

## **L'arrêt AKZO: le Tribunal de Première Instance refuse d'étendre aux juristes d'entreprise la protection du secret professionnel**

Trois pas en avant, deux pas en arrière... Après une ordonnance au provisoire qui avait laissé entrevoir une possible extension du secret professionnel aux juristes d'entreprise, sous certaines conditions, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (« TPICE ») s'est finalement prononcé au fond en défaveur d'une telle extension dans son arrêt *AKZO* du 17 septembre 2007.<sup>1</sup> En dépit de clarifications bienvenues, l'arrêt *AKZO* s'inscrit pleinement dans le sillage de la jurisprudence *AM&S*, du nom de l'arrêt de principe adopté en 1982 par la Cour de justice des Communautés européennes (« CJCE »). Pourtant, eu égard à un contexte profondément transformé, une approche plus libérale était attendue. Il n'est pas exclu que l'approche très orthodoxe du TPICE constitue d'ailleurs une invitation à porter l'affaire devant la CJCE afin que cette dernière se prononce sur pourvoi, s'il y a lieu, afin d'actualiser sa jurisprudence en la matière.

### **I. CONTEXTE ET FAITS PERTINENTS**

#### **A. – Le secret professionnel entre droit national et droit communautaire**

La réglementation du secret professionnel est avant tout une matière relevant du droit national. Les Etats membres reconnaissent le secret professionnel des avocats, avec pour corollaire la confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients. Il s'agit d'une garantie nécessaire à l'exercice effectif du droit à un procès équitable, tel que prévu à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. En revanche, les Etats membres sont divisés sur la question de la reconnaissance du secret professionnel aux juristes d'entreprise et donc de la confidentialité des avis rendus au profit des sociétés qui les emploient. Si les pays de *common law* reconnaissent cette confidentialité de longue date, certains pays d'Europe continentale leur ont emboîté le pas sous diverses formes alors que d'autres y restent opposés, notamment les 12 nouveaux Etats membres.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> T.P.I.C.E., 17 septembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et al./Commission*, aff. jointes T-125/03 et T-253/03, non encore publié au Recueil (ci-après, « l'arrêt *Akzo* »).

<sup>2</sup> A notre connaissance, seuls l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Grèce, l'Irlande, les Pays-Bas, le Portugal et le Royaume-Uni reconnaissent, sous certaines conditions, la confidentialité des avis juridiques rendus par les juristes d'entreprise.

Le droit communautaire s'est invité dans le débat de la reconnaissance du secret professionnel aux juristes d'entreprise par le biais du droit de la concurrence et, plus précisément, de la réglementation des pouvoirs de la Commission européenne en matière d'inspection auprès des entreprises.<sup>3</sup> C'est dans ce cadre que se situe l'arrêt *AKZO*, dont le champ d'application est donc limité aux inspections effectuées par la Commission, éventuellement assistée d'agents des autorités de concurrence nationales, dans le cadre de ses enquêtes en matière de concurrence.<sup>4</sup> Cependant, en pratique, l'arrêt *AKZO* a des implications significatives pour l'organisation des départements juridiques des entreprises.

## **B. – Résumé des faits pertinents**

Les faits à l'origine de l'affaire *AKZO* sont relativement simples : au cours d'une inspection de la Commission européenne dans les locaux de la société Akzo au Royaume-Uni, les représentants de cette dernière ont indiqué que certains des documents saisis étaient susceptibles d'être couverts par le secret professionnel. Les agents de la Commission ont alors sommairement consulté les documents en cause afin de déterminer s'ils pouvaient bénéficier d'un traitement confidentiel. Un désaccord est survenu à propos de cinq documents qui ont fait l'objet de deux types de traitement distincts de la part de la Commission. Deux copies d'un même mémorandum dont l'un portait des annotations manuscrites faisant référence à des contacts avec un avocat (documents de la « Série A ») ont été placées dans une enveloppe scellée. Le dit mémorandum reprenait des éléments d'un audit interne sur la conformité de certaines pratiques de l'entreprise avec le droit de la concurrence. Les autres documents (« Série B ») consistaient en notes ayant servi à la rédaction du mémorandum et en courriels échangés entre le directeur général et un membre du service juridique de la société, par ailleurs également inscrit au barreau néerlandais. La Commission a estimé que les documents de la Série B ne pouvaient bénéficier d'un traitement confidentiel et les a par conséquent versés directement au dossier.

Suite à la décision de la Commission de procéder à l'ouverture de l'enveloppe scellée contenant les documents de la Série A, Akzo a introduit un recours en annulation ainsi

---

<sup>3</sup> Voy. Article 20 du Règlement (CE) 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, *J.O.C.E.*, du 4 janvier 2003, L1, p.1 (le « Règlement 1/2003 »).

<sup>4</sup> En revanche, les autorités de concurrence nationales (et les cours et tribunaux) sont liées par leur droit national lorsqu'elles effectuent des inspections dans le cadre de leurs enquêtes propres, même si elles conduisent à l'application des articles 81 et/ou 82 du Traité CE, en vertu de l'article 3 du Règlement 1/2003.

qu'une demande de mesures provisoires visant à obtenir la suspension de l'exécution de cette décision, afin d'empêcher la Commission de prendre connaissance des documents en cause. Dans une ordonnance du 30 octobre 2003, le Président du TPICE avait largement accédé aux demandes de la requérante, en ordonnant notamment la conservation de l'enveloppe scellée renfermant les documents de la Série A au greffe du Tribunal jusqu'au prononcé sur le fond. Quant aux documents de la Série B, le Président avait pris acte de la déclaration de la Commission de ne pas permettre à des tiers d'y avoir accès avant que le TPICE n'ait statué au principal. La Commission avait ensuite introduit un pourvoi à l'encontre de cette ordonnance auprès de la CJCE qui, par une ordonnance du 27 septembre 2004, avait annulé la plupart des mesures provisoires accordée par le TPICE (pour absence d'urgence). Trois ans plus tard, le TPICE a rendu son arrêt au principal, qui fait l'objet du présent commentaire.

## **II. UN ARRÊT ORTHODOXE DANS LA LIGNÉE DE LA JURISPRUDENCE AM&S, EN DÉPIT D'UN CONTEXTE PROFONDÉMENT MODIFIÉ**

Si l'arrêt *AKZO* actualise la lecture de l'arrêt *AM&S* (A), le refus du TPICE d'étendre la protection du secret professionnel aux juristes d'entreprise relève d'une application très orthodoxe de cette jurisprudence (B).

### **A. – Les principes posés par la jurisprudence *AM&S* repris, approfondis et clarifiés**

Bien que fidèle à la jurisprudence *AM&S*, l'arrêt *AKZO* n'en a pas moins clarifié la procédure à suivre en cas de saisie de documents considérés par l'entreprise visée par une inspection de la Commission comme étant confidentiels (1), tout en étendant le champ d'application des documents susceptibles de bénéficier de la confidentialité de la correspondance entre les avocats et leurs clients (2).

#### **1. – Clarification de la procédure d'inspection à l'égard des documents couverts par le secret professionnel de l'avocat**

L'arrêt *AKZO* reprend en grande partie la procédure prescrite par la CJCE dans l'arrêt *AM&S* en cas de contestation par l'entreprise en cause de la saisie de documents qu'elle estime protégés par le secret professionnel de l'avocat.

En vertu de cette procédure, bien que la Commission soit habilitée à se faire présenter tous les documents dont elle juge devoir prendre connaissance dans le cadre de son enquête, elle ne peut avoir accès aux documents protégés par le secret professionnel. L'entreprise peut en effet, légitimement refuser de produire certains documents exigés par la Commission. Il lui incombe alors « *de fournir aux agents mandatés de la Commission, sans pour autant devoir leur dévoiler le contenu de la correspondance en question, les éléments utiles de nature à prouver que celle-ci remplit les conditions justifiant sa protection légale* ». <sup>5</sup> Il appartient alors à la Commission d'adopter une décision formelle avant de prendre connaissance des documents litigieux, de façon à permettre à l'entreprise de demander aux juridictions communautaires de se prononcer sur le caractère confidentiel des documents en cause.

Au cours de l'inspection effectuée dans les bureaux de la société Akzo, la Commission s'était sensiblement affranchie des prescriptions de la Cour, en s'autorisant l'examen sommaire des documents pour lesquels l'entreprise réclamait le bénéfice de la confidentialité.

Le TPICE a donc souhaité recadrer la procédure à suivre, en précisant que « *l'entreprise faisant l'objet d'une vérification [...] est en droit de refuser aux agents de la Commission la possibilité de consulter, même d'une façon sommaire, un ou plusieurs documents concrets dont elle soutient qu'ils sont protégés par la confidentialité, pourvu qu'elle considère qu'un tel examen sommaire est impossible sans dévoiler le contenu desdits documents et qu'elle l'explique, de façon motivée, aux agents de la Commission* » <sup>6</sup> (soulignement ajouté). En cas de désaccord persistant, les agents de la Commission peuvent recourir au procédé de l'enveloppe scellée, permettant de conserver les documents dans l'attente d'une décision formelle. La Commission n'est ensuite pas « *en droit de prendre connaissance du contenu du document avant d'avoir adopté une décision permettant à l'entreprise concernée de saisir utilement le Tribunal et, le cas échéant, le juge des référés* ». <sup>7</sup>

Il revient donc en dernier lieu aux juridictions communautaires de trancher le différent. Cette procédure semble satisfaisante, en ce qu'elle ménage à la fois les prérogatives de la Commission qui peut ainsi sauvegarder l'intégrité des documents dans

---

<sup>5</sup> C.J.C.E., 18 mai 1982, *AM&S*, aff.155/79, Rec., p.1575, point 29.

<sup>6</sup> Voy. arrêt *Akzo*, point 82.

<sup>7</sup> *Ibidem*, point 85.

l'hypothèse où ils ne seraient pas couverts par le secret professionnel, mais également les droits de la défense de l'entreprise, car celle-ci n'a pas à dévoiler le contenu des documents qu'elle considère confidentiels, jusqu'à ce que le juge communautaire se prononce. Le Tribunal confirme néanmoins la possibilité pour la Commission de sanctionner tout abus dilatoire.<sup>8</sup>

## 2. – *Timide extension du champ d'application de la confidentialité des communications entre avocats et clients*

En vertu de la jurisprudence *AM&S*, un document bénéficie du secret professionnel dans la mesure où il a été conçu « *d'une part [...] dans le cadre et aux fins des droits de la défense du client et, d'autre part, [par] des avocats indépendants* ». <sup>9</sup> Une entreprise peut donc légitimement s'opposer à la saisie de tout document satisfaisant à ces deux conditions. En pratique, la confidentialité s'étend : (i) à toute correspondance échangée avec un avocat après l'ouverture de l'enquête de la Commission ; et (ii) à la correspondance avocat-client antérieure ayant un lien de connexité avec l'objet de l'enquête de la Commission.<sup>10</sup> En vertu d'une ordonnance rendue dans l'affaire *Hilti* en 1990, que le TPICE fait sien dans l'arrêt *AKZO*, la confidentialité s'étend également aux notes internes à l'entreprise se bornant à reprendre le texte ou le contenu de communications avec des avocats indépendants comportant des avis juridiques.<sup>11</sup>

Dans l'arrêt *AKZO*, le TPICE a étendu le champ d'application de la confidentialité aux documents préparatoires qu'une entreprise compile « *exclusivement aux fins de demander un avis juridique à un avocat, dans l'exercice des droits de la défense* », <sup>12</sup> notamment en vue de décrire ou de synthétiser certaines pratiques nécessitant un avis juridique quant à leur compatibilité avec le droit de la concurrence ou pouvant nécessiter l'intervention d'un avocat dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire. La nature de ces documents doit résulter « *de façon univoque du contenu des documents eux-mêmes ou du contexte dans lequel ces documents ont été préparés et trouvés.* » <sup>13</sup> De tels

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, point 89.

<sup>9</sup> *Ibidem*, point 117.

<sup>10</sup> Voy. arrêt *AM&S*, point 23 et arrêt *Akzo*, point 117.

<sup>11</sup> Ordonnance T.P.I.C.E., 4 avril 1990, *Hilti/Commission*, T-30/89, Rec., II, p.163, points 13 à 18 ; arrêt *Akzo*, point 117.

<sup>12</sup> Voy. arrêt *Akzo*, point 123.

<sup>13</sup> *Ibidem*. point 124.

documents préparatoires peuvent être couverts par la confidentialité « *même s'ils n'ont pas été échangés avec un avocat ou n'ont pas été créés pour être transmis matériellement à un avocat* ». En revanche, le TPICE considère que « *le simple fait qu'un document ait été l'objet de discussions avec un avocat ne saurait suffire à lui attribuer cette protection.* »<sup>14</sup> Les précautions prises par le Tribunal laissent à penser que la Commission s'autorisera une lecture restrictive de l'arrêt *AKZO* sur ce point, ce qui rend d'autant plus important l'identification explicite des documents créés par les départements juridiques des entreprises en vue de la consultation d'un avocat. L'on notera également qu'à la suite de l'arrêt *AM&S*, qui n'est pas contredit sur ce point par l'arrêt *AKZO*, la protection du secret professionnel est souvent interprétée comme ne couvrant que les communications échangées avec un avocat inscrit au barreau d'un Etat membre de l'UE.<sup>15</sup> Cet élément est bien entendu de nature à compliquer encore davantage le traitement des problèmes de concurrence susceptibles d'avoir des effets transfrontaliers, voire globaux, au sein des départements juridiques des entreprises.

## **B. – Refus réitéré d'accorder aux juristes d'entreprise le bénéfice de la confidentialité**

Se bornant à reprendre le raisonnement de l'arrêt *AM&S*, le Tribunal refuse d'étendre le secret professionnel aux juristes d'entreprise invoquant pour ce faire le critère relativement ambigu de l' « indépendance » (1) et ce, malgré un contexte profondément modifié (2).

### **1. – La confidentialité refusée aux juristes d'entreprise pour défaut d'« indépendance »**

Reprenant littéralement la justification avancée par la CJCE dans l'arrêt *AM&S*, le TPICE confirme dans l'arrêt *AKZO* que la prérogative du secret professionnel ne se justifie que dans la mesure où les avocats sont indépendants, « *c'est-à-dire non liés à leur client par un rapport d'emploi* ». <sup>16</sup> Le TPICE réaffirme en cela que l' « *exigence relative à la position et à la qualité d'avocat indépendant que doit revêtir le conseil dont émane la correspondance susceptible d'être protégée, procède d'une conception du rôle de l'avocat, considéré comme*

---

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Voy. arrêt *AM&S*, points 25 et 35.

<sup>16</sup> Voy. arrêt *Akzo*, point 166.

*collaborateur de la justice et appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin. »*<sup>17</sup>

Or, en l'espèce, certains courriels saisis (Série B) émanaient d'un juriste d'entreprise qui, s'il était employé par la société Akzo, n'en était pas moins inscrit au barreau néerlandais. Le TPICE a cependant refusé de reconnaître à ce juriste la protection du secret professionnel bien qu'il ait été soumis aux mêmes obligations déontologiques que celles des avocats indépendants et que son contrat de travail mentionnait précisément que ses obligations déontologiques prévalaient sur ses obligations de loyauté envers son employeur.<sup>18</sup> Pour justifier sa position, le TPICE s'est retranché derrière un argument d'autorité selon lequel la CJCE aurait défini la catégorie des bénéficiaires du secret professionnel de façon négative (« *non lié au client par un rapport d'emploi* »), et non de façon positive sur le fondement de l'appartenance à un barreau ou à toute autre association professionnelle imposant une stricte déontologie. Ainsi donc, juristes d'entreprise et avocats liés par un contrat d'emploi à leur « client » ne pourraient bénéficier du secret professionnel et les communications avec ceux-ci ne pourraient être considérés comme confidentielles.

En adoptant une telle position, le TPICE rejette par la même occasion une série d'arguments portant sur la discrimination dont souffriraient les juristes d'entreprise par rapport aux avocats. En effet, pour le TPICE, « *les juristes d'entreprise et les avocats externes se trouvent manifestement dans des situations différentes, du fait notamment de l'intégration fonctionnelle, structurelle et hiérarchique des juristes d'entreprise au sein des sociétés qui les emploient* ».<sup>19</sup>

Au final, la rigidité des principes énoncés et les multiples références à l'arrêt *AM&S* laissent fortement à penser que le TPICE n'a pu trouver une solution cohérente en son sein et a décidé de s'en remettre à la CJCE en poussant la partie demanderesse à introduire un pourvoi dans cette affaire, ce qui sera probablement le cas.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibidem*, point 144.

<sup>19</sup> *Ibidem*, point 174.

<sup>20</sup> L'ouverture esquissée par le Président Vesterdorf dans l'ordonnance au provisoire précitée, telle que réitérée publiquement par la suite (voy. B. Vesterdorf, "Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues", Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 2005, pp.701 et s.), s'est visiblement heurtée à l'incompréhension de certains de ses collègues au sein du TPICE.

## 2. – ...en dépit d'un contexte profondément modifié

Le contexte européen a profondément évolué depuis la jurisprudence *AM&S* de 1982, tant au niveau de la reconnaissance par de nombreux Etats membres du rôle de plus en plus important joué par les juristes d'entreprise (a), qu'au regard du contexte propre au droit de la concurrence (b).

### a. – Tendances apparemment contradictoires au sein des Etats membres.

En 1982, peu d'Etats membres, parmi les dix qui formaient alors la CEE, octroyaient la protection du secret professionnel aux juristes d'entreprise. En revanche, en 2003, date à laquelle débute l'affaire *AKZO*, une très nette majorité des quinze Etats membres de l'UE reconnaissent la confidentialité des correspondances internes avec les juristes d'entreprise, sous certaines conditions.<sup>21</sup> Avec l'entrée de douze nouveaux Etats membres depuis 2004, la majorité arithmétique penche à nouveau du côté de la limitation du secret professionnel aux avocats « indépendants ». C'est pourquoi, dans l'arrêt *AKZO*, si le TPICE concède que « *la reconnaissance spécifique du rôle du juriste d'entreprise et la protection des communications avec celui-ci au titre de la confidentialité se trouvent relativement plus répandues aujourd'hui qu'au moment du prononcé de l'arrêt AM&S* », il ajoute qu' « *il n'est toutefois pas possible d'identifier des tendances uniformes ou clairement majoritaires à cet égard dans les droits des Etats membres.* »<sup>22</sup> Cette position fait cependant abstraction des réflexions en cours dans plusieurs Etats membres, dont la France,<sup>23</sup> et de la tendance réelle à une reconnaissance accrue du rôle des juristes d'entreprise dans la mise en œuvres de réglementations de plus en plus complexes par les entreprises (par ex. dans le cadre de la loi américaine Sarbanes-Oxley).

### b. – La transformation du droit de la concurrence

L'entrée en vigueur du Règlement 1/2003 mettant fin à la possibilité d'un contrôle *ex ante* des accords entre entreprises et l'accroissement dramatique du montant des amendes ont récemment amené les entreprises à renforcer leurs capacités d'analyse, d'audit et de formation interne en matière de concurrence. En conséquence, les juristes s'occupant des

---

<sup>21</sup> Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Grèce, Irlande, Pays-Bas, Portugal et Royaume-Uni. Voir également ordonnance *Akzo*, point 124.

<sup>22</sup> *Ibidem*, point 170.

<sup>23</sup> Voy. Rapport remis au Garde des Sceaux français le 27 janvier 2006, intitulé *Rapprochement entre les professions d'avocats et de juristes d'entreprise*, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000072/index.shtml>.



questions de concurrence ont pris une importance considérable au sein des entreprises. Leur refuser la protection du secret professionnel tend à limiter l'autorégulation des entreprises et donc l'efficacité du droit de la concurrence, étant donné que toute note interne d'un juriste d'entreprise mettant en garde sa direction contre des pratiques anticoncurrentielles constitue potentiellement un élément à charge pour l'entreprise.

Dans l'arrêt *AKZO*, le TPICE échappe à cette analyse en se retranchant derrière le fait que la protection octroyée par le secret professionnel constitue une limite aux pouvoirs d'enquête de la Commission dont l'étendue des prérogatives est nécessaire à la mise à jour des ententes et autres atteintes caractérisées au droit de la concurrence, ce qui justifierait une interprétation stricte de son champ d'application. Or, dans son ordonnance au provisoire, le président du TPICE avait qualifié d'emblée le secret professionnel de principe fondamental de droit communautaire « *qui doit être observé même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif* ». <sup>24</sup> En outre, les pouvoirs d'enquête de la Commission ont été sensiblement renforcés à la suite de l'adoption du Règlement 1/2003 et de son règlement d'application (ex. inspections des domiciles privés et possibilité d'obtenir des explications sur place). Au reste, la confidentialité des communications internes avec les juristes d'entreprise ne limite en aucun cas l'accès de la Commission aux éléments de fait sous-jacents à ces communications. Enfin, les juristes d'entreprise sont souvent à l'origine des demandes de clémence formulées par les entreprises et contribuent de ce fait à la détection des infractions les plus flagrantes au droit de la concurrence.

\* \* \* \*

Au regard de ce qui précède, la plus grande prudence s'impose aux juristes faisant face à des problèmes de concurrence au sein de leur entreprise. En ce qui les concerne, les juristes d'entreprise s'assureront du respect des règles de droit national qui conditionneraient l'application du secret professionnel à leur égard. En ce qui concerne le traitement des problèmes de concurrence qui pourraient faire l'objet d'une enquête au niveau communautaire, ils se verront ensuite contraints d'adopter certaines précautions afin d'éviter que des notes internes ne se transforment en élément à charge. L'implication d'un avocat « externe » inscrit au barreau d'un Etat membre demeure nécessaire dans la résolution des problèmes soulevés. Les documents internes « rédigés exclusivement aux fins de demander un avis juridique à un avocat, dans l'exercice des droits de la défense » ou « reproduisant le

---

<sup>24</sup> Ordonnance T.P.I.C.E., 27 septembre 2003, *Akzo/Commission*, T-253/03 R, Rec., II, p.4771, point 99.

texte ou le contenu de communications avec des avocats indépendants » doivent également être clairement identifiés comme tel. La conservation des avis et documents confidentiels dans un dossier distinct pouvant être facilement identifié et par la même occasion « protégé » en cas d'inspection de la Commission s'impose aussi. Enfin, il s'agit d'être attentif à ne pas perdre le bénéfice de la confidentialité, notamment en communiquant un document confidentiel à des tiers, à moins que ceux-ci ne soient liés par un accord de représentation ou de défense conjoint (« *joint defense agreement* »).

Au bout du compte, il ne semble pas y avoir d'autre alternative pour le juriste d'entreprise que de privilégier l'oralité dans ses contacts internes. Une telle situation est évidemment peu satisfaisante en pratique. En matière de concurrence, comme dans d'autres domaines, les juristes d'entreprise sont en première ligne pour conseiller leur direction. Ce rôle nécessite de pouvoir travailler en toute indépendance, tant dans l'intérêt de l'entreprise que du respect du droit de la concurrence.

Dirk Vandermeersch et Damien Gerard\*

Avocats, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP

---

\* Cleary Gottlieb représentait l'AEJE (« Association Européenne des Juristes d'Entreprise ») en tant qu'intervenant au soutien d'*Akzo* dans le cadre de la procédure devant le TPICE. Les auteurs remercient Jonathan Ayache pour son assistance dans la rédaction de ce commentaire.