

Observations

La confidentialité des avis des juristes d'entreprise doit prévaloir sur l'ingérence des autorités de la concurrence belge

1. Les faits ayant donné lieu à l'arrêt commenté sont les suivants.

Dans le cadre d'une plainte déposée par deux concurrents en mars 2010, l'auditeur près le Conseil de la concurrence effectue une perquisition auprès de Belgacom en octobre 2010. A cette occasion, plusieurs documents et fichiers digitaux sont saisis. Ceux-ci contiennent notamment des mails de membres du personnel que l'auditeur ne voulait pas considérer comme confidentiels.

Belgacom introduit un recours devant la cour d'appel de Bruxelles à l'encontre de la décision refusant la confidentialité. Les actes attaqués concernaient des incidents survenus lors du dépouillement des documents et fichiers électroniques saisis lors des perquisitions et notamment au regard de la reconnaissance du « *legal professional privilege* » aux avis émanant de ou demandés d'avis adressées à des juristes d'entreprise. Dans le courant de cette procédure, l'Institut des juristes d'entreprise a déposé une requête en intervention volontaire.

Par arrêt du 5 mars 2013, la cour d'appel de Bruxelles a, d'une part, validé, la confidentialité des avis des juristes d'entreprise et a, d'autre part, considéré que les juristes d'entreprises n'étaient pas tenus au secret professionnel, au sens de l'article 458 du code pénal¹.

2. L'article 5 de la loi du 1^{er} mars 2000 créant un Institut des juristes d'entreprise dispose que :

« Les avis rendus par le juriste d'entreprise, au profit de son employeur et dans le cadre de son activité de conseil juridique, sont confidentiels ».

La loi ne définit pas ce qu'il convient d'entendre par « avis ». On doit, dès lors, se référer au sens commun du terme, celui d'opinion ou de conseil. Sont donc visées les communications que l'on désigne sous le terme « *consultations* » et qui renferment des conseils, des opinions ou des avertissements. L'arrêt commenté précise à juste titre que sont également visés la correspondance qui contient la demande d'avis, les correspondances échangées au sujet de la demande, les projets d'avis ainsi que les documents préparatoires à l'avis. Ne sont pas visés par la protection légale, les conventions, les projets de contrats, les procès-verbaux de réunions, les simples informations...

Ne sont concernés que les avis rendus par un juriste d'entreprise. Ce titre est protégé et conféré par l'Institut des juristes d'entreprise à toute personne physique qui satisfait aux quatre conditions légales prévues à l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 1^{er} mars 2000 :

- être titulaire du diplôme de docteur, de *master* ou de licencié en droit ou d'un diplôme étranger équivalent ;
- être liée par un contrat de travail ou un statut, à un employeur exerçant en Belgique, dans le secteur public ou privé, une activité économique, sociale, administrative ou scientifique. Cet employeur est une entreprise, une fédération d'entreprises ou un organisme doté de la personnalité juridique ;

1. Il convient de noter que le secret professionnel ne trouve pas son fondement uniquement dans l'article 458 du code pénal. Cet article ne sanctionne que certaines violations du secret professionnel. Le secret professionnel trouve son fondement plus généralement dans les droits de la défense et le droit à la vie privée consacrés par les articles 6 et 8 de la Convention des droits de l'homme (J.-P. BOUTÉ et D. VAN GERVEN, « Le fondement et la portée du secret professionnel de l'avocat dans l'intérêt du client », *J.F.P.*, 2012, p. 327).

– fournir, en faveur de cet employeur, des entreprises ou des organismes qui lui sont liés, des fédérations d'entreprises ou des membres de ces fédérations d'entreprises, des études, des consultations, rédiger des actes, conseiller et prêter assistance en matière juridique;

– assurer principalement des responsabilités se situant dans le domaine du droit.

Ne doit, en principe, pas être considéré comme juriste d'entreprise celui qui ne travaille pas dans le service juridique mais dans un service administratif (car ses responsabilités ne se situent en principe pas dans le domaine du droit), celui dont l'activité est exclusivement tournée vers la clientèle de l'entreprise (dans la mesure où à tout le moins l'on soutient qu'il ne fournit pas d'avis en faveur de son employeur)², celui qui, en tant qu'indépendant, est chargé de missions de consultation, tel qu'un avocat détaché en entreprise (parce qu'il n'est lié ni par un contrat de travail ni par un statut), celui qui intervient comme médiateur dans un litige privé de son employeur³.

Ne sont, par ailleurs, concernés par la confidentialité que les avis rendus par un juriste d'entreprise au profit de son employeur. Les avis rendus au profit de tiers, et notamment au profit des clients de l'entreprise, ne sont pas soumis au régime de confidentialité.

Ne sont enfin concernés que les avis rendus par le juriste dans le cadre de son activité juridique. Les juristes d'entreprise n'accomplissent pas nécessairement un travail exclusivement juridique. Ce n'est néanmoins que lorsqu'ils interviennent comme conseils juridiques de leur employeur que la loi accorde à leurs avis une certaine protection.

Comme le rappelle à bon droit l'arrêt commenté, la confidentialité ne vise pas l'activité en tant que telle du juriste d'entreprise dans son entiereté, mais touche à un acte matériel spécifique accompli à l'intention de l'employeur du juriste d'entreprise. La confidentialité n'est pas « personnelle », elle est « réelle » ; elle est attachée à l'avis lui-même.

3. Le but du législateur lorsqu'il a conféré cette confidentialité aux avis des juristes d'entreprise était de permettre aux entreprises d'appliquer correctement la loi en demandant et en obtenant des conseils juridiques internes qui soient non seulement exhaustifs, mais indépendants quant aux conséquences juridiques des opérations projetées ou des actes posés⁴.

La protection des avis des juristes d'entreprise va en effet de pair avec l'indépendance indispensable dont ces professionnels du droit doivent bénéficier afin de rendre des avis le plus adéquatement possible.

Indépendance et confidentialité sont en effet intimement liées. L'indépendance est le fondement essentiel de la reconnaissance de la confidentialité des avis juridiques⁵. La confidentialité des avis ne peut qu'assurer l'indépendance des juristes d'entreprise. Cette indépendance n'est pas liée à l'existence d'un contrat d'emploi et d'un lien de subordination. Elle dépend avant tout de la propre conscience du

juriste, de sa déontologie⁶, voire de son éthique. Le lien de subordination est étranger à la nature du travail fourni⁷.

L'indépendance morale et intellectuelle du juriste est à la fois un privilège mais aussi un devoir à l'égard des tiers : employeur, entreprise, autres juristes d'entreprise... C'est le contrepoint au dévouement du juriste à l'égard de son employeur dont il n'est pas le serviteur. Le juriste compétent et de conviction doit en toutes occasions rester maître et libre des avis qu'il donne. Il doit rester lui-même. Son avis doit être désintéressé, sans jamais être donné dans le but exclusif de « faire plaisir » à l'employeur, mais toujours dans le respect de la loi. C'est à ce prix que ces avis bénéficient de la protection de la confidentialité.

Les employeurs qui s'adressent aux juristes dans les conditions prévues par l'article 5 précité, précise la cour d'appel de Bruxelles, doivent avoir la certitude qu'ils peuvent leur confier des demandes d'avis sans danger de révélation à des tiers. Dans un monde juridiquement aussi compliqué que le nôtre, tout justiciable doit pouvoir faire appel à un conseil juridique. Sans conseil juridique, il ne peut sauvegarder sa position juridique. Le conseil juridique est nécessaire. Pour qu'il puisse faire appel à un conseil juridique, l'employeur doit être certain que ce conseil ne sera jamais divulgué ou utilisé contre lui. Cette protection concerne aussi bien les avis donnés par le conseil consulté, que les informations échangées entre employeur et juriste d'entreprise pour pouvoir donner ce conseil. En effet, des informations souvent purement factuelles sont transmises par l'employeur au juriste et des documents à l'appui sont nécessaires pour que le conseil juridique soit exact et donc utile. Ils sont tous protégés. Le fondement de la confidentialité du juriste d'entreprise est en fait comparable à celui du secret professionnel de l'avocat⁸.

4. Cette confidentialité a un fondement légal en droit interne. Elle constitue un obstacle à l'ingérence des autorités de la concurrence nationale, tel que ce droit est prévu à l'article 44 de la loi sur la protection de la concurrence économique (perquisition, saisie, apposition de scellés...).

En effet, l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui consacre le droit au respect de la vie privée et de la correspondance prévoit que :

« Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention, des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

L'arrêt commenté relève à bon droit que, dans le conflit de valeurs entre les deux lois – celle sur la protection de la concurrence économique qui autorise l'ingérence des autorités de la concurrence et celle sur l'I.J.E. qui confère une confidentialité aux avis des juristes d'entreprise – c'est la valeur de l'intérêt général que le législateur a voulu privilégier, en instaurant la confidentialité des avis juridiques.

Autoriser une autorité publique civile à violer cette confidentialité est disproportionné et la saisie de tels avis doit être considérée comme illégale. On peut se poser la question si une telle saisie ne constituerait pas une violation des droits de la dé-

6. « Le juriste d'entreprise exerce sa profession en toute indépendance intellectuelle. Il est conscient que la valeur de ses avis repose sur une objectivité et une intégrité intellectuelle absolues et s'engage à respecter ces principes quelles que puissent être les circonstances ou les influences auxquelles il pourrait être soumis » (article 4 du code de déontologie des juristes d'entreprise, www.ije.be).

7. L. FRANCOIS, P. GOMNOT, « Principaux problèmes touchés par l'arrêt du 27 mars 1968 : la notion de subordination et sa portée (droit interne belge) », note sous Cass., 27 mars 1968, R.C.J.B., 1970, pp. 79 et s.

8. Voy. dans ce sens, D. VAN GERVEN, « Het beroepsgeheim van de advocaat », T.P.R., 2012, à paraître, n° 26.

2. En ce sens, rapport annuel 2002 de l'I.J.E., p. 10.

3. En ce sens, rapport annuel 2005 de l'I.J.E., p. 22.

4. Doc. parl., Sénat, sess. ord., 1998-1999, amendement 145/5, p. 2 – amendement 21.

5. En ce sens, H. LESGULLOIS, « La prérogative de confidentialité, domaines, rôles et limites », R.D.A.L., 2001, p. 826.

fense. Serait-il en effet acceptable d'utiliser les propos que l'employeur a confiés au juriste d'entreprise pour obtenir un conseil sur sa position juridique, contre lui ?

5. Cette position est-elle compatible avec la jurisprudence *AM & S Europe*⁹ et *Akzo*¹⁰ ?

Pour mémoire, cette jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne considère que 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, c'est-à-dire inscrit à un tableau d'avocats et employé d'une entreprise, 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. Les correspondances échangées entre un avocat interne et son employeur ne peuvent dès lors se voir accorder le bénéfice du secret professionnel.

Cette jurisprudence est notamment justifiée par le fait qu'il n'y a aucune tendance prépondérante dans les ordres juridiques des États membres de l'Union européenne vers une assimilation des avocats internes aux avocats exerçant à titre indépendant mais aussi par le fait qu'il existe toujours un nombre important d'États membres qui excluent les juristes d'entreprise de la protection de la confidentialité des communications entre avocat et client¹¹.

Par contre, et comme le relève très justement l'arrêt commenté, la situation en droit belge est différente dans la mesure où le législateur fédéral a opté pour l'instauration du principe de la confidentialité, nonobstant l'existence d'une relation d'emploi dans le chef du juriste.

Dès lors, lorsqu'une autorité nationale enquête pour le compte de la Commission européenne, celle-ci exerce ses pouvoirs conformément au droit national. Il s'ensuit que la solution adoptée en droit de la concurrence concernant les avis des juristes d'entreprise est différente en droit européen et en droit national.

6. L'arrêt commenté tranche enfin une autre question qui a fait l'objet de débats doctrinaux¹², à savoir : l'article 458 du code pénal soumet-il les juristes d'entreprise au secret professionnel ?

La cour d'appel de Bruxelles répond négativement à cette question pour deux raisons :

- parce que l'article 458 du code pénal ne vise le dépositaire du secret que s'il en est le confident nécessaire, c'est-à-dire s'il reçoit des informations de personnes qui doivent s'adresser à lui aux fins de la fourniture de la prestation, en vertu de la loi, ce qui n'est pas le cas du juriste d'entreprise ; et
- parce que lors des travaux préparatoires de la loi sur l'Institut des juristes d'entreprise, le législateur a expressément renoncé à l'application de l'article 458 du code pénal aux juristes d'entreprise et a voulu limiter la protection aux avis donnés par eux à une confidentialité.

9. C.J.U.E., 18 mai 1982, 155/79, *E.C.R.*, 1982, p. 1575.

10. C.J.U.E., 14 septembre 2010, cette revue, 2010, p. 1400.

11. Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 septembre 2010, n° 72 et 73.

12. Voy. notamment les références citées dans les rapports annuels de l'Institut des juristes d'entreprise (www.ijbe.be) et J.-P. BUYLE, I. DUNANT, « La confidentialité des avis des juristes d'entreprise », in *Le secret professionnel*, La Charte, 2002, pp. 187 et s., spéc. n° 11 ; J.-P. BUYLE, B. DESSART, « La responsabilité pénale des conseillers internes et externes de l'entreprise », in *Le droit pénal financier en marche*, Cahiers AEDBF/EVBF-Belgium n° 21, Anthémis, 2009, p. 453, spéc. n° 10.

Cette position est conforme à la doctrine antérieure à la loi du 1^{er} mars 2000 et qui s'accordait à dire que le juriste d'entreprise ne pouvait invoquer la règle du secret professionnel¹³.

En 2006, l'avant-projet de loi-programme contenait un projet d'article libellé en ces termes :

« L'article 5 (de la loi du 1^{er} mars 2000 créant un Institut des juristes d'entreprise) est remplacé par le texte suivant : "Le juriste d'entreprise qui, dans le cadre de son activité de conseil juridique, rend des avis au profit des entreprises ou organismes visés à l'article 4, alinéa 1^{er}, 3^o, est soumis à l'article 458 du code pénal" ».

Cette disposition fut cependant retirée de la loi-programme notamment à la suite de l'intervention du Collège des procureurs généraux. Le libellé même de l'article 5 de la loi conforte la thèse selon laquelle l'article 458 du code pénal ne s'applique pas aux juristes d'entreprise. Cet article 5 ne concerne ni la profession du juriste d'entreprise, ni les juristes eux-mêmes ; il ne concerne que certains avis rendus par ces derniers¹⁴.

On peut, cependant, se poser la question de savoir si l'article 458 du code pénal constitue le réel fondement du secret professionnel de l'avocat.

Cette disposition ne sanctionne pénalement que la violation du secret en dehors des tribunaux et des commissions d'enquêtes parlementaires et lorsque la loi oblige à faire connaître le secret.

Cette norme n'oblige toutefois pas le conseiller juridique à révéler ses secrets devant les tribunaux et les commissions d'enquêtes parlementaires. L'avocat ne révélera une confiance que s'il est confronté au respect d'une valeur supérieure (droits de la défense, sauvegarde d'une vie...). Une disposition pénale sanctionnant un comportement déterminé n'est pas le fondement juridique d'un droit.

En réalité, le secret professionnel du conseiller juridique trouve un fondement juridique plus adéquat dans les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁵.

En d'autres termes, confidentialité et secret professionnel ont le même fondement : le droit de la défense et la protection de la vie privée. Ceci paraît logique, car dans les deux cas la protection est prévue pour que le client (l'employeur pour le juriste d'entreprise) puisse obtenir le meilleur conseil en toute confidentialité sans que les informations échangées puissent être utilisées contre lui. Ce n'est que dans ce cas que le client peut en toute tranquillité donner toutes les informations nécessaires afin d'obtenir le meilleur conseil pour sauvegarder sa position juridique envers les autres sujets de droit¹⁶.

Jean-Pierre BUYLE

Ancien bâtonnier

du barreau de Bruxelles

Dirk VAN GERVEN

Ancien bâtonnier

du barreau de Bruxelles

13. P. LAMBERT, J.-F. TAYMANS, « Le secret professionnel du notaire », *Rép. not.*, tome XI, livre X, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 31, n° 17 ; J. VAN CAENEGEM, « Beroepsgeheim voor de bedrijfsjurist », in *Libet Amicorum C.D.V.A.*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 27 ; A. KOHL, « Les notes internes du juriste d'entreprise peuvent-elles bénéficier de la confidentialité accordée aux membres du barreau ? », *Cah. dr. europ.*, 1989, p. 190.

14. I. VAN CAENEGEM parle d'un secret dépersonnalisé (« Confidentialiteit van de adviezen van de bedrijfsjurist : le secret professionnel est personnel et la confidentialité réelle »).

15. Article 6 : *Cour eur. D.H., Madarac c. Moldava*, 10 mai 2007 ; *Niemitz c. Allemagne*, 16 décembre 1992 ; *Foxley c. Royaume Uni*, 20 juin 2000 ; article 8 : *Cour eur. D.H., Niemitz c. Allemagne*, 16 décembre 1992 ; *Sierles A. n° 251-B ; Roemen et Schmit v. Luxembourg*, 25 février 2003. (Hudoc (<http://www.echr.coe.int/>) ECHR/fr/Header/Case-Law/Decisions-and-judgments/HUDOC-database).

16. Comparez avec C.C., 23 janvier 2008, cette revue, 2008, p. 180, obs. F. Abu Dalu ; R.W., 2007-2008, p. 1094.