



**MINISTÈRE
DE L'ÉCONOMIE
DES FINANCES
ET DE L'INDUSTRIE**

**MINISTÈRE
DE LA JUSTICE**

RAPPORT

SUR

**Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique
de la place de Paris**

Établi par

Michel PRADA

Inspecteur Général des Finances Honoraire

Alain DAMAIS

Inspecteur des Finances
Rapporteur

Ludovic JARIEL

Magistrat

Chef du bureau de la réglementation des
professions, DACS

Pierre DE LAPASSE

Magistrat

Adjoint au chef du bureau du droit processuel
et du droit social, DACS

Avec l'assistance de
Marie LEBECQ

- MARS 2011 -

SYNTHÈSE

La mission confiée par le Garde des Sceaux et par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, comportait trois volets principaux :

- ◆ la consolidation de la Place de Paris dans l'arbitrage international ;
- ◆ le renforcement de la compétitivité des entreprises françaises par l'amélioration du dispositif de traitement du droit en entreprise et la poursuite du mouvement engagé pour la constitution d'une grande profession du Droit ;
- ◆ la problématique de la concurrence internationale en matière de prestations juridiques aux entreprises.

Sur l'arbitrage international se posaient trois questions :

- ◆ le risque posé par l'éventuel départ de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), installée en France depuis 1920, et le départ consécutif de la Cour Internationale d'Arbitrage qui en est le principal service ;
- ◆ la qualité et l'attractivité de l'environnement juridique français en matière d'arbitrage à Paris (efficacité des procédures d'appui, des contrôles de procédure et des recours en annulation des sentences arbitrales) ;
- ◆ le rayonnement de la profession française d'arbitre international.

La mobilisation des services concernés a permis aux ministres de proposer à la CCI un ensemble de solutions propres à justifier une décision de maintien du siège à Paris : une offre immobilière adaptée à ses besoins, un dispositif d'optimisation fiscale approprié à la nature essentiellement internationale de ses activités et de ses personnels, et la mise en œuvre de procédures allégées pour les visas nécessaires au séjour et aux déplacements fréquents de ses agents et correspondants. Il appartient désormais aux services compétents de finaliser les décisions ministérielles, notamment en ce qui concerne la location de l'immeuble affecté à la CCI, composante prioritaire de l'arrangement arrêté avec elle.

Le traitement de ce dossier a été l'occasion de constater que la France ne dispose pas, en matière d'offre d'accueil des organisations internationales non gouvernementales (non établies par un traité international), d'un dispositif suffisamment performant. Il serait opportun que soit défini un cadre juridique adapté au traitement des besoins des organisations internationales de statut privé (souvent créées sous la forme de fondation ou d'association sans but lucratif) chargées de missions d'intérêt général et dont le nombre, comme le champ d'activité, ne cesse de s'étendre, en cadence de la globalisation, notamment dans le domaine de la définition de standards internationaux. Nos principaux partenaires et concurrents adoptent en la matière des stratégies d'accueil beaucoup mieux intégrées et beaucoup plus attractives que les nôtres, en se fondant sur une interprétation plus compréhensive de l'intérêt général propre à justifier des aménagements de nature diverse par rapport aux pratiques normales de marché. Cette démarche se justifie par une conception juridique différente de la conception française en matière de service public, la délégation à des organismes privés de missions d'intérêt général étant plus systématique chez nos partenaires ce qui permet une reconnaissance plus aisée des spécificités d'institutions internationales ne relevant pas de traités internationaux.

Rapport

L'attractivité juridique de la Place de Paris en matière d'arbitrage international est excellente, d'autant que de récentes réformes ont été adoptées qui consacrent une longue évolution législative et jurisprudentielle qui reconnaît la spécificité et l'utilité de l'arbitrage international. Les procédures applicables en France, en matière d'appui à la constitution du tribunal arbitral, comme en matière de contrôle de procédure et de recours en annulation des sentences arbitrales soumise au juge français, sont parmi les plus performantes et ont traditionnellement influencé les évolutions dans de nombreux centres d'arbitrage concurrents.

Trois sujets méritent cependant attention.

Le premier, le plus complexe, concerne le brouillage relatif de notre droit de l'arbitrage international consécutif à une jurisprudence récente du Tribunal des Conflits -l'arrêt *INSERM* en date du 17 mai 2010- qui pose un problème de fond et de procédure en ce qui concerne le recours à l'arbitrage international par les personnes publiques françaises.

Sur le fond, la question se pose de la capacité de ces entités à compromettre et sur les limites de l'arbitrabilité des litiges qui les opposent à des partenaires internationaux dans le cadre d'opérations de commerce international dont la définition est d'ailleurs floue. Alors que le juge judiciaire n'exerce qu'un contrôle très limité sur les sentences arbitrales privées en matière de commerce international, notamment au regard de l'absence de contrariété de la sentence à l'ordre public international, reconnaissant ainsi la spécificité d'un droit international supérieur à l'ordre interne, il apparaît que les personnes publiques françaises, dont la capacité de compromettre à l'international est directement ouverte par la Convention de Genève, du 21 avril 1961 et indirectement par la Convention de Washington, du 18 mars 1965, ne peuvent se voir imposer par sentence arbitrale internationale des décisions contraires à l'ordre public administratif français (inaliénabilité du domaine public, droit de la commande publique, entre autres). Cette spécificité, en soi justifiable par le système constitutionnel français et par l'encadrement juridique dans lequel s'inscrit l'action des collectivités publiques, introduit une hétérogénéité dans la jurisprudence française, en différenciant litiges privés et publics, exclusivement, il est vrai, lorsque les opérations relèvent du contrôle du juge administratif français.

En la forme, la jurisprudence du Tribunal des Conflits introduit une deuxième source de complexité, logique en droit administratif français, mais difficilement compréhensible pour des acteurs internationaux, en ce qu'elle distingue les domaines de compétence du juge judiciaire et ceux du juge administratif, en fonction de l'implication d'une personne publique française dans un litige arbitral international localisé, le plus souvent, en France et mettant en cause l'ordre public administratif interne à la France.

Sans doute l'arrêt *INSERM* clarifie-t-il une grille de lecture jusqu'alors peu claire, même pour un spécialiste français. Il reste que vu de l'étranger, notamment des opérateurs économiques souhaitant avoir recours à l'arbitrage international pour le règlement de leurs litiges et recherchant un siège d'arbitrage, il ne peut éliminer un sentiment de complexité et d'incertitude peu propice à la lisibilité du droit français de l'arbitrage et donc nuisible au choix de Paris comme siège de l'arbitrage.

Sans exagérer la portée de cette situation, qui n'affecte que les litiges où sont impliquées des entités publiques pour des contrats, pour l'essentiel, exécutés en France, il est sans doute souhaitable de rechercher une simplification du système, évitant les critiques parfois portées par nos concurrents sur cette « spécificité » française.

Dans ce but, la mission considère que plusieurs questions doivent être clarifiées, notamment :

- ◆ la capacité des entités publiques à avoir recours à l'arbitrage dans le cadre de leurs opérations relevant du commerce international ;
- ◆ la compétence juridictionnelle de principe en matière d'arbitrage relatif à des contrats relevant du commerce international ;

Rapport

- ◆ les conditions dans lesquelles les sentences arbitrales relatives à des litiges nés de contrats relevant du commerce international peuvent être rendues lorsqu'elles touchent à des matières impliquant les principes essentiels du droit public administratif français, notamment le principe d'égalité devant la commande publique, le libre accès à la commande publique, le principe de continuité du service public, la non aliénabilité du domaine public.

Plusieurs solutions sont envisageables, qui visent à réduire le nombre de cas où la dualité de juridiction, voire de jurisprudence, viendrait compromettre la lisibilité de notre environnement. La mission a exploré plusieurs pistes avant de les écarter :

- ◆ réaffirmer et étendre l'interdiction faite aux entités publiques de recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges issus des contrats qu'elles concluent, y compris à l'international : cette solution aurait l'avantage de la clarté, mais l'inconvénient majeur de mettre la France en infraction avec ses obligations internationales ;
- ◆ confier au juge judiciaire, par voie législative, un bloc de compétence unique en matière de recours contre toutes les sentences arbitrales relatives aux litiges nés de contrats relevant du commerce international, quelque soit la nature du contrat : cette solution aurait l'avantage de préserver l'unité et la cohérence du droit français de l'arbitrage international ; cependant, compte tenu de la position constante de la Cour de Cassation, bien ancrée dans sa jurisprudence, de limiter au strict minimum les contrôles au fond des sentences arbitrales, il y aurait de grands risques que des sentences arbitrales contrevenant aux principes essentiels du droit administratif français soient validées par la Cour ;
- ◆ autoriser expressément les entités publiques à compromettre dans le cadre de leurs activités relevant du commerce international, sans prévoir de limite à cette faculté ni de contrôle spécifique du respect par les sentences arbitrales des principes impératifs du droit public français : cette solution aurait l'avantage de clarifier le droit français de l'arbitrage international dans un sens très favorable au développement de cette forme de résolution des litiges, mais comporterait là aussi le risque d'autoriser les arbitres internationaux à rendre des sentences qui seraient contraires à l'ordre public français.

Aussi, la mission propose d'emprunter une voie alternative qui consisterait à préciser *ex-ante*, dans un texte de nature législative, les principes essentiels du droit public français auxquels les entités publiques françaises, dans les contrats qu'elles passent, comme les arbitres internationaux, dans les sentences qu'ils rendent, ne peuvent contrevenir.

Techniquement cette solution pourrait passer par une modification des articles 2060 du code civil et 1520 du code de procédure civile dans les trois directions suivantes :

- ◆ **prévoir une autorisation expresse pour les personnes publiques françaises de compromettre dans le cadre de leurs contrats relevant du commerce international ;**
- ◆ **édicter une prohibition pour les sentences arbitrales de contrevenir aux principes essentiels du droit administratif français, notamment le principe d'égalité devant la commande publique, le libre accès à la commande publique, le principe de continuité du service public, la non aliénabilité du domaine public ;**
- ◆ **confier aux juridictions de l'ordre judiciaire un bloc de compétence exclusif pour l'examen des recours contre les sentences arbitrales prononcées suite à des litiges nés de l'exécution des contrats relevant du commerce international auxquels les personnes publiques sont parties et prévoir expressément que leur contrôle doit porter sur le point précédent.**

Rapport

Un deuxième sujet, plus aisé, mais tout aussi important, concerne **le nécessaire effort d'information et de promotion que les pouvoirs publics et les professionnels concernés devraient engager pour mieux faire connaître les caractéristiques de l'arbitrage international à Paris**, qui présente, à l'évidence, des avantages de procédure très attractifs et qui fait de Paris une place d'excellence en ce domaine. Cet effort devrait être concerté avec les nombreuses organisations qui regroupent les arbitres internationaux à Paris et avec les centres universitaires où sont dispensées des formations en anglais, langue de travail en la matière.

Le troisième sujet ne fait pas consensus : il s'agit de l'éventuelle organisation de la profession française d'arbitre international, aujourd'hui relativement dispersée et peu visible. Plusieurs organisations coexistent et se répartissent des tâches de formation, de représentation, de coopération, sans que la visibilité de l'ensemble paraisse à la hauteur des enjeux.

Il est vrai également qu'il s'agit d'acteurs en compétition, soit connus à titre individuel, soit appartenant à des cabinets d'avocats spécialisés, dont plusieurs grands cabinets internationaux installés à Paris où les a attirés la Cour Internationale d'Arbitrage dont la vocation dépasse évidemment la Place de Paris.

La construction d'une « profession française » s'avère donc moins évidente que celle que réunit à Londres le « *Chartered Institute of Arbitrators* ».

Sans aller jusqu'à une organisation formelle de la profession sous l'égide d'une seule entité, on peut cependant penser qu'à tout le moins un effort de mise en synergie des organisations existantes et de présentation de l'offre française, notamment par la construction d'un site Internet plus performant, contribuerait à la promotion de cette activité en croissance rapide.

La question de la place du droit et des juristes en entreprise est beaucoup plus complexe.

Elle est posée, depuis nombre d'années, à partir du constat, généralement partagé avec quelques nuances, de l'importance insuffisante du droit et du positionnement mal adapté des juristes internes dans la conduite des entreprises françaises, qui fonde un objectif de renforcement de leur compétitivité en la matière par rapport à leurs homologues étrangères. Elle coïncide avec une ancienne ambition de construire en France une grande profession du Droit, comparable à celles qui existent dans plusieurs grands pays. Elle a inspiré, en conséquence, de nombreux projets de réforme visant à atteindre les deux objectifs au moyen d'une solution unique qui a, jusqu'ici, profondément divisé les acteurs concernés : l'instauration d'un statut d'avocat salarié en entreprise.

Le constat concerne l'importance relativement moindre de la place du droit dans la stratégie des entreprises françaises, comparativement à leurs concurrentes, notamment anglo-saxonnes. Il est vrai que, sauf dans certaines grandes entreprises du CAC 40, les directions juridiques sont souvent cantonnées à des tâches de prévention, de traitement courant et de contentieux. La participation des responsables juridiques à l'équipe de direction (Comité exécutif ou équivalent) est loin d'être la règle. Or il est désormais acquis que la maîtrise du droit est un facteur important de robustesse et de compétitivité des entreprises et contribue puissamment à la qualité de l'offre dans les marchés internationaux.

Rapport

Par ailleurs, la tradition de la plupart des pays avancés reconnaît aux juristes d'entreprise une spécificité qui les différencie des autres collaborateurs dans leur relation avec l'équipe de direction, à raison de leur rôle éminent dans la gestion des risques juridiques et dans la conduite des fonctions de conformité. Cette spécificité se traduit par la reconnaissance, très répandue, d'un « *legal privilege* » qui protège, dans certaines limites, la confidentialité des conseils donnés par les juristes internes à leurs directions. Cette organisation est de nature à favoriser le respect du droit et évite la mise en cause éventuelle des entreprises par utilisation des études et consultations précédant les décisions.

Les juristes internes des entreprises françaises ne se différencient pas, en revanche, des autres collaborateurs et leurs conseils ne sont en aucune manière protégés, si bien qu'ils peuvent être saisis dans le cadre d'une procédure judiciaire et utilisés « à charge » dans les procédures contentieuses.

Les entreprises françaises et leurs juristes internes dénoncent, depuis de nombreuses années, cette situation qui, selon la majorité (mais pas l'unanimité), les place en situation défavorable par rapport à leurs concurrentes et les pousse à utiliser des procédures détournées pour échapper aux conséquences de cette inégalité.

Ils déplorent, notamment, l'impossibilité de résister aux demandes de « *discovery* », classiques dans les litiges internationaux, l'utilisation « déloyale », dans les procédures d'investigation, des notes internes par lesquelles sont éventuellement signalées au « *management* » des anomalies juridiques à redresser, et la nécessité, pour contourner la difficulté, de recourir aux services d'avocats extérieurs pour communiquer en interne sans risque, leurs correspondances étant alors couvertes par le secret professionnel. Une expression fréquemment entendue lors d'entretiens avec les intéressés résume leur situation au sein de groupes internationaux : le juriste interne français serait un « maillon faible » dans la chaîne de responsabilité juridique de l'entreprise ; le « *legal privilege* » disparaissant en cas de communication à une personne non couverte par le statut correspondant, les juristes étrangers hésiteraient à communiquer certaines informations à leurs collègues français, ou devraient transiter par des avocats externes.

La mission considère que le double objectif de renforcement de la place du droit et de rehaussement du positionnement des juristes internes en entreprise, associé, notamment, au développement des fonctions de conformité est justifié.

Le projet ancien de constitution en France d'une « grande profession du droit », ambition poursuivie depuis plusieurs années pour aligner la France sur la situation supposée des pays anglo-saxons, relève d'une autre problématique.

Il est vrai que la France se distingue de la plupart de ses partenaires par une fragmentation excessive des professions juridiques, héritée de traditions anciennes, consolidée par les effets du corporatisme et par les adhérences économiques de la valorisation des « charges » diverses qui rend difficile tout exercice de restructuration.

A l'opposé, les britanniques ont historiquement bâti une grande profession de « *solicitors* », agissant dans différents domaines, et, en particulier, hors ou dans les entreprises, sans être, comme les avocats français, « omis » du barreau lorsqu'ils sont recrutés comme salariés d'entreprise (il existe, cependant, au Royaume-Uni, certaine diversité des professions juridiques, à commencer par l'existence des avocats plaidants, les « *barristers* »). Plus pur encore est l'exemple américain, caractérisé par l'existence d'une profession unique d'« *attorney at law* » dont les membres exercent divers métiers juridiques (y compris celui de magistrat), dans et hors les entreprises et sans être détachés de leur profession « ordinale ». Des modèles analogues existent en Europe, en Allemagne, en Espagne ou en Hollande, par exemple, pays où une profession unique d'avocat exerce différents métiers.

Rapport

Il est clair que l'appartenance à une grande profession, structurée autour d'une déontologie professionnelle rigoureuse, plaçant au premier plan le respect de la règle de droit et organisant un recrutement de qualité, confère à ces systèmes une réelle vertu et aux professionnels du droit un poids spécifique qui contribue à leur prestige, à leur crédibilité et, plus généralement, à un meilleur respect de la norme juridique dans la conduite des affaires. L'existence d'une grande profession est, en outre, porteuse de dynamisme international et n'est pas étrangère au rayonnement des professions d'origine anglo-saxonnes dans le monde.

La mission considère, en conséquence, que les efforts engagés, depuis plusieurs décennies, pour unifier les professions du droit en France par regroupement progressif autour de la profession d'avocat (fusion avec les avoués près les tribunaux de grande instance, les conseils juridiques et, tout récemment, les avoués près les cours d'appel) doivent être poursuivis.

C'est dans ce contexte qu'a été proposé, depuis plusieurs années, un projet de réforme organisant l'exercice de la profession d'avocat en entreprise, voire la fusion de la profession de juriste d'entreprise et d'avocat.

Cette réforme présenterait, selon ses défenseurs, trois séries d'avantages :

- ◆ elle apporterait une réponse à la problématique de la confidentialité du conseil délivré en interne, l'avocat en entreprise emportant avec son statut le bénéfice du secret professionnel dans les relations avec son « client », ici l'entreprise, et avec ses correspondants avocats ;
- ◆ elle rehausserait le statut du juriste interne et consoliderait sa position, le rattachement au barreau et à sa déontologie confortant son indépendance professionnelle et éthique, et contribuant ainsi à une meilleure prise en compte des impératifs de conformité au droit dans la gestion des affaires ;
- ◆ elle contribuerait à l'unification de la profession du droit, tout ou partie des 15 000 juristes d'entreprise, en fonction de critères d'équivalence à déterminer, venant rejoindre les quelque 52 000 avocats, et faciliterait le passage sans difficulté d'un métier à l'autre, comme chez nos partenaires.

Plusieurs rapports ont tenté de tracer la voie qui permettrait de mettre en œuvre cette réforme. A ce jour, de nombreuses oppositions venant de différentes parties prenantes n'ont cependant pas permis de progresser. Les arguments des opposants appellent cependant des réponses qui permettraient, sans doute, de bâtir une solution consensuelle.

La profession d'avocat est, elle-même, profondément divisée sur le sujet, même si les votes intervenus depuis plusieurs années manifestent une tendance régulière au renforcement du courant favorable à la réforme.

Pour certains, le statut de salarié d'entreprise est radicalement incompatible avec le statut d'indépendance de l'avocat libéral. Cet argument, respectable en soi, n'emporte cependant pas la conviction. Depuis 1990, les avocats salariés d'autres avocats sont inscrits au barreau. Par ailleurs, l'indépendance est moins une question statutaire qu'un trait de caractère, et l'on peut mettre en doute celle de certains professionnels libéraux dépendant, pour leur activité, d'un client externe dominant, comme on peut espérer que celle des juristes d'entreprise serait confortée par leur appartenance au barreau.

Rapport

Une crainte plus économique a été exprimée par certains avocats plaidants, particulièrement dans les barreaux de Province où la représentation des entreprises constitue une part significative de l'activité (plus importante qu'en région parisienne où se concentre l'activité d'avocat d'affaires). L'avocat en entreprise, s'il était autorisé à plaider, serait susceptible de capter cette activité et de porter préjudice aux cabinets libéraux. Cette crainte est sans doute infondée, si l'on en croit les juristes d'entreprises qui ne revendiquent pas cette capacité de plaider, à la fois pour des motifs tenant à leur charge et pour des motifs d'opportunité. Au demeurant, dans la plupart des pays étudiés (à l'exception de l'Allemagne), les *solicitors*, *attorneys* ou avocats en entreprise ne disposent, sauf exception, pas de cette faculté. Pour désarmer cette critique, il suffirait de ne pas autoriser les avocats en entreprise à plaider.

Certains employeurs sont réservés sur le principe de la réforme.

Essentiellement intéressés par l'adoption d'un dispositif de protection de la confidentialité du conseil interne, ils ne voient pas l'intérêt de passer par le truchement de « l'importation » du statut d'avocat pour parvenir à l'objectif.

Tous les employeurs et leurs représentants rencontrés par la mission se sont montrés, en outre, hostiles à l'idée que figure parmi leurs personnels une nouvelle catégorie de salariés à statut spécial ou dérogatoire. Cette position est encouragée par la posture de certaines organisations d'avocats qui plaident pour une solution extrême, internalisant en entreprise un véritable cabinet d'avocat en tous points comparable à un cabinet libéral et étroitement dépendant de la discipline du barreau (la Grèce donne l'exemple d'une telle organisation qui soulève apparemment de nombreuses difficultés). Cette préoccupation est, à l'évidence, légitime, et l'on n'imagine pas que l'importation de l'avocat en entreprise provoque une sorte de déstructuration de l'équipe de management, préjudiciable à son fonctionnement normal.

Pour autant, il serait regrettable qu'une solution limitée au seul traitement de la confidentialité du conseil interne, solution qui a été récemment mise en œuvre en Belgique par la création d'une profession organisée de juriste d'entreprise disposant d'un « privilège légal », interdise la poursuite du mouvement vers la grande profession et aggrave, au contraire, la fragmentation.

La mission a sollicité l'avis de hauts magistrats et d'autorités administratives indépendantes sur le principe de l'instauration d'un privilège de confidentialité pour le conseil juridique en entreprise. Cette proposition a été jugée acceptable, voire bienvenue, si elle s'inscrit dans une dynamique de rehaussement de la place de la conformité dans la gestion des affaires. Il a, en outre, été demandé qu'elle soit mise en œuvre selon une procédure rigoureuse, permettant d'en cantonner la portée au seul conseil donné en interne, et que soit prévu un dispositif autorisant, dans des conditions précises de forme et de fond, de lever cette confidentialité en cas d'investigations mettant gravement en cause l'ordre public.

Aussi, la mission s'est attachée à rechercher une solution permettant, à partir d'une analyse fonctionnelle complétée par la prise en considération des arguments des différentes parties, de réduire les contradictions et de concilier les objectifs, en reprenant certaines des propositions de rapports précédents sur le sujet (Rapports Guillaume et Darrois, notamment).

Elle a, en particulier, mis en évidence la problématique qui résulte, pour l'éventuelle création d'un statut d'avocat en entreprise, de la singularité du statut d'avocat en France et de la différence profonde entre le secret professionnel de l'avocat, attribut personnel d'ordre public, essentiel à sa mission de défenseur (et dont le client ne peut le relever), et le « *legal privilege* » en vigueur à l'étranger, qui appartient à la direction de l'entreprise et qui n'impacte en rien l'obligation pour le juriste interne, *attorney*, *solicitor*, ou avocat, de se comporter à son égard en collaborateur de droit commun.

Il lui semble que le dessin d'une réforme équilibrée est concevable sur les bases suivantes, au prix de compromis raisonnables.

Rapport

D'une manière générale, il convient de préciser, au préalable, que l'élargissement du champ d'activité des avocats ne saurait justifier le maintien intégral, en toutes circonstances, et pour tous les métiers, de tous les attributs statutaires du « cœur de métier » de défenseur. D'ores et déjà, des ajustements ont d'ailleurs été consentis pour permettre aux avocats l'exercice de certaines fonctions (fiduciaire, mandataire de sportifs). Si l'on souhaite faire de la profession d'avocat le pôle de regroupement de la grande profession du droit, il convient d'accepter, à partir d'un socle commun, certaines modulations statutaires requises par son adaptation aux différentes fonctions.

Dans cet esprit, l'instauration d'un statut d'avocat en entreprise pourrait revêtir les caractéristiques suivantes :

- ◆ **L'avocat en entreprise serait inscrit au barreau sur une liste ad hoc. Il serait tenu de respecter les principes déontologiques et éthiques de la profession, dont la mission est de servir la justice et le droit. Il ne serait plus titulaire de l'obligation personnelle de respect du secret professionnel d'ordre public réservé aux avocats « libéraux ». Dans ses rapports avec son entreprise et avec ses homologues, il bénéficierait d'un « privilège de confidentialité », à définir par la loi, permettant de protéger la confidentialité de ses conseils écrits donnés en interne, au bénéfice et sous le contrôle de son employeur, comme c'est le cas au Royaume-Uni et aux USA.**
- ◆ **Salarié de l'entreprise, il en serait un collaborateur sans autre spécificité que son appartenance au barreau, gage de son intégrité et de son indépendance dans la défense du droit et le respect de la conformité.**
- ◆ **Il réserverait l'exclusivité de ses prestations à son entreprise.**
- ◆ **Il n'aurait pas la capacité de plaider devant les tribunaux où la représentation par un avocat est obligatoire.**
- ◆ **Le bénéfice du privilège de confidentialité serait réservé aux rapports entre l'entreprise et son, ou ses, avocat(s) juriste(s) interne(s). Les autres collaborateurs à compétence juridique n'ayant pas la qualité d'avocat ne bénéficieraient pas du privilège, à l'instar des collaborateurs « para-legal » qui travaillent auprès des avocats d'entreprise à l'étranger.**
- ◆ **L'intégration des juristes d'entreprise dans la profession d'avocat s'effectuerait en fonction de dispositifs d'équivalence permettant de traiter les populations existantes et, par la suite, d'intégrer des collaborateurs chevronnés susceptibles de bénéficier d'un « tour extérieur », subordonné notamment à la vérification des conditions d'équivalence et de leurs connaissances en matière de déontologie.**
- ◆ **Dans le cas de procédure d'investigation administrative ou pénale, un dispositif juridiquement encadré de levée du « privilège de confidentialité » pourrait être mis en œuvre, comme c'est le cas au Royaume-Uni et aux USA.**

Rapport

La mission relève qu'une telle réforme pourrait utilement être l'occasion d'une réflexion sur les systèmes de formation en droit, notamment en droit des affaires, et de contrôle des connaissances permettant l'accès à la profession d'avocat. Sans contester la qualité du système académique en vigueur en France depuis de nombreuses années, il apparaît, en effet, que certaines évolutions seraient souhaitables, afin de « désenclaver » les juristes, d'ouvrir la formation, aujourd'hui très doctrinale, voire, selon certains, mandarinale, à des disciplines complémentaires (particulièrement aux problématiques internationales) et d'améliorer le niveau, souvent très médiocre, des jeunes juristes en langues étrangères (particulièrement en anglais). Par ailleurs, le jugement porté sur les Ecoles du Barreau est parfois critique. Une dynamique de changement pourrait être engagée par la rénovation des examens professionnels qui pourraient accueillir des candidats aux cursus diversifiés. Il s'agit là d'une question complexe que la mission n'avait pas compétence à expertiser et qui fait d'ailleurs l'objet de discussions animées entre tenants de la tradition des Facultés de Droit et tenants de formations plus « modernes » (Ecole de Droit de L'IEP de Paris, Ecoles de Commerce).

Enfin, il serait opportun d'examiner sans attendre les conséquences de l'arrêt Akzo de la Cour de justice de l'Union européenne qui met en cause l'indépendance des juristes salariés, avocats ou non, et ne reconnaît en conséquence pas l'opposabilité du principe de confidentialité des conseils donnés en interne à l'entreprise. Sans doute peut-on considérer qu'il s'agit d'un arrêt de circonstance, dont l'effet est circonscrit au champ du contrôle communautaire sur l'application par les entreprises du droit européen de la concurrence. On peut, cependant, penser que cette jurisprudence pourrait s'étendre à de nouveaux domaines, remettant en cause le « *legal privilege* » et compromettant son éventuelle instauration en droit français. La question se pose donc de l'opportunité, en concertation avec nos partenaires, d'ailleurs prioritairement concernés par le sujet, d'une initiative visant à préciser par voie de directive la portée du « *legal privilege* » en Europe.

La question de la compétitivité des cabinets français s'inscrit dans un contexte international fortement contraint par les règles européennes et par les négociations conduites sous l'égide de l'Organisation Mondiale du Commerce. Les pouvoirs publics français peuvent cependant veiller à lever certains handicaps et à veiller à la loyauté de la concurrence.

L'Union Européenne a d'ores et déjà largement ouvert le marché unique des services juridiques par une série de directives qui autorisent très largement les activités transfrontières et l'implantation des cabinets dans les pays membres. Par ailleurs, L'Europe a présenté à l'OMC une offre très libérale qui, si l'entrée en vigueur en est conditionnée à la réciprocité de la part de ses partenaires, ne constitue pas moins un engagement de principe sur lequel elle ne peut revenir. Au total, il semble que la marge de manœuvre relative à la définition par les pouvoirs publics français des conditions de la concurrence en France et du déploiement à l'étranger soit très réduite. **Il dépend donc, pour l'essentiel, des acteurs eux-mêmes de conduire leurs stratégies en conséquence.**

Sans doute les acteurs français sont ils handicapés, dans le secteur des activités juridiques, par l'usage de l'anglais comme « lingua franca », et par l'expansion de la « *common law* », (même si l'influence du droit français et, plus largement, « continental », n'est pas négligeable dans de nombreux pays).

Il reste que certaines améliorations peuvent être apportées à l'environnement concurrentiel, en ce qui concerne particulièrement la capacité financière des cabinets et les règles relatives à l'exercice des professions juridiques.

Rapport

La récente réforme autorisant de manière plus libérale l'interprofessionnalité, grâce au recours au financement par des « holdings » de sociétés professionnelles multidisciplinaires, intéressant à la fois les professions du droit et celles du chiffre, est, à cet égard, une avancée bienvenue, concrétisant l'une des propositions du rapport Darrois.

La mission s'est également penchée sur la question des risques (et des opportunités) résultant du développement de la sous-traitance à l'étranger des services juridiques (à l'instar du processus qui a affecté depuis une décennie les services informatiques). Elle a constaté que le phénomène, bien qu'encore limité, connaît une évolution notable. Il semble affecter plus directement les cabinets anglo-saxons, à raison, notamment, du dynamisme des cabinets indiens, dont la langue de travail est l'anglais, dont les collaborateurs sont formés à la « *common law* » dans les universités anglo-saxonnes et dont les coûts d'intervention sont évidemment très bas. Les prestations concernées semblent, pour le moment, limitées à des travaux de masse ou à faible valeur ajoutée. Pour autant, la mission invite les pouvoirs publics à la vigilance en ce qui concerne ce phénomène et suggère qu'une réflexion soit conduite sur les conditions de son encadrement. La sous-traitance, qui n'est pas critiquable en soi, soulève, en effet, s'agissant des services juridiques, trois questions importantes : celle de la transparence à l'égard du client quant à son usage et à ses conditions économiques (impact sur la tarification des services), celle de la responsabilité du cabinet « donneur d'ordres » au regard de la qualité de la prestation du sous-traitant, celle de la déontologie du sous-traitant au regard de possibles conflits d'intérêts. Le Conseil des barreaux européens a adopté en la matière une recommandation dont le contenu paraît raisonnable. **Il serait sans doute opportun d'examiner la possibilité d'un encadrement approprié au niveau législatif, et préférentiellement dans un cadre européen.**

La projection des cabinets français hors des frontières nationales est à l'évidence souhaitable. Elle ne soulève pas de problème juridique majeur au sein de l'Union Européenne. Compte tenu du blocage des négociations du Doha Round, elle est plus difficile hors de l'Europe. La mission a cependant identifié une mesure qui pourrait la faciliter : il s'agirait d'**étendre aux pays hors Europe la possibilité pour les cabinets français, d'intégrer en qualité d'associés des avocats étrangers exerçant exclusivement dans leur pays d'origine.** Cette mesure favoriserait les implantations à l'étranger, permettrait de mieux accompagner les sociétés françaises hors d'Europe et de créer des liens propices au rayonnement du droit français.

La mission s'est, enfin, interrogée sur les risques découlant du possible développement des « alternatives business structures » conçues au Royaume-Uni pour élargir à moindre coût l'offre de services juridiques dans un cadre à la fois dérégulé et multidisciplinaire. Il lui est apparu que ces nouvelles entités, comparables aux « *unregulated entities* » qui ont prospéré dans l'univers financier anglo-saxon dans les années précédant la crise financière, soulèvent des questions analogues dans le secteur juridique, qu'il s'agisse du respect des exigences de compétence, de qualité et de déontologie des acteurs, ou de la loyauté et de l'équité du jeu concurrentiel. Cette question préoccupe d'ailleurs les professions réglementées à l'étranger. **Il convient que les pouvoirs publics français arrêtent dans les meilleurs délais leur position à l'égard de ces nouveaux acteurs et s'attachent à promouvoir, au niveau européen, un cadre normatif approprié avant que soient constatés d'éventuels effets pervers mal anticipés.**

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
1. L'ARBITRAGE INTERNATIONAL À PARIS.....	1
1.1. La place de Paris demeure une place forte de l'arbitrage international	1
1.2. L'activité d'arbitrage international à Paris est néanmoins confrontée à de nombreux défis	3
1.2.1. <i>Le risque de transfert du siège de la Chambre de commerce internationale a mis en lumière l'importance de la Cour internationale d'arbitrage pour l'activité juridique à Paris et les faiblesses de l'organisation domestique de l'arbitrage international.....</i>	<i>3</i>
1.2.2. <i>La Place de Paris doit faire face à une concurrence accrue de Londres et Genève, ainsi que d'un nombre croissant de places émergentes.....</i>	<i>6</i>
1.2.3. <i>En dépit d'une réforme récente, la cohérence et l'exemplarité du droit français de l'arbitrage sont mises en cause par une décision récente du Tribunal des conflits.....</i>	<i>8</i>
1.3. Propositions pour renforcer la lisibilité et l'attractivité du droit français de l'arbitrage international	15
1.3.1. <i>Renforcer la promotion de Paris en tant que place d'arbitrage international.....</i>	<i>15</i>
1.3.2. <i>Trouver une voie de sortie des difficultés créées par l'arrêt INSERM.....</i>	<i>16</i>
2. LA PLACE DU DROIT ET LE STATUT DES JURISTES EN ENTREPRISE.....	18
2.1. Le statut et le positionnement des juristes en entreprise en France diffèrent dans une large mesure des pratiques étrangères, au détriment des juristes français	18
2.1.1. <i>Les juristes d'entreprise sont soumis au secret professionnel mais leurs avis juridiques écrits ne bénéficient pas de la protection accordée aux avis juridiques écrits par les avocats</i>	<i>18</i>
2.1.2. <i>Le positionnement des juristes en entreprise demeure en France à un niveau moins élevé que chez nos principaux partenaires.....</i>	<i>19</i>
2.2. Cette situation est source de difficultés pour les juristes français tant en France qu'à l'international	20
2.2.1. <i>Les juristes d'entreprise et les dirigeants des entreprises françaises déplorent les nombreuses difficultés auxquelles ils sont confrontés en raison des règles particulières existant en France.....</i>	<i>20</i>
2.2.2. <i>De manière générale, et malgré quelques avis divergents, il apparaît que les responsables des services juridiques des entreprises françaises sont handicapés par rapport à leurs homologues étrangers dans l'exercice de leur fonction de conseil.....</i>	<i>21</i>

2.3. Le modèle français d'organisation des professions juridiques se distingue par une grande fragmentation des professions juridiques et par l'existence d'un secret professionnel d'ordre public strictement attaché au statut d'avocat	22
2.3.1. <i>La France se distingue de ses principaux partenaires économiques par une fragmentation extrême de ses professions juridiques, chacune dotée d'un statut spécifique</i>	22
2.3.2. <i>La France se distingue également par une conception du secret professionnel de l'avocat à la fois très différente du modèle dominant et plus rigide</i>	23
2.4. La possibilité pour les avocats d'exercer en entreprise a été considérée comme un moyen de combiner le renforcement de la place des juristes et de contribuer à l'objectif de construction d'une grande profession du Droit. Elle se heurte cependant aux objections contradictoires des parties intéressées.....	30
2.4.1. <i>Les positions des organisations professionnelles représentatives des avocats</i>	30
2.4.2. <i>Bien que désireuses, en majorité, de renforcer le positionnement de leurs juristes, notamment via un privilège de confidentialité, les entreprises françaises ne souhaitent pas l'instauration d'une nouvelle catégorie de salariés protégés dans leurs équipes</i>	32
2.5. Propositions pour renforcer la compétitivité des entreprises françaises et la place du droit en entreprise	33
2.5.1. <i>Les contours d'une réforme possible : la création d'un statut d'avocat en entreprise</i>	34
2.5.2. <i>La mission a consulté des hauts magistrats, ainsi que différentes autorités de contrôle, qui n'ont pas émis d'objections fondamentales à l'égard de la réforme envisagée</i>	35
2.5.3. <i>Il conviendra de s'assurer de la cohérence de la réforme avec le droit européen, notamment dans le contexte de la jurisprudence Akzo</i>	36
3. L'OUVERTURE CROISSANTE DU MARCHÉ DES SERVICES JURIDIQUES CONSTITUE UN DÉFI POUR LE MAINTIEN DE CERTAINES ACTIVITÉS JURIDIQUES EN FRANCE ET POUR LE DÉVELOPPEMENT DES CABINETS FRANÇAIS À L'ÉTRANGER.....	37
3.1. Le marché intérieur permet la libre circulation et le libre établissement des avocats ressortissants de l'Union européenne	37
3.1.1. <i>La législation en vigueur favorise la circulation des services juridiques et des avocats au sein de l'Union européenne</i>	37
3.1.2. <i>Mais les avocats recourent relativement peu à la mobilité qui leur est proposée</i>	38
3.2. Les négociations en cours à l'Organisation mondiale du commerce (OMC)	39
3.2.1. <i>Le cadre des négociations : l'accord général sur le commerce des services (AGCS)</i>	39
3.2.2. <i>L'offre de l'Union européenne à l'OMC</i>	39
3.2.3. <i>Les accords bilatéraux existants et ceux en cours de négociation</i>	41
3.3. Les moyens financiers limités des cabinets français sont un des handicaps de leur développement à l'international : l'interprofessionnalité capitalistique pourrait constituer une forme de réponse à cette situation	41

3.4. La sous-traitance sera amenée à se développer : il conviendra d’accompagner ce développement de mesures permettant d’assurer la transparence et la qualité des prestations sous-traitées ainsi que le déploiement des cabinets français à l’étranger	43
3.4.1. <i>La sous-traitance doit se développer dans un cadre permettant d’en assurer la transparence.....</i>	43
3.4.2. <i>Le développement des cabinets français à l’étranger doit être encouragé.....</i>	44
3.4.3. <i>La question des « Alternative Business Structures »</i>	45
3.4.4. <i>Enfin, la mission propose de réfléchir plus avant à l’ouverture de la formation des jeunes avocats aux problématiques de la mondialisation et du monde de l’entreprise, ainsi qu’au renforcement de l’influence Française dans la formation de la pensée juridique européenne</i>	46
CONCLUSION.....	48

Annexe 1 : Lettre de Mission

Annexe 2 : Liste des personnes rencontrées

INTRODUCTION

Par lettre conjointe du 28 octobre 2010, le ministre l'économie, de l'industrie et de l'emploi, et le ministre d'Etat, Garde des Sceaux, ministre de la justice, ont confié à M. Michel Prada la mission de mener une réflexion sur différents facteurs pouvant contribuer à renforcer la compétitivité juridique de la place de Paris, notamment :

- ◆ l'activité d'arbitrage international à Paris et l'évolution du droit français de l'arbitrage international ;
- ◆ la place du droit et des juristes en entreprise et les modalités possibles d'un rapprochement avec les avocats ;
- ◆ les perspectives de la profession d'avocat dans le contexte de la mondialisation croissante des services juridiques.

Afin de répondre aux questions posées par les ministres, la mission a tout d'abord pris connaissance de l'ensemble des travaux qui ont été réalisés ces dernières années sur ces différents sujets : la question de l'avocat en entreprise, par exemple, a déjà été abordée dans de nombreux travaux et fait l'objet de plusieurs rapports officiels¹.

La mission a ensuite cherché à établir un état des lieux aussi exhaustif que possible de l'ensemble des paramètres de ces sujets afin d'identifier les besoins réels, notamment des entreprises françaises, pour la compétitivité de l'économie française, les problèmes juridiques ou politiques qui se posent et les difficultés et points de blocage qui ont empêché de les résoudre jusqu'à aujourd'hui ou de mettre en œuvre les réformes nécessaires.

La mission a procédé à l'audition de l'ensemble des représentants institutionnels des différentes professions et acteurs concernés (y compris les représentants du monde économique et entrepreneurial), ainsi qu'un nombre important de professionnels eux-mêmes, connus pour leur activité ou reconnus par leurs pairs. Elle a fait procéder à plusieurs études de *benchmark* par le réseau des magistrats de liaison, notamment en Allemagne, en Belgique, aux Etats-Unis, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Suisse, afin d'avoir une vision aussi claire que possible des solutions adoptées chez nos principaux partenaires, qui sont aussi nos principaux concurrents sur le marché international du droit.

1. L'arbitrage international à Paris

1.1. La place de Paris demeure une place forte de l'arbitrage international

L'arbitrage international est une voie de résolution des litiges relatifs aux échanges économiques internationaux, qui permet de dépasser les particularismes des législations nationales et de déterminer par convention entre les parties le juge compétent pour trancher le litige : l'arbitre.

¹ Notamment les rapports de MM. Daniel Soulez Larivière (1988), Bernard du Granrut (1996), Jean-Marc Varaut (1998), Henri Nallet (1999), Marc Guillaume (2006) et celui de la commission présidée par M. Jean-Michel Darrois (2009).

Rapport

La clause d'arbitrage s'est imposée dès le début du vingtième siècle comme un moyen normal de résolution des litiges nés du commerce international, contribuant à garantir la sécurité juridique de ces échanges. En France, c'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui a favorisé l'essor du droit de l'arbitrage international en reconnaissant, dès les années 30, l'efficacité de la clause compromissoire insérée dans les contrats commerciaux internationaux (arrêts Mardelé du 19 février 1930 et Dambricourt du 27 janvier 1931), puis sans condition de commercialité, eu égard seulement au caractère international de l'arbitrage (Cass. 1^{ère} Civ. 4 juil. 1972, *Hecht*).

Le régime juridique français de l'arbitrage international s'est ainsi fondé sur quelques principes essentiels dégagés d'abord par la jurisprudence de la Cour de cassation, puis introduits dans le Code de procédure civile par le décret n°81-500 du 12 mai 1981. Depuis lors, le droit français n'a eu de cesse d'évoluer dans un sens favorable au développement de l'arbitrage international.

La place de Paris est devenue au fil du temps, notamment grâce à la présence depuis 1923, de la Cour d'arbitrage internationale de la Chambre de commerce internationale (CCI), une place recherchée pour le siège des arbitrages internationaux. La CCI enregistre chaque année entre 700 à 800 nouveaux litiges pour lesquels son arbitrage est requis (663 en 2008, 817 en 2009 et 793 en 2010). Environ 20 % de ces affaires ont leur siège à Paris, ce qui signifie que la plupart des réunions liées à la résolution du litige seront tenues dans la capitale. Paris reste le premier lieu d'arbitrage des affaires prises en charge par la CCI.

Pour de nombreux auteurs, Paris est historiquement et demeure la capitale mondiale incontestable de l'arbitrage international, de par la qualité de son droit, l'exemplarité de sa doctrine, le nombre d'affaires qui y sont traitées et, surtout, par le nombre, la qualité et la provenance (très diversifiées) des spécialistes de l'arbitrage international qui y travaillent.

Cette réputation favorable de la place de Paris perdure de par le monde, y compris dans les pays anglo-saxons. Ainsi, il est notable que le nombre de spécialistes de l'arbitrage international résidant à Paris est très élevé (plus de 600 praticiens) et, de fait, de très grands cabinets d'avocat internationaux ont installé à Paris leurs équipes spécialisées dans l'arbitrage international. De même, des rapports rédigés par des cabinets anglo-saxons, réalisant des enquêtes auprès d'entreprises elles-mêmes d'origine anglo-saxonne, soulignent l'importance de la place de Paris. Par exemple, l'étude intitulée « *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration* » réalisée par le cabinet anglais White & Case LLP auprès d'entreprises internationales (essentiellement anglo-saxonnes), classait Paris au deuxième rang derrière Londres comme siège d'arbitrage international le plus fréquemment choisi dans les cinq dernières années par les entreprises interrogées (même si d'après la CCI, les montants en jeu demeurent plus importants à Paris). Ce choix reposait essentiellement sur la réputation d'impartialité de la place de Paris, sur la perception d'un regard favorable porté par la place sur l'arbitrage (notamment l'attitude positive des juridictions françaises) et sur des aspects pratiques comme la disponibilité de salles d'audience et la bonne desserte de la ville par les différents moyens de transport.

Du point de vue des entreprises françaises rencontrées par la mission, l'avantage principal de l'arbitrage international réside aujourd'hui non plus dans ses coûts (qui sont de plus en plus élevés), ni dans ses délais (qui ont tendance à s'allonger), mais dans la confidentialité qu'il permet de conserver au règlement des litiges, ainsi que dans l'opportunité qu'il offre aux parties de participer directement au règlement de leur litige.

Il convient néanmoins de ne pas sous-estimer la concurrence de places émergentes (Hong Kong, Singapour) ou de places plus traditionnelles, qui ont su moderniser leur droit de l'arbitrage (la Suisse) ou effectuer un marketing très ambitieux autour d'un chef de file (Londres, notamment, avec la LCIA), voire nouer des partenariats avec les zones émergentes (la LCIA a noué des partenariats avec Dubaï et l'Inde).

1.2. L'activité d'arbitrage international à Paris est néanmoins confrontée à de nombreux défis

1.2.1. Le risque de transfert du siège de la Chambre de commerce internationale a mis en lumière l'importance de la Cour internationale d'arbitrage pour l'activité juridique à Paris et les faiblesses de l'organisation domestique de l'arbitrage international

La Chambre de commerce internationale a en effet envisagé, dans le courant de l'année 2010, le transfert de son siège de Paris à l'étranger, en raison de difficultés sur le plan immobilier (exiguïté et inadaptation de ses locaux historiques) et de coûts salariaux trop élevés pesant lourdement sur son budget (notamment en raison du montant élevé des charges sociales et de l'existence, en France, d'une taxe sur les salaires pour les associations non assujetties à la TVA).

La mobilisation des services concernés a permis aux Ministres de proposer à la CCI, le 20 janvier dernier, un ensemble de mesures offrant des solutions propres à justifier une décision de maintien du siège de la Chambre à Paris, notamment :

- ◆ une offre immobilière adaptée à ses besoins ;
- ◆ un dispositif d'optimisation fiscale approprié à la nature essentiellement internationale de ses activités et de ses personnels ;
- ◆ la mise en œuvre de procédures accélérées pour l'octroi des visas nécessaires au séjour et aux déplacements fréquents de ses agents et des nombreux professionnels participant aux réunions organisées sous l'égide de la CCI ou dans le cadre de négociations relatives aux arbitrages dont le siège est situé à Paris.

Le conseil d'administration de la CCI a fait connaître son appréciation très favorable de ces propositions. **Il appartient désormais aux services compétents des différents ministères de finaliser les décisions politiques prises, notamment en ce qui concerne la location de l'immeuble loué à la CCI, composante prioritaire de l'arrangement arrêté avec elle.**

Encadré 1 : La Chambre de commerce internationale (CCI)

1. Origine de la Chambre de commerce internationale

La CCI a été fondée en 1919 sur l'idée wilsonienne que le commerce international est source de prospérité et de paix. Sous l'impulsion du ministre du commerce français Etienne Clémentel, elle s'est installée à Paris et s'est adjoint une Cour internationale d'arbitrage en 1923. Son objectif est toujours resté le même : servir le monde des affaires en favorisant les échanges et l'investissement, l'ouverture des marchés aux biens et aux services, et la libre-circulation des capitaux. Elle compte aujourd'hui plusieurs milliers de sociétés et associations membres dans plus de 130 pays.

2. Activités de la Chambre de commerce internationale

Les activités de la CCI sont à la fois celles d'une organisation représentant les intérêts des entreprises devant les organismes internationaux, et celles d'une organisation cherchant à développer le commerce international en participant à sa régulation, dans l'intérêt de la société tout entière.

Elles peuvent être classées en trois grandes catégories principales :

- L'élaboration de prises de position sur des questions de politique générale :

Les recommandations préparées par la CCI sont destinées aux organisations internationales compétentes sur le sujet traité. Elles reflètent les intérêts de la communauté économique internationale représentée à la CCI et visent à contribuer à l'émergence d'un consensus international sur des questions dont la solution ne peut être que globale, par exemple, le changement climatique.

- La normalisation :

Afin de faciliter les transactions commerciales et de diffuser les bonnes pratiques, la CCI produit des règles, des lignes directrices, des codes et des contrats modèles. Certains des produits normatifs de la CCI ont acquis le statut de norme internationale et sont reconnus comme tels par les instances internationales.

- La résolution de différends commerciaux internationaux par la Cour internationale d'arbitrage, qui constitue la plus grande part de l'activité de la Chambre :

La Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale a un rayonnement mondial. Sa mission est de veiller à l'application du règlement d'arbitrage de la CCI. Son secrétariat permanent supervise l'ensemble du processus arbitral, de la demande initiale à la sentence finale. Le travail de supervision de la Cour consiste donc à :

- Confirmer dans leur fonction les arbitres choisis par les parties, ou les nommer faute d'accord, conformément au règlement ;
- Contrôler la procédure arbitrale grâce à la remise obligatoire par les arbitres d'un acte de mission et au suivi de la progression de l'arbitrage et du respect du règlement ;
- Déterminer le montant des honoraires des arbitres conformément au règlement, c'est-à-dire en fonction du montant du litige, de la diligence des arbitres, du temps passé, de la rapidité de la procédure et de la complexité du différend ;
- Examiner les sentences arbitrales afin d'en garantir la qualité et ainsi d'assurer un degré de protection supplémentaire aux parties.

Outre l'arbitrage, la Cour propose également d'autres services, et en particulier d'autres mécanismes de règlement des différends comme l'*Alternative Dispute Resolution* (ADR), l'expertise, l'expertise en matière d'instruments documentaires (DOCDEX), ou encore les *Dispute Boards* (DB).

1.2.1.1. L'arbitrage international a un poids important dans l'activité économique parisienne

Le risque de départ du siège de la CCI a permis de prendre conscience de l'importance de l'activité économique générée par l'activité d'arbitrage international à Paris et de son poids dans l'équilibre économique des cabinets d'avocats parisiens.

Rapport

Une étude réalisée par l'association « Paris Place d'arbitrage » auprès de 35 cabinets d'avocats (sur la centaine de cabinets ayant une activité d'arbitrage international à Paris), estime à environ 200 M€ le chiffre d'affaires annuel de ces 35 cabinets découlant directement de l'activité d'arbitrage international à Paris.

Cette estimation, portant uniquement sur le chiffre d'affaires d'un nombre limité de cabinets d'avocats, est une estimation minimale de l'activité économique générée par l'arbitrage international à Paris. Son ampleur réelle est certainement beaucoup plus importante, sans qu'il soit possible de l'estimer avec précision à ce stade. En effet, non seulement cette étude n'évalue que le chiffre d'affaires réalisé par 35 des 100 cabinets d'avocats parisiens ayant une activité d'arbitrage international, mais en outre elle ne prend en compte que les honoraires directement perçus par les cabinets d'avocats, pour des activités de conseil dans des procédures d'arbitrage ou d'arbitre. Le chiffre d'affaires indirect induit par les activités d'arbitrage international, qu'il s'agisse des nuitées d'hôtel, des réservations de salles pour les séances de négociation, d'activités d'interprétariat ou de sténotypiste, sans oublier les moyens de transport, n'a pas été pris en compte dans cette estimation. Le sondage réalisé auprès des cabinets apporte cependant quelques éléments intéressants : il montre notamment que la durée des audiences d'arbitrage parisiennes de la CCI est de 4 jours en moyenne, réunissant une douzaine de personnes, dont 60 % de non-résidents. Aussi, compte tenu du nombre d'affaires traitées à Paris, par exemple par la Chambre de commerce internationale, il apparaît indéniable que l'impact de l'activité d'arbitrage international sur l'activité économique parisienne, notamment dans le secteur hôtelier, est très positif.

1.2.1.2. Des lacunes organisationnelles et une absence de stratégie de promotion de la place de Paris

Le risque de délocalisation de la CCI a également mis en lumière les faiblesses organisationnelles de l'activité d'arbitrage sur la place de Paris en comparaison de places rivales, notamment de Londres. Ainsi, il est apparu que le départ de la CCI aurait laissé la place de Paris sans la moindre structure d'envergure internationale, voire seulement d'envergure européenne, en matière d'arbitrage international.

L'activité d'arbitrage international à Paris repose en effet essentiellement, pour ne pas dire en totalité, sur la présence à Paris de la CCI et de sa Cour internationale d'arbitrage. Certes, l'activité des cabinets d'avocats parisiens en matière d'arbitrage international est loin de se cantonner au traitement des arbitrages dont le siège est à la CCI à Paris, mais la présence des équipes d'arbitrage international dans la capitale trouve sa source historique et sa justification première dans le fait que la Cour Internationale d'arbitrage se situe à Paris.

La CCI et sa Cour, purement internationale et totalement indépendante des autorités françaises, n'ont bien entendu pas vocation à structurer ni à promouvoir l'activité d'arbitrage international à Paris. Ce rôle doit être rempli par les professionnels français eux-mêmes, à travers leurs associations, éventuellement avec le soutien des pouvoirs publics.

A ce jour, les professionnels de l'arbitrage international sont structurés en plusieurs associations :

- ◆ le comité français de l'arbitrage (CFA) est une organisation à vocation scientifique se préoccupant de l'état du droit français de l'arbitrage, qui publie la « Revue de l'arbitrage » ;
- ◆ Paris Place d'arbitrage (Paris Place) regroupe tous les praticiens français et étrangers actifs sur la place de Paris, dont la mission est ouvertement axée sur le marketing de Paris comme place d'arbitrage international ;

Rapport

- ◆ l'institut pour l'arbitrage international (IAI) est une émanation du CFA dont l'objet est de faire participer des juristes spécialisés en matière d'arbitrage de toutes nationalités (il compte environ 600 membres de 54 nationalités) à des manifestations sur l'arbitrage international, principalement des colloques en langue anglaise, qui se tiennent le plus souvent à Paris, auxquels participent de nombreux juristes étrangers et qui donnent lieu à une publication, les « *IAI Series on International Arbitration* » ; l'IAI a également mis en ligne un annuaire des spécialistes de l'arbitrage, qui peut être utilisé par les institutions d'arbitrage pour la sélection d'arbitres internationaux ;
- ◆ enfin, l'académie internationale du droit de l'arbitrage (www.arbitrationacademy.org), initiative commune du CFA et de Paris Place, a une vocation universitaire de formation et organise chaque année durant les trois premières semaines de juillet, à Paris, des cours sur l'arbitrage international ouverts à des étudiants confirmés et à de jeunes praticiens français et étrangers ; elle a la personnalité morale distincte et peut bénéficier de subventions publiques.

Force est de constater que ces nombreuses associations ou groupements actifs dans le monde de l'arbitrage international en France, en dépit d'efforts réels et louables, sont peu visibles et ne jouent pas pleinement le rôle qu'elles devraient jouer dans la diffusion du droit français de l'arbitrage international et la promotion de la place de Paris comme place d'arbitrage. C'est notamment le cas en matière de présence sur internet : il n'existe pas, à ce jour, de site internet d'un niveau satisfaisant pouvant servir de référence pour le monde extérieur sur l'arbitrage international à Paris et le droit français en la matière. Cette lacune constitue un handicap sérieux face à la concurrence internationale de Londres, de la Suisse (Genève et Zürich essentiellement) ou des pays émergents, dont la présence sur la Toile est massive, régulièrement actualisée et bien organisée².

1.2.2. La Place de Paris doit faire face à une concurrence accrue de Londres et Genève, ainsi que d'un nombre croissant de places émergentes

Paris ne dispose plus d'une position dominante en matière d'arbitrage international. La place reste forte, très influente, de nombreux cabinets d'avocat internationaux, notamment anglo-saxons, y localisent toujours leurs équipes spécialisées en la matière (essentiellement en raison de la proximité avec la Chambre de commerce internationale), mais de nombreux pays ont développé leur droit de l'arbitrage international et de nombreuses places ont conquis des parts de marché importantes.

Dans le paysage de l'arbitrage international, quatre cités sont prêtes à contester à Paris son leadership international : Londres, Genève, Hong Kong et Singapour. La place de Paris peine en effet à attirer les contentieux des pays émergents, en dépit de leur développement rapide et des opportunités existantes, tandis que Londres, grâce à la langue, à la familiarité de nombreux pays émergents avec la *common law* et la politique active de communication et de partenariat de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), réussit à gagner des parts de marché depuis une dizaine d'années.

² La mission note en particulier que la communauté de l'arbitrage international en Suisse, en dépit d'une organisation beaucoup moins centralisée qu'en France, avec près de 7 centres d'arbitrage international (dont 6 principaux), concurrents entre eux, a réussi néanmoins à faire cause commune et présente un visage uni et ouvert sur l'international, par le biais de deux sites web particulièrement bien construits, celui de Swiss arbitration (www.sscam.org) et celui de l'Association Suisse d'arbitrage (www.arbitration-ch.org).

Rapport

A Londres, 489 litiges sont ouverts à la LCIA (soit environ 1/3 des affaires en cours de traitement à la CCI), mais la LCIA, suite à la crise, a récemment doublé son nombre d'affaires (+ 100 % en deux ans 2008/2009) et désormais environ 290 affaires nouvelles sont ouvertes chaque année. La LCIA a bénéficié de l'arrivée de nombreux dossiers liés à la crise : 30 % des dossiers ouverts ont trait à la finance ou à des litiges relatifs aux sûretés. Le domaine des ressources naturelles représente environ 25-30 % des affaires traitées (beaucoup de dossiers de « *commodities* », dus aux variations de cours, ou à des ventes de charbon rompues, dues aux chutes des cours). Le gouvernement britannique a, par la voix du Chancelier de l'Echiquier, M. George Osborne, annoncé au Parlement le 23 mars dernier son intention de soutenir « *an industry-led promotion of the UK as the world leader in legal arbitration and commercial law services* ». On peut donc s'attendre à des efforts redoublés des britanniques pour promouvoir la place de Londres comme centre d'arbitrage international.

La Suisse s'est dotée d'un droit de l'arbitrage international moderne en 2004 et se positionne de manière offensive sur ce marché. Il existe 6 principales chambres de commerce suisses qui offrent des services en matière d'arbitrage : Bâle, Berne, Genève, Lausanne, Lugano et Zurich³. Toutes ces institutions ont adopté le règlement suisse d'arbitrage international entré en vigueur le 1er janvier 2004, basé essentiellement sur le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international), qui règle les étapes essentielles de l'arbitrage et confère aux parties l'assurance de la supervision du processus par une institution reconnue. Peu de chiffres sont disponibles sur l'arbitrage international en Suisse, seule la place de Genève diffusant quelques données : il en ressort qu'un nombre compris entre 80 et 100 nouvelles affaires sont initiées chaque année depuis 2008, la Chambre de commerce de Genève ayant enregistré 483 affaires depuis le 1er janvier 2004. Les parties à l'arbitrage dans ces affaires sont essentiellement d'origine européenne (à hauteur de 75 %, avec également une part non négligeable de parties originaires d'Asie et du Moyen-Orient à hauteur de 13 %). Les statistiques de la Chambre de commerce internationale permettent également de situer l'activité d'arbitrage international en Suisse, une partie des affaires supervisées par la CCI ayant leur siège en Suisse : en 2009, la Suisse représentait même le premier pays siège des affaires prises en charge par la CCI : la Suisse arrivait en tête (119 affaires), devant la France (113) et le Royaume-Uni (73).

D'autres places se développent rapidement, notamment Hong Kong, avec le Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC), et Singapour, avec le Singapour International Arbitration Center (SIAC). Si leur part dans les affaires arbitrées sous l'égide de la CCI demeure marginale (38 affaires à Singapour en 2009 et 9 à Hong Kong), leurs centres se développent, à la fois sur l'arbitrage domestique mais aussi sur l'arbitrage international : ainsi le SIAC est passé de 55 affaires d'arbitrage international enregistrées en 2007 à 114 en 2009 (soit une progression de 107 %) et le HKIAC est passé de 139 affaires en 2007 à 309 en 2009 (soit une progression de 122 %).

A la lecture de ces données et de leur interprétation, il apparaît que le nombre de dossiers traités dans un pays dépend essentiellement du choix du centre et/ou du siège de l'arbitrage, insérés dans la clause d'arbitrage. Deux acteurs jouent un rôle décisif dans ce choix :

- ◆ l'opérateur économique, partie au contrat, demandant la clause compromissoire (son choix sera guidé avant tout par l'image de la place, la confiance qu'elle inspire et sa perception de la neutralité, de la simplicité et de l'efficacité de son droit de l'arbitrage) ;
- ◆ les cabinets d'avocats impliqués dans la rédaction de la convention d'arbitrage ; à cet égard, la localisation du cabinet joue un rôle majeur : une des raisons du succès de la place de Londres provient du fait que le volume transactionnel global (hors arbitrage) géré par les cabinets anglo-saxons est supérieur à celui géré par les cabinets français et que les premiers ont une tendance marquée à choisir le droit anglais comme droit applicable et la place de Londres comme siège de l'arbitrage.

³ Il existe également une chambre à Neuchâtel, de moindre importance.

Rapport

En France, c'est la CCI et sa Cour internationale d'arbitrage qui justifient la présence dans la capitale de nombre de cabinets d'avocats internationaux, et notamment l'implantation de leurs équipes spécialisées dans l'arbitrage international. La mission retient de ce constat qu'il est essentiel pour la place de Paris et l'avenir de l'activité d'arbitrage international en France :

- ◆ de créer les conditions d'un maintien pérenne de la Chambre de commerce international (et de sa Cour) à Paris, vital pour l'activité d'arbitrage international en France ;
- ◆ de renforcer la promotion de la place de Paris et du droit français de l'arbitrage, notamment à destination des pays et zones émergentes, en particulier l'Asie et l'Amérique latine.

1.2.3. En dépit d'une réforme récente, la cohérence et l'exemplarité du droit français de l'arbitrage sont mises en cause par une décision récente du Tribunal des conflits

1.2.3.1. La réforme du droit français de l'arbitrage

Le droit français de l'arbitrage international a depuis toujours été érigé en modèle. Il a posé des principes aujourd'hui partagés par un grand nombre de pays. D'abord de construction purement jurisprudentielle, œuvre de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de Cassation, le droit de l'arbitrage international a été codifié par les décrets n°80-354 du 14 mai 1980 et n°81-500 du 12 mai 1981.

Les réformes de 1980 et 1981 ont simplifié la procédure arbitrale et amélioré son efficacité, permettant notamment au juge étatique d'intervenir dans le cadre de la procédure arbitrale pour en garantir son bon déroulement, ainsi que le respect des règles du procès équitable. La réforme admettait également l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au reste du contrat (ancien article 1446 du CPC), ainsi que l'affirmation du principe de compétence-compétence, selon lequel seul l'arbitre est compétent pour juger de sa compétence (ancien article 1466 du CPC). Cette réforme a permis de réaffirmer l'exemplarité du droit français de l'arbitrage, fait à la fois de souplesse et de sécurité juridique.

Cependant, après 30 ans de pratique, il est apparu nécessaire de modifier plus avant le code de procédure civile, afin de tenir compte des évolutions jurisprudentielles consacrées par la Cour de Cassation au fil du temps et d'y intégrer également des dispositions novatrices inspirées par certains droits étrangers. S'agissant de l'arbitrage international, la réforme introduite par le décret du n° 2011-48 du 13 janvier 2011⁴ portant réforme de l'arbitrage modifie les dispositions applicables dans trois directions :

- ◆ davantage de souplesse est autorisé dans les modalités de l'arbitrage international (possibilité de dérogation aux règles de validité des conventions d'arbitrage, possibilité d'arbitrage par des personnes morales, possibilité de dérogation aux règles de prise de décision de la sentence arbitrale, etc.) ;
- ◆ affirmation du rôle du président du tribunal de grande instance de Paris en tant que « juge d'appui » ;
- ◆ clarification des voies de recours contre les sentences arbitrales rendues à l'étranger ou rendues à Paris en matière d'arbitrage international.

⁴ Le décret entrera en vigueur le 1^{er} mai 2011.

Rapport

Encadré 2 : Éléments de droit français de l'arbitrage international

<p>Le droit français de l'arbitrage international s'est d'abord développé de manière jurisprudentielle, avant qu'une grande partie des solutions apportées par le juge ne soit reprise dans le Code de procédure civile (articles 1492 à 1507 CPC) par le décret n°81-500 du 12 mai 1981. Il forme désormais un système reposant sur quelques grands principes :</p>
<p>1. Le principe d'autonomie-validité de la clause d'arbitrage internationale et ses conséquences</p>
<p>Le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage internationale, qui en assure l'efficacité, a été posé dès 1963 par la Cour de cassation (Cass. Civ. 1^{re}, 7 mai 1963, <i>Gosset</i>). L'existence et l'efficacité de la clause compromissoire échappe par ailleurs aux particularismes locaux : elle s'apprécie, sous réserves des règles impératives du droit français et de l'ordre public international d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique (Cass. Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, <i>Dalico</i>).</p>
<p>Le principe d'autonomie a des conséquences pratiques importantes dès lors qu'il implique la transmission de la clause compromissoire dans le cadre d'opérations translatives de droit (Cass. Civ. 1^{re}, 8 février 2000, <i>société Taurus Film</i> : « la clause d'arbitrage internationale s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants »), comme par exemple dans une chaîne de contrats translatifs de propriété (Cass., Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, <i>Alcatel</i>).</p>
<p>2. La garantie du procès équitable appliquée à l'instance arbitrale et la coopération du juge dans le déroulement de la procédure arbitrale</p>
<p>L'autre règle fondamentale du droit de l'arbitrage international est celle du principe de compétence-compétence en vertu de laquelle il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence » (ancien article 1466 CPC). Par principe donc, le juge n'intervient pas dans la procédure arbitrale.</p>
<p>Le juge étatique peut néanmoins aider à la constitution du tribunal arbitral lorsqu'une difficulté se présente (ancien article 1493 CPC), ou, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué pour que soient prises des mesures provisoires ou conservatoires (Cass. Civ. 1^{re}, 6 mars 1990, <i>Horeva</i>). Le juge d'appui peut également intervenir pour mettre un terme à une situation de déni de justice dans laquelle une des parties se trouverait (Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, <i>NIOC</i>) et garantir une procédure équitable aux parties (Cass. Civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, <i>Dutco</i>).</p>
<p>Le juge étatique intervient également en cas de recours en annulation de la sentence arbitrale dans les cas limitativement énumérés par les textes (art. 1502 CPC). S'agissant du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international, le juge vérifie que la sentence ne viole pas « de manière flagrante, effective et concrète » cet ordre public (Cass. Civ. 1^{re}, 4 juin 2008, <i>Société SNF SAS</i>). Le recours en annulation de la sentence ne peut donner lieu à une révision au fond de cette sentence (Cass. Civ. 1^{re}, 23 février 1994, <i>Multitrade</i>)</p>
<p>3. La consécration d'un système de juridiction internationale autonome</p>
<p>La sentence arbitrale internationale n'est rattachée à aucun système juridique étatique. Elle peut donc être reconnue et exécutée selon les critères déterminés par la <i>Convention de New York</i> de 1958. En vertu de l'article 7 de la Convention précitée, une partie peut invoquer des dispositions plus clémentes de la loi nationale pour obtenir la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale étrangère. C'est en vertu de ce texte que la jurisprudence a reconnu et autorisé l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère pourtant annulée dans l'Etat dans lequel elle avait été rendue. La jurisprudence française confère ainsi le statut de « décision de justice internationale » aux sentences arbitrales internationales (Cass. Civ. 1^{re}, 29 juin 2007, <i>Putrabali</i>).</p>

Encadré 3 : Aperçu du décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage

Jusqu'à présent, le droit de l'arbitrage français résultait des décrets n°80-354 du 14 mai 1980 et n°81-500 du 12 mai 1981. Ces décrets ont permis au droit de l'arbitrage français de s'imposer comme modèle à travers le monde. Néanmoins, une réforme de ces textes était devenue opportune afin de consolider dans le droit positif les acquis de trente années de jurisprudence, et de les compléter par des dispositions nouvelles et utiles inspirées de certains droits étrangers. Le nouveau décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011⁵ portant réforme de l'arbitrage se veut également plus lisible pour les étrangers qui souhaiteraient s'y référer.

Le décret parachève la libéralisation et la modernisation du droit de l'arbitrage français commencées dans les années 1980, afin que celui-ci continue à rayonner dans le monde. Il réforme tant l'arbitrage interne que l'arbitrage international.

Les principales modifications apportées à l'arbitrage interne sont les suivantes :

1/ L'atténuation du formalisme relatif aux conventions d'arbitrage et en matière de délivrance de l'exequatur (voir notamment les articles 1442, 1443, 1444, 1447, 1451 à 1454, 1484, 1487, 1488 et 1513) ;

2/ L'affirmation de l'autorité de la juridiction arbitrale (voir notamment les articles 1458, 1464, 1466, 1467, 1468, 1469, 1475, 1486, 1489, 1502 et 1526) ;

3/ La confirmation et la consolidation du juge étatique en tant que juge d'appui (voir notamment la référence au juge d'appui dans le texte et les articles 1459 et 1505).

Concernant l'arbitrage international, trois idées ont guidé les modifications apportées aux textes existants :

1/ L'arbitrage international bénéficie d'une grande souplesse ; pour cette raison, bien que toutes les dispositions applicables à l'arbitrage interne s'appliquent à l'arbitrage international, certaines sont explicitement exclues de cette application, comme en dispose l'article 1506. Ainsi, sont notamment exclus :

- les articles 1443 à 1445 sur les règles de validité interne des conventions d'arbitrage ;
- l'article 1450, relatif à l'exigence d'arbitres personnes physiques ;
- l'article 1451, relatif aux règles d'imparité de constitution du tribunal arbitral ;
- l'article 1463, relatif au délai d'arbitrage de 6 mois.

2/ Le rôle de juge d'appui du président du tribunal de grande instance de Paris est affirmé (article 1505 et 1516) ;

3/ Les voies de recours contre les sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international sont clarifiées : c'est pourquoi le nouveau texte distingue selon que la sentence a été rendue en France ou à l'étranger (articles 1458 à 1527).

1.2.3.2. Malgré un net effort de clarification, l'arrêt INSERM du Tribunal des conflits a relancé le débat sur la portée du droit français de l'arbitrage international applicable aux personnes de droit public

Avant l'arrêt *INSERM*, la question de l'arbitrabilité des contrats internationaux conclus par des personnes publiques et celle relative à l'ordre juridictionnel compétent pour connaître des sentences arbitrales rendues à propos de litiges relatifs à ces contrats étaient compliquées par une divergence profonde de doctrine et de jurisprudence entre les deux ordres juridictionnels français.

Cette divergence portait sur trois points fondamentaux :

⁵ Le décret entrera en vigueur le 1^{er} mai 2011.

Rapport

- ◆ en premier lieu, il existait une divergence de jurisprudence sur la définition même de la notion d'arbitrage international : en effet, la Cour de cassation estimait qu'était international tout arbitrage portant sur l'exécution d'un contrat ne se dénouant pas économiquement dans un seul Etat, c'est-à-dire lorsque l'arbitrage portait non seulement sur des contrats exécutés à l'étranger, mais également sur des contrats exécutés en France et impliquant des mouvements transfrontaliers de biens, services ou capitaux ; à l'inverse, le Conseil d'Etat considérait qu'était interne tout arbitrage intéressant l'exécution d'un contrat exécuté en France (Avis n° 339710 du Conseil d'Etat du 6 mars 1986, dit avis *Eurodisney*) ;
- ◆ en deuxième lieu, en vertu des articles 1492 et suivants du Code de procédure civile, la Cour de cassation se déclarait compétente pour connaître de l'ensemble des arbitrages internationaux, quand bien même ces arbitrages impliquaient une personne morale de droit public : partant, le contrôle exercé sur les sentences arbitrales internationales intéressant des personnes morales de droit public était celui prévu par les anciens articles 1498 et suivants du CPC, qui impliquait un contrôle restreint sur la sentence arbitrale, contrôle portant notamment sur la contrariété de la sentence à l'ordre public international (ancien article 1502 5°) du CPC) ; c'est en application de ces principes, mais aussi au regard de l'exigence de l'application du principe de l'exécution contractuelle de bonne foi que la Cour de cassation a décidé dès 1966 que « *l'Etat ou l'une de ses émanations ne peut invoquer son propre droit afin de s'opposer à l'application d'une convention à laquelle il a consenti* »⁶ ; si la Cour de cassation a rappelé avec une telle vigueur l'obligation pour l'Etat de respecter sa parole donnée, c'est aussi parce qu'elle a considéré que l'interdiction posée pour les personnes morales de droit public de compromettre ne concernait pas un problème de *capacité* des personnes morales de droit public, mais seulement *l'ordre public interne* ; à l'inverse, la jurisprudence du Conseil d'Etat (et du Tribunal des conflits) estimait que la détermination du juge compétent pour connaître des contestations intervenant en matière d'arbitrage dépendait de la qualification juridique du contrat, juge administratif dans l'hypothèse où le contrat était administratif, juge judiciaire s'il était civil (TC, 19 mai 1958, *Société Myrtoon Steamship* et TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*) ;
- ◆ en troisième lieu, le contrôle sur la sentence arbitrale différait de manière substantielle selon qu'il était exercé par les juridictions judiciaires ou qu'il l'était par les juridictions administratives : en effet, comme indiqué précédemment, le contrôle exercé par les juridictions judiciaires se limitait aux motifs limitativement énumérés par l'ancien article 1502 du CPC et n'impliquait pas, de ce fait, un contrôle au fond de la sentence ; de surcroît, et en vertu des dispositions du code de procédure civile, lorsque la sentence était annulée, le juge judiciaire ne rejugeait pas l'affaire ; à l'inverse, comme l'a indiqué le Commissaire du Gouvernement Mattias Guyomar dans ses conclusions développées dans l'affaire *INSERM* ; le Conseil d'Etat considère que « *le tribunal arbitral présente le caractère d'une juridiction administrative spécialisée et sa sentence est susceptible d'appel devant le Conseil d'Etat (CE Section, 2 mars 1956, SARL Le secteur électrique de Reuilly, p. 102 ; Assemblée, 4 janvier 1957, Lamborot, p. 12). Et dans le cadre de ce recours en appel, le juge annule, comme dépourvue de base légale, la sentence rendue sur le fondement d'une clause compromissoire illégale (CE Section, 3 mars 1989, Société des Autoroutes de la région Rhône-Alpes, p. 69)* » ; ainsi, le Conseil d'Etat exerce un contrôle portant sur le fond de la sentence et lorsqu'il annule cette sentence, rejuge l'affaire ; de l'avis des arbitres, un tel contrôle est difficilement conciliable avec les exigences de la Convention de New York, du 10 juin 1958, laquelle limite le contrôle du juge étatique en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions aux seules motifs énumérés par l'article V de cette Convention.

⁶ Civ.1^{ère}, 2 mai 1966, D. 1966.575, note Robert.

Rapport

C'est dans ce contexte que, dans une décision en date du 17 mai 2010, *INSERM c/Fondation Letten F. Saugstad*, le Tribunal des conflits a décidé que :

« Considérant que le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, conformément à l'article 1505 du code de procédure civile, ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ; qu'il en va cependant autrement lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; que, ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif. »

Par cette décision, le Tribunal des conflits a clarifié des aspects importants de l'arbitrabilité des contrats relevant du commerce international, reconnaissant notamment la compétence de principe au juge judiciaire en matière d'arbitrage international, y compris pour les recours formés contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger dès lors qu'il met en jeu les intérêts du commerce international : « le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, conformément à l'article 1505 du Code de procédure civile, ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ».

Cette décision consacre donc le critère de l'arbitrage international, à savoir le critère de l'opération économique transfrontalière, posé par la Cour de Cassation (doctrine « Matter »). Cette décision neutralise également le critère de la nature du contrat à l'origine du litige ayant donné lieu à la sentence arbitrale puisque le Tribunal des conflits indique bien : le contrat « fût-il administratif ».

Ce faisant, le Tribunal des conflits n'a cependant pas souhaité transposer dans son intégralité la jurisprudence de la Cour de Cassation et a créé, par exception au principe posé, un nouveau régime de l'examen des sentences arbitrales, applicable aux contrats administratifs conclus « entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger [...] exécutés sur le territoire français [et] mettant en jeu les intérêts du commerce international » dans certaines circonstances. Il prévoit ainsi de confier aux juridictions administratives le contrôle des sentences arbitrales rendues sur le fondement de certains de ces contrats dès lors que les quatre conditions suivantes sont remplies :

- ◆ le contrat doit être un contrat administratif, entrant dans l'une des quatre catégories énumérées par l'arrêt *INSERM* (la concession, le partenariat, le marché public et la délégation de service public) ;
- ◆ le contrat doit mettre en jeu les intérêts du commerce international ;
- ◆ le contrat doit être exécuté en France ;

Rapport

- ◆ le contrôle demandé à la juridiction étatique doit impliquer « le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ».

Le Tribunal des conflits a estimé nécessaire de prévoir une procédure spécifique de contrôle des sentences rendues sur un litige relatif à un contrat « relevant d'un régime administratif d'ordre public » et de réserver ce contrôle au juge administratif, en raison de la nature du contrôle exercé par la Cour de cassation dans le cadre des recours en annulation. Le contrôle exercé par la Cour de Cassation se limite en effet à vérifier la régularité de la sentence au regard d'un nombre limité de critères. Ainsi, le contrôle de la validité de la convention d'arbitrage et celui porté sur la sentence arbitrale s'opèrent en considération des seules règles de l'ordre public international, outre la vérification de la commune intention des parties à la convention d'arbitrage, ce qui permet de s'assurer que le tribunal arbitral n'a pas outrepassé sa mission, sans s'attacher à examiner la licéité de la clause compromissoire ni le fond du litige au regard du droit interne. Ce contrôle a manifestement été jugé insuffisant pour permettre d'assurer le respect des dispositions impératives du droit public qui s'imposent de manière incontournable aux collectivités publiques⁷.

Pour ses détracteurs, l'arrêt *INSERM* a porté un coup très dur au droit français de l'arbitrage international, en donnant compétence aux juridictions administratives pour connaître du contrôle au fond des sentences arbitrales, mêmes rendues en matière de commerce international, lorsque l'objet du litige concerne certaines matières jugées particulièrement sensibles mais sans pour autant les définir clairement et strictement.

En effet, si cette décision permet de clarifier l'état du droit sur l'arbitrabilité d'une partie des contrats administratifs relevant du commerce international, elle comporte de nombreuses zones d'ombres et laisse un nombre important de problèmes sans solution, notamment :

- ◆ la décision définit un périmètre de sentences dont le recours en annulation relève de la compétence du juge administratif, sans qu'il soit possible de déterminer l'étendue exacte de ce périmètre ni s'il est susceptible d'évoluer ou non dans le futur : la liste des contrats concernés et la liste des principes essentiels du droit public énoncés sont en effet d'une grande généralité, laissant penser que cette décision pourrait, à terme, orienter l'ensemble des recours contre des sentences arbitrales relatives à des litiges nés de contrats conclus par une personne publique relevant du commerce international vers le juge administratif, modifiant ainsi considérablement la tradition française établie depuis plusieurs décennies en la matière ;
- ◆ la décision ne règle pas la question de l'arbitrabilité des contrats administratifs mais, en confiant le contrôle de certaines sentences arbitrales au juge administratif, le Tribunal des conflits permet que soit contrôlée la licéité de la clause compromissoire au regard des règles du droit interne français⁸, ouvrant ainsi la voie à de multiples recours portés par une partie insatisfaite de la sentence arbitrale, qui pourrait soulever la nullité de la clause arbitrale dès lors que la collectivité publique n'avait pas le droit de compromettre : de nombreux commentateurs soulignent même que le juge administratif pourrait se considérer contraint de soulever d'office l'illicéité de la clause compromissoire pour les contrats conclus par des collectivités publiques, celle-ci figurant explicitement à l'article 2060 du Code civil (dont l'applicabilité aux contrats relevant du commerce international avait jusqu'ici été écartée par une jurisprudence constant de la Cour de Cassation) ;

⁷ Cf. Conclusions du Commissaire du Gouvernement, Mattias Guyomar, Tribunal des Conflits, n°3754.

⁸ Contrôle que la Cour de Cassation s'est toujours refusé à opérer depuis la jurisprudence *Galakis* de 1966.

Rapport

- ◆ la décision fragmente le contrôle des sentences arbitrales, ouvrant la voie à la co-existence future de deux droits français de l'arbitrage international, aux jurisprudences et principes potentiellement différents, l'un relevant des juridictions judiciaires, l'autre des juridictions administratives, affectant donc gravement l'unité, la lisibilité et la cohérence du droit français de l'arbitrage international aux yeux des opérateurs économiques français et internationaux ;
- ◆ la décision ne règle pas le sort des sentences arbitrales rendues à l'étranger et dont l'exequatur est demandée en France : rien n'indique, à ce stade, quel ordre juridictionnel sera compétent, ni sur quelles bases et selon quels principes le contrôle sera réalisé, ni quelle sera son étendue exacte.

Aux yeux de ses détracteurs, cette décision pose donc plus de questions qu'elle n'en résout et ouvre la voie à une remise en cause potentiellement complète, progressive et, par définition, imprévisible des principes sur lesquels a été fondée la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière de contrôle des sentences arbitrales rendues sur des litiges relatifs à des contrats administratifs relevant du commerce international.

Sans doute cette vision critique est-elle excessive :

- ◆ l'arrêt *INSERM* a le mérite de clarifier quelque peu une grille de lecture complexe tenant à la dualité de nos ordres de juridictions ;
- ◆ il cantonne, en outre, la « spécificité » française au champ des contrats mettant en cause l'ordre public administratif français (au cas particulier, il confirme d'ailleurs la compétence exclusive du juge judiciaire) ;
- ◆ il n'affecte donc ni les arbitrages entre personnes privées, ni ceux impliquant les personnes publiques pour des contrats n'affectant pas l'ordre administratif interne ou échappant au contrôle du juge administratif (essentiellement les contrats exécutés hors le territoire national).

Il reste que la situation définie par l'arrêt *INSERM* crée une incertitude sur l'état du droit français de l'arbitrage international et son évolution jurisprudentielle future (source évidente d'insécurité juridique) et constitue donc un risque suffisant pour que des investisseurs ou opérateurs économiques étrangers, déjà peu habitués à notre dualité d'ordre juridique, répugnent à choisir la France comme lieu de l'arbitrage et le droit français comme droit de référence. Cette perception fait donc peser un risque réel pour l'attractivité du droit français de l'arbitrage et de la place de Paris comme place d'arbitrage international.

Au total, il apparaît que la clarté et l'exemplarité du droit français de l'arbitrage international sont mises en question par cette décision, et il apparaît urgent que le législateur intervienne afin de clarifier à la fois :

- ◆ les conditions d'arbitrabilité des contrats administratifs relevant du commerce international ;
- ◆ le régime applicable aux recours contre les sentences arbitrales rendues en la matière, et notamment la répartition des compétences entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire.

Seule une intervention du législateur serait en mesure d'assurer à la fois la protection des principes essentiels du droit public français et la lisibilité et la simplicité procédurale du droit français de l'arbitrage international.

1.3. Propositions pour renforcer la lisibilité et l'attractivité du droit français de l'arbitrage international

1.3.1. Renforcer la promotion de Paris en tant que place d'arbitrage international

La promotion de la place de Paris comme place d'arbitrage internationale et du droit français comme droit de référence dans les conventions arbitrales est insuffisamment réalisée aujourd'hui. Vivant sur un socle historique solide et une réputation internationale excellente, la place de Paris ne s'est jamais mise en situation de mettre en œuvre une politique active de promotion de son image à travers le monde. Cependant, dans le monde globalisé d'aujourd'hui, où la redistribution des cartes est générale et le questionnement des positions dominantes systématique, il est important que les acteurs de l'arbitrage international en France s'organisent pour être à même d'effectuer le travail de communication qui est nécessaire si nous voulons à tout le moins conserver nos parts de marché dans ce domaine.

Pour ce faire la mission recommande aux différentes parties concernées de réfléchir à la création d'une organisation unique de l'ensemble des acteurs de l'arbitrage, qui chapeauterait les organisations existantes. Cette organisation permettrait de regrouper sous une appellation unique (par exemple « Paris Arbitrage ») et un même logo les quatre principales organisations existantes. Dotée d'un conseil d'administration large, composé de représentants de la profession mais aussi d'acteurs économiques clés, auquel pourrait participer autant que de besoin, en observateurs, des représentants des pouvoirs publics (ministère de l'économie et ministère de la Justice), cette organisation deviendrait à la fois l'enceinte de discussion et de concertation des acteurs de la place sur tous les sujets d'intérêt institutionnel (réforme du droit de l'arbitrage, concertation avec la Chambre de commerce internationale, etc.), ainsi que le moteur de la promotion sous tous azimuts de la place de Paris (organisation de conférences, séminaires d'étude ou de formation, road-shows dans les pays émergents, échanges d'étudiants, etc.).

Dans le même esprit, et à titre préliminaire, la mission recommande également la création en 2011 d'un site web regroupant et rendant accessible, en français et en anglais, l'ensemble des informations relatives à l'arbitrage international en France (droit, jurisprudence, association, cabinets, listes d'arbitres, discussions doctrinales, ouvrages de référence, bibliographies, etc.), à l'instar des sites concurrents Anglais (LCIA sur www.lcia.org) ou Suisse (Swiss Arbitration sur www.sscam.org). La création de ce site pourrait être une des premières manifestations soit du rapprochement des organisations existantes, soit, à tout le moins, de leur volonté de travailler ensemble à la promotion du droit français et de la place de Paris.

La mission note qu'un tel mouvement commence à s'initier (cf. les initiatives prises par le Comité français de l'arbitrage avec l'association Paris Place d'arbitrage, en vue de créer une Académie internationale de l'arbitrage sur le modèle de l'Académie de droit international de La Haye) et qu'il conviendrait qu'il reçoive l'appui, autant que nécessaire, des pouvoirs publics français (notamment de la Chancellerie et du ministère de l'économie).

1.3.2. Trouver une voie de sortie des difficultés créées par l'arrêt *INSERM*

Compte tenu des difficultés créées par l'arrêt *INSERM* et afin de prévenir le développement d'une dualité de régime juridique en matière d'arbitrage international entre les juridictions administrative et judiciaire qui serait dommageable pour la lisibilité, l'exemplarité et le rayonnement du droit français de l'arbitrage international et, in fine, l'attractivité de la France et de Paris comme place d'arbitrage international, il semble nécessaire de clarifier dans un texte de nature législative le régime juridique de l'arbitrage international pour les personnes morales de droit public, quel que soit le type de contrat comportant une clause d'arbitrage international. Cependant, il convient, ce faisant, de tenir compte des inquiétudes légitimes relatives aux risques de contournement des règles d'ordre public administratif par le biais de sentences arbitrales, qui sont à l'origine de la décision du Tribunal des conflits.

Dans ce but, la mission considère que plusieurs questions doivent être clarifiées, notamment :

- ◆ la capacité des entités publiques à avoir recours à l'arbitrage dans le cadre de leurs opérations relevant du commerce international ;
- ◆ la compétence juridictionnelle de principe en matière d'arbitrage relatif à des contrats relevant du commerce international ;
- ◆ les conditions dans lesquelles les sentences arbitrales relatives à des litiges nés de contrats administratifs exécutés en France et relevant du commerce international peuvent être rendues lorsqu'elles touchent à des matières impliquant les principes essentiels du droit public administratif français, notamment le principe d'égalité devant la commande publique, le libre accès à la commande publique, le principe de continuité du service public, la non aliénabilité du domaine public.

Pour ce faire, la mission a exploré plusieurs pistes avant de les écarter :

- ◆ Piste n°1 : Réaffirmer et étendre l'interdiction faite aux entités publiques de recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges issus des contrats qu'elles concluent, y compris à l'international : cette solution aurait l'avantage de la clarté, mais l'inconvénient majeur de mettre la France en infraction avec ses obligations internationales découlant notamment de la convention européenne sur l'arbitrage international, signée à Genève le 21 avril 1961 et dont les articles 1 et 2 prévoient que « les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable, de « personnes morales de droit public » ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage » lorsque ces conventions ont été conclues pour « le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations du commerce international, entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de leur convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des Etats contractants différents ».
- ◆ Piste n°2 : Confier au juge judiciaire, par voie législative, un bloc de compétence unique en matière de recours contre toutes les sentences arbitrales relatives aux litiges nés de contrats relevant du commerce international, quelle que soit la nature du contrat : cette solution aurait l'avantage de préserver l'unité et la cohérence du droit français de l'arbitrage international. Cependant, compte tenu de la position constante de la Cour de Cassation, bien ancrée dans sa jurisprudence, de limiter au strict minimum les contrôles au fond des sentences arbitrales, il y aurait de grands risques que des sentences arbitrales contrevenant aux principes essentiels du droit administratif français soient validées par la Cour, qui développerait ainsi, en creux, une jurisprudence relative à des matières ne relevant pas de sa compétence naturelle qui serait potentiellement très différente de celle établie par le Conseil d'Etat et ne protégerait pas suffisamment l'intérêt public.

Rapport

- ◆ **Piste n°3** : Autoriser expressément les entités publiques à compromettre dans le cadre de leurs activités relevant du commerce international, sans prévoir de limite à cette faculté ni de contrôle spécifique du respect par les sentences arbitrales des principes impératifs du droit public français : cette solution aurait l'avantage de clarifier le droit français de l'arbitrage international dans un sens très favorable au développement de cette forme de résolution des litiges, mais comporterait là aussi le risque d'autoriser les arbitres internationaux à rendre des sentences qui seraient contraires à l'ordre public français, ce qui les rendraient non seulement contraire à la préservation de la souveraineté française mais aussi et surtout inapplicables sur le territoire français.

Aussi, la mission propose d'emprunter une voie alternative qui permettrait de concilier l'ensemble des intérêts en jeu dans cette affaire. Cette voie consiste à préciser *ex-ante*, dans un texte de nature législative, les principes essentiels du droit public français auxquels les entités publiques françaises, dans les contrats qu'elles passent, comme les arbitres internationaux, dans les sentences qu'ils rendent, ne peuvent contrevenir.

Techniquement cette solution pourrait passer par une modification de l'article 2060 du code civil dans les trois directions suivantes :

- ◆ **Prévoir une autorisation expresse pour les personnes publiques françaises de compromettre dans le cadre de leurs contrats relevant du commerce international ;**
- ◆ **Edicter une prohibition pour les sentences arbitrales de contrevenir aux principes essentiels du droit administratif français, notamment le principe d'égalité devant la commande publique, le libre accès à la commande publique, le principe de continuité du service public, la non aliénabilité du domaine public ;**
- ◆ **Confier aux juridictions de l'ordre judiciaire un bloc de compétence exclusif pour l'examen des recours contre les sentences arbitrales prononcées suite à des litiges nés de l'exécution des contrats relevant du commerce international auxquels les personnes publiques sont parties et prévoir expressément que leur contrôle doit porter sur le point précédent.**

Une telle réforme pourrait se traduire par l'ajout de trois alinéas à l'article 2060 du code civil, qui pourraient être rédigés comme suit :

« [Premier et deuxième alinéas sans changement]

Outre les cas prévus à l'alinéa précédent, les personnes publiques sont autorisées à compromettre dans le cadre de contrats de droit privé ou de droit public, impliquant un mouvement international de biens, de services, de personnes ou de capitaux. Les sentences arbitrales rendues dans le cadre de litiges nés de ces contrats, ne peuvent contrevenir aux principes fondamentaux du droit public français relatifs à la commande publique, à la délégation de service public, à la domanialité publique ou à la continuité du service public.

Les juridictions de l'ordre judiciaire connaissent de l'ensemble des litiges relatifs à la procédure arbitrale, ainsi que de toutes les contestations relatives aux sentences mentionnées à l'alinéa précédent. Elles sont compétentes pour délivrer l'exequatur à ces sentences. »

Une modification de l'article 1520 du code de procédure civile serait également nécessaire, afin de guider l'action des juridictions civiles à cet égard. Un nouvel alinéa pourrait être ajouté à cet article, qui serait rédigé comme suit :

« En outre, s'agissant des sentences arbitrales relatives à des litiges nés de contrats internationaux dont une des parties est une personne publique française, le recours en annulation est ouvert si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire aux principes fondamentaux du droit public français mentionnés au troisième alinéa de l'article 2060 du code civil. »

2. La place du droit et le statut des juristes en entreprise

2.1. Le statut et le positionnement des juristes en entreprise en France différent dans une large mesure des pratiques étrangères, au détriment des juristes français

2.1.1. Les juristes d'entreprise sont soumis au secret professionnel mais leurs avis juridiques écrits ne bénéficient pas de la protection accordée aux avis juridiques écrits par les avocats

Les juristes d'entreprises sont, comme les avocats, soumis au secret professionnel sur le fondement des articles 55 et 58 de la loi du 31 décembre 1971, précitée. L'article 55 de cette loi dispose que :

« Toute personne autorisée par le présent chapitre à donner des consultations juridiques ou à rédiger des actes sous seing privé, pour autrui, de manière habituelle et rémunérée [...] doit respecter le secret professionnel conformément aux dispositions des articles 226-13 et 226-14 du code pénal.

Et l'article 58 de cette même loi dispose que :

« Les juristes d'entreprise 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 ».

Cette obligation pour les juristes d'entreprise de respecter le secret professionnel a été récemment rappelée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 18 novembre 2009⁹ :

« [...] en vertu de l'article 55 de la loi du 31 décembre 1971, toute personne autorisée à donner des consultations juridiques et rédiger des actes sous seing privé est tenue au secret professionnel ; que selon l'article 58 de cette même loi, figurent parmi les personnes visées à l'article 55 les juristes d'entreprise exerçant leurs fonctions en exécution d'un contrat de travail au sein d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises [...]. »

Cependant, le juriste d'entreprise se trouve dans une situation paradoxale, dans laquelle s'il est contraint de respecter le secret professionnel au même titre que l'avocat, les avis juridiques qu'il rédige ne bénéficient pas de la protection du secret professionnel, contrairement aux avis juridiques écrits par les avocats. En effet, il résulte de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 que le secret professionnel a uniquement vocation à protéger les documents s'inscrivant dans le cadre de la relation avocat-client, à l'exclusion de tout document émanant d'un juriste d'entreprise.

⁹ Cass., Soc., 18 novembre 2009.

2.1.2. Le positionnement des juristes en entreprise demeure en France à un niveau moins élevé que chez nos principaux partenaires

Il ressort des entretiens de la mission avec les représentants d'un échantillon représentatif des grands groupes industriels et financiers français que la situation des juristes en entreprise s'est améliorée en France au cours des dix dernières années, suite notamment à l'exposition accrue des entreprises françaises à la mondialisation et aux pratiques en vigueur dans le monde anglo-saxon. Néanmoins, elle demeure plus fragile et moins établie que chez nos principaux partenaires.

L'accroissement des risques juridiques et leur complexification, liés à la globalisation de l'activité des grandes entreprises françaises, ont contribué à renforcer le rôle et le positionnement des juristes en entreprise : leurs fonctions sont plus importantes, plus nombreuses et leur implication plus grande dans le processus de décision interne à l'entreprise. Cependant, le positionnement des juristes français dans l'entreprise demeure à un niveau inférieur à celui de leurs homologues à l'étranger, notamment dans le monde anglo-saxon, mais aussi en Europe continentale et du nord.

Ce sentiment, largement partagé par les interlocuteurs de la mission, est étayé par les données disponibles sur ce sujet. Ainsi, une étude réalisée par l'Association Française des Entreprises Privées (AFEP) fait apparaître que seule une minorité des directeurs juridiques de grandes entreprises françaises sont rattachés directement au directeur général, directeur général délégué ou au directoire : dans l'échantillon de 31 entreprises de taille importante interrogées, dont 13 appartenant au CAC 40, seuls 11 directeurs juridiques (soit 35,5 %) étaient rattachés à la direction générale ou au directoire. Pour les autres, 11 étaient rattachés au secrétaire général (soit 35,5 %) et 9 au directeur financier (soit 29 %). En outre, seuls 7 directeurs juridiques sur les 30 concernés étaient membres du comité exécutif de l'entreprise et 11 directeurs juridiques seulement sur les 27 concernés étaient membres du comité de direction¹⁰.

Une autre étude sur la rémunération, le positionnement et le profil des directeurs juridiques, réalisée en 2010 par le cabinet « EQUITEAM » auprès d'un échantillon de 131 directeurs juridiques français, a permis de déterminer certaines caractéristiques du statut et positionnement des directeurs juridiques :

- ◆ le montant moyen de la rémunération brute annuelle fixe des directeurs juridiques se montait à 139 000 euros en 2009 ;
- ◆ 95,7 % des directeurs juridiques bénéficient d'une part variable en plus de leur rémunération fixe (déterminée dans 75 % des cas par la performance personnelle et les résultats de l'entreprise) ;
- ◆ 55,5 % des directeurs juridiques bénéficient de stock-options ;
- ◆ 38,5 % des directeurs juridiques bénéficient d'attributions d'actions gratuites, BSAAR¹¹ ou autres instruments comparables ;
- ◆ 75 % bénéficient d'un plan d'intéressement et de participation.

Ces éléments accréditent le sentiment recueilli par la mission d'une bonne intégration des directeurs juridiques au sein du management des entreprises françaises.

D'autres éléments, en revanche, corroborent les résultats de l'étude réalisée par l'AFEP et témoignent d'un positionnement hiérarchique encore incertain des directeurs juridiques au sein de l'organigramme des sociétés françaises :

¹⁰ Au sein de l'échantillon de 31 entreprises interrogées, une n'avait pas de comité exécutif et quatre n'avaient pas de comité de direction.

¹¹ Bon de souscription et/ou d'acquisition d'actions remboursables.

Rapport

- ◆ seuls 53,8 % des directeurs juridiques sont rattachés directement au Président, directeur général ou directoire ;
- ◆ 15,4 % sont rattachés au Secrétaire général ;
- ◆ 17,7 % sont rattachés au directeur administratif et financier ;
- ◆ 13,1 % sont rattachés à un autre directeur ou chef de service ;
- ◆ enfin, seuls 72,8 % des directeurs juridiques ont un statut de cadre dirigeant ou équivalent.

S'agissant des effectifs des directions juridiques, l'enquête du cabinet « EQUITEAM » indique que l'effectif moyen de juriste au sein de la direction juridique oscille entre 5 juristes dans les entreprises dont le chiffre d'affaires est compris entre 100 M€ et 500 M€ et 83 juristes dans les entreprises dont le chiffre d'affaires est supérieur à 10 Md€.

Enfin, il apparaît que seuls 29,8 % des directeurs juridiques ont exercé auparavant au sein d'un cabinet d'avocat (avec une durée moyenne de cinq ans d'exercice), démontrant ainsi la profonde césure qui existe encore aujourd'hui entre la profession d'avocat et la profession de juriste en entreprise.

Au total, il apparaît que, si l'évolution de la population des dirigeants d'entreprise, de plus en plus exposés aux pratiques anglo-saxonnes, a contribué, par mimétisme, à renforcer la place des juristes en entreprise et a contribué à renforcer la taille des directions juridiques et leur rôle dans la prise de décision, cette évolution n'est pas encore achevée. En outre, les grandes entreprises françaises ont une tendance marquée à recruter des juristes étrangers (américains, britanniques ou allemands) aux postes-clés des directions juridiques, voire, dans le cas de fusions transatlantiques (comme l'ont montré des cas récents), de sacrifier les juristes français au profit des juristes anglo-saxons, précisément en raison de leur statut clair et de la protection efficace dont ils bénéficient dans leur pays d'origine.

2.2. Cette situation est source de difficultés pour les juristes français tant en France qu'à l'international

2.2.1. Les juristes d'entreprise et les dirigeants des entreprises françaises déplorent les nombreuses difficultés auxquelles ils sont confrontés en raison des règles particulières existant en France

Les dirigeants des entreprises françaises et les juristes qui y travaillent, consultés dans le cadre de cette mission, ont évoqué un certain nombre de difficultés auxquelles elles sont confrontées, en raison de l'absence, en France, de protection de la confidentialité des écrits des juristes en entreprise.

Les difficultés évoquées sont notamment :

- ◆ l'impossibilité d'établir par écrit des notes décrivant de manière exhaustive les risques juridiques liés à une opération ou à une situation donnée, en raison des risques de saisie ultérieure de telles notes et de leur utilisation possible contre l'entreprise dans une procédure judiciaire ;
- ◆ le recours à des pratiques informelles (conversation orale) ou coûteuses pour l'entreprise (recours à un cabinet d'avocat pour écrire une note qui aurait pu être rédigée par le service juridique interne) destinées à faire passer les messages les plus sensibles au management de l'entreprise ;

Rapport

- ◆ la méfiance dont font l'objet les services juridiques français, notamment de filiales d'entreprises étrangères, considérés comme les « maillons faibles » des services juridiques des grands groupes internationaux en raison de l'absence de protection des juristes français¹² ;
- ◆ la situation inconfortable dans laquelle se retrouvent les juristes d'entreprise français dans leurs rapports avec leurs homologues étrangers, ces derniers préférant, voire parfois exigeant, une mise en relation avec des avocats français plutôt qu'avec leurs homologues juristes d'entreprise, en raison de l'absence de protection juridique de leurs écrits et correspondances ;
- ◆ l'absence de statut et de protection des juristes d'entreprise qui peut conduire jusqu'à la délocalisation de l'ensemble du service juridique, amené ainsi à quitter la France¹³.

Cependant, il convient de souligner que ces problèmes n'ont pas été évoqués par tous les interlocuteurs de la mission, certains, minoritaires, soulignant même l'absence de nécessité réelle à modifier l'état du droit sur ce point. Cette absence d'unanimité dans le diagnostic reflète la diversité des situations résultant de l'activité du groupe, de son exposition à l'international, du type de risques juridiques auxquels l'entreprise est confrontée et de ses lieux d'implantation et d'activité les plus importants. Le secteur financier en général paraît très exposé, de même que d'autres secteurs tels l'énergie et l'immobilier.

Il ressort néanmoins de ces échanges que la difficulté principale pour les entreprises n'est pas celle du statut des juristes en entreprise en général (sont-ils avocat ou non ?), ni même de leur positionnement hiérarchique dans l'entreprise (qui dépend beaucoup de facteurs individuels, relatifs tant aux juristes eux-mêmes qu'à la sensibilité de leur employeur aux questions juridiques), mais celle de l'absence de protection des avis juridiques écrits des juristes en entreprise.

2.2.2. De manière générale, et malgré quelques avis divergents, il apparaît que les responsables des services juridiques des entreprises françaises sont handicapés par rapport à leurs homologues étrangers dans l'exercice de leur fonction de conseil

L'absence de protection des avis juridiques émis par les juristes en entreprise en France a pour effet de dissuader les entreprises françaises de solliciter des avis écrits de leurs services juridiques internes, de peur de voir ces documents saisis et divulgués dans le cadre d'une procédure judiciaire. Cette absence de protection de la confidentialité des avis retarde le travail du juriste (obligé d'avoir recours à un cabinet d'avocat), en accroît le coût puisque les cabinets extérieurs facturent des honoraires élevés pour des prestations qui auraient pu être réalisées en interne, et, rend ainsi son travail moins efficace dans le processus de décision.

Aujourd'hui les avis juridiques des juristes d'entreprise peuvent être saisis sans restriction ce qui les rend potentiellement témoins à charge contre leur propre entreprise : une telle situation est intolérable pour les entreprises françaises.

¹² La mission a ainsi recueilli des témoignages de juristes français travaillant au sein de filiales françaises de groupes anglo-saxons, décrivant les mesures de cantonnement dont ils font l'objet, destinées à protéger l'information juridique sensible des saisies qui pourraient conduire à la divulgation d'information dans le cadre d'une procédure judiciaire. Dans certains groupes français, les échanges d'information entre membres de la fonction juridique au sein du groupe sont, selon certains témoignages, limités au strict nécessaire afin de prévenir les risques de divulgation d'informations provenant des filiales étrangères, y compris celles implantées dans les pays reconnaissant le *legal privilege* (la communication de l'information à des tiers non privilégiés étant une cause de perte de la protection dont bénéficie l'information).

¹³ Dans un cas, mentionné à la mission, l'absorption d'une grande société française par un groupe européen, a conduit à l'installation du service juridique dans le pays de la maison mère, en raison du statut plus favorable et du meilleur positionnement dont bénéficient les juristes d'entreprise dans ce pays.

Rapport

En outre, cette situation ne favorise pas la diffusion du droit dans l'entreprise, alors même que la régulation croissante de la vie des affaires recourt de plus en plus au droit, appelé à irriguer l'ensemble des domaines de l'entreprise (notamment à travers le développement considérable des programmes de conformité) et que la complexité des questions juridiques s'est fortement accrue.

L'absence de protection des avis écrits des juristes d'entreprises conduit les entreprises à recourir aux cabinets d'avocats pour la rédaction d'avis juridiques qui pourraient être élaborés en interne. Cela encourage également le développement de pratiques à la limite du droit, notamment le détachement d'avocat collaborateurs dans l'entreprise (d'après l'UJA de Paris, il y aurait aujourd'hui plus de 400 avocats qui seraient touchés par ce phénomène à Paris). Des contentieux se développent : un cabinet parisien a ainsi été récemment poursuivi pour prêt de main d'œuvre (décision encore en délibéré). Le développement de cette pratique est néanmoins limité par son coût, forcément élevé et semble, de manière générale, plutôt justifié par le besoin de remplacement temporaire de juristes absents ou par le besoin d'un recours ponctuel à des renforts externes dans certaines situations exceptionnelles (préparation d'une opération financière, par exemple).

Au total, la mission considère que le double objectif de renforcement de la place du droit et de rehaussement du positionnement des juristes internes en entreprises, associé, notamment, au développement des fonctions de conformité est justifié.

2.3. Le modèle français d'organisation des professions juridiques se distingue par une grande fragmentation des professions juridiques et par l'existence d'un secret professionnel d'ordre public strictement attaché au statut d'avocat

2.3.1. La France se distingue de ses principaux partenaires économiques par une fragmentation extrême de ses professions juridiques, chacune dotée d'un statut spécifique

La fragmentation des professions juridiques est la caractéristique principale du modèle français : en lieu et place d'une grande profession du droit sur le modèle des « *lawyers* » à l'américaine, la France a depuis toujours choisi d'organiser ses professions juridiques par spécialités.

Cette fragmentation des professions juridiques en France, conjuguée à l'existence de deux ordres juridiques (civil et administratif), font du modèle français un modèle difficile à expliquer, vendre et exporter à l'étranger.

Malgré un long processus de concentration sur la profession d'avocat (fusion avec les avoués d'instance et les conseils juridiques), il subsiste ainsi plus de 9 types de professions juridiques, organisées ou non, en France :

- ◆ les avocats à la Cour (51 758 avocats au 1^{er} janvier 2010 dont 22 841 sont rattachés au Barreau de Paris et 28 917 sont rattachés aux 160 Barreaux de province). Le nombre d'avocats s'est considérablement accru ces dernières années, tant par croissance interne de la profession que par la fusion des professions d'avocat et de conseil juridique en 1992 ;
- ◆ les avocats aux Conseils, c'est-à-dire auprès du Conseil d'État et de la Cour de Cassation (101 au 1^{er} mars 2011) ;
- ◆ les administrateurs judiciaires (117 au 1^{er} mars 2011) ;
- ◆ les mandataires judiciaires (309 au 1^{er} mars 2011) ;
- ◆ les huissiers de justice (3 232 au 1^{er} mars 2011) ;

Rapport

- ◆ les commissaires-priseurs judiciaires (401 au 1^{er} mars 2011) ;
- ◆ les greffiers des tribunaux de commerce (233 au 1^{er} mars 2011) ;
- ◆ les notaires (9 167 au 1^{er} mars 2011) ;
- ◆ les avoués près les cours d’appel – profession appelée à disparaître le 1^{er} janvier 2012 suite à la proposition 213 du rapport Attali I suggérant la fusion des professions d’avoués et d’avocats (il y a actuellement 430 avoués près les cours d’appel, la profession d’avoué de première instance ayant déjà été supprimée en 1971) ;
- ◆ les juristes d’entreprise. Ces derniers ne constituent pas aujourd’hui une profession juridique réglementée, mais ils sont néanmoins organisés en plusieurs associations¹⁴. D’après l’enquête IPSOS commanditée par l’AFJE en avril 2010, ils seraient quelque 15 870 professionnels du droit exerçant en entreprise avec pour seul statut celui de salarié signataire d’un contrat de travail de droit commun¹⁵.

Tableau 1 : Récapitulatif des effectifs des différentes professions juridiques

Profession juridique	Nombre de professionnels en exercice
Avocats à la Cour	51 758
▪ Dont rattachés au Barreau de Paris	22 841
▪ Dont rattachés aux Barreaux de province	28 917
Avocats aux Conseils (près le Conseil d’État et la Cour de cassation)	101
Administrateurs judiciaires	117
Mandataires judiciaires	309
Huissiers de justice	3 232
Commissaires-priseurs judiciaires	401
Greffiers des tribunaux de commerce	233
Notaires	9 167
Avoués près les cours d’appel	430
Juristes d’entreprise	15 870

Source : Légifrance et enquête IPSOS de l’AFJE

2.3.2. La France se distingue également par une conception du secret professionnel de l’avocat à la fois très différente du modèle dominant et plus rigide

2.3.2.1. Le secret professionnel français, attaché au statut de l’avocat, est très rigide

En France, le secret professionnel a toujours été l’une des règles les plus fondamentales de l’exercice de la profession d’avocat¹⁶. Cette exigence est essentielle pour assurer le bon fonctionnement de la justice. Il ne pourrait en effet y avoir de véritable défense devant les tribunaux si les confidences faites par l’accusé à son défenseur venaient à être violées.

Ainsi, aux termes l’article 2 du *Règlement intérieur national* des avocats (RIN) « le secret professionnel de l’avocat est d’ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps ».

¹⁴ Notamment le Cercle Montesquieu, l’association française des juristes d’entreprise (AFJE), le cercle des directeurs des affaires juridiques (DAJ), plus un nombre important d’associations sectorielles.

¹⁵ Sauf mention contraire, les chiffres figurant dans ce paragraphe sont tirés de l’étude d’impact du *Projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées* publié en mars 2010 et accessible sur Légifrance.

¹⁶ Les contours du secret professionnel de l’avocat sont définis par plusieurs textes à valeur législative ou réglementaire. Il s’agit notamment de la *loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971* modifiée par la *loi n° 2004-130 du 11 février 2004* et du *décret du 12 juillet 2005*. Le *règlement intérieur national* uniformisé (RIN) de la profession d’avocat précise également le fondement et l’étendue du secret professionnel. Enfin, le Code pénal encadre et sanctionne les atteintes à ce secret ([articles 226-13 et 226-14](#) du Code pénal).

Rapport

Toutefois, jusqu'en 1990, le législateur n'avait traité ce secret que de manière indirecte en soumettant l'avocat au risque de sanction pénale en cas de violation. Ainsi, dès 1810, l'article 378 du *Code pénal* de 1810 sanctionnait la violation du secret par toute personne dépositaire de confidences dans l'exercice de ses fonctions :

« Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes, et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de cent francs à cinq cents francs »,

Aujourd'hui encore, le respect du secret professionnel par l'avocat est une obligation légale trouvant la sanction de sa violation dans l'article 226-13 du Code pénal qui dispose que :

« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire est punie d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende ».

Le caractère absolu de ce principe a été réaffirmé par la Cour de cassation dans son [arrêt du 7 mars 1989](#)¹⁷ :

« Le principe posé par l'article 378 du *Code pénal* est général et absolu même s'il s'agit d'un fait connu dans son ensemble lorsque l'intervention du dépositaire du secret entraîne la divulgation de précisions qu'il était seul à connaître [...] « l'intention frauduleuse consiste dans la conscience qu'a le prévenu de révéler le secret dont il a connaissance, quel que soit le mobile qui a pu le déterminer ».

La loi n°90-1259 du 31 décembre 1990 en ajoutant un article 66-5 dans la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques a défini l'étendue de ce secret. Il couvre tant le domaine de la défense que le domaine du conseil et porte sur l'ensemble des pièces du dossier de l'avocat :

« En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

Ainsi, en France, le secret professionnel couvre toutes les confidences faites à l'avocat dans l'exercice de ses fonctions de conseil et de défense.

Le secret professionnel est attaché à l'avocat. Celui-ci ne peut en être relevé, pas même par son client, ainsi que l'a énoncé la première chambre civile de la [Cour de cassation le 6 avril 2004](#)¹⁸ :

« L'obligation au secret professionnel, établie par l'article 66-5 dans sa rédaction antérieure à la loi du 11 février 2004 et sanctionnée par l'article 226-13 du *Code pénal* [...] s'impose à l'avocat, hormis les cas où la loi en dispose autrement comme un devoir de son état et que sous cette réserve, elle est générale et absolue, de sorte que l'avocat ne peut en être délié par son client ».

¹⁷ Cass., Crim., 7 mars 1989.

¹⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 6 avril 2004.

Rapport

La réglementation prévoit néanmoins quelques exceptions très circonscrites (mise en cause dans une procédure pénale, recherche de la responsabilité civile professionnelle, contestation d'honoraires). Cependant, si le client ne peut relever l'avocat de son secret, il peut renoncer au bénéfice de celui-ci en rendant public des éléments du dossier en sa possession, comme le rappelle la première chambre civile de la Cour de cassation dans son [arrêt du 30 avril 2009](#)¹⁹ :

« La confidentialité des correspondances échangées entre l'avocat et son client ne s'impose qu'au premier et non au second qui, n'étant pas tenu au secret professionnel, peut les rendre publiques ».

Hormis ces cas de divulgation volontaire, les correspondances échangées entre un avocat et son client ne peuvent être saisies, *que ce soit dans une entreprise ou au cabinet de l'avocat*. Même si elles deviennent de plus en plus fréquentes, les perquisitions dans les cabinets d'avocats sont d'ailleurs strictement encadrées par [l'article 56-1 du Code de procédure pénale](#).

Les correspondances entre avocats sont également protégées par le secret professionnel : les avocats bénéficient en quelque sorte d'un « secret professionnel partagé ». La modification à la loi du 31 décembre 1971 introduite par la loi du 11 février 2004 permet néanmoins aux correspondances entre avocats portant explicitement la mention « officielle » d'échapper au secret professionnel.

Cette situation est l'exact inverse de la situation des pays de *common law* appliquant le *legal privilege* : alors que dans ces pays, les correspondances entre avocats ne sont secrètes que si elles sont explicitement mentionnées comme telles, en France, les correspondances sont secrètes par défaut et officielles par exception. Cela ne va pas sans conférer une certaine rigidité au droit français.

En outre, une évolution semble toutefois se dessiner vers une adaptation de ce secret aux activités exercées par la profession d'avocat. Dès lors que l'avocat s'éloignerait de sa mission historique de défense devant les tribunaux, le caractère absolu de son secret ferait l'objet de dérogations imposées par les exigences liées aux activités exercées.

La lutte contre le blanchiment d'argent, initiée au niveau international, a conduit le législateur à soumettre l'avocat à l'obligation de dénoncer les opérations financières illicites que lui demanderait de réaliser un client. Cette obligation est toutefois cantonnée à l'activité de conseil et, en son sein, à des opérations financières et immobilières limitativement énumérées par l'article L. 561-3 du code monétaire et financier.

S'agissant de l'exercice de nouvelles activités, la profession a récemment accepté d'adapter son secret professionnel aux exigences de celles-ci.

Ainsi, l'article 66-5 de la loi de 1971 a été complété par l'ordonnance du 30 janvier 2009 aux fins de soumettre l'avocat ayant la qualité de fiduciaire aux mêmes contrôles que les autres acteurs de la fiducie (banques, assurances...). Dans ce cadre, la réglementation spécifique l'emporte sur le secret professionnel de l'avocat qui devra, dans son cabinet, isoler les dossiers relevant de cette activité puisqu'ils pourront être soumis à des contrôles sur place et sur pièces des autorités et ce hors la présence du bâtonnier.

La récente loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et de certaines professions réglementées (définitivement adoptée par le Parlement le 15 mars 2011) prévoit également de compléter l'article 66-5 de la loi de 1971 afin de permettre à l'avocat mandataire de sportifs de transmettre aux fédérations sportives et ligues professionnelles, les contrats les liant à leurs clients.

¹⁹ Cass., Cic. 1^{ère}, 30 avril 2009.

Rapport

Encadré 4 : Éléments de droit comparé – le secret professionnel et la confidentialité en Allemagne

En Allemagne, la notion de confidentialité (*Verschwiegenheit*) est plus répandue que celle de secret professionnel (*Berufsgeheimnis*). Cependant, elle est assez proche de la conception française.

La confidentialité est réglementée légalement par le §43a (2) des *Obligations de base de l'avocat* de la *Bundesrechtsanwaltschaftsordnung* (BRAO). Cette obligation de confidentialité concerne « tout ce dont il a connaissance dans l'exercice de sa profession ». Cependant, « cela ne vaut pas pour les faits qui sont connus ou qui ne justifient pas qu'ils soient tenus secrets ». Il est en outre précisé dans le §2 « confidentialité » de la *Berufsordnung für Rechtsanwälte* (BORA) que :

- La confidentialité de l'avocat est un droit et une obligation ;
- Le droit et l'obligation de confidentialité concernent tout ce dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession, et perdurent après la fin du mandat ;
- L'obligation de confidentialité ne s'applique pas si des dispositions de ce règlement ou d'autres dispositions de droit autorisent des exceptions ou si la mise en jeu de droits résultant du mandat ou la défense de droits liés au mandat ou la défense pénale de l'avocat à titre personnel rendent nécessaires une divulgation ;
- L'avocat est tenu de soumettre expressément ses collaborateurs et toutes les autres personnes qui interviennent dans son activité professionnelle à cette obligation de confidentialité et de leur faire respecter cette obligation (§ 43a Abs. 2 BRAO).

La confidentialité s'applique également aux correspondances entre avocats (§53(3) du Code de procédure pénale).

S'agissant des perquisitions dans leurs cabinets, les avocats allemands sont très bien protégés : ces dernières ne peuvent être effectuées que sur la base d'une réquisition à l'encontre de l'avocat et les communications avec ses clients demeurent encore insaisissables. Les perquisitions dans les cabinets d'avocats dirigées contre les clients ne sont pas autorisées.

Même la loi de lutte contre le blanchiment transposant la directive européenne 2001/97/CE du 4 décembre 2001 relative à ce sujet reconnaît la primauté du secret professionnel puisque, à la différence de nombreux pays européens, elle exclut l'obligation de dénonciation en cas de présomption de fraude dès lors que les informations ont été obtenues dans le cadre du mandat de l'avocat.

Cependant, l'obligation de confidentialité n'est pas absolue : elle reste liée au mandat qui lie l'avocat à son client. L'avocat est donc libéré de son obligation s'il fait valoir des droits contre son client résultant de ce mandat. Le client peut aussi lui-même lever la confidentialité (art. 2 (1) de la loi fondamentale). En revanche, la violation de confidentialité par l'avocat est sanctionnée pénalement (§203 Code Pénal).

Comment la confidentialité est-elle appliquée aux avocats salariés en entreprise ?

Les avocats sont tenus au secret professionnel par le paragraphe 43 a (2) de la BRAO et le paragraphe 2 de la Loi fédérale sur l'exercice de la profession d'avocat (BORA). La violation du secret professionnel est sanctionnée par l'article 203 du Code Pénal (StGB), applicable notamment aux avocats, notaires, experts comptables, conseillers fiscaux, et aux juristes d'entreprise. Ils peuvent être déliés du secret professionnel par leur client.

Dans le domaine civil, les avocats et les juristes d'entreprise ont le droit de refuser de témoigner (*Zeugnisverweigerungsrecht*) sur les faits couverts par le secret professionnel, aux termes du paragraphe 383 (1) (6) du Code de Procédure Civile (ZPO) qui s'applique aux personnes que leur profession rend dépositaires d'informations confidentielles.

En matière pénale en revanche, le paragraphe 53 du Code de Procédure Pénale (StPo), qui prévoit le même droit de refuser de témoigner, ne vise pas expressément l'activité des Syndizi pour le compte de leur entreprise. Enfin, le paragraphe 97 du Code de Procédure Pénale précise que les documents de toute nature relatifs aux faits sur lesquels est reconnu le droit de refuser de témoigner ne peuvent être saisis, sauf si des faits précis permettent de soupçonner que la personne tenue au secret professionnel a pris part à une infraction pénale, ou que les documents sont le produit d'une infraction pénale, ou encore sont destinés à la commission de celle-ci.

Rapport

Il résulte de l'ensemble de ces textes que :

- ◆ les avocats et les juristes d'entreprises sont liés par le secret professionnel ;
- ◆ dans le cadre de son activité d'avocat à l'égard d'autres clients que l'entreprise qui l'emploie, le Syndikus bénéficie de toute la protection accordée aux avocats ;
- ◆ la question de savoir si cette protection s'étend aux activités salariées du Syndikus pour le compte de son employeur fait l'objet de nombreux débats, portant essentiellement sur l'applicabilité des paragraphes 53 et 97 du Code de Procédure Pénale, le droit de refuser de témoigner en matière civile étant généralement admis.

De nombreux Syndizi soutiennent qu'une partie de leur travail salarié (la consultation) doit être considérée comme une activité d'avocat, remettent en question la théorie des « deux professions », et revendiquent la protection prévue par le Code de Procédure Pénale. La jurisprudence admet qu'il faudrait distinguer les cas dans lesquels l'activité du salarié était celle d'un véritable consultant de haut niveau, assimilée à celle d'un avocat, et ceux dans lesquels le Syndikus a agi en simple collaborateur spécialisé, mais elle se prononce majoritairement en faveur de la non-application de la protection en matière pénale.

Au total, si les avocats salariés en entreprise bénéficient bien de la protection de la confidentialité dans le cadre d'une procédure civile, leur situation n'est pas claire en matière pénale : la doctrine appelle de ses vœux une clarification législative, qui n'est pas intervenue à ce jour.

2.3.2.2. Dans le monde anglo-saxon, le *legal privilege*, qui appartient au client, porte sur les communications entre le juriste et son client

Dans les pays de *common law*, une forme de confidentialité, aux effets assez équivalents mais différents de ceux du secret professionnel, est appliquée aux rapports entre les juristes professionnels, au sens large du terme (c'est-à-dire incluant les juristes salariés travaillant en entreprise), et leurs clients : le *legal privilege*. Le concept de *legal privilege* découle directement des règles procédurales en vigueur dans les pays anglo-saxons, notamment de la procédure dite de *discovery* (ou *disclosure* au Royaume-Uni) qui suppose la divulgation par les parties de l'ensemble des documents afférant au litige, que ceux-ci leurs soient favorables ou défavorables : le *legal privilege* permet aux parties de refuser la diffusion des documents qui bénéficient de cette protection.

Si des différences subtiles existent d'un pays à l'autre, le *legal privilege* est néanmoins caractérisé par un socle d'éléments communs :

- ◆ la protection ne découle pas d'une obligation de l'avocat mais d'un droit fondamental qui bénéficie au client, celui-ci pouvant décider de la lever à tout moment (la protection peut aussi disparaître si le client partage les informations avec des tiers non privilégiés ou si elles leur sont communiquées suite à une négligence du client ou du juriste) ;
- ◆ la protection s'applique à la communication entre le juriste et son client, que cette communication soit orale ou écrite ;
- ◆ la confidentialité ne s'applique que si la communication émane directement du *lawyer* (*solicitor* ou *barrister* au Royaume-Uni), ou a été supervisée par lui ;
- ◆ la confidentialité ne s'applique que si la communication est faite dans le but de fournir une consultation juridique (les communications d'un juriste ayant un but différent, tels le conseil sur le management ou la conduite des affaires, ne sont pas protégées) ;
- ◆ la confidentialité de la communication est présumée quand le client déclare que celle-ci est faite dans un but confidentiel.

Encadré 5 : Éléments de droit comparé – le *legal privilege* aux États-Unis

Comme dans les autres pays de *common law*, le secret professionnel aux États-Unis est un *legal privilege*.

L'*attorney-client privilege* est défini par les éléments suivants : (1) il doit s'agir d'un avis juridique (2) fourni par un conseiller juridique professionnel agissant en cette qualité, (3) il protège de manière permanente les communications relatives à cet avis juridique (4) faites sous le sceau de la confidentialité (5) par le client, (6) qui en garde la maîtrise, (7) sauf à ce que la protection soit levée. Seules les communications – et non les faits sous-jacents – sont protégées par la confidentialité.

Il existe d'autres formes de confidentialité reconnues par la jurisprudence américaine :

- la *work product protection* qui protège les écrits de l'avocat sur le procès. La doctrine ayant donné naissance à ce privilège remonte à la décision de la Cour Suprême *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 510 (1947) qui jugeait que « même les théories les plus libérales de la *discovery* ne pouvaient justifier des recherches infondées dans les dossiers et les réflexions de l'avocat ». A la différence de l'*attorney-client privilege* qui est propriété du client, la *work product protection* appartient à l'avocat.
- le *joint-defense privilege* qui protège les communications entre un individu et l'avocat d'un autre lorsque ces communications font partie d'un effort conjoint pour l'élaboration d'une stratégie de défense commune ».

L'*attorney-client privilege* peut être levé, notamment dans le cas où celui qui détient ce privilège décide de lui-même, c'est-à-dire sans coercition et en toute connaissance de son droit, de révéler lui-même ou d'autoriser un autre à révéler tout ou partie de l'information couverte par le *privilege*. Il existe également des cas de renonciation involontaire à la protection conférée par le *legal privilege*. Trois écoles de pensée proposent leur interprétation du devenir de la confidentialité dans ce dernier cas. La première école estime qu'une fois levée, même par inadvertance, la confidentialité des documents est définitivement perdue ; la deuxième, au contraire, avance que l'élément intentionnel de la révélation est essentiel, et que la confidentialité ne peut être définitivement perdue que si le client s'est montré particulièrement négligent pour la préserver ; quant à la troisième, elle adopte une position intermédiaire en insistant sur le caractère raisonnable des mesures prises pour préserver la confidentialité des documents protégés.

Comment le *legal privilege* est-il appliqué dans l'entreprise ?

Dans le contexte de l'entreprise, deux critères permettent de déterminer si une communication bénéficie ou non de la confidentialité.

1/ Le critère de la communication : il est généralement admis que les communications confidentielles échangées entre juristes ou entre les juristes et le management sont protégées par le *legal privilege*, à condition que le but de ces informations soit bien de fournir un avis juridique. Les communications des juristes qui ne sont pas faites en leur qualité de juriste ne sont pas protégées ;

2/ Le critère des personnes privilégiées : tous les employés de l'entreprise ne sont pas qualifiés de « client » du juriste d'entreprise, et ne peuvent donc bénéficier du privilège. L'on peut se référer à trois jurisprudences pour déterminer les personnes qui seront considérées comme « clientes » :

- La décision *City of Philadelphia v. Westinghouse Electric* qui dessine la notion de groupe de contrôle. Si l'employé auquel est adressée la communication juridique a une position dans l'entreprise qui lui permet de prendre part au processus de décision concernant le comportement qu'adoptera l'entreprise au vu de l'avis juridique, alors il appartient au groupe de contrôle et l'avis peut être considéré comme protégé.
- La décision *Harper & Row Publishers v. Decker* formule le *subject matter test* suivant lequel l'employé est considéré comme privilégié s'il a reçu mission de ses supérieurs hiérarchiques de communiquer avec le juriste d'entreprise sur le sujet en question dans la communication.
- La décision *Diversified Industries v. Meredith* juge pour sa part que le *legal privilege* doit être appliqué à une consultation juridique (1) à la demande d'un supérieur hiérarchique, (2) lorsque ce supérieur fait la demande pour le compte de la société, (3) que le sujet traité dans la consultation entre dans les attributions de l'employé et (4) que la communication n'est pas diffusée au-delà des personnes qui, conformément à la structure de la société, sont censées connaître son contenu.

Au sein d'un groupe multinational, les juridictions américaines considèrent que le *legal privilege* est perdu dès lors que les juristes d'entreprises ne bénéficient pas de la confidentialité des avis dans leur pays. Ainsi, la correspondance d'un juriste américain à un juriste français peut être protégée ; en revanche, la communication de ce même juriste au juriste américain ne le sera pas.

Rapport

Encadré 6 : Éléments de droit comparé – le secret professionnel au Québec

Au Québec, le **droit** au secret professionnel est protégé par la *Charte des droits et libertés de la personne* (art. 9) ; l'avocat est en outre tenu au **devoir** de conserver le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession (*Code des professions, Loi sur le Barreau*). Les sources et la portée du secret professionnel de l'avocat québécois sont définies dans l'arrêt *Descôteaux c/ Mierzwinski* de 1982. Ainsi, le secret professionnel comporte deux volets :

- **Une règle de fond** visant à protéger la confidentialité des communications échangées entre l'avocat et son client ;
- **Une règle [d'administration] de [la] preuve** conférant le droit au client de ne pas révéler devant un tribunal les communications qu'il a eues avec son avocat. De cette règle découle pour l'avocat une restriction de la recevabilité en preuve des communications qu'il a échangées avec son client dans le but de lui fournir un avis juridique.

Le secret professionnel **appartient au client** et non à l'avocat. Le client peut y renoncer, expressément ou implicitement. Le secret professionnel québécois s'apparente ainsi davantage au *legal privilege* de *common law* qu'au secret professionnel français.

Trois conditions doivent être réunies pour que s'applique le secret professionnel : (1) les communications entre l'avocat et le client doivent être voulues confidentielles, (2) l'avocat doit les recevoir ou les émettre en tant que tel, (3) et elles doivent avoir pour objet d'obtenir un avis juridique licite.

Le secret professionnel **n'est donc pas absolu**. La jurisprudence distingue d'ailleurs trois situations dans lesquelles la protection n'est pas applicable :

- Lorsque l'innocence d'un accusé et son droit à une défense pleine et entière ne peuvent être établis que par la divulgation de l'information normalement protégée par le secret professionnel ;
- Lorsque la communication entre l'avocat et son client est de nature criminelle ;
- Ou lorsque la sécurité publique est clairement et gravement menacée, de manière imminente.

Des dispositions législatives limitent également le secret professionnel (art. 131.3 de la *Loi sur le Barreau*, art. 60.4 du *Code des professions*, art. 3.06.01.04 du *Code de déontologie des avocats*). En matière d'exception législative, lorsque l'avocat communique un renseignement protégé par le secret professionnel, il doit constituer une note écrite contenant les informations requises par le *Code de déontologie des avocats*.

Comment le secret professionnel québécois s'applique-t-il aux avocats en entreprise ?

Dans le contexte de l'entreprise, le secret professionnel appartient également au client unique de l'avocat, à savoir à l'entreprise, par l'intermédiaire du conseil d'administration ou de ses dirigeants. Eux et eux seuls peuvent donc libérer l'avocat de son secret.

Le secret professionnel de l'avocat en entreprise connaît les mêmes limites que le secret professionnel de l'avocat exerçant en cabinet. Les communications de l'avocat en entreprise avec son client (c'est-à-dire les dirigeants de l'entreprise) ne sont protégées que lorsqu'il fournit des conseils juridiques en sa qualité d'avocat. Dans ce cas, les différents échanges intervenus entre l'avocat et les dirigeants de l'entreprise bénéficient de la protection, quelle que soit la forme prise par ces échanges (correspondance, courriels, conversations téléphoniques, etc.). Le travail effectué par l'avocat dans le cadre de l'élaboration d'un contrat, les différents dossiers de conseil juridique qu'il tient, les notes de recherche rédigées en vue d'un éventuel litige, les communications avec un expert extérieur engagé par lui, etc. bénéficient également de la protection du secret.

Enfin, les dispositions législatives limitant le secret professionnel énoncées précédemment ne peuvent en aucun cas servir à la dénonciation par l'avocat d'illégalités commises par l'entreprise à des tiers (*whistleblowing*).

2.4. La possibilité pour les avocats d'exercer en entreprise a été considérée comme un moyen de combiner le renforcement de la place des juristes et de contribuer à l'objectif de construction d'une grande profession du Droit. Elle se heurte cependant aux objections contradictoires des parties intéressées

2.4.1. Les positions des organisations professionnelles représentatives des avocats

Les organisations professionnelles représentatives des avocats sont opposées à une fusion pure et simple des professions de juriste d'entreprise et d'avocat. Néanmoins, la profession mène depuis de nombreuses années une réflexion sur l'opportunité de permettre aux avocats d'exercer en entreprise. La mission note que les organisations de la profession sont, sur ce point, divisées selon qu'elles représentent les avocats parisiens ou les avocats de province : alors que le barreau de Paris est très favorable à l'introduction d'un statut d'avocat en entreprise, les barreaux de province sont beaucoup plus réservés, voire hostiles à la réforme.

La réticence des barreaux de province est fondée sur deux arguments.

Le premier touche à l'indépendance de l'avocat. Selon cet argument, le contrat de travail qui unit l'avocat en entreprise à son employeur introduit une relation de subordination préjudiciable à l'indépendance fonctionnelle de l'avocat, même si son indépendance intellectuelle n'est pas remise en question. Cependant, on peut s'interroger sur la pertinence de cet argument, dans la mesure où de nombreux cabinets d'avocats indépendants réalisent en réalité une part considérable de leur chiffre d'affaires avec un ou deux clients. De ce point de vue, il semble, au contraire, que l'existence d'un contrat de travail offre au moins autant de garanties que le lien de dépendance économique résultant de cette situation de fait.

Par ailleurs, le salariat n'est pas en soi incompatible avec le rattachement à une profession ordinaire, à telle enseigne que les avocats et les notaires peuvent, depuis 1990, exercer en tant que salarié d'un membre de la même profession. La loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires vient d'ailleurs d'étendre ce mode d'exercice aux huissiers de justice et aux greffiers des tribunaux de commerce.

Le second argument est d'ordre économique. Comme une grande partie de l'activité des cabinets d'avocats de province est, notamment, constituée par le contentieux de recouvrement des créances impayées, ils craignent de voir cette activité leur échapper au profit des avocats en entreprise. Cette crainte est néanmoins infondée car les juristes en entreprise n'ont ni le souhait ni l'intérêt de plaider au contentieux. En atteste le fait qu'alors qu'ils ont aujourd'hui la possibilité de représenter leur entreprise devant les Prud'hommes et les Tribunaux de commerce, rares sont les juristes d'entreprise qui le font. En outre, il ne serait sans doute pas opportun pour l'entreprise d'internaliser les fonctions de plaidoirie. Comme le souligne le rapport de Bruno Deffains sur l'opportunité économique de l'avocat en entreprise²⁰, les incitations économiques à internaliser la fonction de représentation sont faibles car il s'agit d'une activité dont les coûts de transaction ne sont pas aisément internalisés. En outre, il est plus facile pour les juristes d'entreprise de mettre la perte d'un procès sur le compte d'un cabinet extérieur que de devoir en rendre compte eux-mêmes, au risque de perdre leur poste...

Compte tenu de ces positions antagonistes, la création d'un statut d'avocat en entreprise passe par la précision des contours de ce statut permettant d'amodier les craintes de certaines organisations d'avocats.

²⁰ Bruno Deffains, *L'exercice de la profession d'avocat en entreprise est-il opportun sur le plan économique ?*, Étude réalisée à la demande du Centre de Recherches et d'Études des Avocats, Conseil National des Barreaux.

Rapport

Outre ces questions, deux autres sujets suscitent également des avis divergents : d'une part de l'étendue du secret professionnel conféré aux avocats en entreprise et, d'autre part, de l'avenir de la « passerelle » permettant actuellement aux juristes d'entreprise de devenir avocats dans certaines conditions énoncées par la loi.

On peut résumer les différentes positions de la manière suivante :

Tableau 2 : Questions en suspens sur le statut de l'avocat en entreprise

Question	Réponses possibles
Indépendance et rôle du bâtonnier	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Le bâtonnier est consulté systématiquement lors d'un conflit entre l'avocat en entreprise et son employeur (aucune organisation ne défend cette solution, sauf conflit devant les Prud'hommes) ; ▪ Le bâtonnier n'est consulté que lors d'un conflit entre l'avocat en entreprise et son employeur relatif à des questions de déontologie. <p>Dans tous les cas, il ne sera pas imposé aux employeurs de recruter un avocat. Ils pourront, s'ils le souhaitent, recruter des juristes qui n'auront pas les prérogatives attachées au statut d'avocat.</p>
Fonction de représentation	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Pour maintenir l'unité de la profession, l'avocat en entreprise doit pouvoir plaider devant toutes les juridictions ; ▪ L'avocat en entreprise ne peut plaider que devant les juridictions devant lesquelles la représentation n'est pas obligatoire (essentiellement les Prud'hommes et les Tribunaux de commerce) ; ▪ Afin de remédier aux craintes des avocats de province, l'avocat en entreprise ne peut plaider devant aucune juridiction. Cette interdiction de plaider n'aura guère de conséquences dans la pratique, les juristes entreprise n'intervenant que très rarement.
Forme et étendue du secret professionnel	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Pour maintenir l'unité de la profession, l'avocat en entreprise doit être soumis au secret professionnel de la même manière que ses confrères exerçant en cabinet ; ▪ L'avocat en entreprise dispose d'un secret professionnel aménagé pour les besoins de sa fonction ; ▪ Le secret professionnel dans sa forme actuel n'est pas adapté aux besoins de l'avocat en entreprise, celui-ci dispose donc d'un privilège de confidentialité de ses avis juridiques, sur le modèle du <i>legal privilege</i> anglo-saxon.
Passerelle	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Pour signifier clairement que la réforme ne correspond pas à une fusion des professions de juriste d'entreprise et d'avocat, mais bien d'un élargissement des fonctions de l'avocat à l'entreprise, la passerelle doit être supprimée sans période de transition ; ▪ La passerelle est maintenue telle qu'elle fonctionne actuellement ; ▪ La passerelle est développée pour faciliter la mobilité entre les différentes professions juridiques (magistrats, avocats, avocats en entreprise, etc.).

Rapport

Pour mémoire, le Conseil de l'Ordre du barreau de Paris s'est prononcé en faveur de la création d'un statut d'avocat en entreprise (21 juillet 2009), la Conférence des bâtonniers l'a rejetée à une large majorité (en 2010), puis le Conseil National des Barreaux (CNB) a rejeté la fusion des professions d'avocat et de juriste en entreprise (par une très large majorité de 74 voix contre, le 20 novembre 2010) mais n'a pas pu se départager sur l'opportunité de créer un nouveau statut d'avocat en entreprise (vote 41 voix pour et 41 voix contre, le 20 novembre 2010).

Si les différentes organisations professionnelles représentatives des avocats ne sont pas parvenues à un accord sur le statut de l'avocat en entreprise, le tableau se complique encore davantage lorsque les besoins exprimés par les entreprises s'y ajoutent.

2.4.2. Bien que désireuses, en majorité, de renforcer le positionnement de leurs juristes, notamment via un privilège de confidentialité, les entreprises françaises ne souhaitent pas l'instauration d'une nouvelle catégorie de salariés protégés dans leurs équipes

Quoique globalement favorables à une réforme qui créerait un statut d'avocat en entreprise permettant d'assurer une protection efficace de la confidentialité des avis juridiques émis par ces derniers dans le cadre du processus de décision de l'entreprise, les organisations patronales (Medef, AFEP) émettent néanmoins un certain nombre de réserves quant aux contours précis de ce statut.

Les grandes entreprises, et en particulier les plus internationales d'entre elles, sont majoritairement très favorables à l'introduction du statut d'avocat en entreprise, qui permettrait à leurs services juridiques de se battre à armes égales avec leurs homologues anglo-saxons et donnerait davantage de visibilité au droit dans les entreprises françaises. A l'inverse, certaines estiment que le handicap compétitif français en matière juridique ne provient pas de la moindre protection dont bénéficient les juristes d'entreprise français par rapport à leurs homologues, mais plus généralement de la puissance économique écrasante des Etats-Unis et de l'instabilité juridique dont souffrirait la France.

Trois réserves concrètes sont avancées par les représentants des entreprises vis-à-vis de cette réforme.

Concernant d'abord l'embauche des avocats en entreprise, les organisations patronales estiment qu'une totale liberté doit être laissée au chef d'entreprise dans le choix de recruter un avocat plutôt qu'un juriste d'entreprise, étant entendu que l'avocat bénéficierait des prérogatives de son statut tout en étant un salarié de droit commun tandis que le juriste conserverait ses prérogatives actuelles. De ce fait, les juristes d'entreprise actuellement en exercice ne deviendraient pas automatiquement avocats en entreprise en raison de l'existence du nouveau statut, même s'ils remplissent les conditions posées par la loi pour bénéficier de la « passerelle ».

Concernant ensuite le droit du travail applicable aux avocats en entreprise, les organisations patronales s'opposent à la création d'une nouvelle profession protégée ou à statut spécial, ainsi qu'à l'introduction d'une clause de conscience dans le contrat de travail de ces derniers. Une clause de conscience leur permettrait en effet de démissionner en conservant les avantages du licenciement, ce qui serait contraire à l'intérêt de l'entreprise. En outre, les instances patronales voient d'un œil méfiant l'intervention de l'Ordre des avocats dans le cadre d'une procédure de licenciement. Même si cette intervention est limitée aux cas de licenciement dans lesquels entre en jeu la déontologie, elles craignent que les avocats-salariés parviennent à invoquer ce moyen de manière systématique, contribuant ainsi à allonger considérablement des procédures de licenciement déjà lourdes.

Enfin, les organisations patronales soulignent que l'introduction du statut d'avocat en entreprise pourrait créer un frein à la mobilité interprofessionnelle des juristes dans l'entreprise. Selon elles, l'avocat en entreprise risquerait de se trouver cantonné dans l'exercice de fonctions juridiques pour toute la durée de sa carrière. L'avocat salarié souffrirait alors d'un manque d'épanouissement professionnel, tandis que l'ensemble de l'entreprise serait privée d'une diffusion propice du droit et du raisonnement juridique dans ses différentes branches et activités. Le regard favorable des entreprises sur la mobilité interprofessionnelle les conduit par ailleurs à soutenir le maintien, voire le développement, des passerelles entre professions juridiques.

2.5. Propositions pour renforcer la compétitivité des entreprises françaises et la place du droit en entreprise

La question du statut des juristes en entreprise et plus spécifiquement des avocats en entreprise est un sujet maintes fois travaillé qui n'a pas encore trouvé sa solution. De très nombreux rapports²¹ ont préconisé différentes solutions, allant de la création d'un statut particulier aux juristes d'entreprise à l'importation pure et simple de l'avocat en entreprise avec son statut et sa déontologie propres.

Aucune solution proposée jusqu'à présent n'a rencontré de consensus suffisant au sein des professions concernées, ni l'adhésion des entreprises françaises. Il demeure que les problèmes concrets que rencontrent les entreprises et les professionnels concernés sont toujours d'actualité, notamment :

- ◆ Le besoin des entreprises françaises de voir leurs juristes et les avis juridiques qu'ils émettent dans le cadre de la réflexion préparatoire à la décision opérationnelle protégés par une forme de confidentialité de façon à bénéficier de conditions de concurrence loyales avec les entreprises étrangères qui bénéficient, pour la plupart, de cette protection ; pour autant les entreprises ne souhaitent pas la présence de salariés « spécifiques » et le secret professionnel d'ordre public qui s'attache au statut d'avocat libéral serait une source de dysfonctionnements potentiels dans l'entreprise ;
- ◆ Les difficultés auxquelles sont confrontés les juristes d'entreprise français dans leurs rapports et échanges avec leurs homologues étrangers en raison de l'absence de protection de leurs avis et du risque auxquels ils sont confrontés de voir leurs écrits et ceux qu'ils reçoivent être saisis et divulgués dans le cadre d'une procédure ;
- ◆ Les risques croissants de délocalisation des services juridiques des grandes entreprises françaises ou étrangères établies en France, vers des pays où la protection des avis juridiques est mieux garantie ;
- ◆ La tendance forte qu'ont les avocats à rejoindre le monde de l'entreprise qui bute sur une législation les obligeant à abandonner leur qualité d'avocat ou amenant les cabinets à développer des pratiques à la lisière de la légalité, telle que le détachement de collaborateurs auprès d'entreprises, qui comportent des risques contentieux importants (risque de requalification en prêt de main d'œuvre).

²¹ Notamment les rapports de MM. Daniel Soulez Larivière (1988), Bernard du Granrut (1996), Jean-Marc Varaut (1998), Henri Nallet (1999), Marc Guillaume (2006) et de la commission présidée par M. Jean-Michel Darrois (2009).

Rapport

Par ailleurs, la mission note que d'autres professionnels, notamment les experts-comptables, sont engagés dans un processus leur permettant d'être salarié en entreprise tout en acquérant un lien avec l'ordre professionnel concerné (cf. le projet de décret en Conseil d'Etat, transmis pour avis au Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables, qui prévoit donc dans son article 16, la possibilité pour ces derniers de figurer sur une liste spéciale de l'ordre des experts-comptables).

Après avoir examiné les besoins exprimés et les arguments en présence, la mission a écarté deux réponses « extrêmes » possibles :

- ♦ importer purement et simplement le statut d'avocat dans l'entreprise, ce qui provoquerait un rejet absolu des employeurs et serait une source potentielle de dysfonctionnements tenant aux effets difficilement maîtrisables du secret professionnel d'ordre public de l'avocat ;
- ♦ doter les juristes d'entreprise d'un statut spécifique comportant l'équivalent d'un « *legal privilege* », solution récemment adoptée en Belgique, démarche qui consoliderait la fragmentation de la profession juridique dont il y a, au contraire, intérêt à conforter l'unité et la fluidité, à la fois pour des raisons d'opportunité domestique et pour renforcer sa représentativité internationale.

Aussi, la mission propose, pour répondre aux besoins constatés, de créer un statut d'avocat en entreprise, comprenant les adaptations nécessaires de façon à rendre opérationnelle la présence d'un avocat au sein de l'entreprise.

2.5.1. Les contours d'une réforme possible : la création d'un statut d'avocat en entreprise

Tenant compte à la fois des besoins exprimés par les entreprises françaises ainsi que des positions exprimées tant par les organisations représentatives des avocats que par les organisations professionnelles des juristes en entreprise, la mission propose une réforme visant à créer un statut d'avocat en entreprise, qui pourrait revêtir les caractéristiques essentielles suivantes :

- ♦ **l'avocat en entreprise serait inscrit au barreau sur une liste ad hoc. Il serait tenu de respecter les principes déontologiques et éthiques de la profession, dont la mission est de servir la justice et le droit ; il ne serait plus titulaire de l'obligation personnelle de respect du secret professionnel d'ordre public réservé aux avocats « libéraux ». Dans ses rapports avec son entreprise et avec ses homologues, il mettrait en œuvre un « privilège de confidentialité » à définir par la loi, permettant de préserver la confidentialité de ses conseils donnés en interne, au bénéfice et sous le contrôle de son employeur, comme c'est le cas au Royaume-Uni et aux USA ;**
- ♦ **salarié de l'entreprise, il en serait un collaborateur sans autre spécificité que son appartenance au barreau, gage de son intégrité et de son indépendance dans la défense du droit et le respect de la conformité ;**
- ♦ **il réserverait l'exclusivité de ses prestations à son entreprise ;**
- ♦ **il n'aurait pas la capacité de plaider devant les tribunaux où la représentation par un avocat est obligatoire ;**
- ♦ **le bénéfice du privilège de confidentialité serait réservé aux rapports entre l'entreprise et son, ou ses, avocats juristes internes ; les autres collaborateurs à compétence juridique n'ayant pas la qualité d'avocat ne bénéficieraient pas du privilège, à l'instar des collaborateurs « para-legal » qui travaillent auprès des avocats d'entreprise à l'étranger ;**

Rapport

- ◆ **l'intégration des juristes d'entreprise dans la profession d'avocat s'effectuerait en fonction de dispositifs d'équivalence permettant de traiter les populations existantes et, par la suite, d'intégrer des collaborateurs chevronnés susceptibles de bénéficier d'un « tour extérieur » subordonné, notamment, à la vérification de leurs connaissances en matière de déontologie et de statut de la profession ;**
- ◆ **dans le cas de procédure d'investigation administrative ou pénale, un dispositif juridiquement encadré de levée du « privilège de confidentialité » pourrait être mis en œuvre, comme c'est le cas au Royaume-Uni et aux USA.**

La proposition d'interdire la plaidoirie aux avocats en entreprise a conduit la mission à s'interroger, plus globalement, sur la représentation des entreprises devant leur juridiction naturelle, c'est-à-dire les tribunaux de commerce²². Si l'interdiction de plaider faite aux avocats en entreprise était étendue à l'ensemble des juridictions, y compris celles où la représentation par un avocat n'est pas obligatoire, on se retrouverait dans une situation où le directeur juridique, devenu avocat, ne pourrait plus intervenir devant cette juridiction alors que ses collaborateurs, son dirigeant, voire toute autre personne de l'entreprise pourraient encore le faire. **Pour éviter cette situation paradoxale, la mission propose de n'interdire la plaidoirie aux avocats en entreprise que devant les juridictions où la représentation est obligatoire.**

Cependant, il est concomitamment apparu à la mission que l'amélioration de la défense des intérêts des entreprises dans un droit commercial de plus en plus complexe, justifiait l'intervention d'un avocat externe lorsque les enjeux financiers sont importants. **Aussi, la mission propose également de réfléchir à une extension du monopole de la représentation obligatoire par un avocat devant les tribunaux de commerce : l'article 853 du code de procédure civile, pourrait être modifié afin de prévoir, pour les contentieux excédant 10 000 €, à l'exclusion des procédures collectives, une représentation obligatoire par avocat.**

Enfin, il convient de souligner que les avocats salariés en entreprise ne tomberaient pas nécessairement dans le champ d'application des mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, étant donné qu'ils ne seraient pas des professionnels du droit indépendants au sens des recommandations 12 et 16 du GAFI²³, ni de l'article 2 de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

2.5.2. La mission a consulté des hauts magistrats, ainsi que différentes autorités de contrôle, qui n'ont pas émis d'objections fondamentales à l'égard de la réforme envisagée

Dans le cadre de ses travaux, la mission s'est entretenue tant avec de hauts magistrats qu'avec deux autorités de régulation du monde des affaires.

²² Il en est de même devant les tribunaux de grande instance, s'agissant du contentieux spécialisé des baux commerciaux pour lequel une représentation obligatoire par avocat devrait être instaurée.

²³ Les recommandations du GAFI prévoient explicitement l'exclusion des juristes professionnels salariés en entreprise : « Avocats, notaires, autres professions juridiques indépendantes et comptables : il s'agit de membres de professions libérales exerçant à titre indépendant, d'associé ou de salarié dans un cabinet. Il ne s'agit pas de professions libérales exerçant « en interne », salariés d'autres types d'entreprises, ni de professionnels travaillant pour un organisme public, qui peuvent déjà être soumis à des mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux. » (cf. Glossaire des 40 recommandations du GAFI).

Rapport

A la quasi-unanimité les membres du parquet comme du siège ont jugé légitime la démarche tendant à permettre aux entreprises de pouvoir analyser, évaluer leur situation juridique sans que cette réflexion puisse, par la suite, être retournée contre elle dans le cadre d'une procédure subséquente. En promouvant l'analyse juridique, cette démarche conduirait en effet à une meilleure prise en compte, à un meilleur respect du droit par les entreprises.

Toutefois, cette confidentialité ne doit être ni illimitée dans son champ ni être absolue comme l'est le secret professionnel de l'avocat. Elle ne devrait ainsi couvrir que les consultations juridiques adressées à l'employeur et pouvoir être levées lorsque des motifs d'ordre public le justifieraient.

Un même écho a été reçu de la part de l'Autorité des marchés financiers et de l'Autorité de la concurrence. Ces autorités ont toutefois insisté sur la nécessité de prévoir un mécanisme permettant qu'il soit statué en amont sur tout litige lié à la confidentialité des avis juridiques. A défaut, les enquêtes diligentées seraient fragilisées par le risque d'une annulation plusieurs années après leur lancement.

2.5.3. Il conviendra de s'assurer de la cohérence de la réforme avec le droit européen, notamment dans le contexte de la jurisprudence Akzo

Dans son arrêt confirmatif de grande chambre CJUE, 14 sept. 2010, n° C-550/07, « *Akzo Nobel Chemicals Ltd c/ Commission européenne* », la Cour de justice de l'Union européenne, conformément aux conclusions de son avocat général, a décidé que dans le domaine du droit européen de la concurrence les échanges au sein d'une entreprise avec un avocat interne ne bénéficient pas de la confidentialité des communications entre clients et avocats. La Cour a ainsi confirmé une solution qu'elle avait déjà dégagée en 1982 dans son arrêt *AM&S Europe c/ Commission* (aff. 155/79, arrêt du 18 mai 1982).

La Cour a rejeté tous les arguments qui pouvaient justifier la reconnaissance du secret professionnel au profit des juristes d'entreprise ayant le statut d'avocat dans leur droit national. La Cour a clairement insisté, comme l'y invitait l'avocat général, sur le fait que la confidentialité des communications entre un avocat et son client ne pouvait être justifiée que par le « *droit de la défense du client* » [qui] *supposait que l'avocat fût indépendant c'est-à-dire « non lié au client par un rapport d'emploi »*. L'avocat général a relevé que la situation de dépendance était, pour l'avocat salarié, la situation normale alors qu'elle était plutôt exceptionnelle pour l'avocat externe.

Si l'argument tiré de l'absence d'indépendance de l'avocat salarié par une entreprise est très discutable, il n'en reste pas moins que le droit européen exclut donc, à ce jour, la protection par les règles de confidentialité nationales (qu'elles découlent du *legal privilege* ou du secret professionnel) des correspondances entre un avocat salarié et son employeur dans le domaine du droit européen de la concurrence.

A ce stade, cette décision n'est source d'aucune contrariété avec le droit français²⁴, le secret professionnel n'étant pas applicable aux avocats qui deviendraient salariés d'une entreprise, ceux-ci devant au préalable se faire omettre du barreau. Cependant, si la réforme proposée par la mission était mise en œuvre, celle-ci trouverait à s'appliquer dans tous les domaines, à l'exception du droit de la concurrence lorsque les règles européennes sont applicables.

²⁴ Il subsiste cependant un doute, diversement apprécié par les commentateurs, sur la portée réelle de l'arrêt Akzo au-delà du champ de l'avocat en entreprise en ce qu'il pourrait instaurer d'ores-et-déjà une brèche dans la conception Française (et européenne) du secret professionnel des avocats indépendants : selon certaines interprétations, la confidentialité ne serait réservée qu'aux avis émis dans le cadre de l'activité de défense d'un client dans une procédure judiciaire et serait levée dans le cadre de l'activité de conseil de l'avocat indépendant.

Si cette exception ne bouleverse en rien l'équilibre et le sens de la réforme proposée, on peut néanmoins s'interroger sur les risques de voir la jurisprudence *Akzo* s'étendre à d'autres domaines que le seul champ du droit de la concurrence. **Si cela devait être le cas, il conviendrait alors de lancer une réflexion au niveau européen sur la portée du secret professionnel/legal privilege dans l'ensemble des pays de l'Union européenne afin de définir, par voie de directive, des règles claires, applicables dans les différents champs du droit des entreprises et prenant en compte les contraintes de la compétition internationale, notamment avec les pays qui, comme les Etats-Unis, reconnaissent le legal privilege aux avocats salariés.**

3. L'ouverture croissante du marché des services juridiques constitue un défi pour le maintien de certaines activités juridiques en France et pour le développement des cabinets français à l'étranger

3.1. Le marché intérieur permet la libre circulation et le libre établissement des avocats ressortissants de l'Union européenne

3.1.1. La législation en vigueur favorise la circulation des services juridiques et des avocats au sein de l'Union européenne

La libre circulation des services et des personnes est un objectif affirmé de l'Union européenne auquel la profession d'avocat ne fait pas exception. Trois directives européennes encadrent les conditions dans lesquels les avocats ressortissant d'un État membre peuvent fournir des prestations juridiques et exercer dans un autre :

- ◆ la directive 77/249/CEE du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats ;
- ◆ la directive 98/5/CE du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise ;
- ◆ la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

Les deux premières directives définissent l'avocat comme « une personne habilitée à exercer ses activités professionnelles sous ce titre dans son pays d'origine ». Les États membres reconnaissent donc que sont avocats toutes les personnes ayant ce titre dans leur pays d'origine.

La directive 77/249/CEE requiert des avocats fournissant des prestations de services juridiques dans un État membre différent de leur État d'origine d'indiquer à leurs clients leur titre professionnel, exprimé dans la langue de leur pays d'origine, avec indication de l'organisation professionnelle dont ils relèvent ou de la juridiction auprès de laquelle ils sont admis en application de la législation de cet État.

Pour les activités relatives à la représentation et à la défense d'un client en justice ou devant des autorités publiques, les avocats étrangers sont soumis aux mêmes obligations que leurs confrères du pays d'accueil, à l'exclusion des conditions de résidence et d'inscription à une organisation professionnelle ce pays. L'État membre d'accueil peut, en outre, exiger que l'avocat exerçant sous son titre professionnel d'origine agisse de concert avec un avocat local pour la représentation et la défense d'un client en justice, et il peut exclure certaines activités spécifiques du champ autorisé, telles que la préparation de certains actes en matière immobilière et successorale au Royaume-Uni et en Irlande.

Rapport

Pour toutes les autres activités de prestation de services, les avocats exerçant sous leur titre d'origine doivent respecter tant les règles de l'État membre d'accueil que de leur État d'origine.

La directive 98/5/CE prolonge la directive 77/249/CEE dans la mesure où elle autorise l'exercice permanent de la profession d'avocat à titre indépendant ou salarié, dans un État membre différent de l'État d'habilitation, à la seule condition de s'inscrire auprès de l'autorité compétence de l'État d'accueil. Le libre établissement des avocats au sein de l'Union européenne est donc la règle.

Dans l'État membre d'accueil, l'avocat exerçant sous son titre professionnel d'origine peut donner des consultations juridiques dans le droit de son État membre d'origine, en droit communautaire, en droit international mais aussi dans le droit de l'État membre d'accueil, à l'exclusion de certaines activités très spécifiques que ce dernier aura précisées par avance.

L'avocat exerçant sous son titre d'origine est soumis aux mêmes règles déontologiques que ses confrères de l'État membre d'accueil. Ainsi, en cas de procédure disciplinaire, ce sont les sanctions et les recours prévus dans le pays d'accueil qui s'appliquent.

Il peut demander la reconnaissance de son diplôme selon la directive 2005/36/CE à tout moment. En outre, s'il justifie d'une activité « effective et régulière » d'une durée d'au moins trois ans dans l'État membre d'accueil et dans le droit de cet État (en y incluant le droit communautaire), il est dispensé des conditions visées à l'art. 4 de cette directive pour accéder à la profession d'avocat de l'État membre d'accueil.

Les avocats exerçant sous leur titre professionnel d'origine peuvent pratiquer leur activité professionnelle soit dans le cadre d'une succursale, soit sous d'autres formes d'exercice en groupe si l'État membre d'accueil le permet à ses avocats.

3.1.2. Mais les avocats recourent relativement peu à la mobilité qui leur est proposée

La mission constate néanmoins que les avocats européens, notamment français, profitent peu des possibilités d'implantation dans les autres pays de l'Union qui leur sont offertes par la réglementation européenne.

Au 1^{er} janvier 2010, seuls 2 185 avocats sont inscrits à la fois à un barreau français et à un barreau étranger, soit 4,2 % des avocats, mais au sein de ce nombre seuls 1 240 sont inscrits à un barreau de l'Union européenne, dont près de la moitié au Royaume-Uni. Certes la tendance est à l'augmentation du nombre d'avocats français inscrits à un barreau étranger (+194 % entre 2000 et 2010).

Symétriquement, seuls 1 569 avocats étrangers sont recensés en France au 1^{er} janvier 2010, soit environ 3 % des avocats inscrits à un barreau français : 812 d'entre eux sont originaires d'un pays de l'Union européenne. Là aussi, la tendance est à la hausse, puisque le nombre d'avocats de l'Union européenne inscrits à un barreau français est passé de 438 en 2000 à 812 en 2010 (soit une augmentation de 85 %).

Au total, les chiffres demeurent modestes, ce qui s'explique en grande partie par la faible présence et implantation des cabinets français à l'étranger, y compris au sein de l'Union européenne ce qui ne favorise pas les flux, entrant comme sortant, d'avocats entre la France et ses partenaires de l'UE.

3.2. Les négociations en cours à l'Organisation mondiale du commerce (OMC)

3.2.1. Le cadre des négociations : l'accord général sur le commerce des services (AGCS)

En 1995, à la suite de l'*Uruguay Round* (1986-1994), le GATT (*General agreement on tariffs and trade*) est remplacé par l'Organisation mondiale du commerce (OMC). L'acte fondateur de cette dernière comprend trois grandes parties : une partie « historique », succédant au GATT sur les marchandises (accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, annexe 1A), une deuxième partie, négociée dans le cadre de l'*Uruguay Round* sur les services (accord général sur le commerce des services, annexe 1B) et une troisième partie sur la propriété intellectuelle (aspects des droits de la propriété intellectuelle, annexe 1C).

L'accord général sur le commerce des services (AGCS) est donc entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Il définit, d'une part, les principes généraux des négociations et, d'autre part, leurs modalités concrètes.

L'AGCS est fondé sur la notion de « libéralisation progressive » qui permet à chaque État de d'ouvrir son marché en fonction de son niveau de développement. Autrement dit, les États ne sont pas tenus de garantir un niveau de libéralisation donné, mais choisissent eux-mêmes les services dont ils souhaitent ouvrir le marché. Il s'appuie notamment sur le principe du traitement national, qui consiste à conférer aux opérateurs nationaux et étrangers un traitement égal, même si, dans certains cas, il est possible de prévoir des limitations. Il reprend également du GATT le principe de la nation la plus favorisée selon lequel il est interdit aux pays d'établir des discriminations entre leurs partenaires commerciaux. A ce principe également, des dérogations sont possibles.

Les négociations reposent sur la définition de quatre modes de fourniture des services, la rédaction par les membres de l'OMC d'engagements horizontaux et spécifiques et l'échange entre eux d'offres (éventuellement conditionnelles) et de requêtes.

Les quatre modes de fourniture de service définis par l'AGCS sont :

- ◆ (mode 1) la fourniture transfrontalière de service ;
- ◆ (mode 2) la consommation de services à l'étranger ;
- ◆ (mode 3) la présence commerciale ;
- ◆ (mode 4) le mouvement de personnes physiques.

Les engagements peuvent porter sur tous ces modes, ou seulement sur l'un d'entre eux. Les engagements dits « horizontaux » portent sur l'ensemble des secteurs tandis que les engagements spécifiques concernent, comme leur nom l'indique, un secteur spécifique. Les activités du secteur ou sous-secteur qui ne sont pas explicitement mentionnées dans la liste des limitations sont ouvertes à la concurrence.

3.2.2. L'offre de l'Union européenne à l'OMC

Le marché de l'Union européenne pour les échanges et l'investissement dans les services est l'un des plus libres au monde. L'Union européenne a pris des engagements dès 1994 lors de l'adoption de l'AGCS et a déposé une offre initiale en mai 2003. Cette offre a ensuite été révisée en mai 2005. Beaucoup de secteurs ont été très largement ouverts dès 1994, même si certains présentent encore des marges de manœuvre. Les services professionnels, dont font partie les services juridiques, constituent un intérêt offensif pour l'Union européenne.

Rapport

L'UE attend donc un minimum de réciprocité de la part de ses partenaires. C'est pourquoi l'offre de 2005 était une offre « conditionnelle », c'est-à-dire valable uniquement si les autres membres de l'OMC concédaient des offres substantielles dans les secteurs pour lesquels l'Union européenne avait formulé des demandes. L'examen des listes d'engagements pris dans le sous-secteur des services juridiques montre que :

- ◆ seul un petit nombre de membres de l'OMC ont pris des engagements pour tous les services juridiques ;
- ◆ la plupart des membres qui ont libéralisé leurs services juridiques ont limité leurs engagements aux services de conseil – ou consultations – juridiques, soit aux modes 1 et 2 ;
- ◆ les engagements précisent les domaines du droit auxquels ils s'appliquent, en utilisant la distinction entre droit international public, droit international privé, droit du pays d'origine, droit du pays d'accueil et droit d'un pays tiers.

L'offre de l'Union européenne se compose ainsi de l'ensemble des secteurs et sous-secteurs qu'elle ouvre aux autres membres de l'OMC, ainsi que des restrictions afférentes à ses engagements (horizontaux et spécifiques). Les services publics et les services culturels et audiovisuels sont exclus des négociations.

Dans l'offre de l'Union européenne, sont désignés sous le vocable de « services juridiques » les services professionnels répondant au code CPC 861 de la classification proposée par les Nations-Unies. L'offre de 2003 comprenait également les services d'arbitrage et de conciliation, mais ces derniers ont été supprimés de l'offre des services juridiques pour être ajoutés aux services de management et de consulting.

L'offre conditionnelle révisée des Communautés européenne de juin 2005 précise que : « la fourniture de services juridiques n'est autorisée que si ces derniers portent sur le droit public international, le droit communautaire et le droit de toute juridiction dans laquelle le fournisseur de services ou son personnel sont habilités à exercer en tant que juristes et, comme pour la fourniture d'autres services, est assujettie aux prescriptions et procédures en matière de licences applicables dans les États membres des communautés européennes. Pour les juristes fournissant des services juridiques relevant du droit international public et du droit étranger, ces prescriptions et procédures peuvent prendre diverses formes : respect des codes de déontologie locaux, utilisation du titre du pays d'origine (à moins qu'ils n'aient obtenu le titre du pays d'accueil), prescriptions en matière d'assurance, simple inscription auprès du barreau du pays d'accueil ou admission simplifiée au barreau du pays d'accueil après un test d'aptitude, et domicile légal ou professionnel dans le pays d'accueil. Les services juridiques en droit communautaire ne peuvent en principe être fournis que par des juristes pleinement qualifiés admis au barreau de l'un des États membres et agissant personnellement, ou par l'entremise de tels juristes. Les services juridiques dans le droit d'un État membre ne peuvent être fournis que par des juristes pleinement qualifiés admis au barreau de cet État et agissant personnellement, ou par l'entremise d'un tel juriste. L'admission pleine et entière au barreau dans l'État membre en question pourrait donc être nécessaire pour la représentation devant les tribunaux et autres autorités compétentes des communautés européennes dans la mesure où celle-ci implique la pratique du droit procédural interne (communautaire et national). Cependant, dans certains États membres, les juristes étrangers qui ne sont pas pleinement admis au barreau peuvent être autorisés à représenter, dans une procédure civile, des parties qui sont des nationaux ou des ressortissants de l'État dans lequel ils sont habilités à exercer ».

Rapport

L'offre de l'Union européenne pour les services juridiques est assez libérale. Les offres des pays émergents sont au contraire très limitées. Cette situation a conduit au blocage des négociations, malgré plusieurs tentatives de reprise en janvier 2007 sous l'impulsion du *European Services Forum*, puis en juillet 2008, à l'initiative de Pascal Lamy. Cet échec ne signifie pas que le processus de négociations soit définitivement enterré, mais il traduit le renouveau protectionniste qui a accompagné la crise économique de 2008.

3.2.3. Les accords bilatéraux existants et ceux en cours de négociation

Les échecs récurrents des négociations multilatérales ont conduit les États à recourir de plus en plus souvent à des accords bilatéraux. L'Union européenne a conclu à ce jour des accords avec le Mexique (2001) et le Chili (2002) actuellement en cours de révision, et deux accords de libre-échange dans lesquels sont inclus les services juridiques, avec la Corée du Sud et avec le CARIFORUM (regroupant 15 pays des Caraïbes).

D'autres accords portant sur les services juridiques sont en discussion entre l'Union européenne et un certain nombre de pays. Les principaux partenaires concernés par ces discussions sont :

- ◆ l'Ukraine, qui a adhéré en mai 2008 à l'OMC et a adopté des engagements importants en matière de services juridiques ;
- ◆ la Russie dont le processus d'adhésion à l'OMC est en voie d'achèvement ;
- ◆ l'Inde, dont le marché était jusqu'à présent extrêmement fermé aux étrangers ;
- ◆ les pays de la communauté andine (Colombie, Équateur, Pérou et Bolivie), pour lesquels la conclusion d'un accord semble néanmoins difficile étant donné le faible niveau d'offres de ces pays ;
- ◆ le conseil de coopération du Golfe, avec lequel des négociations ardues sont en cours depuis 17 ans ;
- ◆ l'association des États de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) ;
- ◆ Singapour avec qui des négociations viennent de s'ouvrir ;
- ◆ les pays de la zone Afrique-Caraïbes-Pacifique (ACP) dans le cadre d'un partenariat économique portant notamment sur les services juridiques.

3.3. Les moyens financiers limités des cabinets français sont un des handicaps de leur développement à l'international : l'interprofessionnalité capitaliste pourrait constituer une forme de réponse à cette situation

Le déploiement des prestataires de services juridiques français à l'international est sans aucun doute handicapé par la généralisation de l'anglais comme langue de travail des affaires et par la spécificité du droit français (encore que celui-ci ait influencé nombre de droits de pays étrangers).

Il ressort, cependant, des entretiens de la mission que les cabinets français sont fortement limités dans leur développement à l'international par leur manque de ressources financières.

Cette situation résulte, notamment, de la fragmentation des professions et de leur coupure traditionnelle du monde du chiffre (experts-comptables, commissaires aux comptes).

Rapport

La loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, dans son article 32, apporte un élément de réponse bienvenu à cette question. La réforme des sociétés de participations financières de professions libérales (SPFPL), l'ouverture à l'interprofessionnalité capitaliste entre les professions d'avocat, de notaire, de commissaire-priseur judiciaire, d'huissier de justice et de conseils en propriété industrielle, mais aussi le rapprochement des professions du droit et du chiffre permettront d'offrir un meilleur service aux entreprises et de faciliter le financement des cabinets des professionnels du droit et du chiffre.

Les représentants des professions du droit et du chiffre se sont en effet mis d'accord sur le principe d'une interprofessionnalité capitaliste plus ouverte, englobant les experts-comptables et les commissaires aux comptes.

Le Conseil national des barreaux avait, lors de son assemblée générale des 10 et 11 septembre 2010, adopté une résolution approuvant le principe d'une telle interprofessionnalité. Les conditions posées par cette résolution et les vœux émis par le Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables ont été pris en compte par le législateur.

La possibilité pour une SPFPL de détenir une participation dans une structure d'exercice d'une profession libérale réglementée est étendue à la prise de participation dans les sociétés d'exercice de plusieurs professions (nouvel article 31-2 de la loi de 1990, à savoir avocats, notaires, commissaires-priseurs judiciaires, conseils en propriété industrielle, commissaires aux comptes, huissiers, experts-comptables). Cependant, les SPFPL participant au capital des sociétés d'exercice de professions dont le capital peut être ouvert aux tiers ne pourront pas participer à l'interprofessionnalité capitaliste avec les professions du droit, celle-ci n'étant offerte qu'aux sociétés d'expertise-comptable ou de conseil en propriété industrielle n'ayant pas fait le choix de cette ouverture.

En outre, afin de préserver la nécessaire indépendance des professions concernées, il est prévu que la majorité du capital de la holding devra être détenue par des associés exerçant au sein des sociétés filiales avec l'exigence supplémentaire que la majorité du capital de la holding soit détenue par des membres –français ou européens– exerçant la même profession que celle exercée par la société d'exercice.

Au total, la nouvelle loi renforce les conditions favorables au développement de l'interprofessionnalité de type capitaliste :

- ◆ en autorisant la détention minoritaire du capital d'une société d'exercice libéral par une société de participations financières de professions libérales ;
- ◆ en modifiant la procédure d'agrément des sociétés de participations financières de professions libérales afin de faire porter l'agrément non plus sur la constitution de la société mais sur la prise de participations ;
- ◆ en élargissant l'objet social de ces sociétés à la prise de participation dans des structures d'exercice de plusieurs professions du droit et du chiffre : une SPFPL pourra désormais, par exemple, prendre des parts dans des cabinets d'avocats et d'expertise-comptable.

Cette interprofessionnalité capitaliste entre les professions du droit et du chiffre doit leur permettre de se rapprocher tout en gardant leurs spécificités et leur autonomie. Elle est nécessaire pour créer des synergies entre professions amenées à travailler de manière complémentaire. Cette réforme, préconisée par la commission présidée par Maître Darrois, sera un facteur de croissance des cabinets, leur conférant plus de moyens pour se développer, tant en France qu'à l'étranger.

3.4. La sous-traitance sera amenée à se développer : il conviendra d'accompagner ce développement de mesures permettant d'assurer la transparence et la qualité des prestations sous-traitées ainsi que le déploiement des cabinets français à l'étranger

3.4.1. La sous-traitance doit se développer dans un cadre permettant d'en assurer la transparence

La sous-traitance à des cabinets étrangers est déjà une réalité, selon les représentants du barreau de Paris. Quelques grandes entreprises françaises feraient d'ores et déjà appel à des cabinets de pays émergents (notamment l'Inde) pour la réalisation de travaux à forte volumétrie et faible valeur ajoutée (par exemple, la rédaction de contrats de travail ou la réalisation des *due diligence*) et de grands cabinets de conseil implanteraient leurs services juridiques dans certains pays ou territoires émergents (Maurice par exemple).

Le tableau qui peut être dressé à ce jour indique l'existence de deux grands types de sous-traitance de services juridiques :

- ◆ par les entreprises directement, par le biais de la délocalisation d'une partie de leurs services juridiques (comme ce fut le cas il y a dix ans des services informatiques) ;
- ◆ par les cabinets d'avocats, soit à la demande expresse des clients pour réduire le montant des honoraires, soit à l'initiative du cabinet pour augmenter ses marges.

A ce stade néanmoins, et en l'absence de données fiables sur ce sujet, il ressort des entretiens de la mission que la sous-traitance est d'abord et avant tout une menace pour les cabinets anglo-saxons ou les grands cabinets d'affaires parisiens qui traitent des affaires en anglais et en droit de *common law*. Pour les cabinets français travaillant en droit français, les risques d'un développement rapide de la sous-traitance semblent encore minces et ne semblent pas devoir bouleverser, à court terme, l'économie des services juridiques en France.

Les cabinets anglo-saxons sont, en revanche, confrontés à la concurrence des cabinets indiens, qui disposent d'un grand nombre de diplômés en droit, formés notamment aux Etats-Unis ou en Grande-Bretagne et qui constituent une alternative crédible aux cabinets anglo-saxons pour un prix très compétitif. Les associations d'avocats américaines et britanniques, l'*American Bar Association* (ABA) et la *Law Society*, sont très mobilisées sur ce sujet et pourraient être dans ce débat, un aiguillon, voire des alliées potentielles, dans l'élaboration de standards professionnels.

En effet, si la sous-traitance n'est pas un problème en elle-même, ses modalités posent plusieurs types de difficultés :

- ◆ comment est vérifiée et validée la compétence des sous-traitants et comment les problèmes de qualité qui peuvent en découler sont-ils traités ?
- ◆ quelles sont les modalités d'exercice de la responsabilité civile du cabinet vis-à-vis de son client lorsqu'intervient un sous-traitant ?
- ◆ quelle est la déontologie des sous-traitants et quels sont les risques de conflits d'intérêt qui peuvent exister sans pouvoir être détectés ?
- ◆ comment est assurée la transparence sur les prix ?

Aussi, il appartient aux pouvoirs publics de prendre les mesures nécessaires, soit au niveau Français soit au niveau européen, pour s'assurer que les difficultés mentionnées ci-dessus sont prises en compte et traitées comme il se doit dans les rapports entre les cabinets d'avocats et leurs clients.

Rapport

Le Conseil des barreaux européens a adopté, sur ce sujet, des lignes directrices sur l'externalisation juridique²⁵ visant à assurer que la sous-traitance est clairement affichée à l'égard du client, que le cabinet « donneur d'ordre » assume bien ses responsabilités et ne se défausse pas sur le sous-traitant, et que les conditions économiques de la sous-traitance sont transparentes pour le client (répercussion des différences de rémunérations).

La question pourrait être posée d'une transposition de ces lignes directrices en droit européen.

3.4.2. Le développement des cabinets français à l'étranger doit être encouragé

Il apparaît, finalement, que le développement des cabinets français à l'étranger et, plus généralement, la question de la compétition internationale est d'abord une question pour les cabinets eux-mêmes. Il importe que les pouvoirs publics, dont le rôle est nécessairement limité dans ce domaine, veillent avant tout à la loyauté de la concurrence et à offrir un cadre réglementaire permettant ce déploiement.

Dans cette compétition, la capacité financière des cabinets constituera un élément déterminant de la définition de leur stratégie. A cet égard, on ne peut que se féliciter de l'adoption par le Parlement de la loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et de certaines professions réglementées, instaurant l'interprofessionnalité capitaliste des professionnels du droit et du chiffre.

²⁵ Ces lignes directrices prévoient notamment :

- a. L'externalisation juridique est différente d'autres méthodes de recours à l'aide de professionnels réglementés ou non, et les avocats qui externalisent ont besoin non seulement d'une définition, mais également d'une explication concernant les moments précis où les règles spécifiques d'externalisation doivent être appliquées.
- b. Il existe un risque plus inhérent à l'externalisation juridique qu'à la méthode plus traditionnelle consistant à partager les travaux avec d'autres professionnels du droit réglementés, et les avocats qui externalisent ont besoin de conseils pour les éviter.
- c. Les régimes de réglementation sont différents, et les avocats devraient décider clairement si l'externalisation juridique est autorisée en vertu des régimes applicables à l'avocat qui externalise et au prestataire de services, et quel genre de précautions doivent être appliquées au moment de choisir l'activité à externaliser.
- d. Les avocats et leurs barreaux ont un intérêt spécifique dans la protection des valeurs fondamentales de la profession d'avocat dans le cas de l'externalisation juridique, en particulier en matière de confidentialité et de prévention des conflits d'intérêts.
- e. La protection de l'avocat qui externalise nécessite l'application de mesures spécifiques, par exemple avant d'entreprendre l'externalisation juridique, il est souhaitable que l'avocat qui externalise vérifie auprès du fournisseur de services juridiques externe que les valeurs fondamentales de la profession d'avocat demeurent protégées ; l'avocat qui externalise devrait être mis au courant de l'importance de ces mesures et il serait également utile de fournir à l'avocat qui externalise un modèle de liste de contrôle des « obligations de diligence ».
- f. La loyauté envers les clients est d'une importance capitale en matière d'externalisation juridique également, et les avocats qui externalisent doivent être informés quant à la manière d'obtenir le consentement du client, de le maintenir pleinement informé et de rendre le processus d'externalisation totalement transparent.
- g. Le recours à l'externalisation juridique ne réduit pas la responsabilité des avocats qui externalisent et ceux-ci ont besoin d'être conseillés dans leur choix d'un prestataire de services et de la supervision des activités du prestataire de services.
- h. Le profil de risque accru de l'externalisation juridique exige davantage d'attention de la part des barreaux concernés, et les avocats qui externalisent doivent savoir quels sont les dossiers à conserver pour permettre au barreau de surveiller les activités d'externalisation juridique.
- i. Le profil de risque différent de l'externalisation juridique exige que soit examinée l'assurance responsabilité professionnelle des avocats qui externalisent.

Rapport

Par ailleurs, reprenant l'une des propositions faites par la Commission Darrois, l'article 6 de la loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées permet désormais à des avocats exerçant en France, dans un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou dans la Confédération suisse, d'être associés dans un cabinet d'avocats installés en France. La mesure a pour objet de faciliter l'exportation des cabinets français d'avocats dans ces pays.

Toutefois, les potentiels de croissance les plus importants étant situés hors de cette zone économique, la mission propose d'aller plus loin en permettant l'association d'avocats installés hors de l'UE.

Si le processus d'intégration communautaire a permis l'énumération des titres équivalents à celui d'avocat, une telle reconnaissance ne pourra pas pour des pays ne relevant pas de l'Union, être réalisée sans une forte implication du Conseil national des barreaux afin de s'assurer que le mode d'exercice de ces professionnels correspond bien à ce que l'on peut légitimement attendre d'un avocat.

La possibilité qui leur serait désormais offerte d'associer des avocats locaux faciliterait l'installation dans les pays émergents de succursales des cabinets français, qui pourraient notamment bénéficier de la connaissance de ces nouveaux associés, tant du droit que du marché local. La mesure lèverait une entrave au développement des cabinets d'avocats Français dans le monde et serait d'ores-et-déjà utiles, la profession connaissant une internationalisation croissante.

Par le développement de leurs cabinets à l'étranger, les avocats français pourraient mieux accompagner l'expansion des entreprises françaises dans les autres Etats que ceux de l'Union européenne, parties à l'accord sur l'Espace économique européen ou dans la Confédération suisse, en les faisant bénéficier des conseils juridiques de professionnels qui ont la connaissance tant de leurs impératifs structurels que des systèmes juridiques en cause. Ils pourraient mieux promouvoir les solutions juridiques françaises auprès de leur clientèle étrangère et participer ainsi de la promotion de la culture juridique et du droit français.

On rappellera ici que le déploiement des cabinets américains a accompagné celui des entreprises américaines à l'étranger au cours des années de reconstruction qui ont suivi la seconde guerre mondiale.

3.4.3. La question des « Alternative Business Structures »

Pour l'avenir, l'attention du gouvernement devra se porter sur les risques de banalisation des services juridiques à travers la généralisation possible du modèle des « *Alternative Business Structures* », dont certains milieux britanniques tentent aujourd'hui de faire la promotion. Il s'agit d'une question relativement classique d'organisation de la concurrence, comparable à celle que l'on a récemment rencontrée dans la sphère financière avec le développement des « *unregulated entities* » intervenant dans le champ des professions réglementées.

En matière d'organisation du marché, deux logiques complémentaires s'affrontent quel que soit le secteur : celle qui consiste à organiser des professions réglementées auxquelles s'imposent le respect de contraintes exigeantes de qualification et des règles de conduite ; celle qui consiste, sur cette base, à fermer le marché en n'autorisant l'exercice professionnel que de manière exclusive et par appartenance obligatoire à une profession ordinale ou organisée.

Rapport

Les « *alternative business structures* » consistent à autoriser la prestation de services traditionnellement règlementés à des acteurs non nécessairement membres de la profession règlementée, mais respectant un certain nombre de critères, et, surtout, à autoriser une multidisciplinarité des services offerts de nature à répondre aux divers besoins des clients. Cette exploitation « mutidirectionnelle » du fonds de commerce présente, à l'évidence, de nombreux avantages en termes d'offre et de coûts. Elle est, toutefois, potentiellement génératrice de sérieux conflits d'intérêts et déstabilise profondément le jeu concurrentiel avec les professionnels règlementés.

Aussi est-il indispensable que la France adopte, en la matière, une stratégie claire et s'attache à faire adopter par l'Europe un cadre de régulation homogène, avant que le phénomène se développe de manière rampante et affecte notre dispositif domestique.

3.4.4. Enfin, la mission propose de réfléchir plus avant à l'ouverture de la formation des jeunes avocats aux problématiques de la mondialisation et du monde de l'entreprise, ainsi qu'au renforcement de l'influence Française dans la formation de la pensée juridique européenne

3.4.4.1. Réfléchir à l'ouverture de la formation des jeunes avocats aux problématiques de la mondialisation et du monde de l'entreprise

La mission a noté, au cours de ses entretiens, de nombreuses critiques relatives à la qualité de la formation des jeunes avocats. Ces critiques portaient de manière spécifique, sur la faible sensibilisation des étudiants en droit à la problématique de l'arbitrage international, l'un des thèmes de la mission, mais portaient aussi, plus généralement, sur de plus amples faiblesses de la formation des juristes en France. Il a été mis en avant, notamment :

- ◆ l'insuffisante ouverture des facultés de droit françaises aux problématiques internationales en général, notamment l'absence de formation adéquate en langues étrangères, à commencer par l'anglais ;
- ◆ une tendance au repli sur soi des facultés de droit françaises ;
- ◆ la qualité incertaine de l'école du barreau, dont la durée actuelle (18 mois) ne semble pas justifiée au regard de la qualité de l'enseignement qui y est délivré.

S'agissant des universités, la mission a notamment recueilli les critiques relatives à la trop grande spécialisation des études juridiques. En effet, contrairement aux Etats-Unis où l'interdisciplinarité est souvent la règle et où des diplômés d'autres disciplines investissent le champ du droit sans difficulté, la France reste marquée par un isolement des juristes au sein du monde universitaire, une insuffisante concurrence entre universités (et donc une absence d'émulation) et un recrutement des enseignants canalisé, filtré, par l'agrégation de droit. Les « *Law School* » des grandes universités américaines forment certes les techniciens qui iront alimenter les cabinets d'avocats anglo-saxons, mais, au-delà, elles s'attachent à donner à leurs étudiants des outils méthodologiques pour faire des juristes des « *global leaders* » capables d'affronter la concurrence et dont plus de la moitié se destineront à la politique ou à l'entreprise. De l'avis de juristes Français ayant enseigné aux Etats-Unis, les étudiants américains se révèlent plus aptes à débattre que les étudiants français : l'enseignement y tient moins du discours d'autorité que d'une initiation au questionnement et à la remise en cause.

Ces inquiétudes face à la capacité des juristes français à s'intégrer au monde de l'entreprise et du commerce international, et l'insatisfaction vis-à-vis de la formation des juristes en France ont été à l'origine de la création de l'école de droit de Science Po Paris.

Rapport

Si la France souhaite conserver un avantage compétitif sur ses partenaires, il est urgent que l'enseignement du droit enseigne le métissage des cultures aux étudiants juristes et les pousse à se confronter aux défis de la mondialisation (notamment au droit comparé). Il conviendrait également de favoriser la mobilité des enseignants et notamment le retour en France de ceux qui ont exercé dans les universités étrangères et qui, compte tenu de leur parcours qui les a conduit à ne pas passer l'agrégation, ne peuvent trouver facilement des positions d'un niveau acceptable dans les universités françaises. La loi LRU permettra de favoriser le recrutement de ces Français qui ont fait leurs études/thèses à l'étranger, mais les lobbies demeurent forts qui poussent à une logique dans laquelle « l'agrégation doit être la seule voie possible pour accéder aux postes de professeur ».

La mission n'avait guère le temps d'investir ces sujets délicats en profondeur. Elle a été cependant impressionnée par la convergence de certains jugements, issus non seulement du monde universitaire, mais aussi de celui des entreprises.

Aussi, il lui paraît important qu'une réflexion sur la formation des jeunes juristes, et spécialement des jeunes avocats soit engagée, permettant notamment :

- ◆ **l'ouverture des études juridiques sur d'autres disciplines et sur d'autres cultures (cela passe notamment par un renforcement majeur de la qualité de l'enseignement en langues étrangères délivré dans les facultés de droit) ;**
- ◆ **la réforme de la formation des jeunes avocats à l'école du barreau, en renforçant leur exposition au monde de l'entreprise et leur sensibilisation aux problématiques du commerce international (notamment de l'arbitrage international) ;**
- ◆ **la création de passerelles entre universités françaises et étrangères, permettant la multiplication d'expériences à l'étranger, tant pour les étudiants que pour les enseignants.**

3.4.4.2. Renforcer l'influence Française dans la formation de la pensée juridique européenne : le projet de l'institut du droit européen

La mission a été informée par ses interlocuteurs européens de l'enjeu que constitue la création envisagée de l'Institut de droit européen (European Law Institute).

Ce projet d'institut, dont la création a été demandée en 2009 par la communauté universitaire européenne (essentiellement allemande, britannique et italienne) et qui sera sans aucun doute amené à jouer un rôle important dans l'évolution et l'avenir du droit européen, a reçu en 2010 le soutien de la Commission européenne (M^{me} Reding). Ses statuts et son mode de financement sont actuellement en cours de négociation entre les différentes parties prenantes (une conférence aura lieu à ce sujet à Athènes le 15 avril prochain). La mission note que très peu de Français sont impliqués dans la gestation de ce projet et que les pouvoirs publics français, notamment la Chancellerie, ne semblent pas en suivre l'évolution. Cette situation est d'autant plus paradoxale que le congrès constitutif de l'Institut de droit européen devrait se tenir à Paris au cours du mois de juin 2011.

La localisation de l'institut n'est pas encore décidée : il serait bienvenu que la communauté académique Française, les représentants des professions juridiques, au premier chef le Conseil National des Barreaux, et les pouvoirs publics, se saisissent en urgence de ce dossier et se mettent en situation de pouvoir formuler une offre afin d'accueillir le siège de cet institut dans les meilleures conditions possibles.

CONCLUSION

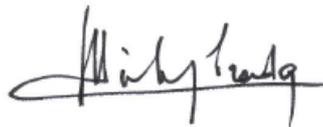
Les propositions du présent rapport ont été établies sur la base de travaux d'analyse et de nombreux entretiens individuels. La mission a la conviction que ces propositions permettent, sur des sujets particulièrement controversés, de dégager des solutions opérationnelles et acceptables par les différentes parties concernées.

Il est cependant souhaitable que ces propositions fassent l'objet de consultations ad hoc et, pour certaines d'entre elles, de travaux complémentaires en permettant la finalisation juridique (rédaction de textes) ou technique (par exemple définition précise des conditions d'intégration des juristes d'entreprise au statut d'avocat).

Il est donc proposé aux Ministres, s'ils adoptent le principe des réformes proposées, de demander aux services compétents de lancer sans tarder ce processus de consultation.

Il importe, en revanche, de conduire les opérations avec la célérité nécessaire, en raison de la rapidité des évolutions de l'environnement de la Place de Paris et des risques qui s'attachent à la pérennité de situations qui portent préjudice à sa compétitivité.

A Paris, le 31 mars 2011

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Michel Prada', with a stylized flourish at the end.

Michel PRADA

ANNEXES

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE 1 : LETTRE DE MISSION

ANNEXE 2 : LISTE DES PERSONNES RENCONTRÉES

ANNEXE I

Lettre de mission

Annexe I



MINISTRE D'ÉTAT, GARDE DES Sceaux
MINISTRE DE LA JUSTICE ET DE LIBERTÉS

MINISTRE DE L'ÉCONOMIE,
DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI

Paris, le 28 OCT. 2010

Monsieur le Président,

En réponse à la pire crise bancaire et financière qu'ont connue nos économies depuis des décennies, tous les gouvernements du monde ont imposé plus de règles, plus de normes pour éviter les abus et les excès. La crise est venue réhabiliter la régulation, que nous n'avons d'ailleurs jamais totalement abandonnée en France.

La question essentielle qui est désormais posée n'est pas celle de plus ou moins de régulation mais d'une régulation plus efficace et homogène. Nous souhaiterions ainsi que, dans la gouvernance économique mondiale qui se dessine, notre système juridique, qui traduit les valeurs de notre société, trouve toute sa place et soutienne le développement économique de nos entreprises et de nos professionnels.

Il nous semble essentiel dès lors de mener une réflexion sur les facteurs pouvant renforcer la compétitivité juridique de Paris.

A cet égard, trois orientations nous paraissent mériter un examen particulier.

En premier lieu, le rôle de la place de Paris en matière d'arbitrage est décisif pour l'attractivité juridique de la France.

Dans ces conditions, vous identifierez les moyens de préserver son rang dans la compétition internationale et d'assurer sa promotion. Vous vous attacherez à évaluer si des textes sont nécessaires pour clarifier certaines règles qui handicaperaient la place de Paris et à proposer différentes actions qui seraient de nature à favoriser le rayonnement de cette place comme la mise en valeur, à l'étranger, des règles de droit français.

En deuxième lieu, il nous paraît nécessaire de créer les conditions d'une meilleure prise en considération des questions juridiques dans la détermination de la stratégie des entreprises françaises et, plus généralement, de renforcer la place du droit et des juristes dans les décisions essentielles qu'elles sont amenées à prendre. Il vous reviendra de formuler des propositions en ce sens.

Monsieur Michel Prada
Président du Conseil de normalisation des comptes publics
3, Boulevard Diderot
75012 - PARIS

Annexe I

Sur ce point, vous pourrez notamment analyser les raisons qui expliquent la place moins éminente dont bénéficient les juristes dans les états-majors des entreprises françaises au regard de ce qui semble être la pratique à l'étranger et, en particulier, dans les pays anglo-saxons. Vous devrez, sur ce point, vous déterminer sur l'opportunité d'instaurer des règles appropriées de confidentialité des avis juridiques internes aux entreprises. Il s'agit ici de concilier l'exigence de ne pas décourager les investisseurs internationaux de s'implanter en France, l'intérêt d'encourager les entreprises à adopter des programmes de conformité et la nécessité de préserver les possibilités d'investigation des autorités publiques.

En troisième lieu, la compétitivité de la France en matière juridique dépend du développement du recours, par les entreprises, à ses professionnels du droit.

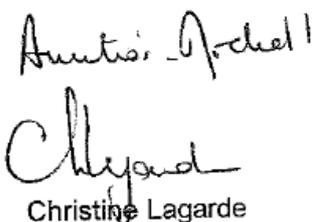
Vous pourrez ainsi analyser l'évolution de la fonction juridique en entreprise et ses relations avec les professions juridiques. A ce titre, la répartition entre les missions externalisées et celles qui sont assurées en interne, les motifs de cette répartition, le degré d'externalisation, les conditions du recours, par les entreprises, aux professions juridiques françaises, l'identification des différences entre ces dernières et leurs homologues à l'étranger peuvent constituer des éléments d'appréciation. Enfin, vous examinerez si des pratiques récentes, telles que la délocalisation, par les professions juridiques, de certaines prestations, l'accueil de collaborateurs d'avocats au sein des entreprises ou encore le développement, à l'étranger, de prestataires de services juridiques qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques que les professionnels français appellent des évolutions ou un encadrement particulier.

Vous serez amené à rencontrer tant les représentants du monde économique, que les responsables juridiques qui sont les clients des avocats.

Nous vous saurions gré de bien vouloir nous rendre vos conclusions d'ici la fin du premier trimestre de l'année 2011. Vous pourrez vous appuyer notamment sur les services de la Chancellerie et de l'inspection générale des finances.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de notre considération distinguée *et très cordiale*.


Michèle Alliot-Marie


Christine Lagarde

ANNEXE II

Liste des personnes rencontrées

1. Organisations d'avocats

1.1. Conseil National des Barreaux

- ◆ Thierry Wickers, président du CNB
- ◆ Marie-Aimée Peyron, vice-présidente
- ◆ Stéphane Bortoluzzi, directeur du pôle vie de la profession

1.2. Conférence des Bâtonniers

- ◆ Alain Pouchelon, président
- ◆ Manuel Ducasse, ancien bâtonnier du barreau de Bordeaux

1.3. Barreau de Paris

- ◆ Jean Castelain, bâtonnier
- ◆ Jean-Yves Leborgne, vice-bâtonnier
- ◆ Pierre Lenoir, Allen & Overy
- ◆ Régis Cusinberche, Lexidia
- ◆ Pierre Servan-Schreiber, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP

1.4. Fédération nationale des unions des jeunes avocats (FNUJA)

- ◆ Romain Carayol, président
- ◆ Stéphane Dhonte, premier vice-président
- ◆ Yannick Sala, vice-président Paris
- ◆ Laurent Attilio Sciacqua, trésorier

1.5. Union des Jeunes Avocats (UJA) de Paris

- ◆ Dominique Piau, président
- ◆ Massimo Bucalossi, avocat, DDP avocats
- ◆ Anne-Lise Lebreton, avocate
- ◆ Leila Hamzaoui, avocate, HV associés

1.6. L'Association des Avocats Conseils d'Entreprises (ACE)

- ◆ William Feugère, président
- ◆ Jean-Louis Cocusse, élu de l'ACE au CNB

2. Avocats

- ◆ Régis Cusinberche, Lexidia
- ◆ Marie-Aimée de Dampierre, Hogan Lovells
- ◆ Jean-Michel Darrois, Darrois Villey Maillot Brochier
- ◆ Guillaume-Denis Faure, Bird & Bird
- ◆ Emmanuel Gaillard, Shearman & Sterling LLP
- ◆ Paul-Albert Iweins, Taylor Wessing
- ◆ Charles Kaplan, Herbert Smith
- ◆ Laurence Kiffer, TP associés
- ◆ Elie Kleiman, Freshfields Bruckhaus Deringer
- ◆ Serge Lazareff, Lazareff Le Bars
- ◆ Pierre Lenoir, Allen & Overy
- ◆ Carole Malinvaud, Gide Loyrette Nouel
- ◆ Yves Repiquet, Jeantet et associés

3. Associations de juristes d'entreprises

3.1. Cercle des directeurs des affaires juridiques

- ◆ Laure Lavorel, vice-présidente, directrice juridique de la société Ca technologies
- ◆ Alexandre Menais, directeur juridique de la société Accenture à Paris
- ◆ Grégoire Petit, project manager

3.2. Cercle Montesquieu

- ◆ Yannick Chalmé, président et directeur juridique du groupe L'Oréal
- ◆ Denis Busson, directeur juridique et secrétaire du conseil du groupe Imerys

3.3. Association française des juristes d'entreprise (AFJE)

- ◆ Jean-Charles Savouré, président de l'AFJE et directeur juridique d'IBM Europe
- ◆ Jean-David Sichel, vice-président et directeur juridique de TBWA
- ◆ Jean-Yves Trochon, administrateur et directeur juridique adjoint du groupe Lafarge
- ◆ Anne-Laure Paulet, secrétaire générale

3.4. Association des juristes de banque

- ◆ Thierry Samin
- ◆ Gérard Gardella, Société Générale

4. Associations patronales

4.1. Mouvement des entreprises françaises (MEDEF)

- ◆ Marie-Ange Debon, secrétaire générale de la société Suez environnement et présidente de la commission « droit de l'entreprise »
- ◆ Joëlle Simon, directrice des affaires juridiques

4.2. Association française des entreprises privées (AFEP)

- ◆ Odile de Brosses, directrice du service juridique

5. Autres associations

5.1. Comité Français de l'Arbitrage

- ◆ Philippe Leboulanger, Président

5.2. Business & Legal Forum

- ◆ Frédéric Escudier
- ◆ Ghislain de Lagrevol

5.3. Paris place d'arbitrage

- ◆ Charles Kaplan, Herbert Smith
- ◆ Alexis Mourre, Castaldi Mourre

5.4. Euro-arbitrage

- ◆ Etienne Fages, Latham & Watkins

5.5. Fondation pour le droit continental

- ◆ Henri Lachmann, président
- ◆ Jean-Marc Baïssus, directeur général

5.6. Juristes associés

- ◆ Caura Barszcz

6. Monde de l'entreprise

6.1. Areva

- ◆ Pierre Charreton, directeur juridique

6.2. BNP Paribas

- ◆ Michel Pébereau, président du conseil d'administration
- ◆ Jean-Louis Guillot, conseiller de la direction générale

6.3. Chambre de commerce et d'industrie de Paris

- ◆ Anne Outin-Adam, directeur du pôle de politique législative et juridique

6.4. Essilor

- ◆ Carole Xueref, directrice des affaires juridiques et du développement groupe

6.5. GDF Suez

- ◆ Gérard Mestrallet, président-directeur général
- ◆ Yves de Gaulle, secrétaire général

6.6. LVMH

- ◆ Patrick Quart, conseiller du président et membre du comité exécutif

6.7. Natixis

- ◆ Anne-José Fulgeras, conseillère de la direction générale

6.8. Saint-Gobain

- ◆ Pierre-André de Chalendar, président-directeur général
- ◆ Bernard Field, secrétaire général et membre du comité exécutif

6.9. Schneider Electric

- ◆ Peter Wexler, directeur juridique Groupe

6.10. Société générale

- ◆ Christian Schricke, conseiller du président-directeur général

6.11. Total

- ◆ Peter Herbel, directeur juridique groupe

6.12. Vivendi

- ◆ Jean-François Dubos, secrétaire général et secrétaire du conseil

7. Chambre de Commerce Internationale (CCI)

- ◆ Gérard Worms, président de la CCI (depuis mars 2011) et président d'ICC France
- ◆ Rajat Kumar Gupta, président de la CCI (jusqu'en février 2011)
- ◆ Jean-Guy Carrier, secrétaire général
- ◆ John Beechey, président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI
- ◆ Martin Wassell, conseiller principal
- ◆ Jason A. Fry, secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI

8. Universitaires

- ◆ Matthias Audit, professeur agrégé des facultés de droit
- ◆ Paul Cassia, professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne
- ◆ Thomas Clay, professeur à l'université de Versailles Saint Quentin
- ◆ Emmanuel Gaillard, professeur à l'université Paris XII
- ◆ Yves Gaudemet, professeur à l'université de Paris II Panthéon-Assas
- ◆ Christophe Jamin, directeur de l'école de droit de Science-Po Paris

9. Conseil Constitutionnel

- ◆ Marc Guillaume, Conseiller d'Etat, Secrétaire Général du Conseil constitutionnel

10. Conseil d'État

- ◆ Jean-Marc Sauvé, vice-président
- ◆ Michel Pinault, président de la section de l'administration
- ◆ Bernard Stirn, président de la section du contentieux
- ◆ Mattias Guyomar, commissaire du gouvernement dans l'affaire *INSERM*

11. Autorité des Marchés Financiers (AMF)

- ◆ Daniel Labetoulle, président de la commission des sanctions
- ◆ Olivier Douvreur, directeur juridique
- ◆ Françoise Pétureau, magistrate au département juridique de l'AMF
- ◆ Laurent Combourieu, chef du service enquêtes
- ◆ Bertrand Legris, adjoint suivi et coordination fière répressive

12. Autorité de la Concurrence

- ◆ Bruno Lasserre, président
- ◆ Irène Luc, responsable du service juridique
- ◆ Fabien Zivy, chef du service du président

13. Conseil des barreaux européens (CCBE)

- ◆ Georges-Albert Dal, président du CCBE
- ◆ Jonathan Goldsmith, secrétaire général du CCBE
- ◆ Michel Bénichou, chef de la délégation Française auprès du CCBE

14. Commission européenne, direction générale du commerce

- ◆ Alexandra Koutoglidou

15. London Court of International Arbitration (LCIA)

- ◆ Rémy Gerbay

16. Juridictions judiciaires

16.1. Cour de cassation

- ◆ Vincent Lamanda, premier président de la Cour de Cassation
- ◆ Christian Charruault, président de la 1^{ère} chambre civile
- ◆ Gérard Pluyette, doyen de la 1^{ère} chambre civile
- ◆ Claire Favre, présidente de la Chambre commerciale et financière
- ◆ Pierre Chevalier, avocat général référendaire
- ◆ Jean Louis Gallet, conseiller et membre du Tribunal des Conflits

16.2. Cour d'Appel de Paris

- ◆ Jacques Degrandi, premier président de la cour d'appel de Paris
- ◆ François Falletti, procureur général près la cour d'appel de Paris

16.3. Tribunal de grande instance de Paris

- ◆ Chantal Arens, présidente du tribunal de grande instance de Paris
- ◆ Jean-Claude Marin, procureur près le tribunal de grande instance de Paris

17. Ministère de la Justice

17.1. Direction des affaires civiles et du Sceau

- ◆ Laurent Vallée, directeur

17.2. Direction des affaires criminelles et des Grâces

- ◆ Maryvonne Caillebotte, directrice

18. Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

18.1. Direction générale du Trésor

- ◆ Etienne Oudot de Dainville, sous-directeur du financement des entreprises et des marchés financiers
- ◆ Hubert Gasztowtt, conseiller juridique du directeur général du Trésor
- ◆ Emmanuel Susset, adjoint au chef de bureau FINENT 3 « stabilité financière, comptabilité et gouvernance des entreprises »
- ◆ Pierre Chabrol, adjoint au chef de bureau MULTICOM 1 « politique commerciale OMC et accords commerciaux de l'Union européenne »
- ◆ Antoine Bied-Chareton, responsable du pôle juridique de l'APE

18.2. Direction des affaires juridiques

- ◆ Catherine Bergeal, directrice

19. Personnalités

- ◆ Philippe Marini, Rapporteur général de la Commission des finances du Sénat
- ◆ Henri Nallet, ancien Garde des Sceaux