

La confidentialité des avis de juristes d'entreprise : un secret des affaires qui ne dit pas son nom

Septembre 2024

Les amendements et propositions de loi visant à consacrer la confidentialité des avis de juristes d'entreprise, ou *legal privilege* « à la française », se sont multipliés depuis 2023¹. Ces textes cherchent à introduire au sein de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 relative à l'organisation des professions judiciaires, un nouvel article qui confèrerait un caractère confidentiel aux consultations réalisées par les juristes d'entreprise, pour le compte de leur employeur.

Sous certaines conditions², cette nouvelle exigence de confidentialité permettrait aux entreprises d'empêcher que ces documents leur soient opposés, qu'ils soient saisis ou remis à un tiers, dans le cadre d'une procédure ou d'un litige en matière civile, commerciale ou administrative.

Elle rendrait ainsi ces documents et les informations qu'ils contiennent largement inaccessibles aux autorités administratives, aux juridictions et aux citoyens et citoyennes **dans de nombreux litiges impliquant des entreprises**.

En effet, si ces dispositifs prévoient que la confidentialité n'est pas opposable dans les litiges en matière pénale ou fiscale, ni aux procédures intentées par l'Union Européenne, cette exclusion n'est qu'un leurre, dans la mesure où un grand nombre de procédures impliquant des entreprises relèvent en réalité des matières civiles, commerciales et administratives et non des procédures pénales et fiscales³.

Dans un contexte déjà marqué par l'opacité de l'activité économique⁴, cette nouvelle exigence de confidentialité risque donc de constituer un frein supplémentaire à **la lutte contre les atteintes à la probité, aux droits humains et à l'environnement, commises par les entreprises**.

La présente note souligne ces risques, tout d'abord s'agissant de l'efficacité des enquêtes des autorités administratives en charge de la régulation économique⁵. D'autre part, une telle réforme risque également de limiter l'accès à la justice de victimes et d'associations, lorsqu'il leur incombe de rapporter la preuve de la responsabilité d'une entreprise. Enfin, le dispositif est susceptible d'entraver la capacité des personnes lanceuses d'alerte à faire valoir leur statut et les protections que la loi y rattache.

Un obstacle aux enquêtes réalisées par les autorités administratives

Les autorités administratives jouent désormais, aux côtés des autorités de poursuite et des juridictions pénales, un rôle central – et selon nous questionnable⁶ – dans le contrôle du respect des obligations imposées aux entreprises.



Il en va ainsi par exemple en matière de lutte contre le blanchiment, la corruption, ou encore pour la protection des consommateurs et consommatrices et des droits et libertés numériques, avec l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR), l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), l'Autorité de la concurrence, la direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF), la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ou encore l'Agence Française Anti-corruption (AFA).

Ces autorités disposent à ce titre de **pouvoirs d'enquête et de sanction**⁷. La capacité d'accéder aux informations détenues par les entreprises est dès lors une composante essentielle de la réalisation des missions de ces autorités. C'est la raison pour laquelle les documents des entreprises, tels que les consultations des juristes, peuvent généralement faire l'objet **d'une demande de communication ou d'une saisie de leur part**⁸. Cette possibilité est d'autant plus pertinente que les services juridiques des entreprises ont aujourd'hui la charge d'identifier des cas de manquement à la loi⁹.

Le secret des affaires n'est dès lors pas opposable aux enquêtes administratives¹⁰. Plusieurs autorités administratives bénéficient également du pouvoir de passer outre un éventuel secret professionnel. Il en va ainsi de l'AMF¹¹, de l'ACPR¹², de la DGCCRF¹³, ou encore de l'Autorité de la concurrence¹⁴.

Ce pouvoir trouve sa limite dans le respect du secret des correspondances entre client-e et avocat-e¹⁵. Si une autorité venait à utiliser une telle information pour fonder sa décision, celle-ci serait nulle¹⁶.

En revanche, si la confidentialité des avis des juristes d'entreprise venait à être consacrée par le législateur, elle permettrait de conférer à ces documents **une protection similaire à celle instaurée en faveur des correspondances entre avocat-e et client-e**.

Une telle possibilité, critiquable dans son principe **en l'absence d'indépendance des juristes salarié-e-s à l'égard de leur employeur**¹⁷, serait de nature à **entraver les missions des autorités administratives**. Celles-ci ne pourraient en effet plus saisir ou demander à se faire communiquer les consultations de juristes d'entreprises. Même si une autorité entraînait en possession d'une telle consultation par un autre moyen, le *legal privilege* lui interdirait de l'utiliser dans le cadre d'une procédure.

Les diverses propositions de loi prévoient certes que la confidentialité des documents pourrait être levée par un juge des libertés et de la détention, mais **dans la seule hypothèse où ces documents auraient eu pour finalité de faciliter ou d'inciter à la commission de manquements pouvant faire l'objet de sanctions**. Ainsi, une consultation d'un-e juriste d'entreprise signalant un manquement ou un risque de manquement ne pourrait pas voir sa confidentialité levée.

Les dispositifs envisagés par le législateur seraient donc de nature à ralentir, voire entraver, les enquêtes réalisées par ces autorités, puisque des documents dont l'importance ne doit être sous-estimée seraient soustraits de leur regard. **Partant, l'efficacité général du dispositif de lutte contre les crimes économiques s'en trouverait encore amoindrie**.



Cette situation est d'autant plus inquiétante que le législateur a multiplié ces dernières années les dispositifs de Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), qui permettent aux entreprises de s'affranchir des risques de condamnation pénale pour des faits de corruption, de fraude fiscale et pour certaines infractions environnementales. Ces conventions négociées entre les entreprises et le ministère public prévoient en effet que l'entreprise échappe aux poursuites en échange du paiement d'une amende. Elles s'accompagnent généralement d'une obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité, **dont le suivi de l'exécution est confié aux autorités administratives**¹⁸.

La nouvelle excuse de confidentialité risque donc également d'être opposable aux autorités de contrôle dans le cadre de leurs missions de suivi de l'exécution des CJIP. Partant, cette excuse de confidentialité permettrait de parachever l'organisation procédurale de l'impunité des entreprises : **celles-ci bénéficieraient non seulement de la possibilité d'échapper aux poursuites grâce à la CJIP, mais également de la possibilité de faire obstacle aux timides contraintes que leur impose celle-ci**, dans le cadre des obligations de mise en conformité.

Une difficulté accrue d'accès aux informations détenues par les multinationales

L'activité internationale des entreprises est **largement occulte, en raison d'une part de la complexité** des chaînes de valeur et des flux financiers, et d'autre part, en raison de **la protection légale accordée à certains secrets politico-financiers**¹⁹.

Cette opacité entrave l'accès à la justice en cas d'atteintes aux droits humains et à l'environnement, notamment lorsqu'il revient aux victimes d'établir la preuve de la responsabilité d'une entreprise. C'est le cas de nombreuses matières entrant dans le champ d'application des dispositifs de confidentialité envisagés, comme les procédures de contestation de licenciement, les litiges en matière de devoir de vigilance des sociétés mères, ceux tendant à la réparation du préjudice écologique ou encore les actions en responsabilité en matière de produits défectueux.

Dans ces instances civiles ou commerciales, les requérant-e-s, ne disposent pas des moyens de l'enquête pénale ou des autorités administratives pour prouver le bien-fondé de leurs prétentions. **Ils ont néanmoins la possibilité de solliciter du juge des mesures d'instruction** prévues par le Code de procédure civile. Il s'agit notamment de la saisie de documents par un commissaire de justice²⁰ ou encore de la production forcée d'un document détenu par une partie²¹ ou par un tiers²².

Pour garantir l'efficacité de ces mesures, la loi dispose que **le secret des affaires n'est pas opposable aux autorités juridictionnelles**²³. À condition que sa protection ne puisse être assurée autrement, et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense, le juge saisi d'une mesure d'instruction peut simplement prendre des mesures permettant de protéger ce secret : il peut seul prendre connaissance d'une pièce dans un premier temps, permettre sa production au dossier dans une version tronquée ou résumée, décider que les débats auront lieu à huis clos... **mais sans pour autant faire obstacle à leur transmission**²⁴.



En outre, depuis une décennie, la jurisprudence de la Cour de cassation évolue vers **une reconnaissance de plus en plus large du droit à la preuve**²⁵, par ailleurs consacré de longue date par la Cour Européenne des droits de l'homme comme une composante du droit fondamental à un procès équitable²⁶. Aussi, dans l'hypothèse où certains documents visés par des mesures d'instruction seraient couverts par un secret professionnel, les juridictions opèrent une mise en balance entre le droit d'accès aux éléments de preuve, et les intérêts protégés par ledit secret²⁷.

Les consultations de juristes d'entreprise qui ne sont pas protégées au titre des correspondances entre avocat-e et client-e, peuvent donc pour le moment faire l'objet d'une saisie dans le cadre de mesures d'instruction civiles ou commerciales.

En revanche, dans le cadre des dispositifs de *legal privilege* envisagés, il est à craindre que les diverses mesures d'instruction que les requérant-e-s peuvent solliciter du juge soient privées d'efficacité, puisque les entreprises pourront empêcher la transmission aux parties et à la juridiction des consultations de leurs juristes. Cette confidentialité alléguée ne peut être contestée qu'en saisissant en référé le président du tribunal ayant ordonné la mesure d'instruction, dans un délai de 15 jours suivant l'exécution de celle-ci. Les textes ne prévoient en revanche aucune hypothèse de levée de la confidentialité dans les instances civiles et commerciales, comme ils le font – timidement – pour les procédures administratives.

Outre les mesures d'instructions, les propositions de lois interdisent également à toute partie de produire, dans une procédure civile ou commerciale qui l'oppose à une entreprise, une consultation de juriste qu'elle aurait déjà en sa possession.

Concrètement, de **telles lois obèreront donc la capacité, déjà limitée, des organisations de la société civile et des victimes qu'elles accompagnent à collecter des preuves sur les entreprises et à engager leur responsabilité**, faute de pouvoir produire ou obtenir la communication de documents pourtant **particulièrement susceptibles de démontrer l'existence de manquements**.

Une entrave à la capacité des personnes lanceuses d'alerte à faire valoir leurs droits

Les personnes lanceuses d'alerte jouent **un rôle clef pour faire la lumière sur les atteintes à l'intérêt général pouvant être commises par les entreprises**. Leurs alertes suscitent malheureusement souvent des représailles, visant à dissuader leur action. C'est pourquoi le législateur a progressivement consacré et renforcé un droit de l'alerte, en définissant l'objet et le fonctionnement de l'alerte et en instaurant des mécanismes de protection pour les personnes concernées²⁸.

En particulier, la loi prévoit que l'alerte doit être faite « de bonne foi », c'est-à-dire que la personne à l'origine du signalement doit avoir des motifs raisonnables de croire en la véracité des faits dénoncés²⁹. Le texte impose en outre aux personnes de réaliser leur alerte en priorité **via un canal de signalement interne à l'entreprise ou via un canal de signalement externe, auprès d'une autorité administrative**. La divulgation publique, par exemple via la presse, est également permise mais soumise à des conditions plus strictes.



La loi offre ensuite une série de mesures de protection pour garantir l'effectivité du droit d'alerte ainsi délimité. En particulier, les personnes lanceuses d'alerte **peuvent porter atteinte à certains secrets protégés par la loi**, tels que le secret des affaires, sans voir leur responsabilité engagée⁵⁰. Des juristes d'entreprise peuvent ainsi agir en tant que lanceurs ou lanceuses d'alerte, puisque le secret professionnel auquel ils et elles sont astreints peut alors être écarté⁵¹. Cette possibilité est d'autant plus pertinente qu'ils sont, par leur fonction, **biens placés pour connaître des manquements pouvant être commis par leurs employeurs**. La loi empêche également que les personnes fassent l'objet d'un licenciement en raison de leur alerte.

Une partie de ces mesures de protection repose sur l'intervention du juge civil, et en particulier du juge des prud'hommes. Bien que la charge de la preuve soit aménagée au bénéfice des personnes lanceuses d'alerte, celles-ci doivent néanmoins **au minimum établir l'existence de leur alerte**⁵². Dans ce cadre, elles peuvent être amenées à produire des documents en leur possession, ou à solliciter du juge la production de documents susceptibles d'aider à établir leur qualité de lanceur d'alerte.

Les propositions de loi relatives à la confidentialité des juristes d'entreprise seraient malheureusement de nature à remettre en cause l'efficacité de ce dispositif de protection. Tout d'abord, s'agissant du canal externe de signalement auprès des autorités administratives, celui-ci pourrait être privé d'utilité dans la mesure où, ainsi que discuté *supra*, **l'autorité administrative ayant reçu l'alerte risque de se trouver en partie dépourvue de capacité d'action**, faute de pouvoir pleinement exercer ses missions d'enquête et de sanction sur la base de documents qui seraient couverts par la confidentialité.

Les dispositifs de confidentialité envisagés viendraient en outre ajouter un obstacle à la faculté des personnes lanceuses d'alerte, y compris des juristes eux-mêmes, de prétendre aux protections prévues par la loi devant la justice civile et prud'hommes. En effet, comme exposé précédemment s'agissant des mesures d'instruction et des litiges en matière civile et commerciale, **en pratique ces personnes seront empêchées de produire des consultations qui pourraient pourtant aider à établir l'existence d'une alerte**.

Recommandation

Pour toutes ces raisons, Sherpa appelle à ne pas instaurer une telle confidentialité, qui tendrait à aggraver l'asymétrie d'information entre multinationales et citoyens, au détriment de l'intérêt général et de l'accès à la justice.



À propos de Sherpa

Combattre les nouvelles formes d'impunité liées à la mondialisation des échanges

Afin de renforcer la responsabilité des acteurs économiques et participer à la construction d'un droit plus protecteur de l'environnement, des communautés et des travailleurs et travailleuses, l'association Sherpa mène des activités de plaidoyer, de contentieux stratégique, de recherche juridique et de renforcement des capacités.

Pour mettre en œuvre ces activités, Sherpa réunit avocat-e-s, juristes, universitaires, ainsi que de nombreux expert-e-s qui appuient son action, en proposant une approche innovante du droit.

contact@asso-sherpa.org | www.asso-sherpa.org

Références

1. Un amendement introduisant la confidentialité des consultations de juristes d'entreprise avait été adopté par le Parlement à l'article 49 de la [loi n° 2023-1059](#) du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027. Considérant qu'il s'agissait d'un cavalier législatif, le Conseil constitutionnel avait néanmoins déclaré la disposition non conforme à la Constitution par sa [décision n° 2023-855 DC](#) du 16 novembre 2023. À la suite de cette censure, deux propositions de loi reprenant presque à l'identique cet amendement ont été déposées ; v. [Proposition de loi n° 126](#) visant à garantir la confidentialité des consultations juridiques des juristes d'entreprise, déposée le 17 novembre 2023 par le sénateur Louis Vogel et [Proposition de loi n° 2033](#) relative à la confidentialité des consultations des juristes d'entreprise, déposée le 21 décembre 2023 par le député Jean Terlier. Ces différents textes reflètent les préoccupations du Rapport Gauvain, qui visait à « protéger » les entreprises françaises de la guerre économique qui serait menée par les États-Unis, en s'inspirant notamment des modèles juridiques anglo-saxons eux-mêmes ; v. « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale », [rapport](#) de Raphaël Gauvain remis au Premier ministre, 26 juin 2019.
2. Ces conditions, à quelques variations près selon les textes, sont relatives à la formation des juristes, aux destinataires de la consultation et à l'apposition d'une mention sur le document.
3. Stasiak, F. « [L'éviction du juge pénal en matière économique et financière](#) », Archives de politique criminelle, vol. 39, no. 1, 2017, pp. 7-21.
4. Ritimo, Observatoire des multinationales, Coredem, [Multinationales : les batailles de l'information](#), Passerelle, n° 14 09/2016.
5. Frison-Roche, M.-A., Définition du droit de la régulation économique, Recueil Dalloz 2004 p.126.
6. Bétaille, J., Chouki, D., Courtaigne-Deslandes, C., Deguerque, M., Langelier, E., et al., Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [[Rapport de recherche](#)] Mission de recherche Droit & Justice. 2017 ; Bétaille, Julien. « [L'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction](#) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 2, no. 2, 2019, pp. 289-299 ; Sherpa, [Création d'une autorité de contrôle en matière de devoir de vigilance : une fausse bonne idée ?](#), Mai 2021.
7. Étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État du 15 avril 2021, « [Les pouvoirs d'enquête de l'administration](#) », p. 219-220.
8. *Ibid.*, Annexe 4 - Pouvoirs des membres et agents des autorités administratives indépendantes (AAI) et des autorités publiques indépendantes (API), p.12
9. Comme le souligne l'exposé des motifs de l'une des propositions de loi : « *Leur rôle est indispensable. Les entreprises françaises sont en effet soumises à des obligations de conformité de plus en plus exigeantes et touchant un nombre croissant de domaines : gouvernance, droits humains et droits sociaux, devoir de vigilance, protection des données, respect des règles déontologiques, responsabilité sociale et environnementale, lutte contre le blanchiment des capitaux...* » ([Proposition de loi n° 2033](#) relative à la confidentialité des consultations des juristes d'entreprise).



10. Code de commerce – Art. L151-7 : le secret des affaires n'est pas opposable « *dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives.* ».
11. Code monétaire et financier - Art. L.621-9-3.
12. Code monétaire et financier - Art. L.511-33.
13. Code de la consommation - Art. L.512-3.
14. Code de commerce - Art. L.450-4.
15. Ces correspondances sont protégées en toute hypothèse par les chambres civiles et commerciales de la Cour de cassation (Com. 3 mai 2012, n° 11-14.008), sauf à ce que l'avocat lui-même soit suspecté de fraude (Com. 26 nov. 2013, n° 12-27.162). La chambre criminelle juge que ces correspondances peuvent être saisies par les autorités administratives sauf si elles ont trait à l'exercice des droits de la défense (Crim. 24 avr. 2013, n° 12-80.331 ; Crim. 25 novembre 2020, 19-84.304).
16. CE, 12 novembre 2018, n° 414088.
17. La Cour de Justice de l'Union Européenne a jugé qu'à l'inverse de l'avocat-e externe, l'avocat-e interne n'est pas indépendant-e car il *ou elle* se trouve dans une situation de salariat. En effet, l'avocat interne est dépendant économiquement et ne peut s'écarter des stratégies commerciales de son employeur (CJUE, 14 sept. 2010, n° C-550/07, Akzo Nobel Chemicals Ltd. e.a. / Commission européenne, §47 et §56 et suivants).
18. Code de procédure pénale - Art. 41-1-2 et 41-1-3.
19. V. notamment sur le secret des affaires, Mallet-Poujol, N. « Secret des affaires, lanceurs d'alerte et risques d'autocensure : approche juridique », *Communications*, vol. 106, no. 1, 2020, pp. 175-186. V. également sur le secret défense, Binsard, R., Bousquet, A., Brihi, S., et Martine, G., Secret-défense : la raison d'État et le droit, *Dalloz Actualité* ; v. enfin sur la vie privée des personnes morales, Anticor, Vie privée des fondations d'entreprises : la question posée par Anticor a été tranchée par le Conseil d'État, 7 octobre 2022.
20. Code de procédure civile – Art. 145.
21. Code de procédure civile – Art. 142.
22. Code de procédure civile – Art. 138.
23. Code de commerce – Art. L151-7.
24. Code de commerce – Art. L153-1 ; par ailleurs, dès 2016 la Cour de cassation avait autorisé la saisie de consultations de juristes d'entreprises en vertu de la procédure de l'article 145 sur requête ou en référé, en précisant bien que ni le secret des affaires ni le secret professionnel ne peuvent y faire obstacle (Civ. 1re, 3 nov. 2016, n° 15-20.495).
25. Le droit à la preuve est de nature à l'emporter sur la protection de la vie privée (Civ. 1re, 5 avr. 2012, no 11-14.177) ainsi que sur l'exigence de loyauté de la preuve (Assemblée plénière, 22 dec. 2023, n° 20-20.648).
26. Garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH 27 oct. 1993, *Dombo Beheer BV c/ Pays-Bas*, n° 14448/88).
27. Com. 15 mai 2019, n° 18-10.491.
28. V. notamment la Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, dite « Loi Wasserman » ; celle-ci transpose la Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union et modifie la Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Loi Sapin 2 », qui contenait un premier régime harmonisé de protection des lanceurs d'alerte.
29. Cette exigence de bonne foi doit être distinguée de l'excuse de bonne foi prévue en matière de diffamation. En effet, conformément au considérant 32 de la Directive (UE) 2019/1937, elle vise simplement à garantir que les personnes ayant signalé sciemment des informations fausses ne pourront bénéficier des protections prévues par le texte. Contrairement à la diffamation, la bonne foi de la personne lanceuse d'alerte est présumée : la preuve de la mauvaise foi incombe donc à l'entreprise. Aussi, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, « *la mauvaise foi résulte de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce et non de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis* » (Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 18-13.593).



30. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 – Art. 6, 7, 10-1 ; Code pénal – Art.122-9 ; Code de commerce – Art. L151-8.

31. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 – Art. 6.

32. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 – Art. 10-1, III.-A. ; v. également Cass. soc., 7 juill. 2021, n° 19-25.754 : « *Lorsque le salarié présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'il a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve que sa décision de licencier est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit de signaler des conduites ou actes illicites* ».