacrent désormais un droit à la confidentialité en toutes matières, y compris dans le domaine du conseil.

La Cour de justice a clairement dit

pour droit dans son arrêt du 26 septembre 2024 qu'une « consultation juridique bénéficie quel que soit le domaine du droit sur lequel elle porte de la protection renforcée garantie par l'article 7 de la Charte » (CJUE, 24 septembre 2024, aff. C-423/23, pt. 51). La Cour le justifie en indiquant que l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union garantit le secret de la consultation juridique « tant à l'égard de son contenu que de son existence » et que les « personnes qui consultent un avocat peuvent raisonnablement s'attendre à ce que leurs communications demeurent privées et confidentielles ».

Il est donc impossible de se prévaloir d'une quelconque décision antérieure à l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacrant la couverture de l'activité de conseil des avocats par le secret professionnel, telle qu'interprétée très récemment par la Cour de justice, pour tenter de l'exclure de la protection.

• L'invocation d'une jurisprudence ancienne de la CEDH ne s'étant pas prononcée sur le périmètre de la confidentialité et rendue dans un contexte différent en droit et en fait pour tenter d'accréditer l'idée que l'exclusion de l'activité de consultation par la jurisprudence de la Chambre criminelle serait conforme au droit européen

Il a été avancé que le régime français des enquêtes (limitant pourtant la confidentialité avocat-client aux seuls besoins de la défense après l'ouverture d'une procédure) ne serait pas contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (A. Marie, RLC 4812, déc. 2024, p. 43 et s. se fondant sur les arrêts Vinci Construction et Janssen Cilag).

Dans le cadre des contentieux devant les premiers présidents, trois arrêts de la CEDH sont ainsi généralement invoqués pour tenter de justifier l'allégation selon laquelle l'exclusion du conseil du champ de la confidentialité ne serait pas contraire à la jurisprudence de la CEDH : les arrêts Canal + en date du 21 décembre 2010 (CEDH, n° 29408/08), Vinci Construction et GTM en date du 2 avril 2015 (CEDH, n° 63629 et 60567/10) et Janssen Cilag en date du 21 mars 2017 (CEDH, n° 33931/12). Un examen de ces trois décisions montre en réalité que la CEDH n'a jamais validé l'exclusion de la totalité de l'activité de consultation des avocats du périmètre de la confidentialité.

L'arrêt Canal + du 21 décembre 2010 ne s'est pas prononcé sur l'étendue de la confidentialité avocat-client. La question en débat dans cette affaire était de savoir si l'article L. 450-4 du code de commerce, dans sa version en vigueur à l'époque, était conforme au droit à un recours effectif contre l'autorisation et le déroulement des OVS. La CEDH a répondu par la négative car l'article L. 450-4 ne prévoyait qu'un pourvoi en cassation contre l'ordonnance d'autorisation et la France a été condamnée de ce fait. Le fait qu'il existait à l'époque un recours devant le JLD contre le déroulement des OVS a été jugé conforme au droit à un recours effectif, mais la question du périmètre de la confidentialité avocat-client n'a pas été soumise à la CEDH. Il n'est donc pas possible de faire dire à cet arrêt qu'il s'est prononcé sur une question qui ne lui a pas été posée.

De même, l'arrêt Vinci/GTM de 2015 est sans portée par rapport aux griefs adressés actuellement à la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation et à la pratique des enquêtes de l'ADLC :

- dans cette affaire, les requérantes ne mettaient pas en cause le défaut de base légale des mesures mises en œuvre (§ 71 in fine de l'arrêt de la CEDH ;

- or, ce défaut de base légale résulte d'une contrariété avec l'article 66-5 de la loi de 1971, non invoqué devant la CEDH et non examiné par elle ;

- la base légale a été appréciée au regard de l'article L. 450-4 du Code de commerce combiné avec l'article 56 du code de procédure pénale alors que l'article 56 de ce code n'est pas applicable aux enquêtes de concurrence ;

- la CEDH n'a pas statué dans son arrêt sur le périmètre de la confidentialité ;

- la CEDH a toujours raisonné globalement dans son arrêt sur la « confidentialité attachée aux relations entre un avocat et son client » § 77) sans faire de distinction ;

- la DGCCRF elle-même avait indiqué dans ses conclusions devant le JLD ne « pas s'opposer à la restitution des pièces couvertes ainsi par le secret professionnel » sans faire de distinction ;

- et la France a finalement été condamnée pour ne pas avoir garanti la protection de la confidentialité avocat-client parce que le JLD saisi de la contestation sur « la confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client », « tout en envisageant la présence d'une correspondance émanant d'un avocat parmi les documents retenus par les enquêteurs », n'a pas procédé au contrôle concret qui s'imposait à lui.

Par conséquent, il est impossible de faire dire à cet arrêt qu'il aurait validé l'exclusion de l'activité de conseil des avocats du périmètre de la confidentialité alors que la CEDH ne fait pas mention de cette distinction, raisonne de façon globale et indifférenciée en matière de correspondances avocat-client et a condamné la France. Il est par ailleurs impossible d'en tirer la moindre conclusion quant au défaut de base légale de la jurisprudence de la Chambre criminelle puisque celui-ci n'a pas été invoqué par les requérants, pas plus que le caractère contra legem de la jurisprudence de la Chambre criminelle par rapport à l'article 66-5 de la loi de 1971.

Il en va de même de la décision Janssen Cilag, qui n'a aucunement

pris position sur l'exclusion de l'activité consultative des avocats du périmètre de la protection :

- la société requérante ne se plaignait pas spécifiquement de la saisie de consultations ou de documents relevant de l'activité de conseil (§ 14) ;

- trois avocats étaient présents et ont pu discuter de l'opportunité de la saisie des documents de façon générale (§ 21, contrairement à la pratique actuelle de l'ADLC) ;

- la CEDH constate que la requérante n'a fait valoir concrètement aucune saisie d'un quelconque document protégé : le JLD a « relevé l'absence de toute identification précise, par la société requérante, d'un document protégé ou même d'indication sur le nombre de documents protégés » (§ 22) ;

- et la requérante n'a pas saisi le juge « d'allégations selon lesquelles des documents, précisément identifiés par elle, auraient été appréhendés à tort » (§ 23).

Il apparaît également impossible de faire dire à cet arrêt qu'il aurait validé l'exclusion du périmètre de la confidentialité de l'activité de conseil des avocats.

Au-delà du fait que la CEDH n'a jamais jugé que la pratique française d'exclusion de la confidentialité de l'activité de conseil des avocats serait conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme, le fait de vouloir interpréter *ex post* des arrêts anciens de la Cour en tentant de leur conférer une portée qu'ils n'ont pas apparaît complètement infondé, d'autant plus que la CEDH a rendu depuis de nombreuses décisions dans lesquelles elle a dit pour droit que la confidentialité avocat-client constituait un tout et protégeait toute l'activité des avocats, tant la défense que le conseil.

Dans son arrêt SABER contre Norvège (CEDH, 17 déc. 2020, requ. n°459/18, pt. 51), la Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé « qu'il est manifestement dans l'intérêt général que toute personne qui souhaite consulter un avocat soit libre de le faire dans des conditions qui favorisent une discussion pleine et entière et que c'est pour cette raison que la relation entre l'avocat et son client est, en principe, privilégiée ».

Elle n'a pas limité cette considération aux seules questions relatives aux litiges en cours et a souligné que, « que ce soit dans le cadre de l'assistance pour un litige civil ou pénal, ou dans le cadre de la recherche d'un conseil juridique général, les personnes qui consultent un avocat peuvent raisonnablement s'attendre à ce que leur communication soit privée et confidentielle ».

Les arrêts de la CEDH qui protègent la confidentialité des communications avocat-client de façon générale, quel que soit leur contenu ou leur forme, sont nombreux (CEDH, 24 août 2018, Laurent c. France, requ. n° 28798/13, § 35 ; 16 mars 2021, Servulo, § 77 ; Niemietz c. Allemagne, 16 déc. 1994, § 32 ; Campbell c. Royaume-Uni, 25 mars 1992, §§ 46-48).

La CEDH a encore rappelé récemment dans son arrêt Bersheda qu' « en vertu de l'article 8 de la Convention, la correspondance entre un avocat et son client, et d'une manière générale toutes les formes d'échanges entre eux, quelle qu'en soit la finalité jouit d'un statut privilégié quant à sa confidentialité » (CEDH, 6 juin 2027, n°365597/14 et 365707/19, § 74). Il n'est donc pas possible de considérer que la CEDH aurait validé la restriction de la confidentialité avocat-client aux seuls échanges relevant de l'exercice des droits de la défense.

• La tentative de dénaturation de jurisprudences récentes à vocation générale en vue de les cantonner à un cas d'espèce

L'argument ultime des adversaires de la confidentialité pour tenter de réfuter la contrariété manifeste de la jurisprudence de la Chambre criminelle à celle de la CJUE consiste à faire valoir que la décision de la CJUE rendue dans l'affaire luxembourgeoise aurait concerné un cas exceptionnel dans le cadre duquel la « disposition législative luxembourgeoise soustrayait quasi intégralement à la protection des correspondances avocat-client la totalité d'une branche du droit et conduisait de ce fait à vider cette protection de sa substance même dans cette branche du droit » , et même des « éléments étrangers au droit fiscal » (RLC 4812 préc., p. 47) et que « la loi française n'exclut pas d'emblée la protection des documents en cause » et prévoit un contrôle des visites par le juge.

Malheureusement pour les adversaires de la confidentialité, la situation est exactement la même en matière d'OVS de concurrence. Selon l'ADLC, tous les documents peuvent faire l'objet des OVS. Un tri est fait ensuite de façon unilatérale par les enquêteurs qui n'excluent de la saisie que les échanges avocats-clients pour les besoins de la défense, et selon les services d'instruction en outre uniquement en matière de droit de la concurrence. Toutes les autres correspondances et consultations antérieures à l'ouverture d'une procédure ne sont pas protégées. Les documents non protégés sont donc exactement les mêmes que ceux visés dans l'affaire luxembourgeoise.

C'est la totalité de la branche du droit activité de conseil en droit de la concurrence et de toutes les autres branches du droit activités de conseil en général qui sont exclues de la protection. En particulier, la quasi-totalité du droit de la compliance qui constitue une branche considérable du droit moderne et fait l'objet d'un code entier et d'ouvrages de doctrine substantiels est exclue de la protection (l'ouvrage de base de Lefebvre Dalloz sur la Compliance, 2025-2026, comporte à lui seul 1 188 pages). Le contrôle du juge est, comme dans l'affaire luxembourgeoise, postérieur et totalement inutile puisque la jurisprudence *contra legem* de la Chambre criminelle de la Cour de cassation lui interdit de remettre en cause la saisie de docu-

ments ne relevant pas des besoins de la défense.

II. L'absence de toute justification en opportunité

A. La prétendue opposition entre l'efficacité du droit de la concurrence et le secret professionnel avocat-client

Les partisans de la réduction de la confidentialité avocat-client à quasiment rien font généralement valoir qu'elle serait nécessaire à l'efficacité du droit de la concurrence et qu'en tout état de cause la protection de la confidentialité serait trop compliquée, voire impossible, à mettre en œuvre en pratique. Ces deux allégations sont infondées.

a) Sur l'allégation selon laquelle la restriction de la confidentialité avocat-client serait nécessaire à l'efficacité du droit de la concurrence

La première objection que l'on peut opposer aux adversaires de la confidentialité consiste à affirmer que celle-ci est consubstantielle d'un État de droit et inhérente à celui-ci. Sous couvert d'efficacité, il n'est tout simplement pas possible d'abroger en quasi-totalité les droits de la défense et la confidentialité. Dans la conception occidentale du droit, comme le rappelle l'article 16 la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée… n'a point de constitution ».

En deuxième lieu, comme cela a déjà été amplement démontré ci-dessus au I. B. a), l'efficacité du droit de la concurrence ne nécessite en aucun cas de supprimer la quasi-totalité de la confidentialité avocat-client.

b) Sur l'allégation selon laquelle la protection effective de la confidentialité serait trop fastidieuse ou impossible à organiser en pratique

Lors des plaidoiries devant les premiers présidents, les représentants de l'Autorité de la concurrence font parfois valoir pour tenter de justifier leur position qu'il serait trop fastidieux, voire impossible d'organiser la protection de la confidentialité avocat-client d'un point de vue pratique.

Cet argument est à la fois intenable et infondé. On ne saurait justifier tout d'abord la violation d'un droit garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union et par la Convention européenne des droits de l'Homme sous prétexte de difficultés d'organisation. Ensuite, l'argument est dénué de tout fondement. La mise en œuvre en pratique du respect réel de la confidentialité avocat-client ne pose aucun problème.

La pratique des tribunaux consulaires en matière de tri des pièces à la suite d'une mesure probatoire au titre de l'article 145 du CPC constitue un exemple de ce qui pourrait être fait pour concilier la sécurisation des preuves et le respect des droits. Les pièces saisies sont d'abord séquestrées chez un commissaire de justice. Les avocats des parties opèrent ensuite un tri en se mettant d'accord sur les pièces à écarter parce qu'elles relèvent du secret professionnel ou doivent être caviardées pour protéger de secrets d'affaires et le juge n'a à trancher que les différends résiduels que l'intervention des avocats n'a pas permis de résoudre.

Le droit comparé confirme qu'il existe des solutions pragmatiques permettant de concilier la recherche de preuves par les autorités de concurrence et le respect des droits des entreprises (cf. par exemple, la procédure de protection des correspondances privilégiées devant l'Autorité belge de la concurrence).

Enfin, les propositions de loi relatives à la confidentialité des avis des juristes d'entreprises ont également prévu une procédure de contrôle dont l'on pourrait s'inspirer. Il existe donc des possibilités d'organiser de façon satisfaisante le respect de la confidentialité sans entraver les processus d'enquête.

B. Les effets contre-productifs de la négation de la confidentialité avocat-client

a) La défiance envers l'action des autorités administratives générant un contentieux qui pourrait être évité si le droit était respecté

Le respect du secret professionnel ne garantit pas seulement les droits des parties et l'exercice de la mission de avocats, il renforce la légitimité de l'État et de ses administrations en acceptant cette limite à l'exercice de leur pouvoir et le sentiment d'adhésion qu'il inspire à tous (cf. A. Lizop, obs. sous CJUE, 26 sept. 2024, Gaz. Pal., 17 déc. 2024, p. 5). *A contrario*, la négation actuelle du secret professionnel résultant de l'exclusion de l'ensemble des activités des avocats hormis celles effectuées après l'ouverture d'une procédure, et la prise de connaissance possible même de cette partie résiduelle par les enquêteurs lors de la saisie des fichiers puis lors du tri des pièces, va à l'encontre de cette légitimité, n'est pas acceptable et n'est d'ailleurs pas acceptée, que ce soit par les entreprises ou par l'ensemble des avocats.

Le non-respect permanent du secret professionnel qui a lieu actuellement lors de chaque enquête de concurrence conduit à jeter le discrédit sur l'ensemble de l'activité de ces autorités. Comment peut-on attendre des justiciables qu'ils fassent pleinement confiance au processus de décision de ces autorités si les procédures qu'elles mettent en œuvre ne respectent pas les droits fondamentaux ? L'efficacité de la politique de concurrence implique au contraire que celles-ci bénéficient de la confiance des opérateurs.

La permanence et la multiplication des recours contre le déroulement des opérations d'enquête, même si les chances de contester le non-respect de la confidentialité sont quasiment nulles au regard de la jurisprudence de la Chambre criminelle, traduisent l'absence d'acceptation par la société civile

du non-respect manifeste et répété de ses droits fondamentaux. Ces contestations ne s'arrêteront que lorsque les droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union et par la Convention européenne des droits de l'Homme seront respectés. La situation de non-respect du droit conduit ainsi à multiplier les contentieux devant les premiers présidents des cours d'appel et devant la Chambre criminelle en retardant d'autant l'instruction des dossiers alors que le simple respect du droit permettrait de les éviter et d'accélérer des procédures dont la durée actuelle est bien trop longue.

b) La négation du rôle des avocats en matière de conformité

Au-delà de ces multiples inconvénients et effets pervers, l'absence de garantie de la confidentialité de l'ensemble de l'activité de conseil des avocats constitue un frein au développement de la compliance alors que celle-ci permet de prévenir d'éventuelles infractions. La mise en œuvre de la compliance est déjà entravée par l'absence de confidentialité des avis des juristes d'entreprise envers leurs clients internes puisque leurs avis pourraient servir de preuve d'infractions en cas de procédure. Mais le même effet pervers existe du fait de l'absence de confidentialité des consultations des avocats. Un avis juridique conseillant de mettre fin à une pratique ou de la modifier en raison de sa non-conformité au droit de la concurrence, voire simplement d'un risque éventuel au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles, peut servir de la même façon de preuve d'infraction alors que son objet est d'éviter que des infractions ne soient commises ou poursuivies. Le refus de la confidentialité des consultations conduit à empêcher la prévention des infractions et le respect du droit. Toute l'efficacité de la politique de conformité se trouve ainsi entravée par l'absence de protection de la confidentialité de l'activité de conseil des avocats.

Que faire ?

La situation actuelle n'est pas satisfaisante. Le secret professionnel avocat-client affirmé dans les textes n'est pas suffisamment protégé en France.

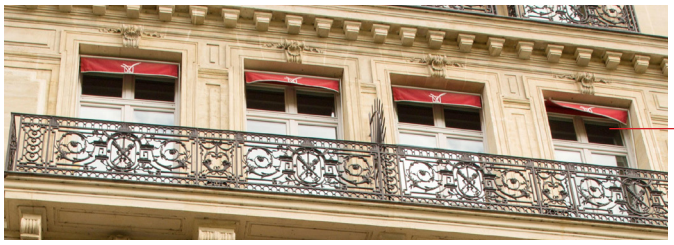
Les seules correspondances ne pouvant être saisies sont celles échangées pour les besoins de la défense, c'est-à-dire après l'ouverture d'une procédure. Ces correspondances ne sont elles-mêmes pas réellement protégées. Lors de l'ouverture des scellés fermés provisoires (SFP) qui peut s'étaler sur plusieurs jours en pratique, des équipes de rapporteurs (pouvant comprendre des rapporteurs en charge de l'instruction) peuvent prendre connaissance du contenu de l'ensemble des échanges avocat-client sous couvert de vérification de leur classement en correspondances saisissables ou non. L'ouverture du SFP se transforme ainsi en séance de lecture plus ou moins longue des correspondances avocat-client, les avocats, réduits à un rôle de spectateurs, étant totalement exclus de cette lecture et n'ayant pas leur mot à dire selon la pratique actuelle des agents de l'Autorité. On est bien loin de la protection de la confidentialité reconnue par la jurisprudence européenne à partir des années 2000 : les juridictions européennes considéraient dès cette époque que « la prise de connaissance par la Commission du contenu d'un document confidentiel constitue en elle-même une violation » de la confidentialité, celle-ci dépassant « l'exigence que les informations confiées par l'entreprise à son avocat ou le contenu de l'avis de ce dernier ne soient pas utilisés contre celle-ci dans une décision de sanction aux règles de concurrence » (TPICE, 17 sept. 2007, Akzo, aff. T-125/03 et T-253/03, § 86).

Il est anormal qu'il soit refusé aux avocats présents lors de l'ouverture du SFP tout droit d'intervention pour faire valoir pourquoi telle ou telle correspondance relève du secret avocat-client. Tous les droits élémentaires de la défense sont ainsi clairement violés, à la fois le secret des correspondances avocat-client mais aussi le droit d'être assisté, conseillé et représenté par un avocat. En effet, l'article 3, paragraphe 1, de la directive ECN+ prévoit expressément que les procédures concernant les infractions à l'article 101 et 102 du TFUE doivent être conformes aux principes généraux du droit de l'Union et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Or, l'article 47, alinéa 2, de la Charte rend obligatoire le droit de toute personne à « se faire conseiller, défendre et représenter ». Cette mission applicable lors des enquêtes de concurrence est impossible à mettre en œuvre si les rapporteurs de l'Autorité refusent aux conseils des entreprises la simple prise de connaissance des documents saisis et la moindre formulation d'observations sur leur caractère confidentiel lors de l'ouverture des SFP comme ils le font actuellement. Donc, même pour les correspondances relevant de la défense, la situation actuelle apparaît anormale.

S'agissant des autres correspondances et notamment de toute l'activité de conseil antérieure à l'ouverture d'une procédure, la situation est encore pire puisque celles-ci ne bénéficient d'aucune protection, peuvent être saisies et utilisées à l'appui d'une mise en cause et d'une condamnation des entreprises. Lorsque l'on sait qu'une alerte juridique donnée par un juriste sur un risque juridique est désormais considérée comme une preuve de pratique anticoncurrentielle, cela signifie que tout conseil d'un avocat à son client l'alertant sur un risque juridique pourrait être utilisé pour faire condamner son client.

Il est donc incontestable que le non-respect de la confidentialité avocat-client qui constitue la réalité des pratiques actuelles n'est pas conforme au droit, anormale et contre-productive, alors qu'il serait très facile de concilier la recherche des preuves et la garantie

des droits. Il est indispensable et urgent de mettre fin aux pratiques actuelles. À défaut d'une évolution souhaitable de la jurisprudence de la Chambre criminelle et d'une réforme législative peu évidente dans le contexte politique actuel, il semble que seul un arrêt préjudiciel de la Cour de justice disant le droit en la matière par rapport aux enquêtes lourdes menées sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce serait de nature à faire évoluer le droit positif. Plusieurs premiers présidents ont été saisis de telles questions préjudicielles, dans l'espoir qu'elles aboutiront à une saisine prochaine de la CJUE pour mettre fin à une situation de plus en plus inquiétante pour le respect des droits des entreprises et d'autant plus absurde qu'elle est contraire à l'efficacité de la prévention des infractions au droit de la concurrence.



VOGEL VOGEL

Selas Vogel & Vogel, 30 avenue d'Iéna 75116 Paris France
Tél. : +33 (0) 1 53 67 76 20
E-mail : vogel-contact@vogel-vogel.com

Tous droits réservés. Reproduction interdite sauf accord spécial