



POURQUOI LE SAF EST CONTRE L'EXPERIMENTATION DE L'AVOCAT SALARIE EN ENTREPRISE

L'ATTEINTE AU SECRET PROFESSIONNEL :

L'avant-projet de loi prévoit que :

« Dans l'exercice des missions qui lui sont confiées, l'avocat salarié d'une entreprise bénéficie de l'indépendance que comporte son serment. Il est astreint au secret professionnel sans que celui-ci puisse être opposé à l'entreprise qui l'emploie.

Les avis et analyses juridiques rédigés par un avocat salarié d'une entreprise ou, à sa demande et sous son contrôle, 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 ».

Alors que le Garde des Sceaux a confié à la commission MATTEI le soin de renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat, l'avant-projet de texte relatif à l'expérimentation de l'avocat salarié en entreprise portera une atteinte fatale au secret professionnel.

L'objectif est de permettre aux juristes d'entreprise de bénéficier de la protection de la confidentialité de leurs avis juridiques avec la création d'un statut d'avocat en entreprise doté en partie de la déontologie de l'avocat.

Il est de l'intérêt des entreprises de pouvoir protéger leur correspondance avec leurs juristes. Il est évident que cette protection rendrait particulièrement difficile non seulement les instructions européennes et nationales dans le cadre des enquêtes concernant la concurrence, mais aussi toute instruction concernant le blanchiment d'argent, le détournement de fonds, les abus des biens sociaux ou la responsabilité pour les produits défectueux.

Il n'est pas anodin, sur ce point, que le projet prévoit, par une modification de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, de dispenser l'avocat salarié en entreprise d'assujettissement aux obligations de vigilance et de révélation quant à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, à la différence des véritables avocats.

Cette protection tirée de la profession d'avocat est donc dans l'intérêt des entreprises mais pas dans celui de la société en général.

Elle va à rebours du mouvement actuel visant à assurer une véritable protection des lanceurs d'alerte dont l'action serait ainsi pénalement sanctionnée.

Le salarié bénéficierait du « secret professionnel » lié à sa qualité d'avocat, qui couvrirait les conseils juridiques donnés à son entreprise.

Ce secret est à filets dérivants puisqu'il concernera tout à la fois l'avocat salarié et ses subordonnés non-avocats, de sorte que la présence de quelques avocats salariés pourrait permettre à l'ensemble d'un service juridique d'en bénéficier.

L'avant-projet confond secret professionnel et confidentialité des avis juridiques.

Tout en parlant de secret professionnel, le texte instaure en réalité une clause de confidentialité, qui vise uniquement à protéger les documents juridiques.

Dès lors, la confidentialité des échanges ne dépendra pas du statut de l'Avocat mais du représentant légal de l'entreprise, qui n'y est pas soumis, de sorte que l'avocat salarié d'entreprise pourra divulguer lesdits échanges sur autorisation écrite de son employeur.

Seul le représentant légal de l'entreprise sera maître du secret, puisque si l'avocat salarié communique un avis juridique au sein de l'entreprise mais à une personne « non habilitée de par ses fonctions à en prendre connaissance » il pourra être poursuivi par son employeur.

Cette confidentialité n'a rien à voir avec le secret professionnel absolu, général et illimité, qui relève de l'intérêt général qui s'impose à l'avocat et permet à toute personne de pouvoir se confier en étant certaine qu'elle ne sera pas trahie. Il est une liberté individuelle, d'ordre public, participant de l'État de droit démocratique.

En créant des avocats salariés en entreprise qui ne seront pas soumis à un réel secret professionnel mais à la confidentialité des avis juridiques, il sera porté un coup fatal au secret professionnel de l'avocat en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou de la défense, tel qu'il résulte de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.

C'est en effet un double niveau de confidentialité qui est créé. Le risque est important de voir réduire le secret professionnel des avocats indépendants pour considérer qu'il ne pourra être absolu que lorsqu'il protège les droits de la défense et non lorsqu'il concernera des consultations juridiques (entreprises, collectivités locales ou même particuliers).

La profession d'avocat se verrait ainsi imposer une exception au caractère absolu du secret professionnel, susceptible d'aboutir, à terme, à une régression du secret, notamment s'agissant des activités de conseil.

L'ATTEINTE À L'INDÉPENDANCE:

L'indépendance est le fondement même de la profession d'Avocat.

Aux termes des articles 1.3 du RIN et 1-I, al. 3 de la loi du 31 décembre 1971 : « la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante ». De même, l'article 2 du décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat : « La profession d'avocat est une profession libérale et indépendante quel que soit son mode d'exercice. »

Le code de déontologie des avocats européens fait figurer l'indépendance au premier rang des principes généraux de la déontologie :

« La multiplicité des devoirs incombant à l'avocat lui impose une indépendance absolue, exempte de toute pression, notamment de celle résultant de ses propres intérêts ou d'influences extérieures. Cette indépendance est aussi nécessaire pour la confiance en la justice que l'impartialité du juge. L'avocat doit donc éviter toute atteinte à son indépendance et veiller à ne pas négliger le respect de la déontologie pour plaire à son client, au juge ou à des tiers.

Cette indépendance est nécessaire pour l'activité juridique comme judiciaire. Le conseil donné au client par l'avocat n'a aucune valeur, s'il n'a été donné que par complaisance, par intérêt personnel ou sous l'effet d'une pression extérieure. »

Ce principe d'indépendance est le gage d'une défense de qualité et une garantie pour les usagers du droit, il les protège de tout conflit d'intérêt. Sans indépendance vis-à-vis du client, il ne peut y avoir de garantie de qualité du travail de l'avocat.

Ainsi la création d'un statut d'un avocat salarié en entreprise serait contraire au principe de l'indépendance de l'avocat institué comme garantie pour le justiciable, rappelé par la Cour de Justice Européenne dans l'arrêt WOUTERS du 19 février 2012 qui précise que l'indépendance constitue une garantie essentielle pour le justiciable et le pouvoir judiciaire.

Le lien de subordination inhérent au contrat de travail entre une entreprise et un avocat salarié est donc intrinsèquement incompatible avec l'indépendance de l'avocat.

La CJUE a jugé à plusieurs reprises que l'exigence d'indépendance de l'avocat implique l'absence de tout rapport d'emploi entre ce dernier et son client. La notion d'indépendance de l'avocat est ainsi définie de manière négative, c'est-à-dire par l'absence d'un rapport d'emploi (arrêt AM & S, et arrêt Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission).

La Cour, dans son arrêt AM & S, a défini le concept d'avocat indépendant de façon négative, dans la mesure où elle a exigé que cet avocat ne soit pas lié à son client par un rapport d'emploi, et non de façon positive, sur le fondement de l'appartenance à un barreau ou de la soumission aux règles de discipline et de déontologie professionnelles. La Cour consacre, ainsi, le critère d'une assistance légale fournie « en toute indépendance », qu'elle identifie avec celle fournie par un avocat qui est, structurellement, hiérarchiquement et fonctionnellement, un tiers par rapport à l'entreprise qui bénéficie de cette assistance.

La CJUE s'assure également, au-delà du rapport d'emploi, d'une manière générale, de l'absence de tout lien susceptible de porter atteinte à la capacité de l'avocat d'assurer sa mission de défense en servant au mieux les intérêts de son client. (CJCE 4 février 2020 Uniwersytet Wrocławski et République de Pologne contre Agence exécutive pour la recherche)

Ainsi, l'argument selon lequel la dépendance économique de l'avocat salarié à l'égard de son employeur ne le priverait pas de son indépendance intellectuelle, ne suffira pas à satisfaire à l'exigence d'indépendance interne de l'avocat au regard de son client.

De même, pour le Conseil d'Etat, dans l'arrêt du 29 janvier 2018 relatif à la domiciliation d'un cabinet secondaire en entreprise, le seul fait de la domiciliation d'un avocat dans une entreprise est incompatible avec l'indépendance, en ce que de telles modalités d'exercice « *sont susceptibles de placer les avocats concernés dans une situation de dépendance matérielle et fonctionnelle vis-à-vis de l'entreprise qui les héberge et mettent ainsi en cause les règles essentielles régissant la profession d'avocat d'indépendance et de respect du secret professionnel* ».

Les promoteurs de l'avocat salarié en entreprise avancent que l'avocat salarié existe déjà.

Cependant, le parallèle avec l'avocat salarié d'un avocat n'est pas pertinent car celui-ci est indépendant par rapport aux clients du cabinet qui l'emploie. Il est subordonné juridiquement à un avocat et non à un client alors qu'un avocat d'entreprise est subordonné à une entreprise qui se trouve être à la fois son seul client et son employeur.

Pour rejeter l'argument de la perte d'indépendance de l'avocat salarié en entreprise, certains avancent que les médecins du travail sont salariés de leur entreprise sans que cela ne remette en cause leur indépendance. Ce serait oublier que le médecin du travail salarié d'une entreprise est un salarié protégé. Il est donc impossible à l'employeur de rompre son contrat sans accord de l'inspection du travail, après vérification du respect de la procédure de licenciement, du bienfondé du motif invoqué et de l'absence de lien entre le licenciement et l'exercice de ses fonctions.

En outre, ses missions sont fixées par les dispositions du code du travail et non par le contrat de travail qui le lie à son employeur ou un quelconque lien de subordination.

Enfin, le médecin du travail, fut-il salarié de l'entreprise, reste indépendant du patient. La création d'un statut d'avocat salarié est inédite dans la mesure où l'avocat est directement salarié par son client, dont il est supposé rester indépendant.

L'ATTEINTE AU PRINCIPE D'EGALITE ENTRE AVOCATS ET A L'UNITE DE LA PROFESSION

La création d'un statut de l'avocat salarié en entreprise emportera nécessairement des règles d'exercices différenciés contraires au principe d'égalité entre avocats qui résulte de l'article 137 du décret du 27 novembre 1991.

Ainsi, l'avocat salarié en entreprise ne bénéficierait ni des mêmes droits, ni des mêmes protections, ni des mêmes conditions d'exercice que les "vrais" avocats et les Ordres perdraient l'essentiel de leurs prérogatives, menaçant ainsi l'unité de la profession.

- LA CRÉATION D'UN ORDRE DIVISÉ EN DEUX : il existera des Avocats inscrits au Tableau et des avocats salariés d'entreprise inscrits sur une liste spéciale du Tableau (article 2 du projet)

- **LE RÈGLEMENT DES LITIGES LIÉS À L'AVOCAT SALARIÉ D'ENTREPRISE** ne dépendra plus de l'Ordre mais du Conseil des Prud'hommes, le bâtonnier pourra simplement présenter des observations concernant les obligations déontologiques de l'avocat.

- **DES REGLES DIFFERENTES DEVANT LES JURIDICTIONS** : des avocats seront autorisés à plaider devant toutes les juridictions tandis que les avocats salariés en entreprise ne le pourront pas.

Cependant, l'on voit difficilement comment il serait possible de prévoir une telle interdiction dans des procédures où tout salarié est habilité à représenter l'entreprise. Une telle disposition s'exposerait immanquablement à une censure du Conseil constitutionnel.

- **UNE CONFIDENTIALITE DES CORRESPONDANCES A GEOMETRIE VARIABLE** : la confidentialité des correspondances attachée aux correspondances entre les avocats et leurs clients ne s'appliquera pas à l'égard de l'entreprise qui emploie un avocat salarié, ainsi dans le cadre de la négociation de protocoles transactionnels, les échanges conserveront un caractère confidentiel pour les parties assistées d'un avocat externe, tandis que l'entreprise disposant d'un avocat interne ne serait pas astreinte à la confidentialité. En outre, dès lors que le secret de l'avocat salarié en entreprise n'est pas opposable à son employeur et que la confidentialité ne concerne que ses consultations, tout échange entre un avocat indépendant et un avocat salarié en entreprise ne sera couvert par aucune confidentialité, empêchant toute sécurisation des négociations.

- **DES PERQUISITIONS SANS PRESENCE DU BATONNIER** : en cas de perquisition dans l'entreprise, en lieu et place du Bâtonnier, c'est l'entreprise qui contrôlera la perquisition et pourra s'opposer aux saisies. Ainsi, Le bâtonnier est totalement écarté. Il n'y a pas de protection du domicile du salarié avocat en entreprise. Il ne bénéficiera pas de la même protection que l'avocat indépendant. Le bâtonnier n'interviendra que lorsque la procédure sera engagée devant le juge des libertés et de la détention. Non seulement, l'ordonnance du JLD ne sera pas susceptible de recours, mais la nullité de la saisie de documents pratiquée, suite à une perquisition, ne pourra pas être soulevée.

- **DES OBLIGATIONS DIFFERENTES** : les avocats salariés d'une entreprise seront exclus de l'obligation de vigilance et de l'obligation de révélation qui pèsent sur les avocats indépendants

- **ASSURANCE ET CARPA** : L'avocat salarié d'une entreprise n'aura pas à justifier d'une assurance responsabilité civile professionnelle, il bénéficiera de la seule assurance « responsabilité » de son employeur et il ne sera pas assuré au titre des managements de fonds et ne relèvera donc pas des CARPA.

La profession d'avocat serait ainsi profondément morcelée et les ordres considérablement affaiblis, les avocats ne disposant plus des mêmes garanties, protections, pouvoirs de représentation, règles professionnelles et organes de contrôle.

CE PROJET, LOIN D'ETRE UNE OPPORTUNITE POUR LA PROFESSION RISQUE D'Y PORTER UN COUP FATAL

L'argument selon lequel l'avocat salarié en entreprise permettrait aux jeunes avocats une plus grande flexibilité dans leur carrière et davantage de débouchés en leur permettant de passer du barreau à l'entreprise, ou de l'entreprise au barreau, en conservant le titre d'avocat d'exercice n'est pas probant, un avocat peut à tout moment se faire omettre pour exercer une activité de juriste en entreprise et revenir dans la profession. Permettre de conserver le statut d'avocat tout en étant salarié dans une entreprise n'améliore donc pas fondamentalement la situation.

En outre, l'avant-projet prévoit que les juristes d'entreprise pourront devenir avocats salariés d'entreprise après 5 années d'exercice. Ainsi, loin de créer de nouveaux débouchés pour les diplômés du CAPA, ce seront les juristes d'entreprises qui entreront plus facilement dans la profession.

L'obtention de la qualité d'avocat pour des juristes est source de tous les dangers pour la profession :

- si l'avocat en entreprise peut représenter l'entreprise dans les procédures sans représentation obligatoire (au même titre que tout salarié), il existe un risque très important d'internalisation des fonctions d'assistance et de représentation, au détriment des avocats en droit du travail, droit commercial, droit de la protection sociale, droit locatif, ou encore exerçant en matière de crédits à la consommation ou de recouvrement ...
- nos clients institutionnels (banque, assurance, administrateurs de biens, PME/PMI...) feront appel à leurs salariés devenus avocats
- il existe également un risque pour les activités de conseil, les directions juridiques risquant d'avoir du mal à résister aux pressions des directions administratives et financières pour justifier du recours à des prestataires externes.
- les « braconniers du droit » pourront légitimement donner des consultations juridiques en salariant un avocat ou en se prévalant de la présence d'avocats en leur sein, sans que ceux-ci n'interviennent dans la rédaction des actes et consultations réalisés.
- nul ne connaît le nombre de juristes d'entreprise qui pourraient bénéficier de ce statut. Pour rassurer, les partisans minimisent le nombre à quelques directeurs juridiques. Mais limiter ainsi leur nombre est par nature discriminatoire. Le nombre de juristes d'entreprises est aujourd'hui estimé à minimum 17 000 (baromètre des juristes d'entreprise 2017) qui pourraient à terme intégrer la profession d'avocats, bouleversant son équilibre.

UNE EXPÉRIMENTATION PENDANT 5 ANS SUR LAQUELLE IL NE SERA PAS POSSIBLE DE REVENIR

L'expérimentation créera une rupture d'égalité en instaurant des règles professionnelles et des garanties différentes entre avocats.

L'avant-projet prévoit une expérimentation durant 5 ans pour les seuls barreaux adoptant une motion, à la majorité de leur conseil de l'ordre.

Il s'agit là d'un acte de défiance vis-à-vis de la profession visant à contourner l'avis très majoritairement contre l'expérimentation exprimé par le seul organe habilité à le représenter, à savoir le Conseil national des barreaux.

En pratique, on voit difficilement comment cette expérimentation pourrait être limitée dans le temps et dans l'espace.

Un avocat salarié d'une entreprise dont le siège social est établi dans le ressort d'un barreau volontaire pourra exercer son activité dans n'importe quel établissement de l'entreprise et par conséquent être en concurrence avec un avocat indépendant d'un autre barreau.

Peut-on sérieusement envisager qu'on propose à un avocat d'être salarié d'une entreprise tout en lui annonçant que si l'expérimentation n'est pas concluante, il devra renoncer à son emploi ou son statut au bout de 5 ans ? En effet, si l'expérimentation d'une politique publique n'implique pas de la continuer en cas d'échec, ce n'est pas le cas lorsqu'une expérimentation donne des droits nouveaux à des personnes en particulier. Il deviendra impossible de revenir en arrière.

Compte-tenu de sa durée et des conséquences juridiques que cela va entraîner, l'expérimentation est synonyme de pérennisation.

Paris le 26 janvier 2021