



UNION SYNDICALE DES MAGISTRATS

18 rue de la Grange Batelière - 75009 PARIS

Tél : 01.43.54.21.26

contact@union-syndicale-magistrats.org

www.union-syndicale-magistrats.org

Paris, le 22 février 2024.

Objet: Observations de l'USM sur la proposition de loi portant création d'une confidentialité pour les consultations des juristes en entreprise

Messieurs des présidents des commissions de lois du Sénat et de l'Assemblée Nationale,

L'USM, qui compte dans ses rangs nombre d'anciens avocats d'affaires et juristes en entreprise, a pris connaissance d'une proposition de loi reprenant la substance de dispositions censurées par le Conseil Constitutionnel (cavalier législatif) visant à étendre la confidentialité dont bénéficieraient les consultations rédigées par les juristes d'entreprise, sans, pour autant, prendre les mesures nécessaires à assurer le respect de la déontologie par les desdits juristes et leur indépendance.

Cette proposition de loi nommée « *Garantir la confidentialité des consultations juridiques des juristes d'entreprises* » a été présentée le 14 février 2024 par M. Vogel au Sénat.

La présente note a pour objet d'exposer, selon notre analyse, en quoi un tel régime :

- est, contrairement à ce qui est avancé par ses promoteurs, impuissant à protéger les entreprises françaises concernées par des procédures civiles ou administratives à l'étranger, mais va gravement entraver des enquêtes administratives et, par voie de conséquence, pénales, dans des domaines pourtant essentiels (concurrence, droit des marchés de capitaux, lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme) (I-),
- ce qui, combiné avec des entorses aux principes d'égalité et de bonne administration de la justice, entraînera l'inconstitutionnalité et l'inconventionnalité du dispositif (II-).

L'USM sollicite, sous réserve de votre appréciation, son audition sur ce sujet à la fois technique et essentiel.

I. Un dispositif qui ne remplira pas son objectif affiché mais entravera les enquêtes administratives dans des domaines essentiels.

A/ Une protection trop large, sans contrepartie, sans équivalent à l'étranger, et qui sera écartée par les autorités étrangères, pourtant ciblées par la réforme.

Le « *legal privilege* » reconnu dans les droits de Common Law à l'ensemble des avocats, qu'ils exercent en cabinet, en entreprise, en administration, pour une association ou même au parquet, n'est pas un privilège désuet d'ancien régime, attribué en raison d'un statut. Dans l'ensemble de ces systèmes juridiques (pays de Common Law largement entendus), qui suivent des règles analogues, il n'est accordé que parce que lesdits systèmes reconnaissent une valeur sociale au conseil juridique prodigué par des conseillers **indépendants** – et dont l'indépendance est garantie par l'appartenance à une profession réglementée, celle des avocats.^[1]

Le rapport Gauvain avait bien perçu la difficulté, puisque, pour proposer la création d'un statut particulier d'avocat en entreprise, sur la base de considérations alarmistes, il avait pris en compte le fait que les juges américains, notamment, vérifiaient que la personne dont la confidentialité de l'avis était sollicitée était bien membre d'un barreau, de sorte que d'autres systèmes se révéleraient inefficaces (cf. Rapport de M. le député Raphaël Gauvain « *Rétablir la Souveraineté de la France et de l'Europe 26 juin 2019* », notamment section 2.1.4.3.1). Il y était indiqué notamment que le système belge, qui a pourtant créé une autre profession réglementée, avec un ordre professionnel doté de pouvoirs disciplinaires, était probablement insuffisant (section 2.1.2, p. 58).

Sur ce point précis, les conclusions du rapport Gauvain sont pertinentes. Par exemple, le site du cabinet anglais Clayton Utz ([Litigation 101: legal professional privilege for in-house counsel - Knowledge - Clayton Utz](#)), présentant la version anglaise (*legal professional privilege*) de ces règles, précise que « *L'avocat en entreprise doit être suffisamment indépendant. Pour être couvert par le privilège lorsqu'il donne des conseils juridiques, l'avocat en entreprise doit agir en conformité avec ses obligations d'auxiliaire de justice (officer of the Court). Ce qui veut dire que la relation professionnelle entre avocat et client doit être maintenue entre l'avocat en entreprise et son employeur, afin de garantir qu'il donne un conseil indépendant.* »^[2]

Dans les juridictions de Common Law, ces obligations sont appliquées très sérieusement, et, par exemple, aux Etats-Unis, un avocat sanctionné ne peut plus être avocat en entreprise dans un quelconque autre Etat – pour un exemple d'une telle « *discipline réciproque* », voir : [In-House Counsel Disciplined in NJ After Practicing Law While Ineligible in Pa. | New Jersey Law Journal](#)

Par ailleurs, cette indépendance est renforcée dans certaines juridictions, notamment pour les avocats travaillant pour des sociétés cotées américaines qui ont, en application de 17 CFR Part 205, pris en application de la section 307 de la loi Sarbanes-Oxley de 2002, suite à l'affaire Enron : a) une obligation de dénoncer, à l'intérieur de l'entreprise, certains types de comportements, en « *remontant* » jusqu'au conseil d'administration, au comité d'audit et aux administrateurs indépendants, si besoin est et b) dans certains cas (17 CFR §205(d)(2)) l'autorisation de révéler des

informations à la SEC (équivalent américain de l'AMF). Cette obligation peut être sanctionnée par ladite agence (17 CFR § 205.6).

Etrangement, l'Association française des juristes en entreprise ne suggère pas de reprendre ce mécanisme, pourtant essentiel pour la conformité dans les sociétés cotées américaines.

Par ailleurs, la Belgique, souvent mise en avant, a créé, par la loi du 1^{er} mars 2000, un Institut des Juristes d'Entreprises, qui bénéficie de pouvoirs disciplinaires et peut ainsi radier ses membres qui ne respecteraient pas la déontologie (art. 13 à 21). La confidentialité, prévue à l'article 4 de cette loi, et la protection du titre de juriste en entreprise sont à ce prix. Il n'existe donc pas de système dans lequel les juristes en entreprises se verraient accorder une confidentialité sans être également soumis à des règles disciplinaires effectivement sanctionnées.

En outre, l'on ne peut affirmer que l'absence de confidentialité des notes juridiques internes serait une « *exception française* ». En effet, la plupart des systèmes juridiques continentaux (notamment allemand, autrichien, italien) ne reconnaissent pas de valeur particulière aux opinions juridiques des juristes d'entreprise, voire des avocats en entreprise.

Ainsi, la CJUE a, dans un célèbre arrêt *Akzo Nobel* (14 septembre 2010, aff. C-550/07) précisé qu'en matière de concurrence, seuls étaient insaisissables les avis :

(a) relevant de l'exercice des droits de la défense (et non d'une « *conformité* » qui n'est définie nulle part) et

(b) émanant d'un avocat **extérieur** à l'entreprise, qui seuls bénéficient d'une indépendance suffisante, ce qui n'était pas le cas d'avocats en entreprise néerlandais (voir notamment §§ 45-51)^[3].

Or, le système créé par l'article 19 de la loi :

- Ne pose, contrairement à ce qui est le cas pour la profession d'avocat (cf. article 37 de la loi n° 71-1130), aucune condition tenant à la moralité du candidat : un avocat radié ou un juriste condamné pénalement peuvent donc voir leurs avis protégés par la confidentialité ;
- **Ne crée aucun système disciplinaire pour mettre en œuvre les obligations auxquels les juristes sont censés être formés, qui resteront donc lettre morte ;**
- Ne crée aucune protection ou garantie d'indépendance pour les juristes qui, s'ils sont protégés de façon très relative par le code du travail (la « *barémisation* » rendant moins dissuasive la sanction du licenciement sans cause réelle ni sérieuse), sont, faut-il le rappeler, dans un lien de **subordination** avec leur employeur, qui, contrairement à ce qui existe pour les avocats en entreprise étrangers, n'est pas compensé par de véritables obligations professionnelles.

La seule contrepartie est la création d'une infraction pénale spécifique qui punit « *des peines de l'article 441 du code pénal* » le fait « *d'apposer frauduleusement la mention : “confidentiel – consultation juridique – juriste d'entreprise” sur un document qui ne relève pas du présent article.* »

Cette rédaction est très insuffisante puisqu'il n'est notamment pas certain que relèverait de cette infraction le fait d'avoir rédigé une consultation dont la confidentialité aurait été levée parce qu'elle participait / encourageait une pratique illégale, et, surtout, qu'il n'y a pas de renvoi à l'article 441-10 du code pénal, qui prévoit la peine d'interdiction d'exercice de l'activité professionnelle concernée, seule peine qui permettrait d'assainir cette nouvelle « *profession* » en écartant les juristes qui abusent de ce nouveau « *privilège* ».

En outre, au vu de l'engorgement des juridictions pénales, un tel dispositif est, en réalité, très peu dissuasif.

Par ailleurs, la protection de la confidentialité accordée ici :

- S'étend au conseil « *pur* », alors que tel n'est pas le cas pour les avocats^[4], et alors que seuls les droits de la défense bénéficient, en droit de l'Union européenne comme en droit français, d'un statut protecteur (cf. l'affaire *Akzo Nobel* précitée, reprenant l'arrêt *AM & S Europe c/ Commission*, 18 mai 1982, aff. 155/79 ; Cons. Const., 19 janvier 2023, décision n° 2022-130 QPC) ;
- Ne prévoit pas de renonciation implicite lorsqu'est communiquée une seule des consultations portant sur un sujet. Ce point n'a rien d'un détail, puisqu'en Common Law, le fait de renoncer au privilège concernant un aspect d'une question implique d'y renoncer en totalité. Ainsi, comme l'a relevé une juridiction canadienne dans une affaire *Kaplan v. Casino Rama Services Inc.*, dont un résumé est disponible ici : [Implicit Waiver of Privilege | Miller Thomson S.E.N.C.R.L. | Cabinet de droit des affaires pancanadien](#) « *une partie ne peut pas révéler certaines informations obtenues d'une source couverte par le privilège et se fonder sur elles pour ensuite chercher à empêcher la révélation d'informations privilégiées pertinentes sur le sujet. La renonciation au privilège est nécessaire pour une question de justice (fairness), limitée à la question qui a fait l'objet d'une révélation.* » ^[5] ;
- A des exceptions plus étroites que dans la Common Law dont elle prétend s'inspirer car :
 - o Elle ne prévoit pas explicitement d'exception lorsque le juriste se rend complice d'un dol ou d'une fraude civile, à l'inverse de ce qui existe dans les pays de Common Law (*crime-fraud exception*). Ce point est important dans la mesure où le dispositif vise explicitement le contentieux civil international, et a des conséquences au niveau de la conventionnalité du dispositif (voir section II-B ci-dessous) ;
 - La participation du juriste/avocat à l'infraction n'est PAS nécessaire pour que l'exception pour crime ou fraude s'applique en Common Law^[6]. Or, l'exception telle qu'elle est rédigée au point 22 (« *ces documents auraient eu pour finalité d'inciter à ou de faciliter la commission des manquements aux règles applicables qui peuvent faire l'objet d'une sanction au titre de la procédure administrative concernée* ») transpose en partie la règle française, alors que le *legal privilege* n'existe pas en droit français, où seule existe la protection des droits de la défense (Crim., 10 janvier 2023, pourvoi n° 21-85.526, § 48).

En d'autres termes, pour ce qui est du contentieux civil et des enquêtes administratives, le système ainsi mis en place est totalement déséquilibré en ce qu'il octroie aux juristes en entreprise français une forme de confidentialité plus large qu'en Common Law sans exiger aucune des contreparties inhérentes à cette confidentialité et prévues par les systèmes étrangers dans lesquels elle existe.

Il est d'ores et déjà établi que les juridictions et autorités administratives étrangères ne seront pas dupes et refuseront de donner effet à une règle qui pénaliserait leurs entreprises, dont les avocats internes sont, eux, soumis à de véritables obligations. Ce point, qui se déduit déjà des constatations du rapport Gauvain vaut, *a fortiori*, pour le système présenté ici, qui ne présente aucune des garanties qui existent en Belgique.

Ajoutons qu'il est évident pour quiconque a l'expérience des juridictions de *Common Law* que ce dispositif crée un piège pour les entreprises françaises qui serait tentées de l'utiliser dans une procédure étrangère : la communication de leurs consultations juridiques internes sera, finalement,

ordonnée par le juge anglais ou américain, après un contentieux qui aura eu pour seul effet de passablement irriter ce dernier, les parties tentant de s'opposer à la « *discovery* » étant généralement vu d'un mauvais œil.

Quant à l'idée que l'absence de « *legal privilege* » entraînerait des déplacements de sièges sociaux hors de France, elle n'est ni prouvée, ni crédible : les considérations immobilières, fiscales, les infrastructures de transport ... sont des déterminants beaucoup plus importants.

B/ Une entrave réelle pour les enquêtes administratives et, partant, la recherche des auteurs d'infractions, qui est un objectif à valeur constitutionnelle

La confidentialité ainsi créée est, c'est heureux, inapplicable en matière pénale ou fiscale. En effet, sont des objectifs à valeur constitutionnelle :

- La recherche des auteurs d'infractions (Cons. Const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC),
- La lutte contre la fraude fiscale (Cons. Const., 29 décembre 1999, n° 99-424 DC).

Ceci peut expliquer, au vu des développements rappelés ci-dessus sur le caractère déséquilibré de la réforme, une telle exclusion.

En revanche, sont concernées les enquêtes des autorités administratives indépendantes (Autorité de la Concurrence, Autorité des Marchés Financiers, Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution ...) ainsi que des services spécialisés (comme les services du Ministère des Finances compétents en matière de lutte contre les pratiques commerciales trompeuses), qui exécutent régulièrement des opérations de visite et saisie en application des textes qui leur sont propres, toujours sur autorisation d'un juge du siège.

Les conséquences pratiques de cette modification sont très importantes : ces autorités et services doivent déjà se livrer à des opérations dites d'« *expurgation* » des données recueillies pour écarter celles qui constituent des communications avec un avocat et relevant de l'exercice des droits de la défense (art. 56-1 du code de procédure pénale, applicable en cette matière de par son dernier alinéa).

En étendant le champ des communications potentiellement confidentielles à de très nombreux salariés, et sans réel contrôle ou système déontologique (voir ci-dessus), le volume de données qui devra faire l'objet de cette procédure lourde, lente, et qui peut aboutir à un recours juridictionnel en cas de désaccord sur le caractère saisissable ou non des données (typiquement devant le délégué du premier président de la cour d'appel), cet amendement donne aux entreprises désireuses d'épuiser les autorités de régulation une arme particulièrement puissante, puisqu'il suffira de faire passer toutes les communications sensibles via le juriste en entreprise pour pouvoir imposer à l'autorité de passer par cette phase d'expurgation.

Qu'importe d'ailleurs si, pour finir, les communications sont saisies parce qu'elles n'entrent pas dans le champ de la loi, ou parce que le juriste a contribué à un manquement : le mal sera fait parce que le régulateur aura dû consacrer des ressources considérables à ferrailer sur des questions de procédure.^[7]

Or, les enquêtes administratives sont, en matière de droit pénal économique, essentielles à la découverte des infractions pénales :

- En matière boursière, l'AMF est la seule institution à disposer des moyens techniques de détecter de possibles abus de marché (manipulation de cours / délits d'initiés), qui peuvent

constituer à la fois des manquements administratifs et des infractions pénales Suite à une réforme qui faisait suite une décision du Conseil constitutionnel (Cons. Const., 18 mars 2015, décisions 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC), l'AMF est totalement intégrée au système pénal puisqu'il existe un système « *d'aiguillage* » qui ne permet pas de double poursuite (cf. art. L. 465-3-6 du code monétaire et financier) ;

- En matière de concurrence, la quasi-totalité de ce contentieux, qui est vital pour l'intégrité du système économique français, est traité par l'Autorité de la concurrence, même si, récemment, des enquêtes pénales ont été⁷ ouvertes sur des faits d'ententes, l'Autorité pouvant, par ailleurs, déléguer certains de ces enquêteurs pour appuyer les officiers de police judiciaire ;
- En matière de lutte contre les pratiques commerciales trompeuses, les services de la DGCCRF ont un rôle indispensable, et ce sont en général eux qui saisissent le parquet,
- En matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, l'ACPR (pour les banques et les compagnies d'assurance) et les services spécialisés du ministère des finances vérifient la conformité des dispositifs de prévention en place, et peuvent signaler les cas dans lesquels une infraction pénale a été commise.

Entraver indûment ces enquêtes administratives c'est donc entraver à la fois la recherche des auteurs d'infraction pénale, et la prévention des atteintes à l'ordre public, économique en l'espèce (cf. Cons. Const, 10 novembre 2016, décision n° 2016-738 DC).

L'on peut également rattacher à cette problématique les enquêtes de l'inspection du travail, essentielles à la défense de l'ordre public social.

II. Une réforme contraire à la Constitution et aux engagements internationaux de la France

A/ Une réforme contraire à la Constitution

Le Conseil constitutionnel sanctionne régulièrement des dispositifs législatifs qui portent atteinte, de façon excessive, à des objectifs à valeur constitutionnelle.

Ainsi, dans sa décision du 10 novembre 2016, n° 2016-738 DC, le Conseil a censuré l'extension de la protection du secret des sources aux collaborateurs de rédaction, dès lors que cette extension à des personnes dont l'activité ne présente qu'un « *lien indirect* » avec la diffusion d'informations au public, jugeant que : « *le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances. Il n'a pas non plus assuré une conciliation équilibrée entre cette même liberté et les exigences inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, la recherche des auteurs d'infractions et la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle.* »

Dans sa décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, le Conseil a combiné le principe de lutte contre la fraude fiscale avec celui de bonne administration de la justice pour censurer l'instauration brutale d'une compétence exclusive au profit du procureur national financier, sans prévoir de dispositions transitoires :

« 20. Les dispositions contestées attribuent au procureur de la République financier et aux juridictions d'instruction et de jugement de Paris, une compétence exclusive pour la poursuite, l'instruction et le jugement de délits relevant actuellement d'une compétence concurrente entre, d'une

part, ce procureur et ces juridictions et, d'autre part, les procureurs et les juridictions territorialement compétents. En l'espèce, compte tenu de la gravité des faits réprimés par les infractions en cause, qui tendent en particulier à lutter contre la fraude fiscale, en ne prévoyant pas de dispositions transitoires de nature à prévenir les irrégularités procédurales susceptibles de résulter de ce transfert de compétence, le législateur a méconnu à la fois l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et celui de lutte contre la fraude fiscale. »

Or, en multipliant les cas dans lesquels les juges des libertés et de la détention (JLD), déjà très sollicités au pénal, vont devoir statuer sur de nouvelles contestations en matière d'opérations de visite et de saisies, venant s'ajouter à celles portant sur les communications avec des avocats, contestations à la fois très techniques et très chronophages, dans lesquelles les écritures des parties dépassent fréquemment les cent pages, cette mesure va provoquer une embolie d'une fonction critique des juridictions, en violation du principe de bonne administration de la justice.

Rappelons que :

- Le tribunal de Nanterre, dont dépendent les sièges sociaux de la plupart des entreprises du CAC 40, ne compte actuellement que 4 JLD ;
- Le tribunal de Paris n'en compte que 10 ;
- Les tribunaux de Bobigny (sur le ressort duquel de nombreux sièges sociaux se sont installés) et de Créteil 5 chacun.

En outre, la proposition de loi indique que le premier président de la cour d'appel doit statuer sur le recours formé contre l'ordonnance du JLD dans le délai totalement irréaliste de trois mois.

Pour conclure sur l'inconstitutionnalité du dispositif, le dispositif de la proposition de loi :

- Crée, comme c'était le cas pour l'extension du secret des sources une confidentialité opposable à des autorités d'enquête, qui dépasse l'exercice des droits de la défense, seul garanti constitutionnellement, à l'exclusion du conseil juridique (cf. (Cons. Const., 19 janvier 2023, décision n° 2022-1030 QPC, portant sur l'article 56-1-1 du code de procédure pénale) ;
- Sans offrir aucune des contreparties qui s'attachent à ce type d'opposabilité tant en droit français (pour les avocats) que dans des systèmes étrangers, et avec un champ plus large que dans lesdits systèmes ;
- Le tout pour un intérêt public d'autant plus faible que l'objectif affiché (faire obstacle aux intrusions d'autorités étrangères) ne peut être rempli dès lors qu'il est patent que cette confidentialité sera écartée par lesdites autorités étrangères (cf. ci-dessus les développements à propos du rapport Gauvain et de ce qu'est le Legal Privilege) ;
- Alors que des enquêtes vitales pour la protection de l'ordre public économique et la recherche des auteurs d'infractions vont se trouver fortement entravées en pratique ;
- Et en provoquant une embolie des juridictions, dont les juges des libertés et de la détention n'ont pas la capacité d'absorber une charge de travail supplémentaires, en contradiction avec l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice.

Ce dispositif porte donc une **atteinte disproportionnée à trois objectifs à valeur constitutionnelle** (recherche des auteurs d'infraction, protection de l'ordre public et bonne administration de la justice) et devrait donc être déclaré contraire à la Constitution.

En outre, l'absence de conditions d'accès tenant à la moralité des juristes d'entreprise et de tout système disciplinaire pose des **questions très sérieuses au regard du principe d'égalité**, lorsque l'on compare ce régime à celui des avocats, des notaires, des experts-comptables ou encore des commissaires de justice, dont les consultations sont, sous certains aspects, moins protégées.

En effet, les consultations des avocats ne sont protégées que si elles relèvent de l'exercice des droits de la défense, et celles des notaires et des experts-comptables ne bénéficient, en cas d'enquête administrative, d'aucune protection particulière.

Le Conseil constitutionnel, au vu des développements ci-dessus et conformément à sa jurisprudence, sera certainement amené à déclarer cette modification contraire à la Constitution.

B/ Un dispositif contraire aux engagements internationaux de la France

- S'agissant du droit de l'Union

La totalité des domaines visés ci-dessus relèvent également du droit de l'Union : règlement 596/2014 UE en matière d'abus de marché, article 120 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne en matière de concurrence, directive 2005/29/CE en matière de pratiques commerciales déloyales, directives multiples (en dernier lieu 2018/1673) en matière de blanchiment et de lutte contre le financement du terrorisme

Or, on l'a vu, la CJUE ne reconnaît pas l'opposabilité de la confidentialité des avis des avocats en entreprise (cf. arrêt Akzo Nobel *supra*), et il n'est pas envisageable qu'elle permette à la confidentialité ainsi octroyée à des juristes sans aucune garantie d'indépendance d'être opposée à des enquêtes de la Commission européenne en ces matières.

Se pose alors la question de l'opposabilité de cette confidentialité aux autorités nationales qui mettent en œuvre le droit de l'Union. Les Etats-membres bénéficient d'une marge de manœuvre en cette matière en vertu du principe d'autonomie procédurale. Toutefois, le principe d'effectivité du droit de l'Union continue à s'appliquer, y compris en matière de preuve. Ainsi, il a été jugé que « *le principe d'effectivité exige que la preuve d'une violation du droit de la concurrence de l'Union puisse être apportée non seulement par des preuves directes, mais également moyennant des indices, pourvu que ceux-ci soient objectifs et concordants.* » (CJUE, 21 janvier 2016, *Eturas UAB*, C-74/14 ; voir aussi, en matière d'accès aux preuves en matière de contrefaçon, écartant le secret bancaire CJUE, 16 juill. 2015, n° C-580/13, *Coty Germany GmbH*). Dès lors que cette confidentialité, sans contrepartie, entravera de façon significative les enquêtes des autorités de régulation, il y a tout lieu de penser que la CJUE considèrera qu'il s'agit là d'une atteinte à l'effectivité du droit de l'Union et l'écartera.

Par ailleurs, à supposer que la CJUE considère que la confidentialité disproportionnée créée par la loi est opposable aux visites domiciliaires effectuées par les autorités nationales, cela aboutira à la situation paradoxale dans laquelle un dispositif censé protéger la souveraineté française conduirait les autorités administratives françaises à laisser le champ libre aux autorités européennes qui ne seraient pas, elles, entravées par ces règles.

- S'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme

Au-delà des enquêtes administratives, la confidentialité ainsi octroyée sans contrepartie va trouver à s'appliquer dans des procédures civiles, et, on l'a vu, aucune exception n'est prévue si le juriste d'entreprise a participé à un dol ou une fraude civile, cas dans lesquels il est exigé la preuve d'une faute lourde ou intentionnelle, preuve pour laquelle les consultations des juristes internes pourraient être décisives.

Or, le droit à la preuve, tel qu'il est compris par la Cour européenne des droits de l'homme qui le déduit de l'article 6 de la Convention, s'oppose aux interdictions absolues d'utilisation d'une preuve,

et exige un contrôle de proportionnalité. La CJUE a appliqué des principes analogues en matière de droit de la propriété intellectuelle (CJUE, 16 juill. 2015, n° C-580/13, Coty Germany GmbH précité).

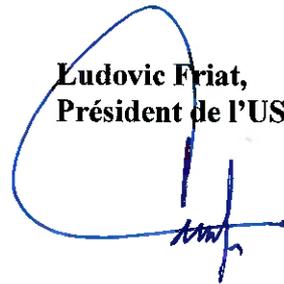
Les juridictions nationales sont contraintes d'appliquer ce principe, et l'on fait très récemment :

- en permettant l'utilisation de l'article 145 du code de procédure civile pour collecter des preuves de fautes commises par un avocat dans le cabinet de ce dernier, sans avoir recours à la procédure très lourde de l'article 56-1 du code de procédure pénale (1ère Civ., 6 décembre 2023, pourvoi n° 22-19.285, publié au Bulletin) ;
- en permettant, lorsque cela est indispensable, l'utilisation de preuves collectées de façon « déloyale » (Assemblée Plénière, 22 décembre 2023, pourvoi n° 20-20.648, publié au Bulletin).

La protection totale accordée aux consultations des juristes d'entreprise, y compris s'ils se sont livrés à une fraude ou à un dol, est donc contraire à l'article 6 de la CEDH.

Pour l'ensemble de ces raisons, l'USM souhaite attirer l'attention des assemblées et des parlementaires sur le caractère inopportun, en l'état, de la proposition de loi comme étant à notre sens contraire tant à la Constitution qu'aux engagements internationaux de la France.

**Ludovic Friat,
Président de l'USM.**



[1] Pour un exposé plus complet, cf. Nicolas Michon, *Legal privilege et secret professionnel : éléments de comparaison*, AJ Pénal 2019, 588.

[2] **In-house counsel must be sufficiently independent** To attract privilege when giving legal advice, in-house counsel must act consistently with their obligations as an officer of the Court. This means that the professional relationship of lawyer and client must be maintained between in-house counsel and the employer, ensuring that they give independent advice.

[3] « 45 *En effet, et ainsi que l'a relevé M^{me} l'avocat général aux points 60 et 61 de ses conclusions, la notion d'indépendance de l'avocat est définie non seulement de manière positive, à savoir par une référence à la discipline professionnelle, mais également de manière négative, c'est-à-dire par l'absence d'un rapport d'emploi. Un avocat interne, en dépit de son inscription au barreau et de la soumission aux règles professionnelles qui s'ensuit, ne jouit pas à l'égard de son employeur du même degré d'indépendance qu'un avocat exerçant ses activités dans un cabinet externe à l'égard de son client. Dans ces circonstances, il est plus difficile pour un avocat interne que pour un avocat externe de remédier à d'éventuelles tensions entre les obligations professionnelles et les objectifs poursuivis par son client.*

46 *S'agissant des règles professionnelles invoquées par les parties requérantes afin de démontrer l'indépendance de M. S., il convient d'observer que, s'il est vrai que les règles d'organisation professionnelle en droit néerlandais évoquées par Akzo et Akcros sont susceptibles de renforcer la position de l'avocat interne au sein de l'entreprise, il n'en demeure pas moins qu'elles ne sont pas aptes à assurer une indépendance comparable à celle d'un avocat externe.*

47 *En effet, nonobstant le régime professionnel applicable en l'espèce en vertu des dispositions particulières du droit néerlandais, l'avocat interne ne saurait, quelle 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.*

48 *Il importe d'ajouter que, dans le cadre de son contrat de travail l'avocat interne peut être appelé à exercer d'autres tâches, à savoir, comme en l'espèce, celle de coordinateur pour le droit de la concurrence, qui peuvent avoir une incidence sur la politique commerciale de l'entreprise. Or, de telles fonctions ne peuvent que renforcer les liens étroits de l'avocat avec son employeur.*

49 *Il en résulte que, du fait tant de la dépendance économique de l'avocat interne que des liens étroits avec son employeur, l'avocat interne ne jouit pas d'une indépendance professionnelle comparable à celle d'un avocat externe.*

50 *C'est par suite sans erreur de droit que le Tribunal a fait application de la seconde condition du principe de la confidentialité énoncée dans l'arrêt AM & S Europe/Commission, précité.*

51 *Par conséquent le premier argument avancé par Akzo et Akros dans le cadre du premier moyen ne saurait être retenu. »*

[4] Seules les communications avec un avocat ET relevant de l'exercice des droits de la défense bénéficient d'un statut particulier au regard de la Constitution (Cons. Const., 19 janvier 2023, décision n° 2022-1030 QPC, portant sur l'article 56-1-1 du code de procédure pénale).

[5] “[a] party cannot disclose and rely on certain information obtained from a privileged source and then seek to prevent disclosure of the privileged information relevant to that issue. Waiver of privilege would be required as a matter of fairness, but limited only to the issue disclosed.”

[6] Voir notamment la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Clark v. US*, 289 U.S. 1 (1933), dans laquelle le juge Cardozo, après avoir cité des décisions anglaises, indique : « *The attorney may be innocent, and still the guilty client must be let the truth come out* » / « L'avocat peut être innocent, et pourtant le client coupable doit laisser la vérité apparaître. »

[7] Sur l'existence de ce type de pratiques en matière de protection du secret professionnel des avocats, voir l'article de Julien Goldszlagier, *Mourir guéri : la justice pénale financière au défi de ses garanties de procédure*, AJ Pénal 2019, 580.