

Consécration par la CEDH de la protection *a posteriori* du secret des correspondances avocat-client dans le cadre des enquêtes de concurrence

A l'occasion d'une affaire opposant la société Janssen-Cilag à l'Etat Français¹, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (la « CEDH ») est venue valider un principe de protection *a posteriori* du secret des correspondances avocat-client saisies lors d'opérations de visite et saisies opérées par les agents de l'Autorité de la concurrence (« l'ADLC ») sur le fondement de l'article L.450-4 du code de commerce².

On se souvient que, dans cette affaire, qui a commencé en 2009 par une ordonnance du juge des libertés et de la détention de Nanterre, avant de saisir la CEDH, Janssen-Cilag avait épuisé l'ensemble des voies de recours disponibles en droit interne.

Mettant en cause notamment l'atteinte à la confidentialité des correspondances avocat-client du fait de la saisie massive et indifférenciée réalisée par les agents de l'ADLC dans les messageries de son personnel lors des opérations de visite et saisies, la société Janssen-Cilag avait en effet déposé de façon classique un recours contre le déroulement des opérations de visite et saisies et un appel contre l'ordonnance qui avait autorisé ces opérations.

De façon plus originale, suite à la saisine de son bâtonnier, l'Ordre des Avocats à la Cour d'appel de Paris est intervenu volontairement à l'audience de plaidoiries en faisant valoir que la protection du secret professionnel est absolue et doit être opposable à l'ADLC qui se doit de mettre en œuvre des moyens permettant son respect. Il demandait en conséquence que les opérations de visite et saisies soient annulées ou qu'à tout le moins, la saisie des documents couverts par le secret soit annulée et qu'ils soient restitués.

Estimant qu'une sélection message par message aurait eu pour effet d'altérer les fichiers saisis, la Cour d'appel de Versailles a entériné le caractère insécable des messageries électroniques³. Dès lors, le seul fait qu'elle contienne des éléments entrant dans le champ de l'enquête suffit à justifier la saisie de l'ensemble des messages d'une messagerie électronique. Partant, la Cour d'appel de Versailles ajoutait que la procédure de l'article L.450-4 du code de commerce qui oblige l'ADLC à provoquer préalablement aux saisies, toutes mesures permettant d'assurer le secret professionnel, suffit à garantir la protection de ce secret, et qu'en l'espèce, cette procédure avait été respectée étant donné qu'une copie électronique de l'ensemble des éléments saisis et placés sous scellés avait été remise à Janssen-Cilag. Enfin, la Cour estimait que, dans le cadre de la procédure de recours, il appartenait à Janssen-Cilag ainsi qu'au bâtonnier d'identifier les documents concernés dans la mesure où la simple lecture de l'inventaire ne permettait pas au juge de le faire.

A l'occasion de son pourvoi formé contre cet arrêt, Janssen-Cilag a formulé trois questions prioritaires de constitutionnalité (« QPC ») qui portaient sur la constitutionnalité des dispositions de l'article L.450-4 du code de commerce, dont une portait plus particulièrement sur le fait que cet article ne garantit pas le secret des correspondances avocat-client.

La Cour de cassation a refusé faire droit aux demandes de Janssen Cilag une première fois en refusant de renvoyer les QPC devant le Conseil constitutionnel en estimant qu'elles n'étaient pas nouvelles et

¹ Décision de la CEDH du 21 mars 2017, Janssen Cilag SAS contre France, n°33931/12.

² L'article 450-4 du Code de commerce permet aux agents de l'Autorité de la concurrence de visiter les locaux d'une société qui fait l'objet d'une enquête portant sur des pratiques anti-concurrentielles afin d'y saisir des documents susceptibles d'étayer ses soupçons.

³ Arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 19 février 2010, n°09/04351.



que les droits de la défense, de la liberté individuelle et du respect de la vie privée invoqués étaient garantis tout au long de la procédure par l'intervention d'un juge judiciaire dont les décisions motivées sont soumises à un recours effectif⁴, et une seconde fois en validant l'intégralité de l'analyse réalisée par la Cour d'appel de Versailles ce qui a mené au rejet du pourvoi de Janssen-Cilag⁵.

Janssen-Cilag a donc saisi la CEDH sur le fondement des articles 6§1 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la « Convention »), invoquant notamment l'atteinte portée au secret des correspondances avocat-client du fait du principe d'inséparabilité des messageries électroniques appliqué par les agents de l'ADLC lors des recherches réalisées au sein du répertoire informatique de la direction juridique.

Rappelant les solutions qu'elle avait dégagées dans ses décisions Vinci Construction⁶ et Canal Plus⁷, la CEDH a rejeté, dans une décision du 21 mars 2017, la requête de Janssen-Cilag.

Choisissant d'analyser le grief uniquement sous l'angle de l'article 8 de la Convention, la CEDH indique tout d'abord que les opérations de visite et saisies ordonnées sur le fondement des dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce constituent une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention.

Poursuivant son raisonnement, la Cour analyse ensuite la licéité de l'ingérence au regard des conditions énoncées à l'article 8§2 de la Convention. Elle estime qu'en l'espèce ces conditions sont réunies.

En premier lieu, l'ingérence est bien prévue par la loi (article L.450-4 du code de commerce).

En deuxième lieu, l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique étant donné qu'elle tendait à la découverte de pratiques anticoncurrentielles et poursuivait donc bien un but légitime, à savoir le « bien-être économique du pays » et la « prévention des infractions pénales ».

En troisième lieu, et c'est sur ce point que tout le débat portait, la CEDH estime que l'ingérence était proportionnée au but poursuivi dans la mesure où elle était encadrée par un certain nombre de garanties offertes par la procédure interne.

Ce faisant, la CEDH valide à nouveau la procédure prévue à l'article L.450-4 du code de commerce telle qu'appliquée concrètement par les agents de l'ADLC, en rappelant qu'à défaut de pouvoir prévenir la saisie de documents étrangers à l'objet de l'enquête et *a fortiori* de ceux relevant de la confidentialité des relations avocat-client, Janssen-Cilag a pu, grâce au recours prévu à cet article, obtenir devant le juge national la restitution de 3 fichiers et disposait en outre de la possibilité de réclamer la restitution de davantage de documents si elle les avait identifiés comme la Cour d'appel de Versailles l'y avait invitée.

Peu importe donc que les messageries aient été techniquement sécables comme le soulevait Janssen-Cilag, tant que cette-dernière disposait *a posteriori* de la possibilité de récupérer les documents couverts par le secret en établissant une liste précise et circonstanciée pour permettre au juge d'apprécier le bien-fondé de sa demande.

⁴ Arrêt de la Cour de cassation du 20 octobre 2010, n°10-81748.

⁵ Arrêt de la Cour de cassation du 30 novembre 2011, n°10-81748.

⁶ Décision de la CEDH du 2 avril 2015, Vinci Construction et GFTM Génie Civil et Services c. France, n°63629/10 et 60567/10.

⁷ Décision de la CEDH du 21 décembre 2010, Société Canal Plus et autres c. France, n°29408/08.



Si l'on peut s'interroger sur l'effectivité de la protection des correspondances avocat-client dans le cadre ainsi validé par la CEDH, on peut également s'inquiéter de l'application de cette solution à d'autres procédures voisines telles que celles de l'article L.16B du livre des procédures fiscales en matière de perquisitions fiscales (et ce d'autant plus qu'elle a déjà été entérinée par la Cour de cassation⁸), de l'article 145 du Code de procédure civile⁹ ou des articles L. 332-1 et suivants du Code de propriété intellectuelle¹⁰.

Dans le cadre de la préparation des sociétés à l'hypothèse de telles « perquisitions administratives » et au vu du raisonnement adopté par l'ensemble des juridictions auxquelles cette question a été soumise, les diligences suivantes paraissent pouvoir être utilement proposées :

- les sociétés doivent mettre en place des processus de classement des documents internes permettant d'identifier aisément ce qui est saisissable et ce qui ne l'est pas. En effet, les juges ont clairement admis une saisie, notamment informatique, « en bloc » dès lors qu'un mécanisme de contrôle *a posteriori* existe ; et
- les sociétés doivent former leurs employés afin qu'ils adoptent le bon comportement en cas d'opérations de visite et saisie (i. e. fiches mémos de type « *dos and don'ts* », formations, mises en situation).

Une fois la perquisition réalisée, la société devra effectuer, sans délai, une revue et un tri de l'ensemble des documents saisis afin d'identifier précisément les pièces se trouvant en dehors du périmètre défini dans le procès-verbal de contrôle et de saisie et d'en solliciter la restitution.

En conclusion, les sociétés et leurs dirigeants doivent adopter un comportement proactif afin que le blanc-seing octroyé par la Cour de cassation, et maintenant par la CEDH, aux agents de l'ADLC de pratiquer des saisies massives et indifférenciées au sein des messageries électroniques des salariés de leur entreprise, n'aboutisse pas à une violation pure et simple de leur droit au respect de la vie privée et plus globalement du secret professionnel.

Pour toutes questions complémentaires sur ce sujet, Hugues VILLEY, Elsa PINON et François DAUBA de BCTG Avocats se tiennent à votre disposition pour y répondre.

L'équipe Droit économique de BCTG Avocats, ayant développé une solide expertise en matière de perquisitions des agents des autorités de concurrence, peut vous assister dans le cadre de ces procédures pour assurer la défense de vos intérêts.

⁸ Arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 2016, n°14-26929.

⁹ L'article 145 du Code de procédure civile permet à une personne de solliciter une saisie avant tout procès afin de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige.

¹⁰ Les articles L. 332-1 et suivants du Code de propriété intellectuelle permettent à un auteur d'une œuvre protégée de solliciter la saisie des objets contrefaisants et d'autres éléments s'y rapportant.

