

## CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M<sup>ME</sup> JULIANE KOKOTT

présentées le 29 avril 2010<sup>1</sup>

### I — Introduction

à trancher dans le cadre du présent pour-voi<sup>4</sup>. Son importance pratique aux fins de l'application et de la mise en œuvre du droit européen de la concurrence ne saurait être sous-estimée; la modernisation des règles de procédure en matière d'ententes opérée par le règlement (CE) n° 1/2003<sup>5</sup> n'altère en rien sa pertinence.

2. La présente affaire trouve son origine dans une perquisition (ce qu'il est convenu d'appeler une «vérification») réalisée en février

1. Un échange interne de vues et d'informations entre la direction d'une société et un avocat interne employé par cette dernière<sup>2</sup> relève-t-il du droit fondamental à la protection des échanges entre un avocat et son client (ou «confidentialité des communications entre avocats et clients»<sup>3</sup>) reconnu par le droit de l'Union européenne? Telle est, en substance, la question que la Cour est appelée

4 — Cette affaire a suscité un vif intérêt en doctrine (voir, parmi tant d'autres, Gray, M., «The Akzo Nobel Judgment of the Court of First Instance», *Irish Journal of European Law* 14 (2007), p. 229 à 242; Prieto, C., «Pouvoirs de vérification de la Commission et protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients», *La semaine juridique — édition générale*, 2007, II-10201, p. 35 à 37; Cheynel, B., «Heurs et malheurs du 'legal privilege' devant les juridictions communautaires», *Revue Lamy de la Concurrence — Droit, Économie, Régulation*, 2008, n° 14, p. 89 à 93; Mykolaitis, D., «Developments of Legal Professional Privilege under the Akzo/Akros Judgment», *International Trade Law and Regulation*, 2008, p. 1 à 6, et Weiß, W., «Neues zum legal professional privilege», *Europarecht*, 2008, p. 546 à 557). Certains semblent avoir attendu un arrêt de la Cour avec une telle impatience qu'un arrêt putatif de la Cour à ce sujet a d'ores et déjà été commenté l'an dernier (Brüssow, R., «Das Anwaltsprivileg des Syndikus im Wirtschaftsstrafverfahren», dans Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins [éd.], *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2009, p. 91 à 106; voir, à ce sujet également, Huff, M., «Recht und Spiel», dans *Frankfurter Allgemeine Zeitung* n° 183, 10 août 2009, p. 28).

5 — Règlement du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1, p. 1).

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — Aux fins des présentes conclusions, j'entends par «avocat interne» un juriste qui travaille en tant que salarié au sein du service juridique d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises et qui, dans le même temps, est inscrit à un barreau conformément à la législation nationale applicable.

3 — «Legal professional privilege» dans la langue de procédure.

2003 par la Commission européenne, en tant qu'autorité de concurrence, dans les locaux des sociétés Akzo Nobel Chemicals Ltd (ci-après «Akzo») et Akcros Chemicals Ltd (ci-après «Akcros») <sup>6</sup>. Au cours de ces opérations, les fonctionnaires de la Commission ont pris copie de certains documents considérés par les représentants d'Akzo et d'Akcros comme insusceptibles d'être saisis au motif qu'ils seraient, selon eux, couverts par la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients.

3. Un litige s'est noué à ce sujet entre les deux entreprises concernées et la Commission. Akzo et Akcros ont saisi le Tribunal de première instance (devenu le Tribunal) de recours dirigés, d'une part, contre la décision de la Commission ordonnant la vérification et, d'autre part, contre la décision de cette dernière de joindre au dossier un certain nombre de documents litigieux. Par arrêt du 17 septembre 2007 <sup>7</sup> (ci-après l'«arrêt attaqué»), le Tribunal a rejeté le premier recours comme irrecevable et le second comme non fondé.

4. La présente procédure de pourvoi porte uniquement sur le point de savoir si c'est à bon droit que le Tribunal a rejeté comme non fondé le second recours. À ce stade de la procédure, seuls deux des documents litigieux retiennent encore l'attention. Il s'agit de courriers électroniques échangés entre

le directeur général d'Akcros et un employé du service juridique d'Akzo, qui était dans le même temps un avocat inscrit au barreau néerlandais.

## II — Cadre juridique

5. Le cadre juridique de la présente affaire résulte du règlement n° 17 du Conseil <sup>8</sup>, dont l'article 14 était ainsi rédigé:

«1. Dans l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par l'article [105 TFUE] et par les prescriptions arrêtées en application de l'article [103 TFUE], la Commission peut procéder à toutes les vérifications nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises.

À cet effet, les agents mandatés par la Commission sont investis des pouvoirs ci-après:

- a) contrôler les livres et autres documents professionnels;

<sup>6</sup> — Ci-après dénommées conjointement les «requérantes».

<sup>7</sup> — Arrêt Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission (T-125/03 et T-253/03, Rec. p. II-3523).

<sup>8</sup> — Règlement du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962, 13, p. 204).

b) prendre copie ou extrait des livres et documents professionnels;

c) demander sur place des explications orales;

d) accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport des entreprises.

### III — Antécédents du litige

#### A — Les vérifications réalisées par la Commission et leurs suites administratives

2. Les agents mandatés par la Commission pour ces vérifications exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit [...]

3. Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux vérifications que la Commission a ordonnées par voie de décision. La décision indique l'objet et le but de la vérification, [...]

[...]»

6. Le règlement n° 1/2003, qui a procédé à la modernisation des règles de procédure en matière d'ententes et abrogé le règlement n° 17, n'est pas applicable *ratione temporis* à la présente affaire, dès lors que les faits à l'origine du litige sont antérieurs au 1<sup>er</sup> mai 2004<sup>9</sup>.

9 — En ce qui concerne l'abrogation du règlement n° 17 par le règlement n° 1/2003, voir article 43, paragraphe 1, en combinaison avec article 45 du règlement n° 1/2003.

7. Il ressort des constatations des faits opérées par le Tribunal<sup>10</sup> que le présent litige s'insère dans le cadre d'une procédure d'enquête diligente par la Commission en tant qu'autorité de concurrence. Au début de l'année 2003, la Commission a adopté une décision<sup>11</sup> ordonnant la réalisation de vérifications au titre de l'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 17 auprès d'Akzo et d'Akros ainsi que de leurs filiales respectives, en vue de rechercher les preuves d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles (ci-après la «décision ordonnant la vérification»). Ladite décision avait pour objet d'ordonner aux sociétés concernées de se soumettre à ces vérifications.

8. Sur le fondement de cette décision ordonnant la vérification, des fonctionnaires de la Commission, assistés de représentants de l'Office of Fair Trading (OFT)<sup>12</sup>, ont effectué, les 12 et 13 février 2003, une vérification dans

10 — Voir, à cet égard, points 1 à 14 de l'arrêt attaqué.

11 — Décision C(2003) 85/4 de la Commission, du 30 janvier 2003, modifiée par la décision C(2003) 559/4, du 10 février 2003.

12 — Autorité britannique de la concurrence.

les locaux d'Akzo et d'Akcros situés à Eccles, Manchester (Royaume-Uni)<sup>13</sup>. Durant cette vérification, les fonctionnaires de la Commission ont pris copie d'un nombre considérable de documents.

suivant en cela la proposition d'Akzo et d'Akcros, a classés en deux catégories (série «A» et série «B»).

9. Au cours de ces opérations, les représentants d'Akzo et d'Akcros ont indiqué aux fonctionnaires de la Commission que certains documents étaient susceptibles d'être couverts par la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients. Les fonctionnaires de la Commission ont alors répondu qu'il leur était nécessaire de consulter sommairement les documents en cause, afin de pouvoir se forger leur propre opinion sur la protection dont lesdits documents devaient éventuellement bénéficier. Au terme d'une longue discussion, et après que les fonctionnaires de la Commission et de l'OFT eurent rappelé aux représentants d'Akzo et d'Akcros les conséquences d'une obstruction à des opérations de vérification, il a été décidé que la responsable de la vérification consulterait sommairement les documents en question, un représentant d'Akzo et d'Akcros se tenant à ses côtés.

11. La série «A» comporte deux documents. Le premier de ces documents est un mémorandum dactylographié de deux pages, daté du 16 février 2000, émanant du directeur général d'Akcros et adressé à l'un de ses supérieurs. Selon les demanderesses au pourvoi, ce mémorandum contiendrait des informations rassemblées par le directeur général lors de discussions internes avec d'autres employés. Ces informations auraient été recueillies afin d'obtenir un avis juridique externe dans le cadre du programme de mise en conformité avec le droit de la concurrence mis en place par Akzo. Le deuxième document est un second exemplaire de ce mémorandum, sur lequel figurent des annotations manuscrites qui se réfèrent à des contacts avec un avocat d'Akzo et d'Akcros, en faisant, notamment, mention de son nom.

10. Durant l'examen des documents en cause, un différend est survenu à propos de plusieurs documents que le Tribunal,

12. Après avoir recueilli les explications des requérantes au sujet de ces deux premiers documents, les fonctionnaires de la Commission n'ont pas été en mesure de parvenir sur-le-champ à une conclusion définitive quant à la protection dont lesdits documents devaient éventuellement bénéficier. Ils en ont donc fait une copie et l'ont placée dans une enveloppe scellée qu'ils ont emportée au terme de leur vérification.

13 — La vérification a eu lieu dans le cadre de l'affaire COMP/38.589 relative à des additifs, plastiques, notamment des stabilisants thermiques; voir, à titre complémentaire, les précisions données par la Commission le 14 février 2003 (MEMO/03/33).

13. La série «B» comporte également plusieurs documents. Il s'agit, d'une part, d'un ensemble de notes manuscrites du directeur général d'Akros, dont les demanderesse au pourvoi soutiennent qu'elles ont été rédigées à l'occasion de discussions avec des employés et utilisées en vue de la rédaction du mémorandum dactylographié constituant la série «A». Il s'agit, d'autre part, de deux courriers électroniques, échangés entre le directeur général d'Akros et M. S., le coordinateur d'Akzo pour le droit de la concurrence. Ce dernier est un avocat inscrit au barreau néerlandais qui, au moment des faits, était membre du service juridique d'Akzo et, en conséquence, employé de façon permanente par cette entreprise.

laquelle elles exposaient les raisons pour lesquelles les documents de la série «A» et ceux de la série «B» étaient, selon elles, protégés par la confidentialité. Par courrier du 1<sup>er</sup> avril 2003, la Commission a informé les entreprises concernées que les arguments présentés dans leur lettre du 17 février 2003 ne lui permettaient pas de conclure que les documents visés étaient effectivement couverts par la confidentialité. Elle leur accordait toutefois la possibilité de présenter des observations sur ces conclusions préliminaires dans un délai de deux semaines, à l'expiration duquel elle adopterait une décision finale.

14. Après avoir revu les documents de la série «B» et recueilli les explications d'Akzo et d'Akros, la fonctionnaire de la Commission responsable de la vérification a considéré que ces documents n'étaient certainement pas protégés par la confidentialité des communications entre avocats et clients. En conséquence, elle en a fait une copie et l'a jointe au reste du dossier, sans l'isoler dans une enveloppe scellée.

16. Par décision du 8 mai 2003<sup>14</sup>, la Commission a rejeté la demande de protection des documents litigieux au titre de la confidentialité des communications entre avocats et clients (ci-après la «décision de rejet»). À l'article 1<sup>er</sup> de cette décision, la Commission rejette la demande des requérantes visant à ce que les documents de la série «A» et de la série «B» leur soient retournés et à ce que la Commission confirme la destruction de toutes les copies de ces documents en sa possession. À l'article 2 de cette même décision, la Commission indique son intention d'ouvrir l'enveloppe scellée contenant les documents de la série «A» et de les joindre au dossier. La Commission précise, néanmoins, qu'elle ne procédera pas à cette opération avant l'expiration du délai de recours contre ladite décision.

15. Le 17 février 2003, Akzo et Akros ont fait parvenir une lettre à la Commission, dans

14 — C(2003) 1533 final.

B — *La procédure contentieuse*

## 1. La procédure devant le Tribunal

17. Akzo et Akcros ont introduit conjointement auprès du Tribunal deux recours en annulation, dont l'un était dirigé contre la décision ordonnant la vérification<sup>15</sup> (affaire T-125/03) et l'autre contre la décision de rejet<sup>16</sup> (affaire T-253/03). En outre, elles ont déposé une demande, sur le fondement des articles 242 CE et 243 CE (devenus articles 278 TFUE et 279 TFUE), visant, notamment, au sursis à l'exécution des deux décisions (affaires T-125/03 R et T-253/03 R).

18. Le 8 septembre 2003, la Commission a fait droit à une demande du président du Tribunal dans le cadre des affaires en référé et lui a communiqué, sous pli confidentiel, une copie des documents de la série «B» ainsi que l'enveloppe scellée contenant les documents de la série «A».

19. Le président du Tribunal a rejeté la demande en référé dans l'affaire T-125/03 R

par ordonnance du 30 octobre 2003<sup>17</sup>, tandis qu'il a accueilli partiellement la demande en référé dans l'affaire T-253/03 R. Ainsi, il a été sursis à l'exécution des dispositions de la décision de rejet du 8 mai 2003 par lesquelles la Commission avait décidé d'ouvrir l'enveloppe scellée contenant les documents de la série «A». En outre, il a été ordonné que ces documents soient conservés au greffe du Tribunal jusqu'à ce que le Tribunal statue sur le recours au principal. De même, le président du Tribunal a pris acte de la déclaration de la Commission selon laquelle elle ne permettrait pas à des tiers d'avoir accès aux documents de la série «B» jusqu'à l'arrêt au principal dans l'affaire T-253/03.

20. Sur pourvoi de la Commission, le président de la Cour a, par ordonnance du 27 septembre 2004<sup>18</sup>, annulé l'ordonnance de référé du président du Tribunal du 30 octobre 2003, dans la mesure où il était sursis à l'exécution de la décision de rejet du 8 mai 2003 et il était décidé de conserver les documents de la série «A» au greffe du Tribunal. Il a toutefois pris acte de la déclaration de la Commission selon laquelle elle ne permettrait pas à des tiers d'avoir accès aux documents de la série «A» jusqu'à l'arrêt au principal dans l'affaire T-253/03.

15 — Voir ci-dessus, point 7 des présentes conclusions.

16 — Voir ci-dessus, point 16 des présentes conclusions.

17 — Ordonnance Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission (T-125/03 R et T-253/03 R, Rec. p. II-4771).

18 — Ordonnance Commission/Akzo et Akcros [C-7/04 P(R), Rec. p. I-8739].

21. Le greffe du Tribunal a alors, par courrier du 15 octobre 2004, retourné à la Commission l'enveloppe scellée contenant les documents de la série «A».

— annuler la décision de rejet, dans la mesure où elle porte refus de restituer la correspondance électronique avec le juriste d'entreprise d'Akzo, et

22. Dans les affaires au principal, le 17 septembre 2007, le Tribunal a rendu l'arrêt attaqué, par lequel il a rejeté le recours en annulation d'Akzo et d'Akcros contre la décision ordonnant la vérification (affaire T-125/03) comme irrecevable et leur recours en annulation contre la décision de rejet (affaire T-253/03) comme non fondé.

— condamner la Commission aux dépens du pourvoi et du recours devant le Tribunal, dans la mesure où ils portent sur le moyen soulevé dans le présent pourvoi.

24. La Commission conclut pour sa part à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le pourvoi;

2. La procédure de pourvoi contre l'arrêt attaqué

— condamner les requérantes aux dépens.

23. Par acte du 30 novembre 2007, Akzo et Akcros ont formé conjointement un pourvoi contre l'arrêt attaqué<sup>19</sup>. Ce pourvoi porte exclusivement sur le point de savoir si les deux courriers électroniques échangés entre le directeur général d'Akcros et M. S. bénéficiaient ou non de la protection de la confidentialité. Les requérantes concluent à ce qu'il plaise à la Cour:

25. La procédure écrite devant la Cour a été suivie d'une audience de plaidoiries, qui s'est déroulée le 9 février 2010.

— annuler l'arrêt attaqué, dans la mesure où il a rejeté la demande de protection du secret des communications avec le conseil juridique interne d'Akzo;

3. Autres parties à la procédure et nouvelles parties intervenantes

26. En première instance déjà, le Tribunal avait admis les associations suivantes à intervenir au soutien des conclusions d'Akzo et d'Akcros dans les affaires T-125/03 et

<sup>19</sup> — Envoyé en un premier temps par télécopie, l'original du pourvoi a été déposé au greffe de la Cour le 8 décembre 2007.

T-253/03<sup>20</sup>: le Conseil des barreaux européens (ci-après le «CCBE»), Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (conseil de l'ordre néerlandais des avocats, ci-après «Arnova»), European Company Lawyers Association (association européenne des juristes d'entreprise, ci-après «ECLA»), American Corporate Counsel Association — European Chapter (section européenne de l'association américaine des conseils d'entreprise, ci-après «ACCE») et International Bar Association (association internationale des barreaux, ci-après «IBA»). Ces associations participent désormais également à la présente procédure de pourvoi, en tant qu'*autres parties à la procédure*, et soutiennent les conclusions d'Akzo et d'Akcros.

28. En revanche, le président de la Cour a rejeté les demandes des organismes suivants tendant à être admis à intervenir au soutien des conclusions d'Akzo et d'Akcros, au motif que ces organismes n'auraient pas justifié d'un intérêt légitime à la solution du litige (article 40, deuxième alinéa, du statut de la Cour de justice)<sup>22</sup>: Association of General Counsel and Company Secretaries of the FTSE 100 (GC 100), Chamber of Commerce of the United States of America (CCUSA, chambre de commerce des États-Unis d'Amérique), International Chamber of Commerce (ICC, chambre de commerce internationale), American Bar Association (ABA, association du barreau américain), Law Society of England and Wales (LSEW) et United States Council for International Business (USCIB).

27. En outre, conformément à l'article 40, premier alinéa, du statut de la Cour de justice et à l'article 93, paragraphe 1, du règlement de procédure lu en combinaison avec l'article 123 dudit règlement, le président de la Cour a admis les États membres qui suivent à *intervenir* dans la procédure de pourvoi au soutien des conclusions d'Akzo et d'Akcros<sup>21</sup>: l'Irlande, le Royaume des Pays-Bas et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

29. Le Tribunal avait déjà rejeté, en première instance, les demandes de deux autres organismes tendant à être admis à intervenir au soutien des conclusions d'Akzo et d'Akcros dans les affaires T-125/03 et T-253/03<sup>23</sup>: European Council on Legal Affairs (conseil européen des affaires juridiques) et Section on Business Law of the International Bar

20 — Ordonnances du président de la cinquième chambre du Tribunal du 4 novembre 2003 et du 10 mars 2004; ordonnance du président de la première chambre du Tribunal du 26 février 2007.

21 — Ordonnance du président de la Cour du 8 juillet 2008, Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission e.a. (C-550/07 P, non publiée au Recueil).

22 — Voir les six ordonnances du président de la Cour du 5 février 2009, Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission e.a. (C-550/07 P, non publiées au Recueil), ainsi que l'ordonnance du 17 novembre 2009, Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission e.a. (C-550/07 P, non publiée au Recueil), par laquelle il a statué sur la nouvelle demande introduite par Law Society of England and Wales (LSEW).

23 — Ordonnances du Tribunal (cinquième chambre) du 28 mai 2004.



Association (section du droit des affaires de l'association internationale des barreaux).

litigieux dans ladite décision du 11 novembre 2009 infligeant des amendes.

#### C — La clôture ultérieure de la procédure administrative par la Commission

30. Ainsi que la Commission l'a indiqué à la Cour après la clôture de la procédure écrite dans la présente affaire, la procédure administrative qui a donné lieu aux vérifications réalisées en 2003 dans les locaux d'Akzo et d'Akcros s'est depuis lors achevée. Par une décision du 11 novembre 2009, adoptée sur le fondement des dispositions combinées de l'article 81 CE et des articles 7 et 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, la Commission a infligé des amendes d'un montant total de 173 860 400 euros à 24 producteurs d'additifs plastiques<sup>24</sup>. Parmi les destinataires de cette destination figurent notamment, outre Akcros, plusieurs sociétés du groupe Akzo Nobel, mais pas la société Akzo Nobel Chemicals Ltd.

31. La Commission a indiqué, sans être contredite sur ce point, qu'elle ne s'était *pas* fondée sur les deux courriers électroniques

24 — Affaire COMP/38.589 — «stabilisants thermiques»; voir, à ce sujet, communiqué de presse de la Commission du 11 novembre 2009 (IP/09/1695).

#### IV — Appréciation juridique

32. Dans leur pourvoi, Akzo et Akcros n'évoquent pas l'intégralité des thèmes qui formaient l'objet de la procédure de première instance. Dans le cadre de la procédure de pourvoi, le débat juridique ne porte plus que sur une partie des documents de la série «B», à savoir sur les deux courriers électroniques échangés entre M. S. et le directeur général d'Akcros, dont la Commission a versé des copies au dossier à la suite des vérifications.

##### A — Intérêt à agir

33. Avant d'examiner au fond le pourvoi, il convient de vérifier si Akzo et Akcros disposent d'un intérêt à agir en l'espèce.

34. L'exigence d'un intérêt à agir garantit au niveau procédural que les tribunaux ne seront pas saisis aux fins de clarification à titre d'avis de questions juridiques purement théoriques. L'intérêt à agir est donc une condition de recevabilité absolue qui doit être examinée d'office et qui peut être pertinente à

différents stades de la procédure. Ainsi, il doit y avoir, sans le moindre doute, un intérêt à agir dès l'instant où un recours ou un pourvoi est introduit; l'intérêt à agir doit cependant également exister au-delà de ce moment, et ce jusqu'à ce que le juge statue au fond<sup>25</sup>.

35. Il y a un intérêt à agir tant que le pourvoi peut procurer, par son résultat, un bénéfice à la partie qui l'a intenté<sup>26</sup>.

36. En l'espèce, la Commission a exprimé deux séries de doutes quant à l'existence d'un intérêt à agir. D'une part, les deux courriers électroniques, qui seraient désormais l'unique objet du litige, ne seraient d'emblée pas couverts par la confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients, car ils n'auraient pas été rédigés dans le cadre de l'exercice des droits de la défense. D'autre part, la décision au principal infligeant des amendes aurait été adoptée entre-temps, en l'occurrence le 11 novembre 2009; or la

Commission ne se serait pas fondée sur les deux courriers électroniques litigieux dans ladite décision, de sorte que l'intérêt à agir d'Akzo et d'Akcros aurait disparu au plus tard à ce moment-là.

37. Aucune des deux objections formulées par la Commission n'apparaît fondée.

38. S'agissant du premier argument, le point de savoir si c'est à bon droit que le Tribunal a refusé de faire bénéficier les deux documents en question de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients est une question qui relève non pas de la recevabilité, mais du bien-fondé du pourvoi. L'intérêt à agir des deux requérantes ne pourrait faire défaut que s'il était manifeste que les deux courriers électroniques échangés entre M. S. et le directeur général d'Akcros n'étaient aucunement susceptibles d'être couverts à quelque titre que ce soit, en raison de leur contenu, par la confidentialité des communications entre avocats et clients. Or, l'arrêt attaqué ne comporte aucune constatation de fait quant au contenu de ces courriers électroniques et aux circonstances dans lesquelles ils ont été envoyés, dès lors que l'approche retenue par le Tribunal n'exigeait pas qu'il se prononçât à cet égard. En conséquence, l'existence d'un intérêt à agir ne saurait être exclue d'emblée dans le cadre du présent pourvoi. Au stade actuel de la procédure, tout examen plus poussé du contenu et des circonstances ayant entouré l'envoi des deux courriers électroniques en question

25 — S'agissant de l'exigence d'un intérêt à agir dans le cadre d'une procédure de pourvoi, voir arrêt du 19 octobre 1995, *Rendo e.a./Commission* (C-19/93 P, Rec. p. I-3319, point 13), et point 74 de mes conclusions du 13 décembre 2007 dans l'affaire *Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala* (arrêt du 10 juillet 2008, C-413/06 P, Rec. p. I-4951).

26 — Arrêts *Rendo e.a./Commission* (précité à la note 25, point 13); du 13 juillet 2000, *Parlement/Richard* (C-174/99 P, Rec. p. I-6189, point 33); du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil* (C-50/00 P, Rec. p. I-6677, point 21); du 3 avril 2003, *Parlement/Samper* (C-277/01 P, Rec. p. I-3019, point 28); du 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e.a./Commission* (C-97/08 P, Rec. p. I-8237, point 33), et du 17 septembre 2009, *Commission/Koninklijke FrieslandCampina* (C-519/07 P, Rec. p. I-8495, point 63).

impliquerait nécessairement une confusion entre questions de recevabilité et questions de fond, et n'apparaît pas utile pour des raisons d'économie de la procédure également.

39. Le second argument invoqué par la Commission, selon lequel l'adoption de la décision infligeant des amendes le 11 novembre 2009 aurait fait disparaître l'intérêt des requérantes à la poursuite de la présente procédure, apparaît tout aussi peu pertinent.

40. En effet, interrogée sur ce point lors de l'audience, la Commission a dû reconnaître qu'une des deux requérantes dans la présente affaire, à savoir Akzo, n'était pas destinataire de la décision infligeant des amendes du 11 novembre 2009. L'intérêt à agir de cette société n'était donc assurément pas susceptible d'être affecté par la décision en question. Cette seule circonstance permet de conclure qu'il n'est plus nécessaire d'examiner l'intérêt à agir d'Akcros, la seconde requérante, dès lors qu'il s'agit d'un pourvoi formé conjointement<sup>27</sup>.

41. En tout état de cause, la protection juridique des entreprises concernées à l'égard de perquisitions ne saurait dépendre du point de savoir si la Commission s'est ou non basée, dans une décision ultérieure infligeant des amendes, sur un document susceptible de

bénéficier de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients. Une éventuelle violation de la confidentialité des communications entre avocats et clients lors de vérifications constitue une atteinte sérieuse à un droit fondamental qui intervient non pas lorsque la Commission se base dans une décision au fond sur un document protégé, mais dès le moment où un fonctionnaire de la Commission saisit le document ou une copie de ce dernier. En conséquence, cette atteinte à un droit fondamental ne disparaît pas ou n'est pas «couverte» lorsque la Commission n'utilise finalement pas le document en question à titre de preuve. Au contraire, l'atteinte à un droit fondamental se poursuit tant que la Commission détient le document ou une copie de ce dernier. L'entreprise concernée conserve durant toute cette période son intérêt à agir à l'encontre de la mesure en question<sup>28</sup>.

42. À cet égard, il y a lieu de se référer au principe de protection juridictionnelle effective qui constitue, en vertu d'une jurisprudence constante, un principe général du droit communautaire<sup>29</sup>, et découle des traditions constitutionnelles communes aux

27 — Voir, en ce sens, arrêt du 24 mars 1993, CIRFS e.a./Commission (C-313/90, Rec. p. I-1125, points 30 et 31).

28 — Lorsque des agents de la Commission ont pris connaissance de la teneur du document, l'atteinte à un droit fondamental peut alors subsister au-delà de la restitution ou de la destruction dudit document. L'intérêt à agir subsiste alors également.

29 — Arrêts du 15 mai 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651, points 18 et 19); Unión de Pequeños Agricultores/Conseil (précité note 26, point 39); du 13 mars 2007, Unibet (C-432/05, Rec. p. I-2271, point 37), et du 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission (C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-6351, point 335).

États membres, ainsi que des articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>30</sup>. Ce principe a désormais été également repris à l'article 47, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>31</sup>. Ladite charte a valeur contraignante depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (article 6, paragraphe 1, TUE), de sorte que la question de savoir si les requérantes disposent encore d'un intérêt à agir doit être tranchée au stade actuel de la procédure au regard de ses dispositions.

43. Les entreprises dont les locaux font l'objet d'une vérification de la part de la Commission doivent pouvoir saisir un tribunal tant au sujet de la décision ordonnant ladite vérification qu'au sujet des différents actes réalisés au cours de la vérification, afin que celui-ci s'assure de manière exhaustive et effective de leur légalité.

44. Lors de vérifications, les agents de la Commission saisissent généralement un

grand nombre de documents (ou de copies). Il est inévitable qu'un examen plus poussé desdits documents révèle que certains documents, à première vue pertinents, ne constituent pas des moyens de preuve valables. Il peut également advenir qu'une procédure pour infraction engagée dans un premier temps à l'encontre de certaines entreprises fasse l'objet d'une décision de clôture faute de preuve au vu des résultats d'une vérification. Si, dans de telles hypothèses, les entreprises concernées n'avaient pas accès aux juridictions de l'Union européenne afin de faire contrôler la légalité de la vérification ou d'actes déterminés en relation avec celle-ci, un vide juridique en matière de protection juridictionnelle s'ensuivrait.

45. Les requérantes disposent donc encore d'un intérêt à la poursuite de la procédure. Leur pourvoi est recevable.

## B — *Appréciation du pourvoi quant au fond*

30 — Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la «CEDH»). Selon une jurisprudence constante, la CEDH revêt une signification particulière en vue de déterminer la norme commune en matière de droits fondamentaux au niveau de l'Union européenne; voir, parmi tant d'autres, arrêt du 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.* (C-305/05, Rec. p. I-5305, point 29 et références citées); voir également article 6, paragraphe 3, TUE.

31 — La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été proclamée une première fois le 7 décembre 2000 à Nice (JO C 364, p. 1), avant d'être une nouvelle fois proclamée le 12 décembre 2007 à Strasbourg (JO C 303, p. 1).

46. Akzo et Akros font valoir trois moyens au soutien de leur pourvoi, qui sont dirigés contre les points 165 à 185 de l'arrêt attaqué. Les requérantes font, en substance, valoir que c'est à tort que le Tribunal aurait refusé de faire bénéficier la correspondance interne échangée avec l'avocat interne de la

protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients.

et 3, sous c), de la CEDH<sup>35</sup> (droit à un procès équitable), ainsi que de l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>36</sup> (respect des communications) lu en combinaison avec les articles 47, paragraphes 1 et 2, deuxième phrase, et 48, paragraphe 2, de ladite charte (droit de se faire conseiller, défendre et représenter, respect des droits de la défense).

47. La protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients constitue, en droit de l'Union, un principe général de droit ayant valeur de droit fondamental. Cela résulte, d'une part, des principes communs aux droits des États membres<sup>32</sup>: la confidentialité des communications entre avocats et clients est actuellement reconnue dans l'ensemble des 27 États membres de l'Union européenne: si, parfois, sa protection résulte uniquement de la jurisprudence<sup>33</sup>, elle est consacrée le plus souvent au niveau législatif, voire au niveau constitutionnel<sup>34</sup>. La protection de la confidentialité entre avocats et clients est, d'autre part, également susceptible d'être tirée de l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH (respect de la correspondance) en combinaison avec l'article 6, paragraphes 1

48. Le principe de confidentialité a pour fonction de protéger les échanges entre un client et son avocat indépendant. Il constitue, d'une part, un complément nécessaire au respect des droits de la défense reconnus au client<sup>37</sup> et procède, d'autre part, du rôle de l'avocat, considéré comme «collaborateur de

32 — Voir déjà arrêt du 18 mai 1982, *AM & S Europe/Commission*, dit «AM & S» (155/79, Rec. p. 1575, notamment point 18). Voir, également, point 182 des conclusions de l'avocat général Léger rendues le 10 juillet 2001 dans l'affaire *Wouters e.a.* (arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Rec. p. I-1577) et point 39 des conclusions de l'avocat général Poiares Maduro du 14 décembre 2006 dans l'affaire *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.* (précitée note 30). Voir encore ordonnance du Tribunal du 4 avril 1990, *Hilti/Commission* (T-30/89, Rec. p. II-163, points 13 et 14).

33 — Tel est le cas au Royaume-Uni et en Irlande, où les systèmes juridiques sont inspirés du «common law».

34 — La protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients a rang constitutionnel, notamment, en Bulgarie (article 30, paragraphe 5, de la Constitution bulgare) et en Espagne (article 24, paragraphe 2, de la Constitution espagnole); elle est rattachée à des dispositions légales ayant valeur constitutionnelle, en particulier, en Italie, au Portugal, en Roumanie, ainsi qu'en Suède.

35 — La Cour européenne des droits de l'homme ne se réfère toutefois, dans sa jurisprudence, généralement qu'au seul article 8 de la CEDH. Voir, par exemple, *Cour eur. D. H., arrêts Campbell c. Royaume-Uni* du 25 mars 1992, série A n° 233; *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, série A n° 251 B; *Foxley c. Royaume-Uni* du 20 septembre 2000 (requête n° 33274/96); *Smirnov c. Russie* du 7 juin 2007, *Recueil des arrêts et décisions* 2007-VII, et *André e.a. c. France* du 24 juillet 2008, sélectionné pour publication dans le *Recueil des arrêts et décisions*. Il arrive que le rapport à l'article 6 de la CEDH soit reconnu (voir *Cour eur. D. H., arrêts précités Niemietz c. Allemagne*, § 37, et *Foxley c. Royaume-Uni*, § 50).

36 — Au moment où les décisions litigieuses de la Commission ont été adoptées, la charte des droits fondamentaux n'avait certes pas un effet juridique contraignant comparable à celui du droit primaire, mais elle fournissait, en tant que source d'interprétation du droit, un éclairage sur les droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union (voir, parmi tant d'autres, arrêt du 27 juin 2006, *Parlement/Conseil*, dit «Regroupement familial», C-540/03, Rec. p. I-5769, point 38, et point 108 de mes conclusions du 8 septembre 2005 dans cette affaire, ainsi qu'arrêt *Unibet*, précité note 29, point 37).

37 — Arrêt *AM & S* (précité note 32, points 20 et 23); dans le même sens, *Cour eur. D. H., arrêt André e.a. c. France* (précité note 35, § 41).

la justice»<sup>38</sup>, qui est appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin<sup>39</sup>.

49. Si l'avocat, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de sa préparation, était obligé de coopérer avec les pouvoirs publics en leur transmettant des informations obtenues lors des consultations juridiques ayant eu lieu dans le cadre d'une telle procédure, celui-ci ne serait pas en mesure d'assurer sa mission de conseil, de défense et de représentation de son client de manière adéquate, et ce dernier serait par conséquent privé des droits qui lui sont conférés par l'article 6 de la CEDH, ainsi que par les articles 47 et 48 de la charte des droits fondamentaux<sup>40</sup>.

50. En espèce, aucune partie ne conteste sérieusement l'existence elle-même du principe de confidentialité. La portée de la protection qui découle de la confidentialité des communications entre avocats et clients fait, en revanche, l'objet d'une vive controverse.

38 — En allemand, il est plus usuel de se référer à l'avocat en tant que «Organ der Rechtspflege» (autorité judiciaire, agent de la justice). Il n'en découle, toutefois, aucune différence de fond qui serait pertinente aux fins de la présente affaire par rapport à l'expression «Mitgestalter der Rechtspflege» (collaborateur de la justice) utilisée par la Cour dans l'arrêt AM & S.

39 — Arrêt AM & S (précité note 32, points 20, 23 et 24); dans le même sens, Cour eur. D. H., arrêt Niemietz c. Allemagne (précité note 35, § 37).

40 — Arrêt Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a. (précité note 30, point 32).

Il s'agit concrètement de déterminer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, en droit de l'Union, la correspondance échangée entre une entreprise et des avocats internes, employés par ladite entreprise ou le groupe auquel elle appartient, relève de la protection conférée par le principe de confidentialité. C'est de cela que dépend au final l'étendue des pouvoirs de vérification reconnus à la Commission dans le cadre de procédures en matière d'ententes par l'article 14 du règlement n° 17 (à l'avenir par les articles 20 et 21 du règlement n° 1/2003<sup>41</sup>).

1. Sur la portée du principe de confidentialité et sur la prétendue violation du principe d'égalité (premier moyen)

51. Les requérantes s'appuient, avant tout, sur leur premier moyen. Dans ce moyen, Akzo et Akcros font grief au Tribunal d'avoir fait une interprétation incorrecte du principe de confidentialité tel qu'il a été dégagé par la Cour dans l'arrêt AM & S<sup>42</sup>, en violation du principe général d'égalité.

41 — Les pouvoirs d'inspection reconnus à la Commission dans les procédures européennes de concentration par l'article 13 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises («le règlement CE sur les concentrations», JO L 24, p. 1), sont analogues à ceux résultant de l'article 20 du règlement n° 1/2003 et d'une intensité à peine plus faible.

42 — Précité au point 32.

a) Sur la portée du principe de confidentialité selon l'arrêt AM & S (première partie du premier moyen)

52. Dans la première partie du premier moyen<sup>43</sup>, Akzo et Akcros font valoir, avec le soutien de plusieurs autres parties à la procédure, que le Tribunal aurait donné, à tort, une interprétation purement littérale de l'arrêt AM & S de la Cour, au lieu d'en faire une interprétation et une application conformes à sa finalité. Si le Tribunal avait procédé à une «interprétation téléologique» de l'arrêt AM & S, il aurait dû, selon les requérantes, parvenir à la conclusion que l'échange litigieux de courriers électroniques avec l'avocat interne d'Akzo, M. S., était couvert par le principe de confidentialité.

53. Il convient, tout d'abord, d'approuver le Royaume-Uni en ce qu'il observe que l'arrêt AM & S ne constitue pas un acte normatif. Dès lors, on peut s'interroger d'emblée sur le point de savoir si les requérantes peuvent utilement se référer en l'espèce aux différentes méthodes d'interprétation, littérale ou téléologique. Il n'apparaît toutefois pas nécessaire de se prononcer à cet égard, dès lors qu'Akzo et Akcros font en réalité grief au Tribunal d'avoir méconnu la portée du principe de confidentialité, tel qu'il a été dégagé dans l'arrêt AM & S. C'est ce grief que je me propose d'examiner ci-après.

54. Dans l'arrêt AM & S, la Cour a reconnu que la «confidentialité de la correspondance entre les avocats et leurs clients» devait également faire l'objet d'une protection au niveau de la Communauté (désormais: au niveau de l'Union). La Cour subordonna le bénéfice de cette protection à deux conditions cumulatives («critères») qu'elle a tirées d'une comparaison entre les ordres juridiques de l'ensemble des États alors membres<sup>44</sup>:

- d'une part, l'échange avec l'avocat doit être lié à l'exercice des droits de la défense du client: il doit s'agir d'une «correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client» (*lien avec l'exercice des droits de la défense*);
- d'autre part, il doit s'agir d'un échange avec un avocat indépendant, c'est-à-dire d'un avocat «non lié au client par un rapport d'emploi» (*indépendance de l'avocat*).

55. Les parties à la procédure s'accordent sur le fait que le litige qui les oppose ne porte plus, au stade actuel, que sur le second critère, c'est-à-dire celui de l'indépendance de l'avocat avec lequel l'échange a lieu<sup>45</sup>. En revanche, leurs divergences sont profondes quant à l'interprétation à donner audit critère de

44 — Arrêt précité note 32, points 21 et 22.

45 — Dans la mesure où la Commission s'interroge en l'espèce sur l'existence du lien avec l'exercice des droits de la défense, cela n'a trait qu'à l'*intérêt à agir* des requérantes; voir, à cet égard, ci-dessus points 33 à 45 des présentes conclusions.

43 — J'entends par là les points 10 à 43 du pourvoi.

l'indépendance. Lors de l'audience en particulier, chaque partie a reproché à la partie opposée d'adopter une approche excessivement formaliste et de perdre de vue les principes qui sous-tendent le critère de l'indépendance.

telles qu'elles s'appliquaient en l'espèce à M. S., étaient, selon elles, particulièrement importantes.

56. Contrairement à la Commission, les requérantes, les parties intervenues à leur soutien et les autres parties à la procédure considèrent que le critère de l'indépendance de l'avocat ne saurait être interprété *de manière négative* comme excluant les avocats internes, mais devrait l'être *de manière positive* comme se référant aux règles de déontologie et de discipline professionnelles qui s'appliquent, en principe, à tout juriste inscrit au barreau<sup>46</sup>. Ces parties font valoir qu'un juriste d'entreprise qui serait inscrit en tant qu'avocat au barreau serait, du seul fait de ses obligations de déontologie et de discipline professionnelles, tout aussi indépendant qu'un avocat externe qui exercerait ses activités en tant que travailleur indépendant ou travailleur salarié au sein d'un cabinet. Les garanties d'indépendance d'un «advocaat in dienstbetrekking» en droit néerlandais<sup>47</sup> (également dénommé «Cohen advocaat»<sup>48</sup>),

57. Je ne puis me rallier à cette argumentation.

58. Il ressort sans ambiguïté de l'arrêt AM & S que l'exigence d'indépendance implique l'absence de tout rapport d'emploi entre l'avocat en question et son client. Cette précision explicite apportée à deux reprises dans les motifs de l'arrêt<sup>49</sup> aurait été inutile si la Cour avait entendu admettre se contenter de la simple inscription formelle au barreau et des obligations de déontologie et de discipline professionnelles qui s'ensuivent comme garantie d'indépendance d'un juriste.

59. Dans l'arrêt AM & S, la Cour a donc délibérément interprété le principe de confidentialité en ce sens que sa protection ne s'étend pas aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes. Cela ressort particulièrement clairement d'une comparaison entre l'arrêt et les conclusions de l'avocat général Sir Gordon Slynn: en se fondant sur la position du juriste d'entreprise qui avait fait l'objet de longs débats dans l'affaire en question, l'avocat général a plaidé avec force pour que le principe de confidentialité s'étende à des avocats «qualifiés

46 — L'Irlande semble vouloir aller plus loin encore en étendant la protection de la confidentialité aux juristes d'entreprise dont l'indépendance serait assurée uniquement par des dispositions du droit du travail (point 12 du mémoire en intervention).

47 — Littéralement «avocat dans un rapport d'emploi», soit un avocat salarié.

48 — La dénomination «Cohen advocaat» est tirée du nom du président du groupe de travail qui avait été installé en prélude à la réforme du droit néerlandais relatif au statut professionnel des avocats.

49 — Arrêt précité note 32, points 21 et 27.



professionnellement et soumis à la discipline professionnelle qui sont employés à plein temps [...] dans les services juridiques d'entreprises privées»<sup>50</sup>. Or, la Cour ne s'est pas ralliée à cette thèse dans l'arrêt AM & S.

est plus difficile à un avocat interne qu'à un avocat externe de remédier efficacement à d'éventuels conflits d'intérêts entre ses obligations professionnelles et les objectifs poursuivis par son client ainsi que les souhaits de ce dernier.

60. Au contraire, la notion d'indépendance de l'avocat est définie *non seulement de manière positive* — par une référence à la discipline professionnelle<sup>51</sup> —, *mais également de manière négative* — en soulignant l'absence de rapport d'emploi<sup>52,53</sup>. Ce n'est que lorsqu'un juriste est soumis, en tant qu'avocat, à la discipline professionnelle *et* qu'il ne se trouve pas non plus dans un rapport d'emploi avec son client que les échanges entre ceux-ci sont protégés par le principe de confidentialité en droit de l'Union.

62. L'indépendance insuffisante d'un avocat interne ressort, en premier lieu, du fait que celui-ci, en tant que travailleur salarié, est dans de nombreux cas soumis aux instructions de son employeur et qu'il est, en tout état de cause, intégré aux structures de l'entreprise et/ou du groupe. Pour reprendre les termes utilisés par le Tribunal, l'avocat interne dépend «structurellement, hiérarchiquement et fonctionnellement»<sup>54</sup> de son employeur, alors que tel n'est pas le cas d'un avocat externe à l'égard de son client.

61. Cette thèse s'articule autour de l'idée qu'un avocat interne, en dépit de son inscription au barreau et de la soumission aux règles professionnelles qui s'ensuit, ne jouit pas du *même degré d'indépendance* à l'égard de son employeur que celle d'un avocat exerçant ses activités dans un cabinet externe à l'égard de son client. Dans de telles circonstances, il

63. Les requérantes et certaines autres parties à la procédure objectent que le droit néerlandais prévoit qu'un «advocaat in dienstbetrekking» tel M. S. n'est expressément soumis à aucun ordre de son employeur, en ce qui concerne ses activités de conseil juridique. À cet effet, l'entreprise et son avocat interne concluraient un accord spécifique<sup>55</sup> qui serait soumis à la surveillance de l'ordre néerlandais des avocats. Des désaccords portant sur les modalités ou la teneur des conseils

50 — Conclusions de l'avocat général Sir Gordon Slynn présentées le 26 janvier 1982 dans l'affaire AM & S (précitée note 32, Rec. p. 1655).

51 — Arrêt AM & S (précité note 32, point 24).

52 — Ibidem, points 21 et 27.

53 — Voir, également, point 181 des conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire Wouters e.a. (précitée note 32): «[L'indépendance de l'avocat] se manifeste également à l'égard du client qui ne peut devenir l'employeur de son avocat».

54 — Point 168 de l'arrêt attaqué.

55 — Il s'agit de ce qu'il est convenu d'appeler le «professioneel statuut voor de advocaat in dienstbetrekking» (statut professionnel de l'avocat salarié).

juridiques de l'avocat interne n'autoriseraient pas l'employeur à faire usage de son pouvoir disciplinaire à l'égard de l'avocat interne et, à plus forte raison encore, à mettre fin au rapport d'emploi. En cas de divergence d'opinion, il serait possible de saisir le Raad van Toezicht mis en place par l'ordre néerlandais des avocats, un organe de surveillance à caractère professionnel, d'une part, et les juridictions étatiques, d'autre part.

64. L'exemplarité de telles précautions est incontestable. Elles renforcent la position de l'avocat interne au sein de l'entreprise dans laquelle il travaille. Il n'en demeure pas moins qu'elles ne sont pas aptes à assurer à l'avocat interne une indépendance comparable à celle d'un avocat externe. En effet, ce ne sont guère que des mots. Quand bien même une entreprise s'engagerait donc par écrit à ne pas donner d'instructions de fond à son avocat interne, il n'est pas pour autant garanti que la relation entre l'avocat interne et son employeur demeure au quotidien réellement exempte de pressions et d'interventions directes ou indirectes. La possibilité, pour un avocat interne, de livrer un avis juridique véritablement en toute indépendance dépend plutôt, dans chaque cas d'espèce, du comportement et de la bienveillance de son employeur.

65. Indépendamment de cela, on peut s'interroger sur la possibilité d'organiser, en pratique, une réponse appropriée à chaque fois qu'un employeur porte atteinte, délibérément ou non, à l'indépendance de son

avocat interne. En effet, les intéressés seront sans doute peu enclins à se laisser entraîner dans une escalade lors de chaque conflit et de remettre ainsi, à chaque fois, en cause les éléments nécessaires à la poursuite de leur collaboration. De surcroît, le danger est bien réel de voir un avocat interne livrer à son employeur, de sa propre initiative et par anticipation, un avis juridique de complaisance.

66. Même à supposer, avec les requérantes, que des précautions telles celles imposées par le droit néerlandais puissent être efficaces, cela ne modifie en rien la dépendance économique existant en général dans le chef de l'avocat interne à l'égard de son employeur. Cette question a suscité un débat animé entre les parties à la procédure, au cours de la procédure écrite et davantage encore lors de l'audience<sup>56</sup>.

67. Il est certes vrai que l'avocat externe se trouve également, dans une certaine mesure, dans une situation de dépendance économique à l'égard de son client. Lorsqu'un client n'est pas satisfait des conseils juridiques ou de la défense qui lui ont été prodigués par un avocat externe, il lui est loisible de mettre fin à son mandat ou, le cas échéant, de ne plus le mandater à l'avenir. À la différence de l'avocat interne, l'avocat externe ne bénéficie, à cet égard, d'aucune protection contre

56 — Ces discussions ont principalement porté sur les divergences d'opinion entre les parties à propos des incitations («incentive structure») en ce qui concerne l'activité respective d'avocats internes et d'avocats externes.

le licenciement. L'indépendance d'avocats qui tirent la majeure partie de leurs revenus d'activités de conseil ou de contentieux pour un nombre limité de clients importants est susceptible d'être sérieusement menacée de ce fait.

68. Or, une telle situation de menace présente et conserve un caractère plutôt exceptionnel, s'agissant d'avocats externes, et ne correspond pas à la situation normale d'un avocat exerçant à titre indépendant ou d'une société d'avocats indépendante. Un avocat indépendant exerce, en général, ses activités pour de nombreux clients. Dès lors, en cas de conflit entre ses obligations professionnelles et les objectifs poursuivis par son client ainsi que les souhaits de ce dernier, il lui est plus facile de dénoncer, le cas échéant de sa propre initiative, son mandat, afin de préserver son indépendance.

69. Il en va toutefois différemment pour un avocat interne. En tant que salarié, il est normal, et non exceptionnel, qu'il se trouve dans une situation de complète dépendance économique à l'égard de son employeur, duquel il perçoit la majeure partie de ses revenus sous forme de salaires. Pour autant que les règles professionnelles nationales l'autorisent à traiter des mandats externes en sus

de son activité salariée<sup>57</sup>, les revenus tirés de ces mandats devraient rester négligeables, sans remettre en cause sa dépendance économique à l'égard de son employeur. La dépendance économique d'un avocat interne à l'égard de son employeur est donc, en général, sans commune mesure avec celle d'un avocat externe à l'égard de son client. Cette dépendance économique n'est pas davantage remise en cause par le fait, souligné par certaines parties à la procédure, que les avocats internes bénéficient de la protection du droit du travail en matière de licenciement.

70. À la dépendance économique de l'avocat interne à l'égard de son employeur vient s'ajouter une *identification personnelle* à l'entreprise en question ainsi qu'à sa politique et à sa stratégie bien plus grande que celle susceptible de se produire dans le chef d'avocats externes, s'agissant des activités de leurs clients.

71. Tant la dépendance économique bien plus grande de l'avocat interne que son identification sans commune mesure avec son mandataire, en l'occurrence son employeur, plaident à l'encontre d'une insertion de l'avocat interne dans le champ de la protection de la confidentialité, en ce qui concerne

57 — Tel est notamment le cas en Allemagne. Selon les indications données à la Cour au cours de la procédure orale, une activité d'un «advocaat in dienstbetrekking» pour des clients externes est autorisée aux Pays-Bas également.

les échanges internes à l'entreprise ou au groupe<sup>58</sup>.

72. En conséquence, il convient de rejeter l'argumentation développée à cet égard par les requérantes et par les autres parties intervenues à leur soutien.

73. Certaines parties à la procédure, au premier rang desquelles figurent le gouvernement néerlandais et Arnova, objectent qu'il serait disproportionné de refuser d'une manière générale le bénéfice de la protection de la confidentialité aux échanges avec des avocats internes. Ces parties font valoir que, à titre de « mesure moins contraignante », la Commission pourrait s'assurer dans chaque cas d'espèce que le juriste d'entreprise satisfasse à l'exigence d'indépendance. À cet effet, celle-ci pourrait prendre langue avec les autorités nationales. Le gouvernement néerlandais et Arnova semblent partir de l'hypothèse que l'obtention d'un avis général sur les règles professionnelles applicables dans l'État membre concerné suffirait à trancher la question de l'indépendance d'un juriste d'entreprise.

58 — Il n'en va différemment que pour autant qu'un avocat salarié exerce des activités pour des clients externes, qui ne sont pas liés à son employeur, en sus de celles au sein du service juridique d'une entreprise ou d'un groupe. Les échanges avec de tels clients externes bénéficient de la protection de la confidentialité, puisque l'avocat salarié est indépendant à leur égard.

74. Or, cette argumentation ne saurait pas davantage prospérer. Ainsi que cela a déjà été évoqué, le point de savoir si un avocat interne est en mesure de livrer des conseils juridiques en toute indépendance ou, au contraire, est exposé à des pressions et à des interventions dépend, avant tout, de la pratique ayant cours au quotidien dans l'entreprise en question. À cet égard, un examen abstrait des dispositions en vigueur dans l'État membre en question n'est pas, à lui seul, déterminant, dès lors qu'il n'en ressort aucune indication sur la réalité des relations de travail au sein de l'entreprise concernée ni sur la dépendance économique ou encore sur le degré d'identification personnelle de l'avocat interne à son employeur.

75. En conséquence, la première partie du premier moyen n'est pas fondée.

b) Sur la prétendue violation du principe général d'égalité (seconde partie du premier moyen)

76. Dans la seconde partie du premier moyen, Akzo et Akcros, ainsi que la plupart des parties intervenues à leur soutien au cours des deux instances, ont fait valoir que le Tribunal aurait violé le principe général d'égalité en traitant différemment juristes d'entreprise et avocats externes en ce qui concerne la protection de la confidentialité<sup>59</sup>.

59 — Points 44 à 48 du pourvoi.

77. Le principe d'égalité de traitement ou de non-discrimination constitue un principe général du droit de l'Union<sup>60</sup>, désormais consacré aux articles 20 et 21 de la charte des droits fondamentaux. Ce même principe figure également à l'article 14 de la CEDH ainsi que dans le protocole additionnel n° 12 à la CEDH<sup>61</sup>, cité à titre complémentaire par certaines parties à la procédure.

78. Selon une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement ou de non-discrimination exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié<sup>62</sup>.

79. Les éléments qui caractérisent différentes situations et ainsi leur caractère comparable doivent, notamment, être déterminés et appréciés à la lumière de l'objet et du but de l'acte qui institue la distinction en cause. Doivent, en outre, être pris en considération les principes et les objectifs du domaine dont relève l'acte en cause<sup>63</sup>.

80. Ainsi que cela a déjà été mentionné<sup>64</sup>, le principe de confidentialité des communications a pour objet de protéger les échanges entre un client et son avocat indépendant. Il constitue, d'une part, un complément nécessaire au respect des droits de la défense reconnus au client et procède, d'autre part, du rôle de l'avocat, considéré comme «collaborateur de la justice», qui est appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin.

81. Contrairement à ce que prétend ECLA, le statut professionnel d'un avocat, en tant que juriste d'entreprise, constitue un élément hautement pertinent aux fins de l'appréciation de son indépendance. En effet, ainsi que cela a déjà été exposé en détail<sup>65</sup>, nonobstant son éventuelle inscription au barreau et la soumission aux règles professionnelles qui s'ensuit, un juriste d'entreprise salarié ne jouit pas du même degré d'indépendance à l'égard

60 — Arrêts du 20 octobre 2005, *Commission/Portugal* (C-334/03, Rec. p. I-8911, point 24), et du 12 septembre 2006, *Eman et Sevinger* (C-300/04, Rec. p. I-8055, point 57); voir, dans le même sens, déjà arrêts du 19 octobre 1977, *Ruckdeschel e.a.* (117/76 et 167/77, Rec. p. 1753); du 12 mars 1987, *Raiffeisen Hauptgenossenschaft* (215/85, Rec. p. 1279, point 23), et du 19 novembre 1998, *SFI* (C-85/97, Rec. p. I-7447, point 30).

61 — Le protocole additionnel n° 12 à la CEDH a été ouvert à la signature le 4 novembre 2000 à Rome et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2005. Il n'a pas encore été signé par l'ensemble des États membres de l'Union européenne et n'a été ratifié que par un nombre limité d'entre eux (Royaume d'Espagne, Grand-Duché de Luxembourg, Royaume des Pays-Bas, Roumanie, République de Chypre et République de Finlande). Voir, à cet égard, l'état des ratifications publié sur le site Internet du Conseil de l'Europe à l'adresse <http://conventions.coe.int> (consultée en dernier lieu le 21 février 2010). Cette participation limitée amoindrit la pertinence du protocole aux fins de la présente affaire.

62 — Arrêts du 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA* (C-344/04, Rec. p. I-403, point 95); du 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05, Rec. p. I-3633, point 56); du 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.* (C-127/07, Rec. p. I-9895, point 23), et du 7 juillet 2009, *S.P.C.M. e.a.* (C-558/07, Rec. p. I-5783, point 74).

63 — Voir, en ce sens, arrêt *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.* (précité note 62, point 26).

64 — Voir, ci-dessus, points 48 et 49 des présentes conclusions.

65 — Voir développements relatifs à la première partie du premier moyen, en particulier points 61 à 72 des présentes conclusions.

de son employeur qu'un avocat exerçant ses activités dans un cabinet externe à l'égard de son client. Dans la plupart des cas, l'avocat interne exerce son activité au bénéfice exclusif ou, à tout le moins, principal d'un seul «client», son employeur, alors que l'exercice de la profession d'avocat à titre indépendant se caractérise par la défense d'un nombre bien plus élevé et fluctuant de clients ainsi que par la délivrance de conseils juridiques «à tous ceux qui en ont besoin»<sup>66</sup>.

que sur l'acte formel d'admission d'un juriste d'entreprise à l'exercice de la profession d'avocat et aux obligations professionnelles qui résultent dans son chef de cette inscription au barreau. En revanche, ce cadre juridique n'a aucune incidence sur la dépendance économique et l'identification personnelle sans commune mesure de l'avocat interne à son mandataire<sup>67</sup>, qui est aussi son employeur. Nonobstant une éventuelle assimilation juridique, il n'en demeure pas moins qu'il existe une différence sensible entre les avocats exerçant à titre indépendant et/ou au sein d'un cabinet et les avocats internes sous l'angle de leur degré d'indépendance.

82. En conséquence, le degré respectif d'indépendance d'un avocat exerçant à titre indépendant et/ou au sein d'un cabinet, d'une part, et d'un avocat interne, d'autre part, diffère sensiblement en matière de conseil juridique ou de représentation contentieuse. Du fait de son indépendance nettement moindre, l'avocat interne rencontre davantage de difficultés pour remédier efficacement à un conflit d'intérêts entre ses obligations professionnelles et les objectifs et souhaits de son entreprise.

84. C'est en partant de cette différence précisée que le Tribunal a conclu, sans commettre d'erreur de droit, qu'il n'y avait pas lieu d'étendre la protection de la confidentialité aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes. Aucune violation du principe d'égalité de traitement ne saurait donc être constatée.

83. Contrairement à ce que fait valoir *Arnova*, cette différence conserve toute son importance, quand bien même le législateur national, néerlandais en l'espèce, assimilerait juridiquement les avocats externes et les avocats internes («advocaten in dienstbetrekking»). En effet, cette assimilation ne porte

85. En conséquence, la seconde partie du premier moyen est également non fondée.

66 — Arrêt AM & S (précité note 32, point 18).

67 — Voir, sur ce point, mon argumentation au sujet de la première partie du premier moyen, en particulier points 66 à 71 des présentes conclusions.

c) Résultat intermédiaire

a) À propos des prétendus développements dans le «paysage juridique» (première partie du deuxième moyen)

86. Dès lors que le premier moyen n'est pas fondé dans son ensemble, il convient d'examiner désormais le deuxième moyen, invoqué à titre subsidiaire.

88. Les développements dans le «paysage juridique» invoqués par les requérantes concernent, d'une part, le statut des avocats internes dans les ordres juridiques des États membres et, d'autre part, la modernisation des règles de procédure en matière d'ententes par le règlement n° 1/2003.

2. Sur la prétendue nécessité d'un élargissement du champ d'application du principe de confidentialité (deuxième moyen)

i) Statut des avocats internes dans les ordres juridiques nationaux

87. Par leur deuxième moyen, Akzo et Akcros font grief au Tribunal, lorsqu'il a statué sur la portée du principe de confidentialité, d'avoir méconnu des développements majeurs dans le «paysage juridique» qui exigeraient une réinterprétation de l'arrêt AM & S afin de parer à une violation des droits de la défense et du principe de sécurité juridique. Les requérantes sont soutenues dans leur argumentation par un grand nombre des parties intervenues à leur soutien au cours des deux instances.

89. En ce qui concerne, tout d'abord, le statut des juristes d'entreprise en général et des avocats internes en particulier dans les ordres juridiques nationaux, les parties à la procédure s'accordent pour constater que les dispositions pertinentes dans les 27 États désormais membres de l'Union européenne diffèrent profondément. En ce qui concerne la protection de la confidentialité en particulier, aucune tendance générale vers une assimilation des avocats internes aux avocats exerçant à titre indépendant n'est susceptible d'être constatée. ECLA l'exprime de manière particulièrement claire: «il n'existe pas de réponse uniforme à la question du privilège de la confidentialité accordé aux

juristes d'entreprise dans l'ensemble des États membres»<sup>68</sup>. Les requérantes vont dans le même sens en évoquant l'«absence de tendance uniforme au niveau national»<sup>69</sup>.

90. Le Tribunal partage cette analyse. Il constate qu'«il n'est [...] pas possible d'identifier des tendances uniformes ou clairement majoritaires à cet égard dans les droits des États membres». En se fondant notamment sur cet élément, le Tribunal refuse d'admettre la thèse «concernant l'élargissement du champ d'application personnel de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients, au-delà des limites établies par la Cour dans l'arrêt *AM & S*»<sup>70</sup>.

91. Les requérantes et de nombreuses autres parties à la procédure considèrent, en revanche, que les changements intervenus dans les ordres juridiques d'un nombre réduit d'États membres vers un élargissement du champ de la protection de la confidentialité aux avocats internes suffiraient à justifier une remise en cause de la jurisprudence *AM & S* au niveau de l'Union. Elles sont d'avis que le Tribunal aurait subordonné à tort une

réinterprétation de ladite jurisprudence à l'existence d'une tendance majoritaire dans les droits des États membres.

92. En réponse à ce grief, il convient de rappeler d'emblée que la Cour de justice de l'Union européenne, qui comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés, assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités (article 19, paragraphe 1, TUE)<sup>71</sup>. En se fondant sur la conception de la Communauté (désormais de l'Union) comme constituant une communauté de droit, la Cour a rapidement admis qu'il convenait d'assurer, dans les domaines relevant de ses compétences, l'application d'un certain nombre de principes inhérents à l'État de droit et une protection appropriée des droits fondamentaux, quand bien même ceux-ci n'auraient pas (encore) été consacrés par écrit<sup>72</sup>.

93. Lorsque la Cour se prononce sur l'existence ou l'inexistence d'un principe général du droit au regard des ordres juridiques des États membres, elle a le plus souvent recours aux traditions constitutionnelles communes aux

68 — L'original est ainsi libellé: «[t]here is no uniform answer to the question of privilege of in-house lawyers in all Member States» (point 52 du mémoire en réponse d'ECLA).

69 — L'original est ainsi libellé: «lack of uniform tendency at national level» (point 52 du pourvoi d'Akzo et Akros).

70 — Lecture combinée des points 170 et 177 de l'arrêt attaqué.

71 — Voir, dans le même sens déjà, article 220, paragraphe 1, CE et article 164 du traité CEE.

72 — Voir, à propos du retrait d'actes créateurs de droits, arrêt du 12 juillet 1957, *Algera e.a./Assemblée commune de la CECA (7/56 et 3/57 à 7/57, Rec. p. 81, 114)*, et, à propos de la protection des droits fondamentaux au niveau de l'Union, arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Rec. p. 1125, point 4)*.



États membres<sup>73</sup> ou aux principes généraux communs aux droits des États membres<sup>74</sup>.

94. Un tel recours à des traditions constitutionnelles ou principes généraux communs n'exige pas nécessairement qu'il s'agisse d'une tendance uniforme ou clairement majoritaire dans les droits des États membres. Il s'agit plutôt de réaliser une comparaison raisonnée des ordres juridiques qui exige, également, de tenir dûment compte des objectifs et des missions impartis à l'Union européenne, ainsi que du caractère spécifique de l'intégration européenne et du droit de l'Union<sup>75</sup>.

95. Eu égard à ce qui précède, il n'est nullement exclu qu'un principe général du droit qui n'est connu ou, a fortiori, explicitement consacré que par une minorité d'ordres juridiques nationaux soit reconnu par les

juridictions de l'Union comme faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union. Il en va, notamment, ainsi lorsque ledit principe apparaît particulièrement pertinent au regard des spécificités du droit de l'Union, des objectifs et des missions impartis à l'Union, ainsi que des activités des institutions de l'Union<sup>76</sup> ou lorsqu'il correspond à une tendance en voie d'affirmation.

96. Ainsi, la Cour a, récemment encore, reconnu que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge devait être considéré comme un principe général du droit de l'Union<sup>77</sup>, alors que cela ne semblait alors correspondre à aucune tendance uniforme ou clairement majoritaire dans les droits ou même dans les ordres constitutionnels des États membres<sup>78</sup>. Le principe en question correspondait, toutefois, à une mission particulière impartie à l'Union afin de combattre les discriminations (article 19 TFUE, ex-article 13 CE) et avait été, en outre, concrétisé sous forme d'une directive par le législateur de l'Union<sup>79</sup>. De surcroît, il était l'expres-

73 — Arrêts Internationale Handelsgesellschaft (précité note 72, point 4); du 14 mai 1974, Nold/Commission (4/73, Rec. p. 491, point 13); du 13 décembre 1979, Hauer (44/79, Rec. p. 3727, point 15); du 21 septembre 1989, Hoechst/Commission (46/87 et 227/88, Rec. p. 2859, point 13); du 3 mai 2005, Berlusconi e.a. (C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. p. I-3565, points 68 et 69); Advocaten voor de Wereld (précité note 62, point 45), et du 19 janvier 2010, Küçükdeveci (C-555/07, Rec. p. I-365, point 20).

74 — Arrêts Algera e.a./Assemblée commune de la CECA (précité note 72, Rec. p. 116); AM & S (précité note 32, points 18 et 21), et du 9 septembre 2008, FIAMM e.a./Conseil et Commission (C-120/06 P et C-121/06 P, Rec. p. I-6513, points 170, 171 et 176).

75 — Voir, en ce sens, par exemple arrêt Internationale Handelsgesellschaft (précité note 72, point 4), ainsi que conclusions de l'avocat général Roemer dans l'affaire Zuckerfabrik Schöppenstedt/Conseil (arrêt du 2 décembre 1971, 5/71, Rec. p. 975, 991) et de l'avocat général Poiares Maduro du 20 février 2008 dans l'affaire FIAMM e.a./Conseil et Commission (précité note 74), points 55 et 56.

76 — Voir, dans le même sens, conclusions de l'avocat général Roemer dans l'affaire Zuckerfabrik Schöppenstedt/Conseil (précité note 75, Rec. p. 991) et de l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire FIAMM e.a./Conseil et Commission (précité note 74), points 55 et 56.

77 — Arrêts du 22 novembre 2005, Mangold (C-144/04, Rec. p. I-9981, point 75), et Küçükdeveci (précité note 73, point 21).

78 — L'interdiction de toute discrimination en fonction de l'âge est consacrée notamment à l'article 6 de la Constitution finlandaise et, en ce qui concerne spécifiquement la vie professionnelle, à l'article 59, paragraphe 1, de la Constitution portugaise.

79 — Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303, p. 16); voir, à ce sujet, arrêt Küçükdeveci (précité note 73, point 21).

sion d'une tendance apparue récemment en matière de protection des droits fondamentaux au niveau de l'Union qui s'est exprimée lors de la proclamation solennelle de la charte des droits fondamentaux par le Parlement européen, le Conseil et la Commission (voir, en particulier, son article 21)<sup>80</sup>, après approbation par les chefs d'État et de gouvernement des États membres lors du Conseil européen de Biarritz (en octobre 2000).

97. Il en va de même avec le droit d'accès au dossier évoqué par certaines parties à la procédure lors de l'audience, tel qu'il a été reconnu par les juridictions de l'Union au sujet des procédures en matière d'ententes menées par la Commission en sa qualité d'autorité de concurrence<sup>81</sup>. Ce droit n'était pas connu, sous cette forme, de tous les droits des États membres, ce qui pourrait s'expliquer par le fait que certains États membres ne disposaient, par le passé, d'aucune autorité de concurrence, alors que, dans d'autres États, ladite autorité se bornait à poursuivre d'éventuelles infractions devant les tribunaux. La Commission est, en revanche, chargée à la fois de l'enquête et de l'adoption de la décision qui clôt la procédure: dans une procédure administrative de cette nature, le droit d'accès au dossier est inhérent aux droits de la défense et constitue à ce titre l'expression d'une garantie procédurale fon-

damentale dans un État de droit. Il était donc logique que les juridictions de l'Union reconnaissent le droit d'accès au dossier au niveau européen.

98. S'agissant du principe de confidentialité en cause dans la présente affaire, aucune circonstance comparable susceptible de justifier un alignement du droit de l'Union sur la situation juridique prévalant dans une minorité d'États membres ne peut être mise en évidence. Un élargissement du champ de la protection de la confidentialité des communications aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes ne se justifie pas au regard d'une quelconque spécificité des missions et des activités de la Commission en tant qu'autorité de concurrence et ne correspond à aucune tendance en voie d'affirmation dans les États membres, que ce soit en droit de la concurrence ou dans d'autres domaines.

99. S'agissant tout d'abord des missions, des compétences et, plus généralement, des activités de la Commission en tant qu'autorité de concurrence, celles-ci ne se distinguent pas fondamentalement, en matière d'ententes, de celles des autorités de concurrence des États membres. En particulier, les pouvoirs de perquisition appartenant à la Commission dans le cadre de vérifications restent même plus limités que ceux de nombreuses

80 — Voir en ce sens, désormais expressément, arrêt *Kücükdeveci* (précité note 73, point 22).

81 — Les arrêts de principe, à cet égard, sont les arrêts du Tribunal du 17 décembre 1991, *Hercules Chemicals/Commission* (T-7/89, Rec. p. II-1711, point 54); du 18 décembre 1992, *Cimenteries CBR e.a./Commission* (T-10/92 à T-12/92 et T-15/92, Rec. p. II-2667, point 38), et du 1<sup>er</sup> avril 1993, *BPB Industries et British Gypsum/Commission* (T-65/89, Rec. p. II-389, points 29 et 30). Ce dernier arrêt a été confirmé par l'arrêt de la Cour du 6 avril 1995, *BPB Industries et British Gypsum/Commission* (C-310/93 P, Rec. p. I-865).

autorités nationales<sup>82</sup>. En conséquence, si, dans la plupart des États membres, il n'a pas été jugé nécessaire d'empêcher les autorités de concurrence d'accéder aux échanges entre une entreprise et son avocat interne, on peut admettre qu'il n'existe aucune raison impérieuse, au niveau de l'Union, d'élargir le champ de la protection de la confidentialité.

les échanges internes avec de tels juristes ne bénéficient pas de la protection de la confidentialité<sup>84</sup>.

100. S'agissant, ensuite, de l'évolution récente des ordres juridiques nationaux, aucune tendance nette — et, à plus forte raison encore, aucune tendance en voie d'affirmation — vers une protection des échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes ne peut être dégagée aujourd'hui encore.

102. Dans certains autres États membres, la situation juridique relative à la protection de la confidentialité pour les avocats internes ne peut pas encore être considérée comme suffisamment stable, soit en l'absence de dispositions spécifiques à ce sujet, soit en l'absence de jurisprudence ou de pratique administrative constante<sup>85</sup>. Dans certains cas, la législation, la pratique administrative ou la jurisprudence nationale semble plutôt

101. Sur les 27 États membres que compte désormais l'Union européenne, un nombre considérable d'entre eux continue à interdire l'inscription au barreau de juristes d'entreprise<sup>83</sup>; dans la quasi-totalité de ces États membres, il s'ensuit automatiquement que

84 — Le droit allemand autorise, certes, l'inscription au barreau des juristes d'entreprise («Syndikusanwälte»), mais ne leur accorde par le bénéfice de la protection de la confidentialité, en ce qui concerne les échanges internes avec leur employeur. À l'inverse, les juristes d'entreprise en Grèce semblent bénéficier, sous certaines conditions, d'une protection de la confidentialité relativement vaste, en dépit de l'impossibilité pour eux de s'inscrire au barreau.

85 — Le Royaume de Danemark, le Royaume d'Espagne, la République de Lettonie, la République de Lituanie, la République de Malte et la Roumanie relèvent de cette catégorie. La situation juridique paraît, en outre, particulièrement confuse en Belgique. Depuis l'an 2000, il existe bien dans ce pays des dispositions spécifiques relatives à la profession des «juristes d'entreprise» dont les membres sont soumis à certaines règles professionnelles lorsqu'ils sont inscrits auprès de l'Institut des juristes d'entreprise (IJE). La portée de la protection de la confidentialité applicable aux juristes d'entreprise belges semble toutefois moindre que celle valant pour les avocats, notamment en l'absence de toute référence à l'article 458 du code pénal belge à l'article 5 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 2000 (loi créant un Institut des juristes d'entreprise, *Moniteur belge* du 4 juillet 2000, p. 23255). De surcroît, l'autorité belge chargée de la concurrence (Auditoriat du Conseil de la concurrence) ne semble actuellement pas l'interpréter comme couvrant les échanges internes à l'entreprise avec des juristes d'entreprise (voir, sur ce point, Marchandise, P., et Sabbe, S., «Akzo 'op zijn Belgisch': de renaissance van het surrealisme?», *TBM-RCB*, 2009, p. 54, et Cattaruzza, J., «Reactie IBJ op het gewijzigd standpunt van het Auditoriaat inzake vertrouwelijkheid adviezen bedrijfsjurist», *TBM-RCB*, 2008, p. 42). La jurisprudence belge ne s'est pas encore prononcée sur la question.

82 — Ainsi que cela a été évoqué lors de l'audience, la Commission ne dispose notamment d'aucun moyen de contrainte directe dans le cadre de l'article 14 du règlement n° 17 ou des articles 20 et 21 du règlement n° 1/2003.

83 — Cela vaut notamment en Bulgarie, en République tchèque, en Estonie, en Grèce, en France, en Italie, à Chypre, au Luxembourg, en Hongrie, en Autriche, en Roumanie, en Slovaquie, en Finlande et en Suède. En ce qui concerne plus particulièrement la situation juridique à Chypre, il convient encore d'observer que les «practising advocates» (juristes inscrits au barreau exerçant la profession d'avocat) peuvent certes être membres du «board of directors» (conseil d'administration) d'une entreprise, mais qu'ils ne sauraient exercer leurs activités en tant qu'«employees» (salarié) ou «managing director» (directeur exécutif) de ladite entreprise.

s'inspirer des solutions retenues au niveau de l'Union que l'inverse<sup>86</sup>.

notamment le Royaume des Pays-Bas<sup>88</sup>, qui ne saurait être considéré comme révélateur d'une tendance en voie d'affirmation au sein des États membres. Les évolutions juridiques survenues au niveau national depuis l'arrêt AM & S<sup>89</sup> vers un élargissement du champ de la protection de la confidentialité des communications à certains juristes d'entreprise me paraissent également trop ponctuelles pour pouvoir être qualifiées de tendance nette.

103. La protection de la confidentialité des communications ne s'étend aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes que dans une petite minorité d'États parmi les 27 États membres. Il s'agit d'un phénomène limité à la sphère des pays anglo-saxons<sup>87</sup> ainsi qu'à quelques autres États membres, au nombre desquels figure

104. Compte tenu des considérations qui précèdent, j'estime que la situation juridique au sein des 27 États membres que compte désormais l'Union européenne n'a pas évolué au cours des 28 années qui se sont écoulées depuis l'arrêt AM & S au point d'exiger d'ores et déjà, ou dans un avenir proche, une modification de la jurisprudence en vue de

86 — Cela semble être le cas en Finlande et en Slovaquie. En Belgique également, la position actuelle de l'autorité nationale de concurrence (voir ci-dessus, note 85) semble s'inspirer de la jurisprudence des juridictions de l'Union, à savoir l'arrêt rendu par le Tribunal dans les affaires T-125/03 et T-253/03, attaqué dans le cadre du pourvoi qui fait l'objet de la présente affaire.

87 — Sont concernés le Royaume-Uni et l'Irlande, mais non la République de Chypre (voir ci-dessus, note 83); la situation juridique à Malte semble plus incertaine. Il convient d'observer, à titre complémentaire, que, dans certains pays tiers de la sphère anglo-saxonne, à savoir aux États-Unis d'Amérique, la protection de la confidentialité des communications s'étend également, sous certaines conditions, à des juristes d'entreprise (voir, à cet égard, l'arrêt de principe de la Cour suprême du 13 janvier 1981, *Upjohn v United States*, 449 U.S. 383 [1981]; voir aussi *Walkowiak, V. S., «Attorney-client privilege in civil litigation», American Bar Association*, Illinois, 2008, p. 7). Il ne semble, toutefois, pas s'agir d'une tendance uniforme au sein de la sphère anglo-saxonne; ainsi, la Cour fédérale australienne semble s'interroger de plus en plus sur l'indépendance des juristes d'entreprise, bien qu'elle reconnaisse en principe le «legal professional privilege for in-house counsel» (protection de la confidentialité des communications avec un avocat interne) [voir *Federal Court of Australia*, ordonnances du 12 septembre 2007, *Telstra v Minister for Communications, Information Technology and the Arts* (n° 2) (2007) FCA 1445, et du 13 décembre 2007, *Rich v Harrington* (2007) FCA 1987].

88 — Outre le Royaume des Pays-Bas, il s'agit en particulier de la République hellénique, de la République portugaise et de la République de Pologne. En ce qui concerne la République de Pologne, il convient d'observer que le droit polonais connaît une profession particulière, dénommée «radcowie prawni» (conseiller juridique), dont les membres sont soumis à des règles professionnelles analogues à celles des «adwokaci» (avocats). Lorsqu'ils sont employés en tant que juristes d'entreprise salariés, un secret professionnel analogue à celui des avocats s'applique à eux.

89 — Voir, notamment, aux Pays-Bas et en Pologne. Le droit positif belge résulte également d'une loi récente, en dépit des incertitudes qui prévalent encore, ainsi que cela a déjà été évoqué (voir ci-dessus, note 85). En France, une «réforme des professions du droit» est actuellement à l'étude (voir, à cet égard, notamment rapport de la «Commission Darrois» remis au président de la République le 8 avril 2009); elle ne semble pas encore avoir abouti à une modification du droit positif, s'agissant du principe de confidentialité, ni même à un projet ou à une proposition de loi portant sur cette question particulière. En tout état de cause, le projet de loi n° 2383 de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées présenté en mars 2010 ne porte que sur certains autres aspects de ladite réforme et ne concerne pas le principe de confidentialité.

reconnaître aux avocats internes le bénéfice de la protection de la confidentialité.

105. À cela s'ajoute que le législateur de l'Union lui-même a récemment émis des signaux qui militent plutôt contre une assimilation des avocats exerçant à titre indépendant et des avocats internes en matière de confidentialité des communications. Ces signaux ont été amplement évoqués avec les parties à la procédure au cours de l'audience.

106. Ainsi, la procédure législative relative à la modernisation des règles de procédure en matière d'ententes (règlement n° 1/2003) ainsi qu'à la refonte du règlement CE sur les concentrations (règlement n° 139/2004) a certes donné lieu à des initiatives émanant des rangs du Parlement, qui tendaient à élargir le champ de la confidentialité des communications aux juristes d'entreprise<sup>90</sup>, mais le législateur n'a finalement pas retenu ces initiatives<sup>91</sup>.

90 — En ce qui concerne le règlement n° 1/2003, voir document du Parlement A5-0229/2001 final («rapport Evans»), proposition d'amendement n° 10 relative à l'article 14, paragraphe 3, de la proposition de règlement COM(2000) 582 final de la Commission; en ce qui concerne le règlement n° 139/2004, voir document du Parlement A5-0257/2003 final («rapport Della Vedova»), proposition d'amendement n° 5 relative au trente-quatrième considérant et proposition d'amendement n° 25 relative à l'article 13, paragraphe 1, de la proposition de règlement COM(2002) 711 final de la Commission.

91 — S'agissant du règlement n° 1/2003, c'est le Parlement dans son ensemble qui n'a pas retenu les propositions d'amendement de son rapporteur. S'agissant du règlement n° 139/2004, les propositions d'amendement ont bien été approuvées par le Parlement, mais elles n'ont pas été reprises par le Conseil dans le règlement.

107. À la différence de ce que fait valoir ECLA, les intentions du législateur de l'Union ainsi révélées ne sont pas dépourvues de pertinence du seul fait qu'elles pourraient être l'expression de considérations de politique juridique<sup>92</sup>. Bien au contraire, c'est précisément lorsque la Cour est appelée à poursuivre le développement du droit de l'Union en consacrant des principes généraux du droit qu'elle ne saurait omettre de tenir compte des positions adoptées par les institutions de l'Union pour des considérations de politique juridique.

108. Contrairement à ce que soutiennent les requérantes et quelques autres parties à la procédure, il n'est pas possible de tirer des deux directives visant à faciliter l'exercice de la profession d'avocat un quelconque élément qui imposerait une assimilation des avocats exerçant à titre indépendant et des avocats internes en ce qui concerne la protection de la confidentialité des communications.

109. Il est certes exact que la directive 98/5/CE<sup>93</sup> s'applique, selon son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, tant aux avocats exerçant à titre indépendant qu'à ceux exerçant à titre salarié. L'article 8 de ladite directive prévoit que l'avocat inscrit dans l'État membre d'accueil sous le titre professionnel d'origine peut exercer en qualité d'avocat salarié d'un autre avocat, d'une association ou société d'avocats, ou d'une entreprise publique ou privée, dans la

92 — En langue de procédure: «policy considerations».

93 — Directive du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise (JO L 77, p. 36).

mesure où l'État membre d'accueil le permet pour les avocats inscrits sous le titre professionnel de cet État membre. Cela ne tend qu'à préciser qu'un État membre dont l'ordre juridique reconnaît les avocats internes ne saurait refuser cette forme d'exercice professionnel à des avocats originaires d'autres États membres. Cette disposition ne saurait impliquer que les avocats exerçant à titre indépendant et les avocats internes bénéficient du même degré d'indépendance selon le législateur de l'Union.

110. La directive 77/249/CEE<sup>94</sup> comportait, au reste, déjà une référence aux «avocats salariés, liés par un contrat de travail avec une entreprise publique ou privée». Dans l'arrêt *AM & S*, la Cour s'est même référée expressément à ladite directive, sans pour autant admettre que les avocats internes relevaient de la protection de la confidentialité<sup>95</sup>.

111. À bien y regarder, aucune des deux directives visant à faciliter l'exercice de la profession d'avocat ne vient corroborer un élargissement du champ de la protection de la confidentialité aux avocats internes.

94 — Voir, en particulier, articles 2 et 6 de la directive 77/249/CEE du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats (JO L 78, p. 17).

95 — Arrêt *AM & S* (précité note 32, point 26).

112. Enfin, lors de l'audience devant la Cour, les dispositions du droit de l'Union destinées à lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, qui admettent expressément une protection de la confidentialité pour les «membres de professions juridiques indépendantes», ont fait l'objet d'un débat<sup>96</sup>. Akzo interprète ces dispositions en ce sens qu'elles visent également les avocats internes. Le préambule de la directive 2005/60 semble, à première vue, corroborer cette analyse, dès lors qu'il se réfère aux «membres des professions juridiques indépendantes [...], tels que définis par les États membres»<sup>97</sup>. Cela est toutefois démenti par les recommandations du Groupe d'action financière (GAFI)<sup>98</sup> invoquées par la Commission, dont il convient de tenir compte aux fins de l'interprétation de ladite directive; les juristes d'entreprise salariés seraient expressément exclus

96 — Article 23, paragraphe 2, lu en combinaison avec l'article 2, paragraphe 1, point 3, sous b), de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (JO L 309, p. 15); dans le même sens, voir déjà article 6, paragraphe 3, deuxième alinéa, lu en combinaison avec l'article 2 bis, point 5, de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (JO L 166, p. 77), dans leur rédaction issue de la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 décembre 2001 (JO L 344, p. 76); voir, à cet égard, arrêt *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, précité note 30.

97 — Dix-neuvième considérant de la directive 2005/60.

98 — Le GAFI est un organisme intergouvernemental créé à Paris en 1989 par les États alors membres du «G 7» et dont le nombre des membres, parmi lesquels figure la Commission, atteint désormais 35.

du cercle des personnes soumises aux obligations préconisées<sup>99</sup>. La présente affaire n'est, certainement, pas le cadre approprié pour se prononcer de manière exhaustive sur l'interprétation de la directive 2005/60. S'agissant du cas d'espèce, force est toutefois de constater que, en tout état de cause, les dispositions du droit de l'Union relatives au blanchiment de capitaux et au financement du terrorisme ne militent pas clairement en faveur d'un élargissement du champ de la protection de la confidentialité aux avocats internes.

113. En conséquence, il convient de rejeter dans son ensemble l'argumentation des requérantes et des parties intervenues à leur soutien tendant à démontrer un changement du «paysage juridique».

ii) Modernisation des règles de procédure en matière d'ententes par le règlement n° 1/2003

114. En se référant aux points 172 et 173 de l'arrêt attaqué, les requérantes invoquent une autre raison militante, selon elles, en faveur d'un élargissement du champ de la protection de la confidentialité aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des

avocats internes: la modernisation des règles de procédure en matière d'ententes aurait accru la nécessité de conseils juridiques internes dont on ne saurait négliger l'importance afin de prévenir les infractions au droit de la concurrence. Les conseils juridiques d'avocats internes seraient d'une importance primordiale au quotidien, dès lors qu'ils seraient plus faciles et moins onéreux à obtenir et qu'ils s'appuieraient sur des connaissances intimes de l'entreprise en question et de ses activités. En outre, plusieurs parties à la procédure se sont référées à l'importance croissante, au sein des entreprises, de ce qu'il est convenu d'appeler des programmes de mise en conformité («compliance programs»), qui ont pour objet d'assurer le respect du droit et des règles applicables.

115. Selon un grand nombre de parties à la procédure, l'efficacité des conseils juridiques internes et le succès des programmes de mise en conformité supposent que les échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes puissent se dérouler sans perturbation et dans la confiance, faute de quoi, d'une part, la direction de l'entreprise en question éprouvera des réticences à confier des éléments sensibles à un avocat salarié et, d'autre part, l'avocat salarié rendra ses avis oralement, plutôt que par écrit, ce qui serait préjudiciable tant à la qualité qu'à l'utilité des conseils juridiques.

99 — Les éléments d'interprétation figurent dans ce qu'il est convenu d'appeler les «40 recommandations» publiées par le GAFI en 2003 (et accessibles à l'adresse <http://www.fatf-gafi.org>, site consulté en dernier lieu le 10 février 2010). Le glossaire, sous e), exclut les «salariés d'autres entreprises» [Ndt: que les cabinets] de la notion d'«entreprises et professions non financières désignées».

116. À cet égard, il convient d'observer d'emblée que les modifications juridiques résultant de la modernisation des règles de procédure en matière d'ententes n'étaient pas encore applicables à la perquisition litigieuse dans les locaux d'Akzo et d'Akcros. En effet, la vérification a eu lieu en début d'année 2003, de sorte qu'elle n'entraînait pas dans le champ d'application temporel du règlement n° 1/2003 (applicable à compter du 1<sup>er</sup> mai 2004 en vertu de son article 45, paragraphe 2). Pour autant, on ne saurait écarter l'argumentation tirée des nouvelles règles de procédure en matière d'ententes en se fondant uniquement sur le champ d'application temporel du règlement n° 1/2003. En effet, la perspective de l'entrée en vigueur du nouveau système est susceptible d'avoir entraîné un besoin accru de conseils au sein de l'entreprise ou du groupe en question.

117. En fin de compte, ni le rôle accru des avocats internes ni l'utilité incontestable de leurs avis juridiques, y compris et en particulier sous l'empire du règlement n° 1/2003, ne justifie au fond d'élargir le champ de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes. Un tel élargissement ne saurait être davantage justifié par une simple référence à leur connaissance approfondie de l'entreprise en question et de ses activités.

118. Au contraire, cette mention par certaines parties à la procédure de la connaissance intime que posséderait un avocat interne de son employeur apparaît comme un argument à double tranchant: d'un côté, cette connaissance intime permet à l'avocat interne de gagner du temps en ne reprenant pas à chaque fois l'étude ab nihilo du dossier concerné et d'établir une relation de confiance avec ses interlocuteurs internes; d'un autre côté, c'est justement cette proximité particulière avec l'entreprise en question et ses activités qui remet fortement en cause l'indépendance de l'avocat interne<sup>100</sup>. Le nécessaire recul par rapport à son client, qui est également son employeur, propre aux conseils juridiques délivrés en toute indépendance, lui fait défaut.

119. Lorsqu'une entreprise s'adresse à son avocat interne, elle a affaire non pas à un tiers neutre, mais, au fond, à une personne qui fait partie de ses employés, nonobstant toutes les obligations professionnelles résultant de l'inscription au barreau. De tels échanges ne méritent pas de bénéficier de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients, indépendamment de leur fréquence, ainsi que de l'importance et de l'utilité qu'ils présentent pour l'entreprise.

100 — Sur l'indépendance, voir également mon analyse du premier moyen, notamment aux points 61 à 72 des présentes conclusions.



120. Cette conclusion n'est pas davantage invalidée par l'argumentation tirée des programmes de mise en conformité développée par de nombreuses parties à la procédure. Ainsi que la Commission l'a exposé, sans être contredite sur ce point, une partie importante des conseils juridiques délivrés en interne dans le cadre de tels programmes est de nature générale et ne présente aucun lien concret avec l'exercice actuel ou futur des droits de la défense. En conséquence, les échanges réalisés entre une entreprise et son avocat interne «à des fins de mise en conformité» ne satisfont d'emblée pas, en général, la première condition visée par l'arrêt AM & S<sup>101</sup>. C'est donc à juste titre que le Tribunal a énoncé que ce type de conseils juridiques «en interne» n'avait pas d'«incidence directe» sur la problématique de la protection de la confidentialité des communications<sup>102</sup>.

b) Sur la prétendue violation des droits de la défense et du principe de sécurité juridique (deuxième partie du deuxième moyen)

122. Les requérantes et, plus encore, certaines parties intervenues à leur soutien en première et en seconde instance, soulignent que l'exclusion des échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes du champ de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients violerait les droits de la défense. En outre, une telle approche serait également contraire au principe de sécurité juridique.

121. Ni la mention des avantages et de l'importance de conseils juridiques délivrés en interne ni celle de la réforme des règles de procédure résultant du règlement n° 1/2003 ne justifie finalement, même en combinaison, un abandon de la jurisprudence AM & S.

i) Le principe de sécurité juridique à l'égard des droits de la défense

101 — Arrêt précité note 32, points 21 et 23; voir, également, arrêt Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a. (précité note 30, points 32 et 35), qui souligne le rapport entre confidentialité des communications et (préparation de) procédures juridictionnelles; voir encore mon analyse du premier moyen (ci-dessus, au point 54 des présentes conclusions).

102 — Point 172 in fine de l'arrêt attaqué.

123. Le moyen d'Akzo et d'Akros est tiré d'une lecture combinée des droits de la défense et du principe de sécurité juridique.

Les requérantes se fondent sur la circonstance selon laquelle, en droit européen de la concurrence, l'article 81 CE (devenu article 101 TFUE) est souvent appliqué parallèlement aux dispositions correspondantes de droit interne (voir, à cet égard, article 3 du règlement n° 1/2003). Elles font valoir que la protection des communications avec les avocats internes ne saurait dépendre du point de savoir si c'est la Commission ou une autorité nationale de concurrence qui procède aux vérifications.

124. Le principe de sécurité juridique constitue un principe général et fondamental du droit de l'Union<sup>103</sup>. Ce principe exige, en particulier, qu'une réglementation entraînant des conséquences défavorables à l'égard de particuliers soit claire et précise et son application prévisible pour les justiciables<sup>104</sup>. En d'autres termes, les particuliers doivent pouvoir connaître sans ambiguïté leurs droits et obligations, et prendre leurs dispositions en conséquence<sup>105</sup>.

125. Transposé aux circonstances du cas d'espèce, cela signifie que les entreprises dont les locaux font l'objet d'une perquisition à l'initiative d'une autorité de concurrence, dans le cadre d'une enquête en matière d'ententes, doivent être en mesure de savoir si elles sont en droit d'invoquer ou non la protection de la confidentialité des communications entre avocats internes et leur entreprise ou une entreprise du même groupe.

126. Les règles pertinentes du droit de l'Union satisfont à ces exigences. Elles prévoient, dans leur interprétation par la jurisprudence AM & S déjà évoquée<sup>106</sup>, que les échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes ne bénéficient pas de la protection de la confidentialité des communications. Aucune incertitude juridique n'existe à cet égard.

127. En ce qui concerne l'articulation entre l'enquête menée par la Commission et les enquêtes susceptibles d'être menées au niveau national, le règlement n° 17, tout comme le règlement n° 1/2003, repose sur une répartition claire des compétences entre les différentes autorités de concurrence. Une perquisition est ordonnée et réalisée soit par la Commission, soit par une autorité nationale de concurrence. La décision ordonnant la perquisition (décision ordonnant une inspection), qui doit être présentée par écrit à l'entreprise (article 14, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 17 et article 20, paragraphes 3 et 4, du règlement n° 1/2003), permet toujours d'identifier clairement son auteur.

128. Lorsque la Commission procède à une inspection, celle-ci sera régie par le droit de l'Union; lorsqu'une autorité nationale procède à une inspection, cette dernière sera régie par le droit national (c'est ce que prévoit désormais expressément l'article 22,

103 — Arrêts du 14 avril 2005, Belgique/Commission (C-110/03, Rec. p. I-2801, point 30); du 12 février 2008, Kempter (C-2/06, Rec. p. I-411, point 37), et du 10 septembre 2009, Plantanol (C-201/08, Rec. p. I-8343, points 43 et 44).

104 — Arrêt du 14 janvier 2010, Stadt Papenburg (C-226/08, Rec. p. I-131, point 45); dans le même sens, arrêts du 15 février 1996, Duff e.a. (C-63/93, Rec. p. I-569, point 20), et du 7 juin 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Commission (C-76/06 P, Rec. p. I-4405, point 79).

105 — Arrêts du 21 juin 2007, ROM-projecten (C-158/06, Rec. p. I-5103, point 25), et du 10 mars 2009, Heinrich (C-345/06, Rec. p. I-1659, point 44).

106 — Arrêt précité note 32; voir, à cet égard, mon analyse du premier moyen (ci-dessus, aux points 52 à 75 des présentes conclusions).

paragraphe 2, du règlement n° 1/2003<sup>107</sup>). Cela vaut, également, pour les règles relatives à la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients.

129. Des agents de l'autorité nationale de concurrence sont certes susceptibles de prêter activement assistance à la Commission lors d'une inspection réalisée par ses soins (article 14, paragraphes 5 et 6, du règlement n° 17 et article 20, paragraphes 5 et 6, du règlement n° 1/2003), de même que, à l'inverse, des agents de la Commission sont susceptibles de prêter assistance à des vérifications réalisées par les autorités nationales de concurrence (article 13, paragraphe 2, du règlement n° 17 et article 22, paragraphe 2, deuxième alinéa, du règlement n° 1/2003). Cela n'altère, toutefois, pas la répartition des compétences en vue d'ordonner et de réaliser l'inspection ni les dispositions applicables en la matière, en ce compris les règles relatives à la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients.

130. Le principe de sécurité juridique est ainsi respecté à l'égard des droits de la défense, notamment en ce qui concerne les règles applicables dans chaque cas, lors de

perquisitions, à la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients.

131. Les requérantes objectent que le régime applicable à un document à caractère interne ne saurait dépendre du point de savoir si c'est une autorité nationale de concurrence ou la Commission qui tente de le saisir dans le cadre d'une perquisition.

132. Bien que cette objection exprime une crainte parfaitement compréhensible, elle n'est pas pour autant fondée juridiquement.

133. Ni le principe de sécurité juridique ni les droits de la défense n'imposent au droit de l'Union et au droit national de recourir à des critères identiques dans leur champ respectif d'application et d'assurer ainsi une protection identique de la confidentialité des communications entre avocats et clients. Les principes généraux du droit de l'Union et la protection des droits fondamentaux assurée au niveau de l'Union ne valent que dans le champ d'application du droit de l'Union<sup>108</sup>. Inversement,

107 — Voir, à titre complémentaire, le cinquième considérant du règlement n° 1/2003, aux termes duquel il convient d'apporter la « preuve requise par la loi » d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, CE ou de l'article 82 CE (respectivement devenus articles 101, paragraphe 1, TFUE et 102 TFUE), sans préjudice des règles nationales sur le niveau de preuve requis.

108 — Voir, en ce sens, également article 51, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux, ainsi qu'arrêts du 12 décembre 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Rec. p. I-11915, point 31); Mangold (précité note 77, point 75), et du 23 septembre 2008, Bartsch (C-427/06, Rec. p. I-7245, points 15 et 25).

les principes de droit national et la protection nationale des droits fondamentaux ne sauraient s'étendre au-delà des compétences nationales.

134. Si les règles de procédure applicables aux perquisitions réalisées dans les affaires de concurrence et les règles relatives à la confidentialité des communications entre avocats et clients applicables en la matière étaient harmonisées à l'échelle de l'Union, il en résulterait certainement une simplification du droit. Or, en l'état actuel du droit de l'Union, une telle harmonisation totale fait défaut. Le point de savoir si celle-ci est souhaitable constitue une question de politique juridique que seul le législateur de l'Union est appelé à trancher. En tout état de cause, les entreprises concernées ne sauraient provoquer elles-mêmes cette harmonisation en se prévalant des droits de la défense et du principe de sécurité juridique<sup>109</sup>.

135. Enfin, les requérantes font valoir, en particulier avec le soutien de l'Irlande, que la protection susceptible d'être accordée au niveau national à la confidentialité des communications entre avocats internes et leur entreprise ou une entreprise du même groupe pourrait être contrecarrée par le système d'échange d'informations entre les autorités européennes de concurrence, en application de l'article 12 du règlement n° 1/2003.

109 — La simple invocation des droits de la défense n'entraînerait pas forcément, à elle seule, d'harmonisation du droit. Au contraire, une éventuelle modification de la jurisprudence AM & S entraînerait, dans la majorité des États membres dont le droit national n'accorde pas aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes le bénéfice de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients, une différence de régime juridique entre droit national et droit de l'Union.

136. Ainsi que la Commission l'expose, sans être contredite sur ce point, aucun échange d'informations n'a eu lieu en l'espèce. L'argument tiré de l'article 12 du règlement n° 1/2003 apparaît, dès lors, inopérant.

137. En conséquence, il importe peu, aux fins du présent pourvoi, de déterminer si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'article 12 du règlement n° 1/2003 est susceptible d'aboutir à un échange de documents et d'informations protégés par la confidentialité des communications entre avocats et clients. Je me bornerai donc à remarquer qu'il apparaît parfaitement possible d'interpréter ladite disposition, en particulier sa référence aux «informations confidentielles», d'une part, conformément aux droits fondamentaux et, d'autre part, d'une manière à n'imposer aux autorités de concurrence concernées, conformément au principe de coopération loyale (article 4, paragraphe 3, TUE), aucun acte contraire aux règles applicables relatives à la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients<sup>110</sup>.

138. Le grief tiré de ce que le Tribunal aurait violé le principe de sécurité juridique en ce qui concerne les droits de la défense n'est donc pas fondé dans son ensemble.

110 — À propos de l'interprétation des actes de droit de l'Union conformément aux droits fondamentaux, voir, par exemple, arrêts *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.* (précité note 30, point 28), et du 19 novembre 2009, *Sturgeon e.a.* (C-402/07 et C-432/07, Rec. p. I-10923, points 47 et 48). Voir, de manière analogue, arrêt du 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala* (C-413/06 P, Rec. p. I-4951, point 174).

ii) Le droit de se faire conseiller, défendre et représenter sans entrave

140. Cette argumentation ne saurait être suivie.

139. En outre, la prétendue violation des droits de la défense consisterait également, en particulier selon l'Irlande, ACCE et ECLA, en ce que le recours aux conseils juridiques d'un avocat interne serait moins intéressant pour les entreprises si les échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes ne bénéficient pas de la protection de la confidentialité des communications. Ces parties à la procédure se prévalent, à cet égard, d'une violation de l'article 6, paragraphe 3, sous b) et c), de la CEDH, aux termes duquel tout accusé a droit à disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ainsi qu'à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix<sup>111</sup>. Certaines parties à la procédure se réfèrent également, à titre complémentaire, à l'article 8 de la CEDH, ainsi qu'aux articles 47 et 48 de la charte des droits fondamentaux.

141. S'agissant tout d'abord de la CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas, jusqu'à présent, s'être prononcée en faveur d'un octroi de la protection de la confidentialité aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes. Au contraire, les développements de la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *André e.a. c. France* relatifs au rôle de l'avocat en tant qu'auxiliaire de justice ainsi qu'en tant qu'intermédiaire entre les justiciables et les tribunaux semblent faire écho à une conception de l'indépendance de l'avocat qui ne se distingue guère de celle qui sous-tend l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *AM & S*<sup>112</sup>.

142. Dans ces circonstances, dans la mesure où le droit de l'Union limite la protection de la confidentialité aux échanges avec des avocats externes, le niveau de protection qu'il assure en son état actuel n'apparaît *pas* inférieur à celui assuré par la CEDH. En conséquence, l'obligation de cohérence prévue à l'article 52, paragraphe 3, première phrase, de la charte des droits fondamentaux n'impose pas d'élargir, en droit de l'Union, la protection de la confidentialité des communications aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes.

111 — Ainsi que la Commission l'objecte à juste titre, l'Union n'est pas directement soumise aux obligations résultant de l'article 6 de la CEDH, puisqu'elle n'a pas encore adhéré à cette convention. Cet article constitue, toutefois, l'expression de principes fondamentaux de l'État de droit qui sont également reconnus, en tant que principes généraux, par le droit de l'Union (voir, parmi tant d'autres, arrêts du 17 décembre 1998, *Baustahlgebebe/Commission*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, point 21, et du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a./Commission*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, point 68). En outre, dans la mesure où la charte des droits fondamentaux contient des droits correspondant à des droits garantis par la CEDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention (article 52, paragraphe 3, première phrase, de la charte des droits fondamentaux).

112 — Cour eur. D. H., arrêt précité note 35, § 42 in fine; au début de l'arrêt (§ 15), la Cour européenne va même jusqu'à citer, entre autres, des extraits de l'arrêt *AM & S* (précité note 32, points 18 à 24) sous le titre «5. Le droit communautaire».

143. Certes, la CEDH ne garantit qu'un niveau minimal de protection des droits fondamentaux, tandis que le droit de l'Union peut à tout moment accorder une protection plus étendue (article 53, paragraphe 3, deuxième phrase, de la charte des droits fondamentaux), ainsi que l'Irlande l'a relevé à juste titre. Pour autant, il n'apparaît pas judicieux, pour les raisons qui suivent, d'élargir le champ de la protection de la confidentialité des communications en droit de l'Union aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes.

144. Tout d'abord, on peut s'interroger sur le point de savoir si l'article 47, paragraphe 2, deuxième phrase, de la charte des droits fondamentaux (lu, le cas échéant, en combinaison avec l'article 48, paragraphe 2) doit réellement être interprété en ce sens qu'il garantit aux entreprises le droit de se faire conseiller, défendre et représenter par leurs propres avocats internes, liés à elles par un rapport d'emploi.

145. Même à supposer que la consultation d'avocats internes, employés par l'entreprise ou le groupe, relève bien du droit à se faire conseiller, défendre et représenter en vertu de la charte des droits fondamentaux, cela n'exclut pas d'emblée l'application, en cas d'intervention d'avocats internes, de certaines restrictions objectivement justifiées. L'intensité de la protection conférée par un droit

fondamental peut en effet varier en fonction des circonstances<sup>113</sup>.

146. Les juristes d'entreprise n'ont, par exemple, pas toujours la possibilité de représenter en justice leur propre employeur, c'est-à-dire l'entreprise comprenant le service juridique au sein duquel ils travaillent<sup>114</sup>. Il n'y a pas non plus violation de droits fondamen-

113 — En ce sens également, la Cour européenne des droits de l'homme étend la protection conférée par l'article 8 de la CEDH aux locaux professionnels, tout en suggérant que cette protection n'a pas nécessairement la même intensité que dans le cas de locaux à usage privé (l'arrêt *Niemietz c. Allemagne*, précité note 35, § 31 in fine est ainsi rédigé: «[le droit d'ingérence des États contractants] pourrait fort bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d'autres cas»; dans le même sens également, la tournure «dans une certaine mesure» au § 29 de cet arrêt; voir, en outre, Cour eur. D. H., arrêt *Société Colas Est e.a. c. France* du 16 avril 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-III, § 41 et 49). Le *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle fédérale) va dans le même sens, s'agissant de la protection de la vie privée, en indiquant que seul le «cœur de l'organisation de la vie privée» était soustrait à toute ingérence des pouvoirs publics (ordonnance du 14 septembre 1989, *BVerfGE* 80, 367, qui détermine de manière nuancée la protection à accorder à des inscriptions dans des carnets intimes dans le cadre d'une perquisition ordonnée par les autorités en charge de poursuites).

114 — En Allemagne, l'article 46, paragraphe 1, du statut des avocats (*Bundesrechtsanwaltsordnung*) interdit, par exemple, à tout avocat interne de représenter en tant qu'avocat son employeur devant les tribunaux et juridictions arbitrales; l'avocat salarié ne peut donc représenter son employeur que devant les juridictions n'imposant pas de représentation par un avocat, à l'instar de la possibilité ouverte à toute personne, même non juriste. La pratique des juridictions de l'Union est similaire: en ce qui concerne des requêtes signées par des gérants des requérantes qui étaient inscrits au barreau, voir ordonnances du Tribunal du 8 décembre 1999, *Euro-Lex/OHMI (EU-LEX)* (T-79/99, Rec. p. II-3555, points 28 et 29); du 13 janvier 2005, *Sulvida/Commission* (T-184/04, Rec. p. II-85, points 9 et 10), et du 19 novembre 2009, *EREF/Commission* (T-40/08, Rec. p. I-9579, points 25 et 26). Cette dernière ordonnance fait toutefois l'objet d'un pourvoi (C-75/10 P, *EREF/Commission*); en ce qui concerne un pourvoi signé par le requérant lui-même, voir en outre ordonnance de la Cour du 5 décembre 1996, *Lopes/Cour de justice* (C-174/96 P, Rec. p. I-6401, point 11).

taux, lorsque la postulation n'est pas ouverte à tous les avocats devant l'ensemble des juridictions nationales<sup>115</sup>, alors qu'il ne fait aucun doute que cela restreint les possibilités ouvertes aux clients potentiels lors du choix du mandataire ad litem le plus approprié.

147. De manière analogue, la portée de la protection des échanges entre un client et son avocat peut varier en fonction de l'existence ou non d'un rapport d'emploi entre ces personnes. Cela ne signifie pas que les échanges entre une entreprise et son avocat interne ne bénéficieraient d'aucune protection. À l'instar de tout échange entre personnes privées, ces échanges relèveraient de la protection de la confidentialité des correspondances et des communications également garantie par l'article 7 de la charte des droits fondamentaux (article 8 de la CEDH). Le litige ne porte que sur le point de savoir si les échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes méritent, de surcroît, de bénéficier de la *protection spécifique* contre toute saisie, telle qu'elle résulte de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients, afin de permettre l'exercice des droits de la défense et d'assurer une bonne administration de la justice.

148. À cet égard, c'est certes à juste titre qu'ECLA souligne que les droits fondamentaux concernés en l'espèce doivent, en principe, faire l'objet d'une interprétation large en raison de leur importance fondamentale. Même par une interprétation large, la confidentialité des communications entre avocats et clients fondée sur ces droits ne saurait toutefois aller au-delà de sa véritable finalité. En effet, la confidentialité des communications entre avocats et clients n'a pas uniquement pour objet d'assurer le respect des droits de la défense, mais reflète également la fonction de l'avocat en tant que conseil juridique indépendant qui coopère au «maintien de la légalité» et donne des avis juridiques «à tous ceux qui en ont besoin»<sup>116</sup>. La possibilité de mener des échanges avec le client sans perturbation et dans la confiance grâce à la protection de la confidentialité doit donc s'entendre comme participant de la bonne administration de la justice. Afin d'éviter tout conflit d'intérêts entre ses obligations professionnelles et les souhaits de son client, l'avocat concerné ne doit pas se placer dans la dépendance de son client<sup>117</sup>.

149. Or, l'avocat interne se trouve précisément dans une telle situation. Ainsi que cela a déjà été exposé, l'avocat interne est non seulement intégré aux structures de l'entreprise comprenant le service juridique au sein duquel il travaille, mais il est également fortement dépendant, sous l'angle économique, de cette entreprise et s'identifie à elle bien

115 — Cour eur. D. H., arrêt Meftah e.a. c. France du 26 juillet 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-VII, § 45 à 48 et jurisprudence citée.

116 — Arrêt AM & S (précité note 32, point 18).

117 — Voir, à nouveau, conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire Wouters e.a. (précitée note 32), point 181.

davantage qu'un avocat externe<sup>118</sup>. Quand bien même son intégrité personnelle ne serait pas en cause, comme dans la plupart des cas, et qu'il serait animé des meilleures intentions, l'avocat interne est donc structurellement exposé à un risque de conflit d'intérêts entre ses obligations professionnelles et les objectifs poursuivis par son entreprise, ainsi que les souhaits de cette dernière.

150. Le risque de conflit d'intérêts inhérent à la fonction d'avocat interne altère également ses possibilités de lutte contre un recours abusif à la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients. Un tel abus peut, par exemple, résider en la remise, au prétexte d'une demande d'avis juridique, au service juridique d'une entreprise d'éléments de preuve et d'information aux seules fins ou principalement aux fins de les soustraire aux autorités de la concurrence. Dans le pire des cas, les services opérationnels d'une entreprise peuvent être tentés de recourir de manière abusive au service juridique de l'entreprise et/ou du groupe pour y déposer des documents illégaux tels des accords relatifs à des pratiques concertées, des procès-verbaux de réunions de parties à de tels accords ou des notes relatives au fonctionnement d'une entente.

151. Compte tenu des conflits d'intérêts spécifiques et des risques d'abus susceptibles de voir le jour au sein d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises, il me paraît préférable de ne *pas* élargir le champ de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes. Les mêmes arguments exposés ci-dessus en relation avec la charte des droits fondamentaux s'appliquent, selon moi, *mutatis mutandis*, à l'égard des dispositions correspondantes de la CEDH.

152. En se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'Irlande fait valoir que le respect de la confidentialité qui s'attache aux relations entre avocats et clients prévaut sur la simple éventualité d'abus<sup>119</sup>. À cet égard, l'Irlande perd de vue que la jurisprudence par elle invoquée porte sur la communication classique entre un client et son avocat externe; or, dans une telle situation, les risques spécifiques d'abus frappant les échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes qui viennent d'être décrits n'existent pas et il n'y a pas non plus généralement lieu de redouter un conflit d'intérêts.

118 — Voir mon analyse de la première partie du premier moyen, en particulier, points 61 à 72 des présentes conclusions.

119 — «[...] le besoin de respecter la confidentialité qui s'attache aux relations avocat-client prévaut sur la simple éventualité d'abus», Cour eur. D. H., arrêt *Campbell c. Royaume-Uni*, précité note 35, § 52 in fine.



153. ECLA rétorque que l'indépendance d'un avocat interne ne saurait être appréciée de manière abstraite, en considération de la simple existence d'un rapport d'emploi, mais devrait, au contraire, faire l'objet d'un examen concret au cas par cas, en tenant notamment compte des règles professionnelles applicables à raison de l'inscription au barreau. Il convient de rejeter cet argument pour les raisons déjà exposées<sup>120</sup>: la soumission à des règles professionnelles ne garantit pas, à elle seule, à l'avocat interne une indépendance comparable à celle des avocats externes. En effet, elle ne révèle en rien la pratique appliquée effectivement au quotidien au sein de l'entreprise. En outre, ECLA méconnaît le fait que les avocats internes sont généralement bien plus dépendants de leur employeur, d'un point de vue économique, et s'identifient sur le plan personnel bien davantage qu'un avocat externe dans ses rapports typiques avec sa clientèle. Eu égard à ces différences fondamentales, il apparaît objectivement justifié de procéder à une analyse par catégorie et, s'agissant de la protection de la confidentialité, d'opérer une distinction entre avocats internes et avocats externes.

154. Le grief tiré d'une violation du droit à pouvoir se faire conseiller, défendre et représenter sans entrave est donc dépourvu de fondement.

iii) Autres droits fondamentaux visés

155. Certaines parties à la procédure, au premier rang desquels figurent l'Irlande et ECLA, font grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé d'autres droits fondamentaux encore, à savoir le droit de propriété et la liberté professionnelle<sup>121</sup>. Selon l'Irlande et ECLA, il y aurait atteinte à la liberté professionnelle, parce que l'absence de protection de la confidentialité des échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe entraverait l'exercice de sa profession par l'avocat interne et serait constitutive d'un désavantage par rapport aux avocats exerçant à titre indépendant. Le droit fondamental de propriété serait affecté, selon ECLA, car le refus d'octroyer le bénéfice de la protection de la confidentialité aux échanges avec les avocats internes imposerait aux entreprises, dans certains cas, de faire appel aux services d'avocats externes, ce qui entraînerait des frais supplémentaires considérables.

— Recevabilité des griefs

156. Dans la mesure où l'Irlande, en tant que partie intervenante, fait valoir une violation de la liberté professionnelle, ce grief

120 — Voir, sur ce point, mon analyse du premier moyen aux points 64 à 71 des présentes conclusions.

121 — L'Irlande se prévaut, à cet égard, de l'article 15 de la charte des droits fondamentaux et ECLA de l'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel n° 1 à la CEDH.

est d'emblée irrecevable. Selon une jurisprudence constante, il est loisible à un intervenant de présenter des arguments nouveaux ou différents de ceux de la partie qu'il soutient<sup>122</sup>. Pour autant, celui-ci ne saurait soulever des moyens nouveaux<sup>123</sup>. Dès lors que les requérantes Akzo et Akcros n'ont soulevé aucune violation du droit de propriété ou de la liberté professionnelle, l'Irlande, en tant que partie intervenante, ne saurait être admise à invoquer, dans le cadre du présent pourvoi, une telle atteinte aux droits fondamentaux en question.

Dès lors que ni Akzo ou Akcros, ni ECLA n'avaient soulevé en première instance la violation du droit de propriété ou de la liberté professionnelle invoquée par ECLA, de tels griefs doivent être considérés comme irrecevables au stade du pourvoi<sup>124</sup>.

— Examen au fond des griefs

158. Les moyens soulevés par l'Irlande et ECLA sont, en tout état de cause, non fondés.

157. En tant que partie intervenante en première instance, ECLA a, à la différence de l'Irlande, le statut d'«autre partie à la procédure» dans le cadre du pourvoi, ce qui implique qu'elle n'est plus soumise aux restrictions spécifiquement applicables aux intervenants (articles 115 et 116, paragraphe 1, du règlement de procédure). Dans son mémoire en réponse, ECLA ne peut toutefois pas modifier l'objet du litige devant le Tribunal (article 116, paragraphe 2, du règlement de procédure).

159. S'agissant tout d'abord de la *liberté professionnelle*, il ne saurait être admis que l'absence de protection de la confidentialité des échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises rende impossible ou excessivement difficile l'exercice par les avocats internes de leur profession. Premièrement, ainsi que de nombreuses parties à la présente procédure l'ont indiqué, l'importance des consultations juridiques internes a connu une croissance constante dans l'Union européenne au cours des dernières années, alors même que les juristes d'entreprise ne peuvent se prévaloir de la confidentialité des communications entre avocats et clients dans la plupart des États membres. Deuxièmement, l'activité principale des juristes

122 — Arrêts du 23 février 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute Autorité (30/59, Rec. p. 1, 37); du 27 novembre 2003, Commission/Finlande (C-185/00, Rec. p. I-14189, point 91), et du 26 mars 2009, SELEX Sistemi Integrati/Commission (C-113/07 P, Rec. p. I-2207, point 54).

123 — Arrêts de la Cour du 17 mars 1993, Commission/Conseil (C-155/91, Rec. p. I-939, points 23 et 24), et du Tribunal du 3 avril 2003, BaByliss/Commission (T-114/02, Rec. p. II-1279, point 417); voir aussi, avec un résultat analogue, arrêt du 10 février 2009, Irlande/Parlement et Conseil (C-301/06, Rec. p. I-593, point 34 lu en combinaison avec point 57), dans lequel la Cour n'a pas abordé la violation des droits fondamentaux invoquée par la République slovaque en tant que partie intervenante.

124 — Jurisprudence constante; voir, parmi la jurisprudence récente, arrêts du 2 avril 2009, France Télécom/Commission (C-202/07 P, Rec. p. I-2369, points 59 et 60); Akzo Nobel e.a./Commission (C-97/08 P, précité note 26, point 38), et du 12 novembre 2009, Carbone-Lorraine/Commission (C-554/08 P, point 32).

d'entreprise, y compris de ceux qui sont inscrits au barreau, ne consiste pas à conseiller et à représenter leur employeur dans le cadre de procédures judiciaires ou de procédures analogues, mais plutôt à livrer des conseils généraux dénués de tout lien direct avec l'exercice des droits de la défense.

c) Résultat intermédiaire

162. Dès lors que le deuxième moyen doit également être considéré comme non fondé, il convient d'examiner le troisième moyen invoqué à titre plus subsidiaire encore.

160. S'agissant ensuite du *droit de propriété*, on perçoit mal en quoi le droit positif en vigueur au niveau de l'Union serait susceptible d'impliquer une violation de ce droit fondamental. La non-reconnaissance de la confidentialité des échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes n'entraîne ni d'atteinte ni, à plus forte raison encore, de privation d'une quelconque valeur patrimoniale à l'initiative des institutions de l'Union. Le fait qu'une entreprise engage des frais en vue de faire appel aux services d'avocats externes procède de sa propre décision, prise en toute indépendance. Il se peut que le cadre juridique applicable à la confidentialité des communications entre avocats et clients joue un rôle à cet égard. Le rapport existant avec les biens de l'entreprise apparaît, toutefois, trop indirect et ténu pour pouvoir admettre une atteinte à ce droit fondamental.

3. Sur les principes d'attribution et d'autonomie procédurale des États membres (troisième moyen)

161. Les griefs tirés d'une violation de droits fondamentaux invoqués par l'Irlande et ECLA doivent donc être rejetés comme irrecevables ou, en tout état de cause, comme non fondés.

163. Par leur troisième moyen, Akzo et Akcros font valoir, avec le soutien de plusieurs parties intervenues à leur soutien en première et en seconde instance, que seuls les États membres seraient compétents pour définir la portée exacte de la protection de confidentialité des communications entre avocats et clients. Elles se fondent, à cet égard, principalement sur l'autonomie procédurale reconnue aux États membres. En outre, elles invoquent la compétence des États membres aux fins de l'adoption des règles professionnelles ainsi que le principe d'attribution.

a) Sur le principe d'autonomie procédurale des États membres et sur le prétendu renvoi du droit de l'Union au droit national

164. Il est, tout d'abord, prétendu que la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients relèverait des droits de la défense, de sorte qu'il s'agirait de règles de procédure. Or, en l'absence de réglementation en droit de l'Union, il appartiendrait aux États membres, en vertu de leur autonomie procédurale, de déterminer la portée de la confidentialité des communications. D'autres parties à la procédure, en particulier ECLA et le CCBE, vont dans un sens analogue et prétendent que le droit de l'Union comporterait, en ce qui concerne la confidentialité des communications, un renvoi aux règles applicables à la profession d'avocat dans les États membres. Le droit de l'Union imposerait certes l'exigence d'indépendance des avocats, mais il appartiendrait à chaque droit national de définir quels sont les juristes à considérer comme avocats indépendants dans l'État membre en question aux fins de la protection de la confidentialité des communications.

165. Cette argumentation n'est guère convaincante.

166. Ni l'article 14, paragraphes 1 à 3, du règlement n° 17 ni le principe général de

protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients ne renvoient d'aucune manière au droit national. Dans l'arrêt AM & S, la Cour se réfère certes aux législations des États membres. Ce faisant, elle poursuit toutefois l'objectif de dégager, nonobstant toutes les différences entre les dispositions de droit national, des critères uniformes, valables au niveau de l'Union, aux fins de protéger la confidentialité des communications entre avocats et clients<sup>125</sup>.

167. Cette interprétation et application uniforme de la confidentialité des communications entre avocats et clients au niveau de l'Union est, également, indispensable aux fins des vérifications effectuées par la Commission dans le cadre de procédures en matière d'ententes.

168. Lors de l'appréciation de la légalité des actes adoptés par les institutions de l'Union, le recours à des règles ou à des notions juridiques du droit national aurait pour effet de porter atteinte à l'unité du droit de l'Union, de sorte que la légalité de tels actes — il s'agit, en l'espèce, de la légalité de la perquisition ordonnée par la Commission en tant qu'autorité de la concurrence — ne peut être appréciée que

125 — Arrêt AM & S (précité note 32, points 18 à 22, en particulier point 21); dans le même sens, conclusions de l'avocat général Warner du 20 janvier 1981 dans cette affaire (Rec. p. 1630 et 1631). Voir, en outre, la jurisprudence constante sur l'interprétation autonome des notions de droit communautaire ou de droit de l'Union, par exemple arrêts du 18 janvier 1984, Ekro (327/82, Rec. p. 107, point 111); du 18 octobre 2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Rec. p. I-8817, point 24), et du 17 juillet 2008, Kozłowski (C-66/08, Rec. p. I-6041, point 42).

dans le cadre du droit de l'Union<sup>126</sup>. L'introduction de critères d'appréciation particuliers, relevant de la législation ou de l'ordre constitutionnel d'un État membre, porterait atteinte à l'unité matérielle et à l'efficacité du droit de l'Union<sup>127</sup>.

le champ d'application du droit de l'Union doit être identique pour tous les citoyens de l'Union et toutes les entreprises concernées par le droit de l'Union. Lors de procédures en matière d'ententes, toutes les entreprises auprès desquelles la Commission procède à une vérification doivent bénéficier, à l'égard de cette autorité, de la même protection des droits fondamentaux assurée par le droit de l'Union, quel que soit le lieu où la perquisition est menée.

169. Si le contenu et la portée du principe de confidentialité des communications entre avocats et clients variaient en fonction de l'État membre dans lequel la Commission procède à une vérification, cela aboutirait à une véritable mosaïque juridique qui serait contraire au principe même de marché intérieur. Le fait d'avoir érigé la Commission en autorité supranationale de concurrence avait précisément pour objectif de soumettre toutes les entreprises au sein de l'Union européenne à des règles uniformes en matière de concurrence et de leur faire bénéficier de conditions homogènes de concurrence dans tout le marché intérieur («level playing field»).

170. Le fait que le principe de confidentialité du droit de l'Union constitue un droit fondamental milite également en faveur d'une interprétation autonome de la portée de la protection qu'elle confère. Le contenu des droits fondamentaux applicables dans

171. Contrairement à ce que soutient le CCBE, la détermination du contenu et de la portée du principe de confidentialité ne saurait être laissée aux États membres dans les procédures en matière de concurrence, par application du principe de subsidiarité. En effet, d'une part, les règles de procédure en matière d'ententes (règlement n° 17 et règlement n° 1/2003) font partie des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur dont l'adoption ressortit à la compétence exclusive de l'Union [article 3, paragraphe 1, sous b), TFUE], de sorte que le principe de subsidiarité n'est pas applicable en la matière (article 5, paragraphe 3, TUE). D'autre part, l'exercice des droits conférés par le traité aux particuliers, à savoir, en l'espèce, la possibilité de se prévaloir de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients, ne saurait dépendre de considérations liées à la subsidiarité<sup>128</sup>.

126 — Arrêts *Internationale Handelsgesellschaft* (précité note 72, point 3) et *Hauer* (précité note 73, point 14).

127 — Arrêt *Hauer* (précité note 73, point 14).

128 — Voir, en ce sens, arrêt du 15 décembre 1995, *Bosman* (C-415/93, Rec. p. I-4921, point 81), au sujet de l'exercice des libertés fondamentales du marché intérieur.

172. Lors de vérifications réalisées par la Commission en tant qu'autorité européenne de concurrence, le droit national n'est pertinent que dans la mesure où les autorités des États membres lui prêtent assistance, notamment lorsqu'il s'agit de vaincre l'opposition de l'entreprise concernée par l'emploi de mesures coercitives (article 14, paragraphe 6, du règlement n° 17 et article 20, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003). En revanche, le droit de l'Union est seul applicable afin de déterminer quels sont les pièces et documents professionnels que la Commission est habilitée à contrôler et dont il lui est loisible de prendre copie dans le cadre de ses vérifications en matière d'ententes.

173. Au final, l'argumentation des requérantes et des parties à la procédure intervenues à leur soutien selon laquelle le contenu et la portée du principe de confidentialité dépendraient du droit national doit donc être rejetée.

#### b) Sur le principe d'attribution

174. À titre complémentaire, les requérantes et certaines des parties intervenues à leur soutien, en particulier ECLA, se prévalent du principe d'attribution. Elles excipent de l'absence de compétence de l'Union pour déterminer quels avocats bénéficient de la protection de la confidentialité dans leurs échanges avec leurs clients.

175. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent (lecture combinée du paragraphe 2, première phrase, et du paragraphe 1, première phrase, de l'article 5 TUE)<sup>129</sup>. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres (articles 4, paragraphe 1, TUE et 5, paragraphe 2, deuxième phrase, TUE).

176. L'affirmation selon laquelle l'Union ne serait pas compétente pour déterminer la portée du principe de confidentialité aux fins des vérifications réalisées par la Commission dans le cadre de procédures en matière d'ententes est dépourvue de tout fondement.

177. L'article 14 du règlement n° 17, qui fixe les pouvoirs de la Commission en matière de vérifications, se fonde sur l'article 87 du traité CEE (devenu article 103 TFUE)<sup>130</sup>. Ainsi que l'article 3, paragraphe 1, sous b), TFUE le précise désormais, il s'agit même d'une compétence exclusive attribuée à l'Union.

129 — Voir aussi avis 2/94, du 28 mars 1996, «adhésion à la CEDH» (Rec. p. I-1759, points 23 et 24), et arrêt du 23 octobre 2007, Parlement/Commission (C-403/05, Rec. p. I-9045, point 49).

130 — Les articles 20 et 21 du règlement n° 1/2003, désormais applicables, disposent eux aussi d'une base juridique dans les traités, à savoir l'article 83 CE (devenu article 103 TFUE).

178. La confidentialité des communications entre avocats et clients, qui constitue une limite aux pouvoirs de la Commission en matière de vérifications<sup>131</sup>, est elle-même fondée sur un principe général du droit de l'Union ayant valeur de droit fondamental<sup>132</sup>. La détermination de son contenu et de sa portée fait partie de l'essence même des tâches incombant à la Cour de justice de l'Union européenne, à qui il revient d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités (article 19, paragraphe 1, deuxième phrase, TUE).

179. L'argumentation des requérantes et de certaines parties intervenues à leur soutien tirée d'une incompétence de l'Union doit donc être rejetée.

180. ECLA et quelques autres parties à la procédure font encore valoir que le droit de l'Union porterait atteinte à la compétence des États membres en matière de réglementation de la profession d'avocat s'il ne suivait pas les différentes règles nationales tendant à la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients, s'agissant des échanges avec des juristes d'entreprise.

181. Cette objection ne saurait davantage être retenue. En l'état actuel du droit

de l'Union, il est certes incontestable que les États membres sont compétents pour régler l'exercice de la profession d'avocat<sup>133</sup>. Lorsqu'ils exercent cette compétence, il leur appartient toutefois, comme dans d'autres domaines<sup>134</sup>, de respecter tant les dispositions pertinentes de droit de l'Union que les compétences de cette dernière<sup>135</sup>.

182. Ainsi que cela vient d'être exposé, au nombre des compétences exclusives de l'Union figure celle d'établir les règles nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ainsi que de déterminer le contenu et les limites des pouvoirs de vérification de la Commission en tant qu'autorité européenne de concurrence. Les mesures visées en dernier n'ont ni pour objet ni pour finalité de régler l'exercice de la profession d'avocat. Elles peuvent, tout au plus, avoir une incidence indirecte sur l'activité des entreprises concernées ainsi que sur celle des avocats mandatés par ces dernières. Ces incidences ne présentent toutefois qu'un caractère général, à l'instar de nombreuses autres règles adoptées par l'Union et les États membres dans les domaines les plus divers, tels le droit fiscal, le droit pénal, le droit comptable et le droit des marchés publics, pour ne citer que

131 — Arrêt AM & S (précité note 32, en particulier points 18 et 22).

132 — Voir ci-dessus, point 47 des présentes conclusions.

133 — Arrêts du 12 juillet 1984, Klopp (107/83, Rec. p. 2971, point 17), et Wouters e.a. (précité note 32, point 99).

134 — Voir, parmi tant d'autres, arrêts du 14 février 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225, point 21, en matière d'impôts directs); du 23 octobre 2007, Morgan et Bucher (C-11/06 et C-12/06, Rec. p. I-9161, point 24, en ce qui concerne le contenu de l'enseignement et l'organisation des systèmes éducatifs), et du 10 mars 2009, Hartlauer (C-169/07, Rec. p. I-1721, point 29, en ce qui concerne l'aménagement des systèmes de sécurité sociale).

135 — Voir, en ce sens, arrêt Klopp (précité note 133, points 17 et 18); voir, également, point 82 des conclusions de l'avocat général Poiares Maduro du 1<sup>er</sup> février 2006 dans l'affaire Cipolla e.a. (arrêt du 5 décembre 2006, C-94/04 et C-202/04, Rec. p. I-11421).

celles-ci, qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur l'activité des entreprises et des avocats au quotidien. Elles ne portent en rien atteinte aux compétences nationales pour régler l'exercice de la profession d'avocat.

183. L'argumentation tirée par un certain nombre de parties à la procédure d'une méconnaissance du système de répartition des compétences apparaît donc, au total, non fondée.

c) Sur quelques autres arguments

184. Je me tourne enfin vers deux arguments supplémentaires, qui ont été invoqués à l'encontre de l'arrêt attaqué.

185. En premier lieu, ECLA fait valoir que le droit de l'Union ne saurait «supprimer» ou «contrecarrer» la protection de la confidentialité des communications accordée par le droit national aux juristes d'entreprise.

186. Il convient d'observer sur ce point que le droit national ne peut accorder une telle

protection que dans son champ d'application, c'est-à-dire en particulier aux fins des inspections réalisées par les autorités nationales de concurrence dans le cadre de procédures nationales en matière d'ententes. Or, le droit de l'Union ne «supprime» ou «contrecarre» aucunement une éventuelle protection de la confidentialité des communications susceptible d'être reconnue dans de telles procédures nationales et perquisitions; au contraire, cette protection demeure dans son intégralité. La jurisprudence AM & S ne vaut que pour les procédures en matière de concurrence et les vérifications réalisées par la Commission. Elle n'a aucune incidence sur les dispositions applicables à une procédure nationale.

187. D'une manière générale, il apparaît inhérent à un système à plusieurs niveaux, tel celui de l'Union européenne, que des règles différentes dont les champs d'application ne coïncident pas puissent coexister au niveau local, régional, national et supranational. Une harmonisation du cadre juridique au niveau de l'Union et au niveau national doit, ainsi que cela a déjà été indiqué, être laissée au seul législateur de l'Union<sup>136</sup>.

188. En deuxième lieu, ACCE soutient que le droit de l'Union devrait élargir la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients même aux échanges avec des juristes d'entreprise qui sont inscrits au barreau dans des pays tiers.

136 — Voir, sur ce point, ci-dessus, points 133 et 134 des présentes conclusions.



189. Il n'y a pas lieu de suivre cette approche. Même si l'on élargissait le champ de la protection de la confidentialité des communications aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des juristes d'entreprise inscrits à un barreau de l'Espace économique européen, contrairement à la solution que j'ai suggérée, rien ne justifierait l'inclusion supplémentaire d'avocats de pays tiers.

d) Résultat intermédiaire

191. Le troisième moyen est, lui aussi, non fondé.

#### 4. Synthèse

190. En effet, à la différence de la situation qui prévaut entre les États membres, il n'existe en général pas de base suffisante dans les relations avec les pays tiers permettant une reconnaissance mutuelle des diplômes d'avocats et des règles professionnelles auxquelles les avocats sont soumis dans l'exercice de leur profession. Dans certains cas, il ne sera même pas possible de s'assurer que le pays tiers en question dispose de pratiques suffisamment établies au regard de l'État de droit qui permettent aux avocats d'exercer leur profession de manière suffisamment indépendante, de façon à remplir le rôle de «collaborateur de la justice». Il ne saurait incomber à la Commission ou aux juridictions de l'Union de le vérifier en détail, dans chaque cas d'espèce, à la lumière des règles et des pratiques en vigueur dans le pays tiers concerné, d'autant qu'une coopération administrative efficace avec les autorités de pays tiers ne peut pas toujours être assurée.

192. Dès lors qu'aucun des moyens invoqués par Akzo et Akcros n'apparaît fondé et qu'aucun des arguments invoqués par les parties intervenues à leur soutien n'empêche la conviction, il convient de rejeter le pourvoi dans son ensemble.

193. Si toutefois la Cour parvenait à la conclusion que les échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des juristes d'entreprise relevaient du champ de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients, il lui incomberait, après avoir annulé l'arrêt attaqué, de renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour que celui-ci poursuive l'examen des circonstances de fait (article 61 du statut de la Cour de justice). En effet, il y aurait alors encore lieu de rechercher si les deux courriers électroniques litigieux étaient liés à l'exercice des droits de la défense en fonction de leur teneur et du contexte dans lequel ils ont été échangés.

## V — Dépens

194. Si le pourvoi est rejeté, comme je le suggère dans la présente affaire, la Cour statue sur les dépens (article 122, paragraphe 1, du règlement de procédure), les détails découlant de l'article 69 en combinaison avec l'article 18 du règlement de procédure.

195. En vertu de l'article 69, paragraphe 2, premier alinéa, en combinaison avec l'article 118 du règlement de procédure, la partie qui succombe est condamnée aux dépens s'il est conclu en ce sens. Selon l'article 69, paragraphe 2, deuxième alinéa, du règlement de procédure, la Cour décide de la répartition des dépens si la partie qui succombe est composée de plusieurs personnes. La Commission ayant conclu en ce sens et les requérantes ayant succombé en leurs moyens, il y a lieu de les condamner aux dépens. Ayant introduit le pourvoi ensemble, elles devront supporter ces dépens solidairement<sup>137</sup>.

196. En revanche, l'Irlande, le Royaume des Pays-Bas et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en tant que parties intervenantes supportent chacun leurs propres dépens conformément à l'article 69, paragraphe 4, premier alinéa, du règlement de procédure.

197. D'autres parties à la procédure qui soutiennent un pourvoi en soumettant des conclusions à la Cour peuvent se voir condamner à supporter leurs propres dépens en application, par analogie, de l'article 69, paragraphe 4, troisième alinéa, du règlement de procédure<sup>138</sup>. Le CCBE, Arnova, ECLA, ACCE et IBA ont soutenu, par leurs conclusions, le pourvoi d'Akzo et d'Akcros, et ils ont succombé; il semble donc approprié de les condamner chacun à supporter leur propres dépens, par dérogation à ce qui a été exposé au point 195.

137 — En ce sens également, arrêt du 31 mai 2001, D et Suède/Conseil (C-122/99 P et C-125/99 P, Rec. p. I-4319, point 65); dans ce cas, D et le Royaume de Suède avaient même introduit deux pourvois séparés et ont néanmoins été condamnés solidairement aux dépens.

138 — Voir, en ce sens, par exemple, arrêts du 26 février 2002, Conseil/Boehringer (C-23/00 P, Rec. p. I-1873, point 56); du 2 octobre 2003, International Power e.a./NALOO (C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P et C-180/01 P, Rec. p. I-11421, point 187), et du 1<sup>er</sup> octobre 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conseil (C-141/08 P, Rec. p. I-9147, point 118).

## VI — Conclusion

198. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de statuer comme suit:

- «1) Le pourvoi est rejeté.
  
- 2) L'Irlande, le Royaume des Pays-Bas et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord supportent chacun leurs propres dépens.
  
- 3) Le Conseil des barreaux européens, l'Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, la European Company Lawyers Association, l'American Corporate Counsel Association (European Chapter) et l'International Bar Association supportent chacun leurs propres dépens.
  
- 4) Pour le surplus, Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akcros Chemicals Ltd sont condamnées solidairement aux dépens.»