

2014

# JURISTE D'ENTREPRISE Magazine

ASSOCIATION FRANÇAISE DES JURISTES D'ENTREPRISE

NUMÉRO SPÉCIAL

# CONFIDENTIALITÉ

des avis des juristes d'entreprise

48 personnalités

du monde du droit s'expriment

**AFJE**

ASSOCIATION FRANÇAISE DES  
JURISTES D'ENTREPRISE



**Juriste d'Entreprise Magazine**  
Numéro Spécial **Confidentialité**

Numéro tiré à 5000 exemplaires

**Éditeur :**

Association Française des Juristes d'Entreprise  
Association Loi 1901  
9 rue du Faubourg Poissonnière  
75009 Paris  
Tél. : 01 42 31 53 59  
Fax : 01 42 61 01 61  
[www.afje.org](http://www.afje.org)

**Directeur de la publication :**

Hervé Delannoy

**Rédactrice en chef :**

Anne Laure Paulet

**Secrétariat de rédaction :**

Sophie Cazaillet, Coralie Tsatsanis

**Outre les contributeurs, ont collaboré à ce numéro :**

Anne-Laure Blouet Pantin, Fabien Girard de Barros,  
Anne Renoncet, Maxime Bréfort, Julie Delannoy,  
Astrid Jannet.

**Maquette et impression :**

Evoluprint - Groupe LexisNexis  
Parc Industriel Euronord  
10 rue du Parc  
31150 Bruguères



La version électronique du Juriste d'Entreprise Magazine Spécial Confidentialité a été réalisée avec le soutien de Lexbase.

Ce document disponible en ligne sur le site de l'AFJE vous permettra d'avoir accès aux jurisprudences et références mentionnées.

# Sommaire

## Éditorial

<b>Par Hervé Delannoy</b> , Président de l'AFJE .....	6
<b>De l'affaire de la duchesse de Kingston à la demande de l'AFJE</b>	
<b>Hervé Delannoy</b> , Président de l'AFJE .....	8
<b>Confiance, confidentialité, secret, «<i>privilège</i>», à quelle notion se fier ?</b>	
<b>Jean-Charles Savouré</b> , Président d'honneur de l'AFJE .....	16
<b>La reconnaissance de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise : y arrivera-t-on un jour en France ?</b>	
<b>Jean-Yves Trochon</b> , Vice-Président de l'AFJE .....	20
<b>Confidentialité des avis pour les juristes d'entreprise : une bien longue histoire</b>	
<b>Jean-David Sichel</b> , Administrateur de l'AFJE .....	23
<b>De la déontologie du juriste d'entreprise</b>	
<b>Philippe Marchandise</b> , Président d'honneur de l'Institut belge des Juristes d'entreprise .....	26
<b>Secret professionnel et juriste d'entreprise</b>	
<b>Jean-Marie Burguburu</b> , Président du Conseil National des Barreaux .....	29
<b>À propos des avis rendus par le juriste d'entreprise</b>	
<b>Jean-Bertrand Drummen</b> , ancien Président de la Conférence générale des juges consulaires de France, Président honoraire du Tribunal de commerce de Nanterre .....	32
<b>L'information, actif essentiel de l'entreprise</b>	
<b>William Feugère</b> , Président national des Avocats Conseils d'Entreprises (ACE) .....	34
<b>L'avocat, le juriste d'entreprise et le secret</b>	
<b>Christian Charrière-Bournazel</b> .....	37
<b>La nécessaire protection de la confidentialité des échanges juridiques au sein des entreprises</b>	
<b>Yves Repiquet</b> , ancien Bâtonnier de Paris .....	41
<b>La confidentialité des avis des juristes d'entreprise, un enjeu majeur pour les entreprises françaises</b>	
<b>Gérard Worms</b> , Président du comité français de la Chambre de commerce internationale .....	45
<b>La confidentialité des avis des juristes en entreprise : de rapports en rapports</b>	
<b>Michel Prada</b> , Auteur du rapport intitulé « Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris » .....	48
<b>Confidentialité des avis des juristes d'entreprise : un vrai enjeu pour les entreprises françaises</b>	
<b>Emmanuèle Perron</b> , Présidente du Pôle « Droit de l'entreprise » du MEDEF, Vice-Présidente NGE .....	50
<b>La confidentialité des avis juridiques</b>	
<b>Odile de Brosses</b> , Directrice du service juridique de l'AFEP .....	54
<b>Brève approche comparative entre le secret professionnel des notaires et la confidentialité des avis des juristes d'entreprise</b>	
<b>Jean Tarrade</b> , Président du Conseil supérieur du notariat .....	56

# Sommaire

<b>Le secret professionnel du commissaire aux comptes : un secret absolu assorti d'exceptions qui mériteraient d'être complétées</b>	
<b>Yves Nicolas</b> , Président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes	61
<b>La confidentialité des avis rendus par les juristes d'entreprise à leurs dirigeants</b>	
<b>Isabelle Falque-Pierrotin</b> , Présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés	65
<b>La confidentialité des avis du juriste d'entreprise</b>	
<b>Jean-Michel Darrois</b> et <b>Emilie Vasseur</b> , Avocats	67
<b>Employabilité et « legal privilege »</b>	
<b>Marc Bartel</b> , Partner, Heidrick & Struggles	71
<b>Point de vue sur la confidentialité, outil de compétitivité : le refus de l'accorder aux avis des juristes d'entreprise handicape les entreprises françaises dans la compétition internationale</b>	
<b>Jean-François Guillemin</b> , Secrétaire général, Bouygues	73
<b>Les juristes d'entreprise disposeraient-ils déjà d'une base légale suffisante pour revendiquer la confidentialité de leurs avis juridiques ?</b>	
<b>Thomas Baudesson</b> , Avocat associé, Clifford Chance, Membre du Conseil de l'Ordre	78
<b>Responsabilité et droit social du juriste d'entreprise</b>	
<b>Jacques Barthélémy</b> , Avocat conseil en droit social, Ancien professeur associé à l'Université de droit de Montpellier, Fondateur, en 1965, du cabinet Barthélémy	80
<b>Enquêtes et procédures internationales : un cauchemar qui peut devenir réalité pour une entreprise française</b>	
<b>Hubert de Vauplane</b> , Avocat associé, Kramer Levin Naffalis & Frankel LLP	89
<b>De la confidentialité</b>	
<b>Denis Musson</b> et <b>Pierre Laporte</b> , respectivement Président et Administrateur, Cercle Montesquieu	93
<b>De la nécessité du « legal privilege » pour les juristes de banque</b>	
<b>Marc de Lapérouse</b> , Président de l'Association nationale des juristes de banque	95
<b>La confidentialité des écrits des juristes d'assurance et de réassurance</b>	
<b>Philippe Giraudel</b> , Vice-Président de l'Association des juristes d'assurance et de réassurance	97
<b>Comparaison internationale des statuts de juristes internes</b>	
<b>Jacques Buhart</b> , ancien Président de la section « Business Law » de l'International Bar Association entre 2000 et 2002, Associé gérant de McDermott & Emery, Paris	100
<b>Confiance pour confiance</b>	
<b>Philippe Coen</b> , Président de l'ECLA	104
<b>Forger des liens de confiance au sein d'une profession unie</b>	
<b>Fred Headon</b> , Président de l'Association du barreau canadien	106
<b>La Confidentialité en Belgique</b>	
<b>Hugues Delescaille</b> , Président de l'Institut belge des Juristes d'entreprise	108

# Sommaire

## Legal professional privilege and company lawyers in the UK

**Anthony Brooks**, Head of Legal Services, Law society ..... 114

## In-house Counsel in Germany

**Thomas Marx**, Rechtsanwalt, Director of Deutscher Anwaltverein ..... 116

## La protection de la confidentialité, pour les juristes d'entreprise, relève d'une nécessité

**Elisabeth Roegele** et **Niels Hartwig**, respectivement Présidente et Vice-Président, Bundesverband der Unternehmensjuristen ..... 118

## La confidentialité des avis des juristes d'entreprise en Espagne

**Juan Antonio Cremades**, Avocat aux barreaux de Paris et de Madrid, Président d'Honneur de l'Union internationale des avocats ..... 121

## Legal Privilege in the Netherlands

**Han Kooy**, Vice President of ECLA ..... 123

## Legal privilege in Spain

**Paloma Valor**, VP & Assistant General Counsel at IBM, Europe ..... 125

## Remarques sur les difficultés d'application de l'attorney client privilege aux juristes internes

**Florence G'Sell**, Professeur, Université de Bretagne Occidentale ..... 129

## Plaidoyer pour la confidentialité des avis rendus par le juriste d'entreprise

**Didier Poracchia**, Professeur et **Nicolas Bronzo**, Maître de conférences, Université d'Aix Marseille ..... 131

## Le mythe du juriste d'entreprise non-indépendant : pour une indispensable reconnaissance de la confidentialité des avis et conseils du juriste d'entreprise en France

**Christophe Roquilly**, Professeur à l'EDHEC Business School ..... 134

## Éléments de réflexion sur la confidentialité des avis juridiques en entreprise

**Jean-Michel Blanquer**, Directeur général du groupe ESSEC ..... 138

## In-House Counsel and the U.S. Attorney-Client Privilege

**Barbara S. Gillers**, Adjunct Professor at NYU Law School, Lecturer-in-Law at Columbia Law School ..... 140

## US perspective on the Legal privilege: an interview with Doug Richmond of AON, by Stéphanie Couture, Director legal services, Tarkett SAS

**Doug Richmond**, Managing Director, Professional Services Group, Aon Risk Solutions, Chicago ..... 144

## Secret des affaires et confidentialité des avis juridiques en entreprise

**Bernard Carayon**, Avocat au barreau de Paris, ancien Député, Président de la Fondation Prométhée, Maître de conférence à Sciences-Po Paris ..... 147

## Synthèse des travaux

Par **Nicolas Molfessis**, Professeur, Université Paris 2 Panthéon-Assas ..... 149



Hervé Delannoy,  
Président de l'AFJE

Nous avons pu constater, au cours des échanges et débats autour de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise, que le sujet, s'il ne manquait pas de susciter des interrogations ou des réactions, n'était pas toujours bien connu, et que cela entraînait le plus souvent des opinions fondées sur des perceptions imprécises, incomplètes ou inexactes de la question.

Cette confidentialité nous paraît plus qu'un débat technique ou professionnel. C'est un élément important de tout système juridique. Il doit permettre aux sujets de droit, et notamment ici aux entreprises, de pouvoir échanger pleinement et en toute sécurité avec leurs conseils juridiques internes sur tous les aspects réels ou potentiels de leurs situations juridiques, sans craindre que l'évocation de ces situations puisse servir à fonder des reproches qui leur seraient ensuite adressés par une autorité judiciaire ou administrative.

Ce havre que doit être l'échange avec son conseil est d'autant plus nécessaire que le droit est de plus en plus complexe. Cette complexité ne permet pas en effet à un dirigeant, ni même parfois à un unique conseil, de maîtriser et envisager seul tous les aspects juridiques d'un dossier ou d'une décision à prendre, et impose forcément un examen large et des échanges approfondis avant de trancher ou de choisir. Et encore faut-il préciser qu'il n'existe pas de solution juridique systématiquement idéale et totalement sûre, sans risque juridique, la simple évolution des textes ou de leur interprétation jurisprudentielle pouvant à elle seule constituer un risque malheureusement trop fréquent.

La mise à nu des rouages d'une décision où différentes hypothèses sont examinées est donc bien une démarche indispensable et normale du processus de décision juridique. Ce processus, par sa nature prospective, entraînant l'exposé et l'analyse des alternatives et voies envisagées avec leurs risques respectifs, offre alors, pour celui qui peut s'en saisir, une prise facile permettant de puiser dans ces réflexions toutes sortes de reproches, requalifications et soupçons de préméditation, alors que ce qui compte est l'acte positif accompli, posé par l'entreprise. Seuls certains cas d'infractions doivent permettre, comme pour les conseils externes, de lever cette confidentialité.

L'avis juridique de l'avocat fait l'objet en France d'une protection certaine seulement depuis la loi n° 97-308 du 7 avril 1997, après des atermoiements que nous rencontrons aujourd'hui pour la confidentialité des avis des juristes d'entreprise.

L'avis du juriste d'entreprise est pourtant de même nature que celui de l'avocat. Il résulte d'une pratique moderne du droit dans l'entreprise, le métier de juriste en entreprise et le droit des affaires s'étant progressivement développés à partir des années 1970. Il est important aussi que le juriste puisse bénéficier de cette confidentialité dans ses échanges avec les autres professionnels du droit, ses homologues en entreprise ou en cabinets d'avocats, français ou étrangers, non dans son intérêt propre, mais bien au nom de celui de l'entreprise qui l'emploie.

Cette confidentialité existe ailleurs qu'en France sous différentes formes liées à la culture juridique de chaque pays, mais conférant une protection aux avis des juristes internes. Ces écarts entre notre pratique et celles de nombreux et importants pays étrangers ont revêtu la question de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise d'une dimension nouvelle qui est celle de l'avantage concurrentiel que procure le fait d'en bénéficier. La compétitivité passe aussi par le droit. C'est d'ailleurs pour assurer à la décision une approche juridique à la fois conforme et compétitive que l'avis se doit d'explorer les limites du droit. Notre droit, nos entreprises, notre économie, nos juristes (y compris, par ricochet, les conseils externes français), sont aujourd'hui défavorisés par un système ne prenant pas en compte la confidentialité des avis juridiques au sein de l'entreprise. A une époque où les différences entre concurrents peuvent être ténues, il est essentiel de ne pas négliger cet aspect de la concurrence entre places du droit, qui se traduit par un handicap irrationnel et injustifié à la compétitivité de nos entreprises, comme ceci n'a pourtant cessé d'être constaté par de nombreux rapports, dont le dernier en date, celui de Michel Prada, commandé conjointement par le Garde des Sceaux et le ministre de l'Economie, qui marque un aboutissement en termes d'analyse de la situation. Et pourtant, depuis lors, rien n'a changé...

Il nous a donc paru nécessaire de mieux faire connaître les différents arguments sous-tendant ce débat de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise, afin qu'il ne soit pas l'otage d'intérêts purement corporatistes ou extérieurs au monde du droit ou de l'entreprise ou que, par manque de perception des enjeux réels, nous n'accrussions notre retard dans ce domaine, et ce au détriment de la place du droit dans les entreprises, et de la compétitivité de ces dernières.

C'est le rôle de notre association de le dire et d'intervenir dans ce débat, comme elle l'a toujours fait.

Nous tenons à remercier les nombreux et éminents contributeurs de ce numéro spécial du *Juriste d'Entreprise Magazine*. Face à l'émission d'avis épars et incomplets qui nourrissent un débat souvent tronqué, nous avons voulu réunir dans un seul document un nombre important d'opinions, exposés et analyses de spécialistes ou acteurs essentiels, afin de poser clairement les termes du débat et le faire prospérer et aboutir.

# De l'affaire de la duchesse de Kingston à la demande de l'AFJE



**Hervé Delannoy,**  
Président de l'AFJE

*Hervé Delannoy, Directeur juridique de Rallye, est Président de l'AFJE depuis le 22 novembre 2011. Après trois années passées dans des cabinets de conseil, il intègre en 1991 la Redoute Catalogue en qualité de juriste et devient en 1997 responsable juridique de la holding Redcats (groupe PPR). En 2000, il prend la direction juridique et fiscale du groupe Pimkie Orsay (famille Mulliez) à Lille et Bruxelles. Il est ensuite directeur adjoint des affaires juridiques du Groupe Euris en 2004 puis directeur juridique de Rallye (holding de Casino et Go Sport) depuis 2007. Dans le cadre de sa présidence de l'AFJE, Hervé Delannoy travaille sur des sujets qui touchent au cœur même des activités et du métier de juriste, notamment le positionnement des juristes au sein de l'entreprise, la revendication de la confidentialité des avis, la formation pluridisciplinaire des juristes. Diplômé de l'Institut des hautes études internationales de Paris II, Hervé Delannoy est également titulaire d'un DEA de droit privé de Lille II, du MBA ESCP, et d'un LLM de l'Université de Londres.*

Il est de tradition, dans les pays de *Common Law*, de faire remonter le fondement juridique actuel de la confidentialité à l'affaire de la duchesse de Kingston. Elizabeth Chudleigh dut en effet, en 1776, faire face à un procès devant ses pairs pour bigamie, après avoir épousé en 1744 John Hervey, futur comte de Bristol, puis en 1769 Evelyn Pierpont, le riche duc de Kingston, invoquant pour se défendre des héritiers de ce dernier une décision d'un tribunal ecclésiastique la déclarant libre de son premier mariage. Au cours du procès, des témoignages furent requis, dont celui de son médecin, et la question de la confidentialité fut soulevée. Cette affaire marqua un tournant dans ce domaine en ne considérant plus la confidentialité comme étant une question d'honneur (« *point of honor* »), en vertu de laquelle les témoins ne pouvaient, en « *hommes d'honneur* », se dessaisir d'un secret (« *breach of honor* »), et les juges, en hommes d'honneur également, exiger d'eux de briser le secret. Il devait être admis à partir de cette affaire que le fondement de la confidentialité, notamment en matière juridique, pour le conseil comme pour le contentieux, serait d'ordre public, pour l'intérêt du droit. Ce principe de confidentialité fera ensuite l'objet de développements, notamment au cours des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles comme il en sera durant

la même période pour le secret de l'avocat en France. Ils peuvent tous deux se référer à des principes plus anciens, en vertu desquels le conseil ne peut témoigner contre son client.

Cette confidentialité a connu des développements différents selon les pays et les traditions juridiques. En France, elle est reconnue aux avocats depuis longtemps pour la partie contentieuse, et dans le cadre du secret professionnel, plus vaste. Pour l'activité de conseil, la reconnaissance est beaucoup plus récente puisque c'est en 1997 que le législateur est intervenu une dernière fois pour asseoir ce principe face à une résistance de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Cette activité de conseil a connu un essor dans les dernières cinquante années en France avec le développement du droit des affaires, qui coïncide avec le développement de la profession de juriste d'entreprise. Le juriste d'entreprise exerce donc une forme moderne du conseil juridique aux entreprises.

Si cette confidentialité a été difficile à obtenir pour la partie conseil du métier d'avocat, elle l'est aussi et encore pour les juristes d'entreprise qui la revendiquent. Aux difficultés qu'a pu rencontrer la profession d'avocat, s'ajoutent pour les juristes d'entreprise celles qu'opposent eux-mêmes certains avocats dans le débat en cours.

Ce numéro spécial du JEM est l'occasion de rappeler la position de l'AFJE à cet égard.

La demande de l'AFJE est d'obtenir la reconnaissance de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise. Cette demande a des fondements. Elle a aussi des modalités.

## I - Les fondements de la demande de l'AFJE

### A - Le fondement tiré de l'intérêt du droit

Ce fondement essentiel est simple et connu. Pour la bonne application du droit dont les textes sont par ailleurs de plus en plus complexes et volumineux, il est nécessaire que toute personne, sujet de droit, puisse connaître sans encombre ses droits et devoirs et échanger sans risque avec son conseil interne ou externe, en toute liberté afin de déterminer la situation ou les choix juridiques qui paraissent le mieux lui convenir. Ce principe est dans l'intérêt même du droit.

Pour cela, l'avis du juriste interne de l'entreprise doit pouvoir être considéré comme confidentiel, comme c'est le cas de celui de l'avocat externe à l'entreprise. Le conseil de l'un procède des mêmes principes que le conseil de l'autre.

Cette confidentialité doit s'appliquer aux avis oraux et écrits des juristes d'entreprise. Elle doit s'étendre aux correspondances qu'ils peuvent avoir avec des juristes tiers à l'entreprise, avocats ou juristes d'entreprise français ou étrangers.

En bénéficiant de la confidentialité pour ses écrits, le juriste d'entreprise doit bien entendu pouvoir partager avec le chef d'entreprise le contenu de ses échanges avec d'autres que celui-ci, y compris avec les conseils externes, l'entreprise étant la bénéficiaire de cette confidentialité.

Au-delà de l'écrit, le juriste d'entreprise doit pouvoir garder également confidentiel, vis-à-vis de tout tiers, le contenu des échanges oraux effectués dans le cadre des consultations juridiques internes.

Bien entendu, la limite de cette protection est la fraude ou l'infraction qui, comme pour l'avocat, peuvent entraîner la perte de la confidentialité des documents ou avis concernés.

Cette demande se fonde donc sur un principe de bonne application du droit dont le bénéficiaire n'est pas le juriste d'entreprise, mais bien l'entreprise.

### B - Le fondement tiré de la compétitivité

Ce fondement ne procède plus d'un grand principe général, mais davantage d'un regard pragmatique.

Dans l'environnement international dans lequel évoluent entreprises et marchés, le fait qu'il y ait des différences d'un Etat à un autre peut créer des distorsions juridiques et économiques.

Ainsi, l'absence de confidentialité pour les juristes d'entreprise français, alors que des entreprises étrangères emploient des juristes qui en bénéficient, peut avoir différents impacts sur notre compétitivité.

Les entreprises dont les avis des juristes internes sont protégés bénéficient d'une meilleure protection juridique que celles dont les juristes d'entreprise ne peuvent assurer la confidentialité à leurs avis. Cela crée indubitablement un déséquilibre entre ces entreprises dans l'application du droit, certaines étant de ce fait plus fragiles. À une époque où l'avantage concurrentiel se cherche dans tous les compartiments de l'activité de l'entreprise, y compris celui de sa stratégie juridique incluant son programme de conformité, cette carence constitue un handicap certain.

La reconnaissance de la confidentialité peut aussi être un des critères pris en compte par les entreprises dans le choix de l'implantation de leurs sièges centraux ou régionaux, et de leur direction juridique, ce qui défavorise notre territoire. Pour celles déjà implantées en France, ce peut être un motif contribuant à préférer installer leur état-major et leur direction juridique dans un autre pays.

Certaines entreprises françaises embauchent des directeurs juridiques de pays étrangers qui bénéficient de cette protection chez eux, pensant parfois -et à tort- que la protection dont ceux-ci peuvent jouir persiste sur notre territoire.

L'ensemble de ces éléments concourent à favoriser l'embauche dans les directions juridiques des groupes français de juristes étrangers ce qui, en soi, ne serait pas critiquable, bien au contraire, si la faculté inverse existait pour les juristes français vis-à-vis des entreprises étrangères. Or, à moins de détenir un diplôme d'avocat local, un juriste d'entreprise français n'ayant pas la qualification pour exercer dans un pays étranger ne pourra pas bénéficier des conventions de reconnaissance mutuelle qui exigent le plus souvent pour

s'appliquer que l'impétrant soit dans son pays d'origine (ou de diplôme) membre d'une profession réglementée, ce qui n'est pas le cas pour le juriste d'entreprise français. Notons d'ailleurs que le fait d'avoir été ou même d'être avocat français ne changera rien à la situation pour l'un ou l'autre. En effet, si le candidat est en poste en entreprise, il est déjà ce qu'on appelle « omis du barreau », et s'il exerce comme avocat il devra « s'omettre » pour rejoindre l'entreprise étrangère et donc ne plus être membre d'une profession réglementée, ce qui fait que dans les deux cas il ne sera pas éligible à la reconnaissance mutuelle, comme cela ressort de nos discussions avec les représentants des associations de barreaux nord-américains. En conclusion, nous accueillons plus favorablement les juristes étrangers que nous ne facilitons l'embauche de nos juristes français dans les entreprises étrangères et ce, non du fait des réglementations étrangères, mais bien en raison de notre propre réglementation nationale.

Ces éléments sont aussi de nature à favoriser l'application des droits pratiqués par ces juristes étrangers ou en vigueur dans les pays d'accueil des sociétés, et plus généralement renforce l'application du droit anglo-saxon déjà prépondérant dans les affaires et ce, à un moment où nous tentons de développer le droit français et le droit continental pour assurer une pluralité dans les droits offerts aux entreprises dans leurs affaires internationales.

Enfin, cette prime à l'extranéité privilégie mécaniquement l'activité des cabinets d'avocats étrangers au détriment de celle des cabinets français.

L'absence de la confidentialité se trouve donc être préjudiciable à notre pays, à nos entreprises, à notre droit, à nos juristes, et à nos avocats, du fait de notre législation et de son absence d'évolution malgré les nombreux rapports publiés depuis plus de vingt ans sur ce sujet.

De plus, il est curieux de constater que la mise en œuvre de cette confidentialité ne semblerait pas apporter d'inconvénients.

## II - La mise en œuvre

La confidentialité peut être octroyée aux juristes d'entreprise soit en leur attribuant un statut d'avocat dans le cadre d'une nouvelle profession, soit en leur conférant un statut spécifique.

### A - L'obtention de la confidentialité par le statut d'avocat

Cette solution a été initialement recommandée par les autorités françaises afin d'éviter la création d'une nouvelle profession réglementée, dans l'idée alors en marche d'une grande profession du droit (notaires, avocats, juristes d'entreprise,...).

L'idée de la grande profession du droit a fait long feu, comme l'a constaté d'entrée le rapport « Darrois ». Quant à la mise en œuvre de la confidentialité par le biais du statut d'avocat, elle s'est heurtée à une opposition de certains avocats s'appuyant principalement sur un conflit entre le statut de salarié et l'indépendance de l'avocat, point repris par la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.

Cette jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne refuse de reconnaître aux juristes d'entreprise la confidentialité de leurs avis au motif que ceux-ci sont liés par un rapport d'emploi avec leur entreprise, ce qui serait incompatible avec l'indépendance inhérente à une telle prérogative et ce, quand bien même cette confidentialité leur serait et continuerait de leur être octroyée dans leur propre pays. Cette position, adoptée dans l'arrêt « AM&S » de 1982 (CJCE, 18 mai 1982, aff. C-155/79), a été reprise en 2010 dans l'arrêt « AKZO Nobel » (CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P) dans lequel le juge a précisé toutefois que la réglementation nationale des Etats n'évoluant pas, il n'y avait pas de raisons que la Cour prenne l'initiative de modifier sa jurisprudence, semblant envisager ainsi une possible évolution malgré le principe réaffirmé, au cas où des tendances nouvelles en provenance des Etats se manifesteraient.

La question de l'indépendance du juriste d'entreprise a été longuement commentée et l'est une nouvelle fois dans ce numéro, comme cela a été voulu. Rappelons simplement que l'argument tiré de l'absence d'indépendance peut être contesté à la fois par l'explication et par l'exemple. L'explication est que l'indépendance intellectuelle du juriste doit être distinguée du lien de subordination lié au contrat de travail et, s'agissant de la dépendance économique, elle peut exister en dehors du contrat de travail, y compris chez des prestataires externes, de façon moins protégée le plus souvent. L'exemple quant à lui provient bien entendu des pays où existe l'avocat en entreprise, exemple soutenu par l'importance de ces pays, la place que ceux-ci accordent au droit et à son respect, ainsi qu'au bon fonctionnement du métier

de juriste interne, de façon intrinsèque comme à l'égard des avocats, juges, professeurs de droit, formant tous une seule profession. Le témoignage des représentants de ces barreaux, notamment en Europe ou en Amérique, sur l'absence de problème d'indépendance devrait largement suffire à étayer cet exemple, notamment par la solidité de leur pratique. Peuvent s'ajouter à ces témoignages, les prises de position d'éminents représentants d'instances représentatives du barreau français qui abondent dans le même sens et que l'on ne peut soupçonner de vouloir nuire à la qualité de la profession d'avocat.

L'argument lié à l'absence d'indépendance nous paraît donc contourné et participe plus de l'alibi, pour cacher d'autres peurs ou raisons.

Néanmoins, il faut que le débat progresse et déterminer si cette voie a un avenir ou non. Cet avenir dépend autant de l'accord sur le principe de créer cette profession d'avocat en entreprise que de l'accord sur les modalités de cette mise en œuvre qui va plus loin que la simple instauration de la confidentialité en offrant une plus grande fluidité entre les deux professions actuelles qui deviendraient une seule profession avec deux modalités d'exercice. Le processus est toujours en cours et donc à suivre. Mais, s'il n'y a pas d'accord ou si des modalités déséquilibrées ou impossibles à accepter pour les juristes d'entreprises réapparaissent, ou si simplement il continue de prendre du retard, il faudra abandonner cette voie pour l'adoption de la solution d'un statut propre.

## B - Le statut propre aux juristes d'entreprise

Lors de son audition par la commission présidée par M. Michel Prada pour la rédaction de son rapport de 2011, intitulé : « *Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris* », l'AFJE avait soumis trois propositions de textes, dénommés A, B et C (cf. page 12), qui déclinaient une mise en œuvre d'un statut propre selon des versions différentes et plus ou moins allégées, permettant l'instauration de cette confidentialité pour les juristes d'entreprise.

La version A prévoyait pour les juristes d'entreprise satisfaisant à des conditions de diplômes, d'inscription dans une association professionnelle dotée de règles déontologiques, de contrat(s) de travail dans une entreprise avec un statut cadre et d'une pratique de trois ans (qui sont les condi-

tions requises pour les adhérents de l'AFJE), une inscription sur une liste tenue par le Procureur de la République du ressort de l'entreprise ou de l'association professionnelle. Une telle inscription aurait conféré à ces juristes la confidentialité de leurs avis.

La version B prévoyait la même chose sans toutefois que la liste ait à être tenue par le Procureur de la République, l'appartenance à une association professionnelle étant suffisante pour autant que celle-ci figure sur une liste arrêtée par décret en Conseil d'État.

La version C, la plus simple à mettre en œuvre, reprenait la version B en supprimant cette fois l'obligation pour le juriste d'entreprise d'appartenir à une association française pour bénéficier de la confidentialité, seuls étant requis le diplôme (Master en droit ou équivalent), le statut cadre et un contrat de travail de juriste d'entreprise.

Ces trois projets figurent en annexe de cet article.

Nous avons voulu rapidement retracer la trame du débat et le replacer dans sa situation actuelle. Comme nous l'avons dit au conseil de l'Ordre de Paris à l'invitation de son Bâtonnier pour nous exprimer sur ce sujet, il faut, pour faire aboutir la voie de l'avocat en entreprise, un véritable débat et un calendrier. C'est ce que nous attendons de la profession d'avocat et de ses représentants, et principalement du Conseil national des barreaux (CNB). A défaut, s'il s'avère nécessaire d'attendre plus de maturation de la part de la profession d'avocat pour aboutir dans ce débat, ce ne sera plus avec la profession d'avocat, mais avec les autorités et notamment le ministère de la Justice qu'il faudra reprendre la discussion pour un statut propre du juriste d'entreprise qui n'est pas sans mérite, loin de là, notamment celui de la simplicité, celui de la rapidité et ce, sans compromettre le retour, ultérieurement, à la solution de l'avocat en entreprise.

L'AFJE, dont l'une des raisons d'être est de tenir un rôle moteur dans ce débat, est prête à poursuivre le dialogue engagé avec les avocats comme avec les autorités et à apporter tout élément utile pour le faire avancer, comme elle est prête à travailler sur tout projet de texte. Le temps des rapports est maintenant passé, il faut agir en sachant ce que chacun veut réellement et positivement pour faire avancer nos entreprises, notre droit et l'exercice du droit en entreprise.

*Projets A, B, C proposés par l'AFJE en 2011 suite au rapport Prada*

# Renforcement de la compétitivité de la place juridique de Paris

« Confidentialité des avis émis par les juristes d'entreprise »

## Projet A

### Exposé de motifs :

A l'heure de la globalisation et de la bonne gouvernance économique et mondiale, il importe de créer les conditions d'une meilleure prise en considération des enjeux juridiques dans la détermination de la stratégie de nos entreprises.

Pour contribuer à cet objectif, il convient, à l'instar de ce qui existe dans bon nombre de pays européens – à la fois de common law et de droit continental – de reconnaître officiellement la profession de Juriste d'entreprise de façon à permettre à nos entreprises de bénéficier pleinement des qualités et du savoir-faire de professionnels compétents, à même de défendre leurs intérêts dans le respect des lois et règlements.

Les Juristes d'entreprise, dont le nombre est estimé à 16 000, constituent numériquement la deuxième profession du droit en France et ont su développer leur pratique du droit au sein des entreprises en France et à l'international depuis un demi-siècle.

Or, en dépit de ce professionnalisme incontesté, la profession de Juriste d'entreprise ne bénéficie pas de la reconnaissance législative et réglementaire permettant aux entreprises qui les emploient d'utiliser à plein temps leurs compétences et de se positionner à parité avec leurs concurrentes étrangères. En particulier, les avis écrits des Juristes d'entreprise ne sont pas, en France, protégés par la confidentialité et peuvent de ce fait être saisis ou produits dans le cadre d'une enquête ou d'un litige et, finalement, se retourner contre l'entreprise qui a choisi de les solliciter.

Une telle situation a pour effet de dissuader les entreprises françaises de solliciter des avis écrits de ses juristes internes, alors que l'objet même de ces avis est de permettre à l'entreprise de prendre sa décision en connaissant la dimension juridique des options qui s'offrent à elle. A l'heure où le droit s'affirme comme une composante essentielle de la stratégie des entreprises et où celles-ci

sont encouragées à mettre en œuvre des programmes de conformité, une telle lacune de la loi française constitue un réel handicap pour notre pays et pour la compétitivité des entreprises françaises qui, dans le souci légitime de connaître et de respecter le droit sans qu'il puisse en résulter une aggravation de leur niveau de risque juridique, peuvent se voir contraintes d'organiser leurs services juridiques à partir de l'étranger.

La solution, pour rétablir l'équilibre compétitif de nos entreprises et mettre fin à cette distorsion de concurrence, consiste à renforcer le rôle du Juriste d'entreprise et à rapprocher les règles françaises relatives au statut des Juristes d'entreprise et celles relatives à la protection des documents juridiques qu'ils établissent avec celles des pays étrangers dans lesquels opèrent leurs concurrents.

Le projet présenté s'articule autour de critères objectifs de compétences sanctionnées par un diplôme Master 1 en droit ou équivalent, d'au moins trois années d'exercice et par le respect de règles déontologiques, et de l'adhésion à une association de juristes d'entreprise représentative de la profession et dotée d'une déontologie adaptée, sous le contrôle du Procureur de la République qui peut sanctionner toute infraction ou mauvaise conduite. Le texte reconnaît et consacre ainsi le principe de la confidentialité des consultations, avis, notes et correspondances du Juriste d'entreprise qui ne pourront ainsi être ni saisis ni opposés à son entreprise ou au groupe auquel il appartient dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative.

### ARTICLE 1 (adaptation de l'actuel article 58 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971)

Les personnes justifiant de l'obtention d'un diplôme de Mastere 1 en droit ou d'un diplôme équivalent et exerçant leurs fonctions en exécution d'un contrat de travail au sein d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises ou d'une association professionnelle ou syndicale publiques ou privées ayant une finalité économique, sociale ou scientifique située en France ou l'étranger,

peuvent donner des consultations juridiques et établir les actes juridiques nécessaires à l'activité de l'entreprise ou de l'organisme qui les emploie et de toute entreprise du groupe auquel elle appartient. Ils peuvent effectuer toutes les opérations juridiques nécessaires à cette activité.

### ARTICLE 2

Les personnes répondant aux conditions de diplôme définies à l'article 1 et justifiant (i) d'un statut de cadre au sens de la convention collective régissant l'entreprise à laquelle elles sont liées par un contrat de travail et (ii) de trois années de pratique exclusive et effective au sein d'un service ou département juridique d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises ou d'une association professionnelle ou syndicale publiques ou privées ayant une finalité économique située en France ou l'étranger, et (iii) membre d'une association professionnelle représentative de juristes d'entreprise dotée d'un corps de règles déontologiques, peuvent se prévaloir du titre de « Juriste d'Entreprise » après leur inscription sur une liste établie par le Procureur de la République du ressort de la Cour d'Appel dont dépend son entreprise ou son association professionnelle ou syndicale.

Le Procureur se prononce, au vu des justifications produites, sur l'existence des conditions requises. Il établit la liste des juristes d'entreprise qui remplissent les conditions pour figurer sur une liste de Juristes d'Entreprise et tient celle-ci à jour.

Ses décisions peuvent être contestées devant le Tribunal de Grande Instance. Il peut être fait appel des décisions de celui-ci devant la Cour d'Appel.

### ARTICLE 3

Les consultations, avis et correspondances de nature juridique émis par un Juriste d'Entreprise, ainsi que tous échanges écrits avec un Juriste d'Entreprise, dans l'exercice de ses fonctions, ne peuvent être ni saisis ni être opposés à l'entreprise ou au groupe d'entreprises ou à l'association professionnelle ou syndicale auxquels ceux-ci sont destinés dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative.

Les informations non publiques échangées entre Juristes d'Entreprise sont confidentielles, sauf déclaration unilatérale de l'émetteur ou convention contraire préalable et écrite.

### ARTICLE 4

La demande en vue de l'obtention du titre de Juriste d'Entreprise est adressée au Procureur de la République près le Tribunal de Grande Instance

soit du siège social soit de l'établissement secondaire de l'entreprise qui l'emploie.

### ARTICLE 5

Lorsqu'un Juriste d'Entreprise se rend coupable soit de faits contraires à l'honneur, à la probité, aux bonnes mœurs ou lorsqu'il a encouru l'une des condamnations ou sanctions qui auraient motivé le refus de son inscription sur la liste prévue à l'article 2, le Procureur peut le faire citer devant le Tribunal de Grande Instance aux fins d'avertissement, de blâme, d'amende ou de radiation temporaire ou de radiation définitive de la liste. Appel des décisions du Tribunal peut être interjeté devant la Cour d'Appel.

### ARTICLE 6

Des décrets en Conseil d'Etat déterminent les modalités d'application du présent titre en ce qui concerne :

- le dépôt et l'instruction de la demande d'inscription prévue à l'article 4,
- les conditions dans lesquelles seront admises les équivalences au diplôme de Master 1 en droit,
- les règles relatives à l'établissement et à la mise à jour de la liste prévue à l'article 2,
- les modalités de contrôle exercées par le Procureur de la République,
- la liste des associations professionnelles représentatives dotées d'un corps de règles déontologiques, et
- les modalités de formation permanente du Juriste d'Entreprise.

\* \*  
\*

## Projet B

### Exposé des motifs :

A l'heure de la mondialisation et du développement sans précédent des régulations, le chef d'entreprise français qui fait l'effort de s'adjoindre les compétences internes d'un juriste d'entreprise se voit, dans les faits, dissuadé de solliciter formellement celles-ci avant de prendre sa décision, sous peine d'accroître son risque juridique. En effet, contrairement à leurs homologues étrangers, les avis, notes et autres correspondances juridiques émis par le juriste d'entreprise français sont susceptibles de se retourner contre l'entreprise qui l'a sollicité, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative ou encore dans le cadre

de la mise en place de programmes de conformité (« *compliance* »). Il convient donc, pour sauvegarder la compétitivité de nos entreprises et de notre droit, d'adopter des règles équivalentes de protection des documents juridiques à celles existantes dans les pays étrangers et dont la France est actuellement dépourvue. En éliminant cet élément de distorsion de concurrence injustifié au préjudice des seules entreprises implantées en France, qui est aussi une source de complexité quant à la gestion de la communication écrite transfrontalière des groupes de sociétés, les entreprises françaises et par conséquent l'attractivité de la place juridique de Paris en sera renforcée.

Pour réaliser sa mission qui est d'inciter l'entreprise à se conformer à la loi, la confidentialité doit bénéficier aux échanges avec le juriste d'entreprise.

Cette confidentialité, attachée au document et non à la personne de son émetteur, ne nécessite pas la mise en place d'un statut du juriste d'entreprise avec une organisation de type ordinaire. Des conditions de moralité, de diplômes et d'expériences attachées à une fonction clairement identifiée dans l'entreprise comme dédiée au droit sont seules nécessaires et suffisantes, ainsi que l'adhésion à une association de juristes d'entreprises représentative de la profession et dotée d'une déontologie adaptée.

A cette fin, il est donc proposé d'ajouter un alinéa 2 à l'article 58<sup>1</sup> de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

### Article unique :

Il est ajouté à l'article 58<sup>1</sup> de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques un alinéa deux disposant :

« Les consultations, avis, documents et correspondances de nature juridique émis par un juriste d'entreprise, ainsi que tous échanges écrits avec un juriste d'entreprise, dans l'exercice de ses fonctions, ne peuvent être ni saisis ni être opposés à l'entreprise ou au groupe d'entreprises ou à l'association professionnelle ou syndicale auxquels ceux-ci sont destinés dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative. Pour

l'application de cet article, il faut entendre par juriste d'entreprise, un salarié membre d'une association professionnelle représentative dotée d'un corps de règles déontologiques et justifiant (i) de l'obtention d'un diplôme de Mastère 1 en droit ou d'un diplôme équivalent, (ii) d'un statut de cadre au sens de la convention collective régissant l'entreprise à laquelle ils sont liés par un contrat de travail et (iii) d'une pratique exclusive et effective au sein d'un service ou département juridique d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises ou d'une association professionnelle ou syndicale publiques ou privées ayant une finalité économique, sociale ou scientifique située en France ou l'étranger.

Les informations non publiques échangées entre juristes d'entreprise sont confidentielles, sauf déclaration unilatérale de l'émetteur ou convention contraire préalable et écrite.

Des décrets en Conseil d'Etat déterminent les modalités d'application du présent article en ce qui concerne :

- la liste des associations professionnelles représentatives dotées d'un corps de règles déontologiques,
- les conditions dans lesquelles seront admises les équivalences au diplôme de Mastère 1 en droit, et
- les modalités de formation permanente du Juriste d'Entreprise. »

\* \*  
\*

## Projet C

### Exposé des motifs :

A l'heure de la mondialisation et du développement sans précédent des réglementations, le chef d'entreprise français qui fait l'effort de s'adjoindre les compétences internes d'un juriste d'entreprise se voit, dans les faits, dissuadé de solliciter formellement celles-ci avant de prendre sa décision, sous peine d'accroître son risque juridique. En effet, contrairement à leurs homologues étrangers, les avis, notes et autres correspondances juridiques émises par le juriste d'entreprise français sont susceptibles de se retourner contre l'entreprise qui l'a sollicité, dans le cadre d'une procédure ju-

1 Les juristes d'entreprise exerçant leurs fonctions en exécution d'un contrat de travail au sein d'une entreprise ou d'un groupe d'en-

treprises peuvent, dans l'exercice de ces fonctions et au profit exclusif de l'entreprise qui les emploie ou de toute entreprise du groupe

auquel elle appartient, donner des consultations juridiques et rédiger des actes sous seing privé relevant de l'activité des dites entreprises.

diciaire ou administrative ou encore dans le cadre de la mise en place de programmes de conformité (« *compliance* »). Il convient donc, pour sauvegarder la compétitivité de nos entreprises et de notre droit, d'adopter des règles équivalentes de protection des documents juridiques à celles existantes dans les pays étrangers et dont la France est actuellement dépourvue. En éliminant cet élément de distorsion de concurrence injustifié au préjudice des seules entreprises implantées en France, qui est aussi une source de complexité quant à la gestion de la communication écrite transfrontalière des groupes de sociétés, les entreprises françaises et par conséquent l'attractivité de la place juridique de Paris en seront renforcées.

Pour réaliser sa mission qui est d'inciter l'entreprise à se conformer à la loi, la confidentialité doit bénéficier aux échanges avec le juriste d'entreprise.

Cette confidentialité, attachée au document et non à la personne de son émetteur, ne nécessite pas la mise en place d'un statut du juriste d'entreprise avec une organisation de type ordinaire.

Des conditions de moralité, de diplômes et d'expérience attachées à une fonction clairement identifiée dans l'entreprise comme dédiée au droit sont seules nécessaires et suffisantes.

A cette fin, il est donc proposé pour d'ajouter un alinéa 2 à l'article 58<sup>1</sup> de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

### Article unique :

Il est ajouté à l'article 58<sup>1</sup> de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques un alinéa deux disposant :

« Les consultations, avis, documents et correspondances de nature juridique émis par un juriste d'entreprise, ainsi que tous échanges écrits avec un juriste d'entreprise, dans l'exercice de ses fonctions, ne peuvent être ni saisis ni être opposés à l'entreprise ou au groupe d'entreprises ou à l'association professionnelle ou syndicale auxquels ceux-ci sont destinés dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative. Pour l'application de cet article, il faut entendre par juriste d'entreprise, un salarié justifiant (i) de l'obtention d'un diplôme de Mastère 1 en droit ou d'un diplôme équivalent, (ii) d'un statut de cadre au sens de la convention collective régissant l'entreprise à laquelle ils sont liés par un contrat de travail et (iii) d'une pratique exclusive et effective au sein d'un service ou département juridique d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises ou d'une association professionnelle ou syndicale publiques ou privées ayant une finalité économique, sociale ou scientifique située en France ou l'étranger. »

\* \*  
\*

1 Les juristes d'entreprise exerçant leurs fonctions en exécution d'un contrat de travail au sein d'une entreprise ou d'un groupe d'en-

treprises peuvent, dans l'exercice de ces fonctions et au profit exclusif de l'entreprise qui les emploie ou de toute entreprise du groupe

auquel elle appartient, donner des consultations juridiques et rédiger des actes sous seing privé relevant de l'activité des dites entreprises.

# Confiance, confidentialité, secret, « *privilège* », à quelle notion se fier ?



**Jean-Charles Savouré,**  
Président d'honneur de l'AFJE

*Jean-Charles Savouré est Associate General Counsel, IBM Europe, et Président d'honneur de l'AFJE. Monsieur Savouré est entré chez IBM en 1980. Il a d'abord occupé diverses fonctions au sein de la direction juridique d'IBM France dans les nombreux domaines du droit des affaires. Après avoir été responsable juridique de la division micro-informatique européenne d'IBM, puis directeur juridique d'IBM France, il a occupé plusieurs postes au sein de la direction juridique d'IBM Europe, dont celui de directeur juridique en charge des questions de Concurrence. Il est aujourd'hui directeur juridique supervisant la France et l'Italie et, par ailleurs, responsable à l'échelon européen du secteur des fusions-acquisitions ainsi que du droit social. Il est titulaire d'un DEA de droit des affaires et diplômé de l'Institut de droit des affaires de Paris. Au sein de l'AFJE, dont il a été le Président entre 2009 et 2011 et l'un des administrateurs entre 2001 et 2013, Jean-Charles Savouré a été l'un des principaux acteurs du débat sur la confidentialité des échanges et sur le rapprochement des professions.*

La confidentialité, les juristes d'entreprise connaissent bien. Ils vivent quotidiennement avec.

Plus qu'à tout autre salarié, en effet, l'obligation de confidentialité s'impose à eux. La raison est à rechercher dans leurs fonctions mêmes. Imaginez-vous que, confronté à une situation délicate, un dirigeant hésite à solliciter son juriste en se disant que, ce faisant, l'affaire risque de s'ébruiter ? Ce serait nier la fonction même du juriste, dont la mission ne peut se concevoir sans la confiance des dirigeants et opérationnels de l'entreprise : confiance dans ses compétences, certes, mais confiance d'abord dans sa capacité à discerner, dans le flot des affaires de l'entreprise, celles dont le traitement exige discrétion ou secret.

Ainsi doit-on, avant même de parler de la protection des avis juridiques, bien avoir à l'esprit le caractère véritablement existentiel que revêt, pour le juriste, la notion de confidentialité. On retrouve ici la notion, chère aux spécialistes du secret professionnel, de *confident nécessaire*, celui qui ne peut conseiller ou défendre efficacement son client (ou son patient), que si ce dernier a l'assurance qu'il peut se confier sans risque. Confiance, confiance... La communauté de racines de ces deux termes trouve ici tout son sens.

La *confidentialité des avis* – quelle que soit la technique utilisée pour y parvenir – est bien le prolongement de cette logique : si on sollicite l'avis du juriste, c'est en raison de la confiance qu'on porte en sa capacité à traiter l'affaire dans le respect du secret lié aux données de ladite affaire et à leur analyse juridique ; formulé sur le mode négatif, ce n'est évidemment pas pour qu'en retour, l'avis ainsi rendu et communiqué se retrouve dans d'autres mains que celui qui l'a sollicité.

S'agissant de la construction juridique apte à garantir ce résultat, l'option suivante se présente : soit on érige au rang d'infraction le non-respect par le *confident* de son obligation de secret (approche *in personam*), soit on donne au *document* protégé un caractère tel que l'accès à celui-ci, et *a fortiori* sa saisie, soient rendues impossibles ou sans effet (approche *in rem*).

La première approche est celle dont procède, en droit français, le secret professionnel des avocats. Conçu comme une *obligation*, sa violation est sanctionnée pénalement (C. pén., art. 226-13). Résumé à l'extrême, le secret professionnel, c'est, pour l'avocat, l'obligation (et non simplement le droit) de se taire. Cette obligation, que les avocats n'hésitent pas, à juste titre, à qualifier de pilier de leur *corpus* déontologique, a le mérite de per-

mettre une approche simple et solide de la question de la confidentialité des échanges : de rares dérogations près, est protégé au titre du secret professionnel, ou susceptible de l'être, tout échange entre l'avocat et son client au seul et unique motif qu'il implique la *personne* de l'avocat, lui-même débiteur, de par la loi, de l'obligation de secret. En droit français, le secret professionnel des avocats est général, absolu et illimité dans le temps. L'avocat ne peut en être déchargé par quiconque, fût-ce par le client lui-même.

Est-ce à dire que l'obligation de secret qui pèse sur l'avocat ne protège le document que si c'est l'avocat lui-même qui, en tant que lié personnellement par cette obligation, s'en prévaut ? S'il en était ainsi, la protection serait de portée réduite car ce qu'il y a lieu d'éviter c'est, de manière générale, la révélation aux tiers du document confidentiel échangé avec l'avocat, quand bien même c'est en dehors du cabinet de l'avocat ou hors sa présence, par exemple à l'occasion d'une perquisition chez le client, que ce document serait menacé de révélation. Fort heureusement, il n'est pas douteux que la protection du document au titre du secret professionnel peut être revendiquée par le client lui-même. Ainsi, encore récemment, la Cour de cassation a-t-elle rappelé que la saisie dans l'entreprise, par les autorités de concurrence, d'une correspondance de ladite entreprise avec son avocat, est susceptible d'être annulée comme violation du principe du secret professionnel<sup>1</sup>.

La seconde approche est celle du *legal privilege*. Développée dans les pays de *Common law*, cette notion vise à labelliser « privilégié » le document émis par (ou adressé à) un *lawyer* de façon à en interdire l'accès par un tiers non autorisé, *a fortiori* à rendre impossible sa saisie et, le cas échéant, sans effet sa production en justice. Ce qui permet ici la protection du document, ce n'est pas une *obligation* à la charge du *lawyer* (même si celui-ci peut par ailleurs être tenu au secret professionnel), mais un *droit* de son client de s'opposer à sa révélation en raison de la substance juridique du document en question échangé avec son conseil, à charge pour ce client d'exercer ou non ce droit. Ce système trouve principalement à s'appliquer dans les procédures de type accusatoire, le plus souvent

connues sous le nom de *discovery* ou de *disclosure*, dans lesquelles les parties à un litige doivent se fournir mutuellement tous les éléments du litige en leur possession – qu'ils soient à charge ou à décharge – de façon à permettre à la vérité de s'établir et, en définitive, au juge de prendre une décision éclairée. Par le recours à la mécanique du *legal privilege*, sont exclus de cette obligation de communication de pièces les avis émis par les *lawyers* des parties en cause. A la base de ce système, se trouve le souci d'éviter toute entrave à la liberté du client de consulter un juriste, ce qui implique de garantir la confidentialité des informations fournies à ce dernier et des avis reçus en retour, sans crainte que cet échange se retourne ensuite contre ledit client. L'objectif est de permettre au client d'être pleinement éclairé sur ses droits et devoirs et donc, au final, de contribuer à la bonne application de la loi.

Cette approche, qui fait l'objet d'une jurisprudence abondante dans les pays concernés, a le mérite de la souplesse dès lors que, s'attachant au seul contenu du document (demande ou production d'un avis juridique) et non à l'existence d'une obligation à la charge du juriste qui l'a émis, elle ne fait pas, en tant que telle, intervenir d'éléments de responsabilité professionnelle et laisse au seul client le choix d'exercer son droit ou d'y renoncer. De cette caractéristique découle la principale différence avec le secret professionnel : tandis que l'avocat soumis au secret professionnel ne peut jamais être déchargé de son obligation de secret, y compris par le client lui-même, le *lawyer* américain ou le *solicitor* anglais peut, s'il y est autorisé par son client, communiquer tout type d'information à un tiers sans s'exposer au risque d'avoir violé sa déontologie professionnelle.

Que dégager de tout cela pour ce qui concerne les juristes d'entreprise, à qui la loi française ne reconnaît aucun moyen explicite de faire bénéficier leur employeur de la confidentialité, alors même qu'ils y sont eux-mêmes tenus, que ce soit au titre de l'obligation « naturelle » de confidentialité dérivée de leurs fonctions mêmes, ou au titre de l'obligation légale prévue par les articles 55 et 58 de la loi (modifiée) du 31 décembre 1971<sup>2</sup> ?

1 Cass. crim., 24 avril 2013, n° 12-80.331, F-P+B.

2 Il faut rappeler en effet que la combinaison de ces deux articles a pour effet de soumettre, de façon incidente, les juristes d'entreprise au secret professionnel. On peut s'interroger sur la portée exacte de ces

dispositions dès lors, en particulier, que la même loi (art. 66-5) restreint la couverture par le secret professionnel aux échanges entre le client et l'avocat. Pour une application pratique, cf. cependant Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-42.498, F-D.

Rappelons d'abord une évidence : l'accès par les juristes d'entreprise français à un mécanisme permettant d'assurer la confidentialité de leurs avis suppose en préalable qu'ils se voient reconnaître un véritable statut légal. Ce statut, on le sait, est actuellement limité à quelques dispositions légales éparpillées<sup>3</sup>, insuffisantes pour fonder des droits et obligations opposables à des autorités administratives ou judiciaires. Or, exiger que les avis du juriste d'entreprise soient protégés, c'est-à-dire insaisissables, cela suppose que l'on ait préalablement défini les critères d'accès à la profession ainsi que les droits et obligations de ses membres, en ce compris les grands principes déontologiques propres à garantir leurs compétences, leur indépendance et leur intégrité. Que ce soit *via* le secret professionnel ou le *legal privilege*, la confidentialité des avis des juristes d'entreprise est liée à l'obtention d'un statut professionnel adapté.

Mais, là où la distinction entre les deux notions retrouve de son intérêt, c'est que c'est du choix de ce statut que va très largement dépendre le choix de la formule de confidentialité. L'option d'un statut spécifique à la profession de juriste d'entreprise, distinct de celui des avocats et comparable au système de nos amis belges, offrirait le choix entre les deux formules puisque ce statut serait à inventer et, à ce titre, compatible avec l'une ou l'autre formule. A l'inverse, le statut obtenu *via* un rapprochement avec la profession d'avocat, statut généralement connu sous le nom d'*avocat en entreprise*, restreindrait, en pratique, le choix à la formule du secret professionnel, déjà en vigueur et très solidement ancrée dans la déontologie de l'avocat.

Quels sont donc les avantages et inconvénients respectifs des deux notions ?

Sans entrer dans le détail du débat<sup>4</sup>, on s'en tiendra à deux considérations d'importance majeure pour ce qui concerne les juristes d'entreprise français.

En premier lieu, posons-nous la question : si l'on doit faire le choix entre deux approches en présumant que ses résultats ultimes sont équivalents, ne doit-on pas préférer celui qui correspond le mieux aux concepts juridiques en vigueur dans

notre pays ? La question est pertinente et fait indiscutablement pencher la balance du côté du secret professionnel, notion déjà connue, prévue par les textes et largement éprouvée par une abondante jurisprudence. Par comparaison, le concept de *legal privilege*, inconnu chez nous, tout comme le sont les procédures de *discovery* et de *disclosure* dans lesquelles il trouve essentiellement à s'appliquer, apparaît d'un maniement délicat (sans même parler de la nécessité d'une loi nouvelle pour l'instaurer) et, en tout état de cause, inutilement novateur puisque n'offrant, dans la finalité poursuivie, aucun avantage déterminant sur le système existant de secret professionnel.

Mais précisément, et en second lieu, intervient ici une autre question : est-il bien clair que le secret professionnel tel qu'en vigueur dans la profession d'avocat peut être étendu dans toutes ses composantes aux juristes d'entreprise ? Force est d'observer qu'il subsiste à ce sujet, pour le moins, de sérieuses zones d'ombre, liées pour l'essentiel au caractère général et absolu du secret professionnel de l'avocat. Qu'on en juge : comme indiqué précédemment, il est impossible à l'avocat d'être relevé de son obligation de secret par le client lui-même. Dès lors imagine-t-on par exemple qu'un juriste d'entreprise, chargé par son employeur de donner des informations à un tiers – comme par exemple lors d'une discussion de fin d'année avec les commissaires aux comptes de la société à propos des affaires contentieuses en cours – soit dans l'impossibilité de le faire au motif que, ce faisant, il violerait son obligation de secret professionnel ? Dans un autre ordre d'idées, conçoit-on que le juriste d'entreprise ne puisse communiquer à son employeur le contenu d'une correspondance qu'il a échangée avec l'avocat de la partie adverse ? Plus généralement, imagine-t-on que, débiteurs d'une obligation statutaire de secret, les juristes d'entreprise puissent se trouver contraints dans leur communication quotidienne – et autorisée – avec les opérationnels de l'entreprise ?

De ces questions, loin d'être les seules à se poser et loin d'être purement théoriques, on déduit que les choses ne sont pas simples. Elles continueront de ne pas l'être tant que subsistera l'ancrage, trop souvent constaté au sein de la profession d'avocat,

3 Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 54, 55 et 58 et décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, organisant la profession d'avocat, art. 98.

4 Pour une analyse détaillée des avantages et inconvénients des deux systèmes, cf. T. Baudesson et P. Roshier, *Le secret professionnel face au 'legal privilege'*, Revue de Droit des affaires internationales, 2006, n° 1.

à l'idée d'un secret professionnel non seulement général et absolu, mais insusceptible d'accommodement ou d'ajustement aux réalités du client spécifique qu'est l'entreprise. De ce point de vue, l'approche « *take it or leave it* », qu'on entend parfois recommandée, est un moyen sûr de faire échouer les perspectives d'un rapprochement entre les professions de juriste d'entreprise et d'avocat.

C'est bien pourquoi, pour les juristes d'entreprise français, l'alternative de la voie autonome, parfois appelée « voie belge », mérite de continuer à être explorée, sinon privilégiée comme le préconisent beaucoup parmi les représentants de cette profession, las des échecs qu'ont connus les

multiples rapports publics ayant conclu en faveur d'un rapprochement des professions d'avocat et de juriste d'entreprise. D'aucuns regretteront, au demeurant à juste titre, que cette option s'écarte de la voie royale, celle de la grande profession du droit que la plupart des praticiens semblent, sur le papier, appeler de leurs vœux. L'espoir à ce sujet reste-t-il permis ? Ne soyons pas pessimistes. Mais il faudra bien, à un moment, prendre en compte la réalité des choses et, par-delà les considérations propres à l'organisation des professions concernées, accepter de ne s'attacher qu'à l'intérêt de l'entreprise française pour qui l'accès à la confidentialité est un gage de sa compétitivité dans le contexte international d'aujourd'hui.

# La reconnaissance de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise : y arrivera-t-on un jour en France ?



**Jean-Yves Trochon,**  
Vice-Président de l'AFJE

*Jean-Yves Trochon, Vice-Président de l'AFJE*

*Diplômé de droit européen des affaires (DESS), de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris et de l'Institut d'administration des entreprises, Jean-Yves Trochon a exercé au cours des 25 dernières années diverses fonctions de juriste d'entreprise au sein des groupes Lagardère, Bouygues, EADS et Lafarge, dont il est Directeur juridique adjoint Groupe depuis 2007. Il est co-auteur de deux ouvrages (L'entreprise face à la mondialisation : opportunités et risques -stratégies juridiques, Bruylant, Nominé Prix du Cercle Montesquieu 2006, et Pratique des négociations dans les rapprochements d'entreprise, EFE, Prix du Cercle Montesquieu 1998, réédition 2010), et de nombreux articles. Il est également Vice-Président de l'AFJE et de la Commission concurrence d'ICC France.*

Comme ceci a été noté dans le numéro 17 de *Juriste d'Entreprise Magazine* paru en juillet 2013 (Damien Gerard, *La reconnaissance du secret professionnel aux avis des juristes d'entreprise : la cour d'appel de Bruxelles franchit le pas*, JEM n° 17, p. 39 et s.), les plus hautes juridictions belges et néerlandaises viennent à leur tour de considérer que la confidentialité des avis du juriste d'entreprise était, en quelque sorte, consubstantielle à l'exercice de son métier. Et cette reconnaissance découle du constat que le juriste d'entreprise, adhérent à un ordre professionnel dans un cas (Belgique), au barreau dans l'autre cas (Pays-Bas), est soumis à une déontologie sanctionnée le cas échéant par une commission qualifiée pour déterminer si son comportement est conforme à celui attendu du juriste (ou avocat) exerçant son métier en entreprise. Cette déontologie est similaire ou comparable à celle de la profession d'avocats, selon les cas, mais elle est certainement un « ciment » qui relie les deux professions, finalement si proches.

À la suite du rapport « Prada », beaucoup ont pensé que la France allait enfin rejoindre le camp des pays désormais très majoritaires qui considèrent que l'exercice de cette profession en entreprise

requiert la reconnaissance de la confidentialité de leurs avis et que le meilleur moyen d'y parvenir est d'unifier les professions d'avocats et de juriste d'entreprise. Une fois encore, ils se sont malheureusement trompés, car cette réforme ne verra sans doute pas le jour avant longtemps, du fait d'un nouveau contexte politique et de l'hostilité d'une minorité agissante. Or, paraît-il, il faudrait un consensus large, y compris d'ailleurs de ceux qui ne seraient concernés qu'à la marge par une telle réforme. Alors, dont acte, si la grande profession du droit n'est pas pour demain, en revanche on ne voit guère pourquoi la reconnaissance des avis des juristes d'entreprise, réforme en apparence beaucoup moins controversée, ne pourrait pas voir le jour à bref délai, dans la droite ligne des évolutions récentes en Belgique et aux Pays-Bas. Car il s'agit à première vue uniquement d'une question qui concerne la profession des juristes d'entreprise et les entreprises qui les emploient.

Pourtant, ici encore, il est à craindre que des réticences s'expriment et il convient de les lever en expliquant le bien-fondé et même la nécessité d'une telle évolution.

Ces réticences proviennent d'abord du sens que l'on donne à certains termes, tels qu'« indépen-

dance », « privilège », « secret professionnel », « protection », ou encore « déontologie ». Essayons de passer en revue les arguments le plus couramment évoqués pour justifier l'inertie sur cette question.

*La reconnaissance des avis des juristes d'entreprise ne donnerait-elle pas aux juristes d'entreprise un statut particulier (voire « privilégié ») au sein de l'entreprise ?*

Qu'il soit bien clair que tel n'est pas l'objectif recherché. Les juristes d'entreprise n'ont nullement vocation à devenir des salariés « protégés », capables de se désolidariser du *management* de l'entreprise, et encore moins de prétendre jouir de quelque « privilège » par rapport à d'autres catégories de salariés. De même, la notion d'auxiliaire de justice n'est pas compatible avec l'exercice de notre métier. Rien de tel n'est revendiqué, il ne saurait s'agir de se singulariser, mais seulement de reconnaître que les conditions d'exercice de notre métier devrait se faire « à armes égales » avec les juristes d'entreprise établis dans des pays où nos collègues pratiquent le même métier, dans le seul intérêt de l'entreprise qui nous emploie.

*Le juriste d'entreprise ne pourrait-il pas invoquer la confidentialité de ses avis et ses devoirs déontologiques à l'égard de son propre employeur ?*

Cela n'aurait pas de sens, ce serait contraire au principe de loyauté, qui est le socle de la confiance et de la performance. C'est méconnaître la réalité de l'entreprise que de penser qu'un juriste d'entreprise pourrait prétendre faire prévaloir la confidentialité des avis sur son obligation de loyauté. A défaut, il lui faudrait chercher un autre client/employeur assez vite... C'est d'ailleurs pourquoi je pense que l'on doit éviter de parler de « *legal privilège* », mais plutôt de confidentialité des avis, car le terme de « privilège » est impropre et souvent mal reçu, notamment des employeurs, et je les comprends d'ailleurs... J'ajoute que nous ne demandons pas à ce que le juriste d'entreprise bénéficie du secret professionnel, qui reste l'apanage des avocats libéraux.

*L'indépendance est-elle possible pour un juriste salarié ?*

Le terme d'indépendance est ambigu. Le rôle du juriste d'entreprise est de conseiller son *management* au mieux des intérêts de l'entreprise qui l'emploie, avec le souci d'une gestion des risques juridiques appropriée. Il lui appartient de présenter de manière objective les éléments permettant au *management* de prendre des décisions opérationnelles en intégrant ces recommandations,

au même titre d'ailleurs que celles émanant des autres directions de l'entreprise. Or, le projet de code de déontologie de la profession a précisément pour but de mieux préciser les contours de cette notion, parlant « *d'indépendance d'esprit, d'analyse et de formulation* ». Donc je crois qu'aucun juriste d'entreprise « moderne » ne peut être absolument indépendant (c'est-à-dire prétendre se désolidariser de son *management*), mais, *a contrario*, il ne doit pas être perçu comme complaisant et prêt à tout entériner, ce n'est pas ce que l'on attend de lui et d'ailleurs cela lui serait reproché.

*N'est-il pas logique de refuser la reconnaissance des avis des juristes d'entreprise, dans la mesure où ils ne constituent pas une profession règlementée assujettie à un Code de déontologie dont le respect est du ressort d'un ordre professionnel ?*

C'est pour répondre à cet argument que l'AFJE travaille actuellement à la rédaction d'un Code de déontologie renforcé (car il en existe déjà un), auquel chacun aurait la faculté d'adhérer, et dont le non-respect pourrait être sanctionné. Cette question est au cœur de notre réflexion, non pas seulement en France, mais aussi en Europe. L'adhésion des juristes d'entreprise à une déontologie forte me paraît indispensable.

*Le développement des programmes de conformité pèse-t-il dans le débat ?*

Oui, là encore il faut le dire sans aucune arrière-pensée, nous croyons que le développement de ces programmes, notamment dans les groupes multinationaux, conduit les directions juridiques à jouer un rôle croissant dans l'analyse des situations et la prévention des risques. Dès lors, la confidentialité de leurs avis se justifie d'autant plus, à l'instar, permettez-moi de le rappeler, de ce qui existe dans un grand nombre de pays modernes. Tout ceci dans l'intérêt des entreprises et de la sécurité juridique de leurs opérations.

*Ceci n'est-il pas de nature à heurter les employeurs, pas nécessairement favorables à une telle réforme ?*

Je ne le crois pas. Si des discussions ont pu avoir lieu au sein des instances patronales au sujet de ce que l'on a pu appeler le « droit de veto » de l'employeur, c'était lors des débats sur le statut d'avocat en entreprise. En revanche, le renforcement de la déontologie et la confidentialité des avis des juristes d'entreprise ne me paraissent nullement devoir « faire problème ». Encore faudrait-il poser la question aux instances patronales le moment venu (s'il finit par venir !).

*La reconnaissance des avis des juristes d'entreprise ne risque-t-elle pas de fragiliser la qualité des relations avec les avocats ?*

Là encore, je ne le crois pas, tout au contraire. Les avocats (et notamment ceux qui exercent dans les domaines du droit des affaires) sont nos partenaires, dès lors que nous sommes engagés ensemble dans la défense des intérêts des entreprises. Confiance, transparence, « confraternité » devraient être les moteurs de nos relations. Et le secret professionnel des avocats serait renforcé par une telle reconnaissance. Pour ceux qui pensent que la place du droit dans l'entreprise en France a vocation à se renforcer pour mieux sécuriser ses opérations, les voies d'un partenariat renforcé avec la profession d'avocats existent, à condition que ce soit au profit de l'entreprise « France », pas au profit de je ne sais quels intérêts catégoriels.

*Tous les juristes d'entreprise ne sont pas favorables à la reconnaissance de la confidentialité de leurs avis, mentionnant la possibilité de recourir à des avis « oraux » dans les cas les plus difficiles.*

Cela me paraît appartenir à un autre temps, largement révolu.

*N'existe-t-il pas un risque que la confidentialité des avis des juristes d'entreprise ne soit invoquée pour faire obstacle à des procédures administratives ou judiciaires ?*

Non, la bonne coopération avec les autorités est généralement la meilleure garantie pour les entreprises d'une issue favorable des procédures, et une

éventuelle reconnaissance de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise ne saurait, pas plus d'ailleurs que la confidentialité des communications entre l'entreprise et ses avocats (qui sont, rappelons-le, des auxiliaires de justice), être utilisés, de façon malicieuse comme des obstacles à une telle coopération. D'ailleurs, comme cela se fait couramment aux Etats-Unis, les entreprises auraient toujours la faculté de lever la confidentialité des avis des juristes d'entreprise.

*La France a vécu avec ce régime de non-reconnaissance depuis l'apparition du métier de juriste d'entreprise, après tout pourquoi y aurait-il urgence à le réformer ?*

La question de la place du droit dans l'entreprise, la mondialisation de l'économie et du droit des affaires, le manque d'attractivité de la France pour les investissements étrangers, les risques de délocalisation et de « *forum shopping* », ou encore les procédures de « *discovery* » et d'actions de groupes sont des facteurs qui n'existaient pas voici quelques décennies. Ils sont aujourd'hui au cœur des problématiques des entreprises, mais aussi des Etats. Il est incompréhensible que la France n'ait pas bougé sur cette question, malgré les nombreux rapports de personnalités incontestables, notamment les rapports « Prada » et « Darrois », pour ne nommer que les deux derniers. Il faudra semble-t-il encore un peu de temps pour que l'on cesse de « procrastiner » sur cette question, et espérons-le aussi sur celle de la création de la grande profession du droit. Mais que de temps perdu pour des réformes pourtant à l'évidence si utiles !

# Confidentialité des avis pour les juristes d'entreprise : une bien longue histoire



**Jean-David Sichel,**  
Administrateur de l'AFJE

*Jean-David Sichel, directeur juridique de Omnicom/TBWA France, est titulaire d'un DEA droit des affaires et diplômé de l'ESSEC. Il a exercé de 1995 à 2000 la profession d'avocat, spécialisé en droit des affaires au sein du cabinet Paul Hastings, puis chez Gide Loyrette Nouel. En 2000, il devient co-fondateur de BAW (société intervenant dans le domaine des progiciels de gestion intégrés). Il est directeur juridique chez Omnicom/TBWA France depuis 2004, a été chargé de cours à l'ESSEC de 2005 à 2011, est administrateur de l'AFJE et membre du Comité de pilotage de l'Agora des directeurs juridiques.*

Le souhait pour les juristes d'entreprise d'obtenir la confidentialité des avis qu'ils rendent au bénéfice des entreprises qui les emploient est une longue histoire, à laquelle l'AFJE a fortement contribué, pratiquement depuis sa naissance en 1969.

Depuis plus de 30 ans, l'AFJE, en association avec l'ECLA (*European Company Lawyers Association*), a examiné avec les avocats et les pouvoirs publics un certain nombre de voies afin d'obtenir cette confidentialité, dont on rappelle qu'elle consiste à garantir que les correspondances émises par ses juristes internes ou à destination de ces derniers ne puissent ni être saisies, ni produites à l'encontre de cette entreprise.

Quelques dates importantes à retenir :

- 1982 : décision « AM&S » de la CJCE<sup>1</sup>. La Cour de justice des communautés européennes refuse d'accorder au juriste d'entreprise le bénéfice de la confidentialité, se fondant sur le syllogisme suivant : le juriste d'entreprise est un salarié ; qui dit salarié dit lien de subordination ; qui dit lien de subordination dit manque d'indépendance et donc impossibilité de bénéficier d'une des prérogatives de l'avocat externe, à savoir la confidentialité des avis.

- 1990 : nouvel article 58 de la loi du 31 décembre 1971, organisant la profession d'avocat<sup>2</sup>. Il résulte de ce nouveau texte, voté grâce à la ténacité du Président de l'AFJE d'alors (Francis Hoppetot), combiné avec l'article 55 de cette même loi, que tout juriste d'entreprise (personne autorisée à donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé pour le compte de son entreprise ou groupe d'entreprises) est tenu, comme un avocat, au secret professionnel. Cette disposition, aujourd'hui trop souvent oubliée, est, on le verra, peut-être la clé pour débloquer ce dossier.

- 1997 : rapport « Varaut ». Ce rapport, ayant appelé un « *position paper* » de l'AFJE de décembre 1997, reprend les grandes lignes du rapport « Granrut » de 1996, prônant un rapprochement des juristes d'entreprise et avocats. Il reconnaît le principe de la confidentialité des avis émis par les juristes d'entreprise et le caractère insaisissable des notes, avis et consultations couvertes par le secret professionnel. Mais certaines autres propositions trop restrictives (définition de l'« avocat-juriste d'entreprise », interdiction de plaider, contrôle fort du juriste d'entreprise par le barreau, autorisation préalable de l'employeur) ont empêché la poursuite des travaux.

<sup>1</sup> CJCE, 18 mai 1982, aff. C-155/79.

<sup>2</sup> Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 58.

On retrouvera malheureusement les mêmes obstacles et restrictions indûment imposés aux juristes d'entreprise dans tous les rapports qui suivront.

- 1999 : rapport « Nallet ». Le projet de fusion des professions juristes d'entreprise-avocats est à nouveau sur la table. La confidentialité des avis se confond dès lors avec le secret professionnel de l'avocat. Les parties prenantes, y compris l'AFJE et les avocats, insistent sur le fait que l'indépendance est celle de jugement et non le lien de subordination salarial qui existe d'ailleurs en cabinet. Le rapport n'aboutit toutefois pas à la fusion proposée.
- (petit détour par l'étranger) 2000 : création de l'Institut des Juristes d'Entreprise en Belgique. A ce jour, la Belgique est le seul pays européen à avoir reconnu un statut autonome aux juristes d'entreprise, lesquels bénéficient de la confidentialité de leurs avis, confirmée le 5 mars 2013 par la cour d'appel de Bruxelles.
- 2006 : le rapport « Guillaume » relance l'idée d'un statut d'avocat exerçant en entreprise sur le modèle anglais, allemand ou espagnol. Selon l'auteur du rapport, l'obtention de la confidentialité des avis pour les juristes d'entreprise ne pourra passer que par un rapprochement avec les avocats dans les conditions posées par le rapport. Lesquelles conditions hélas, selon le « *position paper* » de l'AFJE de 2006, impliquent des inégalités de traitement injustifiées entre juristes d'entreprise et avocats (notamment d'accès à la profession unifiée) préjudiciables à l'entreprise. Cette nouvelle tentative échoue.
- 2009 : le rapport « Darrois » constitue une nouvelle tentative de rapprochement sur des bases proches des rapports précédents, avec la création d'un statut d'avocat en entreprise, lequel bénéficierait du secret professionnel. L'AFJE a émis un « *position paper* » en juillet de la même année, dans lequel elle insiste sur l'obtention d'un « *legal privilege* », pouvant prendre la forme du secret professionnel, dès lors que ce secret est compatible avec la fonction de consultation interne à l'entreprise.

L'AFJE insiste également sur son attachement à un traitement équitable d'accès à la profession unifiée, la possibilité pour les juristes d'entreprise de représenter leur entreprise en justice ainsi que son refus d'un avis préalable de l'employeur pour qu'un juriste d'entreprise devienne avocat en entreprise, qui n'existe dans aucun pays.

Les conclusions de ce rapport sont toutefois rejetées par le CNB en novembre 2010. Nouvel échec.

- 2011 : rapport « Prada ». Prenant acte de l'échec des préconisations du rapport « Darrois », ce rapport change heureusement de perspective en se focalisant sur la compétitivité des entreprises et non sur une question de statut. Le caractère primordial de la confidentialité des avis rendus par les juristes d'entreprise est reconnu, notamment dans un contexte de délocalisations et de compétition internationale.

Forte de l'expérience des échecs passés et souhaitant anticiper un refus des avocats portant à nouveau sur un rapprochement des professions, l'AFJE avait présenté à M. Prada, en décembre 2010, trois projets alternatifs se focalisant sur la confidentialité à accorder aux juristes d'entreprise. L'idée de ces projets était une reconnaissance législative (confirmant ainsi la combinaison des articles 55 et 58 de la loi de 1971) de la confidentialité des avis et consultations émises ou reçues par les juristes d'entreprise en dehors de toute question de statut spécifique (avocat ou statut autonome).

L'un des projets prévoyait l'octroi de la confidentialité à tout juriste d'entreprise « 1. *muni d'un Master 1, 2. ayant le statut cadre, 3. exerçant dans le cadre d'un contrat de travail dans une entreprise ou association publique ou syndicale publique ou privée ayant une finalité économique, en France ou à l'étranger, 4. adhérant à une association professionnelle représentative des juristes d'entreprise et dotée d'un corps de règles déontologiques et 5. inscrits sur une liste spéciale tenue auprès du Procureur de la République (à l'instar des experts judiciaires)* ».

Ces projets n'ont hélas pas été retenus et une fois de plus, c'est la « solution » tant de fois rejetée (et à l'heure actuelle toujours rejetée par une grande partie des avocats et une partie non négligeable des juristes d'entreprise) qui fut retenue par le rapport « Prada », qui appela une fois encore un « *position paper* » constructif de l'AFJE en mi-2011.

Le projet de réforme fut en tout état de cause une nouvelle fois enterré par le ministre de la Justice Michel Mercier après une fronde des avocats des barreaux des régions (Conférence des Bâtonniers) et certains syndicats d'avocats (SAF notamment).

- (*Meanwhile, in Brussels...*) : entretemps, la CJUE prenait le temps, dans un arrêt « AKZO »

de septembre 2010<sup>3</sup> et un arrêt « PUKÉ » de septembre 2012<sup>4</sup>, de solidifier sa jurisprudence sur le sujet en affirmant de manière claire et nette, malgré les arguments notamment présentés par l'ECLA, qu'un juriste d'entreprise, même inscrit à un barreau, ne pouvait, du fait du lien de subordination avec son employeur, bénéficier de la confidentialité de ses avis.

La longue litanie des échecs des projets successifs devrait permettre à toutes les parties prenantes de réfléchir à leurs causes :

- pourquoi s'arc-bouter sur un projet de fusion ou de rapprochement qui a toujours échoué, dont les professions ne veulent visiblement pas

et alors même que la Cour suprême européenne précise qu'il n'apporterait de toute manière pas la confidentialité des avis ?

- Pourquoi ne pas explorer les solutions qui marchent, comme celles qui fonctionnent en Belgique ?

Pourquoi, comme a pu l'écrire récemment un auteur expert sur le sujet<sup>5</sup>, ne pas chercher à obtenir cette confidentialité en se basant sur l'existant législatif national (articles 55 et 58 de la loi de 1971), quitte à y apporter quelques améliorations ?

« Être fou, c'est reproduire les mêmes erreurs en espérant qu'elles auront un résultat différent » (Albert Einstein).

3 TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-125/03 et CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P.

4 CJUE, 6 septembre 2012, aff. C-422/11 P.

5 *Les juristes d'entreprise disposeraient-ils déjà d'une base légale*

*suffisante pour revendiquer la confidentialité de leurs avis juridiques ?*, Th. Baudesson (JCPE, n° 38, 19 septembre 2013).

# De la déontologie du juriste d'entreprise



## Philippe Marchandise,

Président d'honneur de l'Institut belge des Juristes d'entreprise

*Philippe Marchandise, aujourd'hui Directeur des affaires publiques chez Total Petrochemicals & Refining pour la Belgique, est également responsable des activités RH du siège de Bruxelles, en qualité de chef d'établissement et administrateur d'une dizaine de filiales du Groupe Total en Belgique. Chevalier de l'Ordre de Léopold, Philippe Marchandise est un ancien Président de l'Association européenne des juristes d'entreprise (ECLA), Premier Président et Président d'honneur de l'Institut belge des juristes d'entreprise et un ancien membre suppléant du Conseil supérieur de la justice. En outre, Philippe Marchandise est maître de conférences à l'Université de Liège et juge consulaire au tribunal de commerce de Bruxelles.*

La déontologie est au cœur du métier de tout *lawyer*. Avec toutes mes excuses aux juristes ou aux intégristes de la langue de Voltaire, mais ici, ce sont nos amis et collègues anglo-saxons qui ont fait preuve de clairvoyance. Ils n'utilisent qu'un seul et même terme pour désigner l'avocat et le juriste d'entreprise : *lawyer*. Tout simplement parce que ces deux professions publiquement réglementées par la loi partagent des valeurs communes, au premier rang desquelles le respect de règles déontologiques.

Et l'autre sagesse de nos confrères anglo-saxons, n'en déplaît à Shakespeare, est de ne faire aucune différence selon le statut fiscal du *lawyer*, qu'il soit indépendant ou salarié, puisque dans chaque cas il y a contrat (contrat de travail ou contrat de prestation de services) et paiement (rémunération ou honoraire). Les Pays-Bas les ont rejoints en 1995, en permettant à des juristes d'entreprise, donc sous contrat d'emploi, d'être également membres d'un barreau. Le raisonnement tenu à l'époque (1992) par Monsieur Cohen devant les chambres à La Haye était simple et limpide : trente années d'expérience de médecins ou dentistes salariés d'hôpitaux ont démontré à suffisance que le contrat d'emploi ne gênait aucunement l'exercice d'une profession publiquement

réglementée par la loi, ni le respect de sa déontologie. Alors, s'il vous plaît, messieurs les corporatistes, les traditionalistes ou les arrière-gardistes – car l'on en rencontre encore parfois dans des couloirs poussiéreux –, arrêtez de gloser sur la soi-disante incompatibilité entre indépendance et contrat d'emploi. Le débat est aussi vain que stérile, aussi désuet que suranné.

En Belgique, avec la création, par la loi du 1<sup>er</sup> mars 2000, de l'Institut des juristes d'entreprise (IJE), nouvel ordre professionnel (RDAI/IBLJ, n° 7, 2001, p. 885), la déontologie est même devenue une obligation légale. Les instances ordinales ont été chargées de rédiger des règles déontologiques applicables à la profession que tous les membres de l'IJE se devaient de respecter.

C'est chose faite depuis le 19 juin 2001, date à laquelle l'assemblée générale des membres de l'IJE a arrêté le premier Code de déontologie de l'Institut. Des amendements ont été adoptés en 2002, 2005 et 2010. La brièveté du Code (12 articles) ne tient pas à la jeunesse de la profession. Elle est naturellement liée au fait que deux longs chapitres des codes des barreaux sont ici sans objet ; celui consacré aux honoraires et celui consacré à la confraternité entre personnes concurrentes exerçant le même métier.

Un arrêté royal du 19 avril 2006 a sanctionné le règlement de discipline de l'IJE.

Enfin, un texte de 140 pages a été rédigé en 2010 (il est régulièrement mis à jour), pour servir de base au cours de déontologie que doit suivre tout juriste d'entreprise. C'est une obligation que l'IJE a volontairement instaurée dès 2009, à l'instar de celle mise en place par les barreaux.

Les 1 700 juristes d'entreprise qui travaillent en Belgique consacrent une demi-journée de leur temps précieux à suivre ce cours de quatre heures donné quatre fois l'an, en français comme en néerlandais, par des juristes d'entreprise bénévoles. Ces dévoués enseignants veillent à illustrer leurs propos par des cas pratiques, favorisant une fructueuse interaction entre les participants à ce cours exclusivement consacré à la déontologie. Parmi les sujets abordés, se trouve notamment la ligne qu'il conviendrait de tirer entre vie privée et vie professionnelle. Les situations ne manquent pas. Ainsi, à l'occasion d'un divorce inamical (on est pourtant bien dans la sphère privée), des éléments de la vie privée sont déversés dans la presse et mis sur la place publique...

La question ne se pose pas que pour la profession juridique de juriste d'entreprise : un magistrat surpris en posture de conduite en état d'ébriété, brûlant un feu rouge ou commettant un excès de vitesse, peut-il encore continuer à exercer sa profession comme si de rien n'était et juger un prévenu qui aurait commis le même délit ? Mon premier patron m'a enseigné que la première personne qui doit respecter la loi dans l'entreprise, ou plutôt la première personne de qui l'on est en droit de s'attendre qu'elle respecte la loi, est... le juriste d'entreprise.

N'y cherchons pas un regain de puritanisme, ni une nouvelle chasse aux sorcières, mais plutôt un retour du balancier vers un meilleur équilibre entre les différentes vies de tout un chacun.

Qu'en est-il en France en matière de déontologie ? Elle est un des pays pionniers, sur le continent, avec une loi de 1971 (loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) mentionnant expressément le juriste d'entreprise, en son article 58. Dès les années soixante-dix, la profession de juriste d'entreprise est donc bien reconnue légalement par les autorités publiques françaises. La Belgique devra attendre l'an 2000. L'Association française des juristes d'entreprise (AFJE), créée en 1969, a établi son propre code de déontologie (six articles), lequel s'impose à tous ses membres. Un décret du 27 novembre 1991 (décret n° 91-1197, organisant la profession d'avocat) instaure,

avec pertinence, un système de passerelles vers la profession d'avocat. Il s'agit de décloisonner les professions en permettant le passage d'une profession à une autre. L'article 98 de ce décret permet à un juriste d'entreprise avec huit ans de pratique professionnelle d'accéder automatiquement au barreau, en le dispensant expressément de la formation théorique et pratique et du certificat d'aptitude à la profession d'avocat (CAPA). Seul le cours de déontologie doit être suivi.

Et tout récemment, le décret du 3 avril 2012 (décret n° 2012-441, relatif aux conditions particulières d'accès à la profession d'avocat) a instauré l'obligation pour ce juriste d'entreprise de passer et de réussir l'examen de déontologie du barreau local. La déontologie, toujours la déontologie !

En Europe, il n'y a pas que la France et la Belgique qui imposent un code de déontologie à leurs juristes d'entreprise. C'est aussi le cas dans les pays suivants : Allemagne, Bulgarie, Croatie, Danemark, Espagne, Finlande, Grèce, Irlande, Italie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Royaume-Uni et Suède.

Les règles de déontologie impliquent, pour le juriste d'entreprise, une obligation fondamentale, identique à celle qui pèse sur l'avocat : celle de la confidentialité. Tous deux sont soumis en effet au secret professionnel.

À ce sujet, en Belgique, s'il y avait la loi (loi du 1<sup>er</sup> mars 2000, article 5, « *les avis rendus par le juriste d'entreprise, au profit de son employeur et dans le cadre de son activité juridique, sont confidentiels* ») et la doctrine (P. Lambert, *Secret professionnel*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 312, « *au regard du secret professionnel, le rôle du juriste d'entreprise est en tous points semblable à celui de l'avocat* »), il y a dorénavant le troisième pilier, celui de la jurisprudence. Deux arrêts récents au niveau de la cour d'appel (5 avril 2011, cour du travail, et 5 mars 2013) ont confirmé l'insaisissabilité des avis juridiques des juristes d'entreprise, à l'instar de ce qui est en place pour les consultations d'avocats.

Peu auparavant, la Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 23 janvier 2008, avait dit ce qu'il y avait lieu d'entendre par « consultation juridique », couverte par le secret professionnel : « *l'activité de conseil juridique [...] vise à informer le client sur l'état de la législation applicable à sa situation personnelle ou à l'opération que celui-ci envisage d'effectuer ou à lui conseiller la manière de réaliser cette opération dans le cadre légal. Elle*

*a donc pour but de permettre au client d'éviter une procédure judiciaire relative à cette opération ».*

Une parfaite synthèse de ce que font aussi bien les juristes d'entreprise que les avocats, sans oublier les notaires.

Les magistrats des juridictions d'appel se sont fondés sur l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (droit à la vie privée),

source première du secret professionnel et qui, conjugué à l'article 5 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 2000 et à l'article 458 du Code pénal belge (secret professionnel), garantit la confidentialité des avis juridiques donnés par des professionnels du droit.

La déontologie – et la confidentialité qui va de pair avec elle – est donc bien la pierre angulaire du métier de juriste d'entreprise. Et j'ajouterai, sa fierté !

# Secret professionnel et juriste d'entreprise



**Jean-Marie Burguburu,**  
Président du CNB

*Jean-Marie Burguburu est Président du Conseil national des barreaux depuis le 6 septembre 2013. Avocat au barreau de Paris depuis 1966, Maître Burguburu a été Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris en 2004 et 2005, est membre du Conseil de l'Ordre depuis 2006 et membre du Conseil national des barreaux depuis 2012. Avant d'exercer la fonction de Président du CNB, il était Président de l'Union internationale des avocats.*

**L** / AFJE ne me demande pas un exposé exhaustif concernant l'éventuelle possibilité pour l'avocat français d'exercer en entreprise, sous son titre, avec son statut, dans le respect de sa déontologie et sous le contrôle de son Ordre.

Je dirais simplement ici que la réflexion du Conseil national des barreaux (j'ai participé à cette réflexion sur le sujet il y a quelques années déjà) se poursuit, dans le dialogue avec les principales organisations de juristes d'entreprise et donc, tout d'abord, avec l'AFJE et le Cercle Montesquieu.

Je puis donc développer la problématique du secret professionnel du juriste d'entreprise sans manquer à la neutralité qui s'impose à moi, au regard de mes actuelles fonctions.

## 1. Confidentialité et secret

Tout d'abord, essayons de clarifier le débat, dans la mesure où il est à noter que, même sous des plumes prestigieuses, les notions se chevauchent et se contredisent. Par exemple, confidentialité et secret.

Actuellement, le juriste d'entreprise, aux termes de la loi, est inclus dans les professionnels qui sont autorisés, habituellement, à donner des consultations juridiques ou à rédiger des actes sous seing privé pour autrui.

L'article 55 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 lui impose « le devoir de respecter le secret professionnel, conformément aux dispositions des

articles 226-13 et 226-4 du Code pénal et de s'interdire d'intervenir s'il a un intérêt direct ou indirect à l'objet de la prestation fournie ».

En d'autres termes, le juriste d'entreprise ne doit rien divulguer de ce qui est porté à sa connaissance dans le cadre de ses fonctions, mais son employeur ne peut pas invoquer le secret professionnel lorsque, par exemple, sont saisis par une autorité étatique des documents rédigés par sa direction juridique ou qu'il est interrogé sur les échanges intervenus entre lui et les juristes au service de l'entreprise.

Etant ici rappelé que le secret professionnel de l'avocat français (ceci ne se retrouve pas dans toutes les législations de l'Union européenne) protège l'activité de ce dernier, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense. Il est absolu. Nul ne peut l'en relever en principe, ni son client, ni son Bâtonnier.

Or, dans les pays à la fois partenaires et concurrents de la France, où l'avocat peut exercer comme salarié d'une entreprise (Allemagne, Pays-Bas, Espagne), son employeur comme lui-même peuvent opposer le secret professionnel à toute investigation externe.

C'est inenvisageable en France, disent certains, au regard de la jurisprudence constante de la CJUE (CJUE, 18 mai 1982, aff. C-155/79 et CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P). Faux répondent d'autres : ces arrêts laissent expressément les Etats membres libres de légiférer dans ce domaine comme ils le souhaitent, pourvu

qu'il soit entendu qu'un « *avocat interne* » ne peut opposer le secret aux enquêteurs de la Commission agissant dans le domaine de la concurrence, pour n'être pas indépendant à l'égard de son employeur.

## 2 - Secret professionnel et « *legal privilege* »

Distinguons ensuite clairement le secret professionnel du *legal privilege*.

Cette construction prétorienne, protectrice des droits individuels, est née en Angleterre dans le courant du XVIII<sup>e</sup> siècle. Pour faire simple, disons que le destinataire de l'écrit du juriste<sup>1</sup> peut invoquer le secret s'il ne souhaite pas remettre le document litigieux à l'autorité saisissante (ou à son adversaire dans les coûteuses procédures de *disclosure* ou de *discovery*), en invoquant le caractère confidentiel des informations qui y sont contenues. Mais il peut, à son choix, renoncer au bénéfice du secret et, en quelque sorte, rendre public le document.

La Belgique, en créant un Institut des juristes d'entreprise en 2000, a tenté de résoudre la question en faisant bénéficier les écrits des juristes d'entreprise belges destinés à leurs employeurs d'un principe de confidentialité proche du *legal privilege* anglo-saxon. L'on créait ainsi une nouvelle profession règlementée du droit.

Le rapport « Prada », déposé en 2011, sur la demande de la ministre de la Justice et de celle de l'Economie, évoque cependant cette hypothèse comme résolvant, en partie, les problèmes posés aux juristes d'entreprise et à leurs employeurs quant à l'absence de protection de leurs échanges.

Beaucoup de juristes et d'avocats français favorables à la réforme<sup>2</sup> ne se satisfont pas de ce qu'ils considèrent comme un secret professionnel au rabais, de surcroît en vigueur dans les pays de *Common law* et non de droit écrit. Il participe d'une autre culture juridique et sociale.

## 3 - Principe de confidentialité

Enfin, précisons le critère de confidentialité.

Le principe de confidentialité couvre les propos et écrits échangés entre l'avocat et son client. Il se confond alors avec la protection du secret professionnel. Mais il intéresse aussi une spécificité de la profession d'avocat en France (à la différence de l'Allemagne, notamment) : les lettres entre avocats, dans le cadre d'une négociation ou d'un contentieux, sont improductibles en justice et ne peuvent être remises aux clients, sauf lorsque, à titre exceptionnel et en obéissant à des critères très limités et précis (accord définitif d'un client -substitution à un acte de procédure-), elles sont officialisées, ou déclarées « officielles » *ab initio*.

Actuellement, toute correspondance entre un juriste d'entreprise et un avocat ne peut bénéficier de cette confidentialité, de même que ne sera pas confidentielle la lettre adressée directement par une partie à l'avocat d'une autre partie.

Nombreux sont donc les juristes d'entreprise qui souhaiteraient, dans le cadre de la défense des intérêts de leur employeur, voir leurs écrits bénéficier de cette confidentialité lorsqu'ils sont échangés directement avec un avocat.

Mais l'avocat qui viole la confidentialité commet une faute déontologique.

Ce n'est pas le cas en l'état du statut, ou plutôt de l'absence de statut, du juriste d'entreprise français.

Nombre d'entre eux et nombre de leurs employeurs dénoncent en conséquence ce qu'ils considèrent comme une distorsion de concurrence et une incitation pour les groupes internationaux à ne pas fixer leur siège juridique en France et par-là leur siège social tout court.

Ils déplorent encore la perte d'influence de leurs directeurs juridiques dans les négociations internationales menées par des avocats qui, par exemple, respectent uniquement entre eux les règles du Code de déontologie des avocats de l'Union européenne et en excluent, *nolens volens*,

1 Beaucoup de *solicitors* et même de *barristers* exercent en entreprise au Royaume-Uni.

2 C'est-à-dire s'inscrivant dans la recherche d'une grande profession du droit dans notre pays.

le salarié français. Certains préfèrent confier leur direction juridique à des avocats étrangers. On peut rappeler que c'est notamment le cas d'une très grande entreprise française.

Mais ici, les adversaires de la réforme – qui divise beaucoup la profession d'avocat, on le sait – opposent que le juriste d'entreprise, parce qu'il est en état de subordination à l'égard de son employeur, ne peut sauvegarder son indépendance et ne peut donc être dépositaire et garant du secret professionnel, apanage consenti par les pouvoirs publics uniquement à des professionnels statutairement indépendants, assermentés et soumis à une déontologie particulière.

D'où l'idée que les juristes d'entreprise dépositaires et débiteurs du secret professionnel devraient nécessairement être avocats, ce qui ne signifie d'ailleurs nullement que tout juriste d'entreprise serait automatiquement avocat, même s'il est titulaire des diplômes nécessaires.

Mais qu'est-ce que l'indépendance ?

#### 4 - Indépendance du juriste d'entreprise

Les textes directeurs de la profession d'avocat ne donnent pas de définition de l'indépendance, notion polysémique par excellence, alors que cette indépendance est consubstantielle à la profession dont elle constitue l'un des Principes Essentiels.

Risquons-nous à dire que l'indépendance est avant tout un devoir moral. Celui, par exemple, de ne pas céder à des pressions intellectuelles, morales ou simplement financières pour élaborer des montages qui heurtent la conscience de l'avocat ou, *a fortiori*, la législation en vigueur.

À ce jour, l'avocat salarié d'un autre avocat demeure un professionnel indépendant, le lien de subordination étant limité à la détermination des conditions de travail, aux termes de la loi du 31 décembre 1971, précitée.

Les partisans de la réforme en tirent argument pour affirmer que l'indépendance intellectuelle dans l'exercice, le conseil et la mise en pratique du

droit, est donc parfaitement dissociable du lien de subordination aux règles et usages de l'entreprise.

Pour eux, l'avocat en entreprise serait chargé (comme les juristes de haut niveau) d'une mission se distinguant d'un simple travail d'exécution.

L'employeur garantirait cette indépendance intellectuelle par une clause contractuelle participant de l'ordre public de protection.

L'indépendance intellectuelle de son responsable juridique justifierait son salaire. A quoi bon le rémunérer s'il n'est pas un conseil libre d'objecter ou de s'opposer ?

Après tant d'années de débats et de controverses, trois questions fondamentales restent posées :

- La possibilité pour l'avocat d'exercer en entreprise, en tant qu'avocat, est-elle féconde pour l'économie du pays ?
- La profession d'avocat a-t-elle à y perdre en prestige, influence ou en termes de « parts de marché » ?
- Y laisserait-elle son « âme », c'est-à-dire sa raison d'être, ce qui serait dramatique pour la démocratie ?

C'est dans cet état d'esprit que j'arbitrerai les débats lorsque la question reviendra au Conseil national des barreaux.

N'oublions pas que ce débat est d'autant plus complexe qu'il est quadrangulaire : il intéresse les pouvoirs publics, les chefs d'entreprise, les juristes d'entreprise et les avocats. Nul n'en est le seul détenteur.

Jusqu'à ce jour, le message des pouvoirs publics est constant : « *mettez-vous d'accord entre vous et nous accompagnerons le projet* ».

Poursuivons donc nos travaux et prenons une décision aussi vite que possible. A bien des égards, cette controverse apparaît comme redoutablement franco-française.

Peut-on oublier un instant les idéologies pour revenir au pragmatisme ?

# À propos des avis rendus par le juriste d'entreprise



## Jean-Bertrand Drummen,

Ancien Président de la Conférence générale des juges consulaires de France, Président honoraire du Tribunal de commerce de Nanterre

*Jean-Bertrand Drummen, Docteur en droit et ancien participant du Centre européen d'éducation permanente, a fait l'essentiel de sa carrière dans l'industrie pharmaceutique. Il a été dirigeant des Laboratoires Sandoz, puis de Novartis. Il a rejoint le Tribunal de commerce de Nanterre en 1995, et le préside de 2004 à 2011. En 2010, il a pris la présidence de la Conférence générale des juges consulaires de France. Membre du Collège de l'Autorité de la concurrence, Jean-Bertrand Drummen est Président de la section Litiges et sanctions du Comité de déontovigilance des entreprises du médicament. Il a siégé au sein du conseil d'administration de l'Ecole nationale de la magistrature en 2009 et 2010.*

La place du droit dans la vie de l'entreprise est première. Les aspects juridiques sont incontournables.

Si depuis toujours le droit a permis aux hommes de vivre en société, le domaine économique de l'ère industrielle y a révélé son importance.

Et aujourd'hui, la taille des acteurs économiques, l'internationalisation, l'innovation, exigent une maîtrise de la règle toujours plus complexe.

Que l'on songe notamment tant au plan national, communautaire qu'international, au droit des contrats, à celui de la responsabilité civile et pénale, à la protection du patrimoine de l'entreprise sous toutes ses formes, au droit de la concurrence, y compris celui des concentrations, au droit des sociétés avec sa dimension financière et fiscale, ou encore au droit social, environnemental et des nouvelles technologies, et l'on mesure aisément le rôle majeur de la fonction juridique pour l'entreprise.

Cette fonction a considérablement évolué et, à l'instar de nos grands voisins européen ou des Etats-Unis, mais avec retard, elle est reconnue.

L'optimisation du droit au service des objectifs de l'entreprise qui ne se confond nullement avec le contournement de la règle, la défense de ses

multiples intérêts et donc la veille permanente sont autant de défis à relever.

Les relever est un devoir.

Le positionnement de la fonction juridique, la compétence des acteurs du droit et de l'économie, la confidentialité des avis et consultations données par le juriste d'entreprise y concourront.

**Le positionnement de la fonction juridique** au sein de l'entreprise est une priorité. Le directeur juridique doit être associé à la réflexion stratégique de l'entreprise ; pour être ainsi en mesure d'y apporter sa vision. En d'autres termes, il doit siéger au comité exécutif.

**La compétence des acteurs du droit**, du ou des juristes, s'impose. Elle va au-delà de la maîtrise de la sphère juridique. Le sens de l'éthique, un esprit créatif servant la politique de l'entreprise – le droit ne devrait pas être une entrave<sup>1</sup> – la capacité de résister aux pressions sont au nombre des qualités requises chez le juriste.

**La confidentialité des avis et consultations** données par le juriste. Un aspect délicat est ici abordé. En effet, le juriste d'entreprise, que l'on peut désigner comme l'avocat interne de l'entreprise, sera

1 L'empilement actuel des textes, régulièrement dénoncé, fait malheureusement que le droit est souvent ressenti comme une entrave. Il s'écarte en effet de ce

qui devrait être son rôle, créer les conditions favorables au développement loyal de l'économie, ne pas se perdre dans les méandres de l'administration tracassière et

assurer la visibilité et la stabilité de la règle, tant il est vrai que l'instabilité et donc l'insécurité sont les ennemis de l'activité économique et commerciale.

amené à donner des consultations au profit de l'entreprise qui l'emploie, ce droit lui est expressément reconnu par la loi<sup>2</sup>. Mais le juriste d'entreprise n'étant pas considéré comme indépendant en raison du rapport d'emploi qui le lie à son employeur, ses consultations ne bénéficieront pas de la confidentialité des communications entre avocats et clients.

La Cour de justice de l'Union Européenne s'était déjà prononcée en ce sens par un arrêt rendu le 18 mai 1982<sup>3</sup>. Elle a réaffirmé sa position par un arrêt rendu le 14 septembre 2010<sup>4</sup>. L'avocat indépendant est un collaborateur de la justice, il fournit en toute indépendance à son client l'assistance dont il a besoin ; or, le rapport d'emploi est contraire à l'exigence d'indépendance. Il en découle donc pour la Cour que le juriste d'entreprise – salarié – ne peut bénéficier de la protection au titre du principe de confidentialité de ses avis et consultations.

Cette situation doit-elle évoluer ? Quelle solution pourrait être envisagée ?

L'importance du droit et d'un droit toujours plus complexe dans la vie de l'entreprise et des groupes multinationaux dont elle est membre a été précédemment soulignée. Le corollaire est la nécessité pour l'entreprise de se doter de juristes internes hautement qualifiés qui, la pratique le montre, travailleront efficacement avec les avocats « indépendants » spécialisés. La complémentarité s'impose à l'évidence. Il est anormal que dans ce contexte moderne les avis du juriste d'entreprise puissent être utilisés contre cette dernière.

On peut ainsi imaginer la situation paradoxale sinon ubuesque où la consultation donnée par un avocat externe, bénéficiant par conséquent de la confidentialité, fait l'objet d'un avis du juriste interne comportant analyse et appréciation critique qui, lui, ne serait pas protégé.

Cette complémentarité fructueuse entre avocat externe et juriste interne illustre la nécessité d'assurer la confidentialité des échanges intervenus.

Il appartient au législateur, qu'il soit national et/ou européen, d'organiser cette protection.

Différentes pistes peuvent être envisagées. Nous retenons celle qui, à l'instar du pharmacien responsable dans l'industrie pharmaceutique dont l'existence est consacrée par le Code de la santé publique et dont la mission est d'assurer l'application rigoureuse des textes régissant l'activité industrielle pharmaceutique, doterait le juriste d'entreprise d'un statut selon une procédure définie. Les exigences requises concernant la qualification – diplôme et dépôt de celui-ci pour le compte de l'entreprise ou du groupe concerné ou équivalence –, la définition de la mission et de la responsabilité de la fonction aussi bien que sa dimension éthique seraient les éléments constitutifs du statut.

Un tel statut consacrant la fonction devrait permettre aux avis rendus par le juriste d'entreprise ou d'un groupe de bénéficier de la protection au titre du principe de la confidentialité.

Nous y voyons deux autres avantages.

Le statut et la confidentialité des avis en découlant placeraient le juriste d'entreprise français à égalité avec le juriste d'entreprise d'autres pays, et notamment des Etats-Unis, où le juriste d'entreprise bénéficie du « *legal privilege* », c'est-à-dire de la confidentialité des avis du juriste interne traités comme les avis de l'avocat externe. Cette égalité de traitement est loin d'être négligeable dans le monde actuel, marqué par la concurrence et tout particulièrement celle qui oppose notre droit au droit anglo-saxon. Les rapports annuels « *Doing Business* » de la Banque mondiale soulignent cet aspect concurrentiel. Le droit sous toutes ses facettes influence les investisseurs. Sur ce plan, l'égalité des armes n'est pas un vain mot pour notre pays.

Enfin, le statut accordé au juriste d'entreprise conférerait à la fonction le poids nécessaire pour qu'au sein de l'entreprise ou du groupe, le droit soit connu, respecté et que l'interprétation téléologique des textes soit toujours assurée.

Le juriste d'entreprise apporterait ainsi encore davantage sa contribution au respect des codes d'éthique ou charte de bonne conduite que de nombreux groupes ont eu à cœur d'adopter.

2 Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 58.

3 CJCE, 18 mai 1982, aff. C-155/79, AM&S.

4 TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-125/03 et CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals c. Commission.

# L'information, actif essentiel de l'entreprise



## William Feugère,

Président national des Avocats Conseils d'Entreprises (ACE)

*William Feugère, avocat au barreau de Paris et titulaire de la spécialisation de droit pénal est, depuis 2010, Président national des Avocats Conseils d'Entreprises (ACE). Membre du Conseil national des barreaux (2012-2014), et Président de la commission droit et entreprise, il est également un ancien membre du Conseil de l'Ordre de Paris (2008-2010). Outre ces attributions, William Feugère a le titre de Président de la commission ouverte de droit pénal économique et financier du barreau de Paris, Président d'honneur de la commission « Droit pénal, libertés et droits de l'Homme » de l'ACE. Enfin, il est diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris (« Sciences-po »), section service public, promotion 1995.*

Confidentialité, secret... les deux notions n'ont pas toujours été aisées à distinguer. Le secret, c'est la confiance reçue du client, qui doit être protégée absolument, non seulement dans l'intérêt de ce dernier, mais aussi dans l'intérêt public : sans libre confiance, conseil et défense sont impossibles.

Mais la confiance témoignée par le client ne doit pas être mise en danger lorsque des informations sont échangées, dans le cadre par exemple de négociations, alors que rien n'est définitivement conclu, arrêté. Telle est la confidentialité, qui tire toute sa force du secret, ainsi que rappelé par le Conseil national des barreaux, qui a proposé, sous la présidence du Bâtonnier Charrière-Bournazel, une définition plus claire et sécurisante : « *le secret professionnel de l'avocat fonde la confidentialité des échanges entre avocats sous quelque forme et quelque support que ce soit* ».

Le secret des avocats bénéficie en principe de la plus haute protection (même si certaines jurisprudences récentes ont ouvert des brèches inquiétantes). En revanche, le secret auquel d'autres professionnels, dont les juristes, sont astreints ne résiste pas à une enquête administrative ou pénale, pas plus que l'engagement de confidentialité, de nature contractuelle.

En d'autres termes, avocats et juristes ont les mêmes devoirs, les mêmes exigences, mais pas les mêmes protections.

Une réforme est donc nécessaire, non pas dans le seul intérêt des professionnels concernés, mais au-delà des entreprises qu'ils conseillent, ensemble, quotidiennement. Tel était le fondement de la mission confiée à Michel Prada sur la compétitivité juridique de la place de Paris et tel est l'un des arguments en faveur de l'exercice de la profession d'avocat en entreprise.

La question fondamentale est en fait celle de la protection de l'information dans les entreprises. L'information est, plus que jamais, un des actifs essentiels des entreprises, soumis à des menaces croissantes. L'insuffisance des protections existantes impose que soient adoptées des réformes urgentes.

L'information est devenue un actif stratégique, tout particulièrement dans un contexte de mondialisation des échanges, qui sont dématérialisés et rapides, de concurrence exacerbée, de multiplication des crises et des risques.

Le plus intéressant est l'utilisation qui peut être faite de l'information, la faculté de la transformer en un outil de développement, de conquête économique, donc de croissance.

Telle est la démarche de l'intelligence économique, qui « *consiste à collecter, analyser, valoriser et protéger l'information économique stratégique, afin de renforcer la compétitivité d'un Etat, d'une entreprise ou d'un établissement de recherche* » (circ. du Premier ministre n° 5554/SG du 15 septembre 2011).

Cette démarche comprend quatre axes complémentaires : la veille et le renseignement (c'est-à-dire l'acquisition de l'information pertinente), l'aide à la décision grâce à l'analyse de l'information, la protection de l'information (et notamment de l'innovation – secrets de fabrique, brevets, ... –) et, enfin, l'influence et le *lobbying*.

Ou comment recueillir et analyser l'information, pour la transformer en connaissance qui devra être protégée, et sera diffusée pour bénéficier à l'entreprise. Protégée, l'information doit en effet paradoxalement être partagée au sein de l'entreprise : chacun a une tendance instinctive à conserver pour lui, à patrimonialiser, cloisonner (consciemment ou non), une information qui pourrait bénéficier à l'ensemble. Le départ d'un salarié, par exemple par sa prise de retraite, est une perte pour l'entreprise : une expérience précieuse disparaît.

De même, chaque élément de l'entreprise – et à cet égard on peut réellement parler de « capital humain » –, doit être considéré comme un élément d'une équipe, dont les membres réunis sont plus forts et plus efficaces ensemble que pris isolément. On estime en outre que chaque salarié est un élément d'un réseau personnel d'environ dix personnes. Une entreprise de 50 salariés pourrait ainsi bénéficier d'un réseau potentiel de 500 personnes, dont 450 devraient être identifiées. Chaque femme, chaque homme est une intelligence économique en soi.

On le voit, plus que jamais en période d'incertitudes économiques, l'information – donc l'innovation et l'intelligence – doit être valorisée. Or, les menaces sont croissantes...

La première de ces menaces vient de la concurrence. L'espionnage industriel est une réalité, et se développe. Toutes les entreprises sont concernées, quelle que soit leur taille et leur domaine d'activité.

Parfois, cette concurrence peut être tentée d'utiliser le biais de procédures pour obtenir des informations confidentielles. Les procédures de *discovery* des pays de *Common law* sont sans doute

les plus connues. C'est pour cela que la loi dite « de blocage » de 1968 (loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères) a été étendue en 1980 (loi n° 80-538 du 16 juillet 1980), la lecture des débats parlementaires de l'époque est éclairante : le but est de protéger les entreprises de procédures abusives et intrusives, pouvant être destinées à obtenir des secrets stratégiques et économiques.

Mais d'autres exemples, en droit interne, peuvent être donnés. Rien de plus simple que d'introduire une procédure en concurrence déloyale pour tenter d'obtenir – souvent par le biais d'une expertise – la communication de pièces qui pourront comprendre par exemple des noms de clients, voire la mention de prix de vente. Les solutions développées par la pratique, ainsi la consultation des pièces uniquement par l'expert et les avocats des parties, soumis à un engagement de confidentialité renforcé par leur rôle d'auxiliaires de justice, ne sont pas totalement satisfaisantes.

L'autre danger vient paradoxalement du législateur lui-même, qui imagine des réformes qui vont fragiliser l'information et le respect de la confidentialité. Il en est ainsi du soutien croissant aux « lanceurs d'alerte ». Le *whistle-blowing* (imaginé aux Etats-Unis durant la guerre de Sécession) est de plus en plus valorisé. Il existait déjà en matière de harcèlement moral ou sexuel, et en matière d'environnement. La lutte contre la fraude fiscale conduit désormais à son extension à toutes les infractions existantes (et non paradoxalement la seule fraude fiscale...) : si un salarié, ou un stagiaire, dénonce « de bonne foi » une infraction qu'il a constatée dans l'entreprise (ou, plus exactement, qu'il a cru constater...), il ne risque aucune mesure de sanction ou de licenciement. Il est au contraire considéré par les pouvoirs publics, avançant la transparence comme vertu suprême, comme un modèle de citoyen.

Plus de confidentialité, plus de secret : la « bonne foi » permettra de tout dévoiler, et tant pis si c'est à tort. Le capital humain devient ainsi une source et un objet de méfiance... Toute la difficulté va donc être le partage de l'information dans l'entreprise : que révéler, à qui, dans quelles conditions ? Ces questions se posent depuis longtemps, mais prennent désormais une acuité particulière. A trop transmettre, ou pas assez, ne risque-t-on pas d'éveiller des soupçons que moins, ou plus (ou

mieux) d'information aurait permis d'éviter ? Les avocats et les juristes, rompus à la notion de secret et de confidentialité, seront naturellement au cœur de la mise en oeuvre de cette réorganisation nécessaire.

Ajoutons enfin, toujours au nom de la transparence, la déclaration de soupçon dont le cadre jusqu'alors restreint au blanchiment s'ouvre notamment à la fraude fiscale... Le tableau est complet et malheureusement cohérent : l'information se place au service des poursuites et non de la croissance.

Devant tant de menaces, pesant de plus en plus lourdement sur les entreprises, les protections sont insuffisantes.

Contre les évolutions législatives que certains qualifient de liberticides, conduisant à une société de la délation, il n'y a peut-être pas d'autre solution que la pédagogie, la conviction, le *lobbying*...

Sur les autres sujets, en revanche, des pistes existent qui méritent d'être explorées, et avancer devient une urgence.

Il est temps, ainsi, d'adopter en France une véritable définition du secret des affaires et de sanctionner avec efficacité sa violation, pour en assurer le respect. Le député Bernard Carayon avait proposé une réforme, qui avait été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale. Le projet n'était pas dénué d'insuffisances. Ainsi, un délit était prévu pour sanctionner la divulgation d'une information protégée par l'entreprise. Mais rien ne permettait de s'assurer en amont et de manière certaine que l'information était confidentielle : il aurait fallu en pratique attendre la décision du juge pénal – après des années de procédure – pour savoir si réellement la confidentialité s'imposait, ou non.

Il faudrait penser plutôt à des critères objectifs, comme pour le secret de l'avocat, qui assurent une protection par principe de l'information sans qu'un juge n'ait à statuer ultérieurement.

Autre protection envisagée, et développée par la délégation interministérielle à l'intelligence économique (avec le soutien notamment de la profession d'avocat) : la création d'un outil de détection des risques dans l'entreprise (« DIESE »), comprenant la protection de l'information. Un questionnaire permettra aux dirigeants d'entreprises d'effectuer un autodiagnostic révélant l'étendue réelle des risques, l'adéquation des mesures déjà prises, et proposant si nécessaire des mesures complémentaires.

L'exercice de la profession d'avocat en entreprise est une autre solution, complémentaire. La question, l'interrogation par le chef d'entreprise doit être libre. L'information doit être évaluée, vérifiée en toute quiétude. La place du droit et son respect n'en seront que renforcés, dans l'intérêt de l'entreprise et de sa croissance, dont le droit est un levier insuffisamment exploité. Et cela ne peut se faire que si la confidentialité est garantie. Avocats et juristes ont déjà une formation similaire. Ils sont également astreints à des déontologies dont la proximité est évidente.

De manière générale, dans la protection de l'information, avocats et juristes ont un rôle central. La conscience et la pratique qu'ils ont de la confidentialité et du secret les placent au cœur de ces réflexions. Le secret et la confidentialité n'ont jamais été pour eux un « *sanctuaire* », pour reprendre les termes du Bâtonnier Christian Charrière-Bournazel : mieux que quiconque, ils savent au contraire le transformer en une force pour l'entreprise, en un outil de croissance. La confidentialité est au croisement du droit et de l'économie.

# L'avocat, le juriste d'entreprise et le secret



## Christian Charrière-Bournazel\*

\* L'auteur ne s'est prononcé, ni en sa qualité d'ancien Bâtonnier de Paris, ni en celle d'ancien Président du Conseil national des barreaux, mais à titre strictement personnel

*Christian Charrière-Bournazel est né à Limoges, le 2 juin 1946, d'un père avocat, fils d'avocat lui-même. Diplômé d'études supérieures de droit en propriété littéraire et artistique, il est titulaire d'une maîtrise de lettres classiques. Premier secrétaire de la Conférence en 1975, il fut membre du Conseil de l'Ordre de 1986 à 1988, puis bâtonnier de Paris en 2008 et 2009, enfin président du Conseil national des barreaux du 1<sup>er</sup> janvier 2012 à la mi-juillet 2013. Il exerce la profession d'avocat.*

Le droit au secret fait partie des libertés fondamentales en démocratie. Malgré l'hystérie de la transparence qui semble vouloir tout balayer dans un temps politique troublé, il doit être considéré comme un attribut fondamental de la dignité humaine. Les professionnels qui y sont astreints ne bénéficient pas d'un privilège, malgré le faux ami anglais du « *legal privilege* », mais sont tenus de le respecter comme une obligation essentielle, corollaire du droit dont chaque personne, physique ou morale, dispose de se livrer à un confident qui ne la trahira pas.

La loi réprime d'une peine d'emprisonnement la violation par un membre d'une profession réglementée de son secret professionnel. Mais le secret ne doit jamais être perverti pour devenir un pavillon de complaisance sous lequel serait écoulée une marchandise illicite. De la sorte, la législation prévoit aussi qu'il puisse lui être porté atteinte dans des conditions strictement réglementées et encadrées : perquisition chez l'avocat en présence du bâtonnier, intervention du juge des libertés et de la détention en cas de contestation sur les pièces saisies ou les enregistrements de conversations téléphoniques, pour ne citer que ces deux exemples.

L'avocat n'est jamais délié du secret professionnel qui est absolu et perpétuel, excepté les cas où les

exigences de la défense, en dehors des enceintes de justice, lui imposent en conscience d'informer l'opinion publique, soit pour tempérer la passion de la foule, soit pour contrer des erreurs préjudiciables à son client.

S'il est mis en cause personnellement devant une juridiction, l'avocat est délié, pour sa propre défense, de son secret.

Il n'en va pas de même pour le juriste d'entreprise. A l'heure actuelle, malgré le rôle éminent des professionnels du droit qui oeuvrent dans les services juridiques et contentieux des sociétés, le juriste d'entreprise ne peut opposer aucun secret professionnel à la puissance publique, qu'il s'agisse des investigations menées par la Direction de la Concurrence et de la Répression des fraudes, par les Juges d'instruction, voire par la police judiciaire agissant sur réquisition du Ministère public. La Cour de justice de l'Union européenne a rendu le 14 septembre 2010 une décision d'une extrême importance : l'arrêt « Akzo Nobel Chemicals Ltd »<sup>1</sup>. Un arrêt précédent avait été rendu le 18 mai 1982, l'arrêt « AM&S Europe »<sup>2</sup>.

La société Akzo Nobel Chemicals avait contesté l'ordre que lui avait donné la Commission, ainsi qu'à sa filiale, de se soumettre à des vérifications ayant pour objet de rechercher les preuves d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. Le

1 CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P.

2 CJCE, 18 mai 1982, aff. C-155/79.

différend est né à propos, notamment, de deux courriers électroniques échangés entre le directeur général de l'entreprise et le coordinateur d'Akzo Nobel en charge du droit de la concurrence, ainsi qu'un avocat inscrit au barreau néerlandais qui était en même temps membre du service juridique d'Akzo Nobel et salarié de cette entreprise.

La Commission avait considéré que ces documents n'étaient pas protégés par la confidentialité des communications entre l'avocat et son client. Reprenant la même analyse que celle de l'arrêt AM&S Europe, la Cour a considéré que l'avocat salarié d'une entreprise, même dans un pays où il demeure inscrit au barreau et soumis à ses règles professionnelles, ne jouit pas à l'égard de son employeur, du même degré d'indépendance qu'un avocat exerçant ses activités dans un cabinet externe. Un échange ne peut être couvert par le secret professionnel que s'il émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'« *avocats non liés aux clients par un rapport d'emploi* ».

A plus forte raison, le juriste non avocat, salarié d'une entreprise, ne bénéficie d'aucune confidentialité.

Trois questions doivent être examinées :

- de quelle latitude dispose le juriste d'entreprise lorsqu'il fait une note au conseil de surveillance, au directoire ou au représentant légal de l'entreprise ?
- de quelle protection bénéficient les échanges entre le juriste d'entreprise et l'avocat extérieur ?
- comment pourrait évoluer le droit pour que l'avocat en entreprise bénéficie de la même protection que l'avocat externe ?

## 1 - Les communications entre le juriste d'entreprise et ses représentants légaux

Les arrêts précités ont répondu à la question : ce qu'écrit le juriste d'entreprise à ses dirigeants ne bénéficie d'aucune protection.

Un avis donné par le juriste interne qui déconseille une opération parce qu'elle serait de nature à constituer une entente, une barrière à l'entrée sur un marché pertinent ou un abus de position dominante, pourra être saisi le moment venu et aggravera le sort du chef d'entreprise qui sera passé outre, puisque la preuve aura ainsi été rapportée qu'il avait été mis en garde.

Sans même évoquer ici la problématique liée aux Directives « anti-blanchiment »<sup>3</sup> et à l'obligation de déclaration de soupçon qu'elles font peser sur les professionnels, le juriste d'entreprise doit considérer que ce qu'il écrit peut être appréhendé par les autorités administratives ou judiciaires et devenir un élément à charge dans un dossier donné.

## 2 - Les relations entre le juriste d'entreprise et l'avocat externe

Deux situations doivent être distinguées : celle dans laquelle l'avocat est le conseil externe de l'entreprise à laquelle il dispense ses services par l'intermédiaire de son juriste interne et l'hypothèse où l'avocat est en charge d'un client extérieur aux fins de négocier la conclusion d'une convention ou d'une transaction avec l'entreprise représentée par son juriste.

a) Dans le premier cas, tout ce que l'avocat extérieur échange avec l'entreprise qui est sa cliente, représentée par son juriste, est protégé par le secret professionnel et ne peut faire l'objet de saisie que sous le contrôle des juges.

Plusieurs contestations ont été tranchées par les juridictions, s'agissant notamment des saisies effectuées dans l'entreprise des données informatiques afin que soient retirées de la procédure les lettres échangées avec l'avocat, dès lors qu'elles ne contiennent pas intrinsèquement des charges donnant à penser que l'avocat a pu participer à une infraction.

La Chambre sociale de la Cour de cassation a créé des exceptions à cette protection : un salarié peut se défendre devant les juridictions sociales

3 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 ; Directive 2006/70/

CE de la Commission du 1<sup>er</sup> août 2006, portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil, pour ce qui concerne la définition des personnes politiquement exposées et les condi-

tions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée.

en produisant des lettres de l'avocat à l'entreprise, sa cliente, en ce compris les factures d'honoraires.

b) Différente est la situation dans laquelle l'avocat, qui intervient pour un client extérieur à l'entreprise, négocie avec l'entreprise qui, elle, n'ayant pas voulu recourir à un avocat, est représentée par son juriste salarié.

Il est d'usage, afin d'éviter toute procédure ultérieure en responsabilité pour rupture de pourparlers précontractuels, que l'avocat et le juriste conviennent de placer leurs échanges sous le sceau de la confidentialité qui prévaut dans les échanges entre avocats.

Mais la portée de cet engagement réciproque est purement civile. S'il permet d'avoir des échanges aussi libres et complets que possible, sans qu'aucune des deux parties ne puisse ensuite en tirer avantage contre l'autre, en revanche, tandis que les correspondances entre l'avocat et son client demeurent couvertes par le secret professionnel, les correspondances échangées entre l'avocat et l'autre partie représentée par le juriste ne bénéficieront pas de cette protection.

### 3 - Quelle évolution serait possible ?

Abordons franchement la question de l'avocat dans l'entreprise.

Un avocat indépendant, ayant son cabinet en ville, peut jouir au sein de l'entreprise d'un bureau où il viendrait de manière intermittente pour examiner, avec les différents services, les questions qui se posent, les problèmes à résoudre et les projets de convention à élaborer. L'avocat est aujourd'hui autorisé à se déplacer chez son client et personne ne pourrait lui reprocher, s'il demeure libéral et si son activité n'est pas exclusivement consacrée à cette entreprise, de s'y rendre par commodité pour y rencontrer tous les acteurs qui ont besoin de lui. Le secret jouit de la protection légale.

La question brûlante est celle de l'avenir de l'avocat salarié de l'entreprise. L'arrêt Akzo Nobel Chemicals a-t-il mis un point d'arrêt définitif à la protection du secret professionnel pour ce qui concerne les avocats salariés dans l'entreprise ?

Cette décision s'est fondée sur l'état actuel du droit des Etats membres. Il y est dit, en effet, à son paragraphe 73, que « *ne peut être établie aucune tendance générale, dans les ordres juridiques des Etats membres, vers une assimilation*

*des avocats internes aux avocats exerçant à titre indépendant* ».

Ainsi, l'arrêt ne prétend-il pas édicter une règle insusceptible d'évoluer, mais se borne à prendre en compte le constat de ce qu'est actuellement l'état du droit dans les Etats membres.

On sait que la profession d'avocat en France ne tolérera jamais qu'il existe deux sortes d'avocats. Les uns, parce qu'ils sont indépendants, pourraient faire bénéficier leurs clients du droit au secret avec toutes les protections et garanties de la loi ; les autres, avocats de second ordre, ne pourraient garantir aucune confidentialité à l'entreprise dont ils seraient les salariés.

Comment y remédier ?

Le concept fondamental autour duquel la CJUE opère une distinction entre l'avocat externe et l'avocat salarié, réside dans la notion d'indépendance. Peut-on imaginer de garantir à l'avocat, salarié de l'entreprise, une indépendance équivalente à l'avocat externe ?

Qu'est-ce que l'indépendance ?

Un avocat libéral qui n'a qu'un seul client et qui peut le perdre à tout moment est-il indépendant ?

Un avocat, salarié d'un cabinet d'avocats, qui n'a pas le droit d'avoir une clientèle personnelle et qui peut être licencié pour avoir opposé sa clause de conscience à son employeur avocat, ou parce qu'il n'est pas assez rentable, est-il indépendant ?

Le collaborateur libéral qui a le droit de traiter des clients personnels mais qui ne peut pas en vivre, faute de quoi il s'installerait seul ou à égalité avec d'autres, est-il indépendant ?

Pour qu'un professionnel puisse jouir d'une indépendance intellectuelle et morale avec le minimum de contraintes, il doit disposer d'outils juridiques qui le garantissent. Il faut donc inventer, pour cet avocat salarié de l'entreprise, un statut qui ne le mette pas à la merci de l'arbitraire d'un employeur à qui il aurait déplu en raison des positions éthiques ou juridiques qu'il aurait prises.

Son licenciement ne pourrait être effectif que pour des raisons objectives telles que l'absentéisme, le harcèlement à l'égard de subordonnés, bref des comportements qui n'ont rien à voir avec un désaccord qui l'aurait opposé sur un point donné à son employeur.

Du même coup, la contestation d'un licenciement relèverait d'une procédure, comparable à celle qui existe pour les journalistes, justiciables d'abord

d'une commission de conciliation paritaire, où siègeraient les représentants du patronat et des délégués ordinaires du Bâtonnier dont dépend l'avocat. Il ne serait pas justiciable du Conseil de prud'hommes mais d'une juridiction paritaire.

Pour préserver le secret, on pourrait imaginer qu'une question préjudicielle soit soumise au Conseil de discipline chargé de dire si le différend opposant l'avocat à son employeur relève du droit commun des relations salariales ou si la mise à l'écart de l'avocat ne trouve pas sa cause dans son absence de complaisance, au nom de sa déontologie et de la loi, à des projets ou des comportements de son employeur qu'il aurait désapprouvés.

Telles sont les pistes qui devraient être explorées. De la sorte, le juriste d'entreprise qui, en l'état des textes d'aujourd'hui, peut devenir avocat indépendant, aurait le choix de rester juriste salarié

ou de devenir avocat inscrit au barreau, tout en demeurant l'employé de l'entreprise, sans atteinte à sa liberté de conscience ou à la qualité du secret qu'il doit à celui qu'il conseille.

Ces questions sont résolues de longue date aux États-Unis comme au Canada, qui nous regardent avec une sorte de commisération attristée.

L'avocat en entreprise ne sera pas un frein pour elle mais au contraire, grâce à sa liberté de dire, de conseiller ou de dissuader, fournira l'assurance d'un progrès du droit. Grâce à sa déontologie exigeante et à son éthique, le juriste devenu avocat dans l'entreprise ou l'avocat qui serait salarié seront les meilleurs garants de la sécurité juridique. En faisant prévaloir l'ordre du droit sur le désordre des forces, ils contribueront davantage encore à la sécurité et au développement de l'entreprise, pour le plus grand progrès de notre société.

# La nécessaire protection de la confidentialité des échanges juridiques au sein des entreprises



**Yves Repiquet,**  
ancien Bâtonnier de Paris

*Chevalier de la Légion d'Honneur et Officier dans l'Ordre national du mérite, Yves Repiquet, aujourd'hui avocat au sein du cabinet Jeantet & Associés, est un ancien Bâtonnier de Paris. Ancien député Suppléant du 6<sup>e</sup> arrondissement de Paris, membre du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et ancien Président de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDDH), il est l'auteur de nombreux articles de droit, notamment dans les domaines de la lutte contre le blanchiment.*

Les avocats n'ont finalement jamais été aussi proches des juristes d'entreprise, et réciproquement, tant il est vrai qu'exercer le droit en entreprise ou pour l'entreprise relève d'un même engagement et d'une même passion. D'ailleurs, quoi de plus naturel pour ces femmes et ces hommes formés au même enseignement et pétris des mêmes impératifs de compétence, de rigueur et de disponibilité qui, pour certains, ont exercé successivement l'une et l'autre de ces deux professions ?

Toute personne physique ou morale qui souhaite se confier à un professionnel du droit pour lui soumettre des questions relatives aux risques éventuels induits par des actes passés ou que présenteraient des actions envisagées doit pouvoir le faire en confiance, c'est-à-dire si elle est assurée que ce qu'elle a ainsi confié ne sera divulgué à quiconque.

Lorsqu'elle est orale, la confiance paraît pouvoir être préservée sans difficulté (sous réserve d'une audition de témoin sous serment). Il en va différemment, chacun le perçoit, pour les échanges écrits, notamment par voie électronique, soumis à un risque de saisie. La protection de la confidentialité de tels échanges est assurée lorsqu'il s'agit de ceux intervenant

entre avocat et client, comme l'arrêt « AM&S » de la CJCE de 1982 en avait consacré le principe (CJCE, 18 mai 1982, aff. C-155/79, Rec. jurispr. 1982, p. 1575).

Ces échanges sont couverts par le secret professionnel de l'avocat, c'est-à-dire protégés contre le risque de divulgation, y compris à l'égard d'autorités de poursuite ou de services d'enquête. En d'autres termes, s'ils sont découverts, ils ne peuvent être opposés à la partie qui serait poursuivie.

C'est le secret professionnel qui s'impose à l'avocat et bénéficie à son client. Il s'impose à l'avocat, qui ne peut en être délié même par son propre client et c'est ce qui fait qu'il est absolu et qu'il lui confère toute sa force. Il bénéficie au client et lui assure la protection de sa confiance et des questions et réponses échangées avec son avocat.

En résumé, le secret professionnel constitue une contrainte pour l'avocat et un droit pour le client, personne physique ou morale qu'il conseille, assiste, représente ou défend. Contrainte pour l'avocat, puisqu'il lui interdit de divulguer ce qui lui a été confié, les questions qui lui ont été posées et les réponses qu'il a apportées. Il est un droit pour le client et une garantie du fondement même de la confiance qui l'unit à son conseil.

## La problématique actuelle liée aux échanges entre les acteurs de l'entreprise et ses juristes internes

S'agissant des échanges entre juristes d'entreprise en France et dirigeants et salariés de cette même entreprise, ce sujet n'en a, longtemps, pas été un aux motifs, parmi d'autres, que la fonction était en réalité mal connue et que le juriste, qui ne pouvait être considéré comme un auxiliaire de justice, était finalement assimilé à un salarié de l'entreprise comme un autre. Ignorer la spécificité du statut du juriste dans l'entreprise était méconnaître la réalité.

Par une vision restrictive du champ de la confidentialité, la jurisprudence nationale et communautaire a elle-même mis en lumière la nécessité d'un statut propre aux échanges entre l'entreprise et ses membres, d'une part, et ses juristes internes, d'autre part. La CJUE a ainsi refusé la protection du secret professionnel aux échanges au sein d'une entreprise avec un avocat salarié de l'entreprise (CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P, « Akzo Nobel Chemicals c/ Commission » ; JOUE n° 301, 6 novembre 2010, p. 2). La Cour de justice de l'Union européenne se référerait alors à l'arrêt « AM&S », rendu 28 ans plus tôt (CJCE, 18 mai 1982, précité) pour réitérer son refus à l'« avocat interne » à l'entreprise, pourtant régulièrement inscrit à un barreau, de bénéficier de la confidentialité des échanges, celui-ci ne disposant pas d'« une indépendance professionnelle comparable à celle d'un avocat externe ».

Si l'entreprise peut, sur n'importe quel support, faire toute confiance à un avocat et ce dernier émettre tout conseil, toute mise en garde ou alerte sur une éventuelle infraction sans risque de se voir opposer son contenu dans une « procédure susceptible d'aboutir à des sanctions » (CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P, précité, considérant 92), la Cour de justice circonscrit ce droit à la relation de l'entreprise avec un « avocat externe », seul habilité, selon elle, à concourir à l'exercice des droits de la défense.

Cette solution ne peut être considérée comme satisfaisante. En l'état des textes et de la jurisprudence, les échanges internes entre les juristes et tel dirigeant ou cadre dans l'entreprise, comme les avis émis par courrier électronique sont, en France, porteurs d'un risque permanent pour l'entreprise, ses dirigeants ou ses salariés. En effet, ceux-ci se trouvent, de fait, à la merci de se voir

opposer le contenu de conseils ou de recommandations émanant de leurs juristes internes et qui n'auraient pas été suivis.

Pourtant, les praticiens savent bien depuis longtemps que juriste d'entreprise et avocat ont un rôle finalement très proche, consistant à recevoir la confiance de la personne lorsqu'elle le consulte pour recevoir ses conseils, qu'il s'agisse d'un dirigeant mandataire social agissant en cette qualité ou au nom et pour le compte de la personne morale elle-même ou d'un cadre opérationnel, par exemple. La vie quotidienne d'une entreprise est difficilement compatible avec un recours permanent à un avocat externe : si des conseils extérieurs à l'entreprise sont sollicités en raison du recul qui les caractérise et dont les entreprises comme leurs juristes internes connaissent parfaitement l'utilité, ce sont les conseils internes qui sont astreints à une réactivité quasi permanente et sont en prise directe avec l'action industrielle ou commerciale. C'est précisément leur raison d'être.

Mais comment admettre que les échanges internes à une entreprise avec son service juridique puissent être utilisés contre cette entreprise dans une procédure pouvant conduire à des sanctions, et constituer ainsi un véritable piège ?

Il est acquis qu'une entreprise voit ses échanges protégés lorsqu'elle s'adresse à un avocat. Compte tenu de la réalité de la vie des affaires dans une société organisée avancée, il relève de l'intérêt général que l'entreprise, qui en est l'un des acteurs essentiels, puisse également bénéficier d'une certaine protection dans son fonctionnement interne et que soit assurée la confidentialité des échanges entre ses différents membres et leurs conseils juridiques internes.

Communément perçue comme nécessaire, la confidentialité des échanges devrait maintenant être reconnue et consacrée par la loi. En effet, c'est elle qui pourra assurer la nécessaire protection de ces échanges de nature juridique au sein d'une entreprise.

## Les pistes explorées à l'étranger

Aux Etats-Unis, la confidentialité des échanges entre un juriste d'entreprise et celle-ci relève du « *legal privilege* ». L'entreprise peut demander devant une juridiction, lors d'une procédure judiciaire, à se prévaloir de cette règle pour exiger que

les communications qu'elle a échangées avec son conseil interne ne soient pas dévoilées.

La décision de protéger ces communications tiendra compte de leur contenu et non de la qualité de la personne dont elles émanent ou de celle à laquelle elles sont destinées. C'est donc une règle de spécialité qui s'applique selon le contenu de la communication que l'on souhaite voir protéger : par principe, la confidentialité est assurée aux communications dont l'objet est juridique, mais non à celles qui concernent la gestion d'affaires.

En Suisse, la création d'un statut légal du juriste d'entreprise a été envisagée. Ce projet, qui n'a pas eu de suites, mettait en avant « *le lien direct* » entre « *l'information pertinente* » et « *l'activité de conseil juridique* » comme critère d'applicabilité de ce qui était appelé « *le secret professionnel des juristes d'entreprise* ».

En Belgique, la loi du 1er mars 2000 a consacré le statut de juriste d'entreprise en tant que profession autonome, dont les « avis juridiques », s'ils sont rendus dans le cadre de son activité de conseil juridique et au bénéfice de son employeur, sont confidentiels (loi du 1er mars 2000, art. 5).

L'Institut des juristes d'entreprises (IJE) belge a ainsi pu faire fixer des principes importants dans le cadre d'un procès civil ou d'une enquête pénale impliquant des perquisitions dans les locaux de l'entreprise, notamment : le refus de remise des avis juridiques, confidentiels ; l'exigence de mention au procès-verbal de perquisition que la confidentialité a été invoquée, même si les documents ont finalement été saisis, et celle de lister les documents pour lesquels la confidentialité est invoquée ; la présence d'un représentant du service juridique de l'entreprise ; la possibilité pour le juriste d'entreprise de ne pas répondre aux questions concernant l'avis juridique qu'il a émis ou les faits qui lui ont été communiqués à cette fin ; la nécessité d'écarter des débats judiciaires tout document répondant aux critères de l'avis juridique ou la faculté d'en demander le retrait.

Un arrêt récent de la cour d'appel de Bruxelles a d'ailleurs confirmé, en matière d'enquête de concurrence, l'illégalité de la saisie de documents sous format informatique, dès lors qu'ils étaient soumis à la confidentialité en application de l'article 5 de la loi du 1er mars 2000 ; s'agissant des données sujettes à interprétations divergentes, il a été institué une procédure précise par détermination de mots-clés et sélection de documents « *en présence de l'entreprise visitée* », ce qui contribue

ici encore à protéger le champ d'intervention du juriste d'entreprise (CA de Bruxelles, 18<sup>e</sup> ch., 5 mars 2013, Belgacom c./ Auditorat près le Conseil de la concurrence, RG n° 2013/MR/3).

Tous les principes énoncés ci-dessus contribuent naturellement à ce que les juristes d'entreprise assument leur « *double rôle de conseiller indépendant et de personne de confiance du management* ».

Ce qui est souvent présenté en Belgique comme un « secret professionnel » n'est, en réalité, qu'une reconnaissance de confidentialité, mais elle a l'immense mérite d'avoir été institutionnalisée dans l'intérêt des juristes et des entreprises dans lesquelles ils travaillent et de leurs dirigeants. Elle a ainsi eu des répercussions très pratiques sur la manière dont travaillent les juristes et sur la protection de leurs écrits, contribuant ainsi à la reconnaissance de leur fonction. Vu d'ici, il s'agit d'autant d'éléments pratiques dont nous pourrions nous inspirer pour construire un système juridique de confidentialité « à la française » en faveur du juriste d'entreprise.

La confidentialité déborde d'ailleurs largement le champ des échanges et des consultations internes des juristes d'entreprise. Elle est si nécessaire qu'elle est officiellement reconnue par le droit positif communautaire, à l'article 7 de la Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008, relative à la médiation en matière civile et commerciale, qui est intitulé « *Confidentialité de la médiation* ». En droit interne, les dispositions de l'article 131-14 du Code de procédure civile, relatives à la médiation, aux termes duquel « *les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites, ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties [...]* », s'inscrivent dans le même esprit. C'est bien là de confidentialité qu'il s'agit, qui s'impose à tous les acteurs de la médiation.

## Proposition de réflexion

Une avancée protectrice passe inévitablement par une définition claire du statut du juriste en d'entreprise, afin qu'il soit bien identifié comme un conseil interne à l'entreprise, qui reçoit des informations et émet des avis. A cette fin, une liste, à date, établie par l'entreprise, pourrait être imaginée afin d'être tenue *a posteriori* à la disposition des tiers (autorités de poursuite, autorités administratives dotées de pouvoirs de sanction,...), afin d'identifier les juristes

bénéficiant de la protection de leurs échanges avec un autre membre de l'entreprise.

Ce qui serait, selon nous, une avancée passe également par l'identification des messages concernés, c'est-à-dire ceux susceptibles de contenir des informations, questions ou réponses confidentielles. Serait alors apposée sur ces messages une mention uniforme codifiée destinée à être connue en interne et reconnue par les tiers, par exemple « *confidentiel juridique* ». Tout écrit juridique qui comporterait une telle mention induirait la confidentialité des échanges concernés, cette mention pouvant alors être opposée à tout tiers, autorités de poursuite ou autorités administratives dotées de pouvoirs de sanction, notamment.

## Conclusion

L'état actuel du droit de l'Union ne nous paraît pas satisfaisant au regard de la pratique dans le monde des affaires.

Evoquer l'accroissement de la place du droit et de celle des juristes dans l'entreprise est une banalité au même titre qu'évoquer l'accroissement du risque de sanction pénale ou pécuniaire pour les

sociétés et leurs dirigeants. Le principe du secret professionnel est reconnu et consacré dans notre droit positif et le droit de l'Union. Mais il n'assure de réelle protection qu'en ce qui concerne les échanges entre l'entreprise et l'avocat.

Criante est la nécessité d'une protection de la confidentialité des échanges internes à l'entreprise entre ses dirigeants et salariés, d'une part, et ses juristes, d'autre part, contre les risques de divulgation et d'opposabilité à charge. Encore faut-il identifier à la fois le juriste et la matière relevant du « *confidentiel juridique* ». C'est au législateur qu'il appartient d'en consacrer le principe, d'en définir le champ d'application et d'en prévoir la garantie, quand bien même les avis et échanges internes ne relèveraient-ils pas des droits de la défense.

Puisque prétendre vouloir affirmer le secret professionnel de l'avocat en entreprise se heurte au refus répété de la CJUE, commençons par obtenir que soit garanti le respect de la confidentialité des échanges internes à l'entreprise, afin de jeter un pont vers l'exercice de l'avocat en entreprise qui, dans l'avenir, finira par s'imposer.

# La confidentialité des avis des juristes d'entreprise, un enjeu majeur pour les entreprises françaises



## Gérard Worms,

Président du comité français de la Chambre de commerce internationale

*Gérard Worms est président d'honneur de la Chambre de commerce internationale depuis juin 2013, date à laquelle il cesse d'en être le Président. Il est également Vice-Président chez Rothschild Europe. Diplômé de l'École polytechnique en 1957, puis de l'École nationale supérieure des mines en 1960, Ingénieur en chef des Mines, Gérard Worms a rejoint le Groupe Rothschild en octobre 1995. Devenu conseiller du ministre de l'Industrie (Olivier Guichard), puis du Premier ministre (Jacques Chaban-Delmas), il a été Directeur général du Groupe Hachette. Ensuite, Monsieur Worms a exercé les fonctions de Directeur général puis Président de la Compagnie de Suez, Président de la Banque Indosuez et du Groupe d'assurances Victoire.*

Après plusieurs années de débats et quelques rapports (« Guillaume », « Darrois » et « Prada », pour ne citer que ceux-là), force est de constater que les avis émis par les juristes d'entreprise ne bénéficient toujours pas de la confidentialité juridique, contrairement aux avocats dont la correspondance bénéficie du secret professionnel. Le Comité français de la Chambre de commerce internationale (ICC France) a considéré qu'une telle situation était préjudiciable aux entreprises implantées en France, puisqu'elle crée des distorsions de concurrence avec les pays où les juristes internes bénéficient du « *legal privilege* », et pèse négativement sur l'attractivité de notre pays vis-à-vis des investisseurs internationaux<sup>1</sup>. En effet, parmi les grandes puissances économiques occidentales, la France est encore l'une

des seules à ne pas garantir la confidentialité des avis émis par les juristes d'entreprise.

Ainsi, reconnaître officiellement la confidentialité des avis émis par les juristes d'entreprise françaises serait à la fois opportun et cohérent pour consolider la position des entreprises françaises, notamment les entreprises multinationales dont le siège est établi en France, ainsi que pour attirer les investisseurs étrangers dont nous avons grand besoin pour créer des emplois nouveaux. A cet égard, il est intéressant de noter que le rapport « Darrois » indique que « *pour les entreprises et les juristes concernés, obtenir une protection de leurs avis semblable à celle dont bénéficient leurs homologues étrangers, notamment anglo-saxons [...] conduirait à consacrer le rôle et l'influence des juristes dans l'élaboration des stratégies internes des entreprises, tout en renforçant l'éthique dans le droit des affaires* »<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La France est régulièrement critiquée, à tort ou à raison, dans le rapport « *Doing Business* » établi

par la Banque mondiale et destiné à mesurer la facilité de faire des affaires dans 183 pays.

<sup>2</sup> Rapport Darrois sur les professions du droit, mars 2009, p. 31.

## Ne pas décourager les investisseurs étrangers de s'implanter en France

L'actuelle situation a pour conséquence de créer des distorsions de concurrence au détriment des entreprises françaises face à leurs concurrents étrangers, établis dans l'Union européenne en particulier, et d'affaiblir les structures décisionnelles des groupes établis en France. En effet, les avis des juristes d'entreprise peuvent être saisis par les autorités françaises, voire par les autorités étrangères, sans que la protection dont disposent leurs homologues étrangers, notamment anglo-saxons, leur soit applicable. Le handicap des entreprises implantées en France, que ce soit la société mère ou la filiale française d'un groupe étranger, peut également se ressentir dans les procédures judiciaires, dès lors que les juridictions étrangères peuvent être tentées d'utiliser les avis émanant des juristes d'entreprises françaises à charge contre ces dernières. Il apparaît donc indispensable de garantir aux entreprises implantées en France le respect du principe de l'égalité des armes qui leur fait défaut aujourd'hui.

Dans des contextes où les risques environnant l'entreprise sont de plus en plus lourds, l'investisseur étranger est naturellement amené à examiner le risque juridique au moment du choix du lieu d'implantation d'un investissement. Or, l'absence de confidentialité peut peser, parmi d'autres facteurs, dans son choix et par conséquent, cette absence de confidentialité est contreproductive au regard des politiques mises en œuvre pour attirer les investisseurs étrangers en France. Par ailleurs, l'absence de confidentialité est préjudiciable, parce qu'elle n'est pas cohérente avec les principes de gouvernement d'entreprise et d'organisation des groupes, qui tendent de plus en plus à s'harmoniser sous l'impulsion « d'un droit de la mondialisation » en marche.

## L'absence de confidentialité peut avoir un impact sur le choix du siège social

La reconnaissance de la confidentialité présenterait l'intérêt d'encourager les entreprises implantées en France à s'y maintenir, au lieu d'envisager de se délocaliser à l'étranger. Grâce à la réglementation des fusions transfrontalières, favorisant une mobilité accrue des sociétés dans l'espace communautaire, l'argument de la confidentialité des avis juridiques pourrait également peser

sur le choix futur des sociétés mères établies à l'étranger de s'implanter en France plutôt que dans un autre État.

## La confidentialité, un préalable à la garantie de transparence au travers des programmes de conformité

La « *compliance* », qui s'inscrit dans un mouvement général de transparence vis-à-vis des principes de bonne gouvernance, a pour objectif fondamental de prévenir les risques dans l'entreprise, notamment par la mise en œuvre d'actions de sensibilisation et de formation des *managers* et collaborateurs. Elle peut revêtir un aspect défensif, notamment dans les domaines de la concurrence, de la corruption et des délits financiers, en permettant à l'entreprise de prouver sa bonne foi si elle peut démontrer qu'elle a tout fait pour prévenir un risque qui se serait matérialisé. Dans ces actions, le juriste interne à l'entreprise, qui connaît mieux que quiconque son fonctionnement et les règles de droit auxquelles elle est soumise, joue un rôle déterminant dans la mise en œuvre et le respect des règles édictées par le programme de « *compliance* » du groupe. Cette adéquation entre les objectifs de « *compliance* » et le rôle du juriste d'entreprise est considérablement affaiblie, pour ne pas dire anéantie, s'il n'est pas corrélativement reconnu une zone de confidentialité des avis émis par ce dernier.

En effet, la confidentialité juridique doit précéder la transparence. Contrairement à certaines idées reçues, la reconnaissance de la confidentialité des avis émis par les juristes d'entreprise favorise le dialogue, crée un champ de confiance qui permet de détecter en amont les éventuels faits de nature à enfreindre les normes de « *compliance* », dont la fonction vertueuse est clairement établie. Dans le cadre de l'entreprise, la confidentialité a donc une finalité économique, celle de prévenir les risques et de favoriser la transparence, concourant ainsi à la promotion du Droit dans la vie économique.

## Le rapport « Prada » : pour un statut de l'avocat en entreprise

Après avoir, en 2010, exposé nos vues au ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi de l'époque, Christine Lagarde, nous avons été auditionnés par Michel Prada dans le cadre de

sa mission sur le renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris. Il a ensuite été l'invité de notre assemblée générale en 2011 pour qu'il nous présente les conclusions de son rapport, plus particulièrement le volet consacré au statut des juristes en entreprises, avec le projet de création d'un statut d'avocat en entreprises. Au cours du débat qui a suivi la présentation de Michel Prada, certains participants se sont interrogés sur la forme de « confidentialité » qui serait accordée à l'avocat en entreprise, point crucial de son rapport, et ils ont souligné la difficulté de faire coexister au sein d'une même profession le traditionnel secret de l'avocat, qui protège sa relation avec le client et une autre forme de confidentialité

adaptée au monde de l'entreprise. Michel Prada a indiqué que le principe même d'une confidentialité des avis juridiques est acquis, seules les modalités de mise en œuvre sont à préciser. Nous attendons maintenant de savoir si le projet de loi qui avait été envisagé, à la suite de la publication de ce rapport, verra le jour.

En participant à ce débat, ICC France a voulu démontrer son attachement à la préservation des intérêts des entreprises implantées en France et au renforcement dans ce domaine, aussi de leur compétitivité dans un contexte de concurrence internationale active, où le droit peut constituer un facteur majeur de différenciation.

# La confidentialité des avis des juristes en entreprise : de rapports en rapports



## Michel Prada,

Auteur du rapport intitulé *Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*

*Michel Prada, aujourd'hui Président du Conseil de normalisation des comptes publics au sein du ministère de l'Economie et Président du Board of Trustees de la International Financial Reporting Foundation, a présidé, auparavant, le directoire du Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises (CEPME) et l'Autorité des marchés financiers. Ancien directeur de la comptabilité publique, Michel Prada est aussi un ancien directeur du budget. Il a, notamment, rédigé le dernier rapport en date sur la question du rapprochement des professions d'avocat et de juriste d'entreprise, en 2011.*

Contrairement à la situation qui prévaut dans de nombreux pays avancés, la France ne reconnaît aux juristes salariés en entreprise aucune spécificité. Cette banalisation emporte des effets pervers qui placent les entreprises françaises, principalement celles qui sont exposées à la concurrence internationale, dans une situation défavorable par rapport à leurs « *challengers* », notamment en cas de litige. La procédure de « *discovery* », largement utilisée dans les litiges internationaux permet, en effet, aux entreprises étrangères d'accéder aux documents internes à l'entreprise et particulièrement aux avis et études que les directions juridiques effectuent en interne pour éclairer les choix stratégiques de la direction.

Chez la plupart de nos partenaires, particulièrement anglo-saxons, le statut des responsables juridiques, membres du barreau, emporte, en revanche, un « *legal privilege* » qui permet de protéger la confidentialité du dialogue entre la direction et le responsable juridique. En l'absence de privilège de confidentialité, les entreprises françaises, dont certaines multinationales considèrent que le directeur juridique français est un « maillon faible » de leur système, sont contraintes, lorsqu'elles étudient des sujets complexes et sensibles, d'user d'artifices, en utilisant des avocats externes dont les conseils écrits sont protégés par le secret professionnel d'ordre public. Il peut, également, être tentant de délocaliser

certain services pour échapper aux contraintes de l'environnement français.

Cette question a fait l'objet de nombreuses études, rapports « Nallet » (Rapport sur les réseaux pluridisciplinaires et les professions du droit, 1999), « Guillaume » (Rapport sur le rapprochement des professions d'avocat et de juristes d'entreprise, 2006), « Darrois » (Rapport sur les professions de droit, 2009) et dernièrement d'un rapport que j'ai commis au mois de mars 2011, dans le cadre d'une étude sur certains facteurs d'amélioration de la compétitivité juridique de la Place de Paris.

Comme il est fréquent dans notre pays, où fleurit le corporatisme et le conservatisme sous la bannière de la protection des droits acquis et des grands principes, ce rapport qui confirmait et complétait les analyses et conclusions précédentes a rejoint ses prédécesseurs sur les étagères des experts intéressés, administrations, corps constitués, associations professionnelles et milieux académiques.

La profession d'avocat est profondément divisée sur le sujet, alors même qu'il est relativement aisé de répondre aux inquiétudes que pourrait faire naître une réforme à l'évidence d'intérêt général.

Alors que notre pays prend doucement conscience de ses handicaps de compétitivité, il est peut-être opportun de revenir sur le sujet et de plaider à nouveau la cause des juristes d'entreprise.

Le Droit n'a pas, en général, dans les entreprises françaises, le statut qui lui est reconnu à l'étranger et les responsables juridiques, élément central du dispositif de gouvernance chez nos partenaires, ne sont souvent pas membres du Comité exécutif des grandes entreprises françaises. Les juristes d'entreprise, s'ils sont recrutés parmi les avocats, sont « omis » du barreau et redeviennent des salariés ordinaires, alors que les « *solicitors* » anglais ou les « *attorneys at law* » américains, dès lors qu'ils exercent une fonction juridique, y compris comme salariés d'une entreprise, gardent leur attachement au barreau, avec les obligations déontologiques et éthiques qui s'y attachent. Ils sont, par nature, des auxiliaires du droit, auxquels il est donc possible et logique de reconnaître le privilège de confidentialité dans leurs rapports avec leurs correspondants. Le « *General Counsel* » est d'ailleurs un personnage central des entreprises « anglo-saxonnes » (y compris allemandes ou hollandaises). Ainsi s'est construite, dans de nombreux pays avancés, une grande profession du Droit, puissante, multi-capacitaire et représentative au plan international, alors que la France, reniant les principes de la loi « Le Chapelier », a multiplié au fil du temps les professions réglementées et fragmenté ses professions juridiques dont le rayonnement international est amoindri à due concurrence.

Il est vrai qu'un effort certain de regroupement a été entrepris au cours des dernières années (avoués, conseils juridiques...).

Le rapport de mars 2011 plaide pour une étape supplémentaire, associant la possibilité pour les juristes d'entreprise de conserver ou d'acquérir la qualité d'avocat et l'octroi corrélatif d'un privilège de confidentialité protégeant leur dialogue avec les responsables de l'entreprise et leurs collègues des autres entreprises ou des filiales.

Cette réforme permettrait, à la fois, de renforcer le positionnement des juristes dans l'entreprise, de rehausser la fonction de conformité, de mettre à niveau les entreprises françaises et de renforcer la profession d'avocat (il y a environ 52 000 avocats et 15 000 juristes d'entreprise).

Bien entendu, la définition d'un privilège de confidentialité reconnu à des juristes inscrits au barreau devrait faire l'objet d'une définition précise et devrait, notamment, comporter des limites en cas d'atteinte à l'ordre public. C'est d'ailleurs le cas dans les exemples étrangers dont s'inspire la proposition de réforme. Les contacts que j'avais pris en 2011

avec les autorités judiciaires et certaines autorités administratives indépendantes avaient montré qu'elle recevait un accueil plutôt positif en ce qu'elle renforcerait la place du droit, et dès lors qu'elle serait assortie des limites justifiées par l'ordre public.

Quant aux craintes exprimées par certains porte-paroles des avocats, il me semble qu'il est aisé d'y répondre.

La première est de principe : la qualité d'avocat ne pourrait être combinée avec celle de salarié pour des raisons philosophiques tenant au principe d'indépendance incarné dans le statut libéral. Outre que les exemples étrangers apportent la démonstration contraire, on peut penser que l'indépendance du juriste serait renforcée par son attachement au barreau. Du reste, l'indépendance est une vertu individuelle : celle d'un directeur juridique avocat en entreprise, tenu à la déontologie du barreau, serait-elle inférieure à celle d'un avocat libéral dépendant d'un ou deux grands clients ?

La deuxième a été soulevée par certains barreaux inquiets de l'éventuelle concurrence que les avocats salariés d'entreprise feraient aux avocats libéraux plaidants. La réponse est simple : il suffit d'interdire aux juristes avocats d'entreprise de plaider devant les tribunaux où la représentation par avocat est obligatoire. Ils ne le souhaitent d'ailleurs pas, pour des raisons évidentes d'opportunité et de risque. Leur inscription au barreau se ferait dès lors sur une liste « *ad hoc* ».

Le présent article est le résumé d'un rapport qui va plus au fond des choses, et que j'ai rédigé avec une équipe talentueuse<sup>1</sup>, après avoir entendu de nombreux experts. Au cours de nos auditions, nous avons considéré une alternative mise en oeuvre Belgique : donner un « *legal privilege* » aux juristes d'entreprise en organisant une nouvelle profession réglementée. Il nous a semblé que cette alternative, si elle peut répondre au besoin fonctionnel des entreprises, aggraverait le défaut français d'excès de corporatisme et éloignerait la perspective de la création d'une grande profession du Droit dont nous pensons qu'elle bénéficierait à la compétitivité de notre pays et à son rayonnement juridique.

Il est temps d'apaiser les appréhensions légitimes, de surmonter les conservatismes moins bien fondés et de doter la France d'un régime moderne de protection de la confidentialité du conseil juridique interne aux entreprises, en contribuant à la réalisation de l'objectif de construction d'une grande profession du Droit en France.

1 Alain Damais, Inspecteur des Finances, Rapporteur, Ludovic Jariel et Pierre de Lapiasse, Magistrats.

# Confidentialité des avis des juristes d'entreprise : un vrai enjeu pour les entreprises françaises



## Emmanuèle Perron,

Présidente du Pôle « Droit de l'entreprise » du MEDEF,  
Vice-Présidente NGE

*Emmanuèle Perron est diplômée de l'Université Paris 9-Dauphine et de la Northeastern University de Boston (Etats Unis). Elle a dirigé pendant 23 ans un groupe de travaux publics spécialisé dans le ferroviaire avant de rejoindre le groupe de travaux publics NGE dont elle devient Vice-présidente. Emmanuèle Perron est également Présidente du Pôle Droit de l'entreprise du Medef, Vice-présidente de la Fédération nationale des travaux publics (FNTP) et Présidente de la Commission des marchés de la FNTP, Vice-Présidente d'ASMEP-ETI (Syndicat des entreprises de taille intermédiaire). Elle a été conseillère de la Banque de France, Vice-Présidente et juge au tribunal de commerce de Meaux pendant 14 ans, jusqu'en 2012.*

Voici des décennies que la confidentialité des avis des juristes d'entreprise est en débat, tant en France qu'à Bruxelles. L'impasse dans laquelle se trouve ce dossier tient largement au fait qu'il pose la question de l'avocat en entreprise, qui divise les représentants du barreau et du monde de l'entreprise.

Sur ce sujet, la position adoptée par le MEDEF est extrêmement pragmatique : quels avantages l'entreprise peut-elle retirer de cette confidentialité et à quel prix ?

## La confidentialité des avis des juristes : un enjeu pour les entreprises françaises

Ces dernières années, la place du droit a progressé tant dans la société française en général que dans l'entreprise en particulier. Cette prise de conscience par les chefs d'entreprise s'est traduite par l'augmentation du nombre des entreprises

disposant d'une direction juridique : plus de 40 % des directions existantes ont été créées voici moins d'une dizaine d'années. Plus des deux tiers d'entre elles sont aujourd'hui directement rattachées à la direction générale ou à la présidence de l'entreprise<sup>1</sup>.

Par rapport au droit fiscal et social, le droit des affaires *stricto sensu* souffre toutefois d'un handicap : la difficulté d'apprécier les gains ou économies que sa prise en compte en amont peut générer pour l'entreprise.

Ce constat est renforcé par le fait que la confidentialité du conseil reçu par l'employeur de son juriste en interne n'est pas garantie et pourrait être utilisée contre lui dans le cadre d'enquêtes administratives et judiciaires (concurrence, marchés financiers...). En effet, contrairement à nombre de leurs homologues étrangers, **les juristes d'entreprise français ne disposent pas aujourd'hui d'un « legal privilege ».**

<sup>1</sup> V. Joëlle Simon, *Le droit facteur de compétitivité des entreprises*, in *Organisation et management de la fonction juridique en entreprise*, Larcier, p. 29.

Cette absence de confidentialité des avis représente de multiples handicaps pour les entreprises françaises au niveau international, lorsqu'elles sont confrontées aux procédures de *discovery* (Etats-Unis) ou de *disclosure* (Angleterre), mais aussi pour la négociation d'accords transactionnels avec leurs clients et fournisseurs<sup>2</sup>. En ce sens, elle est susceptible de dissuader l'implantation en France du siège social ou des départements juridiques internes de groupes internationaux<sup>3</sup>. Par ailleurs, l'absence de confidentialité entrave les efforts de formation effectués en direction des collaborateurs non juristes de l'entreprise, puisque les documents réalisés dans ce cadre pourraient être retenus comme des éléments aggravants par les autorités de régulation.

Il est pourtant nécessaire pour les juristes de communiquer avec leurs interlocuteurs dans l'entreprise (direction générale, responsables de filiales...) sur les questions juridiques sans que les éléments échangés puissent devenir des documents à charge utilisés contre l'entreprise et leurs dirigeants.

Le choix en faveur du bénéfice de confidentialité, c'est-à-dire d'un dispositif des pays de *Common law*, répondrait donc bien à une attente des entreprises.

## Le corollaire de la confidentialité des avis : la création d'un statut d'« avocat en entreprise »

Deux voies sont envisageables pour mettre en place une telle confidentialité : créer une nouvelle profession réglementée de juriste d'entreprise doté de la confidentialité (modèle belge), ou opérer un rapprochement avec la profession d'avocat afin de créer un statut d'avocat en entreprise.

Au vu des débats sur le sujet au cours des dernières années, cette dernière option paraît privilégiée.

Pour le MEDEF, la création d'un statut d'avocat en entreprise constitue une protection accordée à l'entreprise et non une protection du juriste.

L'employeur, dans sa relation avec l'avocat en entreprise, aurait la possibilité de protéger, sous certaines conditions, la confidentialité du conseil (avis, consultations et correspondances) qu'il a reçu de ce dernier en interne. La reconnaissance de ce statut permettrait notamment aux groupes internationaux de disposer d'un régime homogène pour l'ensemble de leurs juristes.

## Dans l'hypothèse où le principe de la création d'un statut d'avocat en entreprise serait acté, plusieurs conditions *sine qua non* à réunir pour le MEDEF

Le MEDEF a contribué aux réflexions ayant débouché en mars 2011 sur la publication du rapport « Prada », qui préconisait notamment une réforme organisant l'exercice de la profession d'avocat en entreprise.

Cet avocat en entreprise serait inscrit au barreau sur une liste *ad hoc* et serait tenu de respecter les principes déontologiques et éthiques de la profession. Dans ses rapports avec son entreprise et avec ses homologues, il bénéficierait d'un « privilège de confidentialité », à définir par la loi, permettant de protéger la confidentialité de ses conseils écrits donnés en interne, au bénéfice et sous le contrôle de son employeur, comme c'est le cas au Royaume-Uni et aux Etats-Unis.

À supposer que le principe de l'institution de cet avocat en entreprise soit admis, le MEDEF considère qu'un certain nombre de conditions devront être impérativement réunies : soumission au droit du travail et compétence du conseil des prud'hommes, liberté d'embauche et de débauche de l'employeur, maintien du pouvoir disciplinaire, accord de l'employeur pour l'adoption du statut d'avocat en entreprise, exercice au profit exclusif de l'entreprise, droit d'exercer des mandats sociaux.

Dans le cadre du présent article, il est important de s'attarder sur les contours de la confidentialité

2 Actuellement, l'absence de la reconnaissance du bénéfice de la confidentialité aux écrits du juriste d'entreprise est un frein à la transmission de pièces (justificatifs d'un préjudice, protocole transactionnel...) et nécessite

l'intervention d'un conseil externe dont le seul rôle sera de faire suivre ces pièces, d'où des honoraires pour une prestation sans réelle valeur ajoutée et une perte de temps.

3 Le rapport « Prada » relevait ainsi que nombre d'entreprises déplorent le fait que « le juriste français serait un 'maillon faible' dans la chaîne de responsabilité juridique de l'entreprise ».

des avis qui serait instituée, qui fait figure de point de divergence majeur entre les parties prenantes.

## Une confidentialité des avis non opposable à l'employeur

Des interrogations existent quant aux limites de cette confidentialité, en particulier l'opposabilité éventuelle du secret professionnel à l'employeur en vertu de l'obligation personnelle de respect du secret professionnel d'ordre public réservé aux avocats libéraux.

Certaines composantes du barreau soutiennent que l'avocat en entreprise ne pourrait transmettre de documents à son employeur, dès lors que cette transmission emporterait la perte du privilège de confidentialité (lequel serait attaché au document lui-même). L'avocat en entreprise devrait donc transmettre seulement oralement à son employeur les informations contenues dans le document, sans pouvoir communiquer ce dernier, à peine de perte du privilège de confidentialité.

## Le MEDEF soutient à l'inverse que la confidentialité ne doit valoir que pour les tiers à l'entreprise et que la reconnaissance du privilège de confidentialité n'est pas affectée par la transmission du document à l'employeur.

M. Prada soulignait, dans un entretien accordé à la revue *Droit et Patrimoine* de mai 2011, qu'« *il faut accepter que les principes ordinaires qui régissent cette profession soient nuancés en fonction de l'exercice concret du métier dans différentes situations. Ainsi, l'avocat en entreprise ne serait pas tenu par le secret professionnel de l'avocat libéral plaçant, mais serait le "vecteur" du privilège de confidentialité du conseil, ce qui se justifie par sa qualité d'auxiliaire du droit ayant prêté serment* ».

En pratique, imposer la confidentialité au sein même de l'entreprise n'aurait aucun sens. On ne conçoit pas que ce secret puisse être opposé au chef d'entreprise, qui doit pouvoir exiger de son

collaborateur qu'il donne toute l'information qu'il a reçue dans le cadre de ses fonctions.

Si le secret professionnel était imposé dans l'entreprise, aucune communication ne serait plus faite à l'avocat salarié, ce qui aboutirait à un résultat contraire à l'objectif poursuivi. De plus, et même si le principe du secret professionnel était imposé, la faculté de communication verbale ne pourrait être limitée au seul chef d'entreprise. En effet, dans les grands groupes, la complexité des organisations devrait permettre de communiquer l'information confidentielle à plusieurs personnes concernées. Cette démultiplication de la retransmission de l'information accroîtrait *de facto* le risque et il serait alors peu probable que les ordres d'avocats l'acceptent.

Au-delà de cette nécessaire clarification, le MEDEF rejoint les propositions émises dans le rapport « Prada », prévoyant que les avis et analyses juridiques rédigés par un avocat en entreprise ou, à sa demande, par un membre de son équipe placé sous son autorité, destinés exclusivement à un organe de direction ou à un service de l'entreprise qui l'emploie ou de toute entreprise du groupe, sont, quel que soit leur support, couverts par la confidentialité lorsqu'ils portent la mention « avis juridique confidentiel »<sup>4</sup>.

La confidentialité des avis et analyses juridiques s'accompagnerait de la création d'une infraction en cas de divulgation de ces avis, sans autorisation du représentant légal de l'entreprise, ce dernier devant être en mesure de lever la confidentialité s'il l'estime nécessaire. Comme c'est actuellement le cas pour l'avocat libéral, dès lors que l'avocat se rendrait complice de l'infraction recherchée, le secret ne pourra être invoqué.

Cette confidentialité des avis ne pourra toutefois jamais constituer une protection absolue pour l'entreprise face aux demandes de juridictions ou d'autorités administratives indépendantes.

Le rapport « Prada » a d'ailleurs prévu la possibilité, en cas de procédure d'enquête administrative ou pénale, d'un dispositif juridiquement encadré de levée du « *privilège de confidentialité* ».

4 Cette solution présenterait l'avantage de ne pas sanctuariser l'ensemble des documents présents dans le bureau de l'avocat en

entreprise. En outre, la protection des avis rédigés par ses collaborateurs permettrait d'éviter que des documents préparatoires à l'avis

définitif soient exclus de la confidentialité et puissent être librement saisis.

## Réfléchir à un statut européen du juriste d'entreprise pour dépasser la jurisprudence « Akzo » ?

**La jurisprudence « Akzo » de la Cour de justice de l'Union européenne refuse de reconnaître ce *legal privilege* aux juristes d'entreprise, même lorsqu'ils ont le statut d'avocat** et à ce titre inscrit au barreau d'un Etat membre, dès lors qu'ils exercent en entreprise, au motif que leur lien salarial fait obstacle à leur indépendance<sup>5</sup>. Cette jurisprudence réduit d'autant la portée que pourrait avoir la reconnaissance de la confidentialité des avis des avocats en entreprise.

La Cour invoque au soutien de sa position l'impossibilité d'identifier des tendances uniformes ou clairement majoritaires dans les droits des Etats membres sur le point de savoir si les communications avec les avocats internes sont protégées

au titre du principe de confidentialité. De ce fait, elle semble implicitement reconnaître que, si les Etats membres évoluent et qu'une harmonisation se dégage, la jurisprudence de la Cour pourrait elle-même changer...

Il paraît néanmoins hasardeux de compter sur une telle évolution jurisprudentielle. Faut-il alors réfléchir, à l'échelle européenne, aux moyens d'assurer l'« *indépendance* » des avocats en entreprise pour **envisager l'adoption d'un statut européen de l'avocat en entreprise**, auquel serait attaché un privilège de confidentialité des avis opposable tant à la Commission européenne qu'à la CJUE<sup>6</sup> ? Cette question mérite d'être débattue.

Le MEDEF ne manquera pas de contribuer aux réflexions qui auront lieu sur ce sujet pour défendre l'intérêt des entreprises françaises au-delà de tous corporatismes, notamment au sein de BusinessEurope.

5 CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P, dans un contentieux relatif au droit européen de la concurrence. La portée de cette décision va cependant bien au-delà du droit de la concurrence.

6 Il convient de noter que les tentatives de parlementaires européens visant à introduire ce *legal privilege* au niveau européen ont jusqu'à présent échoué. On peut toutefois relever un progrès en matière de droit de la concurrence, concernant le mandat du

conseiller-auditeur qui a évolué : depuis octobre 2011, le conseiller-auditeur peut, à la demande des parties, donner son avis sur les litiges concernant le caractère confidentiel de documents placés sous scellés.

# La confidentialité des avis juridiques



## Odile de Brosse

Directrice du service juridique de l'AFEP

*Odile de Brosse, diplômée d'un DEA de droit des affaires de l'Université Panthéon-Assas et titulaire du CAPA, a exercé la profession d'avocat aux barreaux de Strasbourg et des Hauts de Seine de 1987 à 1997, avant de rejoindre l'AFEP (Association française des entreprises privées) en tant que Directrice du service juridique. A ce titre, elle organise des groupes de travail composés de responsables d'entreprises afin de préparer la position de l'AFEP sur des sujets ayant trait à la vie des affaires tant sur le plan national qu'au niveau européen. Les positions sont ensuite portées auprès des pouvoirs publics. Elle est membre de la Commission juridique de l'IFA.*

Les dirigeants d'entreprises qui opèrent dans une économie mondialisée ont un besoin croissant d'avis juridiques permettant de sécuriser leurs opérations quotidiennes. Le développement du droit pénal comme du droit financier, fiscal, environnemental, social, de la concurrence, multiplie les possibilités d'intervention au sein de l'entreprise des différents services d'enquête mettant en risque à la fois la société et les responsables juridiques. Dans ce contexte, il n'est plus possible de nier l'importance du droit comme facteur de compétitivité des entreprises ni l'intérêt, comme le souligne le rapport « Prada », d'adapter le positionnement et la protection des juristes internes en entreprise.

Le constat est le suivant : l'absence de confidentialité des avis (*legal privilege*) pénalise l'entreprise. En effet, les notes et opinions des juristes peuvent être saisies et utilisées à l'encontre de la société dans le cadre des procédures judiciaires. Les juristes peuvent ainsi, bien involontairement, devenir des témoins à charge. Ce problème se pose avec une particulière acuité dans les affaires contentieuses. Par exemple, les avis des juristes américains sont, dans le cadre d'une procédure de *discovery*, couverts par le *legal privilege*, contrairement aux avis des juristes français, dont le juge peut exiger qu'ils soient produits en justice.

Il est donc nécessaire de reconnaître le droit fondamental de l'entreprise de communiquer librement avec ses juristes internes et de recueillir leurs avis dans les mêmes conditions de protection qu'avec un avocat externe. Reconnaître la confidentialité des avis aurait l'avantage de faciliter les négociations amiables avec des juristes extérieurs (puisque les échanges de courriers bénéficieraient de la même protection que les échanges entre avocats), et de placer les juristes français en position d'égalité par rapport, notamment, aux juristes anglo-américains.

Afin d'apporter une réponse à la problématique de la confidentialité, le rapport « Prada » a préconisé de poursuivre les efforts engagés depuis plusieurs décennies<sup>1</sup> pour unifier les professions du droit en France ; il a mis en avant les avantages d'une réforme organisant l'exercice de la profession d'avocat en entreprise, voire la fusion de la profession de juriste d'entreprise et d'avocat.

Cette seconde voie doit être privilégiée afin de conférer à la profession de juriste d'entreprise un véritable statut. Le fait d'assurer une « perméabilité » entre les juristes d'entreprise et les avocats et de faciliter ainsi le passage de l'entreprise au barreau et inversement, comme cela se pratique notamment aux États-Unis, en Grande-Bretagne,

<sup>1</sup> Depuis une quinzaine d'années, plusieurs rapports ont été publiés : le rapport « Nallet » en 1999, le rap-

port « Guillaume » en 2006, le rapport « Darrois » en 2009, le rapport « Prada » en 2011

en Allemagne ou en Espagne est un facteur d'enrichissement de part et d'autre et ne peut que contribuer à une meilleure affirmation des qualités des juristes, tout en renforçant le poids des barreaux français.

Ce statut n'implique pas de grands bouleversements. Le rapprochement des professions d'avocat et de juriste d'entreprise ne doit pas revenir à créer au sein de l'entreprise une catégorie de salariés « à part ». À cet égard, le contrat de travail de l'avocat en entreprise devrait demeurer inchangé, le lien de subordination maintenu ainsi que le régime de protection sociale.

Le juge prud'homal devrait rester compétent pour trancher les litiges entre employeur et salarié. En revanche, il paraîtrait naturel que les différends de nature déontologique pouvant intervenir entre avocats (tant ceux exerçant en entreprise que ceux exerçant en mode libéral) soient tranchés par le Bâtonnier.

Etant lié par un contrat de travail, l'avocat en entreprise ne devrait pas pouvoir développer une clientèle personnelle, ni donner des conseils ou rédiger des actes pour les partenaires de l'entreprise (clients, fournisseurs, ...). En revanche, l'avocat exerçant en entreprise devrait pouvoir, comme c'est le cas aujourd'hui, exercer des mandats sociaux dans les filiales du groupe.

S'agissant de la représentation en justice, les règles actuelles n'ont pas besoin d'être modifiées : l'avocat en entreprise devrait pouvoir continuer – même s'il ne le fait que très rarement en pratique – à représenter son client, c'est-à-dire l'entreprise, devant le tribunal administratif, le tribunal d'instance, le conseil des prud'hommes, le tribunal des affaires de Sécurité sociale, le tribunal de commerce. En revanche, la constitution d'un avocat « de palais » demeurerait obligatoire devant le tribunal de grande instance, notamment au pénal. De ce fait, les avocats en entreprise seraient

exemptés de l'aide judiciaire et des commissions d'office.

Une question fait débat, celle du pouvoir d'organisation de l'employeur : certains considèrent que le juriste, dès lors qu'il répond aux critères (diplôme, ancienneté dans la profession, fonctions exercées...) doit bénéficier d'office du statut d'avocat en entreprise. Or, il ne fait pas de doute que l'employeur doit pouvoir conserver son pouvoir d'organisation et décider de la présence ou non d'avocats dans son entreprise et organiser le service en conséquence.

Après de nombreuses années de discussion, il est temps maintenant pour les pouvoirs publics de passer à l'action car le vrai sujet, comme le souligne le rapport « Prada », c'est celui de la compétitivité des entreprises françaises qui doivent bénéficier de conditions de concurrence loyales avec les entreprises étrangères. À défaut d'une réforme ambitieuse visant à la fusion des professions d'avocats et de juristes, le texte du projet de loi sur le secret des affaires, préparé par la délégation interministérielle à l'intelligence économique (dont on regrette qu'il subisse de nombreux atermoiements), pourrait marquer une première avancée en prenant en compte, dans l'énumération des informations protégées, les informations de nature juridique. Il serait en effet étonnant que les avis des juristes d'entreprise ne bénéficient pas, pour leurs consultations juridiques, d'une protection équivalente à celle accordée à des informations de nature technique ou commerciale. L'analyse juridique d'une situation oriente naturellement la stratégie et l'approche commerciale d'une entreprise sur son marché. La divulgation de données confidentielles de nature juridique est, comme pour la divulgation de données scientifiques, financières ou techniques, de nature à porter atteinte aux intérêts commerciaux et à la capacité concurrentielle de l'entreprise.

# Brève approche comparative entre le secret professionnel des notaires et la confidentialité des avis des juristes d'entreprise



**Jean Tarrade,**

Président du Conseil supérieur du notariat

*Jean Tarrade est notaire à Paris et Président du Conseil supérieur du notariat depuis 2012. Rapporteur à l'Assemblée de liaison des notaires de France (1986), Président de commission au Congrès national des notaires à Strasbourg (1989), membre de la Chambre des notaires de Paris (1988-1991), Président de la Chambre interdépartementale des notaires de Paris (1995-1996), il a également été Président de l'Association des notaires des métropoles européennes et Président du Centre de recherches, d'information et de documentation notariales (Cridon) de Paris (1999-2004). Officier de l'Ordre national du mérite, membre du Conseil supérieur du notariat depuis 2008, Jean Tarrade accède à sa Vice-Présidence en 2010, puis devient Président en octobre 2012.*

Le *Juristes d'Entreprise Magazine* a demandé aux différents contributeurs de ce numéro spécial de relever une véritable gageure : comment, en quelques pages, informer ses lecteurs des différents régimes de confidentialité des professionnels du droit et du chiffre ?

C'est à une approche comparative entre les différents régimes de cette « obligation de réserve » dans le monde de l'entreprise à laquelle il va falloir se livrer (II), mais auparavant, encore faut-il s'entendre sur les notions que recouvre ce terme de confidentialité : c'est par cette analyse terminologique et conceptuelle qu'il va falloir débiter (I).

## I - Analyse des différentes notions de la confidentialité des avis

Le notaire est un professionnel libéral, mais aussi, de par son statut, sa nomination par arrêté du Garde des Sceaux, un officier public.

Officier public, professionnel libéral, qu'est-ce à dire ?

C'est d'emblée afficher que le notaire est un délégué de la puissance publique, qui le nomme,

l'encadre, le sanctionne et lui fixe, très largement mais pas exhaustivement, le cadre de son activité. L'article 1er de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945, relative au statut du notariat, dispose en effet que « les notaires sont les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions ».

Mais c'est aussi dire que le notaire est astreint à un devoir de strict respect de ses règles professionnelles, dans le cadre des missions que lui confie l'Etat.

À ce statut d'exception correspond des règles déontologiques bien particulières.

## A - Définition du secret professionnel notarial

C'est ainsi que le notaire ne connaît pas vraiment la notion de « confidentialité des avis » qui est le thème de ce numéro spécial : il ne connaît que - mais le sujet est immense -, le secret professionnel, lequel concerne non seulement le secret des

affaires (c'est-à-dire ce qui est relatif au monde de l'économie et de l'entreprise) mais aussi le secret de « *tout ce qui a été porté à sa connaissance dans l'exercice de ses fonctions* », ce qui est infiniment plus vaste et revêt des formes variées : on peut citer (sans exhaustivité) les confidences auriculaires, les écrits du client (correspondances, mails, instructions, testaments), ses propres écrits (lettres, mails, notes), ses actes (telles les ventes d'immeubles ou les cessions de fonds de commerce), mais aussi les projets inaboutis, ce que la pratique notariale appelle les « projets d'actes », et qui peuvent receler beaucoup de renseignements utiles pour les tiers.

On peut y inclure également les conversations téléphoniques qu'il reçoit durant les rendez-vous, les dossiers imprudemment laissés à la vue d'un concurrent ou d'un client, sans parler de cette « zone grise » du secret que sont les propos et les conversations entendus ou tenus par le notaire ou devant lui, en dehors de son office (car la vie existe aussi pour le notaire après le travail : réunions, repas, vie associative...).

Le secret professionnel est à l'évidence un sujet aux vastes dimensions, conceptuellement mouvant, qui est désormais impacté par les avancées technologiques (l'informatique facilite la curiosité, mais la curiosité se nourrit de l'informatique), la volonté généralisée de la société vers plus de transparence (même si c'est surtout le secret des autres qui intéresse) et l'avidité d'informations des pouvoirs publics (tout particulièrement de l'administration fiscale et des services sociaux) qui se font donner par le législateur, de plus en plus souvent, des droits d'accès et des obligations de répondre, levant ainsi ponctuellement le secret professionnel à leur profit.

## B - A qui s'impose-t-il ?

Nous l'avons dit, le notaire est un officier public nommé par l'Etat et, en cette qualité, est donc soumis au secret professionnel (C. pén., art. 26-13), auquel s'ajoute le respect du secret des familles et celui des affaires. Le recours au notaire est donc à chaque fois une garantie de discrétion et de protection des intérêts du client.

Voyons comment cette obligation au secret se décline :

- le notaire est désormais seul, mais il exerce en société. Le secret professionnel n'est donc pas opposable entre associés, puisque la loi leur

impose de se tenir mutuellement informés et qu'ils sont tous au respect du secret ;

- le personnel des offices doit se conformer à ces règles, étant au service d'une profession elle-même tenue au secret.

Mais il est nécessaire d'étudier plus avant le cas particulier du notaire salarié :

Déontologiquement parlant, le notaire salarié est à la fois un notaire de plein exercice dont le statut particulier ne souffre d'aucune exception ou de particularisme dans ce domaine car il est soumis « *aux dispositions législatives et réglementaires relatives à l'exercice des fonctions de notaire par des personnes physiques, à la déontologie et à la discipline notariale* » (décret n° 93-82 du 15 janvier 1993, portant application de l'article 1er ter de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 et relatif aux notaires salariés, art. 1er).

Mais comme il est également salarié, il ne peut opposer le secret professionnel à son employeur. La réciproque n'est pas vraie, et le secret professionnel peut être opposé au notaire salarié par son employeur.

## C - Les manifestations du secret professionnel

### a - Le principe : une interdiction générale et absolue

- **Le secret professionnel est une obligation absolue.** En effet, les textes ne donnent pas de limites au domaine du secret professionnel. Sur ce point, le règlement national des notaires, en son article 3.4, déjà cité, est clair : « *Ce secret couvre tout ce qui a été porté à la connaissance du notaire dans l'exercice de ses fonctions* ».
- **Le secret professionnel est un droit opposable à tous.** Les demandes émanant d'un tiers, d'une administration ou d'un juge, en vue de se faire communiquer des pièces d'un dossier ou une minute, ne sont pas rares. Le secret professionnel, reconnu alors comme un « empêchement légitime », permet au notaire de refuser la communication.

Il importe peu que le notaire soit intervenu dans le cadre de sa mission d'authentificateur ou comme conseil, rédaction d'actes sous seing privé, etc..

Il en est de même lorsque le notaire est intervenu comme négociateur et ce, même si ses démarches n'ont pas abouti, ou encore s'il a agi en qualité de simple mandataire.

Il n'y a d'exception à ce caractère absolu du secret que pour les consultations qui auraient trait à des opérations de blanchiment d'argent et qui ne peuvent, en conséquence, être protégées par le secret professionnel.

### b - Les correspondances entre les notaires

Même entre les notaires, l'échange de lettres est confidentiel, même pour un dossier instruit en commun.

De même, toute communication de la lettre d'un confrère, (sauf accord de ce dernier) à un client ou à un tiers est impossible, même si la lettre est revêtue de la mention « confidentielle », comme cela existe chez les avocats.

Dans certains cas particuliers, la valeur des avis du notaire peut être renforcée, notamment lorsqu'il va au-delà de sa stricte mission d'authentificateur ou de conseil, et se charge pour ses clients de missions dites « élargies » (expertise du bien, négociation de l'acte, consultations fiscales) ; c'est donc un élargissement du champ d'application du secret dans des domaines de compétences nouveaux et hors de son rôle traditionnel.

### c - Les correspondances entre notaires et autres professionnels

Le notaire ne peut livrer, par ce biais, certaines informations à des membres d'autres professions réglementées ou non (tels les experts-géomètres, les avocats, les agents immobiliers). Par ailleurs, le concept de « confidentialité » étant très divers entre professionnels, le notaire doit redoubler de prudence.

Dans le cadre d'un **procès civil**, il arrive que le juge ordonne au notaire de témoigner ou lui demande de produire une correspondance, des comptes rendus d'entretiens auxquels il a assisté ou tout autre document qu'il détient dans le dossier d'un client. S'agissant de confidences couvertes par le secret professionnel, le notaire, s'il doit accepter de se rendre aux audiences ou aux rendez-vous fixés par le magistrat, se doit aussi de refuser de témoigner ou de donner les documents réclamés en invoquant l'« empêchement légitime ».

### d - Les exceptions

- Dans le cadre, cette fois, d'un **procès pénal**, invoquer le secret professionnel est plus délicat : le notaire entrerait alors en conflit avec l'intérêt de la société et ses réticences risqueraient d'être mal interprétées, comme étant la volonté de couvrir des agissements répréhensibles.

Le secret ne saurait alors être invoqué sans motifs sérieux et le notaire devra obtempérer aux demandes du juge.

En définitive, le notaire n'est délié de son obligation au secret que s'il est lui-même mis en cause, circonstances qui lui permettent alors de se défendre et de livrer le secret qu'il détient (observation faite que cette violation doit toutefois être circonscrite aux strictes exigences de sa défense).

- Dans le cadre d'une perquisition d'un office notarial par le juge d'instruction, celle-ci ne peut être effectuée que par le magistrat lui-même, assisté de son greffier et obligatoirement en présence du président de la chambre ou de son représentant, qui peut faire consigner ses observations en cas de violation par le juge du principe du secret (observation faite que le juge peut toujours passer outre).

Ces règles spécifiques sont destinées à protéger les principes fondamentaux régissant l'exercice de la profession notariale, et plus particulièrement le secret professionnel.

Il est à souligner, encore une fois, que de plus en plus d'administrations (en particulier fiscales ou sociales) disposent désormais d'un droit de communication, par des dispositions législatives spéciales qui autorisent expressément la levée à leur profit du secret professionnel.

## II - Analyse comparative des sanctions en cas de violation du secret professionnel notarial de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise

Il faut commencer par rappeler un paradoxe :

- Les notaires, en cas de violation du secret professionnel, peuvent être, en théorie, lourdement sanctionnés, mais, dans les faits, les textes sont rarement appliqués dans toute leur rigueur, car ils sont très difficiles à mettre en œuvre du fait des règles de procédure ; en outre, ils paraissent souvent, aux yeux des magistrats chargés de prononcer les peines, disproportionnés par rapport aux faits commis. Par ailleurs, les preuves sont souvent délicates à réunir.
- En revanche, les juristes d'entreprise peuvent faire l'objet de rapides mesures de sanctions, en effet celles-ci sont de la simple compétence de l'employeur, sous réserve de l'appréciation *a posteriori* des tribunaux, le cas échéant.

## A - Les sanctions pénales, civiles et disciplinaires contre les notaires

### • Les sanctions pénales du notaire

Le non-respect du secret professionnel par le notaire lui fait encourir une peine de nature pénale (un emprisonnement d'une année et une amende d'un montant de 15 000 euros ; C. pén., art. 226-13, précité).

### • Les sanctions disciplinaires du notaire

Le non-respect du secret professionnel par un notaire lui fait encourir des sanctions infligées par la Chambre régionale de discipline pour les moins graves ou -pour les plus graves atteintes- par le Tribunal de grande instance.

Le non-respect du secret professionnel par un notaire est à la fois perçu comme « une infraction aux règles professionnelles », mais également comme « une faute contraire à l'honneur et à la probité ». Ces sanctions s'échelonnent entre peines seulement morales telles : le rappel à l'ordre, la censure simple, la censure devant la chambre, et des peines plus lourdes telles l'interdiction de récidiver, l'interdiction temporaire et enfin la destitution.

### • La mise en cause de la responsabilité civile professionnelle du notaire

Pour la mise en œuvre de cette sorte de sanctions civiles et financières, les conditions habituelles doivent être réunies : la faute et le préjudice, et un lien de causalité entre les deux.

## B - Les sanctions issues du droit du travail et du droit contractuel (clauses dans les contrats de travail)

Indépendamment de l'obligation générale de discrétion, les salariés peuvent être tenus, en vertu de leur contrat de travail, à des clauses de confidentialité leur interdisant de divulguer certaines informations spécifiquement identifiées comme « confidentielles ». Cette clause s'impose à l'ensemble des salariés, même en l'absence de stipulation expresse.

- Les salariés de l'entreprise ayant accès aux **informations stratégiques et à l'innovation** sont tenus à une obligation de confidentialité non seulement durant leur période sous contrat de travail, mais aussi après la fin de celui-ci.

Rappelons que des dispositions prévoient également que l'employé doit s'abstenir de transmettre à des tiers les secrets de fabrication, qu'ils soient ou non liés à ses tâches, à des buts

frauduleux et malveillants : « *le fait, par tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* » (C. prop. int., art. L. 621-1). Le tribunal peut prononcer, dans ce cas, à titre de peine complémentaire, et pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du Code pénal.

- Le droit du travail ne prévoit actuellement aucune disposition légale en ce qui concerne la clause de confidentialité qui se rapporte généralement aux **secrets de fabrication**, aux **secrets d'affaires** ou aux **secrets liés aux matières personnelles ou confidentielles**, dont l'employé a eu connaissance dans le cadre de son activité professionnelle.

Les conséquences en cas de non-respect de cette obligation sont, en pratique, fixées par la jurisprudence.

Selon celle-ci, l'employeur lésé en cas du non-respect de l'obligation de confidentialité a le droit, pendant la durée du contrat de travail, de réclamer à l'employé des dommages et intérêts. La responsabilité est toutefois limitée pendant l'exécution du contrat de travail. Après la fin du contrat de travail, l'employeur ne pourra réclamer des dommages et intérêts que sur la base des dispositions de droit commun.

Des sanctions spécifiques, propres à l'entreprise, peuvent, en outre, être prévues dans un règlement interne (amendes, avertissements, mises à pied, ...).

Un manquement grave à l'obligation de confidentialité peut mener au licenciement pour motif urgent ; dans ce cas, il n'y a pas de délai de préavis à respecter, ni d'indemnité de licenciement à payer.

Enfin, si l'employé agit dans l'intention de nuire à l'employeur ou de profiter illégalement d'un bénéfice pour lui-même ou pour autrui, il s'expose en sus à une peine de trois mois à trois ans d'emprisonnement et à une amende.

## Conclusion

Il convient de mettre en perspective la volonté de plus en plus forte de la part du législateur de promouvoir la transparence et la réactivité, avec un projet de loi visant à créer un secret auquel les juristes d'entreprise et leurs employeurs ne sont pas tenus à l'heure actuelle, mais en gardant à l'esprit que le secret professionnel est de plus en plus relatif et presque casuel pour les professions qui

y sont soumises, notamment face aux demandes des administrations ou des juridictions.

Par ailleurs, l'exigence de la clientèle visant toujours plus de conseils et d'avis motivés, conjuguée avec celle du législateur de toujours plus de transparence, dans des délais de plus en plus courts, bousculent les habitudes des professions juridiques dans la mise en œuvre du respect du secret professionnel ou de la notion de confiden-

tialité, selon qu'il s'agit des notaires ou des juristes d'entreprise.

Malgré des statuts différents et donc des règles déontologiques différentes entre les deux professions, des points communs existent entre ces deux métiers, mais ils n'éluent pas les divergences fondamentales dans leurs relations avec les tiers et dans leur mise en œuvre.

# Le secret professionnel du commissaire aux comptes : un secret absolu assorti d'exceptions qui mériteraient d'être complétées



## Yves Nicolas

Président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes

*Après des études à l'ESCP Europe (promotion 1978), Yves Nicolas est diplômé d'expertise comptable en 1985 et inscrit comme commissaire aux comptes en 1991. Il intègre Coopers and Lybrand SA en 1979 comme auditeur financier, puis devient associé en 1989. Après une vingtaine d'années au sein du cabinet PriceWaterhouseCoopers, il en est nommé Directeur général (de 2000 à 2013). Attaché à sa profession, il participe activement à son développement au niveau régional comme conseiller régional de la Compagnie régionale des commissaires aux comptes de Paris (de 1996 à 2004) puis conseiller régional (de 2006 à 2013) et Président (de 2009 à 2012) de la Compagnie régionale des commissaires aux comptes de Versailles. Au niveau national, il est élu à deux reprises Vice-Président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) (de 2002 à 2004 puis de 2011 à 2013). Reconnu par ses pairs, il est élu Président national de la compagnie le 7 février 2013.*

## Le commissaire aux comptes, acteur à part entière de la sécurité financière, est soumis au secret professionnel

Le commissariat aux comptes, ou contrôle légal des comptes, est exercé par une profession réglementée, soumise à des principes d'indépendance, d'éthique et de secret professionnel, qui contribuent à la qualité et à la transparence de l'information financière et comptable émise par les entités contrôlées.

Le contrôle légal des comptes est une mission d'intérêt général qui consiste principalement en l'expression d'une opinion sur la régularité, la sincérité et l'image fidèle des comptes annuels et consolidés, la vérification de la sincérité et de la concordance avec les comptes annuels des informations financières fournies à l'assemblée

générale, et, le cas échéant, la révélation des faits délictueux au procureur de la République ou la prévention des difficultés dans le cadre de la procédure d'alerte.

Par sa portée, la mission de l'auditeur légal dépasse ainsi largement la simple prestation fournie à l'entité qu'il contrôle. Elle est utile à l'ensemble des parties prenantes de l'entité et à notre société. Le commissaire aux comptes est, pour les entreprises et leurs dirigeants, mais également pour les salariés et les actionnaires, un partenaire privilégié perçu comme un créateur de confiance. En effet, en garantissant la fiabilité et la sincérité des états financiers des entités qu'ils contrôlent, les commissaires aux comptes donnent de la confiance dans les relations marchandes ou non marchandes, et par là-même, dans toute l'économie et la société en général. Le secret professionnel du commissaire aux comptes est une composante essentielle de cette confiance.

## Un secret justifié à plus d'un titre

Le commissaire aux comptes, afin de mener à bien sa mission légale peut, en application de l'article L. 823-13 du Code de commerce, opérer toutes vérifications et tous contrôles qu'il juge opportuns et peut se faire communiquer sur place toutes les pièces qu'il estime utiles à l'exercice de sa mission et, notamment, tous contrats, livres, documents comptables et registres des procès-verbaux. Il peut également, en vertu de l'article L. 823-14, recueillir toutes informations utiles à l'exercice de sa mission auprès des tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de l'entité auditée. Ce même article précise que seuls les auxiliaires de justice peuvent lui opposer le secret professionnel.

Du fait du caractère très étendu de ses pouvoirs d'investigation, le commissaire aux comptes est amené à connaître de nombreuses informations. Aussi, la justification généralement avancée pour justifier le secret professionnel du commissaire aux comptes est-elle la nécessité de protéger le secret des affaires du client. Les dirigeants invoquent en effet souvent le risque de voir leurs concurrents ou leurs clients exploiter des informations dont la publicité serait préjudiciable et qui, de par leur caractère sensible (secret de fabrication, stratégie commerciale, marges...), doivent impérativement être gardées secrètes afin de protéger l'entreprise.

Toutefois, le secret professionnel du commissaire aux comptes n'est pas uniquement destiné à protéger l'entité auditée, il est surtout et avant tout indispensable à l'exercice par ce dernier de sa mission. Cette mission, dont le caractère d'intérêt général justifie l'étendue des pouvoirs d'investigation accordés au professionnel, ne peut être menée à bien que grâce à l'assurance de la confidentialité. Le secret professionnel est une garantie de confiance pour tous les interlocuteurs de l'auditeur, qui peuvent se confier sans crainte.

## Un secret absolu

L'article L. 822-15 du Code de commerce dispose : « *sous réserve des dispositions de l'article*

*L. 823-12 et des dispositions législatives particulières, les commissaires aux comptes, ainsi que leurs collaborateurs et experts, sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions [...] ».*

Par ailleurs, l'article 9 du Code de déontologie de la profession, approuvé par le décret du 16 novembre 2005<sup>1</sup>, rappelle que le commissaire aux comptes doit respecter le secret professionnel auquel la loi le soumet et ne communiquer les informations qu'il détient qu'aux personnes légalement qualifiées pour en connaître.

Le caractère absolu du secret professionnel imposé aux commissaires aux comptes a été confirmé par les juges de la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 24 mars 2009<sup>2</sup>.

## Un secret dont la violation est pénalement sanctionnée

Le dernier alinéa de l'article L. 820-5 du Code de commerce<sup>3</sup> renvoie expressément à l'article 226-13 du Code pénal, qui dispose : « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

Toute violation du secret professionnel expose donc le commissaire aux comptes à des sanctions pénales. C'est la raison pour laquelle la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC), qui est particulièrement attentive au sujet, est régulièrement consultée par les confrères sur des questions relatives au secret professionnel.

## Toutes les informations ne sont pas protégées par le secret

Il convient toutefois de rassurer les commissaires aux comptes, ils ne sont pas pour autant contraints à un mutisme total. En effet, tout n'est pas couvert par le secret professionnel. La Commission des études juridiques de la CNCC a ainsi été amenée à rappeler que sont couvertes par le secret professionnel les informations dont le pro-

1 Décret n° 2005-1412 du 16 novembre 2005, portant approbation du Code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes.

2 CA Paris, 24 mars 2009, n° 07/08359 : Bull. Joly Sociétés, 2009, p. 487.

3 « *Les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal relatifs au secret professionnel sont applicables aux commissaires aux comptes* ».

professionnel a eu connaissance au cours de l'exercice de sa mission, dès lors que par leur nature même elles doivent rester confidentielles et ne sont ni publiques, ni publiées. On peut ainsi distinguer, parmi les informations dont le commissaire a à connaître, les informations publiques (statuts, extraits K-Bis, contenu du rapport des commissaires aux comptes déposé, des documents de référence ou prospectus...) des informations privées (éléments figurant sur les relevés bancaires, contenu des contrats, des courriers de l'entité ou appartenant à celle-ci...). Sur ce point, la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 16 mai 2000, que la connaissance par quelques personnes d'une information ne suffisait pas à lui enlever son caractère secret<sup>4</sup>.

### Tenu au secret professionnel par la loi, le commissaire aux comptes ne communique les informations qu'il détient qu'aux personnes qualifiées pour en connaître (principe des exceptions légales)

Le principe des exceptions légales au secret professionnel, figurant également à l'article 226-14 du Code pénal<sup>5</sup>, est posé par la précision contenue dans l'article L. 822-15 du Code de commerce, qui impose le secret « *sous réserve des dispositions de l'article L. 823-12 et des dispositions législatives particulières* ».

La levée du secret nécessite donc une disposition légale. Le commissaire aux comptes ne peut alors être délié du secret ni par celui qui le lui a confié, ni par l'intéressé de façon générale. Par conséquent, et contrairement à une idée *a priori* répandue, le commissaire aux comptes ne peut se voir délié de son secret professionnel par le dirigeant de l'entité qui n'en a pas le pouvoir.

A défaut de disposition expresse contraire, le commissaire aux comptes n'est donc, par exemple, pas délié de son secret professionnel vis-à-vis de l'expert-comptable<sup>6</sup>, de l'avocat, du notaire, du commissaire aux apports, du commissaire à la fusion, du commissaire aux avantages particuliers, du commissaire à la transformation, du commissaire chargé d'effectuer les missions de vérification de l'actif et du passif, du commissaire chargé d'apprécier la valeur du bien appartenant à un actionnaire et dont l'acquisition est envisagée par la société (société anonyme et société en commandite par actions) dans les deux ans suivant son immatriculation et dont la valeur est au moins égale à un dixième du capital social, du commissaire aux comptes d'une société sœur, de l'administrateur exerçant une mission d'assistance à la gestion dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, du conciliateur, du mandataire *ad hoc*, de la MILOS<sup>7</sup>...

### Les principales exceptions

La difficulté tient à ce que les dispositions prévoyant les cas de levée du secret professionnel sont éparpillées et ne sont pas toutes, loin s'en faut, regroupées dans le titre II du livre VIII du Code de commerce, qui régit la profession. On retrouve des cas de levée du secret professionnel du commissaire aux comptes dans divers codes et textes, avec des rédactions très variées.

Les principaux cas de levée du secret professionnel résultent des nécessités de l'exercice de sa mission par le professionnel : information du président du tribunal dans le cadre de la procédure d'alerte, information du procureur dans le cadre de la révélation, déclaration à TRACFIN, le cas échéant information de l'autorité de contrôle de l'entité auditée (AMF<sup>8</sup>, ACPR<sup>9</sup>), levée entre les commissaires aux comptes de l'entité consolidante et les commissaires aux comptes des entités consolidées, levée vis-à-vis de l'assemblée de

4 Cass. crim., 16 mai 2000, n° 99-85.304, Bull. crim., n° 192.

5 L'article 226-14 du Code pénal, applicable aux commissaires aux comptes par renvoi du dernier alinéa de l'article L. 820-5 du Code de commerce, dispose que « l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret ».

6 Sauf situation visée par l'article L. 561-21 du Code monétaire et financier, qui permet aux commissaires aux comptes, aux experts-comptables et aux avocats, lorsqu'ils interviennent pour un même client dans une même transaction, ou lorsqu'ils ont connaissance pour un même client d'une même information, de s'informer mutuellement de l'existence et du contenu de la

déclaration TRACFIN (exception au principe de confidentialité de la déclaration posé par l'article L. 561-19 du Code monétaire et financier).

7 Mission interministérielle d'inspection du logement social.

8 Autorité des marchés financiers.

9 Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

l'entité auditée, de ses organes de gestion d'administration, ou de surveillance notamment pour le signalement des irrégularités, et bien entendu levée vis-à-vis du comité d'audit.

La levée du secret peut également être justifiée pour garantir l'efficacité des pouvoirs d'investigation des autorités de contrôle des entités auditées (AMF, IGAS, ACPR, Cour des comptes), voire de l'autorité de contrôle de la profession, le H3C.

Enfin, une exception au principe du secret absolu est admise pour la défense du professionnel. Ce principe de la levée du secret rendue nécessaire pour la défense de ses dépositaires, issu notamment de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, a été confirmé pour les commissaires aux comptes par une décision de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 novembre 1995<sup>10</sup>.

## Le principe de l'interprétation stricte des exceptions légales

La violation du secret professionnel étant sanctionnée pénalement, le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale posé par l'article 111-4 du Code pénal trouve à s'appliquer. C'est ainsi que la Commission des études juridiques de la CNCC a été amenée à déduire de la rédaction de l'article L. 822-15 que, si le commissaire aux comptes d'une société consolidée était délié de son secret vis-à-vis du commissaire aux comptes de la société consolidante, il ne l'était ni vis-à-vis du commissaire aux comptes d'une société sœur, ni vis-à-vis du commissaire aux comptes d'une société de la chaîne de contrôle qui n'établirait pas de comptes consolidés.

C'est en vertu de ce principe d'interprétation stricte de la loi pénale qu'il a été rappelé à des actionnaires qui interrogeaient à titre individuel le commissaire aux comptes que, si ce dernier est délié de son secret vis-à-vis de l'assemblée générale, cette levée ne vaut que vis-à-vis de l'assemblée, organe collégial, et non vis-à-vis d'un ou plusieurs membres pris isolément<sup>11</sup>.

## Des exceptions qui mériteraient d'être complétées

Compte tenu du caractère limitatif des personnes envers lesquelles le commissaire aux comptes est délié de son secret professionnel, un certain nombre de situations susceptibles de poser problème ont été identifiées par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, parmi lesquelles le secret professionnel entre le commissaire aux comptes de l'entité et d'autres professionnels intervenant au titre d'une mission légale dans cette entité. L'intérêt majeur de la levée du secret professionnel entre le commissaire aux comptes et ces autres professionnels concerne essentiellement les missions de commissariat aux apports, de commissariat à la fusion, d'administrateur judiciaire et de commissaire aux comptes du centre de services partagés.

Par exemple, la levée du secret professionnel du commissaire aux comptes au profit du commissaire aux apports et du commissaire à la fusion permettrait de réduire sensiblement les travaux de ces derniers, en leur permettant de bénéficier de la connaissance des travaux et conclusions détaillés du commissaire aux comptes relatifs aux valeurs comptables, ces valeurs comptables constituant un socle important pour l'appréciation des valeurs d'apport et de l'évaluation des actions telles que retenues pour la détermination de la parité d'échange. Le gain qui en résulterait serait double, diminution des délais, d'une part, et du coût, d'autre part. De la même manière, la possibilité pour le commissaire aux comptes de porter certaines informations à la connaissance de l'expert-comptable de l'entité permettrait d'optimiser les missions, de garantir une meilleure compréhension des problématiques et serait un facteur d'économies pour l'entité auditée, ce qui irait dans le sens de l'objectif de simplification recherché par le législateur.

C'est la raison pour laquelle les professionnels, soutenus dans leurs démarches auprès des pouvoirs publics par l'institution, appellent de leurs vœux soit des compléments aux exceptions légales, soit la consécration par une disposition légale du principe du secret partagé lequel figurait à l'article 5 de l'ancien Code de déontologie des commissaires aux comptes.

10 Cass. com., 14 nov. 1995, n° 93-10.937 : Bull. civ. IV, n° 262.

11 CA Versailles, 12 sept. 2002 : Bull. CNCC 2002, p. 752, note Ph. Merle.

# La confidentialité des avis rendus par les juristes d'entreprise à leurs dirigeants



## Isabelle Falque-Pierrotin,

Présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)

*Isabelle Falque-Pierrotin est Présidente de la CNIL depuis le 21 septembre 2011. Diplômée d'HEC et de l'ENA, ainsi que de l'Institut Multimédia, elle a été Présidente de la Commission interministérielle relative à internet en 1996, expert auprès de l'OCDE en 1997, conseiller d'État et rapporteur général du rapport du Conseil d'État sur « Internet et les réseaux numériques » de 1997 à 1998. Elle a été Présidente du Conseil d'orientation et déléguée générale du Forum des droits sur l'internet de 2001 à 2010.*

L'éventuelle consécration d'un privilège de confidentialité pour les juristes d'entreprise n'appartient pas, pour l'heure, aux sujets de réflexion prioritaires pour la CNIL.

En effet, si ce sujet revêt une sensibilité particulière quant aux pratiques de contrôles sur place d'autres autorités, tel n'est pas le cas pour notre Commission. À l'instar des consultations d'avocats couvertes par le secret professionnel, les avis internes des juristes rendus aux dirigeants ne sont en effet jamais copiés ni saisis, ni même consultés sur place.

Ceci s'explique de façon simple : de tels avis ne revêtent aucun intérêt probatoire pour les contrôleurs de la CNIL. D'éventuels manquements à la loi « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978 (loi n° 78-17) sont relativement simples à qualifier, dès lors que leurs éléments constitutifs sont objectifs, donc aisément relevés : par le constat qu'un traitement de données personnelles est effectivement mis en œuvre, par la consultation des données enregistrées, l'analyse des méthodes de collecte et de traitement, le constat d'une absence d'information des personnes, d'un défaut de sécurité physique et logique des bases, d'une absence de formalités, etc... Pour étayer le constat d'un éventuel manquement à la loi, il ne sera donc pas utile de prendre connaissance de l'analyse d'un collaborateur interne sur l'application effective de celle-ci dans l'entreprise.

Si elle était consacrée, une règle de confidentialité des avis des juristes d'entreprises n'aurait donc aucune incidence directe sur l'exercice des missions de l'institution.

Pour autant, le thème de ce numéro spécial m'inspire plusieurs réflexions, qu'il me semble utile d'évoquer dans ces lignes.

Tout d'abord, il est certain que les avis que les juristes rendront à leurs dirigeants dans le domaine de la protection des données personnelles auront une importance croissante.

En effet, les questions que soulève le développement des nouvelles technologies dans ce domaine se posent aujourd'hui avec une acuité renouvelée : nos données personnelles alimentent désormais (le plus souvent gratuitement, voire à notre insu) tous les services de la société de l'information, et les capacités techniques de leur exploitation à grande échelle atteignent un niveau de maîtrise sans précédent, dans un contexte global qui se joue des frontières. Cette révolution bouscule tant les notions traditionnelles de la loi « Informatique et Libertés » que les activités de l'entreprise, étant entendu qu'elle concerne tous les secteurs de l'économie traditionnelle, et non seulement les géants de l'Internet qui ont mis les données au cœur de leur modèle économique. Tous collectent et traitent des données pour améliorer leur service client, protéger leurs actifs matériels et immatériels, gérer leurs ressources humaines,

développer des innovations... Tous ont recours au stockage dans le *cloud*, tous externalisent leur traitement, tous veulent croire aux promesses du *big data*.

Ainsi ancrées au cœur de l'économie numérique, nos données sont investies d'une valeur marchande incontestable.

Or, en contrepoint de ces évolutions technologiques, le consommateur/citoyen/salarié numérique a mûri : il exige aujourd'hui des garanties accrues quant à la collecte et à l'exploitation de ses données personnelles, au point que la capacité à satisfaire ses attentes constitue aujourd'hui un facteur avéré de concurrence entre acteurs économiques, autant qu'un facteur de motivation des collaborateurs de l'entreprise.

Soucieuse d'adapter le droit à cette révolution globale, la Commission européenne a rendu public, le 25 janvier 2012, un projet de règlement relatif à la protection des données personnelles. Le texte, dont l'objectif est qu'il soit adopté dès fin 2013, est actuellement en cours de discussion au Parlement européen, où il fait l'objet d'amples débats : le pré-rapport, présenté en janvier 2013 par M. Albrecht, rapporteur à la Commission LIBE du Parlement européen, a ainsi fait l'objet de plusieurs milliers de propositions d'amendements.

Ce texte est appelé à bouleverser profondément le cadre réglementaire applicable à la protection des données personnelles. S'il est adopté dans le délai que s'est fixé la Commission, il aura des conséquences importantes pour les entreprises dès l'année 2016.

En contrepartie de la suppression des formalités actuellement obligatoires préalablement à la mise en œuvre d'un traitement, sur les entreprises pèserait une obligation d'« *accountability* », qui se traduirait non seulement par une obligation de recensement des traitements mis en œuvre, mais aussi par une obligation de se mettre en mesure de

prouver que l'entreprise a effectivement respecté les dispositions du règlement, *via* l'adoption de différents outils. Le texte prévoit également la réalisation d'audits de conformité réguliers et d'études préalables d'impact pour les traitements comportant des « risques particuliers », et l'obligation d'intégrer le « *privacy by design* » dans ses activités. En cas d'atteinte aux données, l'entreprise devra notifier la faille de sécurité à la CNIL, et celle-ci, en fonction des circonstances, pourra imposer à l'entreprise d'informer les personnes dont les données auront été rendues accessibles. Les pouvoirs de la Commission, en outre, seront singulièrement renforcés, puisque sa formation de sanction pourra prononcer des sanctions à hauteur de 2 % du chiffre d'affaires de l'entreprise.

Pour faire face à cette évolution, l'implication de la direction juridique sera évidemment essentielle.

Mais le changement de paradigme évoqué plus haut dépasse, et de loin, la seule réforme du cadre réglementaire européen. En réalité, ce sont toutes les composantes de l'entreprise qui doivent prendre le tournant de la protection des données – en y associant les projets de confiance numérique, de sécurité informatique, d'innovation, etc. Il s'avère donc indispensable de partager la compétence « historique » des juristes sur les questions « Informatique et Libertés » qui, du fait de leur transversalité, doivent être prises en compte par tous les acteurs internes – direction générale, équipes de conformité, DSI, DRH, direction *marketing*, etc. Pour les directeurs juridiques, il y a là un défi important : il s'agit de faire prendre la pleine mesure du changement qui s'annonce, puis de s'investir pour l'accompagner de manière opérationnelle, en acceptant un partage de compétence. Intelligemment gérée dans le cadre d'une gouvernance nouvelle où le juriste aura toute sa place, la protection des données ne sera pas une vaine contrainte : elle constituera un levier de compétitivité pour la croissance de demain.

# La confidentialité des avis du juriste d'entreprise : pourquoi et comment ?



**Jean-Michel Darrois,**

Avocat



**Emilie Vasseur,**

Avocate

*Jean-Michel Darrois est avocat, associé co-fondateur du cabinet Darrois Villey Maillot Brochier. Ancien membre du Conseil de l'Ordre et ancien Président du comité de droit des sociétés du CCBE (Conseil des barreaux européens), Maître Darrois enseigne, en tant que Professeur associé, à l'Institut d'études politiques de Paris. Membre de diverses commissions (Attali, Magendie, Président de la commission sur la réforme des professions juridiques), il est également commandeur dans l'Ordre national de la Légion d'honneur.*

*Membre de l'Association des juristes de Sciences Po, Emilie Vasseur est counsel au sein du cabinet Darrois Villey Maillot Brochier. Diplômée de l'Institut des études politiques de Paris, section économique et financière, elle a été chargée d'enseignement au sein de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas.*

Les juristes d'entreprise sont tenus au secret professionnel, mais la confidentialité de leurs avis n'est pas protégée. Cette contradiction place le juriste d'entreprise français dans une situation difficile, puisqu'elle l'empêche de jouer efficacement son rôle et concourt à l'affaiblissement de la place du droit dans l'entreprise, en plus d'être isolée par rapport à ses homologues étrangers, notamment anglo-saxons. Ce constat invite à une réflexion sur la création d'une nouvelle règle de confidentialité, dans l'intérêt de l'entreprise.

## Le secret professionnel, fondement de la confidentialité

Les juristes ont l'interdiction de révéler aux tiers les confidences qu'ils reçoivent de l'entreprise qui les emploie. Ils sont tenus, comme les avocats, les médecins ou les prêtres, au secret professionnel<sup>1</sup>, et toute violation de ce secret les expose à un an

d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende en application de l'article 226-13 du Code pénal.

Si ce texte est très rarement appliqué, il n'en demeure pas moins que les peines qu'il édicte sont sévères, et cela parce que le secret qu'elles protègent est nécessaire au bon fonctionnement de notre société. La jurisprudence rappelle en effet que « la violation du secret professionnel ne blesse pas seulement la personne qui a confié le secret : elle blesse la société entière, parce qu'elle enlève à des professions sur lesquelles la société s'appuie la confiance qui doit les environner »<sup>2</sup>.

L'obligation de se taire qui pèse sur les dépositaires de ces confidences devrait avoir pour corollaire le droit de se taire, c'est-à-dire le droit de s'opposer à la communication des informations qu'ils ont reçues.

La confidentialité des avis de l'avocat est garantie par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, qui protège en toutes matières, dans le domaine

<sup>1</sup> Cf. loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires, art. 55 et 58.

<sup>2</sup> Cass. crim., 19 déc. 1885 : DP 1886, 1, 347 et s.

du conseil comme de la défense, les consultations adressées ou destinées à son client, ainsi que les correspondances échangées avec lui et, plus généralement, toutes les pièces de son dossier. Cette protection disparaît toutefois si l'avocat est suspecté d'avoir participé à la commission d'une infraction pénale ou si son client est suspecté de rechercher un conseil aux fins de blanchiment de capitaux.

En revanche, il n'existe aucune disposition légale protégeant la confidentialité des avis des juristes, de sorte qu'un tiers peut exiger d'y avoir accès : les autorités administratives (Autorité des marchés financiers ou Autorité de la concurrence) puisent dans les dossiers des juristes les éléments utiles à leurs enquêtes et leurs contrôles ; les juges étendent de plus en plus fréquemment les mesures d'instruction *in futurum* sollicitées par les concurrents ou adversaires de l'entreprise aux messageries électroniques des juristes de l'entreprise ; en cas de perquisition au sein de l'entreprise, les enquêteurs sont autorisés à saisir les dossiers des juristes ; se développent, sur commissions rogatoires étrangères, les procédures de *disclosure* ou de *discovery*, sur le territoire français, sans aucune protection des échanges entre l'entreprise et son juriste.

Plus préoccupant, la Cour de justice de l'Union européenne elle-même ne reconnaît pas le secret qui s'attache aux confidences faites aux juristes. Dans l'affaire « *Akzo Nobel Chemicals* »<sup>3</sup>, elle a validé la saisie par les fonctionnaires de la Commission d'échanges intervenus par voie électronique entre l'entreprise et son juriste, considérant que l'avocat interne, fût-il inscrit à un barreau et soumis à des règles déontologiques, ne jouissait pas, à l'égard de l'entreprise qui l'emploie, de la même indépendance que l'avocat qui exerce dans un cabinet externe.

Cette absence de protection des avis des juristes d'entreprise est paradoxale au regard des obligations qui pèsent sur eux. Elle est également dangereuse, car elle freine la diffusion du droit dans l'entreprise.

## L'enjeu de la confidentialité pour les entreprises

Par leur travail d'analyse juridique et leurs conseils, les juristes d'entreprise favorisent le respect du droit par l'entreprise et jouent un rôle croissant dans le *management* des risques et la mise en place de programmes de conformité. Or, cette valeur pourrait disparaître, en l'absence de véritable protection de leurs avis qui, sinon, seraient susceptibles de mettre en péril leurs entreprises, en permettant à des tiers de prendre connaissance des risques, voire des manquements qu'ils ont identifié dans leurs avis.

Confronté au risque de constituer un document à charge contre son entreprise, le juriste ne peut qu'hésiter à adresser ses mises en garde et ses conseils. Il n'a finalement d'autre choix que de se taire, de recourir à l'oralité ou de s'adresser artificiellement à des avocats pour assurer la confidentialité, ce qui rallonge le processus décisionnel et en augmente le coût. On se trouve là face à un dilemme dont aucune branche n'est satisfaisante : le silence du juriste est le plus grand risque pour l'entreprise, les autres méthodes qu'il peut utiliser sont imprécises ou artificielles.

Cette situation fait figure d'exception lorsque l'on compare la condition du juriste français avec celle de ses homologues, notamment anglo-saxons, qui bénéficient de la protection du *legal privilege*. Il est vrai qu'en Angleterre comme aux États-Unis, il n'existe pas de distinction entre l'avocat externe et l'avocat interne (*solicitors* en Angleterre, *in-house counsels* aux États-Unis, etc.<sup>4</sup>), l'un et l'autre obéissant à des règles communes, quel que soit le mode d'exercice de leur profession.

On observe d'ailleurs que les pays de tradition romano-germanique, qui ont réformé leur législation pour permettre aux avocats exerçant en entreprise de bénéficier d'un privilège de confidentialité (Allemagne, Pays-Bas, Espagne, Danemark), ne font guère de distinction entre ces professionnels, tous astreints aux mêmes règles déontologiques et éthiques, qu'ils exercent en cabinet ou en entreprise.

3 TPICE, 17 sep. 2007, aff. jointes T-125/03 et T-253/03, 2007 : Rec. P. II-3523 ; CJUE, 14 sep. 2010, aff. C-550/07 P, 2010, Rec. P. I-8301.

4 Christophe Roquilly, *La protection des échanges des avis juridiques dans une économie mondialisée : pour une réforme du statut des juristes d'entreprise en France*, Revue Lamy Droit des

affaires, n° 77, déc. 2012, p. 73 et s. Thomas Baudesson et Peter Rosher, *Le secret professionnel face au legal privilege* : RDAI/IBLJ, n° 1, 2006.

En France, le rapprochement des professions d'avocat et de juriste en entreprise a été souvent évoqué<sup>5</sup>, et parfois recommandé<sup>6</sup>, précisément pour offrir la possibilité aux entreprises et aux juristes concernés d'obtenir une protection semblable à celle dont bénéficient leurs homologues étrangers. Mais cette réforme continue de diviser au sein des professions.

## Quelle confidentialité pour les juristes et l'entreprise ?

Dans l'attente d'une réforme ambitieuse de la profession d'avocat, on peut se demander si la solution ne consisterait pas à créer une nouvelle règle de confidentialité, afin de permettre un exercice plus efficace de la profession de juriste d'entreprise.

Comment mieux garantir, en effet, le respect du secret professionnel institué au bénéfice des entreprises par la loi de 1971, qu'en accordant aux avis de leurs juristes, tenus au secret professionnel car dépositaires de leurs secrets, la même confidentialité que celle qui est accordée à l'avis de leurs avocats ?

Observons à cet égard que le législateur est déjà intervenu à plusieurs reprises pour assurer la confidentialité des données de l'entreprise. Ainsi, par exemple, l'article L. 225-37, alinéa 5, du Code de commerce protège-t-il la confidentialité des réunions du conseil d'administration. L'article L. 465-1 du Code monétaire et financier sanctionne, quant à lui, l'exploitation d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé, ou sur les perspectives d'évolution d'un titre financier.

Le législateur et les juges français pourraient franchir un pas supplémentaire en s'inspirant d'une récente décision de la cour d'appel de Bruxelles, qui vient de reconnaître aux avis des juristes d'entreprise membres de l'Institut belge des juristes d'entreprise une protection équivalente à celle dont bénéficient les avocats.

La cour d'appel de Bruxelles a en effet jugé, le 5 mars 2013<sup>7</sup>, que la confidentialité des avis des juristes d'entreprise répondait à un but d'intérêt général « *en permettant une correcte application de la loi par les entreprises* », et que refuser une protection équivalente au secret professionnel à des avis juridiques constituerait une ingérence disproportionnée dans la vie privée des entreprises dont le respect est garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Elle relève à cet égard que « *les employeurs qui s'adressent aux juristes d'entreprise dans les conditions prévues par l'article 5 de la loi IJE doivent avoir la certitude qu'ils peuvent leur confier des demandes d'avis sans dangers de révélation à des tiers* » et que toute ingérence dans leurs avis « *toucherait à l'essence même de la mission du juriste d'entreprise, qui constitue le fondement de la confidentialité de ses avis* ».

Ainsi, la cour considère que la protection de la confidentialité trouve sa source dans le caractère nécessairement secret de la relation qui existe, dans l'intérêt général, entre l'employeur et son juriste.

Quant à l'étendue de cette confidentialité, la cour juge que « *seuls les avis émis par le juriste d'entreprise au profit de son employeur sont confidentiels* », tout en précisant que la notion d'avis s'étend « *à la correspondance qui contient la demande d'avis, aux correspondances échangées au sujet de la demande, aux projets ainsi qu'aux documents préparatoires de l'avis* ».

Selon nous, la protection de la confidentialité offerte au juriste pourrait être envisagée plus largement. Certains craignent toutefois que la confidentialité des échanges entre les juristes et leurs entreprises et l'absence d'indépendance des premiers ne favorise la commission d'infractions par celles-ci ; sûre de l'inviolabilité des secrets qu'elle confie à ses juristes, l'entreprise serait, selon eux, tentée de recourir à leurs compétences pour mieux contourner les règles auxquelles elle est soumise.

Il est donc important de réfléchir à une définition de la confidentialité, un critère, qui permet de déjouer de tels desseins.

5 Cf. notamment : *Rapport sur le rapprochement des professions d'avocat et de juristes d'entreprise*, Guillaume Cerruti, Marc Guillaume, 2006 et rapport de Michel Prada sur certains facteurs de

renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris, mars 2011.

6 Rapport de commission présidée par Jean-Michel Darrois, *Vers une grande profession du droit, Rap-*

*port sur les professions du droit, mars 2009.*

7 Cour d'appel de Bruxelles, 18<sup>e</sup> ch., 5 mars 2013, RG n° 2011/MR/3.

Sans doute pourrait-on s'inspirer de la notion d'intérêt social, telle que définie par la doctrine et la jurisprudence<sup>8</sup>, et considérer comme confidentiels les documents émanant du juriste ou adressés à celui-ci dans l'intérêt social. Dans cette acception, ne seraient pas couverts les conseils qui iraient contre l'intérêt social, parce qu'ils exposent, par exemple, la société et/ou ses dirigeants « à un risque anormal de sanctions pénales, ce qui porte atteinte au crédit et à la réputation de la société »<sup>9</sup>.

Un avis qui recommanderait d'accomplir un acte illégal ne serait, évidemment, pas confidentiel et pourrait être saisi par un enquêteur ou un juge. En revanche, un avis qui ferait état de risques juridiques, judiciaires ou fiscaux liés à telle activité ou

telle opération demeurerait confidentiel, dès lors qu'il est établi dans l'intérêt social, afin d'éclairer l'entreprise sur les risques encourus.

Une telle réforme contribuerait à l'unification des professions du droit en rapprochant le statut de l'avocat de celui du juriste d'entreprise, et permettrait de mesurer que les propos d'Emile Garçon, commentateur du Code pénal au siècle dernier, n'ont rien perdu de leur acuité, lorsqu'il énonçait que « le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assorties d'un secret inviolable »<sup>10</sup>.

8 *L'intérêt social*, Droit et Patrimoine, avr. 1997 ; D. Poracchia et D. Martin, *Regard sur l'intérêt social*, Revue des sociétés 2012, p. 475 ; et, notamment, Paris, 22 mai 1965 : JCP 1965, II, 14274 bis ; Cass. crim., 22 sept. 2004,

n° 03-80.282.8 *L'intérêt social*, Droit et Patrimoine, avril 1997 ; D. Poracchia et D. Martin, *Regard sur l'intérêt social*, Revue des sociétés 2012, p. 475 ; et, notamment, Paris, 22 mai 1965 : JCP

1965, II, 14274 bis ; Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 03-80.282.

9 Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 03-80.282, préc.

10 Emile Garçon, Code pénal annoté, article 378, n° 7.

# Employabilité et « *legal privilege* »



**Marc Bartel,**  
Partner, Heidrick & Struggles

*J Marc Bartel est Partner au sein de la Practice Legal, Risk & Compliance de Heidrick & Struggles International, basé à Londres et à Paris. Il est également Managing Partner de la Practice Functional Practices EMEA et Managing Partner de la Practice Law Firm. Avant de rejoindre Heidrick & Struggles, Marc Bartel a travaillé pour plusieurs cabinets d'avocats internationaux dont Lovells, Linklaters et Jeantet. Il y a occupé les fonctions de Chief Operating Officer, Asia Regional Managing Partner et Deputy CEO. Il a notamment participé à la première intégration d'une alliance au sein de cabinets d'avocats européens, avant de devenir consultant en management chez Hildebrandt aux Etats-Unis.*

Comme bien connu de nombreux, les juristes d'entreprise n'ont pas le même statut dans les différentes juridictions, comme cela est bien expliqué dans les autres articles de cette publication.

Ainsi, certains juristes, malheureusement pas les français, bénéficient de ce que nos amis anglo-saxons appellent le « *legal privilege* ».

Dans le cadre de nos activités de recherches de directeurs juridiques de sociétés ayant des activités internationales, nous avons constaté depuis quelques années la tendance suivante : nos clients sont à la recherche des meilleurs talents qui auraient aussi une expérience à l'international. Idéalement, cette qualité aura été acquise par un séjour de plusieurs années dans un autre pays. La multitude de tampons sur un passeport ne sera pas nécessairement suffisante.

Dès lors, nos clients ne sont plus fixés sur une nationalité définie et donc nous demandent d'identifier des talents à travers l'Europe ou au-delà, en fonction des compétences requises pour le poste en question.

À titre d'exemple, nous avons récemment conseillé deux sociétés américaines qui souhaitaient, à la suite d'une acquisition en Europe pour l'une, et dans le cadre d'une simple expansion pour l'autre, créer un poste de directeur juridique Europe. Dans les deux cas, le client n'avait aucun préjugé sur la nationalité des candidats et était prêt à relocaliser le candidat choisi.

Ainsi, nous leur avons présenté des juristes de nombreuses juridictions européennes. La question du « *legal privilege* » ne fut pas un facteur, même si initialement il fallut expliquer aux clients les différentes règles en Europe. Pour ces clients, l'expérience professionnelle dans plusieurs pays ou au moins des responsabilités européennes furent plus importantes.

Cette constatation doit être néanmoins légèrement tempérée. Si le poste de directeur juridique en question est à forte dominante droit des affaires, le « *legal privilege* » est perçu comme moins nécessaire et surtout le vivier de talents est ainsi étendu. En revanche, lorsque le poste a une connotation contentieuse ou d'investigation, les clients préfèrent plutôt des juristes d'entreprise admis au barreau et si possible bénéficiant du « *legal privilege* ». Certes, les clients sont conscients, ou nous leur expliquons, les limites de l'application du principe dans certaines juridictions, mais néanmoins ils auront tendance à exclure les juristes français. Donc nous constatons bien une limite à l'employabilité du juriste français dans ces cas de figures.

Nous constatons aussi de plus en plus, en ce qui concerne la nouvelle génération de candidats pour les postes de directeurs juridiques Europe, que nos clients souhaitent que ceux-ci aient eu un passage dans un cabinet prestigieux au début de leur carrière, considérant que ce passage serait un gage de qualité du candidat et surtout de sa formation initiale. La perception étant que les

premières années sont beaucoup plus dures dans un cabinet international. De plus, le juriste aura dû très souvent passer ses examens du barreau local pour être admis dans ces cabinets. Ceci a tendance à beaucoup plaire aux clients étrangers.

En conclusion, les juristes français sont un peu pénalisés. Néanmoins, ils le sont plus souvent

du fait de leur manque de maîtrise de la langue anglaise et surtout du manque de leur commercialité de leurs conseils, aux dires de nos clients anglo-saxons.

# Point de vue sur la confidentialité, outil de compétitivité de l'entreprise

Le refus d'accorder aux juristes d'entreprise la confidentialité de leurs avis handicape les entreprises françaises dans la compétition internationale



**Jean-François Guillemin,**  
Secrétaire général, Bouygues

*Docteur d'État en droit, Jean-François Guillemin a commencé sa carrière professionnelle comme enseignant à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas). Il rejoint le groupe Bouygues en 1986, dont il prend la responsabilité de la direction juridique Groupe en 1988. Il conduit les grands dossiers juridiques du Groupe. Il est secrétaire général du Groupe depuis mars 1998.*

La compétitivité est au centre du débat public depuis la prise de conscience, finalement assez récente, que la compétitivité de l'économie et des entreprises françaises s'est considérablement dégradée. Ce sont les effets du niveau exceptionnel atteint par les prélèvements sociaux et fiscaux, ainsi que les dégâts sociaux et économiques causés par la rigidité du marché du travail, qui sont à l'origine de cette prise de conscience. Tout comme certaines comparaisons internationales. Dans les indices de compétitivité du *World Economic Forum*, analysant les performances de 148 pays, la France figure au 127<sup>e</sup> rang s'agissant du niveau d'imposition et au 116<sup>e</sup> rang pour la flexibilité du marché du travail !

Cette prise de conscience ne s'étend que très timidement encore à un autre handicap de compétitivité, le niveau tout aussi préoccupant de l'insécurité et de l'instabilité juridique, résultat d'une hyper inflation des textes et d'une multiplication de juridictions, autorités, administrations ayant compétence pour réguler l'économie et les entreprises. Le « chaos normatif » qui en résulte entrave le développement des acteurs économiques : il brouille leur horizon, pèse sur leur

faculté d'anticipation, ralentit leur processus de décision et, au final, nuit à leur adaptation pourtant indispensable face à la concurrence internationale. La France, si fière de ses institutions et de son administration, n'est qu'au 31<sup>e</sup> rang des économies pour la qualité de son « *institutional environment* » (« *the legal and administrative framework within which individuals, firms and governments interact to generate wealth* »). Elle sombre au 130<sup>e</sup> rang s'agissant des lourdeurs administratives pesant sur les entreprises. L'action publique semble reposer sur le postulat que c'est nécessairement servir l'intérêt général que d'empiler et constamment modifier les réglementations, les charges sociales et la fiscalité applicables aux entreprises. Telle est désormais « l'exception juridique française ». Des fiscalistes ont estimé que près de 20 % des dispositions du Code général des impôts sont modifiées chaque année !

Les difficultés sont impressionnantes, les handicaps sont bien identifiés. Est-il alors bien nécessaire de consacrer du temps à promouvoir l'idée selon laquelle la confidentialité des avis des juristes d'entreprise peut contribuer à la compétitivité de nos entreprises ? Le sujet n'est-il pas

secondaire, voire dérisoire ? Est-il bien sérieux d'invoquer l'argument de la compétitivité ? N'est-il pas dangereux de conférer une telle protection à une fonction parmi bien d'autres au sein de l'entreprise ? N'est-il pas paradoxal d'imaginer un statut particulier pour certains salariés à un moment où il devient urgent de simplifier la vie des entreprises, mais aussi les professions du droit ?

Une première réponse est que, si l'allègement des charges et contraintes est sûrement une urgence et une priorité, toute mesure permettant aux entreprises françaises de lutter à armes égales avec leurs concurrents mérite aussi une réflexion et, encore plus, une action.

Mais avant de répondre aux questions énumérées ci-dessus, il faut en préciser les contours. Il ne s'agit pas ici de s'interroger sur la fusion de la profession d'avocat et de celle de juriste d'entreprise, le statut d'avocat étant alors purement et simplement conféré au juriste d'entreprise. Une telle réforme suscite quelques réserves chez les chefs d'entreprise, elle rencontre surtout une franche hostilité de beaucoup d'avocats au sein des 161 barreaux français et de leurs organisations professionnelles. La Cour de justice de l'Union européenne a hélas pris une position qui conforte cet immobilisme, position fondée sur une analyse erronée de la mission confiée au juriste d'entreprise. Lorsque la Cour relève que le juriste d'entreprise ne peut jouir d'une indépendance professionnelle car sa situation de salarié « *ne permet pas à l'avocat interne de s'écarter des stratégies commerciales poursuivies par son employeur* », elle méconnaît la réalité de la vie des entreprises où, bien au contraire, des salariés sont embauchés et rémunérés pour exprimer avec indépendance et force un avis sur « les stratégies commerciales » de l'entreprise, notamment les directeurs financiers, les auditeurs... et les juristes !

Nul doute pourtant qu'une moindre fragmentation des professions juridiques et qu'un rapprochement des avocats et des juristes d'entreprise donneraient à cette profession élargie beaucoup plus de poids à la fois dans les entreprises et dans la vie publique. Il suffit d'observer que dans beaucoup de pays l'unification des deux professions ne pose aucune difficulté. La grande profession d'avocat y jouit généralement d'une grande influence. Proche des entreprises, souvent mieux adaptée à leurs besoins et donc plus soutenue par ces dernières, elle a pu créer et pérenniser les grandes firmes internationales qui occupent les premiers rangs sur le « marché » du droit, alors

qu'aucun cabinet français ne réussit à y figurer. Sans aborder ce sujet essentiel mais hélas encore polémique en France, limitons la réflexion à la seule protection des consultations juridiques délivrées par les juristes ou directions juridiques au sein de l'entreprise.

Le juriste d'entreprise, déjà tenu au secret professionnel comme l'avocat, bénéficierait du secret professionnel de ses analyses et avis juridiques, analyses et avis déclarés confidentiels, émanant de lui seul en sa qualité de juriste, et destinés à son « client » c'est-à-dire à l'entreprise où il exerce son activité. Cette protection autoriserait lui-même ou l'entreprise à refuser la communication de ces documents, notamment en cas d'enquête et de saisie ou dans le cadre d'une procédure de *discovery*. Par exemple, au sein d'un groupe, une note adressée par le juriste américain d'une filiale américaine à son homologue français est protégée, demain la réponse du juriste d'entreprise français le serait, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Plusieurs raisons confèrent à cette protection une importance autre que secondaire.

## I - Le droit est une compétence entrée dans l'entreprise

Ce titre d'un article de Philippe Camus datant de 1998 exprime bien l'évolution des relations entre l'entreprise et le droit, ou plutôt les droits. L'expertise juridique, tout autant que l'expertise financière, est devenue une compétence que l'entreprise se doit de posséder en son sein. L'enjeu n'est plus seulement celui de la conformité de l'activité de l'entreprise à son environnement juridique, il est également celui de la compétitivité. Une entreprise qui détient elle-même un savoir-faire juridique du meilleur niveau est plus performante que celle qui néglige cette dimension de son activité. Et c'est sûrement une condition de sa pérennité.

L'interaction entre les droits et l'activité de l'entreprise est permanente. Par exemple, pour se faire une place sur le marché international des grandes infrastructures, un constructeur français doit connaître les règles du commerce international et maîtriser au mieux un environnement juridique local souvent complexe. Il doit également proposer dans son offre des solutions juridiques solides et innovantes, notamment lorsqu'il doit y inclure le financement du projet. Il doit être capable de maîtriser et négocier de nombreux documents

contractuels, puis de gérer au jour le jour avec rigueur la relation contractuelle avec son client, mais aussi ses fournisseurs et sous-traitants. Sur-tout, il doit faire face, lors de l'obtention du projet ou tout au long de son exécution, aux contrôles multiples, aux agressions ou pathologies qui peuvent apparaître. De l'amont à l'aval, l'activité juridique est donc intense et continue, le juriste émet de nombreux avis juridiques, il alerte, il rectifie, il interdit, il propose des solutions. Il défend à tout moment et dans toutes les composantes de son activité les intérêts de son entreprise !

Le niveau de compétitivité de l'entreprise dépend de beaucoup de facteurs, mais parmi eux cette capacité à maîtriser l'environnement et les risques juridiques est devenu un facteur essentiel. D'autant que la compétition économique est aujourd'hui, encore moins qu'hier, une joute courtoise ou même loyale. C'est un combat âpre et rude où les coups bas sont fréquents, où le compétiteur français rencontre souvent de grandes difficultés lorsqu'il franchit ses frontières. L'hostilité ou la méfiance accrue n'est pas seulement le fait des concurrents, elle peut aussi marquer le comportement des administrations, des régulateurs ou même des juridictions. Il faut que les entreprises françaises aient des moyens de défense comparables à ceux de leurs concurrents, car toute vulnérabilité de leur cuirasse ne manquera pas d'être identifiée et exploitée.

Or, les entreprises françaises ont l'expérience de procédures de *discovery* ou de perquisitions menées par des régulateurs où les premières demandes de communication concernaient les mails et documents des juristes. Il est absolument certain que le tiers qui accède aux réflexions et travaux des juristes internes dispose d'un avantage, notamment dans le cas où, partie au procès, il peut opposer la protection des avis de ses propres juristes.

Le rapport « Prada » identifiait ainsi les problèmes concrets résultant du refus d'octroyer aux juristes d'entreprise français la protection dont bénéficient la plupart de leurs homologues étrangers :

- (i) besoin des entreprises françaises de se battre à armes égales avec les entreprises étrangères qui, pour la plupart, bénéficient de cette protection ;
- (ii) difficultés de communication et donc perte d'efficacité voire d'autorité des juristes français qui doivent veiller au risque que leurs avis soient saisis et divulgués dans le cadre d'une procédure ;
- (iii) délocalisation des services juridiques et recrutement de juristes étrangers bénéficiant de cette

protection, un signe très clair étant le nombre de grands groupes français ayant placé à la tête de leurs services juridiques un avocat anglo-saxon.

Osons dire encore plus clairement que cette absence de protection porte atteinte aux droits de la défense, à l'égalité des « armes » et au droit à un procès équitable, c'est-à-dire à la possibilité d'assurer effectivement la défense des entreprises. Le déséquilibre du rapport de force est certain dans le cadre des contentieux où la partie française est la seule à ne pas bénéficier de la protection des avis de ses juristes. Mais il est apparu aussi en France certains contentieux de la régulation où les moyens d'enquête et d'investigation, où l'importance donnée aux présomptions, où l'évolution des règles gouvernant l'admission de la preuve laissent l'entreprise sans grands moyens de défense, le libre accès à ses propres réflexions juridiques pouvant accroître encore le déséquilibre.

## II - L'importance donnée à l'autorégulation est une autre raison de protéger les avis des juristes d'entreprise

La plus intéressante des évolutions législatives et réglementaires des dernières années est peut-être celle qui a conduit les entreprises à renforcer et moderniser leurs systèmes de contrôle interne. Au cours des dernières décennies, chaque crise économique s'est traduite par la mise en œuvre de sanctions et par l'élaboration de très nombreux lois et règlements. Sont apparus aussi les régulations et les régulateurs. Aujourd'hui est mis en avant l'autocontrôle, l'autorégulation, action d'amont demandée par les régulateurs mais aussi les partenaires de l'entreprise, créanciers, prêteurs, clients, investisseurs parties prenantes, afin que soient détectés et traités les risques et dérives avant qu'ils aient des conséquences dommageables.

C'est ainsi qu'en France, l'Autorité des marchés financiers a publié un référentiel de contrôle interne. L'Autorité de la concurrence et l'Autorité des marchés financiers ont également recommandé aux entreprises de se doter de programmes de conformité ou chartes de déontologie. Cette dernière évolution a été bien accueillie et comprise par les entreprises. Elle rejoint leur préoccupation majeure et ancienne d'une meilleure prévention et gestion de leurs risques, qui se manifestait déjà sous la forme de modes nouveaux d'organisation, d'un renforcement des procédures internes,

mais aussi par l'adoption volontaire de codes de conduite ou codes d'éthique.

Plus récemment encore, le législateur anglais a donné une nouvelle impulsion à cette évolution, en créant une infraction pénale sanctionnant les dirigeants qui n'auraient pas mis en place au sein de leurs entreprises des mesures suffisantes de prévention et de lutte contre la corruption. D'autres législateurs se préparent à suivre le même chemin ou ont mis en œuvre des mesures équivalentes.

Le juriste d'entreprise tient nécessairement un rôle essentiel dans cette démarche d'autorégulation. Par exemple, il participe étroitement à l'élaboration et à la mise en œuvre des procédures de contrôle interne. Très souvent, c'est le directeur juridique et, sous son autorité, l'ensemble de la filière juridique, qui ont la charge de la mise en œuvre et du suivi des règles d'éthique dont s'est dotée l'entreprise. Les entreprises ont aussi mis en place des procédures d'alerte destinées à permettre le « *whistleblowing* », révélation des pratiques non conformes, les responsables de l'éthique étant les destinataires des alertes déclenchées par les collaborateurs.

La mission de cette fonction éthique est de prendre des mesures pour comprendre, prévenir, sanctionner et corriger les dérives décelées ou révélées. De telles actions ne peuvent produire un résultat que si elles se traduisent par des enquêtes internes, des audits, des formations, des avis, des procédures de prévention, mais aussi des sanctions. Elles ne peuvent être audibles au sein de l'entreprise et de son groupe que si la voix des juristes peut se faire entendre en interne avec force et clarté. Et il ne peut être demandé aux entreprises de mener de telles actions de prévention et de correction sous la menace que la documentation du contrôle interne soit utilisée contre elles, sans qu'une protection leur soit accordée.

Puisqu'il est apparu indispensable de faire peser cette nouvelle obligation, ce devoir d'autorégulation, sur l'entreprise, puisque nombre d'entre elles se sont déjà imposées cette obligation sans y avoir été contraintes, il faut donner aux juristes d'entreprise les moyens d'exercer cette mission, ce qui nécessite de donner une portée concrète au droit fondamental de ne pas avoir à s'accuser soi-même. Elle ne peut être efficace et menée en profondeur que si elle est couverte par le secret professionnel et, à ce titre, protégée.

L'enjeu est là encore la compétitivité des entreprises françaises. Il est absolument essentiel pour elles d'intensifier et de rendre plus efficaces la prévention et la lutte contre les non conformités. Par exemple, les pratiques de corruption. De telles dérives détruisent la confiance que ses partenaires ont accordée à l'entreprise. Une entreprise qui n'arrive pas à éradiquer les pratiques non conformes n'attire plus les talents, elle devient la cible des parties prenantes, il lui devient impossible d'accéder à certaines sources de financement, beaucoup d'investisseurs se refusent à lui apporter leurs concours, dans un nombre toujours plus grand de pays l'accès à la commande publique lui sera même interdit. Ce dernier exemple est particulièrement parlant, car c'est tout simplement l'accès à la compétition qui est en jeu. Si l'action du juriste est entravée dès l'amont par la crainte d'une utilisation possible contre sa propre entreprise, voire contre lui-même, de ses notes, de ses mises en garde, de ses alertes... le risque est grand que la démarche éthique de l'entreprise se transforme en une mise en œuvre minimale et purement formelle de recommandations extérieures.

Ce n'est pas une tâche aisée que de défendre l'idée selon laquelle les avis des juristes d'entreprise françaises devraient bénéficier d'une protection comparable à celle de leurs homologues étrangers. Une telle réforme n'est pas dans l'air du temps. Elle apparaît comme un paradoxe à un moment où la priorité est la transparence, où toute réglementation semble chercher à transformer l'entreprise en maison de verre. Par exemple, l'Autorité des marchés financiers souhaite que, dans le document de référence, la présentation des litiges indique « *le lien avec les éléments provisionnés dans les comptes* », ou encore que les entreprises françaises décrivent avec précision leurs polices d'assurance... l'impératif de la compétitivité ou de la protection des entreprises ne semble pas assez puissant pour résister à cette quête incessante de transparence. Une telle réforme apparaît également comme une régression à un moment où règne un climat de grande méfiance, voire de suspicion vis-à-vis de l'entreprise. Cette demande de protection des avis des juristes d'entreprise apparaît comme hautement suspecte : ne serait-ce pas accorder aux entreprises la possibilité de faire de leurs juristes les acteurs et les gardiens de leurs turpitudes ? Bien évidemment, une telle protection ne peut être accordée sans limite, tel est déjà le cas du statut de l'avocat, et sans une contrepartie, l'obligation pour les « *avocats en entreprise* » de respecter une déontologie. Il est tout à fait possible de bâtir

en France un statut du juriste d'entreprise comparable à ceux de leurs homologues étrangers !

Tout compte dans la compétition. Souvent une simple erreur, un léger handicap, la communication d'une seule pièce conduit à l'échec de l'offre ou du contentieux. Tout handicap mérite d'être

considéré et corrigé. À ce titre, il serait utile de conférer une protection aux avis des juristes d'entreprise français. Une telle réforme contribuerait de surcroît à renforcer l'efficacité de la présence, des avis et de l'autorité des professionnels du droit au sein des entreprises.

# Les juristes d'entreprise disposeraient-ils déjà d'une base légale suffisante pour revendiquer la confidentialité de leurs avis juridiques ?\* \* \*



**Thomas Baudesson,**

Avocat associé - Clifford Chance, Membre du Conseil de l'Ordre

*Thomas Baudesson est avocat depuis 1988 et est associé au sein du groupe Contentieux et Arbitrage du cabinet Clifford Chance à Paris. Membre du Conseil de l'Ordre de 2011 à 2013, Thomas Baudesson a été responsable pendant deux ans de la Commission de déontologie « Secret professionnel et confidentialité ». Il a rédigé plusieurs rapports à l'attention du Conseil, en particulier un rapport sur les conflits d'intérêts, un rapport sur le Rapport Prada et un rapport sur la confidentialité des avis juridiques des juristes d'entreprise. Il est aujourd'hui Expert au CCBE où il travaille à l'élaboration d'un projet de Code de Déontologie Uniforme pour les avocats européens. Il est l'auteur de nombreux articles sur le secret professionnel et la protection des documents sensibles de l'entreprise, d'un guide pratique sur les visites inopinées et perquisitions dans l'entreprise (actuellement en cours de réédition) et d'un ouvrage collectif sur les conflits d'intérêts dans les secteurs juridique comptable et de la finance.*

Les juristes d'entreprise disposeraient-ils déjà d'une base légale suffisante pour revendiquer la confidentialité de leurs avis juridiques ? Cela semble bien être le cas.

Explication :

« Les juristes d'entreprise (...) peuvent (...), au profit exclusif de l'entreprise qui les emploie ou de toute entreprise du groupe auquel elle appartient, donner des consultations juridiques et rédiger des actes sous seing privé relevant de l'activité desdites entreprises ». Cette faculté leur est conférée aux termes de l'article 58 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 organisant la profession d'avocat.

Aux termes de l'article 55 du même chapitre de cette loi, il est précisé que « Toute personne autorisée par le présent chapitre à donner des

consultations juridiques ou à rédiger des actes sous seing privé (...) doit respecter le secret professionnel conformément aux dispositions des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. ».

Ainsi, un juriste d'entreprise qui donne un avis juridique à son employeur est tenu au secret professionnel au même titre qu'un avocat l'est à l'égard de son client.

Ce secret professionnel est le même, à savoir celui prévu et sanctionné aux articles 226-13 et 226-14 du Code Pénal. Il s'applique pour la même activité : la rédaction de consultations en matière juridique.

Alors pourquoi l'avis juridique d'un juriste d'entreprise serait saisissable lorsque celui d'un avocat ne l'est pas ?

\*\* Cet article a été publiée le 19 septembre 2013 à la Semaine Juridique – Entreprise et Affaires n° 38.

Pourquoi un juriste d'entreprise interrogé par un juge d'instruction sur les conseils qu'il donne à son employeur ne pourrait-il pas lui opposer le secret professionnel ?

Il n'y a, en réalité, aucune raison logique.

L'on rappellera, à cet égard, la fameuse note d'Emile Garçon sous l'ancien article 378 (aujourd'hui 226-13) de son Code pénal annoté, dans laquelle le caractère d'ordre public du secret professionnel avait été, pour la première fois, mise en évidence :

*« Le secret professionnel a uniquement pour base un intérêt social. Sans doute, sa violation peut causer un préjudice aux particuliers, mais cette raison ne suffirait pas à en justifier l'incrimination. La loi la punit parce que l'intérêt général l'exige. Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission, si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidences nécessaires soient astreintes à la discrétion, et que le silence leur soit imposé, sans condition ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux, si on pouvait craindre la divulgation d'un secret confié. Ainsi, l'article 378 a pour but, moins de protéger la confiance d'un particulier que de garantir un devoir professionnel indispensable à tous. Ce secret est donc absolu et d'ordre public. »*

Cette note, qui fait encore autorité aujourd'hui, a été rédigée à une époque où la fonction de juriste d'entreprise n'existait pas.

Mais qui contesterait aujourd'hui que l'intérêt social exige que les entreprises agissent conformément aux lois et règlements en vigueur ? Que pour ce faire, un chef d'entreprise n'ait pas besoin de consulter, *en confiance*, le juriste d'entreprise qu'il emploie ? Que la question qu'il lui pose, pour trouver une réponse utile et complète, n'ait pas besoin d'être placée sous le sceau de la *confiance*, comme la réponse qu'il reçoit ? Que les juristes

d'entreprise, enfin, ne garantiraient pas un *devoir professionnel indispensable à tous* ?

La loi a autorisé expressément les juristes d'entreprise à donner des consultations juridiques, au même titre que les avocats.

Comme eux, elle les a astreints au secret professionnel.

Pourquoi, dans ces conditions, les juristes d'entreprise n'invoqueraient-ils pas également l'opposabilité du secret professionnel pour leurs avis juridiques, puisqu'ils sont astreints au secret professionnel ?

Si cette opposabilité devait leur être contestée par les enquêteurs – et elle le serait probablement – il leur appartiendrait alors de la revendiquer devant le juge compétent.

Pourrait alors se poser la question de savoir quelle portée le juge français donnerait à la jurisprudence Akzo. Dans cette affaire, la CJUE a considéré qu'un avis juridique donné par un juriste d'entreprise salarié ne pouvait échapper à une saisie effectuée par des enquêteurs communautaire en matière de concurrence. Le juge communautaire a en effet considéré que parce qu'ils sont salarié de l'employeur qu'ils conseillent, ils n'ont pas, à la différence des avocats libéraux, une indépendance suffisante pour que soit justifiée la protection de leurs avis juridiques.

Outre manche, il est communément admis que la portée de la décision Akzo est limitée aux seules enquêtes communautaires en matière de concurrence. Personne ne songerait que cette décision puisse faire échec à la confidentialité des avis juridiques rendus par les juristes d'entreprise dans tous les autres domaines. Donner une telle portée à la décision Akzo remettrait en effet totalement en cause le *legal privilege* dont bénéficient les juristes d'entreprise.

Tous les espoirs sont donc permis pour les juristes d'entreprise...

# Responsabilité et droit social du juriste d'entreprise



## Jacques Barthélémy,

Avocat conseil en droit social, Ancien professeur associé à l'Université de droit de Montpellier, Fondateur, en 1965, du cabinet Barthélémy

*Jacques Barthélémy, Avocat conseil en droit social, fondateur du cabinet éponyme, fut Professeur associé à la Faculté de Droit de Montpellier et membre du Conseil économique et social. Officier dans l'Ordre national de la légion d'honneur, Chevalier dans celui des palmes académiques, il est aujourd'hui Président d'honneur de la Fédération nationale pour le droit de l'entreprise (FNDE). Auteur de très nombreux ouvrages et d'articles, notamment dans les revues Droit Social, le JCP éd. S, La Semaine sociale Lamy et Les cahiers du DRH, dans lequel il tient une rubrique mensuelle « Les apartés de Jacques BARTHELEMY », ses thèmes de prédilection sont la durée du travail, la négociation collective, la protection sociale complémentaire et la parasubordination.*

La nature des missions du juriste d'entreprise invite à son indépendance technique<sup>1</sup>. Cela tient à sa fonction d'expert dans un domaine où la direction ne peut contester son savoir (sauf à le faire auditer par un autre juriste), mais aussi à la matière exploitée, le droit, que le dirigeant doit respecter quelle que soit la stratégie mise en œuvre.

Cet état n'est pas singulier. D'autres fonctions de l'entreprise impliquent un degré élevé d'expertise et parfois une exigence de certification. Par exemple, le pharmacien responsable d'un laboratoire dont la décision s'impose au président<sup>2</sup> ou l'actuaire chargé de fonctions de contrôle dans une compagnie d'assurance (cf. Directive (CE) n° 2009/138 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice, dite « Solvabilité II »).

Ce phénomène ne peut qu'aller en s'accroissant en raison de la sophistication des règles encadrant la vie économique. Les progrès des

TIC (technologies de l'information et de la communication) seront le catalyseur de cette évolution car ils favorisent le passage de la civilisation de l'usine à celle du savoir. Cela se concrétisera de plus en plus par l'abandon de modes hiérarchiques d'organisation du travail au profit d'organisations modulaires dans lesquelles chaque travailleur dispose d'un espace personnel d'initiative et de décision. Cette évolution -qui affecte plus le droit du travail qu'on ne l'imagine dans le monde de l'entreprise<sup>3</sup> - conforte le rôle des experts, qu'ils soient internes ou externes, d'autant qu'ils contribuent, par des actions de prévention, à préserver l'efficacité économique malgré l'accroissement des contraintes.

Se posent alors d'intéressantes questions de responsabilité, aux plans civil et pénal, nécessitant une analyse de la confrontation de la subordination juridique et de l'indépendance technique (I), mais surtout justifiant, dans la perspective des mutations du travail, une prospective sur le passage d'une fonction à une profession (II).

1 Tout au plus une distinction est-elle à faire entre la situation du juriste unique et celle d'un service juridique à l'intérieur duquel une hiérarchie existe entre juristes.

2 L'exemple des pharmaciens responsables dans un laboratoire est particulièrement topique. Étant obligatoirement inscrit à l'Ordre, il est soumis aux règles déontologiques et disciplinaires, ce qui se

traduit qu'il exerce une profession et pas seulement une fonction.

3 J. Barthélémy, *Évolution du droit social*, ouvrage dans la collection Axe Droit de Lamy, 2010.

## I - L'activité du juriste confrontée à son état de subordination juridique

La boulimie législative est le propre des sociétés modernes. On est loin des philosophes des Lumières pour lesquels les libertés individuelles et collectives, spécialement celles contractuelles et d'entreprise, ne doivent avoir d'autres limites que l'intérêt général (de la Nation), dont les bonnes mœurs (c'est le fondement de l'ordre public classique, essentiellement de direction). On interprète, dans ce qui se rapporte au droit social, abusivement et fallacieusement l'ordre public économique, né de la société industrielle et capitaliste, visant à protéger la partie faible par la réglementation des contrats, du formalisme et une atteinte ciblée à la force obligatoire du contrat. Cet excès de loi – et de règlements – va aussi à l'encontre de l'intelligibilité de la loi, exigence constitutionnelle<sup>4</sup>.

Dans le monde de l'entreprise, on a l'habitude de fustiger l'abondance et la complexité des textes relatifs aux relations individuelles et collectives de travail<sup>5</sup>. Non sans raison certes, mais les différentes disciplines concourant au droit de l'activité économique sombrent dans la même frénésie.

La seule différence – peut-être ! – tient au fait que le dirigeant fait du droit du travail comme Monsieur Jourdain fait de la prose, tandis qu'il est toujours possible de prendre du temps pour traiter d'un problème de droit des sociétés, de droit fiscal, de droit de la concurrence, pour consulter les juristes. Les stratégies sociales des entreprises devraient prendre en compte que l'organisation du travail et l'exécution des contrats de travail impliquent un niveau de maîtrise, par les opérationnels, du droit social, ce qui exige un arsenal de formations à l'initiative et sous la responsabilité de juristes en droit social.

Dernière remarque – et non des moindres – à cette étude sur la confrontation de la subordination juridique et de la dépendance technique du juriste

d'entreprise : la simple gestion des contraintes a un coût, les salaires ou les honoraires des juristes n'en étant qu'une partie. Elle induit des stratégies à risque, matérialisées par le fait que le dirigeant arrête ses décisions sans y impliquer le droit, ne faisant appel à l'expert que pour mettre en forme les actes et, plus tard, pour gérer les contentieux qui en résultent. Bref, elle est un obstacle à l'efficacité économique dans une démarche fondée sur la perception d'un droit social « mal nécessaire ». L'ambition du juriste doit être de faire partager aux dirigeants de l'entreprise l'idée que le droit, grâce au déploiement d'une approche organisationnelle, doit être utilisé comme matériau parmi d'autres pour créer de la valeur ajoutée, notamment grâce à l'adaptation des normes à chaque contexte et (ou) à chaque projet, ainsi qu'à la gestion préventive du risque, notamment par le contrat. Ceci vaut spécialement pour le droit social, qui n'est alors plus subi.

Si, pour reprendre Jean Paillusseau<sup>6</sup>, le juriste quitte les rives de la seule technique – par laquelle il fait vivre le droit pour lui-même, au risque de favoriser des dérives technocratiques – pour se forger une âme et un profil de juriste organisateur, l'exigence d'indépendance technique devient encore plus essentielle, dans l'intérêt de l'entreprise s'entend. Non seulement est contre-productive la soumission sans réserve des missions – et pire, des comportements – à un ordre, mais encore vivre le droit comme une science d'organisation exige, toujours dans l'intérêt de l'entreprise, que le juriste soit à même de prendre des initiatives et de proposer des solutions et des stratégies.

Oui, mais le contrat de travail est identifié par un état de subordination juridique (A) qui produit des effets, y compris sur le plan disciplinaire ; elle rend nécessaire une réflexion sur la compatibilité avec l'indépendance technique (B). De cette confrontation naissent des solutions spécifiques sur le terrain de la responsabilité (C), obligeant à s'interroger sur l'existence d'un pouvoir autonome ou d'un pouvoir délégué du juriste.

4 Il faut alors souligner la technique mise en œuvre par Alain Madelin, alors ministre des PME, dans l'élaboration de la loi n° 94-126 du 11 février 1994, « Initiative et entreprise individuelle », dans laquelle il s'est fait un devoir d'abroger autant d'articles de loi qu'il n'en créait.

5 Entre 1973 et 2008, dates respectivement de la 2<sup>e</sup> et de la 3<sup>e</sup> recodification du Code du travail, celui-ci a vu son volume multiplié par 2, 1/2, ce qui se mesure aussi bien en nombre d'articles que de poids des codes annotés ! Est-ce bien raisonnable, d'autant qu'un code

de 100 articles pourrait s'avérer davantage protecteur !

6 J. Paillusseau, *Le droit est aussi une science d'organisation* : RTD Com., 1989, p. 1 à 57 ; *Le droit des activités économiques à l'aube du XX<sup>e</sup> siècle* : Cah. Dr. des aff., p. 258 et 32.

## A - De la subordination juridique et de ses conséquences

Le fondement du contrat de travail, institution identitaire (avec sans doute, mais à un degré moindre, la convention collective) du droit du travail (et même du droit social tant celui du travail est indissociable de celui de la Sécurité sociale) se situe dans le principe ayant conduit à l'émergence de l'ordre public économique. Mais plutôt que bâtir et donner de la force aux instruments permettant de corriger les effets du déséquilibre contractuel, le droit du travail (français) a préféré poser en postulat que le travailleur est un « mineur social », un incapable majeur du fait du caractère déséquilibré de sa relation avec son employeur. De ce fait, la seule volonté des parties est impuissante à caractériser le contrat<sup>7</sup>, en raison de la suspicion à l'égard du consentement de la partie faible.

Par voie de conséquence, a été fait le choix de donner sa consistance au contrat de travail par la subordination juridique. Au vu des problèmes, objets de la présente étude, de responsabilité du juriste dans l'exercice de ses fonctions, deux critiques émergent immédiatement qu'on ne fera qu'indiquer.

La première est celle d'écarter de l'épave la dépendance économique qui, pourtant, est aussi vectrice de déséquilibre contractuel, ce qui revient à laisser sans protection (dans ses relations avec un donneur d'ordre) tout travailleur indépendant, la seule action possible se situant sur le terrain de l'abus de position dominante. La seconde est celle de traiter pareillement tous les travailleurs en état de subordination juridique, sans tenir compte des moyens qui sont susceptibles de permettre que le contrat puisse réellement et seul faire la loi des parties au sens de l'article 1134 du Code civil ; en particulier sans tenir compte du degré d'autonomie, voire de l'importance de la rémunération.

Etant d'essence prétorienne, la subordination juridique a pu voir son contenu évoluer pour tenir compte des mutations profondes du travail. Dans la civilisation de l'usine, les organisations sont hiérarchiques : les détenteurs du savoir (les cadres) donnent des ordres à ceux qui ont pour fonction d'effectuer des tâches. La subordination juridique est alors logiquement identifiée par la participation à un service organisé. Peu ou prou,

tout travailleur participe à un service organisé, ce qui a eu pour effet une tendance expansive du salariat, d'autant plus concevable que le niveau de protection sociale des travailleurs indépendants est alors modeste. Le sentiment du caractère quasi sacerdotal de la fonction protectrice du droit du travail a conduit la Cour de cassation à des solutions qui, vues à partir d'autres disciplines, sont choquantes. Ainsi de la simple suspension du contrat de travail pendant l'exercice d'un mandat alors que cette construction bafoue littéralement le principe de révocabilité *ad nutum* ! Celui-ci devrait du reste justifier l'impossibilité absolue de cumul d'un mandat et d'un contrat de travail.

Il est assez singulier et amusant de constater que les « patrons » qui fustigent le caractère dévastateur, au plan économique, d'un droit du travail exorbitant tiennent absolument à bénéficier du filet protecteur d'un contrat de travail !

Depuis un arrêt de principe du 13 novembre 1996, dont les attendus sont sans cesse répétés par la Cour de Cassation, a émergé une nouvelle définition de la subordination juridique, influencée par les modes nouveaux d'organisation de la vie économique, eux-mêmes instillés par les progrès des TIC. L'importance de cet arrêt est attestée par la volonté de la Haute juridiction civile de positionner la jurisprudence nouvelle aussi bien en droit de la Sécurité sociale qu'en droit du travail, mais aussi de ce que la Cour de cassation s'est saisie d'un moyen non invoqué par les demandeurs. Du fait de cette jurisprudence, la participation à un service organisé est devenue un simple indice (donc plus un critère) ne pouvant être invoqué que si les conditions de travail sont définies unilatéralement par le donneur d'ordre. En rajoutant au Code du travail un article L. 8221-6-1, le législateur (loi « Hervé Novelli », loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, inspirée de l'ancienne loi « Madelin », loi n° 94-126 du 11 février 1994, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, pour la compléter) a renforcé la présomption simple d'absence de contrat de travail (s'agissant d'un travailleur inscrit à la CCI ou au RM) par l'affirmation selon laquelle la requalification en contrat de travail n'est pas possible si les conditions de travail sont unilatéralement définies soit par le travailleur, soit d'un commun accord entre les parties.

7 Cass, Ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-15.290, D., 1983, p. 381, concl. Cabannes.

Surtout cet arrêt – et ceux nombreux, tant de la 2<sup>e</sup> civile que de la Sociale qui l'ont suivi – définit la subordination juridique par des tâches ou missions effectuées par un travailleur sur instruction ou ordre d'un donneur d'ordre qui a la faculté de contrôler son travail et de sanctionner disciplinairement les manquements (Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187). De ce fait, sans pour autant remettre en cause l'existence d'un contrat de travail, l'importance des fonctions, donc le degré d'autonomie, conduit inévitablement à apprécier différemment les instruments du pouvoir de contrôle – sur ce que l'on contrôle tout autant que sur la manière dont on effectue le contrôle – dès lors que, de manière indirecte, un contrôle tatillon pourrait être interprété comme une atteinte à un élément substantiel du contrat, tout autant que comme une attitude peu respectueuse de la dignité du travailleur (droit fondamental au sens aussi bien de l'OIT que de la CESDH). De même, les fonctions d'expertise obligent à distinguer, sur le plan disciplinaire, les attributions qui ressortent de la vie en collectivité et ceux qui sont du domaine de la compétence technique.

Quels que soient les effets – ils n'ont pas encore été tous identifiés et déclinés – de cette évolution dans la définition de la subordination juridique, la responsabilité des maîtres et commettants demeure, peu important un degré élevé d'autonomie du travailleur. Il en résulte des solutions qui ne sont pas totalement satisfaisantes en équité. Ceci est particulièrement net si est consacrée l'indépendance technique, c'est-à-dire dans l'exercice de l'art, du professionnel, laquelle confère au demeurant un degré élevé d'autonomie au plan des conditions de travail. C'est à partir de ce constat qu'il convient d'analyser la situation du juriste d'entreprise.

## B - Indépendance technique et subordination juridique

Il est courant que l'on confonde autonomie et indépendance. La différence se mesure notamment au fait qu'on peut être un peu ou beaucoup autonome mais qu'on est indépendant ou pas.

En revanche, on peut être indépendant pour ceci et pas pour cela. On est ici au cœur du débat concernant le statut des juristes d'entreprise. C'est celui de l'opposition entre fonction et profession dont, au nom de l'intérêt général, celui de l'entreprise, on a besoin ; à savoir l'indépendance technique, dans l'exercice de l'art, du juriste pour que l'efficacité de son action soit, compte tenu de la matière qu'il laboure, plus grande. Cette indépendance technique n'est pas incompatible avec la subordination juridique, caractéristique du contrat de travail, laquelle s'exerce sur le seul terrain des conditions de travail. Cette distinction franche, la Cour de cassation l'a faite depuis longtemps. Si le professionnel dispose d'une liberté d'action allant au-delà de l'indépendance technique, il n'y a pas contrat de travail<sup>8</sup>. Mais l'indépendance technique n'exclut pas l'existence d'une éventuelle subordination juridique qui caractérise le contrat de travail<sup>9</sup>.

Même si l'indépendance technique est compatible avec la subordination juridique lorsque celle-ci s'exerce sur le terrain des conditions de travail et que la notion d'indépendance est divisible<sup>10</sup>, elle induit inévitablement un degré élevé d'autonomie au plan des conditions de travail : non seulement le contrôle des aspects techniques de l'activité est impossible pour des raisons liées à la compétence et à l'expertise (sauf par les pairs donc), mais encore il en résulte un libre choix dans le moment et les modalités de l'exécution du travail. Ceci vaut tout spécialement concernant la durée du travail. On s'est laissé enfermer, en raison d'abus ayant conduit l'Etat à régler le statut des cadres dirigeants et à organiser les « forfaits jours », dans une logique technocratique niant le fait que, en dehors de l'hypothèse des forfaits (en heure depuis la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, dite « Aubry II », et surtout de salaire selon une jurisprudence fort ancienne), l'indépendance technique induit que la rémunération soit indépendante de tout horaire<sup>11</sup>.

8 Cass. soc., 7 mars 1979, n° 78.40.352 : Bull. civ. n° 205.

9 Cass. soc., 19 novembre 1986, n° 84-15.629.

10 J. Barthélémy, *Contrat de travail et activité libérale* : Gazette du Pa-

lais, 1990, I, doct. p. 298 ; *Le professionnel parasubordonné* : JCP éd. E, Études et chroniques, 1996, p. 606 ; *Indépendance ? Indépendance !* : Revue de l'ACE, 2005, n° 93, p. 60.

11 J. Barthélémy, *Le professionnel libéral et les 35h00* : Droit social, 2000, p. 485 ; *Le soit-disant forfait tous horaires* : JCP éd. S, n° 14, 18 avr. 1999.

## C - Conséquences sur la responsabilité

L'indépendance induit la responsabilité personnelle. C'est en raison de la dépendance des préposés que l'article 1384 du Code civil rend responsable civilement de leurs actes les maîtres et commettants. C'est ce qui justifie la responsabilité de principe de l'employeur face aux agissements du salarié, sauf faute lourde. Et par voie de conséquence, c'est ce qui justifie, à partir du pouvoir d'organisation de l'employeur, sa faculté de sanctionner disciplinairement les manquements du salarié. A cet égard, prend une importance décisive, dans la définition prétorienne des critères de la subordination juridique, cette faculté de sanctionner, ceci d'autant que, au nom des droits fondamentaux de l'Homme (cf. la loi n° 82-689 du 4 août 1982), un droit disciplinaire protecteur a été créé, notamment dans la perspective de respecter les droits de la défense.

La subordination juridique identitaire du contrat de travail n'étant pas incompatible avec l'indépendance technique, il en résulte que, pour le travailleur salarié qui en bénéficie, la responsabilité civile de principe de l'entreprise prévaut. Au demeurant, l'interprétation de l'article 1384 donnée par la Cour de cassation fait que l'indépendance technique dont jouit un médecin (par exemple) dans l'exercice de son art n'étant pas incompatible avec l'état de subordination qui résulte d'un contrat de louage de services le liant à un tiers<sup>12</sup>, un anesthésiste (médecin lui aussi) peut être le préposé d'un chirurgien<sup>13</sup>. Ceci étant, la qualité de sachant, d'expert, rend plus délicate la mise en œuvre de sanctions s'agissant de l'activité technique, ce qui oblige à concrètement séparer ce qui relève de celle-ci et les conditions de travail. Ici, la qualification de l'expert et les responsabilités qui s'y attachent peuvent être des circonstances aggravantes. Ainsi par exemple de l'obligation de réserve<sup>14</sup> ou de secret professionnel<sup>15</sup>.

Dans ses fonctions, le juriste d'entreprise peut voir sa responsabilité pénale engagée à deux titres, spécialement pour ce qui se rapporte à la sécurité et à la santé :

- d'une part, dans son rôle de responsable d'un service, donc pour ce qui concerne les instruments et le comportement du personnel placé sous ses ordres ; ici, le juriste n'a évidemment pas de particularité par rapport à n'importe quel autre chef de service. La mise en cause de sa responsabilité civile personnelle, à l'occasion d'une faute pénale, pourra notamment résulter d'une délégation de pouvoirs, laquelle ne se présume pas<sup>16</sup>. Sa validité -donc son opposabilité- suppose que le délégué soit pourvu de la compétence, de l'autorité et de moyens nécessaires pour pouvoir veiller efficacement au respect des dispositions protectrices en vigueur<sup>17</sup> ;

- d'autre part, du fait de ses attributions qui le conduisent à édicter des normes. C'est là que, évidemment, se pose avec acuité l'impact de l'indépendance technique. Dans une approche théorique, on doit opposer deux conceptions :

- ou bien on fait prévaloir, du fait de la subordination juridique, la situation de préposé. C'est alors en se positionnant sur le terrain de la délégation de pouvoir (qui, rappelons-le, ne se suppose pas) qu'on peut, dans les domaines où celle-ci peut prospérer (c'est-à-dire ceux qui ne relèvent pas, par nature, du pouvoir des dirigeants), organiser le transfert de la responsabilité sur le juriste en cas de faute pénale. Mais l'employeur doit alors tirer de l'existence d'infractions répétées l'existence d'une faute personnelle dans la mesure où une telle situation doit conduire à remettre en cause la délégation. Ainsi, l'avocat salarié -bien qu'exerçant une profession marquée par l'indépendance technique- n'est personnellement responsable du préjudice causé au client que s'il a commis une infraction intentionnelle<sup>18</sup>, ou une faute au sens de l'article 121-3 du Code pénal<sup>19</sup> ;
- ou bien on fait prévaloir, du fait de la qualité d'expert, de sachant, que l'indépendance technique induit en soi la responsabilité personnelle qui n'exclut toutefois pas celle de la société (cf. l'arrêt précité concernant les rapports entre un anesthésiste et un chirurgien). Encore faut-il, pour que l'indépendance, même seulement technique, soit effective, ce qui - en l'absence d'une profession organisée, ayant mis en place les moyens d'une auto-régulation et une déontologie pour

12 Cass. com., 5 mars 1993 : RTD civ., 1993, 137, obs. Jourdan.

13 TGI Versailles, 11 déc. 1970 : JCP, 1971, II, 16755, notes N.S.

14 Exemple Cass. soc., 20 janv. 1993, n° 89-42.831, RJS, 1993, 181, n° 296.

15 Exemple Cass. soc., 20 nov. 1980, n° 78-41.236 : D, 1981, ir 267, obs. Pelissier.

16 Cass. crim., 8 avr. 2008, n° 07-80.535 : Bull. civ., 86, RTD, 2008, 670, obs. Heas.

17 Jurisprudence constante - notamment 8 déc. 2009 -, JS Lamy, 2010, n° 274-4, obs. Tourreil.

18 Cass. Ass. plén., 14 déc. 2001, n° 00-82.066.

19 Cass. crim., 28 mars 2006, n° 05-82.975, F-P+F.

que soit promue une morale professionnelle – est sans doute difficile. D'autant que la fonction de juriste ne se décline pas de manière homogène ; des distinctions s'imposent suivant que n'existe qu'un seul professionnel ou un service juridique et, dans ce second cas, suivant la manière dont sont conçus les contrôles internes au service et le degré d'autonomie de chaque juriste à l'égard du directeur juridique. Voilà du reste ce qui permet de critiquer la jurisprudence précitée relative à l'avocat salarié<sup>20</sup>.

## II - Prospective juridique : de la fonction à la profession

Les débats récurrents sur l'entrée des juristes dans la profession d'avocat montrent que la question essentielle, s'agissant du statut du juriste d'entreprise, est celle de la reconnaissance, au nom de l'intérêt général, de son indépendance technique, laquelle permet le passage d'une fonction à une profession. Ce débat, on ne le rouvrira pas ici, sauf pour rappeler que l'argument de l'indépendance avancé par une majorité d'avocats (d'organisations tant ordinaires que syndicales du reste, ce qui est plus grave) pour refuser le titre d'avocat au juriste d'entreprise est totalement infondé puisque la notion d'indépendance est divisible et qu'elle n'est pas incompatible avec la subordination juridique. Leur opposition est davantage du domaine du culturel, ce dont atteste qu'en invoquant la même indépendance, les professions d'avocats et de médecins ont construit des solutions diamétralement opposées concernant le salariat interne et le salariat externe. On peut avancer que cette opposition est davantage dictée par la peur des effets négatifs au plan économique, celle qui avait conduit les mêmes à refuser la fusion avec les conseils juridiques et donc l'avocat salarié.

La profession d'avocat est une profession libérale parmi d'autres. Y cultiver à l'excès la spécificité, c'est en appauvrir les règles fondatrices qui ne reposent plus alors sur les droits fondamentaux. La loi spéciale a ses limites ! Au demeurant, les médecins déploient la même démarche que les avocats en opposant médecins libéraux et autres, comme, de façon indue, on oppose avocats collaborateurs et avocats salariés. Il ne s'agit que de

modes d'exercice d'une profession unique marquée, notamment, par l'indépendance technique, laquelle justifie une déontologie. Au demeurant, et contrairement à ce qui vaut dans certaines professions comme celle des pharmaciens, on ne dispose pas, dans la profession d'avocat, de tableaux différents. Et la soi-disant indépendance totale du collaborateur est un mythe, dans la mesure où ses relations avec le cabinet sont marquées par la dépendance économique, simplement sous une forme différente de celle qui caractérise un salarié. L'exigence d'une clientèle personnelle est un alibi que, dans le « barreau d'affaires », on ne prend même plus soin d'habiller artificiellement !

Ceci conduit à un constat et à deux propositions en conséquence.

### A - Le double effet pervers de la tendance expansive du salariat

Dans la civilisation de l'usine, la frontière entre travailleur indépendant et salarié est nette. Elle pose d'autant moins de problème que seuls les salariés ont droit initialement à une protection sociale. Rappelons que ce sont les commerçants, artisans et les professions libérales qui n'ont pas voulu du régime unique de Sécurité sociale souhaité par Pierre Laroque en 1945. Et ceci au nom de leur indépendance économique, de leur droit d'entreprendre qui les rendent responsables des décisions à prendre pour assurer les aléas de la vie humaine.

Plus se développe la civilisation du savoir grâce aux progrès des TIC, plus la frontière entre les deux devient floue malgré les efforts louables de la Cour de cassation pour donner une nouvelle définition de la subordination juridique qui soit en phase avec les contextes nouveaux. Au demeurant, malgré l'effort du législateur pour harmoniser le statut social des indépendants et celui des salariés, subsiste l'idée que le statut de salarié est préférable, ce qui favorise une tendance expansive du salariat. En attestent les textes répressifs du travail dissimulé et ceci malgré la présomption simple d'absence de contrat de travail intégrée par la loi « Madelin »<sup>21</sup> (C. trav., art. L. 8221-6). La tendance expansive du salariat se manifeste aussi par le fait qu'on invoque immédiatement la

20 Renaud Mortier : JCP éd. E, 2011, n° 24.

21 Il n'est sans doute pas inutile de souligner que cette loi mettait en œuvre l'avis du CES des 27 et 28 avril 1993, dont le rapporteur

est l'auteur de cet article, relatif à l'initiative de l'entreprise individuelle, avis qui s'efforçait de définir les moyens de donner de la consistance juridique à l'entreprise, nonobstant l'absence de

société, donc de personne morale. Les textes ultérieurs - y compris ceux sur l'autoentrepreneur, tiré de la même philosophie Madelinienne et sur l'« EIRL » -, consacrant la possible dissociation

subordination juridique, dont la fonction est de séparer ce qui est activité salariée et indépendante. En amont, il convient de rechercher si l'activité est professionnelle<sup>22</sup>.

Cette tendance expansive a deux effets pervers : celui de surprotéger ceux des travailleurs en état de subordination juridique mais disposant d'indépendance technique et (ou) d'un degré élevé d'autonomie au plan des conditions de travail, dont le contrat de travail peut donc faire plus aisément seul la loi des parties et qui néanmoins bénéficient d'un filet protecteur (le Code du travail) conçu prioritairement pour l'ouvrier et l'employé (c'est-à-dire le « mineur social ») ; celui de laisser sans protection le travailleur en état de seule dépendance économique dont le nombre et les modalités d'exercice de l'activité se multiplient (sous-traitance, franchisés, membres de réseaux, mandat, etc.).

En fonction du degré d'autonomie, donc de responsabilité, le degré de protection devrait évoluer, ce qui mettrait fin à une distinction, qui devient artificielle, à partir de l'appartenance à une catégorie de travailleurs, d'autant que le principe d'égalité de traitement commence sérieusement à malmener les statuts catégoriels différenciés. Au demeurant, certains droits fondamentaux, tels celui à la santé, étant d'ordre public, ne peuvent se satisfaire d'une division manichéenne ; par exemple, l'obligation générale de sécurité de résultats, élevée au rang de principe par la Cour de cassation, s'imposera vite dans les rapports entre le donneur d'ordre et le sous-traitant.

## B - Perspectives

a) Consacrer l'indépendance technique du juriste d'entreprise est une exigence d'intérêt général économique. Elle permettrait – en interdisant à l'employeur d'orienter les positions de celui-ci dans ses analyses, donc en empêchant des sanctions disciplinaires portant sur l'exercice de l'art – de donner du sens au concept d'intérêt de l'entreprise. En effet, cela permettrait de mettre en évidence les décisions du dirigeant matérialisant un détournement de pouvoir, c'est-à-dire l'utilisation du pouvoir de direction à d'autres fins que

l'intérêt de l'entreprise en autorisant le juriste à opposer un veto. La thèse institutionnelle concrétisée en jurisprudence au lendemain de la Seconde guerre mondiale pourrait ainsi reprendre de la vigueur alors qu'à défaut de cerner juridiquement ce qu'est l'intérêt de l'entreprise (qui ne peut se résumer à celui de la société, donc des détenteurs du capital), la limite de fond du pouvoir de direction était une simple incantation justifiée par l'attendu habituel « sauf détournement de pouvoir, l'employeur est seul juge des décisions à prendre dans l'intérêt de l'entreprise »<sup>23</sup>. La conception institutionnelle a repris de la vigueur à partir de l'arrêt de 2008 concernant le CHSCT. La Cour de cassation a suivi la cour d'appel qui a suspendu la décision unilatérale de l'employeur relative à un nouveau mode de répartition des horaires, au motif que devait être au préalable levée l'hypothèque d'un possible effet négatif sur la santé, ceci en relation avec l'obligation générale de sécurité de résultats, principe d'essence prétorienne.

Bien sûr, l'entrée dans la profession d'avocat permettrait de consacrer pleinement l'indépendance technique du juriste d'entreprise. Majoritairement, les instances ordinales et syndicales y sont hostiles (elles l'étaient tout autant à la fusion avec les conseils juridiques !). Mieux vaut donc, provisoirement tout au moins, opter pour la solution de la réglementation du titre, donc la mise en place de moyens permettant, par l'autorégulation préférable à la création d'une instance ordinaire, de donner du sens à la protection du titre et au respect d'une morale professionnelle. Cela existe déjà – par exemple pour les journalistes (même si la structure les concernant est loin d'être efficace) – et surtout la pratique des ordres est une exception, les pays anglo-saxons n'y recourant pas, sans que cela nuise à l'efficacité de la profession, bien au contraire.

L'indépendance technique n'étant pas incompatible avec la subordination juridique et celle-ci caractérisant le contrat de travail, le statut social ne serait pas affecté par le passage, ainsi, de la fonction à la profession. Le droit des rapports collectifs (spécialement celui des conventions collectives) peut continuer à s'appliquer, d'autant que le droit de négociation, étant d'essence constitutionnelle

des patrimoines professionnel et domestique- étaient évoqués dans ce rapport. Cf. à ce sujet les articles L. 8221-6 et L. 8221-6-1 du Code du travail qui, en introduisant une présomption simple, renversent la charge de la preuve

(Cass. soc., 22 mars 2006, n° 05-42.346, F-P : JCP éd. S, 2006, 1423, note Puigelier).

22 Cf. à ce sujet la jurisprudence sur la télé réalité et les articles de J.-E. Ray, P.-Y. Verkindt et J. Barthélémy.

23 P.-Y. Verkindt, *Santé au travail versus pouvoir de direction : un retour de la thèse institutionnelle de l'entreprise ?*, Droit social, 2008, p. 519, à propos de l'arrêt Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45.888, FS-P+B+R.

(cf. alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946), n'est pas réservé aux salariés<sup>24</sup>. De même, la définition large du salariat au plan du droit de la Sécurité sociale (cf. CSS, art. L. 311-2) fait que n'est pas menacée l'affiliation au régime général, donc aux régimes complémentaires obligatoires AGIRC (Association générale des institutions de retraite des cadres) et ARRCO (Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés). Au demeurant, la jurisprudence précitée relative à la compatibilité de l'indépendance technique et de la subordination juridique se rapporte, pour l'essentiel, à l'assujettissement aux organismes de Sécurité sociale.

Tout au plus, mais cela ne change pas grand-chose au plan de la protection, l'indépendance technique induit une très grande autonomie au plan des conditions de travail, ce qui se traduit par la non application, de fait, de certaines réglementations, telles celle de la durée du travail, sauf pour ce qui consacre le droit fondamental à la santé (durée maximum, repos minimum). Une situation similaire à celle, d'essence législative, des cadres dirigeants est alors parfaitement concevable. D'autant que l'indépendance technique induit l'impossibilité de contrôler les temps de travail par l'employeur. Mais - et cela est important pour les entreprises - le maintien d'un contrat de travail (du fait de la subordination juridique au plan des conditions de travail) a pour effet que le pouvoir de direction s'exerce aussi sur le juriste d'entreprise.

b) Plutôt que bâtir un statut *sui generis* – comme celui des avocats salariés par exemple, qui ne manque pas de justifier des critiques<sup>25</sup>, ou encore celui des journalistes – mieux vaut favoriser l'émergence d'une catégorie de travailleurs intermédiaire entre le salarié et l'indépendant, fondée sur le concept de parasubordination<sup>26</sup>. En relèveraient, d'un côté, tous ceux en état de

subordination juridique mais disposant soit d'indépendance technique, soit d'un degré très élevé d'autonomie au plan des conditions de travail, d'un autre côté les travailleurs indépendants juridiquement mais dépendants économiquement. Une telle construction, on la retrouve dans d'autres Etats, tels l'Italie<sup>27</sup>. Ici, des règles de procédure, qualifiées de substantielles, du contrat de travail pourraient contribuer à une déclinaison harmonieuse de l'ordre public économique par des moyens de corriger l'état de faiblesse d'une des parties ; par ailleurs, l'indépendance technique entraînerait la responsabilité personnelle dans la mise en œuvre des actes professionnels mais le contrat d'assurance la couvrant serait acquitté par l'employeur, ceci étant la conséquence de la dépendance économique. De ce fait, peut être dépassé le cadre étroit de la délégation de pouvoir, inadapté au demeurant, pour apporter une réponse aux conséquences de l'indépendance technique consacrée législativement.

Quel que soit l'intérêt de la création d'une catégorie intermédiaire, elle présente un inconvénient majeur, celui de remplacer une frontière floue par deux qui le seront tout autant. Voilà pourquoi est sans doute préférable la création progressive - en liaison avec le passage de la civilisation de l'usine à celle du savoir - d'un droit de l'activité professionnelle<sup>28</sup> regroupant tous les travailleurs, du plus subordonné au totalement indépendant, les différences de protection ne se concrétisant plus en fonction de l'appartenance à une catégorie mais eu égard au degré d'autonomie, donc de responsabilité et de la capacité pour plus ou moins grande du contrat individuel à faire seul la loi des parties. Dans cette construction, le concept de parasubordination jouerait un rôle de catalyseur. Un tel droit de l'activité professionnelle serait en parfaite osmose avec le droit de l'activité économique qui se substitue peu à peu au droit

24 J. Barthélémy, *Une convention collective de travailleurs indépendants* : Droit social, 1997, p. 40. Cet article a été rédigé à partir du texte négocié entre la Fédération française des sociétés d'assurances et la Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurance définissant le statut juridique et social de ces derniers. Il est intéressant à souligner ici, car les agents généraux d'assurance sont des travailleurs indépendants, étant des professionnels libéraux, mais sont en état de dépendance économique à l'égard d'une compagnie, ce qui

déséquilibre la relation contractuelle, rendant utile le recours au contrat collectif.

25 J. Barthélémy, *Avocats salariés, avocats collaborateurs* : quelle différence en 2009 ? : Droit social, 2009, p. 1195.

26 J. Barthélémy, *Essai sur la parasubordination* : SSL, 8 sept. 2003, n° 1134 ; *Le professionnel parasubordonné* : JCP éd. S, 1996, 606.

27 A. Perulli, *Travail économiquement dépendant : parasubordination, aspects juridiques, sociaux, économiques* : Rapport pour la Commission européenne, 2003.

28 A. Suptot, *Les nouveaux visages de la subordination* : Droit social, 2000, p. 134 ; P.-H. Antonmattei et J.-C. Sciberras, *Le travailleur économiquement dépendant : quelles protections ?* : Rapport remis en 2008 au ministre du Travail ; S. Scaramozzino, *Pour un droit de l'activité professionnelle* : thèse Montpellier I, 2007 ; J. Barthélémy, *Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle* : Lamy, Cahiers du DRH, n° 144, juin 2008, 35.

de l'entreprise<sup>29</sup>, alors que les finalités différentes du droit des sociétés et du droit du travail créent entre eux de graves turbulences.

Encore faut-il que ces deux grands ensembles de droits soient irrigués par l'approche organisationnelle du droit, dont Jean Paillusseau est le grand prêtre. Le passage de la théorie structuraliste du

droit à la théorie fonctionnaliste en fait une nécessité dans la perspective d'utiliser le droit comme instrument d'organisation et pour éviter d'en subir les contraintes. Cela suppose que les juristes, d'applicateurs de normes, deviennent créateurs de normes et fassent preuve de créativité, d'inventivité. En sont-ils capables et le leur enseigne-t-on ?<sup>30</sup> Ce sera la conclusion.

---

29 J. Paillusseau, *Le droit de l'activité économique à l'aube du XX<sup>e</sup> siècle* : Recueil Dalloz, Cahier droit des affaires, 2003, n° 4, p. 260 et n° 5, p. 22.

30 J.-M. Mousseron, *Inventer*, Centre du Droit de l'entreprise Montpellier, recueil d'écrits de l'immense professeur rassemblés à l'occasion de son décès le 16 décembre 2000.

# Enquêtes et procédures internationales : un cauchemar qui peut devenir réalité pour une entreprise française



## Hubert de Vauplane,

Avocat associé, Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP

*Hubert de Vauplane est avocat associé du cabinet Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP. Expert auprès de la Commission européenne (membre du Legal Certainty Group), de l'AMF (membre de la Commission consultative Organisation et fonctionnement du marché), de la Banque d'Angleterre (membre du Financial Market Law Committee), Hubert de Vauplane est également ancien Vice-Président du European Financial Lawyers Market Group auprès de la Banque centrale européenne. Avant de rejoindre le cabinet Kramer Levin (2011), il était directeur juridique et conformité du groupe Crédit agricole, après d'autres postes notamment de directeur juridique de BNP Paribas Corporate & Investment Banking. Il a aussi passé cinq années comme opérateur de salle de marché dans les produits dérivés. Après dix-huit années comme professeur associé à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, il enseigne depuis 2012 à l'IEP Paris le droit bancaire et financier.*

Dans la carrière d'un directeur juridique d'entreprise, l'un des pires cauchemars qui puisse lui arriver, c'est de se trouver confronté pour le compte de sa société aux différentes agences américaines dans le cadre d'enquêtes ou d'investigations pénales ou administratives<sup>1</sup>. Et la question de la gestion de la confidentialité est l'une des plus délicates.

Les enquêtes internationales lancées par des autorités étrangères (et américaines, le plus souvent) qui peuvent « frapper » une entreprise française ne sont pas l'apanage des grandes sociétés internationales, celles du CAC 40 (même si environ la moitié des entreprises du CAC 40 ont eu affaire ou sont aujourd'hui sous le coup d'enquêtes par une ou plusieurs agences américaines). Toute société française est susceptible de se retrouver un jour ou l'autre sous le coup d'une telle enquête. Bien sûr, celles qui font de l'export avec les Etats-Unis, mais potentiellement toutes les entreprises

qui peuvent avoir violé une loi américaine, le plus souvent sans s'en rendre compte, du fait de l'extraterritorialité d'un certain nombre de dispositions du droit américain (cf. *infra*), y compris en matière de procédure civile dans le cadre de *class actions*.

Dans ma carrière en entreprise, avant de rejoindre le barreau, j'ai eu par trois fois à être confronté à ce type d'enquêtes pénales ou administratives ou de procédure comme des *class actions*. Expérience riche, certes, mais éprouvante. Le plus grand défi que j'ai alors rencontré dans la gestion de ces dossiers, c'est celui du « choc des cultures » entre le droit américain et le droit français, choc qu'il faut expliquer aux dirigeants.

L'une des plus grandes difficultés auxquelles doit alors faire face un directeur juridique dans une telle situation, c'est le « syndrome *Executive Life* ». On se souvient de cette affaire qui, au début des

<sup>1</sup> Je ne peux que recommander la lecture de l'ouvrage collectif récemment sorti *Deals de justice*,

sous la direction de A. Garapon et P. Servan Schreiber, PUF, 2013

(j'ai pour ma part écrit le premier chapitre de ce petit livre).

années 90, avait défrayé la chronique judiciaire, politique mais aussi diplomatique entre la France et les Etats-Unis : le Crédit Lyonnais, alors banque publique française, était accusé d'avoir contourné la loi américaine en rachetant la compagnie d'assurance californienne *Executive Life* à la suite de sa faillite *via* une société écran *offshore*, en contradiction avec le droit américain. Poursuivi par le procureur de Californie, l'Etat français avait dû s'acquitter d'une amende de 750 millions de dollars, qui a couvert les dettes du Crédit Lyonnais.

Parmi les leçons de cette affaire, le fameux « choc de culture » conduit les dirigeants d'entreprises françaises à appliquer le mode de raisonnement, d'analyse et d'action auquel ils sont habitués en Europe et en France au cas de la procédure américaine<sup>2</sup>. Et de commettre des erreurs dans la stratégie de défense. Parmi les erreurs culturelles commises, il y a celle, bien sûr, de vouloir faire intervenir les politiques pour régler le problème de façon diplomatique ; ou encore celle de la compréhension du système de preuve américain (*discovery*<sup>3</sup>), totalement différent de celui du droit continental ; plus généralement, l'incompréhension de la procédure d'enquête américaine.

C'est dans ce cadre que la gestion de la confidentialité s'inscrit.

La première question qui se pose est celle relative à la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client. Dans quelle mesure les messages (téléphoniques, électroniques, mais aussi papiers) entre un avocat externe et l'entreprise sont-ils bien protégés ? La réponse est complexe et nécessite de se plonger dans les subtilités du droit de la preuve. De la même manière, comment protéger les échanges à l'intérieur de l'entreprise, dès lors que le juriste interne ne bénéficie pas du

statut d'avocat, voire lorsqu'il est inscrit aussi à un barreau étranger ? De nombreuses affaires aux États-Unis ont eu à connaître de cette question, particulièrement lorsque le juriste interne est en même temps inscrit à un des barreaux des États-Unis d'Amérique, en plus de sa situation d'employé d'une entreprise.

Le « choc culturel » concerne aussi la question de la protection des données personnelles, dont on sait que l'approche entre le droit européen et américain est radicalement différente, le droit européen considérant que la protection de ces données a une vocation universelle au point de l'ériger en liberté fondamentale, alors que le droit américain traite cette question sous l'angle sectoriel, sans établir une hiérarchie entre les normes<sup>4</sup>. C'est ici toute la question de la définition de la notion de « données à caractère personnel » et le risque d'atteinte à la vie privée des salariés. La question est tellement sensible que la CNIL a émis une recommandation, qui continue de faire l'objet de nombreux débats et qui est loin de traiter toutes les interrogations, dans la cadre des procédures de « *discovery* »<sup>5</sup>.

Mais la question qui fait l'objet de plus de controverses et de discussions est celle de la loi dite de « blocage » de 1968<sup>6</sup> qui interdit, sous peine de sanctions, la communication à des autorités étrangères de documents ou de renseignements de nature économique, commerciale, industrielle, financière ou technique, en dehors des cas prévus par les traités internationaux. Cette loi a pour objectif clair de faire échec aux procédures de *discovery* américaines et de protéger les ressortissants français contre la pratique des tribunaux américains qui, plutôt que de passer par

2 Sur cette affaire, comme sur le « choc culturel », cf. le livre d'un des principaux acteurs de l'affaire, J. Peyrelevade et J.M. Pontaut, *Seul face à la justice américaine*, Plon, 2006.

3 La procédure dite de « *discovery* », ou de « *pre-trial discovery* », est une phase d'investigation et d'instruction préalable au procès civil et commercial, au cours de laquelle chaque partie peut exiger de l'autre qu'elle divulgue tous les éléments de preuve pertinents au litige dont elle dispose, même si elles lui sont contraires, quelles que soient leur localisation et leur forme. Le champ d'application de cette procédure précontentieuse

est très large, dans la mesure où chaque partie peut demander au juge d'exiger la divulgation non seulement d'éléments de preuves, mais de tout élément ou toute information susceptible de faciliter la recherche de la preuve. Cette injonction peut être adressée aux parties, mais aussi aux tiers étrangers à la cause. L'acte introductif peut, en outre, être vague et général en ce qui concerne l'allégation des faits en cause (cf. le rapport n° 4159 de l'Assemblée nationale sur la proposition de loi n° 3985 de M. Bernard Carayon, visant à sanctionner la violation du secret des affaires).

4 Sur la question de la protection des données personnelles, cf. le dossier spécial du Juriste d'entreprise magazine, n° 9, avr. 2011, pp. 10 et s.

5 Délibération n° 2009-474 du 23 juill. 2009, portant recommandation en matière de transfert de données à caractère personnel dans le cadre de procédures judiciaires américaines dites de « *discovery* ».

6 Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

les mécanismes de coopération judiciaire prévus par la Convention de La Haye du 18 mars 1970, préfèrent souvent (mais pas systématiquement) s'en dispenser et lancer des injonctions (« *subpoena* ») directement à une partie hors du territoire américain. Le plus souvent, une entreprise qui reçoit pour la première fois une telle « *subpoena* » l'enjoignant de communiquer dans un délai assez bref toute une série de documents et d'information ne sait pas quoi faire. D'ailleurs, chaque « *subpoena* » obéit à un régime particulier selon l'émetteur de l'« injonction ». Dans ces conditions, que faire ? Est-il possible, et jusqu'à quel point, de refuser de communiquer des informations à des autorités américaines qui en font la demande (que ce soit directement par une « *subpoena* », ou *via* la Convention de La Haye de 1970) ? Comment s'opposer à une « pêche à la preuve » où une partie américaine demande parfois « tout et n'importe quoi », le but étant de récupérer « quelque chose » dans toute cette masse d'informations qui aidera le demandeur. Il s'agit là d'un mode de recherche de la preuve totalement étranger aux traditions continentales<sup>7</sup>. Compte tenu de l'application très stricte du droit américain qui, en l'espèce, refuse de reconnaître les effets de cette loi dans son ordre juridique, il fut question, sous la précédente législature, de modifier cette loi, et plus généralement de créer un cadre légal au « secret des affaires », afin de rendre le droit français « plus efficace », c'est-à-dire de mieux protéger les entreprises françaises<sup>8</sup>.

Ce « choc culturel » peut potentiellement être fatal à une entreprise française objet d'une enquête ou procédure américaine. Le rôle du directeur juridique et des avocats est alors d'« éduquer » la direction de l'entreprise, de lui faire prendre conscience des enjeux d'une telle enquête, pour

l'entreprise bien sûr mais aussi pour eux, personnellement (très vite se pose la question pour le dirigeant de savoir s'il peut continuer de voyager aux Etats-Unis « sans risque »). Ainsi, parmi les réflexions souvent entendues d'entreprises objets de ces investigations : « *on ne va pas se laisser dicter notre conduite par les américains !* », ou encore « *de toutes les façons, le juge américain n'a pas compétence sur nous* », ou mieux : « *moins on en dit, mieux on se porte* » ; voire pire ! « *on ne va pas dire la vérité* »<sup>9</sup>. Il faut avoir fait l'objet d'une audition (ou plusieurs) dans le cadre d'une CRI, ou d'une « *cross examination* » dans le cadre d'une procédure américaine pour se rendre compte, non pas du fossé, mais du gouffre qui sépare le droit français et continental du droit américain<sup>10</sup>.

Très vite au démarrage de la procédure, la question de la « coopération » ou non avec la justice américaine va se poser à l'entreprise. C'est une décision lourde de conséquence. Puis (mais idéalement concomitamment) viendra la question du choix du cabinet d'avocat<sup>11</sup>, voire, en cas de coopération avec la justice américaine, de la société de conseil pour mettre en place les investigations internes, puis la question de la gestion de la communication aux actionnaires, salariés, clients. Tout cela coûte au final beaucoup d'argent. Mais aussi – surtout – mobiliser énormément les équipes internes, à commencer par la direction générale, qui ne doit pas s'en remettre exclusivement entre des mains externes. En n'oubliant jamais que la très grande majorité des enquêtes ou procédures américaines se terminent par un accord transactionnel (avec les agences fédérales ou étatiques, ou les parties au procès), et non devant la justice. Là encore, une vraie différence culturelle.

7 Cette hostilité des États de tradition romano-germanique a conduit à introduire, à l'article 23 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970, une disposition selon laquelle « *tout Etat contractant peut, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, déclarer qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les États de Common Law sous le nom de 'pre-trial discovery of documents'* ». La France, lorsqu'elle a ratifié ladite Convention le 7 août 1974, a émis une déclaration en ce sens. Le 19 janvier 1987, elle a assoupli sa

position et modifié cette déclaration relative à l'article 23 par une nouvelle déclaration, en précisant que « *la déclaration faite par la République française conformément à l'article 23 relatif aux commissions rogatoires qui ont pour objet la procédure de 'pre-trial discovery of documents' ne s'applique pas lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige* ».

8 Pour une explication des enjeux, cf. le rapport n° 4159, précité.

9 Se souvenir avant toute chose qu'aux États-Unis, le mensonge est pire que la faute (*It's not about the fuck up, it's about the cover up* !).

10 Pour comprendre ces différences, lire l'excellent livre de A. Garapon et I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, O. Jacob, 2003.

11 Encore un exemple de « choc culturel », au moment où le directeur juridique va montrer la facture du cabinet américain à son directeur général, lequel n'en revient généralement pas et pense qu'il y a une (ou plusieurs) zéro(s) de trop !

## Les principales législations extraterritoriales américaines

De nombreuses lois américaines sont de portée extraterritoriale. Il n'est pas possible de les recenser toutes<sup>12</sup>. Voici un résumé des principales, classées par typologie d'objet.

Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. L'*Alien Tort Act* de 1789, 28 USC § 1350<sup>13</sup>, mais aussi le *Bank Secrecy Act* de 1970<sup>14</sup>, l'*Anti-Terrorism Act* de 1992<sup>15</sup>, le *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* de 2001 ("USA Patriot Act")<sup>16</sup>, le *Money Laundering Control Act*<sup>17</sup>, le *Trading with the Enemy Act* (TWEA) de 1917<sup>18</sup>, le *International Emergency Economic Powers Act* (IEEPA) de 1977<sup>19</sup>, les pouvoirs d'investigation accordés bien sûr à l'OFAC (*Office of Foreign Assets Control*), sans oublier les lois d'Amato-Kenedy et Helms-Burton de 1996.

Lutte contre la corruption. La loi la plus connue est bien sûr le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977<sup>20</sup>, mais aussi le *Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act* de 1970.

Lutte contre l'évasion fiscale, avec la fameuse *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) de 2010, qui permet d'appliquer une retenue à la source de 30 % sur des paiements de source américaine versés à des institutions financières étrangères après le 31 décembre 2012, à moins qu'un accord soit conclu entre l'institution financière et l'administration fiscale américaine pour la communication de données sur des comptes clients américains (section 1471).

En matière de fraude boursière, les tribunaux américains ont donné une compétence extraterritoriale à leurs lois boursières, et notamment l'article 10(b) (5) du *Securities and Exchange Act of 1934*, qui vise les manipulations de marché et les fraudes.

En matière de gouvernance d'entreprise, le texte le plus emblématique en la matière est le *Sarbanes-Oxley Act of 2002*<sup>21</sup>, instauré à la suite des scandales Enron et WorldCom.

*Last but not least*, les lois antitrust américaines, comme le *Sherman Act*<sup>22</sup>, le *Clayton Act*<sup>23</sup>, le *Hart Scott Rodino Act*<sup>24</sup>, le *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*<sup>25</sup>, sans oublier le *DOJ/FTC's Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995).

12 Pour un exposé plus complet, cf. nos obs., *Les entreprises européennes face à l'extraterritorialité du droit américain*, Revue Banque, mai 2010, n° 724, p. 78.

13 Il s'agit d'une loi datant de 1789, adoptée par le Congrès américain pour lutter contre la piraterie en haute-mer et qui fut dormante pendant deux siècles lorsque certains avocats au début des années quatre-vingt dix commencèrent à

intenter des procès aux multinationales américaines et étrangères pour violation de législations internationales.

14 31 USC § 5311 *et seq.*

15 18 USC § 2333 (a).

16 Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

17 18 U.S.C. §§ 1956, 1957 (1986).

18 12 USC § 95a.

19 50 USC §§ 1701 *et seq.* (amendé en 2007).

20 15 USC §§ 78dd-1, *et seq.*

21 *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 (Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745, July 30, 2002).

22 15 USC sections 1 & 2.

23 15 USC section 18.

24 15 USC section 18A.

25 15 USC section 6(a).

## De la confidentialité



**Denis Musson,**  
Président du Cercle Montesquieu

**Pierre Laporte,**  
Administrateur du Cercle Montesquieu

*Denis Musson, titulaire d'un DESS de Droit des affaires et fiscalité, Université Paris 2 Panthéon-Assas et d'un LLM de l'University of Pennsylvania, Etats-Unis, est Président du Cercle Montesquieu depuis avril 2013 et membre de son Conseil d'administration depuis 2009. Il est par ailleurs Directeur juridique et Secrétaire du Conseil d'Imerys depuis 1999 et membre de son comité exécutif. Il avait précédemment effectué sa carrière chez Pechiney où il a débuté à la direction des affaires juridiques du groupe avant de prendre la responsabilité de son département Corporate.*

*Pierre Laporte, titulaire d'un DEA de Droit des affaires de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, d'un diplôme de l'IEP Paris et d'un LLM de la Georgetown University, est administrateur du Cercle Montesquieu. Il a été successivement avocat au barreau de Paris dans plusieurs cabinets pendant douze ans et General Counsel de GE Healthcare pour l'Europe MEA et l'Asie, avant de rejoindre le groupe AREVA de 2005 à 2009 où il a été directeur juridique d'AREVA T&D puis du Groupe AREVA, membre du Comité exécutif. Il est aujourd'hui Senior Vice President Legal d'ALSTOM Grid. Il enseigne le droit du financement au sein du Master de Droit économique de l'Ecole de Droit de Sciences Po Paris.*

Le Cercle Montesquieu fête son vingtième anniversaire cette année... celui également de son engagement en faveur d'une profession réglementée unique et unie avec des avocats exerçant soit en mode libéral, soit en entreprise.

Le Cercle reste persuadé que cette voie reste la plus simple et la meilleure, avec de multiples bénéfices pour l'ensemble des professionnels du droit, le développement et la compétitivité de l'industrie juridique de la France, afin d'assurer l'indispensable protection des services rendus par les juristes internes au bénéfice des entreprises localisées en France.

L'un de ces services essentiels consiste à analyser et traiter les situations susceptibles de générer des risques juridiques et de non-conformité au sein de l'entreprise, et ce dans un environnement de plus en plus international, où les conflits de lois et de juridictions sont de plus en plus fréquents.

Pour mener à bien sa mission, le juriste doit rechercher et recueillir une masse croissante d'informations, de sources multiples, au sein de

son entreprise. Or, tant ces informations que les avis et écrits qu'il produit ne bénéficient d'aucune protection particulière, soit de par leur nature (legal privilege), soit de par le statut du juriste interne. Cette situation, qui fera bientôt figure d'exception dans les grands pays de droit, fragilise le rôle du juriste, la situation de son client interne qu'est l'entreprise, du *management* de celle-ci, et, en fin de compte, porte atteinte à la compétitivité de la France, qui ne peut compter sur une gestion efficace et optimale des risques juridiques de ses entreprises.

Face à ce constat, désormais bien connu et de plus en plus prégnant, la question n'est plus de savoir s'il faut y remédier, mais seulement de définir la forme la plus appropriée pour permettre au juriste d'entreprise exerçant en France de bénéficier de la protection que mérite l'exercice de sa mission au bénéfice de ses clients internes.

Les deux orientations qui nous semblent devoir être privilégiées sont : (i) d'une part, l'entier bénéfice de la protection du secret professionnel (auquel le juriste d'entreprise se trouve déjà

subrepticement soumis)<sup>1</sup> et son opposabilité aux tiers, et (ii) la reconnaissance d'un « privilège de confidentialité » à ses avis et conseils, les deux dans des conditions similaires à celles attachées au statut des avocats exerçant en libéral<sup>2</sup>.

Afin d'asseoir encore davantage la revendication légitime de cette reconnaissance légale et réglementaire d'un statut pour l'exercice de la profession du droit en entreprise, deux efforts pourraient être entrepris conjointement et prioritairement par les associations de juristes représentatives en vue de renforcer :

- l'organisation interne de la profession, en particulier grâce à l'adoption d'une charte de déontologie et d'exercice professionnel commune à tous ses membres et à laquelle ceux-ci adhéreraient individuellement ;

- la mise en place de mesures de nature à assurer le respect et la protection au sein de l'entreprise de l'indépendance intellectuelle de ses juristes dans l'exercice de leur mission.

Aujourd'hui, la profession de juriste d'entreprise n'a pas sa propre et unique charte de déontologie, alors même qu'implicitement ses membres se conforment le plus souvent à une déontologie tirée : soit du barreau auxquels ils ont appartenu dans une vie professionnelle antérieure, en France ou à l'étranger ; soit des principes éthiques adoptés par les associations représentatives de juristes dont ils sont adhérents (AFJE, Cercle Montequieu...). Adopter une telle charte de déontologie, comme l'AFJE et l'ECLA en ont pris l'initiative, apparaît comme un objectif nécessaire, fédérateur et atteignable à court terme.

S'agissant de l'indépendance des juristes d'entreprise, elle se trouve régulièrement contestée pour leur dénier soit le bénéfice des droits à la confidentialité (par exemple, dans les enquêtes des autorités communautaires en matière de droit de la concurrence), soit l'opportunité de réunir sous un même statut les avocats exerçant en libéral ou dans l'entreprise. Au-delà de l'indépendance intellectuelle des juristes, qui relève d'un état

d'esprit individuel qu'ils affirment (à rappeler utilement dans leur future charte de déontologie professionnelle), sa protection pourrait se voir garantie par des mécanismes de gouvernance aujourd'hui classiques dans les entreprises en matière de gestion des risques. De la même manière que les codes de gouvernance le recommandent pour les responsables de l'audit interne, le rattachement du responsable juridique d'une entreprise à sa direction générale, d'une part, et l'accès réservé à son conseil d'administration, d'autre part (au travers, le cas échéant, de l'un de ses comités ou du Président en cas de dissociation avec le poste de directeur général<sup>3</sup>) devrait être promu et recommandé.

Une indépendance renforcée et une déontologie affirmée permettraient sans aucun doute de construire une identité assumée pour la profession des juristes d'entreprise en France.

Fort de cette identité, la solution de deux modes d'exercice au sein d'une même profession du droit que celle des avocats devrait s'imposer naturellement comme une évidence. Tant juridiquement que déontologiquement, politiquement et économiquement, ce rapprochement serait certainement la meilleure voie à suivre, sans gommer les différences, mais en révélant les similarités entre les deux catégories de professionnels du droit. L'un et l'autre modes d'exercice ne pourront qu'en tirer avantage par la porosité, déjà existante, entre les deux pratiques, qui renforce la connaissance de l'entreprise chez les avocats exerçant en libéral et qui opère un transfert d'expertise de la profession d'avocat vers l'entreprise, le tout en renforçant le rôle du droit comme outil de régulation de l'activité économique dans un environnement de plus en plus international.

Avant que l'épuisement ne les frappe d'un sort funeste, tels des hérauts de la Grèce antique, pour avoir trop porté la bonne parole... PROTEGEONS enfin nos juristes d'entreprise en France !

1 Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, réformée par la loi n° 97-308 du 7 avril 1997, modifiant les articles 54, 62, 63 et 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre

1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 55 et 58, combinés.

2 C. pr. pén., art. 56-1 et loi du 31 décembre 1971 réformée par la loi du 7 avril 1997, précitée, art. 66-5.

3 Par l'intermédiaire d'un *General Counsel* ou équivalent, pour le cas des filiales françaises ou européennes de groupes étrangers.

# De la nécessité du « *legal privilege* » pour les juristes de banque



## Marc de Lapérouse,

Président de l'Association nationale des juristes de banque

*Marc de Lapérouse, Président de l'Association nationale des juristes de banque depuis avril 2011, est General Counsel pour le groupe HSBC en zone Europe continentale et en France. Franco-américain, il a effectué tout son parcours scolaire et universitaire aux États-Unis. Ainsi, il obtiendra en 1977 le Bachelor of Arts - Département d'histoire (Princeton University, New Jersey, USA). Il deviendra en 1982 Juris Doctor (New York University School of Law, New York, USA) et sera admis au barreau de New York en 1983. Il travaillera ensuite sept ans pour le cabinet d'avocats américain Rogers & Wells d'abord à New York puis à Paris. En 1990, il intègre à Londres la Bank of America où il exerce différentes fonctions juridiques et finit par occuper le poste de Directeur juridique pour la zone Europe Proche-Orient Afrique. Il rejoint HSBC à Londres en 2004 et est détaché à Paris en tant que Directeur des affaires juridiques d'HSBC France. Il devient General Counsel Europe continentale en juillet 2010.*

**D**oit-on se résoudre à ce que les avis des juristes de banque (ou tout juriste d'entreprise) en France soient tenus à l'écart du « *legal privilege* » reconnu aux communications des avocats ?

Les documents protégés par le « *legal privilege* » (ou secret professionnel) doivent avoir trait à une correspondance échangée dans le cadre et aux fins des droits de la défense et émaner d'avocats indépendants. Le maintien de cette position traduit le refus des instances européennes de prendre acte des évolutions de la place du juriste dans l'entreprise. Ce principe, établi par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) en 1982 dans l'affaire « AM&S »<sup>1</sup>, puis confirmé en 2007 par le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) et en 2010 par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à l'occasion de l'affaire « Akzo Nobel »<sup>2</sup>, semble désormais être bien établi.

L'argumentation des juridictions communautaires repose essentiellement sur l'idée de l'indépendance de l'avocat, dont le juriste d'entreprise serait dépourvu du fait de sa subordination à son employeur. Ce postulat ignore la réalité de l'entreprise (et notamment les grands groupes bancaires), au sein de laquelle les avis des juristes ont d'autant plus d'influence qu'ils sont fonctionnellement autonomes et au service de l'entreprise dans son ensemble. C'est l'une des raisons qui poussent les entreprises à renforcer les effectifs au sein de leurs directions juridiques. À cet égard, la cartographie des directions juridiques 2012, réalisée par le cabinet Lexqi Conseil en partenariat avec l'AFJE, l'AJAR et l'ANJB, montre que 38 % des directions juridiques ont augmenté leurs effectifs en 2012. Cette tendance à l'internalisation des ressources juridiques vise précisément à s'attacher les services de juristes dont l'indépendance d'esprit est la condition de l'efficacité. Or, 93 % des juristes d'entreprise estiment pouvoir exercer

1 CJCE, 18 mai 1982, aff. C-155/79.

2 TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-125/03 et CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P.

leur fonction en toute autonomie par rapport aux dirigeants, selon le baromètre IPSOS réalisé en 2010, en partenariat avec l'AFJE et l'éditeur Wolters Kluwer, l'École de droit et de management de l'Université Paris 2 (Assas) et Legal Suite.

L'importance croissante des instances régulatrices dans la vie économique, et en particulier dans le secteur bancaire, impose aux entreprises le respect de normes toujours plus nombreuses et en perpétuelle évolution. Les dispositifs de contrôle interne et de « *compliance* », dont la mise en place et l'effectivité sont imposées par les régulateurs, sont appuyés par les juristes pour assurer la conformité du fonctionnement de l'entreprise au droit positif. Le rôle des juristes de banque s'oriente ainsi de plus en plus vers une démarche pro-active, préventive et critique. La confidentialité de leurs avis constitue, à ce titre, la meilleure garantie de sincérité de leurs analyses. Le repérage et la prévention des dysfonctionnements s'en trouveraient améliorés, leur correction accélérée. À n'en pas douter, la protection des avis constitue donc un levier puissant en faveur de la réactivité des établissements de crédit face aux évolutions législatives et réglementaires. Par conséquent, elle contribue, de manière générale, au plus large respect des normes. Il faut ajouter que les groupes bancaires ne peuvent qu'adhérer à cette démarche d'introspection critique, dans la mesure où celle-ci est indispensable à la maîtrise du risque juridique.

L'observation des systèmes juridiques étrangers constitue le meilleur exemple de la nécessité de l'instauration de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise. Dans les pays anglo-saxons, le « *legal privilege* » n'est pas l'apanage des consultations extérieures, et profite également aux communications des avocats exerçant en entreprise. La protection est attachée au contenu du document plus qu'à son auteur. Les juristes d'entreprise anglo-saxons, qui ont le statut d'avocat et bénéficient donc du « *legal privilege* », sont comparativement mieux armés dans l'exercice de leurs missions par rapport à leurs homologues français. Le pragmatisme de cette approche devrait pouvoir inspirer le législateur afin que les directions

juridiques françaises demeurent compétitives sur la scène internationale. De nombreux pays de droit civil en Europe ont franchi le pas en ce sens, notamment en inscrivant les juristes aux barreaux locaux.

Les travaux de la commission « Darrois », achevés en 2008<sup>3</sup>, militent en faveur d'un rapprochement des professions de juriste d'entreprise et d'avocat. Les propositions formulées comportaient une possibilité pour les avocats d'exercer en entreprise tout en conservant leur statut, ainsi qu'une passerelle d'accès à la profession d'avocat ouverte aux juristes sous certaines conditions. Cependant, la question de la confidentialité des avis n'y était traitée que partiellement, avec une situation de coexistence de statuts susceptible d'engendrer d'importantes difficultés. Dès lors, la convergence des deux professions ne pourra s'opérer avec succès que si la protection des avis des juristes en interne est assurée.

La confidentialité des avis juridiques donnés par le juriste de banque dépend de l'évolution du statut du juriste interne vers un statut d'avocat en entreprise, ou tout au moins, à statut particulier du juriste d'entreprise tel que prévu en Belgique. En effet, une loi belge du 1<sup>er</sup> mars 2000 a reconnu aux juristes d'entreprise membres de l'Institut belge des juristes d'entreprise un rôle d'intérêt général en vue d'assurer la bonne application de la loi par les entreprises. Par un arrêt du 5 mars 2013, la cour d'appel de Bruxelles a reconnu aux avis des juristes d'entreprise une protection équivalente au secret professionnel de l'avocat.

Le raisonnement de la cour d'appel est notable en ce qu'il admet que le secret professionnel qui s'attache à la correspondance entre un avocat et son client constitue un droit fondamental découlant de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Cette évolution en Europe vers un statut d'avocat en entreprise nécessitera l'adoption par les juristes de banque de règles déontologiques et d'un règlement de discipline de manière à créer les conditions d'une reconnaissance officielle de la confidentialité de leurs avis.

3 Rapport de commission présidée par Jean-Michel Darrois, *Vers une grande profession du droit, Rapport sur les professions du droit*, mars 2009.

# La confidentialité des écrits des juristes d'assurance et de réassurance



## Philippe Giraudel,

Vice-Président de l'Association des juristes d'assurance et de réassurance

*Philippe Giraudel, directeur juridique au sein d'un groupe d'assurance, est vice-président de l'Association des juristes d'assurance et de réassurance (AJAR). Ayant débuté sa carrière dans un groupe industriel international, il exerce le métier de juriste d'entreprise depuis 1975.*

Le métier de juriste dans les entreprises d'assurance et de réassurance présente une variété d'emplois tenant à la nature de l'activité d'assurance. Celle-ci se concrétise, en effet, par un contrat complexe contenant l'engagement, moyennant une somme d'argent, de fournir à l'assuré, à certaines conditions, une prestation en argent, et quelquefois en nature, en cas de survenance d'un événement aléatoire. Dans l'assurance, le terme « production » désigne l'instrument juridique qu'est le contrat.

Par ailleurs, l'assurance est une activité réglementée et contrôlée par l'autorité publique. La protection qu'elle procure à des millions de particuliers, d'entreprises et de collectivités publiques ou privées, qu'il s'agisse de la sécurité de leurs biens, de leur responsabilité civile, ou des aléas touchant la santé et la vie même des personnes, comporte en effet des enjeux considérables d'ordre public et d'organisation sociale.

Ceci a conduit l'Etat, dès la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, à édicter un droit spécifique du contrat d'assurance et à soumettre les entreprises d'assurance à une réglementation prudentielle protectrice des intérêts des assurés provenant aujourd'hui principalement de l'Union européenne. Plus récemment, cette dernière a impulsé des règles spécifiques de protection du consommateur qui sont venues s'ajouter au corps de règles du domaine.

Le droit irrigue ainsi en permanence l'entreprise d'assurance, et les compétences juridiques y sont

donc encore plus nécessaires qu'ailleurs. Ceci explique que les entreprises d'assurance comprennent un nombre significatif de diplômés des universités de droit.

## Des juristes d'assurance aux activités diverses

Dans les entreprises d'assurance et de réassurance, les juristes pratiquent l'exercice du droit à titre professionnel en vertu de deux articles distincts de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

- l'article 58, qui autorise les juristes d'entreprise salariés au sein d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises à donner des consultations juridiques et à rédiger des actes sous-seing privé relevant des activités de ces entreprises et à leur profit exclusif ;

- l'article 59, qui autorise les personnes exerçant une activité professionnelle réglementée, – et c'est le cas, comme on l'a vu, des entreprises d'assurance et de réassurance –, à donner des consultations juridiques relevant de leur activité principale et rédiger des actes sous-seing privé qui constituent l'accessoire direct de la prestation fournie.

Ainsi, exercent le métier de juriste d'entreprise, les juristes opérant dans les domaines suivants, axés sur la réponse aux besoins de l'entreprise :

- le domaine de la fonction juridique dite « *corporate* ». Cette fonction ne présente pas d'originalité particulière dans le secteur des assurances par rapport aux autres secteurs d'activité. Les juristes produisent des avis juridiques pour la direction de l'entreprise et ses services, élaborent des contrats de toutes sortes (acquisition et cession d'activités, financement, achat de prestations, etc.), créent et gèrent les structures juridiques, assurent la protection de l'entreprise en matière de droit de la concurrence, de propriété intellectuelle, d'image et de réputation, etc...

- le domaine des opérations d'assurance en général : des juristes experts collaborent avec les directions techniques et commerciales à la conception de contrats et de produits et à leur distribution. D'autres, intervenant au stade du service après vente, participent au règlement des sinistres importants requérant des compétences pointues en matière de responsabilité civile et de droit du contrat d'assurance ou de réassurance. La particularité de cette fonction juridique est d'être souvent insérée dans les services techniques et commerciaux. L'activité de rédacteurs d'actes et de conseil juridique que les juristes attachés à ces activités hautement spécialisées accomplissent pour leur entreprise les rattache incontestablement au métier de juriste d'entreprise.

En revanche, l'activité consistant à mettre en forme des contrats et à les exécuter selon une méthode prédéfinie et contrainte, ce qui correspond à l'emploi-type dénommé « rédacteur » d'entreprise d'assurance, ne relève pas de l'exercice du métier de juriste d'assurance, même si l'emploi met en œuvre des connaissances juridiques et s'apparente à la rédaction d'actes. Seuls les juristes participant à la définition de la méthode nous paraissent exercer le métier.

Dans d'autres domaines, l'activité des juristes d'assurance est orientée vers les assurés qui sont bénéficiaires des conseils rendus et parfois de la rédaction d'actes à titre d'accessoire de la prestation d'assurance. L'activité relève donc de l'article 59 de la loi de 1971. Tel est le cas en particulier dans les domaines suivants :

- le domaine de l'assurance-vie, et notamment l'assurance-vie épargne, placement préféré des français, qui est au carrefour du droit des successions et de la fiscalité et donc une composante essentielle de la gestion de patrimoine. Des juristes experts collaborent auprès des directions commerciales à la fourniture d'un conseil personnalisé destiné aux clients les plus fortunés ;

- le domaine de l'assurance de protection juridique, qui a pour objet la fourniture d'une assistance juridique à l'assuré en cas de litige avec un tiers dans les domaines prévus au contrat, à savoir le plus souvent les litiges de la vie courante. Les juristes salariés de l'entreprise d'assurance jouent un rôle d'information, de conseil juridique et de recherche d'un règlement amiable du litige, qui aboutit dans une forte proportion de l'ordre de 60 à 70 % des litiges. En cas d'échec, l'assureur prend en charge les frais de procédure.

## Des juristes d'assurance tenus au secret professionnel...

Que leur activité relève de l'article 58 ou de l'article 59, les juristes du secteur de l'assurance sont tenus au secret professionnel en vertu de l'article 55 de la loi du 31 décembre 1971, qui renvoie lui-même aux dispositions de l'article 226-13 du Code pénal en la matière.

En outre, dans le domaine de l'assurance de protection juridique, l'article L. 127-7 du Code des assurances impose une obligation spéciale de secret, également sanctionnée par l'article 226-13 du Code pénal, aux « *personnes qui ont à connaître des informations données par l'assuré pour les besoins de sa cause* ».

**... dont la confidentialité des écrits gagnerait à être mieux garantie,**

**... aussi bien dans le cadre d'enquêtes judiciaires ou administratives,**

Comme dans les autres entreprises, les juristes d'assurance sont amenés à délivrer des avis aux dirigeants de l'entreprise sur la légalité de ses opérations.

Pour l'entreprise d'assurance et ses dirigeants, les enjeux de légalité sont spécialement élevés, puisque aux risques de responsabilité civile ou pénale des dirigeants et de la personne morale, encourus comme dans les autres secteurs d'activité, s'ajoute celui des sanctions disciplinaires qui peuvent être prononcées par l'Autorité de contrôle prudentiel.

Assortir la communication ou la saisie des avis des juristes d'entreprise de garanties similaires à celles dont bénéficient les consultations des avocats dans le cadre d'enquêtes judiciaires ou administratives améliorerait la confidentialité de ces

avis et faciliterait la tâche de conseil des juristes au sein de l'entreprise.

La même observation s'applique aux avis donnés aux assurés à titre accessoire de la prestation d'assurance. Sécuriser la confidentialité des avis renforcerait la confiance de la clientèle, condition de l'exhaustivité de l'échange d'informations nécessaire à la fourniture de conseils adaptés aux besoins du client.

Les entreprises attendent de leurs juristes internes qu'ils leur fournissent les voies et moyens de réaliser leurs objectifs dans le respect de la loi et de leurs engagements contractuels, afin d'opérer en toute sécurité juridique. Mieux garantir le secret de leur avis faciliterait l'exercice de la mission de conciliation des intérêts privés et de la loi qui est la leur.

### **... que dans le cadre d'échanges de correspondances avec des avocats ou des juristes d'entreprise.**

Garantir la confidentialité des correspondances échangées par les juristes d'assurance avec des tiers, représentés soit par des juristes d'entreprise, soit par des avocats, présenterait par ailleurs un certain nombre d'avantages pratiques.

Aujourd'hui, les échanges de correspondances entre avocats bénéficient de la confidentialité sur la base de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971. Un courrier d'avocat à un confrère ne portant pas la mention « officielle » ne peut pas être versé aux débats, si les relations entre les parties sont litigieuses ou le deviennent ultérieurement.

Etendre le dispositif aux correspondances adressées par des juristes d'entreprise à des avocats ou à d'autres juristes d'entreprise ou reçues par eux d'avocats ou de juristes d'entreprise présenterait l'avantage de sécuriser les négociations lorsque l'entreprise d'assurance n'est pas représentée par un avocat.

Ceci faciliterait les négociations destinées à rester confidentielles, comme celles portant sur des opérations de fusion/acquisition, ou celles visant à mettre fin à un litige par la voie d'une transaction.

Il en va ainsi, à plus forte raison, s'agissant de négociations avec des partenaires étrangers, pour lesquelles les juristes internes bénéficient d'une protection de la confidentialité des écrits.

Dans le domaine du règlement des sinistres, l'utilité de protéger la confidentialité des correspondances des juristes d'assurance trouve ses limites dans la désignation fréquente d'avocats par l'entreprise d'assurance et par les victimes dans les dossiers de responsabilité civile, ne serait-ce que pour les expertises judiciaires. Par ailleurs, dans le cadre de l'application de la loi « Badinter » en assurance automobile (loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation), l'assureur est obligé par la loi de faire une offre officielle d'indemnisation.

Enfin, il convient de remarquer que les situations où l'entreprise d'assurance s'adresse directement à un particulier pour lui présenter des offres de règlement transactionnel sont fréquentes et ne seraient pas concernées par une protection de la confidentialité qui ne se conçoit qu'entre professionnels du droit.

Malgré ces limites, nombre d'offres transactionnelles seraient mieux sécurisées, et donc facilitées, qu'elles ne le sont aujourd'hui.

Ainsi, en assurance de protection juridique, l'assureur peut négocier avec un tiers responsable le montant d'une indemnisation au bénéfice de l'assuré, avec l'accord de ce dernier. La confidentialité des correspondances échangées avec l'avocat ou le service juridique du tiers responsable sécuriserait les négociations.

La conclusion qu'on peut tirer de ce bref examen est qu'améliorer les garanties de confidentialité des écrits des juristes d'assurance et de réassurance serait un facteur de meilleure efficacité de leur action, sans d'ailleurs rien retirer à la collaboration qu'ils entretiennent en permanence avec les avocats de l'entreprise. Une réflexion sur les modalités à mettre en œuvre mériterait donc d'être entamée.

# Comparaison internationale des statuts de juristes internes



## Jacques Buhart,

ancien Président de l'International Bar Association,  
Associé gérant de McDermott Will & Emery, Paris

*Jacques Buhart, avocat aux barreaux de Paris et Bruxelles, est associé du bureau parisien de McDermott Will & Emery, qu'il dirige. L'un des avocats internationaux les plus connus dans son domaine, les fusions-acquisitions et le droit européen de la concurrence, Maître Buhart conseille un large éventail de grandes sociétés européennes, françaises, japonaises et américaines.*

La nécessité d'une approche juridique en amont de quasiment chaque processus décisionnel d'une entreprise n'est plus à démontrer aujourd'hui. Certaines opérations stratégiques, notamment dans le domaine du droit de la concurrence, ne peuvent se passer d'une analyse juridique éclairée. Le besoin quotidien pour une entreprise d'obtenir des conseils de ses juristes pose la question de la confidentialité et de la protection de leurs avis vis-à-vis de potentiels adversaires de l'entreprise lors d'un procès, ou encore vis-à-vis des autorités administratives.

Cependant, tous les juristes d'entreprise ne disposent pas des mêmes armes pour protéger les informations qu'ils échangent avec leur employeur.

A titre d'exemple, le secret professionnel semble s'imposer à tout juriste d'entreprise français<sup>1</sup>, alors que leurs avis ne sont pas protégés du sceau de la confidentialité, comme ceux des avocats. Le juriste d'entreprise est ainsi limité dans sa démarche de conseil, car il ne peut fournir des communications stratégiques à son employeur sans risquer de les voir utilisées comme preuves lors d'une enquête administrative ou comme pièces à conviction lors d'un procès.

Cette situation, pour le moins singulière, est à opposer à celle des juristes d'entreprise dans les

systèmes de *Common law*, qui ont, la plupart du temps, la qualité de *solicitor*, *barrister* ou encore *attorney*. Contrairement au secret professionnel, qui fait figure d'obligation pour les avocats français, les avocats anglais ou américains jouissent d'un droit, le *legal professional privilege*, qui leur permet de soustraire des communications confidentielles de nature juridique à l'obligation d'être produites en justice. Ce droit est essentiel, notamment dans les pays où la procédure civile comprend un système de divulgation de document appelé *discovery*<sup>2</sup> (Etats-Unis), ou *disclosure* (Angleterre).

## L'arrêt « AM&S » : l'affirmation d'une tradition civiliste européenne dominante

A l'échelle de l'Europe, la question de la confidentialité des avis rendus par les juristes d'entreprise divise les pays de *Common law* et leurs voisins de tradition civiliste. La Cour de justice de l'Union Européenne (ci-après la CJUE) a penché en faveur des civilistes dans l'arrêt « AM&S »<sup>3</sup>, en date du 18 mai 1982.

En dépit des règles déontologiques et de l'éthique encadrant la profession d'avocat, la CJUE a refusé,

1 Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 55 et 58.

2 La procédure de *discovery* existant dans les systèmes de *Common*

*law* permet à chacune des parties à un procès d'obtenir des informations concernant l'autre partie (comme, par exemple, l'identité de ses témoins, ou encore les preuves dont elle dispose).

3 CJUE, 18 mai 1982, aff. C-155/79, AM&S c. Commission, Rec. 1982, p. 1575 ; cf aussi, TPICE, 4 avril 1990, aff. T-30/89, Hilti c. Commission, Rec. 1991 p. II-1439.

dans cet arrêt, de reconnaître la confidentialité des avis rendus par les juristes internes aux entreprises. Elle a, au contraire, subordonné la protection de la confidentialité des correspondances entre les avocats et leurs clients à deux critères cumulatifs : être un avocat indépendant, non lié à son client par un rapport d'emploi, être inscrit à un barreau de l'un des Etats membres de l'UE et échanger des correspondances aux seules fins du droit de la défense du client.

## L'évolution des législations dans les pays membres de l'UE en réaction au débat soulevé par l'arrêt « AM&S »

Malgré sa position conservatrice concernant le statut des juristes d'entreprise, l'arrêt « AM&S » a eu le mérite de soulever nombre de questions. Certaines législations ont ainsi évolué, dessinant une carte hétérogène de la situation du juriste ou de l'avocat d'entreprise en Europe.

Les pays de *Common law*, l'Allemagne, l'Espagne et certains pays nordiques assurent la protection de la confidentialité des avis rendus par les juristes travaillant en entreprise lorsqu'ils sont avocats. En revanche, la France, le Luxembourg, l'Italie ou encore la Suède ne reconnaissent pas ce droit. L'arrêt « AM&S » avait fait pencher la balance du côté du second groupe de pays, de tradition civiliste, mais le rapport de force semble aujourd'hui plus incertain.

La Belgique témoigne de cette dynamique, à laquelle de plus en plus de pays se rallient. Par une loi du 1er mars 2000<sup>4</sup>, elle a accordé la protection de la confidentialité de leurs correspondances aux juristes d'entreprise membres de l'Institut des juristes d'entreprise, pour peu qu'elles concernent des points de droit et soient établies au profit de leur employeur. La cour d'appel de Bruxelles a rappelé cette loi le 5 mars 2013, en affirmant qu'« au regard de l'application de l'article 8.2 de la CEDH, [...] en ce qui concerne les actes que constituent les avis des juristes d'entreprise, le législateur a entendu exclure la possibilité d'ingérence, car elle toucherait à l'essence même de la mission du juriste d'entreprise qui constitue le fondement de la confidentialité de ses avis »<sup>5</sup>. En outre, la Cour suprême des Pays-Bas a clairement établi,

le 15 mars 2013, la confidentialité des avis émis par les juristes d'entreprise admis au barreau néerlandais.

Ces deux évolutions confirment, s'il en était besoin, que les solutions retenues par les juridictions de l'UE ne s'imposent pas dans l'ordre juridique interne des Etats membres, et ce en parfaite application du principe d'autonomie procédurale.

## L'arrêt « AKZO » : la confirmation du refus des juridictions de l'UE d'accorder la confidentialité aux avis des juristes ou avocats internes aux entreprises

La dynamique déjà ancienne d'éloignement de la tradition civiliste ne semble pas avoir été perçue par la CJUE, qui a réaffirmé la jurisprudence « AM&S » dans un arrêt en date du 14 septembre 2010<sup>6</sup>. Le litige opposait alors la société AKZO à la Commission européenne qui, lors d'une visite et saisie dans le cadre d'une procédure d'enquête de pratiques anticoncurrentielles alléguées, avait saisi les documents échangés entre la direction de la société et un avocat interne inscrit au barreau néerlandais.

La société AKZO avait demandé, dans cette affaire, à la CJUE de porter un regard neuf sur l'arrêt « AM&S », au vu de l'évolution des législations européennes. La CJUE a rejeté cet argument, en insistant sur le fait qu'aucune tendance nette ne se détachait au sein des pays membres. Elle a considéré qu'en dépit des évolutions législatives observées, la majorité des Etats membres de l'UE refusaient encore de reconnaître la confidentialité des avis rendus par les juristes d'entreprise.

La société AKZO défendait, d'autre part, l'idée qu'un juriste d'entreprise, dont les avis sont protégés par le sceau de la confidentialité, est le gage d'une prévention efficace de toute infraction au droit. La critique contestait le fait qu'on accorde la confidentialité sur la base d'un critère négatif, l'absence de rapport d'emploi, et non sur la base d'un critère positif, comme la référence aux règles déontologiques et de discipline, qui s'appliquent en principe à tout

4 Loi du 1<sup>er</sup> mars 2000, créant un Institut des juristes d'entreprise, M.B., 4 juillet 2000, p. 23252.

5 Cour d'appel de Bruxelles, 18<sup>e</sup> chambre, R.G. n° 2011/MR/3, n° rép. 2013.

6 CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals c. Commission, Rec. 2010, p. I-08301.

avocat. La CJUE s'est de nouveau opposée à une telle argumentation, considérant que le lien de subordination existant dans tout rapport d'emploi limitait, de fait, la possibilité pour les juristes salariés d'une entreprise de rendre des avis réellement indépendants.

En refusant d'accorder la protection de la confidentialité de leurs avis aux avocats travaillant en entreprise, la CJUE a sous-estimé, une nouvelle fois, dans l'arrêt « AKZO », l'impartialité de ces professionnels du droit et l'importance de leur rôle dans la manière dont les entreprises abordent les enjeux les plus stratégiques.

Cet arrêt aurait pu entériner la dynamique impulsée par certains pays européens civilistes comme la Belgique ou les Pays-Bas, mais il a, au contraire, ranimé le débat sur la confidentialité et, par là, maintenu des différences entre les sociétés de différents Etats membres, différences qui peuvent constituer un handicap dans la concurrence internationale.

## Des projets de lois en France encore timides

La France n'est pas en reste sur la question et tente aujourd'hui de répondre à l'enjeu majeur que constitue la reconnaissance de la confidentialité des avis rendus par les juristes d'entreprise. Elle doit pour cela choisir entre l'adoption du *legal privilege*, règle étrangère à sa culture juridique, ou le rapprochement des professions d'avocats et de juristes d'entreprise.

Le débat a vu naître plusieurs rapports, mais l'élément le plus notable et récent reste le projet de loi n° 2383 relatif à la modernisation des professions judiciaires et juridiques règlementées, adopté en Conseil des ministres le 17 mars 2010, en application de nombreuses recommandations parues dans le rapport « Darrois » datant de 2009. La mesure phare envisagée est la création d'écoles régionales des professions du droit qui délivreraient un diplôme d'« avocat en entreprise ». Ce diplôme donnerait un statut propre aux juristes d'entreprise, leur permettant de bénéficier des mêmes règles de confidentialité que leurs confrères exerçant en libéral.

La France démontre bien une volonté de s'intéresser à la question de la confidentialité des avis rendus par les juristes d'entreprise mais, face aux nombreuses oppositions soulevées à l'encontre du rapport « Darrois » (avril 2009) et du rapport

« Prada » (mars 2011), des évolutions concrètes tardent à être constatées.

Il est pourtant nécessaire en France d'accorder la confidentialité des avis rendus par les juristes d'entreprise, si l'on veut répondre à l'ampleur des enjeux juridiques actuels. Les évolutions économiques conduisent en effet les entreprises à renforcer davantage les moyens et l'autorité des directions juridiques. Le juriste d'entreprise est un collaborateur clé, capable d'établir le lien entre les acteurs de l'entreprise et le droit. Grâce à lui, l'entreprise parvient à mieux appréhender son environnement juridique, condition incontournable de sa pérennité et de son succès. Prenons l'exemple du droit de la concurrence : seule la protection de la confidentialité de leurs avis permet aux juristes d'entreprise d'expliquer en toute liberté à leurs « clients » pourquoi une action individuelle, ou un accord avec un tiers, pourraient constituer des pratiques interdites par le droit de la concurrence. Sans ce caractère confidentiel, la consultation donnée par un juriste d'entreprise peut être un fait aggravant pour « le client ». Même si la société suit les recommandations de son juriste, la simple existence de la consultation non confidentielle risque de constituer une circonstance aggravante en cas d'enquête de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission européenne. L'absence de confidentialité est particulièrement pénalisante dans le cadre d'un audit interne visant à déceler, de manière préventive, d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. Le juriste d'entreprise doit, en effet, faire appel à un avocat externe pour rédiger des consultations à propos de documents suspects, puisque ces consultations ne pourront pas être utilisées par les autorités de concurrence en tant que confirmation de ce qu'un document fait bien état d'une pratique anticoncurrentielle.

En dépit de l'importance stratégique croissante du droit dans les processus décisionnels des entreprises, il est regrettable que les professions juridiques françaises ne soient pas toujours regardées dans notre pays comme des facteurs clés de l'influence ou du développement économique. Avocats, mais surtout juristes d'entreprise, manquent encore de reconnaissance en France, en comparaison avec celle dont ils jouissent Outre-Manche ou Outre-Atlantique. Plus grave qu'un manque cruel de reconnaissance, une entreprise française qui s'exporte dans un pays accordant le *legal privilege* ne peut pas pour autant protéger la confidentialité des avis rendus par ses juristes, contrairement aux entreprises anglaises ou américaines avec lesquelles elle se trouve en concurrence.

Le refus d'accorder la confidentialité n'est, en ce sens, pas un gage de compétitivité dans un contexte d'internationalisation des entreprises.

La création d'un statut d'avocat en entreprise, accordant aux juristes d'entreprise, entre autres, la protection de la confidentialité de leurs avis,

pourrait ainsi permettre la réunion, au sein d'une même communauté, de l'ensemble des professionnels du droit exerçant en France, au sein d'une entreprise ou d'un cabinet d'avocats, facilitant l'affirmation de leurs qualités au plan international et contribuant plus largement à la promotion du droit dans la vie des affaires françaises.

# Confidence pour confidence

Appel de l'ECLA pour la confidentialité et le respect des droits de la défense des entreprises françaises - Alerte de l'ECLA pour la reconnaissance de la confidentialité en France



**Philippe Coen,**  
Président de l'ECLA

*Philippe Coen est, depuis le 16 novembre 2012, Président de l'ECLA (European Company Lawyers Association), qui regroupe 20 barreaux européens et associations nationales de juriste d'entreprise en Europe. Il est Vice-Président de l'AFJE depuis 2008. Titulaire d'un Master 2 en Droit du commerce international et d'un diplôme de Harvard, il a étudié le cinéma, il a d'abord exercé comme Avocat au sein du cabinet Linklaters puis chez Berlioz & Co. Recruté par The Walt Disney Company en 1997, Philippe Coen est aujourd'hui son directeur des affaires juridiques et publiques.*

**L**e temps du sursaut des entreprises françaises est venu, et il incombe à notre ministère de la Justice, au Gouvernement et aux parlementaires de se mobiliser pour la protection de l'économie et de la culture juridique dans les entreprises.

**S'il est aisé d'admettre** que le juriste d'entreprise est, par nature, le dernier rempart de la confidentialité au sein de l'entreprise,

**S'il est aisé d'admettre** que la *confidentialité* et le *secret professionnel* sont compatibles entre eux comme nous l'observons dans les pays qui nous sont proches et que la dichotomie entre ces deux notions est artificielle,

**S'il est aisé d'admettre** que le juriste d'entreprise exerce son métier consubstantiellement et intellectuellement, de façon **indépendante**,

**S'il est aisé d'admettre** que l'on veut faire de Paris une place forte de la **compétitivité** et de l'**attractivité** des entreprises,

**S'il est aisé d'admettre** que l'on veut que les directions juridiques françaises disposent des mêmes **armes** que leurs concurrentes étrangères,

**S'il est aisé d'admettre** que l'on veut que nos directions juridiques puissent opérer dans un contexte de **saine concurrence** en évitant des distorsions inacceptables (que ce soit dans le cadre

de contentieux, de procédures administratives ou de mise en place de programme de conformité),

**S'il est aisé d'admettre** que l'on ne conçoit pas que le droit français des affaires puisse contribuer à tirer le **droit de la défense** des entreprises et la culture juridique de l'Europe vers le bas,

**S'il est aisé d'admettre** que la majorité des **membres de l'ECLA sont des barreaux nationaux** (avec la particularité de la Belgique qui connaît une profession spécifique de juristes d'entreprises, prévue par la loi, et les entreprises ayant des membres de l'IJE qui bénéficient pleinement de la confidentialité),

**S'il est aisé d'admettre** que les dirigeants et les salariés ont le droit à poser des questions de manière **libre** et à conserver les conseils en toute **liberté**,

**S'il est aisé d'admettre** qu'il est de plus en plus difficile dans les entreprises internationales d'embaucher des juristes en France par défaut de statut et de confidentialité et que cette situation **dévalorise la profession des juristes français** par rapport à leurs pairs à l'international,

**S'il est aisé d'admettre** que le premier **bénéficiaire** de la confidentialité est l'**entreprise** elle-même et l'économie des entreprises,

**S'il est aisé d'admettre** que la confidentialité des juristes ne fait pas ombre à l'exercice de la pro-

fession **d'avocat** par les cabinets d'avocats, bien au contraire,

**S'il est aisé d'admettre** que les **échanges** et correspondances de négociations **entre juristes** d'entreprises de structures tierces se voient reconnaître la confidentialité de ces dits échanges dans les pays dans lesquels la confidentialité entre juristes d'entreprise est perçue comme évidente et efficace et comme un non souci,

**S'il est aisé d'admettre** que la mise en place de **programmes de conformité** en France est de fait une difficulté dans le contexte de l'absence de confidentialité,

**S'il est aisé d'admettre** que les **employeurs** n'ont rien à craindre et **tout à gagner** à encourager le bénéfice de la confidentialité de leurs juristes,

**S'il est aisé d'admettre** que la confidentialité permettrait à de nombreux juristes de pouvoir aider les personnes en difficulté dans le cadre de **missions pro bono**, ce qui leur est proscrit en matière d'assistance juridique aux indigents à cette heure-ci en France,

**S'il est aisé d'admettre** que les juristes en France sauront faire, comme leurs confrères étrangers, un bon usage de la confidentialité tant il est clair qu'ils sont épris d'éthique et de **déontologie** (voir les efforts mis en œuvre à ce titre par le Comité de Déontologie de l'AFJE, notre membre français de l'ECLA et la rénovation du Code de déontologie et de pratique professionnelle de l'AFJE),

**S'il est aisé d'admettre** que, dans tous les pays où les avis des juristes d'entreprise sont pourvus de la confidentialité, ces pays sont connus pour la **haute place du droit** et de **l'entrepreneuriat** dans leur société,

**S'il est aisé d'admettre** qu'au fil des **très nombreux rapports et tentatives de réformes** en France pour améliorer la condition de l'exercice du droit de l'entreprise et la place du droit dans l'entreprise, une lassitude et un découragement ont été ressentis au sein des professionnels du droit dans l'entreprise pour aboutir à une **absence totale de reconnaissance** du rôle des directions juridiques, malgré tout leurs apports dans la société, dans la pratique, la promotion du droit et l'enseignement,

**S'il est aisé d'admettre** que l'absence de confidentialité est aussi un **handicap** pour les **juristes français expatriés**, lors de leurs tentatives si ardues de reconnaissance de leurs statut et compétences à **l'international**,

**S'il est aisé d'admettre** que la reconnaissance de la confidentialité, pour ce qui concerne les procédures européennes de concurrence, n'aura lieu que lorsque se multiplieront la généralisation de la reconnaissance pays après pays de la confidentialité des avis, et que l'absence de la France dans la liste européenne des pays modernes de ce point de vue fait cruellement défaut pour faciliter la **reconnaissance au global par la Commission et la Cour de justice de l'Union européenne**,

**S'il est aisé d'admettre** que l'élévation de la culture juridique dans l'entreprise est la responsabilité de la direction juridique avec l'appui de la direction générale,

**S'il est aisé d'admettre** que l'ECLA ne peut laisser les juristes français après tant d'années dans un *no man's land* juridique et que le juriste français est un **juriste européen comme les autres** et qu'il peut bénéficier des mêmes droits et devoirs que ses si nombreux pairs en pays européens dotés de la confidentialité,

Alors,

**Il apparaît sans conteste, pour les entreprises en France, pour leur place en Europe et à l'international, pour les dirigeants de ces entreprises, leurs salariés, leurs clients, leurs juristes, leurs avocats et pour l'économie française,**

**Qu'il est largement temps que les juristes de France, à l'instar de l'essentiel des juristes d'Europe et de l'ECLA puissent – à l'instigation des entreprises, des pouvoirs publics et les autres professions du droit, avec le soutien des autres juristes d'entreprise en Europe représentés par l'ECLA –**

**Unir leurs forces afin de promouvoir la reconnaissance légale en France de la confidentialité des avis et correspondances des juristes d'entreprise.**

# Forger des liens de confiance au sein d'une profession unie



**Fred Headon,**  
Président de l'Association du barreau Canadien

*Fred Headon, conseiller général adjoint en droit du travail et de l'emploi pour le compte d'Air Canada à Montréal, est le premier juriste d'entreprise élu à titre de président de l'Association du barreau canadien. Avant d'entrer au service d'Air Canada, Monsieur Headon exerçait chez McCarthy Tétrault à Montréal. Il a également enseigné le droit social et le droit administratif à la Faculté de droit de l'Université nationale du Rwanda.*

*Outre ses activités de président de l'ABC, il préside le projet Avenirs en Droit. Ses travaux auprès de l'ABC, et plus particulièrement ceux connexes au projet Avenirs en Droit ont été cités par le magazine Canadian Lawyer lorsqu'il a inscrit son nom sur la liste des 25 juristes canadiens les plus influents en 2013. Fred Headon a obtenu son LL. B. et son B.D.L. à l'Université McGill en 1996.*

Dans le contexte actuel, où la mondialisation et la technologie alimentent la transformation de la profession juridique, une collaboration étroite entre les juristes d'entreprise et les avocats en pratique privée est absolument nécessaire. En effet, c'est le moyen le plus sûr d'assurer une adaptation réussie à la reconfiguration en cours de l'industrie des services juridiques.

Cela peut sembler contraire à la logique, affirmeront ceux qui voient dans les rapports entre les deux une mise en concurrence d'intérêts divergents.

Il est vrai que le conseiller juridique d'entreprise est doté d'une perspective différente quant à la prestation de services. En revanche, cela ne fait pas de lui un concurrent, mais plutôt un allié de l'avocat externe.

Assurément, le juriste d'entreprise connaît bien les attentes du client envers la profession.

La preuve est qu'il réclame depuis quelques années une plus grande transparence et plus de contrôle sur ses dépenses en matière juridique.

Cependant, ce rééquilibrage des rapports de force entre l'avocat-client et l'avocat externe ne doit pas être appréhendé comme un jeu dans lequel certains perdent et d'autres gagnent.

Effectivement, l'avocat externe qui s'adapte à cette nouvelle réalité se trouve dans une bien meilleure situation pour réagir à l'émergence de nouveaux concurrents – les vrais concurrents – dans le marché mondial des services juridiques. Ceux-ci sont des fournisseurs de services juridiques axés sur une utilisation plus optimale de la technologie et basés sur un modèle d'affaires centré sur la clientèle.

De plus, l'avocat externe a beaucoup à gagner d'un partenariat étroit avec le conseiller juridique interne, un professionnel hautement qualifié tant sur le plan du droit substantif que des principes d'affaires. Et il faut le souligner : ce dernier a gagné en importance au sein des entreprises qui rayonnent à l'international. Dans les grandes entreprises, l'avocat en chef de 2014 occupe des fonctions importantes au sein de la haute direction et participe pleinement à l'élaboration de l'orientation stratégique de l'entreprise.

D'ailleurs, les cabinets privés au Canada en sont bien conscients. On en voit l'illustration parfaite dans cette pratique de plus en plus courante de l'avocat qui démarre sa carrière au sein d'un cabinet avant de faire le saut dans un département juridique, pour ensuite revenir quelques années plus tard à la pratique privée. Son expérience variée est perçue comme un atout majeur.

Au Canada, il est relativement facile pour les avocats d'effectuer de telles transitions en douceur, car notre profession est unifiée. Les conseillers juridiques d'entreprise au Canada sont membres du barreau de la province où ils exercent leur profession.

Ils sont régis par les mêmes règles déontologiques que leurs confrères et consœurs en pratique privée et dans la fonction publique. En effet, on considère que le conseiller juridique d'entreprise n'a qu'un seul client, en l'occurrence son employeur. D'où le principe voulant que l'avocat en entreprise doit veiller à la confidentialité des informations concernant celui-ci et au respect du secret professionnel.

La réalité est qu'à bien des égards, les rôles de conseiller juridique d'entreprise et d'avocat externe sont complémentaires plutôt que concurrents.

C'est dans cette optique que la profession unie présente ses avantages.

Elle permet aux cabinets juridiques d'être plus réceptifs par rapport aux demandes des clients. C'est ainsi que peuvent se forger les liens de confiance avec leurs avocats externes, préalable pour mettre le cap ensemble sur la réforme du droit et l'orientation de la profession.

# La Confidentialité en Belgique



## Hugues Delescaille,

Président de l'Institut belge des Juristes d'entreprise

*Hugues Delescaille, Président de l'Institut belge des juristes d'entreprise, est le directeur juridique des Cliniques de l'Europe à Bruxelles depuis 1994. Diplômé de l'Université Catholique de Louvain en gestion hospitalière, en droit de la Katholieke Universiteit Brussel et en art public et peinture monumentale, de l'Académie des Beaux-Arts de Boitsfort, il parle couramment le français, le néerlandais et l'anglais.*

C'est du modèle belge dont je vous parlerai dans le présent article. Je rappellerai le contexte normatif de notre profession reconnue et définie par la loi depuis 2000, j'aborderai rapidement la confidentialité entre juristes d'entreprise et entre juristes d'entreprise et membres d'autres professions, et enfin je développerai plus largement la question de la confidentialité des avis du juriste d'entreprise et ses corollaires.

## I - Le contexte normatif de la profession de juriste d'entreprise en Belgique

La loi du 1<sup>er</sup> mars 2000 a reconnu et défini la profession de juriste d'entreprise et a créé un nouvel ordre professionnel : l'Institut des juristes d'entreprise. Il compte aujourd'hui 1 700 membres.

Le juriste d'entreprise est un titulaire d'une formation universitaire en droit, dont l'activité professionnelle principale consiste à conseiller et prêter assistance à son entreprise en matière juridique. Il exerce cette activité dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un statut public. Son entreprise peut être publique ou privée. Il peut s'agir d'une entreprise commerciale ou non marchande qui développe une activité économique, sociale, administrative ou scientifique. Il peut s'agir également d'une fédération d'entreprises. Les juristes au service d'autorités publiques ou des régulateurs ne peuvent devenir membres de l'Institut.

Le titre de juriste d'entreprise est légalement protégé (un mauvais usage est sanctionné pénalement) et conféré par l'Institut sur la base d'une demande motivée.

Les missions légalement attribuées à l'Institut des juristes d'entreprise sont les suivantes : organiser et promouvoir la profession, établir les règles de déontologie régissant celles-ci et en assurer le respect, et assurer la formation continue de ses membres.

Cette loi prévoit également des procédures disciplinaires devant des commissions de discipline, où siègent des membres de l'Institut ainsi que des magistrats, qui les président.

Dès le 19 juin 2001, l'Assemblée générale a adopté le Code de déontologie propre à la profession de juriste d'entreprise (voir, par ailleurs, Philippe Marchandise, Président d'honneur de l'Institut des juristes d'entreprise, *De la déontologie du juriste d'entreprise*, dans ce numéro).

Un arrêté royal du 19 avril 2006 a édicté le Règlement de discipline de l'Institut des juristes d'entreprise.

Vous remarquerez donc que l'exercice de la profession de juriste d'entreprise, tout comme l'usage et le respect de la confidentialité relative à cette profession, sont encadrés par la loi et la déontologie.

Il est important de remarquer que, depuis 2010, un cours de déontologie obligatoire est imposé par l'Institut à tous ses membres.

## II - La confidentialité entre juristes d'entreprise

Les informations échangées entre juristes d'entreprise sont, par principe, sauf déclaration ou convention contraire, confidentielles. Ceci est prévu par l'article 11 du Code de déontologie édicté en vertu de la loi (cf. *supra*). Cette disposition permet aux membres de l'Institut défendant les intérêts d'entreprises différentes de préparer des conventions ou de résoudre des litiges en toute confidentialité.

On voit ici toute l'importance de la déontologie : rejet de tout comportement déloyal, confraternité, sentiment d'appartenance à une même profession...

Cette confidentialité permet également au juriste d'entreprise de mettre en avant ses talents innés de conciliateur et de pacificateur.

## III - La confidentialité entre les juristes d'entreprise et les autres professions

L'article 12 du Code de déontologie prévoit que l'Institut des juristes d'entreprise peut conclure des accords de confidentialité, en ce qui concerne l'échange de documents, avec les organes représentatifs d'autres professions. Les juristes d'entreprise sont tenus de respecter ces accords.

Un accord de ce type a été conclu le 22 juin 2006 avec l'organe représentatif des barreaux francophones et germanophones de Belgique (OBFG).

En l'absence d'un tel accord, le juriste d'entreprise peut, bien entendu, toujours conclure une convention de confidentialité avec le membre d'une autre profession.

Les objectifs d'une telle confidentialité sont similaires à ceux exposés *supra* (II).

Ici aussi, la loyauté est de mise.

Les organes disciplinaires des différentes professions dont les membres sont impliqués dans des échanges confidentiels et pourront intervenir en cas d'incident.

Par ailleurs, l'article 8 du Code de déontologie dispose que les juristes d'entreprise traitent les membres des autres professions juridiques avec courtoisie et respect.

## IV - La confidentialité et le secret professionnel du juriste d'entreprise

### A - Ce qu'est la confidentialité

Nous l'avons vu au début de cet article, en vertu de la loi, le juriste d'entreprise est un professionnel du droit, de formation universitaire, qui conseille et prête assistance à son entreprise en matière juridique.

Comme cela est très justement indiqué dans les travaux préparatoires de la loi créant l'Institut, « *l'application correcte de la loi par les entreprises est une question d'intérêt général* ».

Pour que le juriste d'entreprise puisse parfaitement remplir cette mission d'intérêt général que lui confie la loi (voir également *infra* : arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 5 mars 2013), il est indispensable que les avis juridiques qu'il donne soient confidentiels. C'est pourquoi l'article 5 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 2000 dispose : « *Les avis rendus par le juriste d'entreprise, au profit de son employeur et dans le cadre de son activité de conseil juridique, sont confidentiels* ».

Cette confidentialité comporte plusieurs aspects :

- pour que le juriste puisse rendre un avis juste et utile à son entreprise, il faut qu'il soit parfaitement et complètement informé de la question au sujet de laquelle il est consulté. Il peut s'agir de documents ou d'informations sensibles pour l'entreprise, voire même de l'aveu d'avoir accompli des actes susceptibles d'être constitutifs d'illégalités ou d'infractions ;
- l'entreprise qui se confie à son juriste d'entreprise doit être certaine que les avis de ce dernier, ainsi que tous les éléments (même les moins avouables) qui lui ont été transmis afin de rendre son avis ne seront jamais ni saisis, ni utilisés en justice à son encontre par quiconque : aucune partie adverse dans un procès, aucun juge même pénal, aucune autorité.

Jamais la justice n'aura connaissance de ces documents.

Deux décisions de juridictions d'appel belge, l'une en droit du travail en 2011 (cour du travail, 5 avril 2011) et l'autre en matière de concurrence en 2013 (cour d'appel de Bruxelles, 15 mars 2013), ont reconnu le caractère insaisissable des avis des juristes d'entreprise et de leurs éléments préparatoires.

Enfin, l'entreprise doit être certaine que jamais le juriste d'entreprise lui-même ne révélera le contenu de son avis.

S'il le faisait, il violerait l'article 5 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 2000, qui est l'une des dispositions essentielles de la loi qui a constitué sa profession. Sa responsabilité serait engagée et il ferait l'objet de poursuites disciplinaires : les articles 9 et 11 du Code de déontologie imposent le respect de la confidentialité des informations reçues et des avis rendus.

Bien qu'un tel comportement soit condamnable, les éléments révélés ne pourraient être jamais utilisés en justice, conformément à ce qui a été exposé au point précédent.

Il me faut souligner que, dans l'arrêt de 2011, une cour sise à Bruxelles a estimé que le juriste d'entreprise comme l'avocat avait une obligation de garder le secret (pour ceux qui lisent le néerlandais : « *geheimhoudingsplicht* »).

Cette obligation de ne pas divulguer les informations confidentielles apprises dans le cadre de sa profession, c'est ce que l'on appelle communément le « secret professionnel ».

Nous nous arrêterons plus loin à ce concept et aux vaines polémiques qui sont entretenues à son sujet.

## B - Ce que n'est pas la confidentialité

La confidentialité est une condition indispensable à la réalisation de la mission d'intérêt général confiée par la loi au juriste d'entreprise en vue de veiller à la bonne application du droit au cœur même du tissu économique et social, en ce compris la stricte application du droit pénal et de ses principes, tel que le respect des droits de la défense.

La confidentialité ne peut en aucun cas être comprise comme un privilège, une prérogative, une immunité ou une impunité qui permettrait au juriste d'entreprise de commettre des infractions dans le cadre de ses activités professionnelles ou pour le compte de son employeur.

Le ministre de la Justice a très justement fait remarquer, lors des travaux préparatoires de la loi du 1<sup>er</sup> mars 2000, que : « [...] *l'octroi d'un statut aux juristes d'entreprise n'entraîne pas pour ces derniers le bénéfice d'une immunité pénale dans le cas où ils commettraient un délit ou y contribueraient, en tant que coauteurs ou complices* ».

Il est toujours difficile de parler au grand public et à la presse de la confidentialité au sein de l'entreprise. Les autorités judiciaires ou de contrôle sont également suspicieuses face à cela.

Très rapidement et trop facilement, les mots « organisation de fraudes fiscales » ou autres, « violation des règles de la concurrence », « blanchiment », « corruption », ... sont prononcés, tant à l'encontre des juristes d'entreprise que des avocats.

Les juristes d'entreprise doivent se montrer dignes de la confiance que leur accorde la loi en se comportant de manière irréprochable et les entreprises ne doivent pas tenter de dévoyer leurs juristes d'entreprise.

Si le juriste d'entreprise « dérape », il pourrait être poursuivi sur le plan déontologique, civil ou pénal et ceci aurait inévitablement des conséquences sur son contrat de travail.

## C - Le secret professionnel

### 1 - Son fondement légal belge

L'avocat belge Pierre Lambert, dans le livre *Secret Professionnel*, qu'il a édité à Bruxelles en 2005, écrit : « *Au regard du secret professionnel, le rôle du juriste d'entreprise est en tous points semblable à celui de l'avocat* ».

Cette évidence est encore à l'heure actuelle contestée par certains, tant dans leurs discours qu'en doctrine, sans doute pour des motifs symboliques, par rigidité intellectuelle ou peut-être par peur de la nouveauté (la loi du 1<sup>er</sup> mars 2000).

La base légale du secret professionnel en droit belge est l'article 458 du Code pénal, qui sanctionne la violation du secret médical, dont le texte est le suivant : « *Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent [euros] à cinq cents [euros]* ».

Cette disposition du Code pénal relative au secteur médical, dont l'application a été étendue par la doctrine et par la jurisprudence notamment aux avocats, ne pourrait donc s'étendre au juriste d'entreprise.

Les habituels motifs invoqués par les tenants de cette thèse, soutenus par un courant de doctrine toujours vivace mais non majoritaire, sont exposés ci-après. Certains de ceux-ci sont parfois même utilisés pour contester la confidentialité des avis des juristes d'entreprise (voire même leur profession toute entière).

*a) Il ne pourrait y avoir de secret professionnel accordé à des personnes travaillant dans le cadre d'un contrat de travail. En effet, du fait du lien de subordination inhérent au contrat de travail, l'employeur du juriste d'entreprise pourrait le contraindre à abuser du secret professionnel pour commettre des actes délictueux. Il est généralement ajouté, dans la foulée, que le juriste d'entreprise n'a pas besoin de ce secret professionnel, puisque du fait de ce lien de subordination, ses avis auraient peu de valeur dans la mesure où sans aucun recul, il ne pourrait écrire que les avis que son employeur voudrait entendre.*

A ceci il doit être répondu que :

- le secret professionnel est reconnu à d'autres professions intellectuelles, comme les médecins et les pharmaciens travaillant dans le cadre d'un contrat de travail ;
- le juriste d'entreprise est, par essence, intellectuellement indépendant, puisque c'est pour conseiller objectivement son entreprise qu'il a été engagé par cette dernière. Si l'entreprise souhaitait enfreindre allègrement la loi, il lui aurait été plus facile de se passer des services d'un juriste d'entreprise ;
- le juriste d'entreprise ne bénéficie d'aucune immunité ; s'il se rend complice de son entreprise, il devra en répondre.

*b) Accorder le secret professionnel à une personne dépendant économiquement de son employeur serait impensable.*

Les mêmes contre-arguments que ceux présentés aux points 1 doivent être ici repris.

J'ajouterais que la dépendance économique est parfois plus importante chez des prestataires de services, soumis à une concurrence rude, à l'égard de clients prestigieux ou susceptibles de leur apporter un important flux d'affaires.

*c) Le secret professionnel serait accordé à l'avocat parce qu'il défend l'intérêt général tandis que ce ne serait pas le cas du juriste d'entreprise qui ne défend que les intérêts particuliers de son entreprise.*

Il faut ici rappeler que la loi du 1<sup>er</sup> mars 2000 a bien été votée en vue de répondre à un besoin d'intérêt général, à savoir la nécessité de veiller à une bonne application du droit au sein des entreprises. La cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 5 mars 2013, a expressément reconnu le caractère d'intérêt collectif de notre profession.

Par ailleurs, lorsqu'un avocat intervient dans une affaire, il est évident qu'il défend uniquement les intérêts particuliers de son client.

*d) L'avocat, qui serait le confident nécessaire de son client, devrait être le titulaire du secret professionnel (au sens de l'article 458 du Code pénal), tandis que le juriste d'entreprise ne serait pas le confident nécessaire de son employeur.*

L'arrêt du 5 mars 2013 de la cour d'appel, qui a pourtant reconnu le caractère insaisissable des avis juridiques des juristes d'entreprise et l'importance de leur caractère confidentiel, a été sensible à ce raisonnement, qu'il a retenu.

Je pense cependant que ce raisonnement se fonde sur des bases inadéquates. En effet, je peux reconnaître sans aucun problème que les avocats, dans leur fonction de défense et de représentation de leurs clients devant les tribunaux, prérogatives dont cette profession a le monopole, soient les confidents nécessaires de leurs clients. Pour être complet, il est important de préciser que ce monopole est partagé avec certains fonctionnaires et représentants syndicaux, qui peuvent plaider devant certaines juridictions.

En revanche, dans leur activité de conseil juridique, leur situation est en tous points semblable à celle de juristes d'entreprise : ils ne sont pas les confidents nécessaires de leurs clients qui, s'ils sont des entreprises, peuvent indifféremment s'adresser à leurs juristes d'entreprise, à un notaire, à un avocat ou à un professeur de droit.

Il y a donc deux professions, qui lorsqu'elles ont des activités identiques, ne reçoivent pas un traitement identique, ce qui est constitutif d'une discrimination.

*e) L'avocat serait, du fait de son statut même, le titulaire de confidences. Il serait donc essentiel qu'il soit soumis à l'article 458 du Code pénal. La confidentialité du juriste serait, elle, limitée à ses avis.*

Cette vision de ces deux professions est réductrice et inexacte : elle élargit artificiellement le champ des informations couvertes par le secret professionnel de l'avocat et réduit tout aussi artificiellement

celui du juriste d'entreprise. En effet, comme l'a rappelé la Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 23 janvier 2008 (arrêt n° 10/2008), seules les informations confiées à l'avocat dans le cadre de ses activités juridiques sont couvertes par le secret professionnel, alors que, comme nous l'avons vu plus haut, la confidentialité du juriste d'entreprise ne se limite pas à son avis, mais également à toutes les informations qu'il a reçues en amont pour rendre son avis. Une fois de plus, la différence que certains tentent encore d'établir entre les juristes d'entreprise et les avocats, en matière de consultation juridique, est artificielle et ne peut justifier des traitements différents.

A l'heure actuelle, bien qu'il existe une convergence d'éléments pour affirmer que les juristes d'entreprise sont soumis à l'article 458 du Code pénal, qui fonde en droit belge le secret professionnel, aucune action pénale n'a, à notre connaissance, encore été à ce jour intentée à l'encontre d'un juriste d'entreprise qui aurait révélé le contenu d'un avis juridique confidentiel ou les informations qui lui avaient été confiées en vue de son élaboration.

Comme nous l'avons vu plus haut, l'Institut recommande la plus grande rigueur et une particulière prudence à ses membres en cette matière.

Notre propos n'était pas ici de contester les caractéristiques de la profession d'avocat mais bien de nous interroger sur les efforts voire les artifices parfois déployés pour soutenir que le secret professionnel serait incompatible avec la profession de juriste d'entreprise

## 2 - Son fondement légal international

La cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 5 mars 2013, qui concernait (notamment) des avis de juristes d'entreprise saisis par l'Autorité belge de la concurrence, a décidé que ces saisies étaient illégales parce qu'elles violaient l'article 5 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 2000 mais également l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH), qui consacrent le respect de la vie privée.

La cour a également cité dans son arrêt, pour étayer son raisonnement, de nombreux arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme basés sur cet article 8 CESDH, qui concernaient des avocats dont le secret professionnel était contesté.

Alors que des efforts intellectuels sont encore déployés pour démontrer que l'article 458 du Code pénal belge (*supra*) devrait être refusé aux juristes d'entreprise, la reconnaissance d'un fondement commun de la confidentialité et du secret professionnel à trouver dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales semble maintenant admise.

Ce socle commun et moderne est constitué par le respect du droit de la défense et la protection de la vie privée, consacrés par les articles 6 et 8 de la CESDH.

Tout ceci est évidemment très positif, particulièrement lorsque l'on sait que le processus d'adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales est actuellement en cours.

On peut légitimement espérer que cela amènera la Cour de justice de l'Union européenne à modifier sa perception des juristes d'entreprise, de leur contrat de travail et de leur secret professionnel.

## Conclusion

Dans notre profession, le concept de confidentialité vise deux situations.

La première est la confidentialité des échanges entre professionnels du droit en vue de préparer des conventions ou de prévenir des conflits. Ces démarches préparatoires et exploratoires seront confidentielles et seul leur résultat sera officiel. Cette confidentialité est présumée entre membres de l'Institut des juristes d'entreprise. Entre juristes d'entreprise et représentants d'autres professions, elle peut toujours être conventionnelle et peut être facilitée par des accords conclus entre l'Institut des juristes d'entreprise et d'autres ordres professionnels. La seconde acception de la confidentialité, la plus fondamentale, est celle accordée par la loi aux avis des juristes d'entreprise en vue de remplir une mission d'intérêt général : veiller à la bonne application du droit au sein des entreprises. Cette confidentialité vise l'avis lui-même, ainsi que tous les éléments préparatoires à l'élaboration de cet avis. Elle implique en outre l'insaisissabilité de cet avis, l'interdiction de l'utiliser en justice et l'obligation pour le juriste qui l'a rédigé de ne jamais révéler ni le contenu de son avis, ni les informations qui lui ont été confiées.

Cette dernière obligation est le secret professionnel dans son acception commune.

Le secret professionnel au sens large, quelle qu'en soit la base légale, qu'une minorité continue de contester aux juristes d'entreprise, produit les effets suivants : insaisissabilité des informations confidentielles communiquées, interdiction de les produire en justice et obligation pour le professionnel de ne pas les révéler.

La confidentialité au sens de l'article 5 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 2000, et le secret professionnel, au sens large, ont donc des effets similaires, au point que l'on peut se demander ce qui empêcherait encore qu'ils soient considérés comme semblables.

La confidentialité n'est ni une immunité, ni une impunité pour le juriste d'entreprise. C'est en

revanche une condition essentielle à l'exercice de sa profession : son entreprise doit pouvoir, en toute confiance, lui transmettre toutes les informations utiles à l'élaboration de son avis juridique, sans craindre que cette démarche ne se retourne ensuite contre elle.

La profession de juriste d'entreprise est réglementée, organisée par la loi et encadrée par l'Institut. Celui-ci est le premier gardien du bon usage de cette confidentialité dont tout abus sera sanctionné par des procédures disciplinaires mais également judiciaires.

Etre le « confident de l'entreprise » constitue donc une lourde responsabilité.

# Legal professional privilege and company lawyers in the UK

**Anthony Brooks,**

Head of Legal Services, Law society

*Anthony Brooks is a solicitor and is Head of Legal Services for the Law Society of England and Wales. He led its intervention into the **Prudential case on legal professional privilege.***

**A**cross Europe, the campaign to secure full professional status for company lawyers continues despite the disappointment of the *Akzo Nobel* judgment of the European Court of Justice in 2010<sup>1</sup>.

The totemic issue is, of course, legal professional privilege, the citizen's right to take advice from his or her lawyer in absolute confidence. It is a concept with deep roots in all legal systems. In England and Wales, it first began to be developed by the common law courts as long ago as the sixteenth century. And of course it is now recognised as a fundamental right under the European Convention on Human Rights. Because of the especial role and duty it gives lawyers, it has long been recognised as one of the core professional principles of the legal profession.

In England and Wales, the professional status of company lawyers has long been accepted. Our professional rules have long permitted solicitors, who are employed by commercial companies, public departments or other entities, to act for their employer. In-house practice, as it is called, is subject to the same conduct rules and code of ethics as other forms of practice. Indeed, it is regarded as simply another mode of practice as a solicitor. The only real difference is that an in-house solicitor cannot normally act for any other client than his or her employer.

As in-house solicitors are solicitors like any other, it naturally follows that the relationship between them and their employers is one in which legal professional privilege subsists. This has never

been an issue in England and Wales. UK companies can seek and take legal advice from their in-house lawyers in complete confidence. Communications between them are fully exempt from disclosure in court proceedings, to the police or to any other state authority, for example, the UK tax or competition authorities.

The benefits of this are self-evident. It gives in-house lawyers a role which can in a very real way promote and encourage better compliance by the company with legal and regulatory requirements. Because they are embedded within the organisations which they serve, in-house lawyers will understand their organisations well - the organisational culture, processes, aims and personalities -. So they are well-placed to give good legal advice which will be followed.

Legal advice is more likely to be followed if it is given fully, frankly and in complete confidence. This is, of course, precisely the public interest basis for legal professional privilege which the courts recognised so long ago. Clients who receive full and frank legal advice are more likely to avoid legal problems.

Of course, companies should be entitled to seek advice from their in-house counsel which is protected by legal professional privilege. It is better for them. It is better for society as a whole.

The traditional argument against company lawyers has been that, because of their employed status, they cannot be truly independent and so legal professional privilege could be abused in

<sup>1</sup> *Akzo Nobel Chemicals Lt. v. Commission*, 2010 E.C.R. 791 (2010).

their hands. This argument does not hold sway in England and Wales and, in my view, it is a false argument.

Solicitors are officers of the court. That means that our professional duty to uphold the rule of law and the proper administration of justice is paramount. Not only this, we are directly accountable to our professional body if we breach our professional duties. That is why we are regulated.

It is the especial place and duty which lawyers have in relation to the courts and the administration of justice that is the foundation of legal professional privilege. It reflects the balance that was struck centuries ago when it was recognised that the need to protect communications with lawyers prevailed over the public interest in all relevant material being available in proceedings before the courts. Because the effect of legal professional privilege is to withdraw an entire category of communications from the scrutiny of the courts, it is of course something which can be abused. But it is the professional duty which lawyers have to the courts and to the proper administration of justice, as well as their accountability to their professional bodies, which ensures that legal professional privilege will not be abused.

While the professional status of company lawyers has long been recognised in England and Wales,

the Law Society has long been supportive of the campaign to extend legal professional privilege to company lawyers throughout Europe.

The *Akzo Nobel* judgment has created an odd situation for us. UK companies are subject to EU as well as UK competition law and they have to comply with both. On matters of UK competition law, they can take privileged advice from their in-house competition solicitors. But because EU law does not recognise that privilege, they cannot do so on matters of EU competition law. It is anomalous.

More importantly, it is a matter of principle. Legal professional privilege is a core professional value for all lawyers. Yet it is constantly under attack. Recent revelations about data-mining by security services represent a threat to legal professional privilege. Earlier in 2013, the Law Society intervened in a case at the United Kingdom Supreme Court to see off an attempt by accountants to claim that legal professional privilege should be extended to cover their relationships with their clients<sup>2</sup>.

Legal professional privilege needs to be upheld and defended by all lawyers and it should govern the relationship between all lawyers and their clients.

2 *R (on the application of Prudential plc and another) v. Special Commissioner of Income Tax* [2013] UKSC 1.

# In-house Counsel in Germany



**Thomas Marx,**  
Rechtsanwalt, Director of Deutscher Anwaltverein

*Thomas Marx works as Director for the German Bar Association (Deutscher Anwaltverein). In that capacity he supports the Section of In-house lawyers of the German Bar Association (Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte im DAV). Starting his career with the German Bar Association in Brussels, since 2012 he works at its Berlin office. He studied the Law in Cologne and Clermont-Ferrand.*

In principle, the legal situation of in-house counsels in Germany and the respective position of the German Bar Association (*Deutscher Anwaltverein*<sup>1</sup>) are easy to explain: the in-house counsel is a lawyer admitted to the Bar. A lawyer who is admitted to the Bar can claim professional secrecy. Consequently, the in-house counsel can claim professional secrecy. Professional secrecy for lawyers is implemented in several acts of federal law: the German Penal Code sets up a sanction up to a year imprisonment for disclosing privileged information. The Code of Criminal Procedure restricts the prosecutor's ability to seize privileged information and grants the lawyer the right refusing to testify.

Now let's have a look at German deontology. One of its principles is the unity of the profession. The Federal Lawyers' Act as well as the Rules of Professional Practice are applicable to all lawyers admitted to the Bar and they know this one profession only: the *Rechtsanwalt*. The *Rechtsanwalt* can work as externally established lawyer for a law firm as well as an in-house counsel for a company. The later one is referred to as traditionally so called *Syndikusanwalt*. The *Syndikusanwalt* can provide legal services as *Rechtsanwalt* outside his/her permanent employment as well. On the other hand, not every service provided by the *Rechtsanwalt* will be understood as legal service as such. Either way, in order to be able to claim professional secrecy the lawyer must be admitted to the Bar and regulated by deontology. The

deontology provides a coherent system balancing obligations and privileges, all aiming to protect the interests of the client at last.

The controversial question concerning the in-house counsel derives from the one article of the Federal Lawyers' Act referring to the in-house counsel more specifically. According to this article the in-house counsel is a *Rechtsanwalt* who is allowed to and does provide legal services for his/her client except when representing him/her before court. Following a differing interpretation, the in-house counsel is not working as *Rechtsanwalt* when providing legal services for this client (so called *Doppelberufstheorie*). In order to clarify that the legislator intended the *Syndikusanwalt* as a *Rechtsanwalt* according to the first understanding, in 2012 the *Deutscher Anwaltverein* in coordination with its Section of In-House Counsel (*Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte im DAV*<sup>2</sup>) offered draft legislation<sup>3</sup>.

Comparable to the discussion in some European countries and argued by the ECJ in its Akzo Nobel case, the differing interpretation in Germany can be boiled down to the basic disbelief in the independence of the *Syndikusanwalt* from his/her company due to his/her employment contract. Comfortable for its supporters at first site, this equation is not convincing when realizing that independence is to be understood as the independence in his/her legal advice as well

1 <http://www.anwaltverein.de/>

2 <http://www.syndikusanwaelte.de/>

3 [http://www.syndikusanwaelte.de/images/texte/2012\\_42%20StN%20Berufsrechtsausschuss.pdf](http://www.syndikusanwaelte.de/images/texte/2012_42%20StN%20Berufsrechtsausschuss.pdf)

as independence from the state. This is based on the historically rather confrontational relation between the authorities and the *Rechtsanwalt* on the side of citizens.

Instead, the topic has to be seen in light of changing realities in today's business environment. The companies' need for sound and independent legal advice has been growing due to a rising level of regulation in many fields of business and the globalization of business. This has led to a greater range of topics the *Syndikusanwalt* has to keep in mind. Today his/her field of activity within the company ranges from providing classic legal advice to compliance. The companies need the *Syndikusanwalt* as guardian of the law within the company.

The main difference between the external *Rechtsanwalt* and the *Syndikusanwalt* is a more intimate understanding of the operative environment the companies (on global level) deal with. He/she has to take care for the legal support while keeping up permanent communication with the units responsible for operations. Following the

greater need of companies for independent legal advice and the growing number of legal aspects a company has to deal with, the number of *Syndikusanwälte* is growing in Germany. Today, in large cities like Cologne, up to 25 percent in average every year of the *Rechtsanwälte* are becoming member of the Bar working as *Syndikusanwalt*.

The main common things between the external *Rechtsanwalt* and the *Syndikusanwalt* are the following. They both serve foremost to the rule of law. Furthermore, the professional secrecy is not a privilege for the good of the *Syndikusanwalt* him-/herself but given for the sole purpose to protect the legal interests of the company as the client. In order to be able to help the client in legal matters, the *Syndikusanwalt* needs the relevant information only the client or his/her employees can give. This requires confidence - which requires guaranteed confidentiality. And that is the main reason why the *Syndikusanwalt* is supposed to be seen as a "real" *Rechtsanwalt* who can claim professional secrecy when providing legal services for his/her company.

# La protection de la confidentialité, pour les juristes d'entreprise, relève d'une nécessité



**Elisabeth Roegele,**

Présidente du Bundesverband der Unternehmensjuristen (BUJ)



**Niels Hartwig,**

Vice-président du Bundesverband der Unternehmensjuristen (BUJ)

*Elisabeth Roegele, Présidente du Bundesverband der Unternehmensjuristen (BUJ), occupe, depuis 2006, la fonction de première avocate et directrice du département juridique de la DekaBank Deutsche Girozentrale. Elle dirigeait auparavant l'unité publicité ad hoc, opérations des dirigeants et questions boursières au sein de la Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, l'Office fédéral allemand de surveillance du secteur financier. Après avoir acquis ses premières expériences professionnelles au sein du département juridique de l'établissement bancaire Bausparkasse Schwäbisch Hall et en tant que rapporteuse au sein du service de surveillance des marchés boursiers du ministère de l'Economie du Land de Hesse, elle a occupé la fonction de membre du directoire de la société Boerse-Stuttgart AG.*

*Niels Hartwig, Vice-président du Bundesverband der Unternehmensjuristen (BUJ), occupe depuis février 1990 la fonction d'avocat interne au sein de la société Siemens Aktiengesellschaft. Il était responsable, entre janvier 2007 et janvier 2009, de l'unité Project Office Compliance Investigation pour devenir ensuite responsable du Project Office pour la coordination des activités, à l'échelle mondiale, du superviseur en charge de l'application des règles de conformité Dr. Theo Waigel. Depuis le 1er janvier 2011, il occupe par ailleurs la fonction de Chief Counsel Global Functions, endossant la responsabilité de tous les thèmes transversaux ayant trait à l'organisation des secteurs Legal et Compliance.*

La situation juridique liée à l'exercice de la profession de juristes d'entreprise, en Allemagne, a de quoi étonner leurs homologues étrangers : bien que l'activité exercée au sein du département juridique d'une entreprise ne nécessite pas d'être inscrit au barreau, c'est généralement le cas, en Allemagne, pour la plupart des juristes d'entreprise : le titre d'avocat concourt à une meilleure reconnaissance du juriste d'entreprise vis-à-vis de ses interlocuteurs tant en interne qu'en externe et, dans de nombreux cas, les juristes d'entreprise exerçaient d'ores et déjà en tant qu'avocat admis au barreau avant de rejoindre le service juridique d'une entreprise. Parallèlement à cela, les juristes d'entreprise peuvent, en tant qu'avocats inscrits au barreau, s'affilier aux caisses de prévoyance

réservées aux avocats et cotiser auprès de ces caisses, pour leur retraite ; cette option est plus intéressante d'un point de vue financier que la cotisation au régime légal.

Mais malgré son admission au barreau, le juriste d'entreprise – contrairement à ses homologues exerçant au sein de cabinets d'avocats – n'est pas en droit, en principe, d'invoquer, dans le cadre de l'activité qu'il exerce pour le compte de son employeur, le secret professionnel. Il ne peut donc ni invoquer un droit de refuser de témoigner, ni invoquer une insaisissabilité, droits dont peuvent en principe se prévaloir les avocats. Penchons-nous sur la question.

En Allemagne, tant le Code de procédure civile que le Code de procédure pénale concèdent à l'avocat

un droit de refuser de témoigner sur des faits qui lui ont été confiés ou dont il a pris connaissance dans le cadre de son mandat (Code de procédure civile, art. 383 [*Zivilprozessordnung*] et Code de procédure pénale, art. 53 [*Strafprozessordnung*]). Si l'avocat est en droit, dans le cadre d'une procédure pénale, de se prévaloir de son droit de refuser de témoigner, il est également en droit, par ailleurs, d'invoquer l'insaisissabilité des communications écrites échangées entre lui et son client et toute autre note et communication (Code de procédure pénale, art. 97). Toutefois, ni le Code de procédure civile, ni le Code de procédure pénale ne prévoient de règlement explicite concernant les avocats inscrits au barreau exerçant en qualité d'avocats internes à une entreprise. La question de savoir si les juristes d'entreprise sont concernés par les dispositions légales susmentionnées et s'ils peuvent par conséquent - au même titre que les avocats -, invoquer un droit de refuser de témoigner et/ou de bénéficier de l'insaisissabilité reste donc floue. La jurisprudence de ces dix dernières années ne fait apparaître aucun cas où un tribunal aurait octroyé à un juriste d'entreprise la possibilité d'invoquer son droit de refuser de témoigner ou de bénéficier de l'insaisissabilité. Les tribunaux estiment en effet que, contrairement à l'avocat externe, le juriste d'entreprise n'exerce pas en tant « qu'avocat à proprement parler », mais que son statut de salarié, et donc, par conséquent, le fait qu'il soit soumis à un lien de subordination et le fait qu'il soit économiquement dépendant de son employeur s'opposent à son indépendance.

Toutefois, du point de vue de l'entreprise, il est extrêmement important que les documents qui sont traités par le juriste interne bénéficient, dans une large mesure, du « *legal privilege* » : lorsque l'entreprise est impliquée dans des litiges procéduraux, les autorités judiciaires et les parties seront facilement enclines à désigner le juriste d'entreprise en qualité de témoin pour obtenir, ainsi, des informations qu'elles ne parviendraient pas à obtenir d'une autre façon.

L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, très attendu dans la procédure *antitrust* européenne « Akzo/Akcros » (CJCE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P), n'a pas envoyé de signal très positif en faveur des juristes d'entreprise. Dans les circonstances de l'espèce, les juges luxembourgeois ont refusé aux avocats le bénéfice de l'insaisissabilité pour tous les courriers échangés entre les avocats internes et l'entreprise et ont, en ce sens, dénié aux avocats internes le droit de refuser de témoigner. Certes, cet arrêt très remar-

qué a été rendu dans le contexte spécifique des procédures *antitrust* européennes et ne s'étend donc pas aux procédures *antitrust* nationales ; mais l'arrêt a eu un grand retentissement également en Allemagne.

L'Association des avocats d'entreprise, le *Bundesverband der Unternehmensjuristen e. V.* (BUJ), fondée en 2011, qui compte désormais plus de 1 200 membres, aspire notamment à ce que soit arrêté un règlement sans ambiguïté concernant la protection du secret professionnel des juristes d'entreprise. Une clarification, au niveau de la législation, de cette situation s'impose depuis longtemps pour les raisons suivantes :

- L'objectif fondamental d'un tel privilège de confidentialité est d'assurer un conseil juridique de qualité, dans le cadre duquel le client peut se fier au fait que son avocat traite de façon strictement confidentielle les informations, même sensibles, qu'il lui confie. En effet, ce n'est que lorsque l'avocat connaît tous les tenants et aboutissants d'une affaire qu'il est en mesure de dispenser le meilleur conseil juridique. Ceci s'applique aussi bien à l'avocat externe qu'à son homologue travaillant en entreprise, au sein du service juridique.
- L'objectif poursuivi par la loi et la nécessité économique de préserver le statut des avocats internes ainsi que d'assurer un conseil de qualité et indépendant de l'entreprise relève de la mission impossible, sur le long terme, si l'on dénie à l'avocat interne le privilège de confidentialité. Le juriste d'entreprise dispense également un conseil permettant de départager ce qui est légal de ce qui ne l'est pas. Toutefois, si la direction de l'entreprise doit craindre que toutes les informations confidentielles qu'elle porte à la connaissance de son avocat interne puissent potentiellement être accessibles, à tout moment, aux tribunaux et aux autorités judiciaires, elle se fera exclusivement conseiller, à l'avenir, par un avocat externe qui, lui, bénéficie du droit de refuser de témoigner.
- Toutefois, la qualité du conseil juridique de l'avocat externe peut elle aussi en être affectée, de façon indirecte. En effet, l'avocat exerçant au sein d'un cabinet ne pourra dispenser un conseil qualifié que si les juristes d'entreprise internes apportent leur concours. Par ailleurs, les juristes internes vérifient souvent si le conseil dispensé en externe est conforme et peut être traduit dans les faits. Si les juristes d'entreprise ne peuvent pas bénéficier, comme c'est le cas jusqu'à présent, du privilège de confidentialité, certains maillons de

cette chaîne peuvent présenter des défaillances significatives en termes de confidentialité ; il ne reste plus aux tribunaux et aux procureurs qu'à prendre connaissance des dossiers et d'interroger les témoins là où le bât blesse.

- Par ailleurs, il est inéquitable de « sanctionner » les entreprises qui font en permanence vérifier leurs activités commerciales par des juristes internes, par exemple pour assurer le respect de règles de conformité, en leur refusant la confidentialité de leurs communications.
- Indépendamment de ces considérations fondamentales, les arguments avancés pour dénier aux juristes d'entreprise le privilège de confidentialité ne sauraient convaincre. Comme exposé, les tribunaux avançaient jusqu'à présent l'argument du « manque d'indépendance » des juristes d'entreprise puisque ceux-ci, en raison du fait qu'ils sont salariés, sont soumis à un lien de subordination et dépendants d'un point de vue financier. Or, cette indépendance serait une condition *sine qua non* de toute activité en qualité d'avocat.
- L'aspect du « lien de subordination » est inapproprié pour remettre en cause l'indépendance de l'avocat interne. Chaque avocat -qu'il soit avocat externe ou interne-, doit répondre aux directives de son donneur d'ordre, dans le cadre défini au préalable dans les clauses contractuelles et déontologiques. Il est toutefois libre au niveau de son évaluation juridique spécifique d'une affaire. Il en va de même pour l'avocat interne, qui émet un avis juridique, en toute bonne foi, et qui met en avant les arguments qui plaident en faveur ou contre le point de vue juridique de son donneur d'ordre.
- La dépendance économique, maintes fois évoquée, ne justifie pas que les juristes d'entreprise soient soumis à un traitement de défaveur, en ce qui concerne le privilège de confidentialité, par rapport à leurs confrères exerçant en cabinet. La caractéristique principale de l'activité d'avocat interne est que les juristes d'entreprise tirent la majeure partie de leurs revenus d'un seul mandat, en l'occurrence celui qui les lie à leur employeur. Ceci ne permet toutefois pas de conclure que les avocats d'entreprise sont plus dépendants que les avocats externes. Aujourd'hui, la norme, dans les cabinets d'avocats, peut se résumer dans le principe de Pareto des 80-20. En d'autres termes, 20 % de la clientèle génère 80 % du chiffre d'affaires du cabinet. L'image d'Épinal de l'avocat exerçant à son compte, réunissant dans son portefeuille un

grand nombre de clients, dont les mandats sont tous traités sur un pied d'égalité totale ne correspond plus à ce qu'est ce métier aujourd'hui. Et si l'on tient compte des frais inhérents à l'exploitation d'un cabinet, les avocats exerçant en libéral sont plus que jamais tributaires de nouveaux contrats. Et ce, quelle que soit la situation économique, tant en période de boom économique que de récession. L'avocat interne peut lui compter sur un poste à responsabilité sûr, se basant sur un contrat de travail, à l'abri des fluctuations conjoncturelles, qui lui permet de conseiller son employeur de façon libre et impartiale et, de fait, de façon indépendante.

Il conviendrait donc d'assurer aux juristes d'entreprise, dans leur cadre réglementaire national respectif, une base offrant des garanties juridiques pour les faire bénéficier du *legal privilege*. Certes, à l'échelle européenne, il apparaît comme peu probable que la conception juridique telle qu'exposée dans le jugement « Akzo/Akros » concernant l'étendue du secret professionnel des avocats change d'ici peu. Toutefois, la Cour de justice, dans cet arrêt, laisse entendre qu'une évolution significative de la situation juridique au sein des Etats membres de l'Union pourrait avoir une influence sur le développement de la jurisprudence dans le sens d'une reconnaissance des mêmes bénéfices aux avocats internes qu'aux avocats externes. Jusqu'à présent, pour reprendre les motifs de la Cour, « aucune tendance prépondérante en faveur d'une protection de la confidentialité des communications au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes ne peut être dégagée en ce qui concerne les ordres juridiques des 27 Etats membres de l'Union européenne [28 depuis l'entrée de la Croatie, le 1<sup>er</sup> juillet 2013] ».

Les Etats membres de l'UE sont par conséquent invités, désormais, à définir un cadre juridique permettant de protéger les juristes d'entreprise. Deux arrêts rendus au mois de mars 2013 marquent un premier pas dans cette direction : tant la cour d'appel belge que néerlandaise ont confirmé le privilège de confidentialité pour les juristes d'entreprise.

Le *Bundesverband der Unternehmensjuristen* s'engagera en faveur de cet objectif auprès du législateur allemand. Reste à espérer que les juristes d'entreprises, dans de nombreux autres pays européens, pourront bénéficier eux aussi d'une protection exhaustive de leur confidentialité, pour pouvoir, à l'avenir, continuer à honorer leur mission, cruciale pour les entreprises, avec succès.

# La confidentialité des avis des juristes d'entreprise en Espagne



## Juan Antonio Cremades,

Avocat aux barreaux de Paris et de Madrid, Ancien Membre du Conseil de l'Ordre de Paris et de Madrid, Président d'Honneur de l'Union internationale des avocats

*Juan Antonio Cremades est avocat, membre des barreaux de Paris et de Madrid, arbitre et docteur en droit. Président d'Honneur de la Chambre officielle de Commerce d'Espagne en France, dont il a assumé la présidence de 1977 à 1980, il est aussi président d'Honneur de l'Union internationale des avocats, premier membre non français élu au Conseil de l'Ordre des avocats au barreau de Paris, membre du Conseil de l'Ordre des avocats au barreau de Madrid de 2008 à 2012. En outre, Maître Cremades est académicien de l'Académie aragonaise de jurisprudence et législation et de l'Académie royale de Beaux-Arts de San Luis, membre d'honneur des barreaux de Saragosse, Mexico et de République Dominicaine, chevalier de la Légion d'Honneur.*

La Constitution espagnole garantit, dans son article 24, le droit de toute personne « à l'assistance d'un avocat ».

Selon la définition légale, l'avocat est celui qui assume la défense des parties dans les procès ou qui donne professionnellement des conseils juridiques. Pour exercer cette profession, il est nécessaire de faire partie d'un barreau.

La nature des liens entre l'avocat et son client sont sans incidence sur la déontologie des avocats : que ceux-ci aient de nombreux clients ou un client unique, que le contrat unissant l'avocat et son client soit, par exemple, un contrat de travail ou un contrat d'exercice libéral, ne change rien aux obligations auxquelles est soumis l'avocat.

Les juristes d'entreprise, dans la mesure où leur travail consiste à défendre la firme pour laquelle ils travaillent ou à lui donner des conseils juridiques, doivent donc faire partie d'un barreau, sont soumis à sa déontologie et se trouvent sous le contrôle disciplinaire du Conseil de l'Ordre.

Selon le Statut général de la profession d'avocat, « la confiance et la confidentialité dans les relations avec le client imposent à l'Avocat, conformément aux dispositions de la Loi Organique sur le Pouvoir Judiciaire, le devoir et le droit de garder le secret sur tous les faits ou nouvelles qu'il connaît en raison d'une quelconque modalité de son intervention

professionnelle et il ne peut pas être obligé de déclarer sur eux ».

Le Statut précise que « le droit et le devoir du secret professionnel de l'Avocat comprend toutes les communications, données, informations et propositions dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession, ainsi que tous les faits et les documents dont il a eu nouvelle en tant qu'Avocat ».

Ce secret ne s'applique, bien entendu, pas aux interventions de l'avocat en dehors du cadre de son activité professionnelle : il faut rappeler que la profession d'avocat est compatible en Espagne avec l'exercice de toute autre métier ou emploi non interdit. Dans l'entreprise, il peut notamment faire partie du conseil d'administration et même en assumer la présidence ou la direction générale. Seules sont exclues les activités déclarées incompatibles avec la profession : par exemple, certains mandats politiques ou des fonctions juridictionnelles ou administratives. Pour savoir, en conséquence, si l'avocat salarié d'une entreprise est couvert ou non par le secret professionnel, il faudra déterminer s'il a agi en tant qu'avocat ou à un autre titre.

Le devoir du secret professionnel n'est pas limité dans le temps et subsiste même à la fin de la prestation des services au client. L'avocat n'est pas relevé de ses devoirs de secret professionnel par la simple autorisation de son client.

En cas de perquisition du cabinet d'un avocat, et cela s'applique bien sûr à ceux qui ont leur cabinet dans une entreprise, le Bâtonnier ou son délégué doit s'y rendre pour assister aux recherches qui seront effectuées et veiller à la sauvegarde du secret professionnel.

Le barreau de Madrid, à travers sa Commission des avocats d'entreprise, a pris position sur l'incidence en Espagne chez les avocats salariés de leur client de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union Européenne du 14 décembre 2010 (CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P). Il rappelle que l'arrêt fixe uniquement des normes -sur lesquelles il manifeste respectueusement son désaccord- applicables au niveau communautaire sur l'inopposabilité du secret professionnel des avocats internes de l'entreprise aux inspections réalisées soit directement par la Commission européenne, soit par les autorités nationales de la concurrence agissant en tant qu'agents collaborateurs en vertu d'un mandat de la Commission européenne. L'arrêt n'affecte donc pas toutes autres hypothèses dans lesquelles les normes de droit national sont applicables, le secret professionnel des avocats -y compris les avocats salariés d'entreprise- étant régi dans ces cas par l'ordonnancement juridique espagnol.

En droit interne, la protection du secret des communications des avocats avec leurs clients continue d'être assurée dans les mêmes conditions, que ceux-ci soient ou non salariés de l'entreprise. Le secret professionnel des avocats a la même étendue, quelles que soient les modalités d'exercice de la profession.

La rupture de cette égalité serait contraire au fait que tous les avocats, qu'ils travaillent en entreprise, en tant que collaborateurs d'un cabinet ou à titre libéral, sont soumis aux mêmes obligations et doivent respecter une déontologie commune. La déclaration de la Commission du barreau de Madrid proclame que « *la dépendance de travail, organique, hiérarchique et fonctionnelle d'un avocat interne n'a aucune relation directe et concluante sur la notion d'indépendance professionnelle. Il s'agit de deux modalités différentes d'exercice professionnel, chacune ayant ses caractéristiques propres, mais cela ne justifie pas que l'on porte atteinte au devoir de secret professionnel de l'avocat d'entreprise* ».

Pour souligner l'importance de la protection donnée en droit espagnol au secret professionnel, il suffit de rappeler que, récemment, un juge d'instruction très connu médiatiquement s'est vu condamner par le Tribunal suprême à être inhabilité pour exercer la magistrature pendant onze ans, avec perte de son poste de juge d'instruction à la Cour nationale et cela parce que, dans une affaire de corruption, il avait ordonné l'écoute des entretiens des détenus (qui faisaient partie, d'ailleurs, d'un parti politique contraire à celui dans les listes duquel le juge avait été élu quelques années avant) avec leurs avocats. La protection du secret professionnel des avocats – et tout naturellement aussi des avocats travaillant en entreprise – est fondamentale dans l'ordonnancement juridique espagnol, car elle est indispensable pour défendre les dispositions constitutionnelles sur le droit de tous à recourir à un avocat.

# Legal Privilege in the Netherlands



## Han Kooy,

vice president of the European Company Lawyers Association (ECLA)

*Han Kooy studied law at Groningen University in the Netherlands. He joined the legal department of Shell in The Hague in 1972. He has worked during 37 years for various Shell companies in the Netherlands and abroad, including a diving company in Milan, Italy and the refinery on Curacao (Netherlands Antilles), where he was involved in Shell's withdrawal from the island (1985). In the Netherlands he worked for Shell companies active in the energy business but also in metals, tanker business, research, real estate and chemicals. Kooy is chairman of the Dutch Company Lawyers Association (NGB) and he is president of the European Company Lawyers Association (ECLA).*

## General

In the Netherlands a form of legal privilege exists.

The Dutch independent Authority for Consumers and Markets (Autoriteit Consument & Markt-ACM) was created on 1st April 2013 and incorporates the former Netherlands Competition Authority-NMa and the former Netherlands Independent Post and Telecommunications Authority-OPTA. This new regulator says that it creates opportunities and options for businesses and consumers alike. The powers of the two old authorities have been transferred to the new ACM.

The ACM exercises - as did the NMa - supervisory and investigative powers under the Competition Act (Mededingingswet) and the General Administrative Law Act (Algemene wet bestuursrecht). Article 5:20 of the General Administrative Law Act stipulates that everyone must extend cooperation to a supervisory authority. However, paragraph 2 of this article grants a right of non-disclosure to attorneys. Insofar as supervisory powers concern third parties, attorneys have the right to refuse to cooperate. Article 51 of the Competition Act describes this attorney-client legal privilege by stating that the competition authorities may not request to inspect “documents relating to the application of competition rules exchanged between an undertaking and an advocate admitted to the Bar”.

## What is covered by legal privilege ?

Article 51 of the Competition Act followed the AM&S judgment of the European Court of Justice (“ECJ”) of 1982, which held that it follows from the principle of confidentiality between an attorney and a company (or as the case may be a group of companies/enterprises) that correspondence and advice from an attorney to his client belong to the category of protected documents insofar as these concern the subject of a verification investigation. Hard copy or digital information exchanged between a company and a client fall under legal privilege. In practice, legal privilege applies to almost all attorney-client correspondence. For the purposes of interpreting this privilege, the MCA (in the past NMa) follows the Akzo Nobel judgment of the ECJ of 2010 and on some points its interpretation goes even a bit further to the advantage of companies.

## Do corporate lawyers have legal privilege ?

There are two types of corporate lawyers: those who are just corporate lawyers and those who are at the same time admitted to the Bar as attorney (advocaat). This is the case with circa 10 % of the company lawyers in the Netherlands (more than 500 company lawyers). Both categories are in principle exclusively paid by their employer.

Under article 5:20 of the General Administrative Law Act, corporate lawyers who are at the same time admitted to the Dutch Bar, may also invoke their attorney-client privilege in respect of supervisory authorities. Documents exchanged between a company and such a corporate lawyer are also protected by legal privilege, provided that it is clear from the documents that the corporate lawyer acted in his capacity as an attorney (*advocaat*).

This means that legal privilege does not apply to communications with corporate lawyers who are not (also) admitted to the Bar as attorney (*advocaat*). This protection via legal privilege applies only to the exclusive application of Dutch national powers.

As a consequence, this legal privilege does not apply when the ACM assists officials of the European Commission with verifications (the searching of premises) conducted by these EU officials. In line with the *Akzo Nobel* judgment of 2010, company lawyers do not enjoy attorney-client privilege in the event of such dawn raids and companies cannot invoke legal privilege.

### Legal privilege with respect to the correspondence of non-national qualified lawyers

Article 51 of the Competition Act makes no distinction where the attorney in question is based. Correspondence with attorneys based outside the EU is also protected under Dutch legal privilege. This constitutes an expansion of an attorney's duty of confidentiality, also under disciplinary and criminal law. In this respect, the Dutch legal privilege provision explicitly deviates from ECJ case law.

As far as the suspicion of offences under criminal law the legal privilege may under circumstances be affected.

### Documents covered

Internal documents prepared for the sole purpose of seeking legal advice from an attorney, any advice given by the attorney, internal reports and summaries of an attorney's advice. Its advisable to mark documents for which legal privilege is sought privilege as attorney/client information

whereas the sending of copies should be limited to those directly involved, in practice the management.

### EU situation

European legal privilege limits its protection to attorneys who are based in a Member State. Dutch legal privilege makes no distinction on where an attorney is based.

The ACM manner of protecting legal privilege differs from that of the Commission. If a EU legal privilege claim is dismissed, the Commission issues a decision. An administrative proceeding then follows.

In the case of the ACM, a "Legal Privilege Officer" examines the documents and determines whether they fall under legal privilege. This officer notifies the company of his opinion.

### Dutch Supreme Court confirms legal privilege for company lawyers being attorneys (*advocaat*)

In a landmark case decided on 15 March 2013, the Dutch Supreme Court (*Hoge Raad*) recognised the existence of a general legal privilege for company lawyers being at the same time admitted to the Bar as attorneys (*advocaat*). The ECJ had refused to accept in 2010 legal privilege for such Dutch corporate lawyers in the context of EU competition law (*Akzo Nobel/Commission* judgment). According to the ECJ, the employment relationship precludes such company lawyer (in-house attorney) from being sufficiently independent to justify granting him/her legal privilege.

Following that decision, the question was whether the Dutch Supreme Court would adopt the same approach for such company lawyers if they are active in areas of law other than EU competition law. The Court has now firmly established a legal privilege for company lawyers who have been admitted to the Bar and comply with requirements guaranteeing their independence.

The Supreme Court's decision safeguards the confidentiality of such company lawyers in their advice and communications insofar as they are acting in the interest of their client - employer as an attorney.

# Legal privilege in Spain



## Paloma Valor,

VP & Assistant General Counsel at IBM, Europe

*Paloma Valor is VP & Assistant General Counsel, Europe IOT, Law Department at IBM. She owns a Master Degree Tax Law and has been admitted to Madrid Bar in 1990. All her career has been conducted at IBM.*

The *Juriste d'Entreprise Magazine* published by the French Association of Company Lawyers (*l'Association Française des Juristes d'Entreprise* - AFJE) issues a special edition on the topic of professional secrecy as applicable to company lawyers and, in my case, the situation in Spain on this matter.

When I write about the issue at hand, I always start by saying that the legal profession is an honorable profession, made up of, in its vast majority, by honorable professionals, who have the aim to serve their clients and the society in which they live in and operate. In the case of Spain, in particular, the legal profession has played a mayor role in the development of the country, in general, and, in particular, even more so, in the establishment and consolidation of the Rule of Law as the basic framework that ensures coexistence among its citizens. This can be said in respect of all lawyers and, therefore, also in respect of company lawyers or inside counsel. In fact, one would hardly question that the private enterprise is a key engine of economic and social development and prosperity.

When I started my career as company lawyer and attended international meetings discussing the issue before us today, Spain was praised as a positive example of a country where lawyers, all lawyers, were able to enroll in a legal professional association, to defend their clients in court, having the same obligations, including the duty of professional secrecy and, accordingly, the same rights, including attorney client privilege, keeping said communications strictly confidential. In fact, so as to illustrate the exemplary role played by Spanish lawyers, reference was consistently made to the outstanding work carried out during Spain's democratic transition and the long tradition and

magnificent services rendered by the legal professional associations in protecting its members' rights in difficult times.

Over twenty years later, when I participate in similar meetings, worryingly enough, Spain is presented as a country in which it seems questionable that inside counsel can enroll in professional associations, that they can represent their companies in court, or even that their communications are protected by the same confidentiality standards as those of the rest of lawyers; this latter, with the risk of hindering the full and effective exercise of attorney client privilege; however, the obligations, remain the same.

And I say "worryingly enough", because when I question what has happened during this period of time, which has been the regulatory change or if there has been any change in the field of positive law (change that, in my opinion, would be regressive), the answer is, to say the least, surprising: none.

I will refer to some articles of Spanish law that, due to their scope and significance, are well known to all of us in the Spanish legal profession. But, from my point of view, sometimes, it is necessary to go back to basics in order to look forward.

In this sense, it is clear that attorney-client privilege in Spain has not changed if we take into account principles so essential to the Rule of Law such as the **principle of legality** or strict observance of the law, as established on article 9.3 of the Spanish Constitution, and the **sources of the Spanish legal system**, which, as said in article 1.1 of the Spanish Civil code, are "*the Law, the customs and the general principles of law*".

We must take into account that the profession of lawyer is regulated and established according to law and, in this sense, the Judicial Power Organization Act establishes in its article 542 that “*the denomination and function of legal counsel corresponds ‘exclusively’ to the person who has earned a Law degree and who exercises the direction and defense of the parties in all types of proceedings, or the assessment or legal advice. In their actions before the courts, lawyers are free and independent, will be subject to the principle of good faith, shall enjoy the rights inherent to their position and will be protected by the latter in their freedom of expression and defense*”. For this, the lawyer needs to be registered in the corresponding legal professional association and subject to all obligations whether legal, ethical and established by the corresponding legal professional association.

Precisely under the Rule of Law, where the free and independent legal profession is crucial for the effective implementation of some of the most fundamental rights, including effective judicial protection and the essential right to a defense, as enshrined in article 24 of our Constitution, inside counsel are not only allowed, but must be registered with the corresponding legal professional association in order to be able to represent their client and to perform legal advice services in such an important area as that of corporations. Moreover, they can also represent their companies before courts.

The same obligations that apply to other lawyers, also apply to inside counsel, without any differentiation whatsoever, for instance, according to the Judicial Power Organization Act, in article 542, “*the lawyers must maintain the secrecy of any facts or news known to them by reason of the performance of their services, in despite of the type in which these were rendered, and cannot be compelled to testify regarding them*”. This text is basically ratified in the same manner by article 32 of the General Statute of the Legal Profession. Both texts develop the provisions of the Constitution according to which “*The law will regulate the cases in which, for reasons of family relationship or professional secrecy, an individual cannot be compelled to testify regarding allegedly criminal acts*”. The same requirement is contained in the codes of conduct of all legal professional associations.

The breach of the obligation of secrecy may lead, not only to punishment by the legal professional association, but can also have consequences of a criminal nature, as established by article 199 of

the Spanish Criminal code under which, “*1. He who reveals the secrets of others, having knowledge of them by virtue of his occupation or employment relationship, shall be punished with imprisonment from one to three years and a fine of six to twelve months. 2. The professional who, in violation of its obligation of secrecy or confidentiality, discloses the secrets of another person shall be punished with imprisonment from one to four years, a fine of twelve to twenty four months and will be disqualified for the profession for a period of two to six years*”.

Then, where does the questioning of the protection of inside counsel communications as opposed to those of outside counsel, come from?

The debate stems from the ruling of the Spanish Competition Court (an administrative body) on the *Pepsi-Cola vs Coca-Cola* case issued on July 2002, whereby the administrative body rules that the correspondence held between the Legal Department of a company and its outside counsel should not be taken into consideration in the proceedings and is subject to legal privilege.

In this sense, the Competition Court ruled that whereas 1) legal advice was provided by external lawyers, 2) the correspondence between the inside and outside counsel took place with the purpose of the client’s legal defense, and 3) the company could demonstrate that the information was protected by the confidentiality standards corresponding to professional secrecy, the European Union doctrine shall apply to Spanish law and, therefore, that the documentation was protected by attorney-client privilege.

The Competition Court focuses on the specific case of certain particular correspondence within the company’s Legal Department, but does not enter into the merits of the rights of inside counsel in this sense.

It is certainly worrying that this resolution could be interpreted as amending, by any means, the statutory regime of professional confidentiality and attorney-client privilege, since there has not even been an informed or in-depth debate on the issue, nor any type of reasoned or comparative analysis. Furthermore, the resolution was issued by an administrative body, which is not a source of Law. Neither has there been any decision coming from the legislative or judicial powers, which, in accordance with the regulations in force, are the ones who can develop, modify and interpret norms.

Of course, we cannot ignore the evolution of the subject within the European Union and, in particular, in relation with the decisions in the *AM & S* case, as well as in the *Akzo Nobel Chemicals* case, in my opinion confined to antitrust matters within the European Union.

Taking into account that the European Union and even its Advocate General recognize the importance of the status granted by the Member States to lawyers in general and inside counsel in particular, and given the lack of consistency among all Member States, I consider that it is important to be rigorous in raising the issue on a national level.

We must take into account that the basis for questioning the application of legal privilege to inside counsel is the presumption of lack of independence due to the existence of an employment agreement. It is here, that is, to determine the independence based on the type of relationship and attorney-client remuneration, where the most irreparable unfairness is caused.

In my opinion, from the point of view of the lawyer, his/her independence has to do with his/her technical preparation, the ethical principles that are essential to the exercise of the duties inherent to his/her role and the individuals' willingness in his/her implementation and compliance; in short, the honorability which I referred to at the outset. From the point of view of the client/company/employer, its lawyers' independence is related with the company's aim to comply with the law in order to qualify for the highest ethical standards, but also with the freedom to organize its resources as it deems most appropriate within the framework of free enterprise, which is also embodied in our Constitution.

In fact, companies that build strong and powerful Legal Departments, do so with the aim of enforcing the law in all spheres and at all stages of their daily endeavors, and not the opposite. This is why they want to have the lawyer next to them, closely nearby, with deep knowledge of the business, the products, and the services rendered.

The companies that build strong Legal Departments often hire professionals based on criteria of excellence, of the highest education and experience, as well as based on their moral values, so as to, precisely, ensure compliance with current legislation. It will then be the internal Legal Departments who will further seek the advice of outside counsel based on the need of the case, and depending on their knowledge and expertise.

The companies have been the ones that, from their Legal Departments, have developed Codes of Conduct and of Corporate Governance, in many cases pioneers in this area, which, based, as a first premise in the compliance of the applicable laws, have developed principles often even more demanding than those of the Law. Not in vain, the directors of corporations are the first interested in the strict compliance with the law, given the serious consequences that could otherwise take place on a personal level.

To question *a priori* the inside counsel's independence based on their remuneration, is, frankly speaking, going too far. Taking an extreme example, if a company lawyer had informed that certain conduct in the company was not fit to law, and consequently such conduct was corrected, this would have displayed great independence of mind. It would be a paradox that such document could work against his/her client, precisely because of a presumption otherwise unjustified.

It would also be ironic that in a country governed, of course, by the presumption of innocence -true backbone of our legal system and which protects in the same manner both innocent individuals and possible offenders-, the lack of independence of inside counsel is assumed, based on an unfounded assumption of illegal acts, both of the lawyers and of the companies, not even admitting proof to the contrary.

On the other hand, to question the independence in this regard based on the remuneration system or employment contract would also lead inevitably to question, in an equally unfounded manner, the independence of many other professionals. Are senior officials not independent due to the fact that the corresponding Administration pays their wage? What about State Attorneys? Would this apply also to Tax Inspectors? Public Prosecutors? Judges? Are the lawyers who work under an employment contract in law firms not independent as well?

Another point that requires special consideration is the protection of communication within the different Legal Departments belonging to companies in the same corporate group. In my experience, it is precisely the strength of all the Legal Departments within a group that most strongly supports individuals to maintain impartiality. If an individual could see him or herself influenced by short-term interest, the long-term view of the group would undoubtedly make the above mentioned Codes of Conduct

and the interest of application of the law, prevail. This is why I consider essential the full protection of confidentiality of communications within the Legal Departments of the company group.

The status in Spain for lawyers has always been applicable to both inside and outside counsel with no differentiation whatsoever. And this has not changed at all.

To question this is regressive, restrictive and interventionist, and places the basic principles of Rule of Law in a democratic state, in great risk. Both, the inside lawyer (who, acting as such, fully complying with the ethical principles that are applicable) and his/her client/company, must have the freedom to choose how to organize their resources and define the legal defense strategy, if applicable, in accordance with the principle of legal certainty.

And, of course, such status cannot be considered amended in any way by a ruling issued by an administrative body; but rather requires that the

corresponding laws and regulations currently applicable be amended according to the legal procedures as established in the Spanish Constitution and with respect to the principles of legality, norm hierarchy, publicity and non-interference of public authorities. Hence, the principle which protects attorney-client privilege as applicable to company lawyers remains legally unaltered. This has been confirmed by the General By-Law of the Spanish Lawyers and repeatedly endorsed by many legal professional associations, including that of Madrid, to which I belong.

I think that this is a discussion of principles that affect the exercise of the profession, and where it is necessary to fully understand the significance of the issue. And I also believe that the debate must be equally based on principles and with the strong commitment that these issues require; defending and even ratifying the current status, which guarantees the protection of professional secrecy and the communications between the company lawyer and its client.

# Remarques sur les difficultés d'application de l'*attorney client privilege* aux juristes internes



**Florence G'Sell,**

Professeur, Université de Bretagne Occidentale

*Florence G'Sell est agrégée de droit privé et Professeur à l'Université de Bretagne Occidentale, après avoir été Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Elle enseigne principalement le droit des obligations, le droit des affaires et le droit comparé. Diplômée de Sciences Po, où elle enseigne depuis plusieurs années, elle a commencé sa carrière dans une banque, puis dans une compagnie d'assurance spécialisée dans la couverture des risques industriels, avant de choisir l'université. Ses recherches portent principalement sur le droit civil et le droit des affaires, qu'elle aborde de manière comparative, à la lumière des droits de Common Law, notamment le droit américain. Après une thèse comparative consacrée au lien de causalité, elle poursuit ses travaux sur la responsabilité civile dans le cadre de projets pluri-disciplinaires et internationaux. Elle vient de terminer une étude relative à la protection des secrets d'affaires.*

L'*attorney client privilege* du droit américain suscite depuis longtemps l'intérêt des juristes français. A la différence des avocats, dont le secret professionnel permet de garantir la confidentialité des conseils prodigués et des communications entre confrères, les juristes d'entreprise ne disposent, en France, d'aucune protection<sup>1</sup>. Au contraire, les avocats américains ont la possibilité, aux Etats-Unis, d'exercer en entreprise en tant qu'*in-house lawyers* et voient leurs conseils protégés à ce titre<sup>2</sup>. C'est principalement pour cette raison qu'est régulièrement évoquée la possibilité d'ouvrir aux avocats l'exercice en entreprise, voire même de créer un privilège de confidentialité<sup>3</sup>. L'expérience américaine montre toutefois que la confidentialité accordée aux communications avec les « *in-house lawyers* » ne va pas sans poser de difficultés.

En effet, s'il est acquis que les documents relatifs à un conseil juridique prodigué par l'avocat

à son client sont protégés, la détermination des communications confidentielles peut se révéler délicate, dès lors que le client est une personne morale et que les avocats salariés sont appelés, par hypothèse, à s'intégrer dans les équipes internes. Faut-il considérer que tous les échanges entretenus par l'avocat *in-house* avec les autres salariés de l'entreprise sont protégés ou seulement certains d'entre eux ? Les juridictions fédérales ont, par le passé, réservé la confidentialité aux seules communications de l'avocat avec les dirigeants ou les salariés décisionnaires quant à la question envisagée (*control group test*)<sup>4</sup>. Ce critère avait pour désavantage de lever la protection lorsque l'avocat avait communiqué avec des salariés ayant travaillé sur le dossier sans être en situation de responsabilité. Il a été abandonné au profit du critère de l'objet de la communication (*subject matter test*)<sup>5</sup>, qui permet de protéger les communications échangées avec tout salarié, quelle que soit sa position, dès lors qu'il s'agit de prodiguer un conseil

1 C. Roquilly et alii., *La protection des échanges et avis juridiques dans une économie mondialisée : pour une réforme du statut des juristes d'entreprise en France*, *Revue Lamy, Droit des affaires*, 2012, 77.

2 Th. Baudesson et P. Rosher, *Le secret professionnel face au legal privilege*, *RDAL/IBLJ*, n° 1, 2006.

3 M. Prada, *Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, mars 2011, p. 34.

4 *City of Philadelphia v. Westinghouse Elec. Corp.*, 210 F. Supp. 483, 485-86 (E.D. Pa. 1962).

5 *Upjohn v. United States*, 449 U.S. 383 (1981).

à caractère juridique à la demande du supérieur hiérarchique de l'intéressé, dans le cadre de ses attributions<sup>6</sup>. Les tribunaux étatiques ont également tendance à retenir ce critère, même si les règles applicables varient d'un Etat à l'autre. Dans l'ensemble, les juges américains tendent à protéger les échanges comportant une consultation juridique sollicitée par un salarié à la demande d'un supérieur, dès lors que la communication est uniquement diffusée aux personnes qui doivent en connaître le contenu compte tenu de l'organisation de l'entreprise<sup>7</sup>. Il est, en revanche, arrivé que la divulgation de certaines informations à des salariés non concernés soit interprétée comme une renonciation à la confidentialité<sup>8</sup>.

Cette complexité est aggravée par le fait que les « *in-house lawyers* » ont vu leurs missions se diversifier et assument souvent des fonctions exécutives. Les tribunaux doivent ainsi distinguer ce qui relève du conseil juridique des avis stratégiques ou commerciaux, qui ne font l'objet d'aucune protection. Certaines décisions ont parfois franchement restreint la portée de la confidentialité en jugeant, par exemple, que les négociations contractuelles entrent dans la catégorie des *business advices*<sup>9</sup>. C'est la raison pour laquelle il est aujourd'hui fortement recommandé aux entreprises

et à leurs avocats d'indiquer clairement que leurs échanges ont lieu dans le cadre de la fourniture de conseils juridiques.

L'avènement de la communication électronique a également suscité des difficultés : suffit-il que le *in-house counsel* figure parmi les destinataires d'un courriel pour que l'échange soit protégé ? Il a été jugé que le premier objectif (*primary purpose*) de l'échange électronique devait être la fourniture d'un avis juridique pour que la confidentialité soit reconnue<sup>10</sup>. Une juridiction fédérale a d'ailleurs récemment décidé<sup>11</sup> qu'un courriel dont les destinataires sont à la fois l'avocat et des salariés non avocats ne peut avoir pour principal objet l'obtention d'un conseil juridique, et donc être protégé.

Il n'en va différemment que si les autres salariés ne figurent qu'en copie du message adressé à l'avocat dans l'objectif d'obtenir un conseil juridique.

Ces développements expliquent pourquoi la protection conférée aux communications avec l'avocat *in-house* est fréquemment relativisée au regard du privilège dont jouit l'avocat externe, pour qui la confidentialité est toujours présumée. De quoi faire réfléchir les juristes français à l'heure de s'interroger sur une nouvelle législation.

6 Harper & Row Publishers, Inc. v. Decker, 423 F.2d 487 (7th Cir. 1970), 400 U.S. 348 (1971).

7 Diversified Industries v. Meredith.

8 In re Horowitz, 482 F.2d 72, 82 n. 10 (2nd Cir. 1973).

9 *Georgia Pacific v. GAF Roofing Mfg. Corp.*, 1996 WL 29392 (S.D.N.Y. 1996).

10 In re Vioxx Products Liability Litigation, 501 F. Supp. 2d 789 (E.D. La. 2007).

11 United States ex rel. Baklid-Kunz v. Halifax Hospital Medical Center, 2012 U.S. Dist. LEXIS 158944 (M.D. Fla. Nov. 6, 2012).

# Plaidoyer pour la confidentialité des avis rendus par le juriste d'entreprise



## Didier Poracchia,

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université d'Aix Marseille, Directeur de l'Institut de droit des affaires, Centre de Droit économique

## Nicolas Bronzo,

Maître de conférences à l'Université d'Aix Marseille, Centre de Droit économique

*Didier Poracchia est agrégé des Facultés de droit (droit privé). Il est professeur à Aix Marseille Université, Directeur de l'Institut de droit des affaires, membre du Centre de droit économique et membre du Centre de Droit du Sport. Il dirige le master Ingénierie des sociétés. De plus, il est co-auteur du Précis Dalloz de droit financier (Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2012), coauteur du Manuel de droit du sport (LGDJ, 2012, 3<sup>e</sup> éd.), et publie régulièrement à la Revue des sociétés et au Bulletin Joly Sociétés. Il tient la chronique de droit des sociétés dans la revue Droit et Patrimoine et une chronique en private equity dans la Revue trimestrielle de droit financier. Il participe également aux chroniques de droit du sport des revues Communication commerce électronique et Les Petites Affiches.*

*Nicolas Bronzo est docteur en droit, maître de conférences à l'Université d'Aix Marseille. Spécialisé en droit de la propriété intellectuelle et en droit des obligations, il est l'auteur d'une thèse intitulée Propriété intellectuelle et valorisation des résultats de la recherche publique.*

Chacun connaît la différence de traitement que la loi réserve au secret professionnel de l'avocat et du juriste d'entreprise donnant des consultations juridiques et/ou rédigeant des actes sous seing privé. Alors que ces deux acteurs du monde du droit sont, dans l'exercice de leur activité, soumis au secret professionnel<sup>1</sup>, seuls les avocats sont en mesure de l'invoquer pour protéger les consultations et correspondances qu'ils destinent à leurs clients, ainsi que les échanges avec un confrère, sous réserve de la mention « officielle »<sup>2</sup>. Les avis émanant du juriste d'entreprise

ainsi que les correspondances échangées avec les autres services de l'entreprise ne sont pas, en revanche, couverts par la confidentialité.

Il en résulte une situation pour le moins paradoxale. Alors que le juriste d'entreprise est contraint de respecter le secret professionnel, les documents qu'il rédige ne sont pas couverts par la confidentialité<sup>3</sup>, de sorte qu'il devra s'abstenir de relater ou de commenter ces documents de son propre chef à l'occasion d'une enquête menée notamment par les autorités de concurrence ou

1 Cf. loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, art. 55 et 58.

2 Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, art. 66-5. Au demeurant, la jurisprudence relative à la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client limite substantiellement la portée de cette règle (v. not., Cass. com., 29 janvier 2013, n° 11-27.333,

FS-P+B, RDS, 2013, p. 667, note E. Dezeuze et M. Françon ; v. réc. P. Hennion-Jacquet, *Que reste-t-il du secret des correspondances entre l'avocat et son client ?*, D., 2013, p. 1429).

3 En ce sens, v. M. Prada et al., *Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, mars

2011, p. 18. En Belgique, la situation est diamétralement opposée, puisque le juriste d'entreprise n'est pas tenu au secret professionnel, alors qu'une disposition spécifique organise la confidentialité des avis qu'il fournit à son employeur (V. dernièrement CA Bruxelles, 5 mars 2013, n° 2011/MRM3, spéc., pt 51).

les autorités boursières, sauf dans les hypothèses où le secret professionnel est levé<sup>4</sup>.

Cette différence de traitement a été critiquée à de nombreuses reprises<sup>5</sup>. Elle place les entreprises françaises dans une position très délicate au regard de la gestion des risques juridiques, alors que l'exigence dite de *compliance* est de plus de plus importante dans le *corpus* normatif, y compris en *soft law*. Comment, en effet, établir une véritable revue des risques juridiques si cette démarche conduit l'entreprise à se voir opposer les documents rédigés par son directeur juridique afin de les identifier et de les traiter ? L'entreprise anticipant ce risque peut, en définitive, être incitée à mettre en place une politique de *compliance* moins exigeante, ce qui n'est satisfaisant ni dans une perspective d'efficacité de la norme, ni pour l'entreprise, qui sera conduite à prendre de nouveaux risques pour éviter qu'on lui oppose sa lecture du risque juridique<sup>6</sup>. On est ici face à un cercle véritablement vicieux qui ne peut qu'affaiblir l'attractivité de notre droit et plus encore l'attractivité économique de notre pays, les entreprises pouvant préférer s'installer dans les nombreux pays de l'Union européenne qui reconnaissent une forme de *legal privilege* ou protègent les correspondances et consultations du juriste d'entreprise par le secret professionnel<sup>7</sup>.

Ces motifs n'ont toutefois pas suffi à ce jour pour que le législateur français évolue. Plus encore, ces motifs n'ont pas non plus convaincu la Cour de justice de l'Union européenne<sup>8</sup> qui refuse, à tout le moins en matière d'enquête de la Commission portant sur la violation du droit de la concurrence, que les communications d'un avocat salarié soient couvertes par la règle de confidentialité des communications entre avocats et clients, l'avocat lié par un rapport d'emploi ne justifiant pas d'une indépendance suffisante à l'égard de l'entreprise<sup>9</sup>.

En réalité, et à bien y réfléchir, ne pas faire bénéficier le juriste d'entreprise du secret professionnel ou, à tout le moins, d'une forme de *legal privilege*, conduit à faire de l'entreprise un être qui ne pourrait faillir dans son analyse juridique des problèmes auxquels elle est confrontée, sauf à saisir de ces problèmes et questions un avocat, extérieur à l'entreprise. Tout doute, tout risque pris dans l'analyse d'une situation par son service juridique peut, en effet, refaire surface un jour ou l'autre et se retourner contre elle<sup>10</sup>. Or, chacun sait que si nul n'est censé ignorer la loi, personne n'est en réalité en mesure de maîtriser la norme sauf l'entreprise, donc, sous peine de se voir opposer ses propres analyses, produites par son service juridique.

4 V. en particulier l'article. L. 141-1 du Code de la consommation.

5 V. not. le rapport Prada, préc., spéc. p. 18 et s.

6 Sur le traitement du risque juridique par l'entreprise, v. le colloque AFJE/IDA, *Le risque juridique dans l'entreprise : diagnostics et remèdes*, Journal des Sociétés, n° 105, janvier 2013.

7 C'est le cas, par exemple, de la Belgique, où l'article 5 de la loi du 1er mars 2000 dispose : « *Les avis rendus par le juriste d'entreprise, au profit de son employeur et dans le cadre de son activité de conseil juridique, sont confidentiels* ».

8 V. CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals c. Commission.

9 V. CJUE, Akzo Nobel Chemicals, préc., not. pt 47 : « *En effet, nonobstant le régime professionnel applicable en l'espèce en vertu des dispositions particulières du droit néerlandais, l'avocat interne ne saurait, quelles que soient les garanties dont il dispose dans l'exercice de sa profession, être assimilé à un avocat externe du fait de la situation de salariat dans laquelle il*

*se trouve, situation qui, par sa nature même, ne permet pas à l'avocat interne de s'écarter des stratégies commerciales poursuivies par son employeur et met ainsi en cause sa capacité à agir dans une indépendance professionnelle* ».

10 Que l'on songe ici à une note d'un directeur juridique qui, ayant pris connaissance des lignes directrices de la Commission européenne en matière de concurrence, indiquerait que certaines pratiques de l'entreprise qui lui semblent risquées en terme de concurrence demeurent cependant inférieures au seuil de parts de marché définis par la Commission dans sa communication de *minimis* et que, par conséquent, le risque d'une sanction par une autorité nationale de concurrence est faible en raison de l'existence de ces lignes directrices tendant à fixer un seuil commun. Si une telle note est saisie dans le cadre d'une enquête de concurrence postérieure à la décision de la CJUE du 13 décembre 2012, aff. C-226/11, Expedia, ayant jugé que : « *les articles 101, paragraphe 1, TFUE et 3, paragraphe 2, du Règlement n° 1/2003 doivent être*

*interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'une autorité nationale de concurrence applique l'article 101, paragraphe 1, TFUE à un accord entre entreprises qui est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, mais qui n'atteint pas les seuils fixés par la Commission dans sa communication de minimis, pourvu que cet accord constitue une restriction sensible de la concurrence au sens de cette disposition* » et à celle de la Cour de cassation (Cass. com., 16 avril 2013, n° 10-14.881, FS-P+B) en ayant fait application, la note de notre directeur juridique sera un élément à charge pour établir que l'entreprise savait que ses pratiques pouvaient avoir un effet (et ou avaient un objet) anti-concurrentiel susceptible d'être sanctionné. Une telle conséquence ne se réalisera pas si l'analyse juridique a été menée par un avocat. V. également la problématique des provisions pour risque pour les entreprises appliquant les normes IFRS. V. J. Gasbaoui, *Normes comptables et droit privé*, thèse Aix-en-Provence, 2012, n° 36 et s., spéc. n° 539.

Il est d'autant plus regrettable que la confidentialité ne couvre pas les documents émanant du juriste d'entreprise que ces éléments semblent difficilement protégeables sur le terrain des libertés fondamentales. Certes, les personnes morales jouissent du droit au respect de leur vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et peuvent, à ce titre, invoquer le caractère secret de leurs correspondances, mais encore faudrait-il que les avis communiqués en interne par le juriste d'entreprise soient considérés comme de véritables « correspondances », ce qui reste à démontrer<sup>11</sup>. Les perspectives ne sont guère plus enthousiasmantes du côté du droit au procès équitable de l'article 6 § 1. Certes, la Cour européenne des droits de l'Homme a consacré, sur le fondement de ce texte, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination auquel elle rattache, outre le droit de garder le silence, le droit de ne pas produire de documents contre soi-même<sup>12</sup>. Mais dans une décision de 2009, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que le refus de communiquer des écrits était constitutif du délit d'opposition de l'article L. 450-8 du Code de commerce, rejetant notamment, à cette occasion, l'argument tiré de la violation du droit à ne pas s'auto-incriminer<sup>13</sup>.

On le voit, tout cela n'est guère satisfaisant et il conviendrait que le droit français évolue favorablement, afin que les juristes délivrant à l'entreprise les consultations et analyses juridiques

nécessaires à l'appréhension des risques juridiques des opérations qu'elles imaginent et réalisent soient couverts par la confidentialité. Nous y voyons deux avantages déterminants.

Un tel « privilège » conduirait, d'une part, à renforcer l'indépendance de nos juristes d'entreprise, alors que c'est précisément ce manque d'indépendance qui justifierait l'absence de statuts privilégiés de leurs correspondances<sup>14</sup>. En effet, ce n'est qu'en assurant la confidentialité de ces documents, dans des limites raisonnables<sup>15</sup>, que le juriste d'entreprise pourra exprimer tout son savoir pour assurer le mieux possible le respect de la norme juridique. Un tel privilège conduirait, d'autre part, les entreprises à mieux respecter le droit et à intégrer encore plus le directeur juridique dans les mécanismes de prise de décision stratégique, puisqu'on ne craindrait pas de porter à sa connaissance les orientations stratégiques de l'entreprise et d'échanger (par écrit) avec lui pour connaître son analyse des risques.

On l'aura compris, si la question de l'avocature en entreprise reste encore un débat très houleux en France<sup>16</sup>, la construction d'un *legal privilege* à la française serait non seulement opportune, mais encore nécessaire pour assurer une meilleure qualité d'application du droit par l'entreprise et créer un système juridique plus accueillant pour les entreprises. De cercle vicieux, on pourrait aboutir à un cercle vertueux.

11 V. cependant CA Toulouse, 4 septembre 2009, n° 08/02912.

12 V. CEDH, 25 février 1993, req. n° 0828/84, Funke c. France, JCP G, 1993, II, 22073, obs. R. Garnon et A. Garnon. CEDH, 5 avril 2012, req. n° 11663/04, Chambaz c. Suisse, spec. n° 50-58.

13 V. Cass. crim., 24 février 2009, n° 8-84.410, F-P+E.

14 V. CJUE, Akzo Nobel Chemicals, préc., n° 40 et s., spec. n° 49.

15 L'objet de la confidentialité n'est pas de permettre la réalisation d'opérations illicites. Au demeurant, les éléments permettant d'établir la participation d'un avocat à de telles opérations ne seraient pas couverts par le secret professionnel. Cass. crim., 27 juin 2001, n° 01-81.865, Bull. crim., n° 163 ; D., 2001, p. 2947 ; RSC, 2001, p. 832, et 834, obs. D. N. Commaret. Selon cette décision : « si les pièces échangées entre l'avocat et ses clients sont couvertes par le secret professionnel aux

termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, il n'en demeure pas moins que le juge d'instruction tient des articles 96 et 97 du Code de procédure pénale, le pouvoir de saisir de telles pièces lorsque, comme en l'espèce, elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction ».

16 Sur cette question, v. not. le rapport de janvier 2006 remis au Garde des Sceaux sur le rapprochement entre les professions d'avocat et de juriste d'entreprise.

# Le mythe du juriste d'entreprise non-indépendant : pour une indispensable reconnaissance de la confidentialité des avis et conseils du juriste d'entreprise en France



## Christophe Roquilly,

Professeur à l'EDHEC Business School, Directeur du Centre de recherche LegalEdhec

*Christophe Roquilly est professeur à l'EDHEC Business School, où il dirige le Centre de recherche LegalEdhec et la Filière Business Law & Management. Il est également l'un des Heads of Faculty. Entre 1992 et 2002, il a créé et développé le Département d'Etudes Juridiques de l'EDHEC, qui est devenu l'un des plus réputés des Business Schools. Il fut le premier Doyen du corps professoral et il a dirigé les Programme Graduates de 2002 à 2007. Auteur de nombreux ouvrages, chapitres d'ouvrages et articles dans des revues académiques et professionnelles, françaises et internationales, ses activités de recherche sont dédiées aux relations entre le droit et la stratégie, le management juridique, les risques juridiques, la compliance et l'éthique. Il est directeur scientifique de la collection Lamy Conformité (Wolters Kluwer), membre du Comité Scientifique du Business & Legal Forum et de l'Advisory Board du World Council for Law Firms and Justice. Il a été très récemment nommé à l'Advisory Council d'ECLA.*

Dans un article publié en décembre 2012 dans la revue Lamy Droit des affaires<sup>1</sup>, nous avons plaidé pour une réforme du statut des juristes d'entreprise en France afin qu'ils puissent -enfin- bénéficier de la protection de la confidentialité de leurs avis et conseils juridiques. En effet, cette absence de statut protecteur constitue aujourd'hui un anachronisme dans une économie mondialisée. A l'heure des discours volontaristes -voire des incantations- sur la compétitivité des entreprises françaises, il est pour le moins paradoxal qu'aucune réforme n'ait été entreprise pour que les juristes d'entreprise

ne souffrent plus d'un désavantage concurrentiel par rapport à bon nombre de leurs homologues étrangers. Car, en réalité, ce sont les entreprises françaises elles-mêmes qui sont les victimes de cette situation. Il est urgent que les juristes d'entreprise français soient dotés d'un statut protégeant la confidentialité de leurs avis, conseils et échanges à contenu juridique. Ce statut devra nécessairement proclamer l'indépendance du juriste d'entreprise, cette notion étant au cœur du débat sur la protection des écrits produits par les juristes d'entreprise.

<sup>1</sup> C. Roquilly et alii, *La protection des échanges et avis juridiques dans une économie mondialisée :*

*pour une réforme du statut des juristes d'entreprise en France*, Re-

vue Lamy Droit des affaires, 2012, 77, p. 73 et s..

## I - La réalité de l'indépendance du juriste d'entreprise, condition nécessaire à l'application d'un régime de protection de la confidentialité

Pour reprendre l'expression de Duggin, le juriste d'entreprise est plus que jamais « *le couteau suisse des professions juridiques* »<sup>2</sup>. Alors que les entreprises doivent faire face à un environnement juridique qui se caractérise par une complexité croissante, leurs juristes deviennent à la fois des gestionnaires de risques, des conseils, des « *business partners* », des stratèges<sup>3</sup>. En particulier, leur rôle dans les dispositifs de *management* des risques nécessite qu'ils puissent échanger en toute sérénité avec les autres acteurs de l'entreprise. Ces derniers leur feront d'autant plus confiance, et s'ouvriront à eux des problématiques juridiques qu'ils rencontrent, qu'ils sauront que ces échanges sont protégés par un principe de confidentialité.

Pour 9 pays sur 10 dans le « Top 10 » du classement « *Doing Business* » de la Banque mondiale, ainsi que dans des pays proches de la France tels que la Belgique, les avis émis par les juristes d'entreprise bénéficient d'un régime de confidentialité, dès lors qu'ils portent sur une question juridique, soit parce que le juriste a le statut d'avocat en entreprise, soit parce qu'il est soumis à un régime spécifique reconnaissant le « *legal privilege* ». La France, bien qu'elle ne constitue pas l'unique exception, apparaît comme anachronique dans le concert des pays les plus puissants d'un point de vue économique. Seule une innovation législative portant la création du statut d'avocat en entreprise ou d'un régime *ad hoc*, tel que celui existant en Belgique<sup>4</sup>, permettra la sortie de cette impasse. Elle devra reconnaître que le juriste d'entreprise exerce son métier avec une indépendance suffisante car celle-ci reste la notion-pivot pour la protection de la confidentialité des échanges juridiques. Cette notion est

au demeurant « sous tension », la Cour de justice de l'Union européenne ayant rejeté la protection pour les juristes d'entreprise dans le domaine du droit de la concurrence, considérant que leur statut de salarié n'est pas de nature à leur permettre d'exercer leurs fonctions avec une indépendance suffisante<sup>5</sup>. Les juges européens paraissent bien isolés dans cette définition simpliste de « l'indépendance ». En Europe, plusieurs juridictions nationales ont très récemment reconnu qu'un juriste d'entreprise est indépendant dès lors qu'il se conforme aux règles déontologiques qui garantissent cette indépendance<sup>6</sup>.

La question est posée : que faut-il entendre par « indépendance » ? Le juriste d'entreprise doit être capable de dire à son client « *the good, the bad, and the ugly* », pour reprendre la formule de Jenoff<sup>7</sup>, sans être inhibé par une quelconque pression émanant de l'Etat, de l'environnement externe à l'entreprise où il exerce, ou de son client. Pour le juriste d'entreprise, il faut être clair : son client est l'entreprise dans laquelle il travaille, et non tel ou tel acteur interne. L'indépendance du juriste d'entreprise s'exprime à travers sa capacité à faire preuve d'une réelle objectivité professionnelle en apportant à l'entreprise -son client- des conseils, recommandations et solutions les plus à même d'assurer sa durabilité<sup>8</sup>. Cette capacité relève des attributs individuels du juriste. Elle renvoie non seulement à son expertise technique, mais également à ses valeurs éthiques. L'entreprise, en tant qu'organisation, doit placer son juriste dans une situation lui permettant de minimiser les éventuelles pressions verticales et horizontales, afin de maintenir son objectivité professionnelle.

La question de savoir si le juriste d'entreprise est d'abord un juriste et ensuite un salarié (ou l'inverse) est un faux débat, dès lors que les intérêts personnels, les responsabilités et la loyauté du juriste à l'égard de l'entreprise n'influencent pas l'objectivité des avis qu'il émet et des solutions qu'il préconise<sup>9</sup>. Un argument parfois avancé, et

2 S. H. Duggin, *The pivotal role of the General Counsel in promoting corporate integrity and professional responsibility*, St Louis University Law Journal, 2007, 989, p. 1003 et s..

3 R. C. Bird, *Law, strategy and competitive advantage*, Connecticut Law Review, 2011, 44, 1, p. 61 et s..

4 C. Jammaers, *Déontologie du juriste d'entreprise*, Juriste d'Entreprise Magazine, 2013, n° 17, p. 34 et s..

5 J. N. Stefanelli, *Expanding Akzo Nobel: In-house counsel, government lawyers and independence*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, 62, 2, p. 485 et s..

6 La cour d'appel de Bruxelles, par un arrêt du 5 mars 2013, et la Cour suprême des Pays-Bas, par un arrêt du 15 mars 2013. En dehors de l'Europe, voir notamment le cas de l'Australie, *Auqila Coal Pty Ltd v. Bowen Central Coal Pty Ltd*, 2013, QSC 82.

7 P. Jenoff, *Going native: incentive, identity and the inherent ethical problem of in-house counsel*, *West Virginia Law Review*, 2012, 114, p. 725 et s..

8 R. C. Weber, *Declaration of independence*, *Corporate Counsel*, 1er février 2013.

9 M. Meredith, *Lawyer first, employee second? In-house counsel's ethical tightrope*, 2012, <http://www.lawsocietyasa.asn.au>.

mis en avant par les juges européens, est que le juriste d'entreprise est nécessairement moins « indépendant » que ne peut l'être un avocat exerçant en cabinet. Mais cette affirmation n'est soutenue par aucun constat empirique solide. Les conseils externes sont soumis à des tensions comparables à celles vécues par les juristes internes. Il existe en effet une concurrence entre les cabinets d'avocats pour garder leurs clients ou en conquérir de nouveaux, ainsi qu'une volonté de conserver de bonnes relations avec leurs contacts dans l'entreprise, qui peut le cas échéant se faire au détriment de l'intérêt de celle-ci sur le long terme. De plus, il faut reconnaître que, de manière générale, les conseils externes disposent de moins d'informations sur l'entreprise et ce qui s'y passe que les juristes internes, et peuvent donc souffrir d'une forme de « tri sélectif » de la part de leurs contacts. Enfin, il n'est guère contestable qu'il est plus aisé pour l'entreprise de remplacer un conseil externe qui s'avérerait insuffisamment complaisant, que de se séparer d'un salarié<sup>10</sup>.

## II - L'éthique professionnelle du juriste d'entreprise, garantie de son indépendance et de la pérennité de l'entreprise

Pour que le juriste d'entreprise soit un acteur moteur dans la création de valeur pour l'entreprise, il lui faut développer une réelle aptitude à gérer les éventuels dilemmes auxquels il peut être confronté.

Nul ne contestera que le juriste d'entreprise doit être un « *business partner* », ce qui passe par une parfaite connaissance des activités de l'entreprise et de leurs enjeux, tout en veillant à conserver son objectivité professionnelle et son indépendance intellectuelle<sup>11</sup>. Mais y a-t-il réellement une ambivalence ? « *Business partner* » ne signifie pas « *partner in crime* » et la loyauté à l'entreprise (en tant qu'organisation cliente) est synonyme d'engagement en faveur de sa pérennité. Le juriste d'entreprise, ce « *water cooler* »<sup>12</sup>, bénéficie d'une grande proximité avec les autres acteurs de l'organisation. Si son éthique professionnelle est bien construite

et structurée, il lui sera d'autant plus facile de gagner la confiance des équipes opérationnelles, et donc d'exercer son influence. L'indépendance intellectuelle du juriste d'entreprise passe par sa capacité à gérer avec bonheur les éventuels dilemmes éthiques, d'où l'importance de la formation éthique des juristes, insuffisamment présente dans notre pays<sup>13</sup>. Il est de l'intérêt de l'entreprise - et de ses dirigeants - que cette indépendance intellectuelle soit favorisée, préservée, et garantie. Toute forme de pression interne sur les juristes, destinée à fausser leur jugement et tronquer leur objectivité doit être évitée, de telle sorte qu'ils ne soient pas tentés de satisfaire à tel ou tel intérêt interne égoïste, au détriment de l'intérêt de l'entreprise.

Bien qu'il soit toujours délicat de généraliser, plusieurs préconisations élémentaires peuvent être formulées. Dans les entreprises d'une certaine taille, les juristes doivent être hiérarchiquement rattachés au directeur juridique, lui-même idéalement en connexion directe avec le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Leur aptitude à agir avec discernement et éthique professionnelle doit être soutenue et accompagnée, notamment par le biais de formations et d'un système de rémunération et de récompense intégrant cette dimension.

Les conditions garantissant leur indépendance intellectuelle doivent être intégrées dans un statut professionnel spécifique. Les entreprises qui les emploient ne doivent pas craindre l'émergence d'une caste inquiétante susceptible de paralyser l'entreprise et ses projets, mais bien au contraire percevoir tout l'intérêt pour elles de bénéficier de professionnels ayant pour mission d'émettre des recommandations et de proposer des solutions exclusivement motivées par le développement durable de l'entreprise. Pris au sérieux dans son rôle de gestionnaire des risques, et apprécié parce qu'il sait être objectif dans l'analyse des points de rencontre entre le *business* et le droit, le juriste d'entreprise sera d'autant plus un *business partner* efficace. Au-delà de l'entreprise, les pouvoirs publics doivent comprendre que l'accès à la confidentialité des échanges juridiques pour les

10 O. Simmons, *The under examination of in-house counsel*, Wake Forest University Research Paper Series in Legal Studies, 2010, Working Paper, n° 1577879.

11 M. C. Daly, *The cultural, ethical and legal challenges in lawyering for a global organisation: the role*

*of the General Counsel*, Emory Law Journal, 1997, 46, p. 1057 et s.

12 Selon l'expression d'un auteur, G. C. Hazard Jr, *Ethical dilemmas of corporate counsel*, 1997, Emory Law Journal, 1997, 46, p. 1011 et s.

13 P. Chapdelaine, *The regulation of in-house counsel: opening the Pandora's box of professional independence*, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1714087>.

juristes d'entreprise français n'est pas synonyme de recul de la transparence ou de facilité accrue pour masquer les comportements déviants, bien au contraire. Si les besoins en solutions juridiques ou les difficultés de conformité à la norme juridique ressentis par les acteurs de l'entreprise peuvent être exprimés en toute confidentialité, les juristes d'entreprise se trouvent alors dans une situation idéale pour expliquer, convaincre et faire

de la pédagogie. Leur niveau d'information s'élevant, la qualité de leurs recommandations en est renforcée. Cette qualité augmentant, le degré de confiance au sein de l'entreprise est amélioré. Si toutes les parties prenantes acceptent de quitter les visions étriquées, à court terme ou partisans, on peut parier que c'est l'ensemble de notre économie et de notre société qui en sortira gagnante.

# Éléments de réflexion sur la confidentialité des avis juridiques en entreprise



**Jean-Michel Blanquer,**  
Directeur général du groupe ESSEC

*Directeur général du Groupe ESSEC depuis le 1er juillet 2013, Jean-Michel Blanquer est docteur en droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas et Professeur agrégé de droit public, titulaire d'une maîtrise de philosophie et d'un DEA d'études politiques obtenu à l'IEP de Paris. Maître de conférences en Droit public à l'Université de Tours (1994-1996), Professeur de droit public à l'Institut d'études politiques de Lille puis à l'Université de Lille 2 (1996-1998), il devient directeur de l'Institut des hautes études de l'Amérique latine en 1998 à l'Université Paris 3. Il occupera ce poste jusqu'en 2004, date à laquelle il est nommé recteur de Guyane. En octobre 2006, il devient directeur adjoint du cabinet du ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche. Il est recteur de l'Académie de Créteil entre 2007 et 2009 et devient directeur général de l'Enseignement scolaire de 2009 à 2012. Chevalier de la Légion d'honneur, Chevalier de l'Ordre national du Mérite et Commandeur des Palmes académiques, Jean Michel Blanquer est également Président de l'Institut des Amériques depuis 2004.*

L'internationalisation des opérations économiques et le rôle croissant du droit dans la protection des actifs stratégiques des entreprises (marques, brevets, savoir-faire...) rend non seulement nécessaire le dialogue entre juristes et *managers*, mais nécessite en amont l'inscription résolue du droit dans les programmes de formation des futurs cadres, chefs d'entreprises ou consultants. C'est le choix déterminé qu'a fait l'ESSEC, qui forme en outre, en partenariat avec les Universités Paris 2 Panthéon-Assas, Cergy-Pontoise, Paris-Sud, Paris Ouest Nanterre-La Défense et Aix-Marseille, des professionnels du droit des affaires de haut niveau, en particulier des avocats et des juristes d'entreprise. La formation commune que les futurs *managers* et les futurs juristes d'affaires reçoivent à l'ESSEC favorise naturellement leur compréhension mutuelle et leur collaboration efficace.

Business School étant pleinement attentive aux mutations et à la complexité croissante de l'environnement juridique, l'ESSEC ne peut aujourd'hui être indifférente à la question de la confidentialité des avis donnés par les juristes d'entreprise. Dans ce domaine, une réforme

paraît nécessaire, au moins pour deux raisons principales : en premier lieu, la confidentialité est la condition première de la confiance et donc de la qualité du dialogue au sein de l'entreprise.

Or, pour une école qui entend préparer les *managers* de demain à une pratique ouverte et avisée du *management*, l'éthique des affaires n'est pas une mode ou une option, mais bien une exigence cardinale. Le respect constant du droit et des valeurs qu'il traduit est à ce titre une préoccupation que doivent partager aussi bien les dirigeants que les juristes qui les conseillent et les assistent. C'est pourquoi les uns et les autres ont besoin de pouvoir s'exprimer en toute sécurité : les opérationnels et le *management* doivent se sentir libres de poser les questions qui les préoccupent quand il est temps de les poser, et les juristes doivent pouvoir leur répondre non moins librement, sans faire courir à leurs entreprises le risque que leurs avis se retournent contre elles. En effet, l'entreprise, qui a simplement cherché à prendre une décision juridiquement éclairée, court un fort risque que les informations et appréciations contenues dans des avis juridiques soient utilisées contre elle dans le cadre des procédures judiciaires qui obligent les

parties à fournir extensivement les documents en leur possession qui pourraient être utiles à la résolution du litige, à moins qu'ils ne soient couverts par le *legal privilege* (*discovery* et *disclosure* dans les pays anglo-saxons). Il est à cet égard difficile de comprendre pourquoi la confidentialité dont bénéficient les autres professions du droit (à travers le secret professionnel, dont la violation est pénalement sanctionnée) et aussi les juristes dans nombre de systèmes juridiques étrangers (*via* notamment le *legal privilege* dans les pays de *Common law*) est refusée aux juristes d'entreprise, qui sont souvent les premiers interlocuteurs des décideurs économiques. L'observation de la pratique nous enseigne d'ailleurs que les dirigeants sont de plus en plus conscients du problème que pose la non-confidentialité des avis donnés en interne par les directions juridiques soumises au droit français. Lorsqu'ils soupçonnent qu'une question est délicate et que la réponse pourrait potentiellement être embarrassante, ils ont tendance à s'adresser à leurs avocats, même quand ce type de consultation externe n'est pas autrement justifié. Cette lacune du statut des avis donnés par les juristes d'entreprise apparaît donc comme une source de coûts, de complexité et de temps perdu, quand elle ne débouche pas sur un renoncement à la sécurité juridique, encore plus préjudiciable.

En second lieu, la confidentialité serait un facteur de compétitivité pour nos entreprises.

Or, aujourd'hui, l'absence de confidentialité des avis donnés par les juristes d'entreprise constitue un handicap pour nos entreprises, pour les sites français des groupes multinationaux et bien sûr pour nos juristes d'entreprise par rapport à leurs

homologues étrangers. L'ESSEC a engagé depuis plusieurs années une réflexion de fond sur la contribution du droit à la compétitivité des entreprises et des économies. Il apparaît de plus en plus clairement que la compétitivité des entreprises dépend de la qualité du droit dans lequel elles évoluent et de l'aptitude des acteurs économiques à s'approprier et à maîtriser les instruments juridiques qui favorisent la création de valeur et de richesses. A cet égard, la confidentialité des avis est l'une des clefs pour favoriser la conception et la mise en œuvre de stratégies juridiques gagnantes. L'absence de confidentialité des avis donnés par les juristes d'entreprise a été identifiée comme un handicap pour la place de Paris dans le rapport « Prada » sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris, de mars 2011, mais l'enjeu est en réalité plus large. Toutes les fonctions de l'entreprise qui ont besoin de prendre des décisions en bénéficiant pleinement d'un éclairage juridique gagneraient à pouvoir compter sur des avis juridiques formulés clairement et sans réticence. La confidentialité des avis juridiques des juristes d'entreprise éviterait de pénaliser les acteurs français et permettrait à tous les juristes, quel que soit leur statut, de participer pleinement au développement des entreprises dans la compétition économique mondiale.

Au moment où les entreprises françaises souffrent, le droit peut contribuer à leur faire retrouver le chemin de la compétitivité. La confidentialité des avis juridiques est donc un sujet très important à relier aux grands enjeux de la vitalité de notre droit.

# In-House Counsel and the U.S. Attorney-Client Privilege



## Barbara S. Gillers,

Adjunct Professor at NYU Law School, Lecturer-in-Law at Columbia Law School

*Barbara S. Gillers is adjunct professor at Columbia Law School (New York). Former counsel at Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson LLP, she is presently member of the ABA Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility, the New York City Bar Association Committee on Professional and Judicial Ethics and the New York State Bar Association's Committee on Standards of Attorney Conduct. She also writes and speaks on lawyer regulatory issues, with talks on American legal ethics in Ho Chi Minh City, Shanghai and Beijing; and in the US, at the Association of the Bar of the City of New York, the Federal Bar Council, the American Bankruptcy Institute, the PLI Annual Securities Institute, and to the ABA/ALI Sarbanes-Oxley Institute.*

Alain is chief in-house counsel at L'Etoile Ltd., a global French garment manufacturer. Alain reads in the international press that American authorities are investigating alleged violations of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act by international garment manufacturers, including, possibly, L'Etoile. Alain wants to head a team of in-house lawyers to conduct an internal investigation, but wonders whether it would be better to retain Strong & Tops (S&T), a U.S. law firm. Alain asks how the U.S. attorney-client privilege would protect information gained during the investigation if the U.S. lawyers conducted it. This article explains.

Every American jurisdiction has adopted an attorney-client privilege - by statute, evidence code, or common law.<sup>1</sup> It is a *rule of evidence* that protects certain confidential communications between a lawyer and a client from disclosure in litigation or other official proceeding. Its purpose, in the words of the U.S. Supreme Court, "is to encourage full and frank communication between

attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and the administration of justice."<sup>2</sup> Clients will get better legal advice and be better able to comply with the law more often when they can fully and candidly communicate with their lawyers. In the U.S., corporate counsel -inside and outside the company- rely on the protection of the privilege when advising companies on how to comply with the law. The privilege applies to in-house counsel in the same manner and to the same extent as it applies to outside counsel.<sup>3</sup> But Alain would want to know how the attorney-client privilege operates in the United States. This article addresses three core aspects of the U.S. attorney-client privilege.

First, the U.S. attorney-client privilege applies only to certain communications between a lawyer and a client ; broader confidentiality rules protect other information learned in the professional relationship. Second, when the client is an entity, the U.S. attorney-client privilege covers the lawyer's communications with some - but not

1 Restatement Third, The Law Governing Lawyers Vol 1, page 518.

2 *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981).

3 *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* §59, vol. 1, page 456 (the privilege protects information acquired by a lawyer "in

all client-lawyer relationships... including [lawyers] functioning as inside or outside legal counsel...") (citations omitted). See also, *Rossi v. Blue Cross & Blue Shield*, 540 N.E.2d 703, 703-04 (N.Y.1989) (in-house lawyer's communications with an entity client are protected by the attor-

ney-client privilege). This, of course, distinguishes the U.S. rule from the rule established in the European Union. See, *Akzo Nobel Chemicals Lt. v. Commission*, 2010 E.C.R. 791 (2010) (rejecting privilege for in-house counsel).

all- of the entity's officers, employees and other "constituents."<sup>4</sup> Finally, while company lawyers give business advice as well as legal advice, the U.S. attorney-client privilege covers only legal advice or, in some jurisdictions, advice that contains some business considerations but is primarily legal advice. Each of these concepts is discussed below.

## A - What Information Does the U.S. Attorney-Client Privilege Protect?

The attorney-client privilege covers communications that are made in confidence between a lawyer (or the lawyer's agent) and a client (or the client's agent) for the purpose of giving or receiving legal advice. While many authorities define the scope of the privilege, a proposed federal rule provides guidance.

Federal Rule of Evidence 503, which has never been enacted, "is a fair statement of the elements of the privilege and influential even though [the U.S.] Congress chose not to adopt specific privilege rules."<sup>5</sup> It provides in part:

A communication is 'confidential' if not intended to be disclosed to third persons other than those to whom disclosure is in furtherance of the rendition of professional legal services to the client or those reasonably necessary for the transmission of the communication...

A client has a privilege to refuse to disclose and to prevent any other person from disclosing confidential communications made for the purpose of facilitating the rendition of professional legal services to the client, (1) between

himself or his representative and his lawyer or his lawyer's representative, or (2) between his lawyer and the lawyer's representative, or (3) by him or his lawyer to a lawyer representing another in a matter of common interest, or (4) between representatives of the client or between the client and a representative of the client or (5) between lawyers representing the client.<sup>6</sup>

The specific contours of the privilege differ from state to state. Under all formulations, however, a communication must be between the lawyer and the client or its agent or between the lawyer's agent and the client or the client's agent.

By contrast, confidentiality rules in the U.S. protect a broad range of information learned during the professional relationship. A lawyer may learn information from third parties or government officials. In the internal investigation Alain (or S&T) may question employees from other companies. The attorney-client privilege would not protect those communications.

The ethical duty of confidentiality in the U.S. forbids disclosure of a broad range of information unless there is an exception or the client consents; it is much broader, and operates differently, than the attorney-client privilege.<sup>7</sup>

Rule 1.6 of the ABA Model Rules articulates the principal duty of confidentiality of American lawyers.<sup>8</sup> All states except California have adopted a version of Model Rule 1.6.<sup>9</sup>

Model Rule 1.6(a) provides:

A lawyer shall not reveal *information relating to the representation* of a client unless the

4 American Bar Association (ABA) Model Rule (M.R.) 1.13(a) provides: "A lawyer employed or retained by an organization represents the organization acting through its duly authorized constituents." "Constituents" include the entity's "directors, officers, employees, members, shareholders" and others. ABA M.R. 1.13(f).

5 Stephen Gillers, *Regulation of Lawyers Problems of Law and Ethics* (Aspen 9th Ed. 2012), p. 33.

6 Proposed Fed.R.Evid. 503. See also e.g., NYCLPR § 4503 (McKinney's) (New York attorney-client privilege).

7 *Brennan's, Inc. v. Brennan's Restaurants, Inc.* 590 F.2d 168, 172 (5th Cir. 1979) ("... [T]he ethical

duty is broader than the evidentiary privilege...").

8 For other rules that protect confidentiality see, e.g. Model Rules 1.18 (non-disclosure duties re prospective clients), 1.9(c)(2) (non-disclosure duties re former clients), 1.8(b)(prohibition against use of client confidential information), and 1.9(c)(1) (prohibition against use of confidential information of former clients).

9 The American Bar Association carries a leading role in defining the professional obligations of U.S. lawyers. The Model Rules, adopted by the ABA's House of Delegates after much debate and study, provide guidance for the states, which then consider inde-

pendently whether to incorporate all or part of the Model Rules into their state ethics codes. For a good discussion of the influence of the Model Rules and a comprehensive analysis of state-by-state variations, see, Stephen Gillers, Roy Simon, & Andrew Perlman, *Regulation of Lawyers: Statutes and Standards*, Wolters Kluwer, 2013 Ed.); see also ABA charts showing state-by-state adoption of the ABA Model Rules, which appears at: [http://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/policy/rule\\_charts.html](http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/policy/rule_charts.html) (last visited July 17, 2013). For one stark example of how a state exception differs from the Model Rules, compare ABA M.R. 1.6(b) with New York Rules of Professional Conduct 1.6(b).

client gives informed consent, the disclosure is impliedly authorized in order to carry out the representation or the disclosure is permitted by paragraph (b).<sup>10</sup>

This rule covers *all information* relating to the representation “whether in oral, documentary, electronic, photographic or other forms...[and] information gathered from any source including sources such as third persons whose communications are not protected by the attorney-client privilege...”<sup>11</sup> A lawyer may not reveal confidential information unless “the client gives informed consent, the disclosure is impliedly authorized... or the disclosure is permitted by [an exception contained in] paragraph (b).”<sup>12</sup> So, while some of the information learned by a U.S. lawyer during an internal investigation at L’Etoile would be “privileged,” even more of it would be “confidential.” A court could order a lawyer to reveal confidential information that is not privileged because it has not been learned in a communication with a client or the client’s agent.

## B - Who Speaks for the Entity Client?

When advising an individual, a lawyer easily knows when her communication is with the “client” for the purpose of the attorney-client privilege. When advising an entity, however - like a corporation, a union, a government agency, or a partnership - only an employee or other constituent can speak for the client.<sup>13</sup> And only some of those constituents are “clients” for the purpose of the privilege.<sup>14</sup>

The internal investigation contemplated by Alain provides examples. The lawyer conducting the investigation might interview L’Etoile’s chief executive officer, chief financial officer, accountants at the company’s headquarters or at affiliated companies, secretaries, and even individuals in the reproduction and messaging centers. These interviews will be protected by the U.S. privilege if they are between the lawyer and the “client.” So

U.S. lawyers (in-house and outside counsel alike) must consider whose communications are protected. The U.S. Supreme Court addressed this issue in *Upjohn Co v. United States*.<sup>15</sup>

In *Upjohn*, the U.S. Internal Revenue Service (IRS) subpoenaed questionnaires and notes taken by counsel for Upjohn when they did an internal investigation into whether affiliated companies had made payments to foreign governments that were illegal under U.S. law. The lawyers had distributed the questionnaires and conducted the interviews to learn “detailed information concerning such payments.”<sup>16</sup> Upjohn provided the IRS with the names of the employees they interviewed, but refused to provide the information contained in the questionnaires and notes. The Supreme Court sided with Upjohn, establishing what has come to be known as a subject matter test for determining which communications would be protected by the attorney-client privilege. The Court said the communications contained in the questionnaires and the note were privileged because they were made by Upjohn employees to counsel for Upjohn acting as such, at the direction of corporate superiors in order to secure legal advice from counsel... Information, not available from upper-echelon management, was needed to supply a basis for legal advice concerning compliance with securities and tax laws, foreign laws, currency regulations, duties to shareholders, and potential litigation in each of these areas. The communications concerned matters within the scope of the employees’ corporate duties, and the employees themselves were sufficiently aware that they were being questioned in order that the corporation could obtain legal advice...<sup>17</sup>

This subject-matter test established by *Upjohn* protects a broad range of communications under federal law. But states can adopt other rules, and there is vigorous debate in the U.S. over just how broad the test should be. For example, some states have adopted a narrower standard for application of the privilege.<sup>18</sup> The Restatement has adopted a test that appears to be even more protective of communications with corporate agents.<sup>19</sup> Because the scope of the corporate attorney-client

10 ABA M.R. 1.6(a) (emphasis added).

11 *Restatement Third, The Law Governing Lawyers*, § 59, Comment b (emphasis added). See also M.R. 1.6 Comment [3].

12 ABA M.R. 1.6(b).

13 See rules cited in fn 4.

14 See rules cited in fn 4.

15 449 U.S. 383 (1981).

16 449 U.S. at 383.

17 499 U.S. at 394. *Upjohn* applied federal common law. States are free to define the scope of the privilege differently under state law.

18 See, e.g. *Keefe v. Bernard*, 774 N.W.2d 663, 671-673 (Iowa 2009).

privilege varies among U.S. jurisdictions, it can sometimes be difficult to predict whether a communication will be protected. This is because it is not always possible to know where the issue will arise. Alain and his team will have to consult the law in the controlling jurisdiction.

## C - The Two-Hat Problem : Is the Advice Legal Advice, Business Advice or a Mix?

Company counsel are sometimes business advisors as well as legal advisors. They are said to wear “two-hats.” This dual role presents especially nettlesome issues for in-house lawyers, who provide both business advice and legal advice in one matter.

Business advice, of course, is not protected by the attorney-client privilege. But what if the business advice is mixed with the legal advice? The issue arises, for example, when the lawyer is negotiating a transaction where the company’s position depends on both legal and business considerations.

The U.S. courts have developed varying tests for determining whether the privilege protects mixed advice in any particular matter. Generally, however, “[s]o long as the communication is primarily or predominantly of a legal character, the privile-

ge is not lost merely by reason of the fact that it also refers to certain nonlegal matters...”<sup>20</sup>

## D - Conclusion : Alain’s Take-Away

The attorney-client privilege in the U.S. applies equally to in-house and outside counsel. While there are variations among jurisdictions as to which communications with company employees are covered, all jurisdictions require that the communication be between the lawyer and the client or the client’s agent and for the purpose of providing legal advice. By contrast, the U.S. rules on confidentiality also protect information from sources other than the client or its agents.

Complex rules determine who is a client within an entity. Which jurisdiction’s rules apply and how broad the definition of “client” will have a profound effect. Finally, whether advice is business advice or legal advice or a mix of both presents challenging questions under U.S. law.

So Alain has much to consider: what information will be outside the scope of the privilege but protected by confidentiality (and what are the consequences)? Whose communications within L’Etoile will be protected? Will the resulting advice be legal advice, business advice or a risky mix of both?

19 *Restatement (Third), Law Governing Lawyers* § 73, Vol. 1, page 556-557 (a communication between the lawyer and an agent of the company are covered by the privilege if the communication “concerns a legal matter of interest to the organization.”).

20 *Rossi v. Blue Cross & Blue Shield*, 540 N.E.2d at 594. See also, e.g., *U.S. v. Robinson*, 121 F.3d 971,

974 (5th Cir. 1997) (privilege applies to communications made “for the primary purpose of securing either a legal opinion or legal services”); *Premiere Digital Access, Inc. v. Central Telephone Co.*, 360 F. Supp. 2d 1168, 1174 (D. Nev. 2005) (“[W]here, as here, the primary purpose of the communication is to discern the legal ramifications of a potential

course of action, that communication is for a ‘legal’ purpose”). For a case where the court found no privilege when an in-house lawyer negotiated the environmental provisions of a contract --- surprising many U.S. lawyers --- see *Georgia-Pacific Corp. v. GAF Roofing Manufacturing Corp.*, 1996 WL 29392 (S.D.N.Y.).

# US perspective on the Legal privilege: an interview with Doug Richmond of AON, by Stéphanie Couture, Director legal services, Tarkett SAS



## Doug Richmond,

Managing Director in the Professional Services Group of Aon Risk Solutions, Chicago

*Doug Richmond is Managing Director in the Professional Services Group of Aon Risk Solutions in Chicago. Aon's Professional Services Group ("PSG") is the world's largest broker of insurance for law firms. Doug consults with Aon's 275+ large law firm clients on professional responsibility and liability issues, and also serves as co-leader of the North American law firm practice. Doug teaches Legal Ethics at the Northwestern University School of Law and Insurance Law at the University of Florida College of Law. As such he is at the forefront of all recent developments regarding legal privilege and confidentiality issues and a perfect subject for this interview on the US perspective for the special edition of the AFJE magazine on confidentiality ! He gracefully, on the first call, accepted to be interviewed by a non-journalist on this subject.*

*Doug, I found your name through a very interesting paper you wrote for the ACC "The attorney client-privilege and associated confidentiality concerns in the post Enron era". Can you tell me how and why you wrote this article?*

I had the privilege of practicing law for a number of years before coming to Aon and always felt as though lawyers did not fully understand the attorney-client privilege and related confidentiality issues. Then, a number of corporate scandals in the United States and the resulting civil, criminal, and regulatory actions began putting a real strain on the privilege. Requirements that defendants waive their attorney-client privileges either to potentially avoid criminal prosecution or to minimize associated penalties were central themes in federal cases. In short, I thought the time had come to discuss key aspects of the attorney-client privilege, lawyers' ethical duty of confidentiality, and related doctrines and issues in a fashion that would be useful to our clients at Aon and to practicing lawyers more generally.

*What is the attorney-client privilege in the US?*

It protects as confidential the communication between a lawyer and his client that is made for the purpose of seeking or giving legal advice. These communications/exchanges are privileged meaning they generally will not be revealed in a litigation context. They are "privileged". In the corporate context, the "client" beneficiary of the legal privilege has been interpreted in two ways: under the "Control Group Test," only senior employees benefit from the legal privilege. Using the more common "Subject Matter Test," a lawyer's communications even with low level employees of a corporation may be privileged if the employee is communicating with the lawyer at a superior's request or direction and the employee's responsibilities include the subject matter of the communication. In either case, the communication must also be made in confidence.

"In confidence" means the communication must have taken place only between the lawyer and his client without a third party. The presence of a third party will cancel the privilege. If a person is cc'd on an e-mail and this person is non-legal

personnel from the company, the privilege usually is lost. If the legal advice is subsequently disseminated (ex. the sales director sends the e-mail from the in-house lawyer to the regional sales director who sends it along to the sales teams, the privilege will again be lost).

*Is there a difference between the attorney-client privilege for the attorney practicing “in-house” in a corporation ?*

There is no difference for the attorney practicing in-house or in a company setting. A company can seek legal privilege the same as an individual. The challenge is in the application of the legal privilege. In-house lawyers may participate in various capacities to the business. When giving “business advice” the in-house counsel nor the company are protected by legal privilege. If the advice is a mix of business and legal, the “Primary Purpose Test” must be applied. This test requires the following question be determined: “What is the primary purpose of the consultation or advice being sought?”. It is sometimes difficult to separate the two types of advice in practice. When this situation presents itself in a litigation setting, it is usually possible to redact the portions of the document which constitutes legal advice.

*Is confidentiality the same as legal privilege under US principles ?*

In US doctrine the two concepts coexist. Essentially, a lawyer owes his client (which as we have seen is the corporation in the case of the in-house lawyer) a confidentiality obligation much broader than the legal privilege. He should not disclose any confidential information he receives in the course of his functions within the corporation; not only the information received to provide strict legal advice.

Confidentiality concerns potentially everything a client (ie the corporation) tells the in-house lawyer and thus must be kept in confidence. This is also an ethical duty under the various codes of ethics. The legal privilege is narrowly construed and directly related to the notion of legal advice. It will be protected in all forms of litigation.

On the other hand, the attorney (or in-house counsel) and the corporation (client) may claim from third parties the work product immunity which is much broader than the legal privilege. This relates to the confidentiality of the work product performed for the corporation including strategic advice, processes... and will be applied

to protect this information from the discovery process in US litigation which requires opposing parties to exchange all information they have in their possession regarding a given litigation.

*Does the in-house lawyer have sufficient independence ?*

The in-house lawyer has one client. An outside counsel may have more than one client, in most cases many clients. A company should have the benefit of an internal legal expert if it so chooses and in regards to its size, the complexity of its activity... The lawyer must be competent and diligent. This is an obligation.

An in-house lawyer can be in a difficult position if the advice he is providing is not what the client/corporation wants to hear. But this situation can be the same for an outside counsel! The outside counsel can be fired and another law firm retained which will be willing to give different advice.

The role of lawyer whether in-house or external is to give his very best advice without regards to employment or client relationship considerations. There is a presumption that the client/corporation wants honest straight forward advice in order to make the business decisions in the most enlightened manner.

There are millions of business decisions taken every day by people in companies acting reasonably and ethically within the best interest of the corporations. The legal privilege encourages clients/corporations to seek legal advice from their in-house lawyers or external counsel in order to make good decisions. The benefit of independent legal advice from an expert with intimate knowledge of the business is appreciated and respected in corporate America.

*What is the US perception of the French system of lawyers member of the bar and in-house legal counsel not a member of a professional corporation ?*

I believe US lawyers in-house or not have respect for their French counterparts. US lawyers are accustomed to the legal privilege notion. Those in-house counsels are not able to claim this privilege would seem unfamiliar or extraordinary.

*Do US companies take any precautions when communicating with their French legal department colleagues ?*

All lawyers both in-house and outside need to be cautious about the application of the legal privilege. A regime that does not recognize this

privilege makes this duty difficult for the in-house counsel and for his client the corporation. As the legal privilege is narrowly construed in the US, many conversations are not protected so these communications would not require specific protection when communicating with a French counterpart.

*In conclusion ?*

This subject is challenging in the US. There is a lot of case law regarding the legal privilege, confidentiality and work product immunity. But the legal privilege remains essential to US lawyers whether in-house or not to protect the core of the legal profession: providing legal advice.

# Secret des affaires et confidentialité des avis juridiques en entreprise



## Bernard Carayon,

Avocat au barreau de Paris, Ancien Député, Président de la Fondation Prometheus, Maître de conférence à Sciences-Po Paris (bernardcarayon@fondation-prometheus.org)

*Bernard Carayon, Avocat au barreau de Paris, Maître de conférences à Sciences Po Paris, est maire de Lavaur. Député du Tarn pendant 15 ans, il est le créateur et le promoteur de la politique publique d'intelligence économique, et est l'auteur de nombreux rapports parlementaires et d'ouvrages dans lesquels il défend une conception « ni naïve, ni paranoïaque » de la mondialisation et des moyens que la France et l'Europe doivent mettre en oeuvre afin de lutter « à armes égales » avec ses compétiteurs. Bernard Carayon est également membre du conseil d'orientation du FSI, créé par le Président Sarkozy, sur ses recommandations.*

Une fois n'est pas coutume, nos amis belges ont su prendre une décision courageuse et visionnaire qui, je l'espère, fera florès dans notre droit hexagonal : un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 20 mars 2013 précise que les avis des juristes d'entreprise sont confidentiels et ne peuvent pas être saisis.

A l'heure de la société numérique, et dans un contexte de « guerre économique mondiale » où les entreprises, comme les Etats, se livrent une compétition sans merci, la valeur financière d'une entreprise dépend, non seulement de ses stocks et de son matériel d'exploitation – autrement dit des éléments corporels, selon la conception classique – mais, de plus en plus aussi, de ses actifs immatériels que sont les informations essentielles liées à son secteur d'activité, au développement de sa recherche et développement non brevetable, à son fichier clientèle ou fournisseurs, à sa connaissance de données stratégiques, à son taux de marge. Autant d'informations juridiques, financières, commerciales, scientifiques, techniques, économiques ou industrielles que les acteurs de l'entreprise partagent et mutualisent, selon un

mode de gestion devenu bien plus horizontal que vertical.

Or, l'utilisation croissante et les rapides progrès des technologies de l'information et de la communication fragilisent ce patrimoine, malgré l'amélioration des moyens de défense technique. C'est pourquoi une protection juridique adaptée à ce patrimoine s'avère indispensable, l'atteinte et la révélation d'un tel patrimoine immatériel générant des conséquences dévastatrices auxquelles il convient d'apporter des réponses judiciaires adaptées. A cet égard, la proposition de loi destinée à sanctionner la violation du secret des affaires, dont j'ai été à l'initiative<sup>1</sup>, est destinée à prévenir, dissuader ou sanctionner le pillage de nos entreprises, destructeur d'emplois.

**La définition et la protection du périmètre des informations sensibles sont ici stratégiques et les juristes en entreprise, compte tenu de leur rôle de conseiller et des informations auxquels ils ont accès, sont devenus des acteurs stratégiques au profit de la compétitivité et de la performance économique de l'entreprise.**

<sup>1</sup> Proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires, votée à l'unanimité

de la commission des lois puis dans l'hémicycle le 23 janvier 2012.

**Il m'apparaît naturel que ces juristes puissent bénéficier du secret professionnel de l'avocat, en particulier, la confidentialité de leurs avis juridiques adressés aux dirigeants de la société, soit le fameux « *legal privilege* » dont bénéficient leurs homologues anglo-saxons.**

Cette requête légitime ne s'inscrit pas dans une démarche corporatiste, mais bien dans l'intérêt des entreprises pour lesquelles ils travaillent : les juristes d'entreprise français ne bénéficient pas, dans un contexte de compétition internationale de plus en plus aigüe, des mêmes prérogatives et outils de travail que leurs collègues d'autres pays, notamment européens. Une fois de plus, notre pays, en bon élève de classe, s'est refusé de combattre « à armes égales »<sup>2</sup> : dans un arrêt de septembre 2010 (CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals c. Commission), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a considéré que rien n'impose aux Etats membres de reconnaître la confidentialité des avis juridiques aux juristes d'entreprise. Mais l'arrêt se limite au droit communautaire et au droit de la concurrence.

A l'origine de cette inégalité, se trouve notamment le fait que leurs avis ne bénéficient pas de la confidentialité. Cette absence de confidentialité place les entreprises en situation défavorable par rapport à leurs concurrentes. Il est impossible, dès lors, d'établir par écrit des notes décrivant de manière exhaustive les risques juridiques liés à une opération ou à une situation, en raison des risques de saisie ultérieure de telles notes et de leur utilisation possible contre l'entreprise. L'entreprise se voit dépouillée de l'utilisation optimale d'une ressource experte et accessible en son sein. Cette situation la pousse à utiliser des procédures

détournées pour échapper aux conséquences de cette inégalité.

Nos alliés, mais néanmoins concurrents, ont bien compris ces enjeux et disposent aujourd'hui d'arsenaux juridiques protégeant la confidentialité des avis des juristes d'entreprise, qu'il s'agisse par exemple des Etats-Unis, du Royaume-Uni, de l'Allemagne, de la Grande-Bretagne ou encore de l'Espagne.

Et ces enjeux sont considérables ! Cette sécurisation des informations devient un facteur-clé de l'attractivité des systèmes juridiques des Etats, voire des critères de localisation des investissements, au même titre que les considérations sociales ou fiscales, et dont le juriste interne français est parfois perçu comme le « maillon faible ».

Cette situation crée indéniablement une distorsion de concurrence inacceptable entre les entreprises françaises et leurs concurrents étrangers. Elles ne peuvent pas résister aux demandes de « *discovery* » dans les litiges internationaux, alors que la « loi de blocage » s'avère inefficace. Avec l'augmentation de ces litiges, la vulnérabilité des entreprises françaises s'aggrave.

Selon Machiavel « *il y a de bonnes lois là où il y a de bonnes armes* ». Les lois sont devenues des armes. La protection du secret des affaires, son corollaire sur la protection du secret des avis de juristes d'entreprises devrait ainsi, je l'espère, permettre à notre pays de lutter à armes égales dans la compétition internationale, si le Gouvernement veut bien, enfin, inscrire à l'ordre du jour des travaux du Sénat « ma » loi votée dans des conditions consensuelles, à la veille, pourtant, des élections présidentielles.

2 Cf. mon rapport au premier ministre « *A Armes Egales* », la Documentation française, 2005.

# Synthèse des travaux



## Nicolas Molfessis,

Professeur, Université Paris 2 Panthéon-Assas

*Agrégé et docteur en droit privé, Nicolas Molfessis est diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris. Il est Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), où il enseigne le droit civil et dirige le Master II de sociologie du droit. Il est Secrétaire général du Club des juristes, premier think tank français en matière juridique. Monsieur Molfessis est également administrateur indépendant et membre du Comité d'indépendance éditoriale du journal « Les Echos ». Enfin, il est membre des comités de direction des revues « Pouvoir », « Banque & Droit », la « Semaine juridique » et responsable de collections aux Editions Economica.*

**N'**est-il pas temps de convaincre les pouvoirs publics de la nécessaire évolution du statut du juriste d'entreprise ? On sait la question récurrente, qui a tout du marronnier juridique. Les rapports officiels ont beau se succéder pour prôner le changement de statut ou admettre la confidentialité des avis qu'il délivre – rapports « Varaut », « Nallet », « Guillaume », « Darrois », « Prada » –, rien n'y fait. Les exemples étrangers peuvent bien nous toiser, ils indiffèrent. Les juristes d'entreprise clament et réclament dans un désert où nul législateur ne semble les entendre.

Il n'est pas besoin de revenir sur le problème, parfaitement exposé dans les pages précédentes : en l'état actuel, le juriste d'entreprise français ne peut pas opposer la confidentialité de ses avis à la puissance publique. Ses analyses peuvent être saisies et donc exploitées sans retenue par les autorités qui enquêtent au sein de l'entreprise – Autorité de la concurrence, juge d'instruction, police judiciaire, etc. Elles sont d'ailleurs souvent une aubaine pour les enquêteurs, tant il est vrai que rien n'est mieux qu'une mise en garde de la direction juridique voire un avis négatif à une opération qui aura tout de même eu lieu. Dans certaines affaires, on sait d'ailleurs combien certaines entreprises ont pu éprouver la difficulté qu'il y a à expliquer et à justifier les mails d'un directeur juridique trop prolix ou trop circonspect. Ce n'est d'ailleurs pas au seul droit français que l'on doit cette situation : la Cour de justice de l'Union européenne, dans le désormais fameux arrêt « Akzo Nobel » du 14 septembre 2010 (CJUE, aff. C-550/07 P),

a jugé que l'avocat salarié ne jouit pas du même degré d'indépendance à l'égard de son employeur qu'un avocat exerçant ses activités en cabinet. Dès lors, seuls les avocats non liés au client par un lien de subordination peuvent se prévaloir de la confidentialité. N'est-il pas temps de changer la donne ?

Question première : le veut-on vraiment ? Les juristes d'entreprise, sans nul doute. Ils savent mieux que quiconque que leur efficacité dépend de la confidentialité de leurs avis. La mascarade qui consiste à passer par la boîte mail de l'avocat pour profiter de la confidentialité des relations qu'il entretient avec son client, est aussi dysfonctionnelle que coûteuse. Surtout, obliger le juriste d'entreprise à retenir sa plume, c'est le mettre sur la voie du travestissement de la vérité. *Tout va bien Madame la Marquise*, par courrier interne, et le reste à l'oral ! C'est aussi se méprendre sur ce que les dirigeants attendent de leurs juristes : qu'ils soient des relais du droit applicable, qu'ils les alertent sur les risques, qu'ils conseillent les opérationnels pour permettre la réalisation des opérations, et non qu'ils se réfrènt et taisent leurs vues. Par fonction, le droit commande la liberté d'expression. Celle-ci est empêchée en l'état actuel du droit.

Les avocats ? C'est moins évident. La réponse fluctue, selon qu'ils estiment que la réforme leur ouvrira un marché nouveau ou qu'elle consistera à accueillir de nouveaux entrants sur un marché existant. La multiplication du nombre d'avocats dans certains barreaux, notamment à Paris, participe

de la méfiance et peut-être, aussi, l'expérience passée de l'intégration des conseils juridiques.

Les pouvoirs publics ? Il n'est pas certain que la revendication soit parfaitement dans l'air du temps. Le vent dominant incite en effet à la levée de tous les anonymats, à la pénétration des secrets et, plus encore, à la mainmise sur l'information privée. C'est bien plus que la transparence, selon ce mot paré de vertu : c'est l'ère de la dénonciation. Les pouvoirs publics, en ce sens, ont favorisé la levée des opacités dans les secteurs les moins accessibles aux investigations publiques. L'entreprise est l'un de ces lieux dans lesquels on demande désormais à ceux qui s'y meuvent de se faire auxiliaires des pouvoirs publics, agents zélés en charge d'alerter, révéler, déclarer... L'entreprise contemporaine est un nid d'espions : membres de comités d'entreprise détenteurs d'un droit d'alerte, commissaires aux comptes tenus de dénoncer les faits délictueux, repentis dénonciateurs d'ententes, banquiers, avocats, notaires, débiteurs de déclarations de soupçons, lanceurs d'alerte de toutes sortes auxquels s'adjoindront, selon la matière considérée, des préposés de l'entreprise en charge de son contrôle interne. Comment pourrait-on concevoir que la confidentialité gagne du terrain et que le juriste d'entreprise puisse échapper à la surveillance privée qui sert tant le bien commun et l'intérêt général ?

Pourtant, la réforme est nécessaire. On invoque ici le rapport « Prada », qui montre que le statut juridique du juriste d'entreprise influe sur la compétitivité des entreprises : celles qui subissent la situation actuelle sont pénalisées par rapport à celles qui profitent de la confidentialité des avis de leurs juristes internes. Elles ne combattent pas à armes égales. L'essentiel, toutefois, est ailleurs. L'entreprise doit être gouvernée par des instances éclairées par toutes sortes d'avis et notamment par des avis juridiques aussi objectifs et fiables que possible. Le juriste d'entreprise doit être aussi libre de propos que l'avocat, voire davantage car il n'est pas là pour défendre un client mais pour servir l'entreprise dans le respect du droit. Le bon juriste d'entreprise est celui qui sait conjuguer respect du droit et initiative économique. Aussi, il doit précisément pouvoir faire entendre un point de vue différent de celui des opérationnels. Le propos serait-il naïf ? Qui peut pourtant penser, aujourd'hui, que la violation du droit pourrait servir l'intérêt social et qu'elle offrirait un avantage quelconque à l'entreprise ? Qui peut croire qu'un chef d'entreprise attende de son directeur juridique qu'il lui apprenne à contourner le droit ou valide des choix juridiquement discutables ?

Non seulement l'Etat signe son propre échec lorsqu'il enjoint à des opérateurs privés d'être ses agents en leur promettant des récompenses ou sa clémence, mais il a la vue courte lorsqu'il ne mesure pas le rôle préventif que peuvent jouer les juristes au sein de l'entreprise. L'essor de la conformité doit précisément s'accompagner d'une liberté d'expression du juriste d'entreprise et donc de la confidentialité de ses avis. Il n'y a ici nulle contradiction.

Comme le montrent d'ailleurs les Etats-Unis, dénonciation, secret et confidentialité peuvent non seulement coexister mais plus encore s'équilibrer. Les « *whistleblowers* » qui dénoncent les scandales d'Enron et WorldCom peuvent bien être les « personnalités de l'année » (Classement Time 2002), les avocats faire les enquêtes et collaborer avec les autorités de régulation, les entreprises coopérer volontairement au point de se dénoncer elles-mêmes – comme c'est le cas dans la « *voluntary disclosure* » –, il n'en demeure pas moins que les juristes d'entreprise ont un « *legal privilege* » qui les protège. Il ne s'agit ici ni d'emprunter au modèle américain, ni même de commencer à le louer, mais simplement de comprendre que dans une société que l'on veut vertueuse, la confidentialité des avis des juristes n'est pas une erreur de scénario. Elle contribue au mouvement global. Les juristes d'entreprise sont et doivent être les agents du droit dans l'entreprise.

Question seconde : le peut-on réellement ? La thèse adverse prétend qu'un salarié ne saurait s'exprimer librement. Pour que le juriste puisse, dans l'entreprise, profiter de cette précieuse confidentialité, il faudrait qu'il soit avocat, salarié, et indépendant de son employeur. Bref, une chimère ! L'argument tombe à faux. Le lien de subordination ne signifie pas que le juriste doive écrire ce qui lui est dicté, à supposer que le supérieur hiérarchique ait une telle prétention, tandis que son indépendance ne l'autorisera pas à insulter son supérieur, à supposer qu'il en éprouve le besoin.

Pour procéder à cette mutation, nombre de figures sont alors envisageables, qui postulent des passerelles ou vont jusqu'à reposer sur une profession unique. Garder le juriste d'entreprise en protégeant ses avis ou en faire un avocat en entreprise, telle est l'alternative. Après, il faut bien sûr s'entendre sur le nombre de personnes protégées, déterminer les communications visées, fixer l'étendue de la protection, délimiter l'opposabilité de la confidentialité, procéder à son organisation, sa sanction, sa levée, etc. Bref, il faut avancer.



# AFJE

ASSOCIATION FRANÇAISE DES  
JURISTES D'ENTREPRISE

[WWW.AFJE.ORG](http://WWW.AFJE.ORG)

## L'AFJE, UN RÉSEAU DE **600** DIRECTEURS JURIDIQUES ET **4300** JURISTES D'ENTREPRISE.

L'AFJE est la première organisation professionnelle de juriste d'entreprise en France. Sa mission, depuis de 45 ans, est la promotion des directions juridiques et de la profession de juriste d'entreprise.

L'AFJE, c'est aussi des ateliers de formation et d'information juridique, des ateliers carrières, des commissions thématiques, des délégations régionales, un comité des jeunes juristes, un campus annuel, des colloques et conférences, le Juriste d'Entreprise Magazine, un annuaire des juristes d'entreprise...

### REJOIGNEZ VOTRE RÉSEAU PROFESSIONNEL !

Pour adhérer à l'AFJE, contactez Rachel Osowiecki - [association@afje.org](mailto:association@afje.org) - T : 01 42 61 53 59

Avec le **Juriste d'Entreprise Magazine Spécial Confidentialité**, l'AFJE promeut et défend la place du droit dans l'entreprise pour renforcer sa compétitivité. Elle interpelle les pouvoirs publics sur la nécessité d'établir un cadre garantissant la confidentialité des avis rendus par les juristes d'entreprise à leurs dirigeants.

A rebours des fantasmes ou des postures, l'AFJE a réuni les positions de ceux qui, par leur expérience du quotidien du droit et de la vie économique, apportent un éclairage précieux sur la notion même de confidentialité prise dans toutes ses dimensions et conséquences.

En rassemblant des opinions éclairées par la pratique de ces juristes d'entreprise de grande expertise, l'AFJE a également sollicité les positions de tous ceux qui sont concernés par cette question hautement stratégique pour l'attractivité de notre économie et de notre modèle juridique. Ainsi, 48 éminents contributeurs (juristes d'entreprise, avocats, professeurs, dirigeants d'entreprise, députés, notaires...), s'expriment dans le *Juriste d'Entreprise Magazine Spécial Confidentialité* :

*Hervé Delannoy, Jean-Charles Savouré, Jean-Yves Trochon, Jean-David Sichel, Philippe Marchandise, Jean-Marie Burguburu, Jean-Bertrand Drummen, William Feugère, Christian Charrière-Bournazel, Yves Repiquet, Gérard Worms, Michel Prada, Emmanuèle Perron, Odile de Brosses, Jean Tarrade, Yves Nicolas, Isabelle Falque-Pierrotin, Jean-Michel Darrois, Emilie Vasseur, Marc Bartel, Jean-François Guillemain, Thomas Baudesson, Jacques Barthélémy, Hubert de Vauplane, Denis Musson & Pierre Laporte, Marc de Lapérouse, Philippe Giraudel, Jacques Buhart, Philippe Coen, Fred Headon, Hugues Delescaille, Anthony Brooks, Thomas Marx, Elisabeth Roegele, Niels Hartwig, Juan Antonio Cremades, Han Kooy, Paloma Valor, Florence G'Sell, Didier Poracchia, Nicolas Bronzo, Jean-Michel Blanquer, Christophe Roquilly, Barbara S. Gillers, Doug Richmond, Bernard Carayon, Nicolas Molfessis.*