

Non classifié

Français - Or. Anglais

31 octobre 2019

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

Résumé de la table ronde sur le traitement, dans les affaires de concurrence, des informations couvertes par le privilège professionnel légal

Annexe au compte rendu succinct de la 128^e réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération de l'application de la loi

26 novembre 2018

Ce résumé du Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions des discussions qui ont eu lieu pendant la table ronde sur le traitement, dans les affaires de concurrence, des informations couvertes par le privilège professionnel légal, qui s'est tenue au cours de la 128^e réunion du Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi de l'OCDE le 26 novembre 2018.

D'autres documents consacrés à ces discussions sont disponibles à l'adresse suivante :
www.oecd.org/daf/competition/treatment-of-legally-privileged-information-in-competition-proceedings.htm

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter M^{me} Despina Pachnou
[téléphone : +33 1 45 24 95 25 ; courriel : despina.pachnou@oecd.org]

JT03453897

Résumé de la table ronde sur le traitement, dans les affaires de concurrence, des informations couvertes par le privilège professionnel légal

Établi par le Secrétariat*

Le 26 novembre 2018, le Groupe de travail n° 3 du Comité de la concurrence de l'OCDE a organisé une table ronde sur le traitement, dans les affaires de concurrence, des informations couvertes par le privilège professionnel légal. Cette table ronde a fait le point sur la manière dont les juridictions protègent la confidentialité de la relation entre l'avocat et son client et permettent aux parties à des procédures en droit de la concurrence de s'opposer à la divulgation de leurs échanges avec leurs avocats. La discussion a également cherché à identifier des zones de convergence politique.

La note de référence préparée par le Secrétariat de l'OCDE, les documents soumis par les délégués, ainsi que les contributions des experts du panel et des délégués ayant participé à la discussion ont mis en exergue les principaux points suivants :

1. Le privilège légal est presque universellement reconnu comme un droit fondamental basé sur l'ordre public.

34 pays membres de l'OCDE reconnaissent le privilège professionnel légal dans l'application de la loi, et protègent les communications confidentielles entre les clients et leurs conseillers juridiques contre toute divulgation forcée. Le privilège peut être invoqué à l'encontre des autorités publiques, des tiers et des tribunaux afin de s'opposer à ce qu'ils aient accès à des documents, et afin de contester des actions et décisions qui se sont fondées sur des informations qui auraient dû être couvertes par ce privilège. Dans les affaires de droit de la concurrence, les questions de privilège et de protection des informations privilégiées contre toute divulgation peuvent surgir à la fois pendant les enquêtes diligentées par les autorités de la concurrence, et au cours des procédures judiciaires en droit de la concurrence.

La reconnaissance du privilège légal dépend de la culture et de l'histoire juridiques de chaque juridiction. Elle suppose d'établir un juste équilibre entre deux objectifs d'ordre public : l'intérêt public inhérent à l'efficacité des enquêtes et des décisions en matière de droit de la concurrence d'une part, et les droits de la défense, le droit à une représentation juridique et/ou le droit d'accéder librement à un avis juridique auxquels peuvent prétendre les parties, d'autre part.

L'application efficace de la loi exige de pouvoir demander, saisir et découvrir toutes les informations pertinentes, et que les enquêtes ne soient pas entravées par des demandes d'application du privilège légal qui s'avèreraient inexactes ou abusives. Les discussions de la table ronde ont montré que les procédures visant à protéger le privilège légal peuvent

* Ce résumé ne reflète pas nécessairement un consensus entre les membres du Groupe de travail n° 3. Il récapitule les points essentiels dégagés des discussions ayant eu lieu au cours de la table ronde, ainsi que des avis d'un panel d'experts, des contributions orales et écrites des délégués, et de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE.

être lourdes et coûteuses, et que l'examen des demandes d'application du privilège légal peut retarder les procédures.

L'accès des parties à un avis juridique, sans craindre que leurs questions et les réponses de leurs avocats soient divulguées, est reconnu comme un droit fondamental dans la plupart des ordres juridiques, et comme un élément indispensable à la tenue d'un procès équitable. Il importe donc que le libre accès à un avis juridique ne soit pas indûment restreint.

2. Le champ d'application personnel et matériel du privilège légal varie selon les juridictions.

Le champ d'application du privilège légal peut varier en fonction de la situation et/ou des qualifications professionnelles de l'avocat. Les 34 pays membres de l'OCDE qui reconnaissent le concept de privilège légal l'appliquent aux échanges entre un client et son avocat externe. 19 de ces 34 pays étendent cette protection aux échanges entre un client et son juriste d'entreprise ou juriste interne. Beaucoup de pays exigent également que ce juriste soit un avocat inscrit au barreau (c'est-à-dire qu'il ne soit pas simplement diplômé en droit) afin de garantir qu'il soit convenablement qualifié, et qu'il soit ainsi soumis aux règles du barreau en matière de déontologie et d'indépendance.

Au cours de la table ronde, les pays qui réservent le privilège aux seuls échanges avec un avocat externe ont souligné que leur priorité est d'offrir un accès approprié aux documents et d'éviter des demandes excessives d'application du privilège légal. Les pays qui étendent le privilège aux échanges avec un juriste interne ont mis l'accent sur le fait que, selon leur expérience, le libre accès à un avis juridique accroît la conformité au droit de la concurrence, étant donné que les professionnels ne poseront des questions sur le risque légal de certaines conduites de l'entreprise qu'à condition d'être sûrs que ces questions ne seront pas susceptibles d'être divulguées.

Les délégués du secteur privé ont noté que les clients doivent être libres de choisir le conseiller juridique qu'ils souhaitent consulter. L'obligation de faire appel à des avocats externes pour garantir la confidentialité des échanges augmente les coûts et retarde l'accès à un avis juridique. En outre, les avocats internes peuvent être mieux à même de répondre aux questions de l'entreprise, puisqu'ils connaissent mieux son activité et ses besoins.

Certaines juridictions accordent le privilège légal à tous les avocats qualifiés, tandis que d'autres réservent ce privilège aux seuls avocats qualifiés dans leur juridiction. À titre d'exemple, dans le cadre d'une procédure devant la Commission européenne, les échanges avec des avocats qui ne sont pas qualifiés pour exercer dans l'Espace Économique Européen ne sont pas réputés privilégiés. Les experts ont discuté de la question de savoir si le fait de ne pas accorder le privilège aux échanges avec des avocats étrangers soulève des problèmes du point de vue de la courtoisie internationale ou du droit à un procès équitable, en raison du fait qu'une juridiction entendrait accorder ce privilège uniquement aux documents créés dans son territoire et soumis à ses propres règles.

Le champ d'application du privilège légal peut également différer selon l'objet de l'avis. Les différentes juridictions s'accordent à reconnaître que seuls les avis juridiques fournis par des avocats sont privilégiés. En revanche, les avis non juridiques, même s'ils émanent d'un avocat, ne sont pas privilégiés. Certaines juridictions n'accordent le privilège légal qu'aux seuls échanges avec un avocat qui concernent une procédure en droit de la concurrence, par exemple des enquêtes ou contrôles d'une concentration par les autorités de la concurrence, tandis que d'autres juridictions privilégient tous les échanges visant à solliciter et recevoir tout type d'avis juridique, qu'il se rapporte ou non à une procédure.

3. Les enquêtes et procédures en droit de la concurrence devraient exclure les documents protégés par un privilège, à moins qu'il n'ait été renoncé à ce privilège. Simultanément, un système de vérification par l'autorité de la concurrence et de contrôle judiciaire doit être mis en place pour empêcher l'invocation abusive du privilège légal.

Les demandes d'informations des autorités de la concurrence et les perquisitions et visites ne devraient pas porter sur des pièces protégées par un privilège. Plusieurs juridictions ont mis en place des procédures afin d'écartier, de détruire ou de restituer une pièce privilégiée qui a été divulguée par erreur. Une décision judiciaire ou administrative qui se fonderait sur des preuves qui auraient dû être protégées par le privilège peut être frappée d'appel et annulée.

Les délégués ont souligné qu'il incombe aux parties d'invoquer le privilège et de démontrer qu'elles peuvent en bénéficier, conformément aux règles et motifs d'appel applicables, et de motiver leur demande d'une manière suffisamment détaillée pour permettre d'évaluer l'existence du privilège sans révéler des informations privilégiées. Les demandes qui invoqueraient le bénéfice du privilège sans être suffisamment motivées risquent d'être rejetées. En particulier, le seul fait d'identifier un document comme « privilégié » ne suffit pas à garantir sa protection sans autre explication.

Dans tous les cas, les informations doivent avoir été échangées de manière confidentielle. La confidentialité concerne la relation et les échanges entre l'avocat et son client et le fait qu'ils échappent à l'obligation de divulgation, mais non la nature des informations échangées. En conséquence, le concept de privilège légal ne renvoie pas à la protection d'informations commerciales telles que les secrets d'affaires, les secrets commerciaux et autres informations sensibles – bien que ces informations puissent faire partie d'échanges entre l'avocat et son client.

Le privilège légal peut être levé expressément (en vertu d'un acte de renonciation) ou implicitement. Étant donné que le privilège légal est défini comme une protection de la confidentialité, le fait d'échanger des informations qui seraient autrement protégées, avec des parties non couvertes par le privilège, entraîne en général la perte de la protection.

Les discussions qui ont eu lieu pendant la table ronde ont pointé la nécessité d'un contrôle indépendant efficace des demandes de privilège légal afin d'empêcher des demandes abusives. Certaines autorités de la concurrence désignent des collaborateurs qui ne participent pas à l'enquête afin d'examiner les pièces prétendument privilégiées et d'évaluer si elles doivent être exclues de la procédure. En général, les tribunaux peuvent également procéder à l'examen des demandes invoquant le privilège légal, que ce soit sur une base autonome ou dans le cadre d'un recours contre la décision rendue sur le fondement de pièces prétendument privilégiées. Les délégués ont noté que le contrôle judiciaire des demandes de privilège peut surcharger les tribunaux, particulièrement si ces demandes sont invoquées fréquemment, et retarder les enquêtes.

4. Il peut être difficile, en raison des approches différentes du privilège légal selon les juridictions, de déterminer les informations que les entreprises sont obligées de communiquer ou, à l'inverse, celles qu'elles peuvent chercher à protéger contre toute divulgation.

Les approches différentes du privilège légal selon les juridictions peuvent compliquer le traitement des avis juridiques reçus, dans une affaire concernant plusieurs juridictions. Ainsi, dans certains cas, des échanges dont la divulgation a été demandée dans une juridiction (où ils ne sont pas privilégiés) proviennent d'une autre juridiction où elles sont

privilégiées et sont intervenus en supposant qu'ils seront tenus confidentiels. Ces différences ralentissent les réponses des parties aux demandes d'informations et peuvent aboutir à des demandes de privilège qui freinent les enquêtes. Les délégués ont fait référence à la Recommandation de l'OCDE concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence, qui préconise de ne pas solliciter ni envoyer des informations privilégiées.

Les représentants du secteur privé ont souligné, sachant que les actions d'une autorité de la concurrence peuvent affecter des entreprises au-delà de ses frontières, qu'il pourrait être souhaitable d'harmoniser les approches des juridictions en matière de privilège, de telle sorte que les entreprises sachent avec certitude si les avis qu'elles sollicitent et reçoivent peuvent être tenus secrets. L'harmonisation des politiques contribuerait à garantir l'équité au profit des entreprises faisant l'objet d'enquêtes et à maintenir leur capacité à solliciter effectivement des avis juridiques, tout en évitant les frictions entre différents systèmes d'application de la loi.