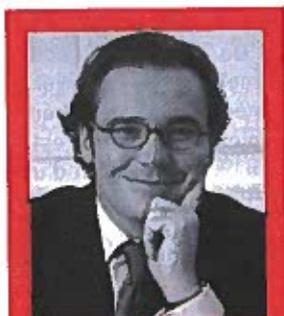


AVOCATS

De la nécessaire protection du secret professionnel du juriste d'entreprise grâce au statut d'avocat en entreprise ^{329z2}

L'essentiel

L'extension du statut d'avocat au juriste d'entreprise serait la meilleure solution pour assurer le respect de son secret professionnel dans l'intérêt de l'entreprise qui l'emploie, en lui offrant une déontologie forte et une véritable protection légale.



Libres propos par
Loïc DUSSEAU
Avocat au barreau de
Paris, ancien membre
du conseil de l'ordre et
du Conseil national des
barreaux

À l'heure de la dictature de la transparence ⁽¹⁾, le secret n'est plus compris ni admis, tant par l'opinion que par les pouvoirs publics. Il reste encore acceptable qu'une profession soit soumise au secret professionnel, considéré comme la base de la relation de confiance avec le client : celle d'avocat. Mais parce que les juges sont tentés de limiter ce secret à la sphère judiciaire, d'autres professionnels du droit tels que les juristes d'entreprise en France, ou même les avocats en entreprise en Europe, restent exclus du processus de confiance.

Cette exclusion constitue le second prétexte avancé par les opposants à la création du statut d'avocat en entreprise en France ⁽²⁾, après celui de l'indépendance ⁽³⁾ – dont il est le miroir. Pourtant, à l'instar du rapport *Darrois* en 2009 ⁽⁴⁾, la commission *Haeri* a de nouveau rappelé, en 2017, l'évidence selon laquelle : « La réunion des avocats et des juristes d'entreprise au sein d'une grande profession du droit (...) est la conséquence des évolutions économiques actuelles. Le praticien du droit, qu'il soit avocat ou juriste d'entreprise, exerce son métier dans une économie internationale et globalisée, où il se retrouve en concurrence avec des juristes étrangers, qui, s'ils travaillent dans une entreprise, bénéficient de la confidentialité de leurs avis. » ⁽⁵⁾ Au-delà de cet enjeu de compétitivité, l'intérêt compréhensible et admissible est la sécurité juridique permettant aux juristes d'entreprise de pouvoir conseiller leurs clients internes sans avoir à craindre que leurs avis ou opinions ne puissent se retourner contre lesdits clients

dans le cadre d'enquêtes externes, sans craindre un effet boomerang d'auto-incrimination juridique.

Cette problématique a fait l'objet de nombreuses réflexions ⁽⁶⁾ mais qui, à force de compromis, n'ont pas suffisamment pris en compte la dimension éthique du secret professionnel, pour se rabattre sur la notion de confidentialité à des fins purement pratiques. Or, cette notion de confidentialité implique de vrais risques d'affaiblissement du secret professionnel de l'avocat, tel qu'il doit être maintenu, protégé et renforcé. C'est pourquoi, plutôt que d'inventer un nouveau « privilège de confidentialité », la meilleure solution apparaît d'étendre le secret au sein de l'entreprise grâce au statut d'avocat.

I. LE SECRET PROFESSIONNEL DANS TOUS SES ÉTATS

Le secret professionnel se définit comme l'« obligation, pour les personnes qui ont eu connaissance de faits confidentiels dans l'exercice de leurs fonctions, de ne pas les divulguer hors les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. » ⁽⁷⁾ Parce qu'il n'est pas seulement destiné à protéger un intérêt privé, mais qu'il est aussi nécessaire socialement, sa violation est sanctionnée par l'article 226-13 du Code pénal. Il s'impose tant aux avocats qu'en théorie aux juristes d'entreprise, mais de façon différenciée et, en réalité, inefficace pour ces derniers, ce qui justifie une réforme.

A. Le secret professionnel de l'avocat externe à l'entreprise : de l'absolu au relatif

L'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 prévoit que : « En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ». Ce secret professionnel n'est pas seulement une obligation légale pour l'avocat, mais également éthique : il figure parmi ses principaux devoirs déontologiques à l'article 2 du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat, tandis

(1) Olivennes D. et Chichportich M., *Mortelle transparence*, 2018, Albin Michel ; Soulez Larivière D., *La transparence et la vertu*, 2014, Albin Michel.

(2) Bollet M. et Chambel B., « L'avocat et l'économie », in Forget J.-L. et Frison-Roche M.-A., *Avocats et Ordres du XXI^e siècle*, 2014, Conférence des Bâtonniers-Dalloz, p. 31 et s.

(3) Dusseau L., « De l'indépendance intellectuelle à l'indépendance statutaire du juriste d'entreprise », *Gaz. Pal.* 27 févr. 2018, n° 312y7, p. 13.

(4) Darrois J.-M., *Vers une grande profession du droit. Rapport sur les professions du droit*, 2009, La documentation française, p. 38.

(5) Haeri K., *L'avenir de la profession d'avocat*, 2017, p. 79.

(6) Ex : AFJE, « Confidentialité des avis des juristes d'entreprises : 48 personnalités du monde du droit s'expriment », 2014, *Juriste d'Entreprise Magazine*, numéro spécial.

(7) Cornu G., *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., 1998, PUF, p. 774.

que la confidentialité des correspondances entre avocats est régie par l'article 3 du RIN.

Inscrit dans une logique de préservation du pacte social, ce secret est réputé absolu, c'est-à-dire que nul ne peut l'en délier, pas même le « déposant » de l'information secrète. C'est à la fois un droit et un devoir de l'avocat : ce secret n'est pas destiné à taire la vérité mais à mieux la connaître pour en livrer tout ce qui est utile au conseil ou à la défense, mais uniquement ce qui est utile, en conscience⁽⁸⁾ et dans le respect de la loi. Il est enfin protégé à l'égard du pouvoir judiciaire, notamment par le régime particulier des perquisitions dans les cabinets d'avocats⁽⁹⁾.

Certains magistrats ont toutefois tendance à restreindre la portée du secret professionnel de l'avocat en matière de conseil en acceptant la saisie de pièces qui « dès lors qu'elles ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense, sont nécessaires à la manifestation de la vérité et en relation directe avec l'infraction. »⁽¹⁰⁾ Le secret professionnel de l'avocat reste donc relatif, selon la jurisprudence *contra legem*, en matière de conseil⁽¹¹⁾. Il est aussi à relativiser dans certaines circonstances : dans l'exercice d'activités accessoires (fiduciaire, mandataire en transaction immobilière, mandataire sportif, etc.) comme en matière de blanchiment où même la CEDH ne reconnaît un secret absolu qu'en matière de défense⁽¹²⁾.

B. Le secret professionnel du juriste d'entreprise : du relatif au néant

L'article 56 de la loi du 31 décembre 1971 dispose que « les juristes d'entreprise exerçant leurs fonctions en exécution d'un contrat de travail au sein d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises 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 ou rédiger des actes sous seing privé relevant de l'activité desdites entreprises ».

Or, contrairement à ce qui a pu être soutenu⁽¹³⁾, l'article 55 de la loi de 1971 qui prévoit que toutes personnes, autres que les avocats, qui sont autorisées à donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé, pour autrui, de manière habituelle et rémunérée (art. 55, al. 1) ou à titre habituel et gratuit (art. 55, al. 4), doivent respecter le secret professionnel (art. 55, al. 3), ne semble pas pouvoir s'appliquer aux juristes d'entreprise dès lors qu'ils ne consultent ou ne rédigent pas pour autrui et ne sont donc pas assujettis aux obligations d'assurance ou de garantie financière imposées par cet article 55.

(8) Dusseau L. in Krebs J.-C. et Barjon J.-C. (dir), *Le concours de la Carpa à la protection de l'ordre public économique*, 2017, Dalloz, Thème et commentaires, p. 47-48.

(9) Nioré V., *Perquisitions chez l'avocat : défense des secrets et inviolabilité de l'asile sacré*, 2014, Lamy.

(10) Nioré V. et Dusseau L., « Le cœur de la défense », *Gaz. Pal.* 25 avr. 2015, n° 223k2, p. 10.

(11) Nioré V., « En matière de conseil, le secret de l'avocat n'existe plus ! », *Gaz. Pal.* 16 mai 2017, n° 294d8, p. 12.

(12) CEDH, 6 déc. 2012, n° 12323/11, *Michaud c/ France*.

(13) ANJB, Règlement et déontologie, art. 5 : Secret professionnel ; AFJE, Code de déontologie des juristes d'entreprise, art. 6.2 : Confidentialité et obligation professionnelle ; Baudesson T., « Les juristes d'entreprise disposeraient-ils déjà d'une base légale suffisante pour revendiquer la confidentialité de leurs avis juridiques ? », *JCP E* 2013, 673, spéc. n° 38.

Les règles déontologiques élaborées par les associations de juristes d'entreprise se contentent de traiter la question sous l'angle de la confidentialité⁽¹⁴⁾, ce qui, en l'absence de texte législatif protecteur, rend cette *soft law* inopérante. En réalité, le juriste d'entreprise n'est aujourd'hui tenu qu'à un simple secret des affaires qui s'efface devant toute autorité administrative ou judiciaire.

C. Le secret professionnel et la fausse bonne solution du *legal privilege*

C'est la solution qui fut préconisée, en 2011, par le rapport Prada proposant que l'avocat en entreprise « ne serait plus titulaire de l'obligation personnelle de respect du secret professionnel d'ordre public réservé aux avocats "libéraux". Dans ses rapports avec son entreprise et avec ses homologues, il mettrait en œuvre un "privilège de confidentialité" à définir par la loi, permettant de préserver la confidentialité de ses conseils donnés en interne, au bénéfice et sous le contrôle de son employeur, comme c'est le cas au Royaume-Uni et aux USA. »⁽¹⁵⁾ On passerait d'une logique de protection *in personam* (le secret est attaché à la personne de l'avocat) à une protection *in rem* (la confidentialité est attachée aux actes et analyses du juriste d'entreprise)⁽¹⁶⁾.

Mais il s'agirait de « la pire des solutions pour la France »⁽¹⁷⁾ : outre qu'elle s'accompagnerait de la création d'une nouvelle profession réglementée, cette solution, inspirée de la *common law*, viendrait encore plus affaiblir notre notion de secret professionnel qui est déjà en danger et qu'il ne conviendrait pas de fragiliser par de nouvelles exceptions qui finiraient par infirmer la règle.

D. Le secret professionnel et l'ombre du juge

On sait que la Cour de justice de l'Union européenne conteste le secret professionnel de l'avocat en entreprise⁽¹⁸⁾. Mais, plus inquiétant, elle ébranle en réalité l'unicité du secret professionnel, que ce soit en matière de conseil ou de défense, de l'avocat qu'il soit interne ou externe⁽¹⁹⁾. La portée de cette jurisprudence, qui commande l'unification du droit européen en la matière, apparaît toutefois limitée au droit de la concurrence et ne lie pas les juridictions nationales qui n'ont pas manqué de lui résister.⁽²⁰⁾ Elle procède surtout, en application de la dictature de la transparence (en l'espèce du marché), d'un refus des juges de reconnaître, à sa juste valeur, le rôle des juristes d'entreprise en matière de conseil alors même qu'ils « veillent à l'application des normes au sein de leur organisation et portent la responsabilité de la mise en œuvre

(14) AFJE, Code de déontologie des juristes d'entreprise, art. 6 : Confidentialité et Corpus explicatif.

(15) Prada M., *Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, 2014, p. 34.

(16) Moret-Bailly J. et Truchet D., *Pour une autre déontologie des juristes*, 2014, PUF, p. 89.

(17) Cocusse J.-L., « Le privilège de confidentialité des juristes d'entreprise est la pire des solutions pour le France », *Gaz. Pal.* 10 janv. 2015, n° 207d1, p. 7.

(18) CJCE, 18 mai 1982, n° C6155/79, *AM & S* ; CJUE, 14 sept. 2010, n° C-550/07, *Akzo Nobel* ; CJUE, 6 sept. 2012, n° C-422-11 et C-423-11, *Puke*.

(19) Jamin C., « Un avocat exerçant au sein d'une entreprise ne peut se prévaloir de la confidentialité de la correspondance », *JCP G* 2010, n° 43.

(20) Haute cour des Pays-Bas, 15 mars 2013 ; Cour de cassation de Belgique, 22 janv. 2015, n° C.13.0532.F.

de la réglementation. Leur rôle est donc en amont de celui des juges dont le devoir sera de déterminer si les règles ont été suivies et la loi appliquée »⁽²¹⁾.

L'une des missions de la direction juridique est en effet d'identifier les risques de mise en cause de l'entreprise ou de ses dirigeants dans les divers domaines du droit par « une cartographie des risques juridiques »⁽²²⁾, tout en s'assurant de la conformité avec la législation. Autrement dit, le juriste d'entreprise, comme l'avocat, donne ses avis ou formule ses conseils dans « l'ombre du juge », car il n'y a pas de règle de droit sans un juge qui en garantisse le respect. Cette épée de Damoclès judiciaire est la meilleure justification du secret en matière de conseil, car un bon conseil est antinomique avec illégalité et doit trouver une solution conforme avec les règles applicables.

II. LES CONDITIONS DE LA PROTECTION DU RESPECT DU SECRET PROFESSIONNEL EN ENTREPRISE

La profession d'avocat avait elle-même étudié la question en permettant, par une décision du Conseil national des barreaux (CNB) de juillet 2016, qu'un bureau secondaire d'un avocat externe soit situé dans les locaux de l'entreprise dès lors qu'il correspond « aux règles de la profession notamment en ce qui concerne le secret professionnel. » Si cette disposition a été annulée par le Conseil d'État⁽²³⁾, elle démontre toutefois que, dans le cadre d'une réforme législative, le respect secret professionnel de l'avocat en entreprise pourrait parfaitement être organisé en regard du respect de la déontologie de la profession.

A. Les craintes des clients internes

Lors des débats sur l'avocat en entreprise, les organisations patronales ont parfois exprimé leurs craintes quant à un secret professionnel ou une confidentialité qui serait opposable par l'avocat interne à son employeur. Ces craintes n'apparaissent toutefois résulter que d'une mauvaise maîtrise des concepts. En effet, il s'agirait simplement de décalquer en entreprise les relations déjà existantes entre un avocat externe et son client :

- le secret professionnel de l'avocat interne est institué au profit de son client, donc de son employeur, avec lequel il le partage puisque c'est celui-ci qui lui fournit des informations secrètes à l'avocat pour que ce dernier, lui donne un avis ou un conseil ;

- la confidentialité, notamment des correspondances échangées entre avocats internes et/ou externes, si elle ne permet pas de remettre copie de ladite correspondance à l'employeur n'empêchera pas l'avocat de lui en livrer la teneur, ce qui est l'essentiel pour la prise de décision stratégique finale.

Enfin, seuls les correspondances ou éléments du dossier couverts par le secret professionnel feraient l'objet d'une protection, et non les échanges étrangers à la fonction

juridique, selon la distinction déjà opérée par la jurisprudence dans le cadre des perquisitions au sein des cabinets d'avocats.

B. L'organisation interne

Les directions juridiques sont, pour la plupart, organisées pour assurer le respect la confidentialité à laquelle elles s'estiment tenues. Le fait de permettre aux juristes d'entreprise, avec le statut d'avocat en entreprise, d'être soumis à un véritable secret professionnel ne devrait donc pas bouleverser l'organisation des entreprises mais l'améliorer. L'opposabilité de ce secret aux tiers, notamment aux autorités administratives ou judiciaires, pourrait nécessiter, dans certains cas, des aménagements ou sera l'occasion de vérifier ou d'adapter ceux-ci. Cette obligation pour l'entreprise de tout mettre en œuvre pour assurer le respect du secret professionnel de l'avocat dans son exercice en son sein résulterait directement de l'article 2.3 du RIN qui prévoit que « l'avocat doit faire respecter le secret par les membres du personnel de son cabinet et par toute personne qui coopère avec lui dans son activité professionnelle ».

Le *Guide pratique de déontologie pour les avocats en entreprise* publié en 2016 par le barreau de Québec⁽²⁴⁾ constitue, par exemple, un précieux outil qui liste quelques principes d'organisation et/ou de pratiques de base. Il s'agit, d'ailleurs, des mêmes principes que ceux appliqués dans un cabinet d'avocats classique et les directions juridiques pourront compter, si nécessaire, sur les Ordres des avocats pour les aider à les mettre en place.

C. La solution de l'extension du statut de l'avocat au juriste d'entreprise

Comme le souligne Marie-Anne Frison-Roche, s'agissant du respect du secret professionnel, la dimension éthique de la soumission au même secret est fondamentale : « Lorsque la morale se transforme en déontologie, le sentiment d'appartenance culturelle s'en mêle. L'apprentissage de cette morale commune se fait en même temps que l'insertion dans le groupe professionnel [...]. Chaque professionnel le dira : c'est avant un sentiment moral qui le guide, avec la certitude qu'il est commun aux professionnels du même groupe, puisque son apprentissage est venu du groupe »⁽²⁵⁾. C'est pourquoi, les juristes d'entreprises, en rejoignant le « groupe professionnel » des avocats soumis à une déontologie forte, n'auront aucune difficulté à adapter leur pratique à l'égard de leurs clients internes.

Le secret est déjà dans leur culture : il doit devenir une obligation légale et déontologique, protectrice des intérêts de leur entreprise et de l'application de la loi, afin que le prestataire interne de services juridiques puisse revendiquer son âme de « confident nécessaire » qui lui permettra de devenir un véritable partenaire stratégique de l'entreprise.

(21) Lavorel L. et Leurent O., « La grande famille du droit – Interview croisée », *LJA Magazine* mars-avr. 2018, p. 25.

(22) Association pour le Management des Risques et des Assurances de l'Entreprise, *La Cartographie : un outil de gestion des risques*, 2015, p. 33.

(23) CE, 29 janv. 2018, n° 403101.

(24) <https://www.barreau.qc.ca/media/1308/guide-avocat-entreprise.pdf>.

(25) Frison-Roche M.-A., *Secrets professionnels*, 1999, Autrement, p. 61.