

QUEL AVENIR POUR LE LEGAL PRIVILEGE ?

par Jean-Charles Savouré, Directeur juridique IBM Eurocoordination, Vice-Président de l'AFJE



Les juristes d'entreprise peuvent-ils dire adieu à la reconnaissance du principe de la confidentialité de leurs avis (« Legal Privilege », ci-après désignée « confidentialité »)?

Après la décision rendue le 17 septembre par le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPICE), la question mérite d'être posée. En effet, par cette décision, rendue dans le cadre de la fameuse affaire Akzo, les juges européens ont cru devoir s'en tenir au principe établi voici plus de vingt-cinq ans par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) dans l'affaire AM&S. Selon ce principe, les juristes d'entreprise ne peuvent prétendre à la confidentialité aux motifs que le rapport d'emploi qui les unit à leur employeur leur interdit de se prévaloir de l'indépendance nécessaire.

Décision d'autant plus décevante que, face à l'hostilité constante et résolue de la Commission Européenne au concept de confidentialité pour les juristes d'entreprise, ce sont les professionnels du droit dans leur ensemble qui faisaient front dans cette affaire en vue de faire reconnaître la désuétude de la jurisprudence AM&S et la nécessité de lui substituer des règles adaptées à l'environnement d'aujourd'hui. Rappelons en effet qu'au soutien de la société Akzo, partie requérante, s'étaient jointes à l'instance en tant que parties intervenantes des organisations aussi diverses que la European Company Lawyers Association, le Conseil des Barreaux Européen, l'American Corporate Association, l'International Bar Association, et l'ordre des avocats du Barreau néerlandais. Le fait que juristes d'entreprise et avocats aient ainsi pris l'initiative de faire entendre leurs voix, et de le faire de façon convergente en dehors de toute préoccupation

corporatiste, n'est pas le moindre des éléments qui caractérisent cette affaire.

Décision décevante également en ce que les conditions paraissaient réunies pour amorcer le revirement jurisprudentiel espéré.

En premier lieu, les conditions liées aux faits de l'espèce : le juriste concerné par les communications saisies, bien que salarié du groupe Akzo, était lui-même membre du Barreau néerlandais et, à ce titre, soumis à de strictes règles déontologiques lui conférant « un haut degré d'indépendance ». Mieux encore, son contrat de travail contenait une disposition par laquelle son employeur convenait que son obligation d'indépendance prévalait sur sa loyauté au groupe. Si l'on ajoute à cela que le droit néerlandais est de ceux qui reconnaissent la confidentialité aux juristes internes et que la communication écrite incriminée avait été échangée avec un membre de la direction du groupe situé au Royaume-Uni, autre pays où les juristes d'entreprise bénéficient de la confidentialité, on se demande de quelles autres circonstances favorables on aurait pu rêver pour convaincre le TPICE de faire œuvre novatrice en concluant que nulle raison valable n'existait pour que la confidentialité ne puisse, en l'espèce, être invoquée dans le cadre de cette procédure européenne, nonobstant l'absence de règles uniformes en la matière au sein de la Communauté Européenne.

En second lieu, les conditions liées à l'environnement dans lequel les juristes d'entreprise d'aujourd'hui exercent leur mission : l'ère du juriste servile, à supposer qu'elle ait jamais existé, est aujourd'hui révolue et il est maintenant admis que la compétence des juristes est intimement liée à leur indépendance d'esprit. Quel patron chercherait à s'attacher les services d'un juriste prêt à couvrir ses actes par crainte de voir son emploi supprimé ? Et quel juriste irait se prêter à ce jeu, alors que les exemples commencent à poindre de situations où les juristes internes se voient imputer des responsabilités liées à leur seul statut ?

En troisième lieu, les conditions liées à l'environnement réglementaire : sans vouloir dissenter ici sur l'impact réel du Règlement I/2003, on ne peut discuter le fait que, confrontées à la nécessité de procéder désormais à l'autoévaluation de leurs accords ainsi qu'à des exercices réguliers de « compliance », les entreprises sont de plus en plus fréquemment conduites à exiger

de leurs juristes internes des avis formels (c'est-à-dire écrits) et motivés. Face à la réglementation européenne en matière de concurrence, et à bien d'autres encore, le juriste interne, parce qu'il est situé au cœur de l'entreprise, permet par ses analyses et interventions de faire respecter le droit au sein celle-ci. Vouloir éviter que ses avis puissent servir de preuve aux irrégularités qu'il s'agit précisément de signaler, de prévenir ou de corriger relève donc plus que jamais d'une préoccupation légitime. Il est regrettable que le TPICE ait écarté cet argument en déclarant, non sans un certain cynisme, que ces tâches peuvent fort bien être réalisées « par un avocat externe avec l'entière coopération des services de l'entreprise, y compris ses services juridiques internes ». Loin de constituer une source de satisfaction pour les avocats, un tel raisonnement méconnaît grandement les réalités de l'entreprise : c'est en effet à tout moment et à tous niveaux de la hiérarchie qu'interviennent les juristes internes, et on voit mal quelle entreprise pourrait se satisfaire soit d'une telle duplication de leur travail, soit d'un recours exclusif à des conseils extérieurs.

Confrontés à la déception de voir ainsi écartés tant de circonstances et d'arguments, quelle doit être l'attitude des juristes d'entreprise?

Rappelons d'abord qu'un appel de cette décision est plus que probable. La CJCE aura-elle moins de scrupule à revenir sur une jurisprudence qu'elle a elle-même créée ? L'espoir reste permis.

Mais, surtout, cette décision nous enseigne qu'il importe de maintenir tous les feux allumés sur la question de la confidentialité dans les droits nationaux. C'est parce que de trop nombreux pays continuent d'ignorer cette question, ainsi plus généralement que celle du statut des juristes d'entreprise, que le TPICE a cru devoir s'en tenir à la jurisprudence AM&S. La situation de la France est, à cet égard, particulièrement critique. C'est à plusieurs reprises que notre pays se trouve cité par le TPICE au soutien de l'argument que les choses n'ont, somme toute, pas fondamentalement changé depuis 1982, date de l'arrêt AM&S. Si appel il y a, il conviendra de mettre à profit les lenteurs probables de la procédure à venir pour faire passer la France au rang des pays qui se sont rangés parmi les défenseurs de ce droit naturel de l'entreprise. C'est ce à quoi l'AFJE continuera de s'employer.