

Le Juriste d'Entreprise et la Déontologie de l'Avocat

La Confidentialité

Mme Laurie Weberman-Roussel

M. Jean-Claude Beaujour

Thème 2

Paris, le 2 juin 2005

Confidentialité des correspondances des avocats

➤ La confidentialité des échanges est prévue à l'article 3 du RI sous l'intitulé:

«La confidentialité des correspondances
entre avocats »

➤ **L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, tel qu'applicable depuis la loi du 14 février 2004:**

« En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci , les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception de celles portant la mention 'officielle' , les notes d'entretien, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

➤ **Quels sont les échanges qui sont couverts par la confidentialité?**

- Tous échanges quel que soient les modes de correspondances
échanges écrits, échanges verbaux,

- Tous échanges quel que soient les supports: papier, électronique, etc.

➤ **Conséquences de la confidentialité:**

- 1-insaisissabilité,
- 2-impossibilité de les produire en justice,
- 3-ne peuvent faire l'objet d'une levée de confidentialité.

➤ **Exceptions:**

1/Les correspondances ayant pour unique objet de se substituer à un acte de procédure (lettre de procédure),

2/Une convention entre avocat portant la mention « officielle »,

3/ Une lettre entre avocats portant la mention « officielle » et à condition:

-) qu'il ne soit pas fait allusion à des entretiens, des correspondances ou des documents,

-) confidentiels.

Attention:

-) l'usage de la lettre « officielle » doit être appliqué avec discernement par l'avocat qui reste tenu par les principes de loyauté et de probité:

*l'avocat ne saurait donner une quelconque publicité à ce qu'il sait devoir rester secret.

* la lettre officielle ne doit jamais être utilisée pour se constituer à soi-même la preuve d'échanges confidentiels.

- En principe interdit.

- Mais possible de manière exceptionnelle:

***Sur des motifs précis:** ces perquisitions sont limitées aux hypothèses dans lesquelles le juge d'instruction dispose d'éléments lui permettant de penser que l'avocat a participé à la commission d'une infraction.

- Suivant des formes strictes:
 -) La perquisition ne peut être effectuée:
 - que par un magistrat (sont exclus les OPJ),
 - en présence d'un délégué du bâtonnier,
 - le magistrat doit préalablement prévenir le bâtonnier.

Les échanges avec les avocats exerçant hors de France

L'article 19.5.3.1 du RI, prévoit que:

« l'avocat qui adresse à un confrère d'un autre Etat-membre une communication dont il souhaite qu'elle ait un caractère « *confidentiel* » ou « *without prejudice* » devra clairement exprimer sa volonté lors de l'envoi de cette communication. »

Cependant:

Dans l'hypothèse cas où le destinataire de la communication ne saurait pas en mesure de lui donner un caractère « *confidentiel* » ou « *without prejudice* », il devra la retourner à son expéditeur sans en révéler le contenu.

➤ **Les échanges avec les avocats étrangers:**

Il n'y a pas de règle unique:

-) cas par cas en fonction de la propre déontologie du confrère étranger

avant d'échanger des informations confidentielles:

- l'avocat français doit se renseigner sur les règles déontologiques en vigueur pour son confrère,
- conclure un accord de confidentialité,
- accepter la non-confidentialité des échanges mais sur accord du client lui-même.

PARTICULARITES POUR LES JURISTES D'ENTREPRISE :

- Le « Legal Privilege » a été élaboré en grande partie dans les pays basés sur un système judiciaire de “ discovery ” afin de “ protéger ” les avis juridiques.
- L'obligation de confidentialité est reconnue dans les pays de droit civil comme une obligation de base permettant d'obtenir et/ou échanger des informations permettant d'exercer son métier. Elle n'est pas limitée aux “ avocats ” mais peut s'appliquer à divers corps de métiers (Clergé, Médical).

➤ La Confidentialité des avis émis par les juristes d'entreprise demeure un sujet de discussions. A l'heure actuelle, il n'y a en France aucune reconnaissance de la confidentialité ces avis.

-) Ce qui a pour conséquence directe que toutes les notes ou opinions des juristes internes de la société sont susceptibles de saisie et d'utilisation à l'encontre de la société dans les procédures judiciaires.

EXEMPLES DE DOMAINES D 'INTERVENTIONS DU JURISTE

- Participe aux entretiens avec les employés dans le cadre d'enquêtes internes;
- Participe aux négociations de fusions acquisitions;
- Participe aux réunions internes avec des membres des comités de direction des filiales étrangères de la société sur des questions de concurrence et peut prendre des notes;
- La société a sa maison mère américaine qui est en litige aux US sur des produits vendus dans le monde entier. Le juriste participe à des réunions avec le Général Counsel pour discuter des conséquences de ce litige en Europe.

QUE DIT BRUXELLES?

- Mario Monti a indiqué qu'il compte sur les avis des juristes d'entreprise afin de démontrer la mauvaise foi des dirigeants dans le cadre d'affaires concurrentielles;
- Décision SABENA du 4/11/98 la Commission a utilisé les avis des juristes comme facteur aggravant de la violation des dispositions anti-concurrence. (JOCE n°L 317/47).

- **POURTANT : Décision HILTI** : la Cour a reconnu la confidentialité des avis des juristes qui étaient l'exacte reproduction d'une "opinion légale" d'un avocat. (TPI ord 4 avril 1990)

PARADOXE:

La Commission requiert la reconnaissance de la confidentialité des avis des ses propres juristes internes basé sur le besoin d'indépendance de la Commission Européenne. (Carlson TPI 3 mars 1998, Rec. 11,488).

-La Commission EU a le pouvoir d'enquêter et de faire appliquer et respecter les règles européennes en matière de concurrence.

- La Commission EU aujourd'hui reconnaît la confidentialité des avis des AVOCATS EUROPEENS mais pas des JURISTES (voire des avocats hors UE) .

- Mais le 30/10/2003, le Président de la Cour Européenne en Première Instance a rendu une décision qui pourrait ouvrir la voie à une éventuelle reconnaissance de la confidentialité dans le cadre de dossiers concurrentiels.

Ces décisions sont d'autant plus importantes que, selon les règles de modernisation (Council Regulation 1/2003), l'application des règlements sera décentralisée.

La Commission et les Bureaux de concurrence des Etats membres ont créé un Réseau de Concurrence Européen (appelé "Cartel Busters' Cartel"), dans le cadre duquel ils partagent les informations sur les nouvelles affaires, plaintes, enquêtes etc.

En conséquence, il est tout à fait possible qu'une autorité locale reçoive des informations spécifiques d'autres autorités d'un pays "ami" qu'elle n'aurait pas obtenu autrement ou n'aurait pas eu le droit d'obtenir suivant les règles de son pays (par exemple du fait de l'application du legal privilege alors qu'au autre pays ne serait pas limité).

- La non reconnaissance de la confidentialité par d'autres juridictions est une question qui est largement débattue aux Etats Unis car le "Legal Privilege" dont bénéficient les juristes américains peut être remis en question voire perdu lorsqu'il y a communication avec des juristes ne bénéficiant pas de la confidentialité.

- Exemples de Risques : Les documents se trouvant dans la Direction Juridique d'une filiale en France peuvent être saisis et permettre d'établir la preuve de la commission de l'infraction aux yeux des autorités de concurrence.
- Les résultats d'une enquête, les recherches ou mémos d'un juriste US communiqués à la Direction Juridique d'une filiale France sont susceptibles d'être saisis.

Impacts

- Pas seulement en droit de la concurrence,
- Incidences des mesures organisées dans le cadre de la « transparence financière »: Sarbannes Oaxley, la SLF,
- Droit de l'environnement (principe de précaution...),
- Arbitrage.

Quelles solutions?

Trois solutions sont possibles pour pallier ce qui constitue aujourd'hui une véritable discrimination entre l'avis rendu par le juriste d'entreprise et celui rendu par l'avocat:

- * Une profession unique rassemblant avocats et juristes d'entreprise,
- * L'organisation d'un système d'Institut (Schéma Belge) au sein duquel sont inscrits les juristes d'entreprise, ce qui leur permet de voir leurs avis “legally privileged”,

* L'organisation de règles professionnelles par et pour les juristes d'entreprises, ce qui nécessite une définition du « juriste d'entreprise », la mise en place de « règles professionnelles » et l'organisation de « sanctions disciplinaires » rendues par le Président du TGI.

- Le rapprochement: oui, mais pas à n'importe quelle condition pour l'ensemble de la profession des juristes d'entreprise;
- Depuis septembre mars 2004, un groupe « Règles professionnelles » a été mis en place pour travailler à élaborer ces dispositions (avec un magistrat détaché par la Chancellerie) – Un rapport doit être déposé à la Chancellerie en début d'été.