



AVOCATS VAL D'OISE

Le Bâtonnier

RAPPORT DARROIS

Proposition de création d'un statut d'Avocat en entreprise

Le rapport issu de la commission présidée par Monsieur Jean-Michel DARROIS propose, entre autres, la création d'un statut de l'Avocat exerçant en entreprise et en définit les grandes orientations.

Le 26 août 2009, Monsieur SARKOZY, Président de la République, a confié à Madame ALLIOT-MARIE, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, le soin de formaliser d'ici au 31 décembre 2009 les différentes propositions résultant du rapport DARROIS.

Les différentes institutions représentatives de la profession d'Avocat devront nécessairement faire connaître leur position d'une part et faire en sorte, d'autre part, que celle-ci soit prise en considération, étant observé que les positions qui seront exprimées devront nécessairement être celles de la majorité des Avocats que ces institutions représentent.

Le Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau du Val d'Oise a consacré un certain nombre de séances à l'examen et l'analyse des différentes propositions résultant du rapport DARROIS et entend faire connaître son point de vue en l'état sur la question relative à la création d'un statut d'Avocat en entreprise.

I – LES PROPOSITIONS DE LA COMMISSION DARROIS

La lettre de mission du Président de la République du 30 juin 2008 assigne la commission présidée par Jean-Michel DARROIS une mission de réflexion "*...tendant à réformer la profession d'Avocat avec, comme objectif, la création d'une grande profession du droit*".

Il est donc ici question plus d'une grande profession du droit que d'une grande profession d'Avocat.

Le rapport DARROIS écarte l'idée de la création d'une profession unique du droit dont il indique qu'elle répondrait aux attentes des représentants de la profession d'Avocat mais pas "...à un besoin exprimé par les particuliers ou par les entreprises...".

On comprend bien (pages 25 et 26 du rapport) que l'obstacle principal à la création d'une profession unique du droit est le monopole des Notaires en matière d'acte authentique.

Néanmoins, la commission a entendu "... faire émerger une communauté de juristes animés par une volonté d'entreprendre et constituant une force de réflexion et de proposition".

C'est ainsi qu'au terme de la première partie du rapport (Titre I – I B pages 28 à 33), la commission envisage une profession d'Avocat élargie et renouvelée et, dans ce cadre, la création du statut de l'Avocat en entreprise.

Le rapport reprend ainsi certaines des idées formalisées dans le rapport de Monsieur Jean-Marc VARAUT et de Monsieur Henri NALLET en 1998 et 1999.

Ainsi, la commission, si elle reconnaît qu'il n'y a pas de consensus sur les critères de définition du juriste d'entreprise, n'en donne elle-même en l'état précisément aucune.

Elle explique que :

"... L'avantage le plus évident d'une telle réforme serait la possibilité, pour les entreprises et les juristes concernés, d'obtenir une protection de leurs avis, semblable à celle dont bénéficient leurs homologues étrangers, notamment anglo-saxons. Disparaîtrait alors l'une des causes de la réticence de certains groupes internationaux et localisés en France des activités juridiques.

Cette réforme aurait également l'avantage, en répondant à une évolution socio-économique, de 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".

Ainsi, sont alors définis les bénéficiaires du nouveau statut d'Avocat en entreprise (page 31 du rapport de la commission).

Il est préconisé que ce statut ne serait autorisé qu'au profit des titulaires du CAPA qui conserveront leur titre après avoir intégré une entreprise.

L'Avocat, dans cette hypothèse, serait inscrit sur un tableau spécifique réservé aux Avocats en entreprise.

La commission estime que l'ensemble des juristes d'entreprise actuellement en exercice répondant aux critères définis par la jurisprudence de la Cour de Cassation doivent pouvoir bénéficier des mesures transitoires de cette réforme, étant observé que **ce bénéfice serait ouvert pendant une période déterminée de huit ans...!**

La commission ne précise en aucune façon exactement le nombre de juristes susceptibles d'être concernés par cette mesure.

Elle s'attache alors à définir les principes directeurs du nouveau statut d'Avocat en entreprise mettant en exergue trois points : le secret professionnel, l'unité de la profession et l'indépendance.

I-1 - Le secret professionnel :

La Commission reconnaît qu'il est absolu, général et illimité.

Elle rappelle le principe de confidentialité des correspondances échangées entre Avocats et, finalement, estime que les Avocats en entreprise doivent bénéficier du secret professionnel et être soumis aux mêmes règles de confidentialité que leurs Confrères exerçant en libéral, sans cependant expliquer les modalités pratiques qui permettraient qu'une telle préconisation soit effectivement et correctement suivie d'effet.

I-2 – l'unité de le profession :

La commission considère que cette unité doit être préservée par la création du statut d'Avocat en entreprise mais que les règles d'exercice de la profession ne peuvent être les mêmes dans toutes les activités des avocats.

Elle préconise dès lors, l'inscription des Avocats en entreprise sur un tableau spécifique dans la mesure où ils bénéficieraient en application de règles qui leur seraient également spécifiques.

La commission indique que la création du statut de l'Avocat en entreprise ne permettrait pas à ceux qui opteraient pour celui-ci de développer une clientèle personnelle même, s'ils exercent à mi-temps dans l'entreprise, et qu'ils ne pourront plaider devant les juridictions pour le compte de leur entreprise.

L'Avocat en entreprise serait soumis à l'autorité du Bâtonnier et à celle du Conseil de Discipline des Avocats mais également au lien de subordination à l'égard de son employeur.

I-3 – Indépendance :

Tout en reconnaissant que l'indépendance revêt une signification particulière pour l'Avocat, la commission considère néanmoins que ladite indépendance peut cohabiter avec la subordination juridique à un employeur non Avocat et ne ferait pas obstacle à l'application des règles du Code du Travail et de la compétence exclusive du Conseil de Prud'hommes en cas de litige.

Elle suggère de s'inspirer du statut d'Avocat salarié pour l'adapter au cadre de l'entreprise, étant cependant observé que l'Avocat salarié ne peut, en l'état, l'être que dans un cabinet d'Avocats et non auprès d'un employeur non Avocat.

Telles sont les propositions de la commission.

II – LES OBSTACLES DIRIMANTS A LA CREATION D'UN STATUT D'AVOCAT EN ENTREPRISE

Tout d'abord, sur le plan de la forme, on constatera que le rapport, dès le début du chapitre relatif au statut de l'Avocat en entreprise, mentionne trois premiers avantages au seul bénéfice des entreprises mais en aucune façon des Avocats :

- protection des avis rendus par les juristes d'entreprises,
- incitation pour les groupes internationaux de localiser des activités en France,
- renforcer le rôle et l'influence des juristes dans l'élaboration des stratégies internes des entreprises.

La contrepartie pour la profession d'Avocat consisterait dans l'opportunité d'investir davantage le monde de l'entreprise.

Sans qu'il soit question d'être taxé de corporatisme, l'on voit mal quel peut être l'intérêt pour la profession d'Avocat aujourd'hui de "*protéger des avis rendus par les juristes d'entreprise*".

Cette notion reste pour le moins floue puisqu'on ne sait de quels avis il peut être question, quels niveaux de protection ils peuvent requérir, étant supposé que les avis dans les matières sensibles ou stratégiques ont fait la démonstration de ce que ces avis n'étaient pas diffusés et demeuraient suffisamment protégés.

Le deuxième argument tendant à inciter les groupes internationaux à localiser les activités juridiques en France est assez facilement battu en brèche, dans la mesure où on imagine bien que ce n'est en aucune façon la création d'un statut d'Avocat en entreprise qui pourrait être l'élément déterminant pour des multinationales de localiser des activités en France.

Cette affirmation n'est d'ailleurs étayée par aucune étude de nature à permettre de vérifier son bien-fondé.

Enfin, troisième argument, conférer aux juristes le statut d'Avocat dans l'entreprise ne serait facteur d'accroissement de leur rôle et de l'influence dans l'élaboration des stratégies internes de l'entreprise que dès lors qu'ils auraient une compétence particulière, dont au demeurant, ils disposent déjà pour l'essentiel, étant observé, par ailleurs, que nombre d'entre eux sont déjà titulaires du CAPA, même s'ils n'ont pas le titre au sein de l'entreprise.

Dès lors, cet argument apparaît tout autant inopérant.

Quant à celui tenant au fait que les Avocats pourraient investir davantage le monde de l'entreprise, on comprend mal ce point de vue dans la mesure où, aujourd'hui, rien n'empêche un Avocat d'être présent dans l'entreprise, et c'est d'ailleurs fréquemment le cas, à telle enseigne que nos Centres de Formation Professionnelle déplorent que la profession ait à financer le CAPA pour ceux qui savent initialement qu'ils n'exerceront pas en tant qu'Avocat mais intégreront directement une entreprise, l'obtention du CAPA étant un préalable à cet effet.

De plus, le titulaire du CAPA qui souhaite quitter l'entreprise peut ensuite parfaitement se réinscrire dans le Barreau de son choix.

Le rapport DARROIS a le mérite d'indiquer clairement les objectifs qu'il se propose d'atteindre, même si les raisons données ne sont ni probantes, ni étayées, ni justifiées.

Le Conseil National des Barreaux, en 2007, après avoir essuyé un nouvel échec auprès de la profession sur ce point, a décidé de prétendre qu'il ne s'agissait « *plus de permettre aux juristes d'entreprise de devenir Avocat* », mais de réfléchir sur l'idée considérée moins polémique et agressive pour la profession d'une réforme "*permettant l'accès des Avocats à l'emploi de juriste d'entreprise...*", plus « politiquement correcte »!

C'est ainsi que le processus était inversé et que l'institution représentative de la profession auprès des pouvoirs publics réfléchissait aux textes qu'il y avait lieu de modifier pour rendre l'exercice de l'Avocat en entreprise possible, ce qui d'ailleurs permettait d'éviter tout débat politique pour se rattacher à la seule considération de la "faisabilité technique".

Néanmoins, ne pouvaient être éludées les difficultés co-substantielles à l'idée même de l'exercice de l'Avocat en entreprise.

Cette idée même se heurtait à différents interlocuteurs associatifs et syndicaux non avocats, tels que le MEDEF et la CGPME, qui ne souhaitaient en aucun cas avoir à gérer une diminution de leur liberté d'entreprendre et de leur pouvoir hiérarchique de direction vis-à-vis des salariés avocats exerçant en entreprise qui seraient susceptibles de bénéficier, non seulement du secret professionnel, de la confidentialité, mais aussi d'une indépendance résultant de l'essence même de leur déontologie et de l'éventualité de pouvoir bénéficier de l'exercice d'une clause de conscience.

Ces instances étaient contrariées dans la perspective de ce que le pouvoir disciplinaire de l'employeur pouvait être entravé d'une quelconque façon par un contrôle préalable d'une instance ordinale, voire par une intervention juridictionnelle en première instance du Bâtonnier, de sorte que ces deux organisations patronales se plaçaient dans une position d'opposition résolue.

Le rapport DARROIS a fait alors le choix de la préservation du lien hiérarchique entre l'employeur et le futur Avocat en entreprise.

III – LES MODALITES PRATIQUES DE NATURE A PRESERVER LE LIEN HIERARCHIQUE ENTREPRISE/AVOCAT SALARIE D'ENTREPRISE

III-1. Le consentement obligatoire et préalable du chef d'entreprise :

C'est effectivement aux termes du rapport DARROIS, à la condition du consentement du chef d'entreprise qui devra le notifier à l'Ordre, que le salarié Avocat en entreprise soit inscrit sur un tableau spécifique lui étant réservé.

Ainsi donc, on créerait des Avocats de plein exercice et d'autres "sous tutelle hiérarchique d'une entreprise".

Cette revendication serait de nature à satisfaire les organisations syndicales patronales, en ce qu'elles préservent le plein effet du lien hiérarchique et disciplinaire de l'Avocat salarié et permet à l'entreprise la faculté de refuser aux actuels ou futurs juristes d'entreprise d'accéder au statut d'Avocat en entreprise.

III-2 Un statut spécifique et dérogatoire au regard du secret professionnel de l'unité de la profession et de l'indépendance.

III-2.1 Le secret professionnel :

La Commission a fait le choix du bénéfice pour l'Avocat en entreprise du secret professionnel, absolu, général et illimité (article 66-5 de la loi de 1971), au détriment du legal privilège seul accordé aux juristes d'entreprises dans plusieurs pays européens.

L'intérêt de la distinction est extrêmement conséquent et certaines associations représentatives des juristes d'entreprise le mettent en exergue.

C'est ainsi que lors d'une formation mise en œuvre par l'Association Française des Juristes d'Entreprises (A.F.J.E.) pour ses membres le 2 juin 2005, il est indiqué que les conséquences de la confidentialité sont :

- "- l'insaisissabilité,*
- l'impossibilité de produire en justice,*
- ne pas faire l'objet d'une levée de confidentialité".*

Sont également abordées dans la synthèse de la formation les modalités selon lesquelles une perquisition peut être opérée au sein d'un cabinet d'avocat et donc éventuellement auprès d'un Avocat exerçant en entreprise.

La potentialité d'utiliser la confidentialité de l'Avocat pour protéger les données de l'entreprise est notamment fondée, d'après cette formation, sur une décision HILTI du TPI du 4 avril 1990 par laquelle le Tribunal de première instance **a reconnu la confidentialité des avis des juristes qui était l'exacte reproduction d'une "opinion légale" d'un Avocat.**

Il reste que, récemment, le TPI a rendu une décision exactement contraire dans une affaire AKZO-NOBEL.

Il a indiqué que l'Avocat exerçant en entreprise ne pouvait se prévaloir d'une quelconque protection des données pour empêcher des perquisitions ordonnées, notamment aux fins de démontrer tout entente ou abus de position dominante.

Cette décision a été frappée d'appel.

On relèvera que le CCBE intervient dans le cadre de cet appel contre la décision de première instance...

Ainsi, pour certaines institutions représentant les juristes d'entreprise, la protection par le secret pourra utilement s'appliquer sur les secteurs suivants :

- la concurrence (entente ou abus de position dominante),
- la législation sur l'environnement, la santé publique et le droit du travail (entraves, fraudes au PSE, hygiène et sécurité),
- la législation sur la fiscalité des flux financiers,
- les arbitrages d'affaires dont la justice saisie ultérieurement pourraient, à défaut de secret, briser la confidentialité.

On peut légitimement s'interroger sur l'intérêt du secret de l'application des règles du secret professionnel en l'espèce et de leur compatibilité avec un certain nombre de dispositions, règles juridiques et financières dites de "moralisation de l'économie".

Il semble difficile pour la profession d'Avocat, alors même qu'elle s'est activement battue contre l'application en ce qui la concerne des trois directives blanchiment, de cautionner une telle instrumentalisation qui n'est bénéfique ni pour la profession ni pour les entreprises concernées.

III-2.2 L'unité de la profession :

La commission DARROIS affirme que le statut de l'Avocat en entreprise ainsi dessiné protège l'unité de la profession...

Cette unité serait d'autant plus protégée qu'elle propose la mise en place d'un corpus de règles d'exercice différenciées pour les Avocats exerçant en entreprise.

Voici donc un paradoxe dont la clarté ne saute pas aux yeux.

Ainsi, nous aurions les Avocats "normaux", de plein exercice, inscrits au Tableau comme tel est le cas actuellement.

Puis nous aurions, au sein d'un tableau "B", distinct, les Avocats salariés en entreprise.

Il est quelque peu difficile pour un esprit cartésien, dès lors qu'on scinde les modalités, les tableaux et les exercices professionnels, d'en tirer la conclusion que cela favorise l'unité de la profession...!

De surcroît, cela ouvre la porte à la création, le cas échéant, d'un tableau "C", voire d'un tableau "D", pour des exercices professionnels complètement différenciés, de sorte que le Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau du Val d'Oise considère qu'une telle dichotomie constitue l'ouverture d'une brèche de nature à remettre en cause l'unité d'une profession qui a déjà bien du mal à la trouver !

En outre, la création d'un tableau "B" pose de vraies difficultés au sein des Ordres, notamment quant aux droits dont bénéficieraient ces Avocats au sein du Barreau, mais aussi en terme de règles relatives à l'électorat et à l'éligibilité.

Le droit comparé peut avoir un certain intérêt en l'espèce.

Ainsi, les tenants de la création du statut d'Avocat en entreprise n'ont cessé de souligner que nombre de pays le pratiquent et sont particulièrement satisfaits de ce système.

Outre le fait que c'est omettre que la profession d'Avocat n'est pas la même au Canada, en Angleterre, en Allemagne ou en Espagne que ce qu'elle peut être en France, on ne peut cependant que constater également que certains pays regrettent un tel système.

L'Allemagne, incapable d'identifier clairement les Avocats en entreprise, en est réduite à estimer leur nombre entre 6 et 20 %.

Outre-rhin, ce sont les contrats conclus avec l'entreprise qui sont censés garantir une certaine indépendance.

De fait, les barreaux allemands sont sous forte influence des Avocats salariés de l'entreprise et certains sont même dirigés par ceux-ci.

On peut donc comprendre que la capacité des Avocats en entreprise de voter et d'être élus aux élections ordinaires revêt une particulière importance.

Elle n'est pourtant pas traitée dans le rapport.

Si la commission DARROIS accorde aux futurs Avocats en entreprise un statut complet sur la question du secret professionnel, il n'en est pas de même sur les autres points :

- pas de clientèle personnelle,
- possibilité d'exercice au sein de deux entreprises à mi-temps,
- plaidoiries impossibles pour le compte de leur employeur,
- caractère absolu du lien hiérarchique avec l'employeur qui prévaut sur l'autorité du Bâtonnier et du Conseil de Discipline.

En clair, le statut d'Avocat en entreprise est envisagé par la commission DARROIS dans le principal objectif de faire bénéficier ceux-ci du secret, et de ce fait à leur employeur, mais ce système ne saurait s'envisager de façon pérenne et reste préjudiciable au Barreau.

D'ailleurs, les Barreaux ne s'y sont pas trompés puisque grand nombre de ceux-ci ont pris des motions et des délibérations au sein de leur Conseil de l'Ordre pour s'opposer à la création d'un statut d'Avocat en entreprise.

Ainsi, et sans en faire la liste exhaustive, le Barreau de CHALONS-SUR-SAONE, par exemple, a adopté une motion le 6 mai 2009 qui :

" - constate que les propositions qui sont formulées sont incompatibles avec l'exercice d'une défense indépendante et conforme à la profession que les Avocats ont choisie,

- juge inacceptable... la création d'un statut dit "d'Avocat en entreprise" avec restriction pour l'heure du droit de plaider et de développer une clientèle personnelle, ce qui conduit à constituer à court terme des Avocats "de second ordre" et à moyen terme, si ces restrictions étaient levées, à doubler le nombre d'Avocats, sinon plus, à supprimer toute clientèle institutionnelle et à ruiner le principe d'indépendance de l'Avocat "

Le barreau de BAYONNE a réagi dans le même sens.

Le Barreau de LA ROCHE-SUR-YON adoptait le 22 juin 2009 une motion aux termes de laquelle, notamment, il "*...s'oppose fermement à la création de deux sous-catégories d'Avocats, source de dévalorisation et de division de la profession...*".

Enfin, et sans être limitatif, le Barreau de SEINE-SAINT-DENIS, le 11 mai 2009, s'inquiétait "*... du projet de création d'un statut d'Avocat en entreprise en contradiction avec le principe d'indépendance de l'Avocat...*".

En outre, tant l'interdiction de plaider que l'interdiction de disposer d'une clientèle personnelle semblent constituer des leurres, sans que soit remise en cause la bonne foi de la commission.

III-2.2.1 - La plaidoirie :

Par définition autant que par essence, l'Avocat est un plaideur.

Ainsi, toutes les fusions qui ont jusqu'alors rythmé la profession ont conduit ceux qui l'ont intégrée à plaider.

A titre d'exemples, la loi de 1971 a fusionné les Avoués d'alors avec les Avocats, leur permettant de plaider.

La loi du 31 décembre 1990 a permis aux Conseils Juridiques de porter le titre d'Avocat et de plaider.

La loi qui intégrera au 1^{er} janvier 2011 les Avoués au sein de la profession d'Avocat leur permet, déjà à partir du 1^{er} janvier 2010, de plaider.

Ce serait ainsi la première réforme qui permettrait à un titulaire du CAPA, pour prendre le cas général, d'avoir le titre d'Avocat sans avoir la faculté de plaider !

Ceci n'apparaît pas compatible avec la nature même de la profession d'Avocat et il faut avoir le courage de le dire et d'en tirer toutes conclusions dans un sens ou dans l'autre.

En second lieu, si le rapport interdit la clientèle personnelle ou le fait de plaider pour son employeur, en "creusant" plus avant, on constate que l'activité plaidante pourrait ne pas être étrangère à certains Avocats en entreprise.

On peut, à titre d'exemple, citer le cas des sociétés de protection juridique.

Celles-ci font partie de la clientèle institutionnelle des Avocats dans la mesure où, lorsqu'un assuré rencontre une difficulté qui ne peut être amiablement résolue, il peut en se prévalant de son contrat de protection juridique, le porter devant une institution judiciaire, auquel cas le dossier est confié à l'Avocat dont il a le libre choix ou à celui qui travaille habituellement avec la société qui le garantit, s'il le souhaite.

Qu'est-ce qui empêcherait le futur "Avocat en entreprise", en charge au sein de la société de protection juridique de la gestion d'un dossier d'un assuré, de plaider pour le compte dudit assuré ?

Ainsi, il n'a pas de clientèle personnelle puisque cet assuré n'est pas son client personnel et il ne plaide pas non plus pour son entreprise puisqu'il plaide pour l'assuré de celle-ci...

A cet égard, le rapport établi par les Bâtonniers DELAVALLADE et MAHIU exposé à l'Assemblée Générale de la Conférence des Bâtonniers du 25 avril 2009, observe précisément en page 4 que "... *La commission ne mesure pas l'impact d'une telle réforme au niveau de la disparition des clientèles institutionnelles au détriment des cabinets libéraux*".

Ce rapport relève également que la proposition ne propose aucun moyen concret d'assurer l'indépendance intellectuelle des Avocats exerçant en entreprise.

Enfin, la plaidoirie ne saurait valablement être refusée aux Avocats en entreprise car, sous réserve de l'appréciation qui pourrait être portée par les instances constitutionnelles et administratives, si un tel texte devait entrer en vigueur, on peut légitimement supposer qu'au bout de quelques années, les représentants des Avocats en entreprise revendiquent avec force la faculté de plaider, considérant qu'ils sont, après tout, Avocats comme les autres, et qu'ils ne sauraient se voir refuser plus avant cette faculté.

Dès lors, le débat doit être clair et sans faux-semblant.

III-2.2.2 - Une identification extrêmement floue :

Cette question est essentielle relativement à la réforme envisagée :

Ainsi que le relève un rapport de la FNUJA à son congrès de 2005, les juristes d'entreprises ne sont pas clairement identifiés mais encore, la profession de juriste d'entreprise ne l'est pas plus.

Combien seraient concernés et pourraient revendiquer le titre d'Avocat en entreprise ?

L'article 58 de la loi du 31 décembre 1971 définit le juriste d'entreprise ainsi qu'il suit :

« les juristes d'entreprises 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 et rédiger des actes sous seing privé relevant de l'activité desdites entreprises ».

Les associations de juristes interrogées n'ont pas toutes la même appréciation du nombre.

Le Syndicat des Avocats de France avait, lors d'un débat organisé par le Barreau de GRENOBLE le 22 mai 2008, fait valoir les dangers pour la profession d'Avocat du statut d'Avocat en entreprise.

En 2007, la Fédération Nationale des Unions de Jeunes Avocats souhaitait, avant de prendre position, savoir précisément de ce dont il était question et du nombre de juristes concernés.

Le Conseil National des Barreaux, probablement animé du même souci, commandait une étude au Professeur Bruno DEFFAINS, Professeur d'Economie à l'Université de PARIS X NANTERRE, dont le sujet était : "*L'exercice de la profession d'Avocat en entreprise est-il opportun sur un plan économique ?*".

Ce rapport de 40 pages n'éclaire nullement sur les perspectives en terme de nombre.

Il se contente de conclure :

*"...La profession ne **semble** pas devoir pâtir de cette ouverture, dans la mesure plus spécifique où elle **devrait** entraîner un accroissement du marché du droit profitable à l'ensemble des Avocats".*

L'emploi du conditionnel est révélateur de la certitude des affirmations énoncées.

Quant à "*...l'ensemble des Avocats*", cela comprend très certainement ceux qui seraient alors Avocats en entreprise, fort logiquement.

De plus, des associations représentatives de juristes d'entreprise considèrent que tous ceux qui traitent la matière juridique ne doivent pas, pour autant, être considérés comme éligibles au statut de juriste.

Alors, s'agit-il d'autoriser les Avocats en entreprise pour 3.500 juristes comme certains le disent, pour 11.000 comme d'autres le laissent entendre ou, plus encore, selon des chiffres tout aussi officieux, d'intégrer plus de 50.000 juristes, ce qui alors reviendrait à une fusion-absorption à leur profit de la profession d'Avocat telle qu'elle existe aujourd'hui... ?

III-2.3 L'indépendance :

La Commission DARROIS retient, non pas l'indépendance de l'Avocat vis-à-vis de son client, principe essentiel de notre déontologie, mais uniquement une indépendance "intellectuelle" vis-à-vis de l'employeur, de fait toute relative, puisque liée à l'autorité hiérarchique et à la nature de la mission confiée.

Face à cette prévalence du lien de subordination, seule subsiste la responsabilité professionnelle ou la clause de conscience, envisagée seulement sous l'angle du droit de retrait.

L'indépendance est autant une obligation qu'une prérogative (article 1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 ; articles 133 et 155 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991).

Elle peut aussi se définir comme le pouvoir de dire non (cf rapport FNUA – Congrès 2005).

De plus, les contours de ce droit de retrait ne sont pas précisés : cette clause de conscience s'analyse-t-elle, comme celle du journaliste, au regard de la modification de la ligne éditoriale, ou du changement d'orientation de l'employeur, ou bien a-t-elle une acception de nature plus éthique permettant à l'Avocat de refuser d'accomplir certains actes ?

Mais quelle est l'autorité compétente pour garantir ce droit face à la sanction disciplinaire de l'employeur ?

Nulle précision n'est apportée à ce sujet.

D'autre part, la règle actuelle (article 139 du décret) voudrait que le contrat de l'avocat en entreprise soit soumis au visa de l'Ordre et puisse être modifié en cas de non-conformité aux règles et usages professionnels.

Quid de la faculté de l'avocat en entreprise de d'être administrateur, membre du conseil de surveillance ou bien encore délégué syndical, délégué du personnel et de la frontière entre ces fonctions avec le secret professionnel et la confidentialité ?

Rien à cet égard dans le rapport, s'agissant cependant de questions importantes.

Quid également des questions relatives au maniement de fonds et au recours à la CARPA (articles 240 et 241-1 du décret de 1991), à la gestion du tableau de l'Ordre ?

Le rapport n'aborde pas ces points essentiels.

De plus, la compétence juridictionnelle du Bâtonnier en cas de conflit, ou à tout le moins l'existence d'une possible question préjudicielle permettant d'apprécier l'incidence des règles déontologiques dans le cadre d'une sanction disciplinaire ou d'un licenciement, est résolument écartée.

En effet, selon la commission DARROIS, le Bâtonnier ne peut pas intervenir dans le cadre d'un quelconque conflit de nature disciplinaire, ni à priori, ni à posteriori.

Enfin, aucune précision relative au périmètre de la notion "*d'indépendance intellectuelle de l'avis donné par l'Avocat*" n'est donnée.

On peut cependant légitimement s'interroger sur les conditions effectives d'une réelle indépendance intellectuelle, dès lors qu'il existe, de fait et de droit, une prépondérance du lien hiérarchique et disciplinaire de l'employeur.

Lors d'un débat tenu à PONTOISE à l'occasion d'un Conseil de l'Ordre ouvert le 19 mai 2009, Jean-Michel DARROIS rappelait que, dans la plupart des pays étrangers, les Avocats conservaient leur titre lorsqu'ils exerçaient en entreprise, sans perdre leur âme.

Il reconnaissait néanmoins que leur déontologie n'était pas exactement la même.

Il considère que les travaux de la commission permettent d'ouvrir des portes et, sur les craintes concernant le respect de l'indépendance et l'éventualité de voir les Avocats en entreprise plaider, il se posait effectivement cette question mais considérait que cette difficulté devait être résolue sous peine de voir cette fenêtre se refermer.

Il rappelait en outre, s'agissant de l'indépendance de l'Avocat par rapport à son employeur, qu'on pouvait finalement se poser la même question de l'Avocat libéral qui avait deux ou trois « gros » clients.

Enfin, la FNUJA, dans sa motion prise lors de son Congrès tenu du 20 au 24 mai 2009, ayant pour titre : "Avenir de la Profession", considérait que, pour que la création d'un statut d'Avocat en entreprise soit envisagée, il fallait que ce puisse être dans des conditions garantissant le respect de nos principes déontologiques.

Force est de constater qu'en l'état, lesdits principes, sauf à les rendre "malléables", ne sont pas précisément respectés.

Se pose, en corollaire de l'indépendance, la question du conflit d'intérêts.

Celui-ci existe dans l'entreprise (intérêts du chef d'entreprise, intérêts des actionnaires, intérêts de la société, intérêts des salariés) comme dans les groupes d'entreprises (conflits possibles entre sociétés du même groupe, entre une société-mère et ses filiales, entre la holding et les sociétés qui en dépendent) ou après l'avoir quitté (pourra-t-il plaider contre l'entreprise qui l'a employé après en être parti et en connaître les rouages ?).

IV – L'ACTE CONTRESIGNE PAR UN AVOCAT ET L'AVOCAT EN ENTREPRISE

Le Centre de Recherches et d'Etudes des Avocats (CREA) rappelle que le rapport Darrois propose de compléter la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques en insérant, au sein du sous-titre II « Réglementation de la consultation juridique et de l'acte sous seing privé », un chapitre 3 intitulé « Du contreseing de l'Avocat ».

Ce chapitre contiendrait les dispositions suivantes :

« Le contreseing de l'avocat de chacune des parties sur un acte sous seing privé atteste que l'avocat a pleinement éclairé la partie qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte.

*Par son contreseing, l'avocat **garantit la pleine validité et la pleine efficacité** de l'acte à la partie qu'il conseille sur la base des informations qu'elle lui a communiquées.*

*L'acte sous seing privé contresigné dans les conditions ci-dessus est **légalement tenu pour reconnu au sens de l'article 1322 du Code civil.***

*Lorsqu'il intervient comme conseil ou rédacteur **unique**, le contreseing de l'avocat emporte les conséquences définies ci-dessus à l'égard de toutes les parties à l'acte.*

*Lorsqu'il est apposé dans les conditions ci-dessus, le contreseing de l'avocat se substitue à la **mention manuscrite exigée par la loi, sauf disposition légale spécifique.** »*

L'acte contresigné par un avocat aurait la même foi qu'un acte authentique

Cela ouvre des perspectives tout à fait intéressantes pour la profession d'avocat, ses instances représentatives l'ayant clairement revendiqué.

C'est aussi l'éventualité de nouveaux marchés qu'induit l'acte contresigné par un avocat.

On peut supposer qu'au rang de ceux-ci pourraient figurer nombre d'entreprises souhaitant donner une force probante accrue à des contrats de tous types : contrats commerciaux, contrats de travail, actes de société, partenariats, traités de fusions-acquisitions, etc,...

Quel serait alors l'intérêt pour une société de recourir aux services d'un avocat libéral dès lors qu'elle emploierait en son sein un ou des avocats qui pourraient parfaitement conférer à ces différents actes la force probante souhaitée ?

L'avocat « maison » salarié serait systématiquement préféré à l'avocat libéral qu'il faudrait rémunérer.

Ainsi, des pans entiers échapperaient à la profession dans son exercice traditionnel à un moment où elle se réjouissait de voir ses prérogatives enfin élargies, témoignage de la reconnaissance de sa compétence et de son savoir-faire.

Se posent aussi à nouveau les questions récurrentes de l'indépendance et du conflit d'intérêts...

Il semble assez acquis que la majorité des Avocats français ne soient pas favorables à la création d'un statut d'Avocat en entreprise, et ce pour de multiples raisons, outre ce qui précède.

Lors d'une Assemblée Générale de la Conférence des Bâtonniers du mois de juin 2009, un grand nombre de ceux-ci ont fait part de leur hostilité à cette création.

D'ailleurs, la Conférence des Bâtonniers avait déjà exprimé de fortes craintes dans un rapport d'étape présenté à son Assemblée Générale du 1^{er} octobre 2004, dans la perspective du rapport remis à Monsieur Pascal CLEMENT, alors Garde des Sceaux.

Déjà, dans un rapport de juillet 1999 sur les réseaux pluridisciplinaires des professions du droit, Monsieur NALLET, ancien Ministre de la Justice, et Membre de la commission DARROIS, proposait au gouvernement d'édifier la grande profession du droit rapprochant les Avocats et les Juristes d'entreprise mais n'apportait déjà aucune réponse concrète, tant sur le respect des règles déontologiques applicables à la profession d'Avocat que le nombre de juristes susceptibles d'être concernés.

L'idée de la grande profession du droit ne peut s'envisager que dès lors qu'elle intègre effectivement les principaux professionnels du droit, en ce compris les Notaires.

La commission DARROIS les en a exclus, de sorte qu'il convient maintenant d'envisager, non pas la grande profession du droit, mais la grande profession d'Avocat.

Ceci n'induit pas l'angle de la seule appréciation numérique, ni le port du titre avec des activités incompatibles avec sa déontologie, mais plus certainement conduit à faire preuve d'innovation, en lui permettant d'élargir son accès à de nouveaux marchés dans les conditions

garantissant le respect des principes déontologiques qui font la force et l'honneur de la profession.

Ceci est d'autant plus vrai dans l'actuelle période, sans qu'il soit nécessaire de créer une nouvelle concurrence au seul détriment de la profession d'Avocat, constitutive d'un facteur très aggravant de la crise qui la frappe déjà.

Le Président du CNB s'en est également ému (actuel-avocat – 24 Août 2009).

Il est, par ailleurs, possible que certains barreaux puissent trouver des avantages économiques dans la perception de cotisations d'avocats supplémentaires qui arriveraient massivement.

Cela ne doit pas guider la réflexion, ce d'autant que l'AFJE considère que l'avocat en entreprise ne plaidant pas, il ne devrait pas payer de cotisation ou taxe liée à cette activité mais pourrait avoir la faculté de représenter son employeur dans toutes les procédures qui n'imposent pas le ministère d'avocat obligatoirement... .

En fait, il semblerait que le nouveau statut imaginé par la commission DARROIS ne vise en réalité qu'à conférer aux juristes d'entreprise le secret de l'Avocat.

N'hésitons pas : ils doivent pouvoir bénéficier du legal privilège, comme l'a judicieusement décidé la loi belge du 1^{er} mars 2000.

La notion de legal privilège concerne le droit du client qui a reçu un avis juridique d'un Avocat de refuser de produire tout document concernant cet avis, dans le cadre d'une procédure civile, pénale ou administrative.

C'est une notion spécifique aux systèmes de common law.

Il s'agit donc d'un secret appartenant au client, celui-ci pouvant de façon discrétionnaire décider de révéler à des tiers le contenu de la consultation qui lui a été délivrée ainsi que le relève à juste titre le rapport (page 32).

Il conviendra bien entendu d'en user dans le respect des dispositions et des règles juridiques et financières dites de "moralisation de l'économie".

Ainsi donc, toutes difficultés liées à l'unité, à l'indépendance ou au respect des règles déontologiques de la profession d'Avocat sont écartées.

Enfin, on ne peut que remarquer que l'on suspecte les Avocats de conseiller à leurs clients de se taire ou à faire en sorte qu'ils les dénoncent, ce contre quoi nous nous sommes insurgés, et que, dans le même temps, on puisse diluer de façon conséquente, au point qu'il en perde son sens le secret professionnel selon l'analyse qu'en fait le rapport sur ce point.

Il est clair qu'une telle intégration, pour dire les choses telles qu'elles sont, est incompatible avec le corpus de règles déontologiques très spécifiques applicables à la profession d'Avocat, sauf à englober sous le même vocable des professions et des métiers dont le fondement et le contenu sont radicalement différents au risque d'engendrer une crise identitaire et, plus encore, bouleverser les rapports avec les consommateurs de droit autant que générer des perturbations économiques durables pour la profession toute entière.