

POUR UN PRIVILÈGE
DE CONFIDENTIALITÉ
ASSOCIÉ À UN STATUT
D'AVOCAT SALARIÉ
EN ENTREPRISE

Michèle Alliot-Marie, alors garde des Sceaux, ministre de la Justice, et Christine Lagarde, alors ministre de l'Économie des Finances et de l'Emploi, ont commandité, en novembre 2010, un rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris. Outre l'analyse de l'arbitrage international à Paris et celle de la compétitivité des cabinets français d'avocats à l'international, l'étude portait sur le traitement du droit en entreprise, sujet abordé, à plusieurs reprises, au cours des dernières années, sous l'angle de la présence éventuelle d'avocats dans les équipes de direction des entreprises françaises (rapports Nallet, Guillaume et Darrois).

La mission, conduite par le signataire du présent article avec le concours d'Alain Damais, inspecteur des finances, de Ludovic Jariel, chef de bureau à la direction des affaires civiles et du Sceau et de Pierre de Lapasse, magistrat en charge de l'arbitrage dans la même direction, s'est attachée à analyser les besoins des entreprises françaises, leur positionnement par rapport à leurs concurrentes et partenaires des principaux pays avancés et les éventuelles réformes qui permettraient de l'améliorer.

Au terme de nombreuses auditions et après avoir procédé à des études de droit comparé, notamment avec la situation existant aux USA, au Royaume-Uni, en Allemagne et au Benelux, la mission a constaté que

la prise en compte du droit par les entreprises françaises souffre d'insuffisances manifestes et que le rôle des responsables juridiques n'est généralement pas reconnu au même niveau que chez leurs homologues étrangers, même si ce constat n'est pas généralisé.

Il est, notamment, très rare que les responsables juridiques fassent partie des comités directeurs des entreprises, si bien que le droit n'est généralement pas considéré comme un composant des décisions stratégiques, alors qu'il est devenu l'un des outils essentiels de développement des entreprises étrangères, plus particulièrement dans le cadre international.

Les directions juridiques en France sont, trop souvent, confinées dans des fonctions de mise en œuvre des décisions opérationnelles (signatures de contrats...) et de contentieux.

84 Par voie de conséquence, et en cohérence avec l'organisation des professions juridiques en France, les juristes d'entreprise sont considérés comme des collaborateurs généralement quelconques et ne disposent d'aucune reconnaissance particulière. Nombre d'entre eux, bien qu'ayant le titre d'avocat, sont « omis du tableau du barreau », dès lors qu'ils deviennent salariés de l'entreprise.

Cette situation contraste avec celle qui prévaut chez nos principaux partenaires, où les juristes d'entreprise, rattachés au barreau, font partie de l'état-major et mettent en œuvre des dispositifs spécifiques de protection de la confidentialité des conseils donnés en interne à leurs directions. Considérés comme en charge d'une responsabilité éminente de contrôle de conformité à la règle de droit, les juristes d'entreprise des plus grands pays comparables au nôtre appartiennent à la profession d'avocat et mettent en œuvre un privilège de confidentialité (le *legal privilege*). Ce dispositif permet l'émission de conseils juridiques en interne qui ne peuvent, avec certaines limites, être utilisés contre l'entreprise en cas de litige. Cette protection est particulièrement importante dans le cas de mise en œuvre de procédures de *discovery*, en usage en droit anglo-saxon, qui contraignent les protagonistes à livrer toute information pertinente par rapport au litige, fût-elle défavorable à son détenteur. Certaines entreprises françaises en ont fait la cruelle expérience au cours des années récentes.

Dans ce contexte, les juristes des grandes entreprises françaises, comme ceux des filiales françaises d'entreprises étrangères, se considèrent, sauf quelques exceptions notables, comme le « maillon faible » du réseau des juristes de leurs groupes : leurs collègues étrangers hésiteraient à leur communiquer des informations et études confidentielles, au risque d'en voir perdre la confidentialité (le *legal privilege* est en effet perdu si

l'information est communiquée à un tiers non avocat); dans certains cas, ils sont conduits à recourir au service, à titre de simple relais, d'avocats externes, pour bénéficier du secret professionnel d'ordre public associé, en France, au statut d'avocat inscrit au barreau.

La mission a conclu qu'il était souhaitable de rehausser le positionnement des juristes d'entreprise et d'organiser un dispositif de confidentialité du conseil juridique donné en interne, en prévoyant, toutefois, des limites en cas d'enquête conduite par les autorités administratives et judiciaires pour des motifs d'ordre public, à l'instar de ce que prévoit la législation en vigueur chez nos principaux partenaires.

Cette préconisation aurait pu être faite sans autre considération, en organisant un nouveau statut de juriste d'entreprise comportant l'attribut d'un *legal privilege*. C'est d'ailleurs la solution qui a été adoptée en Belgique où la profession de juriste d'entreprise a récemment fait l'objet d'une organisation spécifique.

85

La mission a cependant étudié le lien éventuel entre cette réforme et le projet, poursuivi avec constance en France depuis de nombreuses années, de constitution d'une « grande profession du droit » autour de la profession d'avocat.

L'organisation des professions juridiques en France a, en effet, été caractérisée de longue date, et pour des raisons historiques, par une grande fragmentation, chaque métier étant organisé en profession réglementée. Cette structuration, dont les bases théoriques ne sont pas sans logique, se heurte aujourd'hui aux conséquences de la mondialisation et de la mise en concurrence avec des organisations différentes, d'influence anglo-saxonne. Dans ces organisations, les professions juridiques sont exercées par des avocats (*attorneys at law* aux USA ou *solicitors* au Royaume-Uni) qui exercent différents métiers et disposent d'une grande souplesse d'organisation capitaliste, statutaire et opérationnelle. Cette formule confère aux professions concernées une grande représentativité et une grande puissance au niveau international, alors que les professions françaises, à raison de leur division, ne « pèsent » pas du poids qui devrait être le leur.

La réflexion sur le droit en entreprise est naturellement apparue comme une opportunité de consolider le mouvement d'unification des professions juridiques en France, engagé avec la fusion des professions d'avocat, de conseil juridique et d'avoué. Les quelque 52 000 avocats français pourraient ainsi voir leurs effectifs grossir d'une partie des quelque 15 000 juristes d'entreprise répertoriés à ce jour.

Pour autant, il est apparu que la fusion pure et simple des professions d'avocat et de juriste d'entreprise se heurtait à certains obstacles et qu'il convenait de procéder à certaines adaptations.

En premier lieu, la profession d'avocat elle-même est divisée sur le sujet (même si les esprits semblent évoluer en faveur d'une réforme, les consultations récentes au sein de la profession montrent un partage par moitié des opinions pour et contre). Il semble cependant possible de répondre aux préoccupations légitimes de ceux qui redoutent un affaiblissement de la profession d'avocat à la faveur de son élargissement.

86 Certains contestent, par principe, la coexistence de l'appartenance au barreau et du statut de salarié, considéré comme incompatible avec l'indépendance essentielle à la qualité d'avocat. Outre que le pas a déjà été franchi, il est vrai pour des avocats salariés de cabinets d'avocats, on peut faire observer que l'indépendance est d'abord une qualité de caractère et que le directeur juridique d'une entreprise n'est pas nécessairement moins indépendant d'esprit que l'avocat dont la clientèle se compose essentiellement d'un ou deux grands clients. On peut aussi observer que la déontologie et l'indépendance du juriste d'entreprise seraient renforcées par son appartenance au barreau.

Un deuxième argument a été avancé par ceux qui redoutent que l'équilibre économique de la profession soit bouleversé, les avocats en entreprise intervenant comme avocats plaidants, au détriment de ceux des avocats libéraux dont l'activité est aujourd'hui nourrie par la clientèle des entreprises. La mission a constaté qu'il s'agit en fait d'un faux problème, les juristes d'entreprise ne souhaitant pas plaider, pour des raisons opérationnelles et d'opportunité. Il est donc préconisé de ne pas autoriser les avocats en entreprise à plaider pour leur employeur dans les affaires nécessitant l'intervention d'un avocat. C'est d'ailleurs la solution qui prévaut à l'étranger, sauf en Allemagne.

En second lieu, les représentants des entreprises ont fait valoir que la présence d'avocats dans les équipes de direction des entreprises pourrait avoir des effets négatifs en cas de conflit entre les orientations de l'entreprise et le statut de ces avocats. Ils refusent l'introduction d'une nouvelle catégorie de salariés protégés et craignent les conséquences éventuelles, au regard du fonctionnement de l'entreprise, du bénéfice du secret professionnel « à la française » qui caractérise la profession d'avocat (ils excluent, *a fortiori*, la solution préconisée par certains avocats qui souhaiteraient « importer » purement et simplement un cabinet au sein de l'entreprise, solution existant en Grèce mais qui créerait de graves risques de désorganisation dus à la présence d'un « corps étranger » dans le dispositif managérial).

Sur le premier point, la mission propose que, à l'instar de la situation observée dans la plupart des exemples étrangers, l'avocat en entreprise soit un salarié « ordinaire ». Son appartenance au barreau lui créerait certes une obligation de respect des termes de son serment et permettrait, le cas échéant, à l'ordre de prendre des mesures disciplinaires en cas de faute, mais l'ordre n'interviendrait pas dans d'éventuels conflits du travail avec l'employeur.

Sur le second point, la mission a identifié une différence de nature entre le secret professionnel, attaché à la personne de l'avocat, absolu et d'ordre public et dont le client lui-même ne peut le relever, et le *legal privilege* qui bénéficie à l'entreprise et dont l'avocat salarié n'est que le « vecteur », à raison de sa qualité d'avocat auxiliaire du droit. Il lui est apparu que le risque de dysfonctionnement associé aux caractéristiques du secret professionnel, dans le cadre de la gestion de l'entreprise, justifiait la création d'un privilège de confidentialité spécifique, « à la main » de l'employeur. On peut, au demeurant, s'interroger sur la légitimité d'un secret professionnel absolu lorsque l'avocat exerce une activité qui s'éloigne significativement de sa mission première de défenseur-conseil dans des procédures contentieuses. La logique de l'élargissement du spectre des métiers ouverts aux avocats entraîne nécessairement – et c'est déjà le cas pour l'avocat fiduciaire ou l'avocat mandataire de sportif – une adaptation du statut. Au cours des débats qui ont suivi le dépôt du rapport de la mission, il est apparu que la question méritait en tout cas d'être clarifiée, certains considérant que le secret professionnel n'emporterait aucun effet potentiellement pervers au regard de la liberté de gestion de l'entreprise.

87

Enfin, les personnalités consultées appartenant aux autorités judiciaires et administratives, tout en considérant qu'il était légitime pour l'entreprise de pouvoir « réfléchir librement en interne » sans se voir opposer les conseils de ses juristes salariés, ont souhaité que la protection de l'ordre public ne soit pas affectée par l'instauration d'un privilège de confidentialité et que, dans le cas d'enquête soulevant des questions importantes, la confidentialité puisse être levée. La mission considère que cette préoccupation est légitime et que l'éventuel privilège de confidentialité devrait être formellement organisé et susceptible d'être levé dans des conditions précises. C'est d'ailleurs la règle dans les pays étudiés.

Au total, la mission propose une réforme permettant aux entreprises de recourir au service d'avocats salariés dans des conditions adaptées à leurs besoins et à la spécificité de cette situation.

Les juristes d'entreprise avocats seraient inscrits au barreau sur une liste *ad hoc*. Formés selon les critères de la profession, ils prêteraient le

serment qui en ferait les auxiliaires du droit et leur créerait les obligations déontologiques propres à la profession dont l'ordre pourrait leur demander de rendre compte. Salariés « ordinaires », ils ne se différencieraient pas des autres au regard du droit du travail. Leur qualité leur permettrait d'« activer » un privilège de confidentialité pour les conseils donnés en interne à leur employeur et pour leurs relations avec leurs homologues. Ils n'auraient pas le droit de plaider pour leur entreprise dans les instances où la présence d'un avocat est requise.

88 La mise en œuvre de cette réforme devrait s'accompagner de dispositions relatives à l'intégration des juristes d'entreprise dans la profession d'avocat. Il existe d'ores et déjà des passerelles qu'il conviendrait de préciser pour traiter à la fois le cas des populations en fonction et celui des générations à venir, au regard de leur compétence, de leur expérience et de leur déontologie.

Les propositions de la mission ont été présentées aux organisations intéressées et soumises à consultation. Le 21 juin, une table ronde a été organisée par la Chancellerie, à l'issue de laquelle, un consensus semblant pouvoir être réuni, le garde des Sceaux, Michel Mercier, a annoncé la diffusion aux acteurs concernés d'un avant-projet de loi à l'automne prochain. Ces propositions ont également fait l'objet d'un débat animé lors de la réunion de la convention nationale des avocats du 19 octobre dernier.

Au cours de ses travaux, la mission a été confrontée à la question posée par l'arrêt *Akzo* rendu le 14 septembre 2010 par la Cour de justice de l'Union européenne, qui a mis en cause l'indépendance du juriste d'entreprise salarié dans une affaire de droit européen de la concurrence et a refusé de considérer l'opposabilité du privilège de confidentialité associé au statut d'avocat de ce juriste.

La mission n'a pas été convaincue par l'analyse de la Cour et a estimé que, sauf à considérer que cette affaire est spécifique et non susceptible de faire jurisprudence, il était probablement souhaitable d'évoquer la question au niveau des instances de l'Union pour clarifier le droit : on voit mal, en effet, qu'un arrêt de circonstance puisse mettre un terme au système du *legal privilege* ou à ses équivalents qui prévalent dans de nombreux pays européens depuis des siècles. Sans doute serait-il souhaitable qu'une directive clarifie la situation.

Les propositions de la mission sont motivées par une analyse fonctionnelle et par la considération de l'environnement international dans lequel évoluent les entreprises et les professions du droit françaises. On peut concevoir qu'elles ne soient pas adaptées à toutes les entreprises et

particulièrement aux PME exerçant essentiellement en France. Aussi bien la liberté de choix devrait-elle être donnée aux responsables des entreprises, qui, s'ils le souhaitent, pourraient conserver un système reposant sur la présence de juristes internes sans statut d'avocat salarié et sans « privilège de confidentialité », ainsi que sur le recours à des avocats libéraux pour les questions nécessitant certaine protection de la confidentialité.

Le rapport sur « Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris » a été établi en mars 2011. Il est consultable sur le site du ministère de la Justice.

R É S U M É

Dans le cadre d'une mission confiée par le garde des Sceaux et le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris, il a été procédé à l'étude des conditions de traitement des problèmes de droit au sein des entreprises françaises. Il a été constaté que la place du droit et des juristes d'entreprises n'était pas, en France, aussi reconnue que dans les entreprises des pays avancés comparables. Il n'existe notamment aucune protection de la confidentialité des conseils donnés en interne par ces juristes à leurs directions. Cette situation pourrait être heureusement améliorée par l'introduction d'un statut d'avocat salarié en entreprise, assorti de l'introduction d'un « privilège de confidentialité » du conseil interne, à l'instar des dispositions existant chez nos principaux partenaires.