



Opinion | Avis des juristes d'entreprises : la confidentialité doit être totale

En réponse à une tribune signée par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence dans « les Echos », Olivier Fréget, Didier Théophile, Mélanie Thill-Tayara et Philippe Guibert plaident pour une protection pleine et entière des avis rendus par les juristes d'entreprise.



« » (Shutterstock)

Par **Olivier Fréget** (avocat au barreau de Paris), **Didier Theophile** (avocat), **Mélanie Thill-Tayara**
Publié le 4 oct. 2023 à 10:30

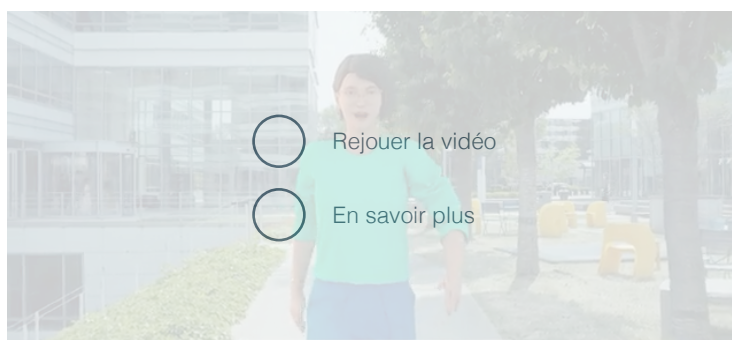
Dans 17 Etats sur les 33 membres de l'OCDE, **les opinions des juristes d'entreprise** sont confidentielles, notamment vis-à-vis des autorités de concurrence. Cette confidentialité a une fonction précise : elle assure au juriste la protection de sa liberté d'opinion afin qu'il en use pour éclairer son management sur telle ou telle stratégie au regard du droit de la concurrence.

Si son écrit demeure confidentiel, il n'a pas à craindre qu'il puisse être utilisé pour accuser son employeur d'avoir délibérément violé la loi, en l'exposant par ailleurs à des conséquences fâcheuses.

L'intérêt de cette protection de la confidentialité est ainsi clair. Lorsque les juristes s'expriment, ils peuvent faire plus facilement faire converger l'intérêt du respect de la loi avec celui des différentes parties prenantes. S'ils se réfèrent d'écrire, ils ne peuvent plus utilement jouer ce rôle.

Une opposition inattendue

PUBLICITÉ



Jusqu'à présent, la France faisait malheureusement partie des Etats qui rechignaient à admettre ce raisonnement pragmatique et participant du respect de libertés fondamentales. Après des années de débat, une disposition législative a été votée **et est en Commission mixte paritaire**. Une ultime opposition, inattendue, vient de s'exprimer dans ces colonnes : celle **du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence**.

LIRE AUSSI :

- **INTERVIEW - « La concurrence, c'est une protection contre la captation de la rente »**

Du point de vue de l'auteur de cette tribune, il serait nécessaire que l'Autorité puisse continuer de saisir les notes des juristes internes. Il explique que, si les avis des juristes sont confidentiels pour l'Autorité, celle-ci se verrait privée d'une source potentielle de preuves contre les entreprises. Cela affecterait alors l'efficacité de la mission de l'Autorité lorsqu'elle applique le droit de la concurrence de l'Union, ce qui rendrait cette mesure inopposable à ses services.

Enfin, le rapporteur général prétend qu'une telle mesure de protection ne devrait être possible qu'à l'égard de juristes indépendants de leur entreprise, comme le sont les avocats de leurs clients.

Pas d'opinion par écrit

On ne saurait souscrire à cette approche. D'abord, du fait de l'absence actuelle de protection des avis des juristes internes, ceux-ci ne mettent généralement pas (ou plus) leurs opinions par écrit, précisément pour éviter de voir leurs avis saisis et retournés contre l'entreprise. Autrement dit, si l'on raisonne comme on le fait en droit de la concurrence, de manière « contrefactuelle », la perte de « preuves » apparaît bien relative.

LIRE AUSSI :

- **DECRYPTAGE - Justice : le Sénat veut protéger les avis rendus par les juristes d'entreprise**

Ensuite, une des caractéristiques fondamentales du droit de la concurrence tient à ce que ses infractions sont « objectives » : la subjectivité de l'auteur de la décision éventuellement anticoncurrentielle n'emporte ainsi aucune conséquence juridique sur la constatation de l'existence d'une infraction (à la différence du droit pénal).

L'avis du juriste ne peut, ni ne devrait jamais, faire « preuve » puisque le fait que l'entreprise ait ou non de propos délibéré violé le droit de la concurrence est (ou devrait toujours rester) juridiquement non nécessaire à la qualification d'une infraction.

Confidentialité protégée

Enfin, l'argument selon lequel l'absence d'indépendance des juristes d'entreprise devrait les priver d'une protection de leur avis, pour commun qu'il soit, exige une réflexion peu menée.

« C'est précisément parce que le salarié est en situation de 'dépendance' que la confidentialité de ses avis doit être protégée. »

PUBLICITÉ



Ce n'est pas parce que les avocats sont organisés en une profession indépendante que la confidentialité de leur avis est nécessaire et légitime. C'est, qu'à défaut, ils ne pourraient pas conseiller leurs clients, car ceux-ci ne s'ouvriraient pas à eux. Or, un juriste qui conseille son employeur afin de l'amener à agir en respectant le droit de la concurrence n'exerce pas une fonction différente de celle d'un avocat vis-à-vis de ses clients sans pour autant bénéficier la protection que son statut accorde à ce dernier.

En réalité, c'est justement parce que le salarié est en situation de « dépendance » que la confidentialité de ses avis doit de plus fort être protégée.

Olivier Fréget, Philippe Guibert, Didier Théophile et Mélanie Thill-Tayara sont avocats au barreau de Paris.

Olivier Fréget, Didier Théophile, Mélanie Thill-Tayara et Philippe Guibert