

AVOCAT EN ENTREPRISE ET PLAIDOIRIE

Contribution de l'UJA de Paris
Congrès Exceptionnel de la FNUJA – 30 janvier 2010

L'Avenir ne se prédit pas, il se construit
Illustre Inconnu XXème siècle

Dans le cadre de sa contribution au rapport DARROIS, l'UJA de PARIS, rappelait son souhait de voir les portes de l'entreprise s'ouvrir à notre profession.

Cette volonté s'inscrivait dans une réflexion générale sur la *Grande Profession d'Avocat*, laquelle devant, à terme, regrouper tous ceux qui conseillent, rédigent des actes, défendent, dans une formation et une éthique commune, unique. Ce regroupement sous la bannière des Avocats tend à permettre un meilleur accès à la Justice, une véritable concurrence, une meilleure lisibilité pour les clients... soit, une réelle synergie des compétences, moyen d'une prestation juridique d'une qualité encore accrue.

L'Avocat est l'interlocuteur du droit, sous toutes ses formes, **c'est l'homme/la femme de droit pour tout le droit, partout où il y a du droit, en ce compris l'entreprise**, grande consommatrice de droit.

Pour autant, s'il nous semble pertinent, notamment dans le cadre de l'organisation de la grande profession du droit, de permettre à l'avocat d'exercer le droit en entreprise, il n'est pas pour autant question de fusion avec les juristes d'entreprise. Ainsi la FNUJA a déjà indiqué par un vote en comité (Beaune – Octobre 2009) qu'elle souhaitait la suppression de la passerelle prévue à l'article 93-3 du Décret du 27 novembre 1991, dont bénéficie actuellement les juristes. Ces derniers ne pourraient donc intégrer notre profession à l'occasion de cette évolution.

Bien au contraire, il s'agit, exclusivement, de donner à la profession d'avocat la possibilité d'investir et de conquérir de nouveaux marchés.

Ainsi aux termes du rapport du Professeur Bruno DEFFAINS (Avril 2008) sur l'opportunité de permettre à l'Avocat d'exercer en entreprise, ce dernier énonçait que « *l'autorisation d'un tel type d'exercice peut conduire à une augmentation de la qualité et du volume de l'offre de droit entraînant, par effet d'induction, le développement du marché du droit dans l'entreprise profitable à l'ensemble de la profession.*

La conquête de ce nouveau marché, doit par ailleurs s'accompagner de la généralisation de la représentation obligatoire, qu'appellent de leurs vœux tant l'UJA de PARIS que la FNUJA.

Dès lors, si à l'heure de la grande profession du droit, donner la possibilité à l'Avocat d'exercer en entreprise, en qualité de salarié de celle-ci, est nécessaire, c'est à la condition évidente qu'il reste soumis aux règles de déontologie de la profession d'Avocat, à la discipline et au contrôle de son Ordre.

C'est ce qu'a acté la FNUJA, réunie en Corse lors de son Congrès du 16 au 20 Mai 2009, dans sa motion sur l'Avenir de la Profession.

Ainsi, après avoir rappelé :

« son souhait de voir l'unification des professions juridiques et judiciaires en une grande profession d'avocat, seule à même de garantir une sécurité juridique et déontologique pour les usagers du droit ;

la Fédération a souhaité que :

*« la création d'un statut d'avocat en entreprise soit envisagée, dans des conditions **garantissant le respect de nos principes déontologiques** »*

Ce statut de l'Avocat exerçant en entreprise est à créer.

C'est en ce sens que la FNUJA a travaillé lors de son comité de Beaune, en dessinant par ses votes un statut respectueux de notre déontologie.

Se pose (ou se repose) aujourd'hui la question de la Plaidoirie :

« L'avocat salarié d'une entreprise pourra-t-il assister ou représenter cette entreprise en justice, devant toute juridiction ? »

L'UJA de PARIS a déjà répondu positivement à cette question à plusieurs reprises (contribution au rapport DARROIS, réponse au questionnaire FNUJA sur le statut de l'Avocat exerçant en entreprise), considérant que l'Avocat en Entreprise est un Avocat comme les autres, dont les prérogatives doivent être en tout point semblables à celles des avocats libéraux ou exerçant comme salarié au sein de cabinet d'avocats.

Acter que l'Avocat puisse exercer en Entreprise, c'est un nouveau pas vers la *Grande Profession d'Avocat*, une grande profession, qui doit être unie et unique (1).

Les différentes composantes du statut de l'avocat en entreprise votées par la FNUJA, lors du comité de BEAUNES, ont laissé apparaître que ce confrère pouvait être un avocat comme les autres, soumis aux mêmes obligations et à la même déontologie.

La cohérence et la logique même veulent que nous allions au terme du raisonnement en attribuant à l'avocat en entreprise les mêmes prérogatives qu'à tout avocat, en ce compris la plaidoirie (2), dès lors que son indépendance, inhérente à l'état même d'avocat lui est garantie statutairement (3).

1. DE LA NECESSITE D'UNE PROFESSION UNIE ET UNIQUE

Alors que nous souhaitons LA grande profession d'Avocat, il serait inopportun, voire contradictoire, de créer en notre sein une « *sous catégorie d'avocat* » aux prérogatives limitées.

L'Avocat en entreprise français, devra être un avocat de plein exercice...

...à l'instar de ses confrères Québécois, dont le Barreau a rédigé un Guide 2008 de déontologie appliquée aux avocats en entreprise, lequel énonce en introduction que :

« dans son rôle de représentation, l'avocat en entreprise ne se distingue pas de ses confrères de pratique privée. Devant les tribunaux, il doit notamment maintenir en tout temps son indépendance (...). Il s'agit là d'obligations déontologiques qui s'imposent à lui comme à tout autre avocat ».

En effet, ce Guide de déontologie appliquée aux Avocats en Entreprise pose également comme principes directeurs que :

1. **Le Code de déontologie des avocats s'applique à tous les avocats**, qu'ils soient en pratique privée ou encore en entreprise privée. **Tous sont régis par les mêmes règles déontologiques**
2. Les principes établis par le Code de déontologie des Avocats s'appliquent à tous les avocats, indépendamment de leurs champs de pratique.
3. L'Avocat en Entreprise n'a qu'**un seul client : l'entreprise**
4. L'Avocat en Entreprise doit veiller à la confidentialité des informations et documents qu'il reçoit et assurer le respect du secret professionnel
5. L'Avocat doit, en tout temps, maintenir sa loyauté envers l'entreprise qui l'emploie, **conserver son indépendance et éviter les conflits d'intérêts**

Cette profession unique et unie, n'en sera que plus forte.

En outre, la crainte que l'économie des cabinets libéraux soit déstabilisée si les avocats en entreprise plaident est infondée.

De même, le rapport DEFFAINS, d'Avril 2008, intitulé « *L'exercice de l'avocat en entreprise est-il opportun sur un plan économique ?* » (précité) démontrait que :

« les incitations économiques à internaliser les fonctions de représentation sont beaucoup plus faibles que celles qui conduisent à internaliser la fonction de conseil. On devrait donc s'attendre en pratique à ce que cette fonction reste assez largement externe aux entreprises en dehors de toute décision réglementaire.

Cette proposition s'avère d'autant plus crédible que le principe de spécialisation conduit certains avocats à se spécialiser fortement dans l'activité de représentation (défense et plaidoirie).

Il semble logique de penser que l'organisation efficace est là aussi de forme hybride, l'avocat en entreprise travaillant avec un avocat externe dès lors que la fonction de représentation devra être mobilisée ».

Ce rapport de conclure :

« En définitive, nous ne pensons pas souhaitable d'imposer sur un plan réglementaire le fait que l'avocat en entreprise se voit privé de sa fonction de représentation. Il y a d'ailleurs de bonnes raisons de penser que le problème ne se pose guère en pratique dès lors que les arguments économiques justifiant d'internaliser cette fonction sont très faibles ».

Cette analyse se vérifie d'ailleurs en pratique :

- s'agissant de l'assistance devant les juridictions sans représentation obligatoire pour lesquelles les institutionnels choisissent de se faire représenter par un avocat plutôt que par leurs salariés.
- de même, il ressort de l'expérience de nos confrères québécois que les avocats libéraux n'ont rien perdu de leur activité, les avocats en entreprise n'utilisant que rarement cette prérogative et préférant confier les dossiers contentieux à des avocats extérieurs à l'entreprise.

Avocats libéraux, salariés de cabinet d'avocats et salariés d'entreprise, tous avocats de plein exercice, seront unis au sein de la même grande profession.

Ainsi, il n'y a pas lieu de limiter les prérogatives de l'avocat en entreprise, lequel doit être un avocat comme les autres.

2. DE LA COHERENCE DU STATUT DE L'AVOCAT EN ENTREPRISE

C'est fort de la condition de respect de nos principes déontologiques, posé dans sa motion de Congrès de Corse, que la FNUJA réunie en comité à BEAUNE a voté, point par point, ce que devrait être le statut de l'Avocat en Entreprise.

L'Objectif de tous était de garantir, qu'à l'instar de tous ses confrères, l'avocat exerçant en entreprise soit un auxiliaire de justice pleinement indépendant.

Et que, fort de son statut, l'avocat en entreprise, puisse, s'il rencontre une difficulté, imposer sa déontologie et ne pas céder à d'éventuelles pressions de son employeur.

Ainsi il a été voté notamment¹ que :

- les avocats exerçant en entreprise ne seraient pas inscrits sur un tableau spécifique, mais que pour autant la mention de l'entreprise qui l'emploie figurerait ;
- cet avocat exerçant en entreprise serait soumis aux **mêmes obligations de formation continue** que ses confrères libéraux ou exerçants comme salariés en cabinet d'avocats ;
- il pourrait exercer à temps partiel dans plusieurs entreprises (sous réserve d'absence de conflit d'intérêt), mais ne pourrait exercer à temps partiel en qualité d'avocat libéral ;
- afin de garantir l'indépendance de ce confrère au sein de son entreprise, **son contrat de travail** :
 - o devrait être **communiqué à l'Ordre dès sa conclusion ou sa modification** de l'un de ses éléments substantiels, aux fins de contrôle
 - o **ne devrait pas comporter de clause susceptible de porter atteinte à l'indépendance que comporte le serment d'avocat.**
 - o devrait prévoir le **droit pour l'avocat de demander à être déchargé d'une mission contraire à sa conscience ou susceptible de porter atteinte à son indépendance**

*Il conviendrait d'ailleurs afin d'empêcher qu'un avocat salarié d'entreprise ne puisse être licencié (en l'absence de faute de sa part) en raison d'une décision judiciaire non conforme aux attentes de la direction de l'entreprise, d'obtenir qu'il bénéficie d'un statut de **salarié protégé**, à l'instar de celui des journalistes notamment.*

- l'Avocat exerçant en entreprise serait **soumis au secret professionnel, et à la confidentialité, tels que définis par les articles 2 et 3 du RIN.** Le contrat de travail devrait d'ailleurs prévoir un espace sécurisé et autonome dédié à l'avocat en entreprise afin de parfaitement garantir le secret professionnel ;
- l'avocat en entreprise devrait être soumis **aux mêmes règles déontologiques et disciplinaires, ainsi qu'aux mêmes règles de maniement de fonds** que ses confrères exerçant en libéral ou en qualité de salarié d'un cabinet d'avocat.

¹ Il a également été voté que le **CAPA serait la seule voie d'accès à la profession**, et aucune dispense, ni de pré-cap, ni de formation initiale, ne subsisterait.

- en cas de contentieux entre l'avocat exerçant en entreprise et son employeur, **l'arbitrage du bâtonnier devrait être imposé** pour toutes questions d'ordre déontologique et pour toutes questions relatives au contrat de travail (interprétation, exécution et cessation du contrat) ;
- l'Avocat en entreprise serait **soumis aux cotisations ordinales, CNB et CNBF et comme tout autre confrère.**

Par ces votes, la FNUJA a, de fait, soumis l'avocat exerçant en entreprise aux mêmes obligations déontologiques et financières que tout confrère.

En toute logique, l'Avocat en entreprise, partageant le même tableau et les mêmes obligations - déontologiques et financières- que ses confrères libéraux ou exerçant comme salariés en cabinet d'avocat, doit également bénéficier des mêmes prérogatives que ces derniers, notamment en assistant et représentant son client, l'entreprise, et en portant la Robe.

Le statut élaboré par la FNUJA a acté l'indépendance du confrère qui exercera en entreprise vis-à-vis de son client, son unique client : l'entreprise.

Lui refuser la possibilité de plaider reviendrait à nier, dans les faits, l'indépendance inhérente à notre profession que nous revendiquons pour lui par ailleurs.

3. AVOCAT EN ENTREPRISE, INDEPENDANCE ET PLAIDOIRIE

L'Avocat en Entreprise n'a qu'un seul client : l'Entreprise.

L'entreprise est bien un client, le seul client de ce confrère qui exercera en entreprise.

➤ En effet, le statut de salarié n'empêche pas en soi à un avocat d'avoir des clients

Ce n'est pas parce que l'avocat en entreprise est salarié qu'il ne peut pas avoir de client.

Si on se contentait de faire un parallèle avec l'avocat salarié en cabinet d'avocats, lequel ne peut assister et représenter que les clients de son employeur, on ne pourrait, par analogie, que considérer que l'avocat en entreprise aurait la possibilité de plaider pour les seuls clients de l'entreprise...

On voit où peut mener la logique d'un tel raisonnement ...

Il s'agit en réalité d'une question de statut.

Ainsi, au même titre que c'est la Loi qui a décidé, pour distinguer l'avocat collaborateur libéral et l'avocat salarié que ce dernier ne pourrait pas avoir de clients personnels, **ce sera cette même Loi, qui dans le cadre de la définition du statut de l'avocat en entreprise précisera qu'il n'aura qu'un seul client : son entreprise.**

➤ **Par conséquent, plaider pour son entreprise n'est pas plaider pour soi-même**

En effet, dès lors que l'avocat en entreprise est doté d'un statut qu'il lui garantit son indépendance et notamment la distanciation entre son client (l'entreprise) et lui, l'avocat en entreprise qui plaide pour son client (l'entreprise), ne peut en aucun cas être considéré comme plaidant pour lui-même.

Cette indépendance garantie statutairement, dès lors qu'elle n'est plus discutable ni discutée, puisque inhérente à la nature même de l'état d'avocat, l'avocat en entreprise peut, comme tout autre avocat, représenter et plaider pour son client, en l'occurrence l'entreprise.

Et le seul guide qui doit être pris en compte est celui du conflit d'intérêt.

En principe, l'avocat salarié en cabinet d'avocats n'aurait pas de conflit d'intérêt à défendre les clients de son cabinet, en revanche il y aurait un conflit d'intérêt à ce qu'il plaide pour son cabinet.

A l'inverse, l'avocat salarié en entreprise aurait un conflit d'intérêt à défendre les clients de l'entreprise, en revanche il n'y aura aucun conflit d'intérêt à ce qu'il plaide pour l'entreprise.

L'indépendance est un état, inhérent à l'avocat lui-même, garantie par le statut, et qui lui permet d'exercer TOUTES ses prérogatives y compris en matière de représentation et de plaidoirie.

Les aspects pratiques se règlent via les règles déontologiques et notamment celles applicables en matière de conflit d'intérêt : cf. exemple québécois

Dès lors, l'avocat en entreprise doit avoir la même prérogative que ses confrères : défendre son client jusqu'à la plaidoirie.

* *
*

En conclusion, l'Avocat en Entreprise doit pouvoir, dans l'intérêt de son client, l'entreprise qui l'emploie, **plaider** :

- **tant devant les juridictions sans représentation obligatoire**, comme le font d'ores et déjà les juristes d'entreprise,
(Il serait pour le moins paradoxal de refuser cette prérogative aux avocats employés par une entreprise)
- **que devant les juridictions avec représentation obligatoire** (et ce, tant que la postulation existe, dans le ressort du lieu où il exerce).

En revanche, et pour des raisons bien comprises de conflit d'intérêt, **nous excluons la possibilité pour l'avocat en entreprise de plaider pour les clients de cette entreprise.**

L'UJA de PARIS se prononce donc de nouveau pour que l'Avocat en Entreprise puisse Assister et Représenter l'entreprise qui l'emploie devant toutes les juridictions.

ANNEXE 1

Motion Prospective sur le Rapport DARROIS
Adoptée à la CP du 4 Juin 2009



L'UJA de PARIS,

Vu son rapport sur la Grande Profession d'Avocat adressé à la Commission DARROIS

RAPPELLE :

Que l'objectif fixé à notre confrère DARROIS était de : *« dégager les lignes d'une réforme en profondeur **de la profession d'avocat** [en l'adaptant] aux exigences de la société française, en lui permettant de participer à la compétition internationale et [en assurant] aux justiciables une meilleure compréhension de notre système juridique »*. Ainsi, il avait pour mission de *« formuler toutes les propositions visant notamment à créer en France une grande profession du droit et préciser les formes que cette profession pourrait prendre, en conciliant l'indépendance nécessaire à l'exercice des droits de la défense et les exigences propres à la réalisation de missions d'intérêt général »*.

Que fort de cette ambition et du constat selon lequel l'avocat est le seul professionnel à conjuguer confidentialité, secret professionnel, connaissance juridique, pragmatisme économique et humanité, l'UJA de PARIS a préconisé l'unification des professions juridiques sous la bannière de l'Avocat, laquelle permettrait un meilleur accès à la justice, une véritable concurrence ainsi qu'une meilleure lisibilité pour les justiciables.

DEPLORE

L'absence de remise en question de certains monopoles d'exercice injustifiés (notaires, greffiers des Tribunaux de commerce, Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation) alors que leur suppression était mentionnée dans la cinquième ambition du rapport ATTALI :

- « *Supprimer les rentes, réduire les privilèges et favoriser les mobilités*
- *Ouvrir très largement les professions réglementées à la concurrence sans nuire à la qualité des services rendus. »*

Ce faisant, il n'a pas été tenu compte de l'intérêt, pour les usagers du droit, de n'avoir qu'un interlocuteur unique (absence de la notion de maître d'œuvre juridique)

TOUTEFOIS, CONSIDERE

Que ce rapport, quoiqu'il n'ait pas atteint l'objectif premier qui lui était assigné, la Commission se limitant à proposer un système d'interprofessionnalité, porte en lui les germes de la Grande Profession du Droit ;

AINSI, SE FELICITE

De toutes les propositions tendant à rapprocher plus encore les professions d'Avocat et de Notaire, et notamment :

- la formation commune
- La possibilité pour les avocats de créer des structures interprofessionnelles avec de jeunes notaires (hors numéris clausus)
- Le partage des émoluments en cas d'intervention conjointe d'un notaire et d'un avocat
- Et la création de l'acte d'avocat, à côté de l'acte authentique (étant souligné que les actes soumis à la forme authentique devront parallèlement être limités à l'essentiel)

Ainsi que de toutes mesures tendant à consacrer l'idée que l'Avocat doit être l'interlocuteur privilégié dès qu'il s'agit de Droit, telles que :

- l'autorisation d'exercer de nouvelles activités par la rénovation du régime des incompatibilités (agent sportif, agent artistique, postes stratégiques en entreprise, expert-comptable)
- l'affirmation de la possibilité pour les Avocats d'exercer en entreprise, même si le statut ébauché par la Commission DARROIS est inacceptable
- A défaut le supprimer, de l'encadrement juridique plus sévère de l'exercice accessoire du droit

INVITE PAR SUITE,

Les représentants des professions concernées à engager dès à présent des travaux communs afin que leur rapprochement soit rapidement concrétisé.

ANNEXE 2

EXTRAIT DU GUIDE 2008 DE DEONTOLOGIE APPLIQUEE AUX AVOCATS EN ENTREPRISE édité par le Barreau du QUEBEC.

1.2 L'indépendance et les situations de conflit d'intérêts

L'avocat doit en tout temps sauvegarder son indépendance professionnelle, quelles que soient les circonstances, et ne peut subordonner son jugement professionnel aux pressions exercées sur lui par quiconque. Son Code de déontologie lui en fait un devoir à l'article 3.06.05. À cet égard, il doit privilégier son devoir de loyauté, et éviter les situations de conflit d'intérêts.

(...)

1.2.2 Les situations de conflit d'intérêts

Les conflits d'intérêts généralement susceptibles de survenir peuvent être circonscrits comme suit :

- o ceux mettant en cause les intérêts personnels de l'avocat;
- o lorsque l'avocat agit en même temps pour plusieurs clients (entreprise, filiale, coentreprise par exemple);
- o lorsque l'avocat agit contre un ancien employeur (client);
- o lorsque l'avocat quitte une entreprise pour se joindre à une autre.

Dans le cas où le conflit se situerait entre les intérêts de l'avocat et ceux de l'entreprise, l'avocat doit toujours préférer ceux de l'entreprise. Il doit donc faire abstraction des avantages économiques directs dont il pourrait bénéficier et qui dépendent des décisions prises à la suite des conseils qu'il aura pu donner. Si l'avocat ne peut faire abstraction de ses intérêts personnels, il doit éviter de donner les conseils requis.

L'avocat qui a conseillé les deux parties sur la transaction à l'origine du litige se trouve généralement en conflit d'intérêts.

Toutefois, l'avocat qui représente l'employeur et l'employé dans un litige n'est pas nécessairement inhabile à représenter son employeur dans un litige subséquent, même s'il y a connexité.

En effet, si les informations transmises par l'employé dans le cadre du premier litige appartiennent à l'employeur et ont été communiquées à ce titre, il n'y aura aucun conflit d'intérêts pour le second litige. À titre d'exemple, un ancien policier ne peut faire déclarer inhabile l'avocat d'un syndicat qui l'a antérieurement représenté à l'occasion d'un grief,

puisque les griefs appartiennent au syndicat et que les informations ont été transmises en présence de tiers, elles ne se voulaient donc pas confidentielles.

La question se pose quant à savoir si un avocat est en conflit d'intérêts lorsque, sans connaître le dossier dans lequel il intervient, il connaît, en raison par exemple du fait qu'il s'agit de son ancien employeur, les politiques de son adversaire.

Prenons pour exemple un avocat qui a travaillé pour une compagnie d'assurances et qui doit agir contre elle avec son nouvel employeur.

La réponse à cette question se trouve peut-être dans l'affaire *Doory c. Grunberger et Stein and Stein* où il a été décidé que lorsqu'un avocat a occupé pour un client dans un dossier qui lui a permis de connaître le caractère, la tournure d'esprit, la façon d'agir et de réagir de ce client, il ne doit pas être autorisé à agir contre lui dans toute autre affaire, car l'avocat détiendrait un pouvoir indu en contre-interrogatoire et en plaidoirie.

Certains critères ont également été précisés par la jurisprudence afin de déterminer si l'avocat est en conflit lorsqu'il entend agir contre un ancien client.

Ainsi, un avocat peut accepter d'agir lorsqu'il s'agit d'une affaire totalement nouvelle et sans lien avec le mandat qu'il a eu avec son ancien client et que la situation ne présente aucune possibilité ou probabilité qu'une information confidentielle obtenue à l'occasion du premier mandat puisse être utilisée dans le dossier en cours. Il ne doit donc pas y avoir de lien de connexité entre l'ancien mandat et le mandat actuel pour que l'avocat puisse agir.

En effet, s'il existe un lien de connexité avec le mandat, la Cour en inférera que des renseignements confidentiels ont été transmis et l'avocat sera déclaré inhabile, sauf s'il convainc la Cour qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué. C'est un fardeau de preuve dont il aura généralement bien de la difficulté à s'acquitter.