

LE CONSEIL JURIDIQUE : EXERCICE EN ENTREPRISE, SECRET PROFESSIONNEL ET RÉDACTION D'ACTES,

EN ALLEMAGNE, EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE
GALLES, EN BELGIQUE ET EN ITALIE

Coordination, révision et synthèse par :

Daniela BORCAN, docteur en droit, ingénieur de recherche à JURISCOPE

Avec la collaboration de :

Béatrice JALUZOT, maître de conférences en droit privé, Sciences-po Lyon, *LLM Westfälische Wilhelms Universität, Münster*, rapporteur pour le droit allemand

Stuart SIME, professeur, *City, Université de Londres, Barrister*, directeur du Programme de formation du barreau (*Bar Professional Training Course – BPTC*), rapporteur pour le droit anglais

Marc DAL, avocat, ancien membre de la Commission de déontologie de l'Ordre des avocats francophones et germanophones, ancien membre du Conseil de l'Ordre, ancien président de la Conférence du jeune barreau de Bruxelles, rapporteur pour le droit belge

Valerio FORTI, maître de conférences en droit privé, directeur de l'Institut d'études judiciaires, université de Poitiers, co-directeur du master franco-italien « Les contrats en droit européen », université de Poitiers – université Roma Tre, rapporteur pour le droit italien

**Etude réalisée à la demande du Ministère de la Justice,
Service des affaires européennes et internationales, Paris**

SOMMAIRE

LE CONSEIL JURIDIQUE : EXERCICE EN ENTREPRISE, SECRET PROFESSIONNEL ET REDACTION D'ACTES, EN ALLEMAGNE, EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES, EN BELGIQUE ET EN ITALIE

SYNTHESE

- I. L'ACTIVITE DE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE
- II. LE SECRET PROFESSIONNEL ET LES *LEGAL PRIVILEGES*
- III. LA REDACTION D'ACTES (*INSTRUMENTUM*) PAR DES PROFESSIONNELS

EN ALLEMAGNE

- I. LE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE
 - A. *Les « juristes qualifiés »*
 - B. *Les conseils juridiques spécialisés : propriété industrielle, expertise fiscale et comptable*
 - C. *Les prestataires de services juridiques*
 - D. *Les juristes d'entreprise*
- II. LE SECRET PROFESSIONNEL
 - A. *L'obligation au secret pour les avocats*
 - B. *L'obligation au secret pour les tiers en relation avec l'avocat*
 - C. *L'obligation au secret pour les avocats-syndics*
- III. LA REDACTION D'ACTES
 - A. *L'acte instrumenté privé*
 - B. *L'acte instrumenté public*
 - C. *L'acte exécutoire*

EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES

- I. LE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE
 - A. *Les professionnels pouvant fournir du conseil aux entreprises*
 - B. *Le cadre réglementaire*
 - C. *Le statut des juristes d'entreprise*
 - D. *La formation des juristes d'entreprise*
- II. LES *LEGAL PROFESSIONAL PRIVILEGES*
 - A. *Définition*
 - B. *Champ d'application*
- III. LA RÉDACTION D'ACTES
 - A. *Les différentes catégories d'actes écrits*
 - B. *Leur force probante*

EN BELGIQUE

- I. LE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE
 - A. *Les professionnels pouvant fournir du conseil aux entreprises*
 - B. *Les statuts professionnels*
 - C. *Les formations professionnelles*
- II. LE SECRET PROFESSIONNEL
 - A. *Les principes du droit interne*

- B. *Les principes du droit de l'Union européenne et leur articulation avec le droit interne*

III. LA REDACTION D'ACTES

EN ITALIE

I. LE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE

- A. *Les professionnels pouvant fournir du conseil aux entreprises*
- B. *Les formations professionnelles*

I. LE SECRET PROFESSIONNEL

- A. *Les avocats*
- B. *Les diplômés en droit - juristes d'entreprise*

II. LA RÉDACTION D'ACTES

- A. *L'acte public*
- B. *L'acte sous seing privé*
- C. *Le procès-verbal de médiation*
- D. *Les actes contresignés par les avocats*

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE EN FRANÇAIS

1. DLA PIPER, Association européenne des juristes d'entreprise (ECLA), Legal Professional Privilege, Global Guide, 4th Edition, 2017

<http://www.dlapiperlegalprivilege.com/#handbook/world-map-section>

2. « La confidentialité des avis des juristes d'entreprise » et « Confidentialité des avis des juristes d'entreprise, 48 personnalités du monde du droit s'expriment », 2014

deux numéros spéciaux de la revue Juriste d'entreprise magazine, AFJE,

<https://www.afje.org/info/le-jem-juriste-d-entreprise-magazine>

3. Collectif (Ordres des avocats), Profession avocat : les chiffres clés de six pays de l'Union européenne. Vers une connaissance statistique de la profession d'avocat en Europe, mars 2013

[https://encyclopedie.avocats.fr/GED_BWZ/195049191322/CNB-2013-03_oBS_avocats-chiffres-cles-6-pays-ue\(fr-P\).pdf](https://encyclopedie.avocats.fr/GED_BWZ/195049191322/CNB-2013-03_oBS_avocats-chiffres-cles-6-pays-ue(fr-P).pdf)

4. Ministère de la Justice - SAEI, D. Borcan (coord.), Les lois de blocage. Le droit de l'administration de la preuve et les lois de blocage aux Etats-Unis, en Allemagne, en Angleterre et au Pays de Galles, en Belgique et au Canada (Québec), oct. 2017

SYNTHESE

Le présent rapport, qui porte sur quatre pays, ***l'Allemagne, l'Angleterre et le Pays de Galles¹, la Belgique et l'Italie***, présente la réglementation de l'activité de conseil juridique et les statuts de l'avocat et du juriste en entreprise (I) ainsi que l'étendue de la protection des échanges de l'entreprise avec l'avocat ou le juriste interne, à travers les institutions du secret professionnel et des *legal privileges* (II). Le rapport explore également les pratiques de rédaction d'actes (*instrumentum*) par les professionnels, à l'aune de la force probante et de la force exécutoire de ces actes (III).

I. L'ACTIVITE DE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE

En Belgique et en Italie, l'activité de conseil juridique n'étant pas réglementée, quiconque peut fournir des conseils juridiques, sans contrevenir à la loi. Cependant, dans les deux pays, un organisme d'émanation professionnelle, reconnu par la loi, réunit les professionnels affiliés. Ceux-ci, titulaires de la même formation universitaire que les avocats et déjà sous contrat de travail dans une entreprise, se soumettent à une formation en déontologie et s'engagent à respecter les règles déontologiques adoptées par cet organisme.

L'avocat, professionnel libéral, peut bien entendu avoir pour client une entreprise et même s'y rendre ponctuellement pour les besoins de son mandat. En revanche, dans ces deux pays, lorsque le lien souhaité entre avocat et entreprise se resserre à la manière d'une mission permanente en entreprise, lorsque l'avocat *d'une* entreprise devient avocat *en* entreprise, les solutions divergent. En Italie, les avocats (*avvocato*) en entreprise seront employés sous les mêmes types de contrats que les « simples » juristes d'entreprise, contrats impliquant un lien de subordination fonctionnelle. Ils perdent alors le droit d'être inscrits à l'ordre. En Belgique, depuis 2010, sur accord préalable du bâtonnier, l'avocat peut être « détaché en entreprise », pour un temps déterminé, pour accomplir une mission déterminée, dans les locaux de l'entreprise et en utilisant son infrastructure. Il respecte des règles de comportement strictes visant à éviter tout risque de confusion avec le personnel de l'entreprise et reste bien évidemment inscrit à l'ordre.

En Angleterre, la profession de juriste d'entreprise n'est pas non plus réglementée. L'activité de conseil, même dans le cadre d'un litige, peut être librement exercée et même de façon indépendante. Dans les services juridiques internes des entreprises on retrouve en pratique, en tant que salariés, toutes sortes de professionnels, dont des membres des professions juridiques réglementées, y compris *barristers* et *solicitors*. Le statut de ces derniers est simplement adapté à cet exercice particulier. Ainsi, un *barrister* salarié ne doit fournir des services juridiques (autres que les activités réglementées relatives aux contentieux) qu'à son employeur.

¹ Ci-après l'Angleterre.

En Allemagne, bien que les simples avis juridiques puissent être donnés librement par quiconque, l'activité de conseil juridique, organisée et pérenne, est réglementée. A titre indépendant, elle ne peut être exercée que dans trois domaines définis par la loi : droit social, recouvrement des créances, droits étrangers. Ou alors le conseil est délivré à titre accessoire à une profession principale non juridique. Sous contrat de travail, l'activité de conseil juridique est exercée par des juristes d'entreprise (*Justiziar*), au profit de leur seul employeur. Ils sont formés selon un cursus plus spécialisé et plus court que celui permettant l'obtention du titre d'avocat.

La profession d'avocat (*Rechtsanwalt*), inscrit au tableau, d'exercice libéral, s'accommode de l'exercice en entreprise, contre salaire (*Syndikus*, environ 10% du nombre d'avocats). Depuis 2016, une réforme a mis fin à la règle traditionnelle qui voulait qu'un tel professionnel réponde aux doubles exigences des deux statuts cumulés (doubles conditions d'exercice, doubles cotisations à la retraite, etc.). Cependant, le principe de l'indépendance de l'avocat plaçant, organe de l'administration de la justice, fait que les *Syndikus* ne peuvent pas représenter leur employeur devant les juridictions civiles, tout de moins pas dans le cadre de leur contrat de travail. Ils ne peuvent pas non plus le représenter devant une juridiction pénale.

II. LE SECRET PROFESSIONNEL ET LES *LEGAL PRIVILEGES*

En Allemagne, seuls les avocats (et les conseils juridiques spécialisés inscrits au tableau des avocats) ont un droit et une obligation au secret. Le droit au secret se décline en un droit au refus de témoigner et un droit au refus de communication de documents, dans les procédures civile et pénale. Pour les avocats-*Syndikus*, employés de l'entreprise, le droit au secret est limité à la seule matière civile. Les documents en leur possession ne sont pas protégés contre les mesures d'investigation pénale, l'intérêt de la recherche de la vérité dans l'enquête pénale étant considéré supérieur à l'intérêt de l'entreprise au respect de la confidentialité.

De même, **en Italie**, le secret professionnel de l'avocat est à la fois un devoir et un droit, reconnu en matière de procédure civile et pénale. Régie par la loi réglementant la profession d'avocat, la protection offerte par le secret ne s'applique pas aux juristes d'entreprise, profession non réglementée, ni aux avocats qui, ayant opté pour un emploi salarié en entreprise, perdent le droit d'être inscrits à l'Ordre.

En **Angleterre**, les quatre types de *legal professional privilege* couvrent toute communication relative ou non à un contentieux, dans la relation du client avec un professionnel habilité à exercer une activité juridique réglementée, quelle que soit la modalité d'exercice de la profession de celui-ci, indépendante ou salariée. Le secret est conçu et fonctionne au bénéfice du client, lequel doit pouvoir recevoir le conseil juridique nécessaire, en toute confiance. La jurisprudence affirme que ces professionnels conservent leur indépendance (intellectuelle), malgré le lien de dépendance (fonctionnelle), le tribunal pouvant lever la protection offerte par le *privilege* en cas d'abus.

Le secret ne s'applique pas aux communications du client avec les professionnels non-juristes qui prodiguent le conseil juridique accessoirement à leur profession principale.

En Belgique, la confidentialité des avis des juristes d'entreprise est reconnue depuis l'année 2000 par la loi créant l'Institut des juristes d'entreprise et affirmé par la jurisprudence qui estime qu'elle doit s'appliquer « nonobstant l'existence d'une relation d'emploi ».

Dès lors, la position de la Cour de Justice de l'Union européenne selon laquelle la confidentialité des correspondances doit être respectée seulement lorsque (1) il s'agit de correspondances échangées aux fins du droit de la défense du client et que (2) cette correspondance émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire non liés au client par un rapport d'emploi, génère en Belgique une grande insécurité. Ainsi, selon que les enquêteurs de l'Autorité de la concurrence travaillent dans le cadre d'un mandat européen ou national, les règles qui s'appliquent en matière de confidentialité des avis des juristes d'entreprise sont différentes.

Enfin, sachant que la CJUE avait justifié sa position comme étant celle de la majorité des systèmes nationaux européens, parmi les juristes d'entreprise belges s'exprime l'espoir de voir un jour infléchir la position de la CJUE au fur et à mesure que de plus en plus de droits nationaux choisiront de protéger expressément le secret des communications avec les juristes d'entreprise, comme le fait le droit belge.

III. LA REDACTION D'ACTES (*INSTRUMENTUM*) PAR DES PROFESSIONNELS

Quel que soit le système juridique, la rédaction des actes (*instrumentum*) par des professionnels, juristes ou non-juristes dans leurs domaines de spécialités respectifs, est naturellement recherchée pour la garantie de conformité légale qu'elle apporte.

Nous avons cherché à savoir, dans les quatre systèmes étudiés, si dans la hiérarchie de principe des différents types d'actes, certains pouvaient se trouver « rehaussés », du point de vue de leurs forces probatoire et exécutoire, en raison de la qualité de leur rédacteur.

Ainsi, **les systèmes belge et italien** connaissent la distinction française classique entre actes authentique et actes sous seing privé.

Depuis 2013, la loi belge consacre l'acte d'avocat dont le statut probatoire est quasi identique à celui de l'acte authentique, exception faite de la force exécutoire. Si les Ordres d'avocat ont fourni de nombreux efforts pour que la loi soit adoptée, il faut constater qu'à ce jour les avocats n'ont toujours pas le réflexe de proposer de tels actes à leurs clients. Cette loi est en fait peu connue et donc peu utilisée.

Depuis 2013 également, le droit italien connaît un type d'acte contresigné par avocats, le procès-verbal de médiation auquel la loi reconnaît force exécutoire, sans qu'une homologation judiciaire ne soit plus nécessaire. Un projet de loi tendant à introduire l'acte contresigné par avocats (tous domaines confondus) avait été déposé en 2014 au Parlement et ...retiré en 2017, quatre jours seulement après avoir été soumis à la discussion de la commission parlementaire compétente.

Concernant **le système allemand**, deux particularités ont pu être identifiées. D'une part, en raison d'une spécificité du droit allemand, selon laquelle une déclaration de volonté ne prend effet que lorsqu'elle est notifiée à son destinataire, les actes notifiés par avocat ont une

importance particulière. D'autre part, alors que la force exécutoire est reconnue aux actes notariés, les transactions constatées par avocat bénéficient par exception de la même force exécutoire, sous certaines conditions. Le régime juridique de la transaction accorde un statut procédural particulier à ce type d'acte : son exécution forcée est facilitée, qu'il soit rédigé par un notaire ou par un avocat.

Enfin, les recherches menées **en droit anglais** ont montré que d'une part, selon les règles techniques traditionnelles relatives à la recevabilité des preuves, la communication mutuelle des pièces par les parties, avant procès, aboutit à leur reconnaissance mutuelle et que d'autre part, le droit anglais moderne et la pratique judiciaire ont délaissé ces règles techniques, au point où la preuve, y compris les pièces versées au dossier, sont évaluées en fonction du fond et non de la forme. Nous avons conclu qu'il n'y avait pas véritablement de hiérarchie des actes en Angleterre, et dès lors pas de règles permettant de la contourner.



LE CONSEIL JURIDIQUE : EXERCICE EN ENTREPRISE, SECRET PROFESSIONNEL ET RÉDACTION D'ACTES

EN ALLEMAGNE

I. LE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE

Les professions du droit, très encadrées en Allemagne, sont en cours de mutation. Ceci est particulièrement vrai pour la profession de conseil juridique dont la configuration, soumise à des fortes tensions, n'apparaît pas encore stabilisée.

La formation des juristes. L'éducation supérieure allemande comporte deux types de formations de rang presque égal : une formation plutôt académique, qui est dispensée à l'Université et une formation plus pratique qui est dispensée dans les Ecoles Pratiques (*Fachhochschule, FH*).

Nous retrouvons, dans le domaine juridique, ces deux types de formation : celle de « juriste qualifié » (*Volljurist*) dispensée à l'Université et celle de « simple » juriste, dispensée par les *FH*.

Premièrement, la formation de juriste qualifié conduit aux trois professions juridiques principales : juge, avocat, procureur (Parquet). Les notaires ont un statut particulier. Dans une partie des Länder ce sont les avocats qui obtiennent cette qualification sous certaines conditions et après plusieurs années d'exercice, alors que dans une autre partie des Länder, les notaires sont uniquement notaires (*Nur-Notar*) et ont une formation distincte.

La formation de juriste qualifié, commune à ces professions, conduit à l'obtention de la « qualification au titre de juge » (*Befähigung als Richter*), régie par la loi sur le statut de la magistrature (*DRiG*)² et exigée pour l'inscription au barreau. Elle comporte un premier examen (anciennement dit le 1^{er} examen d'Etat) qui sanctionne les connaissances théoriques obtenues durant un cursus universitaire et un second examen, dit le second examen d'Etat, qui a lieu après une formation en apprentissage auprès des différents professionnels du domaine judiciaire et dure environ deux ans³.

Deuxièmement, l'offre de formation juridique s'est développée de manière très importante en Allemagne au sein des écoles pratiques (*FH*). Dans les années 90, elles ont commencé à proposer un diplôme de juriste d'affaire (*Diplom-Wirtschaftsjurist*) qui, dans le cadre de l'harmonisation des formations universitaires en Europe (processus de Bologne), a été remplacé par les deux niveaux de formation que sont les grades de *Bachelor of Laws* (licence) et *Master of Laws*, titres directement repris des formations britanniques⁴. Le *Bachelor* dure sept semestres, ce qui est considérablement inférieur à ce qui est exigé pour la formation de juriste qualifié qui dure environ douze semestres. Les diplômés délivrés continuent d'être appelés diplômes de juristes d'affaires.

² Deutsches Richtergesetz (*DRiG*) [loi allemande sur le statut de la magistrature], 1972=04=19, *RGBl.* I S. 713. Les § 5a à 5d, régissent précisément le contenu de cette formation. Leur mise en oeuvre détaillée relevant de la compétence de chaque Land, la formation juridique connaît en conséquence des variations d'une région à l'autre de l'Allemagne.

³ « § 5 Qualification au titre de juge. (1) La qualification au titre de juge est obtenue par toute personne qui d'une part achève des études en sciences juridiques dans une université et passe avec succès un premier examen et d'autre part achève un stage préparatoire et passe avec succès un second examen d'Etat. » (traduction par l'auteur).

⁴ https://de.wikipedia.org/wiki/Bachelor_of_Laws#cite_note-1

Les professions juridiques pouvant fournir du conseil juridique. Un grand nombre de professionnels peuvent fournir du conseil juridique, y compris en entreprise. Nous pouvons distinguer quatre catégories : les juristes qualifiés (A), les conseils juridiques spécialisés (B), les prestataires de services juridiques spécialisés (C), les juristes d'entreprise (D). Ils peuvent intervenir de deux manières : soit à titre indépendant de l'entreprise qu'ils conseillent, soit en tant que salariés de cette entreprise.

A. LES « JURISTES QUALIFIES »

1. Avocats

La profession d'avocat est libérale et ses membres sont organisés en chambre professionnelle. Leur titre est protégé⁵.

Mission. La profession d'avocat est réglementée par un décret fédéral de 1959⁶ [*Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)*] et leur exercice par un code de déontologie [*Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA)*]. L'avocat y est défini comme « un organe indépendant de l'administration de la justice », (§ 1 BRAO), « un conseil et un représentant indépendant dans toutes les questions juridiques » (§ 3, BRAO). Sa mission comporte deux grands volets : la représentation devant les juridictions dont il détient le monopole et le conseil en matière juridique (§ 3 BRAO), qu'il partage avec d'autres professionnels (cf. *infra*). Il est à noter que la postulation n'est pas obligatoire devant de nombreuses juridictions : tribunal d'instance (*Amtsgericht*, § 79 al. 2, ph. 2 et 3 ZPO), tribunal administratif de 1^{re} instance (§ 67 al 2 et 3 VwGO), tribunal de droit du travail (§ 11 al. 2 ph 2 et 3 ArbGG), tribunal de la sécurité sociale (§ 73 al. 2, ph 2 et 3 SGG) et le tribunal fiscal (§ 62 al 2 et 3 FGO).

L'avocat assure la représentation obligatoire dans les procédures civiles, la défense obligatoire dans les procédures pénales et intervient au titre de l'aide judiciaire (§ 48, 49 et 49a, BRAO). Pour accompagner ses mandants, il assure la rédaction de contrats, intervient pour l'évitement des conflits et le règlement des différends, agit dans l'intérêt de ses mandants contre les décisions judiciaires ou administratives critiquables et face à toute situation qui serait constitutive d'un préjudice, d'une atteinte aux droits constitutionnels ou d'un abus de pouvoir.

Dans certains Länder (Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein et partiellement en Westphalie-Rhénanie du Nord), les avocats peuvent être agréés en tant que notaire : *Anwaltnotar*, avocat-notaire. En ce cas, dans la mesure où il agit en tant que notaire, par exemple dans la rédaction d'acte, contrat de vente, testament, il est soumis à une obligation dite d'objectivité et ne peut intervenir à l'égard de cet acte comme avocat.

L'avocat qui a suivi une formation en droit de la médiation (§ 5 *Mediationsgesetz* [loi sur la médiation] et § 7a BRAO) peut exercer l'activité d'avocat-médiateur. Il est soumis à l'obligation d'intervenir de manière neutre, indépendante, au moyen d'une procédure fiable et structurée dans le règlement d'un conflit extra-judiciaire.

⁵ § 132a StGB.

⁶ *Bundesrechtsanwaltsordnung* [Décret fédéral sur les avocats], du 1^{er} août 1959, BGBl. S. 565, entré en vigueur le 1^{er} octobre 1959.

Formation et accès à la profession. Les avocats doivent avoir obtenu la « qualification au titre de juge », à savoir s'être formé en tant que *Volljurist*, juriste qualifié. Ils obtiennent de la chambre des avocats de leur circonscription un agrément et sont inscrits sur la liste des avocats. Ils doivent souscrire une assurance professionnelle couvrant les risques d'erreur de conseil (*Beratungsfehler*) et prouver qu'ils détiennent un espace dédié pour leur cabinet. L'agrément peut leur être retiré en cas de surendettement ou de faute professionnelle grave. L'accès aux spécialités est réglementé par la loi, qui prévoit les conditions dans lesquelles les avocats peuvent indiquer celle-ci à côté de leur titre. L'octroi du titre de spécialiste est soumis à 120h de cours de spécialité et la preuve du traitement d'un certain nombre de cas dans le domaine, variable en fonction de la spécialité. Le maintien du titre est subordonné à une obligation de formation annuelle de 15h, qui peut être remplacée par la preuve d'enseignement dans le domaine ou la publication d'articles.

Exercice de la profession. Les avocats sont un organe de justice de même rang que les procureurs et les juges, en conséquence ils n'ont pas le droit de mentir ni de représenter une partie alors qu'ils défendent déjà son opposant. La relation entre l'avocat et son mandant est protégée par la Constitution.

L'indépendance des avocats est une règle fondamentale, entérinée par la loi nationale et les standards internationaux⁷. La profession est exercée en principe de façon indépendante.

Néanmoins, elle peut aussi être exercée à titre salarié, en tant que *Syndikus* (juristes d'entreprise) au sein d'une entreprise (cf. *infra*, D, 1°). En 2018, sur les 165 824 membres des chambres des avocats en Allemagne, environ 15 000 sont employés en tant que *Syndicus*⁸.

2. Notaires

Ils sont environ 7000⁹. La profession est régie par le décret fédéral sur la profession des notaires (*BNotO*), initialement du 13 février 1937 et refondu par un décret du 24 fév. 1961¹⁰.

Mission. Le notaire un professionnel indépendant chargé d'une fonction publique pour la rédaction d'actes authentiques (§1 *BNotO*).

Formation et accès à la profession. La profession est exercée sous deux formes, soit en tant que « notaire uniquement », soit en tant qu' « avocat-notaire » (cf. *supra*). Les avocats-notaires sont issus de l'ancien système Prusse, le système des notaires uniquement vient de l'influence napoléonienne. Les avocats-notaires ne peuvent accéder à la profession que s'ils sont qualifiés au titre de juge (formation universitaire en tant que *Volljuriste*, juriste qualifié). Il leur faut être admis au barreau depuis au moins cinq ans et avoir exercé la profession d'avocat au moins trois ans sans interruption. L'accès à la profession n'est pas libre, il dépend des

⁷ cf. Recommandation du conseil de l'Europe en vue de l'exercice libre de la profession d'avocat, https://www.asianajaliitto.fi/files/19/R2000-21_Freedom_of_exercise_of_the_profession_of_lawyer.pdf

⁸ Cf. statistiques au 1er janvier 2018 de la Chambre fédérale des avocats, https://www.brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/statistiken/2018/mg_klein_2018_neu.pdf

⁹ Cf. publication de la Chambre fédérale des notaires: <https://www.bnotk.de/Notar/Statistik/index.php>.

¹⁰ Bundesnotarordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch 4 des Gesetzes vom 30. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist, <https://www.gesetze-im-internet.de/bnoto/BNotO.pdf>

besoins du Land concerné (§4 BNotO). L'office est à vie, mais il prend fin au dernier mois de la 70^e anniversaire du notaire. Il s'agit d'un titre protégé par la loi.

Exercice de la profession. La profession de notaire s'exerce de façon indépendante, sous la surveillance de l'Etat par l'intermédiaire des juridictions locales. Elle est incompatible avec l'exercice salarié en tant que *Syndikus*¹¹.

B. LES CONSEILS JURIDIQUES SPECIALISES : PROPRIETE INDUSTRIELLE, EXPERTISE FISCALE ET COMPTABLE

Il existe plusieurs professions réglementées, spécialisées dans un domaine juridique : les avocats-conseils en propriété industrielle (*Patentanwalt*), les conseillers fiscaux (*Steuerberater*), les experts-comptables (*Wirtschaftsprüfer*).

1. Conseillers en propriété industrielle, *Patentanwalt*

Mission. Le conseiller en propriété industrielle représente les parties devant les administrations en charge de la propriété industrielle, tel l'Institut de la propriété industrielle, ainsi que devant les juridictions, en particulier les juridictions fédérales en propriété industrielle, par exemple lors des procédures de retrait ou de nullité des brevets. Ce droit de représentation est limité aux questions de propriété intellectuelle prévues au § 3 *Patentanwaltsordnung*, PAO¹².

Le conseiller en propriété industrielle s'occupe de l'obtention, du maintien et de la défense des brevets, des certificats complémentaires, des dessins et modèles, des protections topographiques, des marques etc.¹³

Exercice de la profession. La profession est libérale, régie par le décret sur les avocats-conseils en propriété industrielle de 1966 (PAO). Elle est organisée en chambre professionnelle¹⁴, ses intérêts sont défendus par une fédération professionnelle¹⁵. En 2013, ils sont environ 3600 à être enregistrés en tant que conseil européen en propriété industrielle¹⁶. La profession est compatible avec le statut de *Syndikus*.

Formation. Pour accéder à la formation, il faut justifier d'une formation technique, d'une formation juridique¹⁷ et de six mois de stage chez un conseil en propriété intellectuelle (§ 5 et

¹¹ BGH, Beschluß vom 14.7.2003, *NotZ 2/03* ; <https://lexetius.com/2003,1656>.

¹² Patentanwaltsordnung vom 7. September 1966 [Décret sur la profession d'avocat-conseil en propriété industrielle], 1966=09=07, <http://www.gesetze-im-internet.de/patanwo/PAO.pdf>

¹³ Pour une présentation générale : Die Tätigkeiten der Patentanwälte [les activités des avocats-conseils en propriété industrielle], https://www.patentanwalt.de/files/pak/pdf/pa/berufsbild/16_03_Mehr_zu_den_Taetigkeiten_der_PAs.pdf

¹⁴ Patentanwaltskammer [Chambre des avocats-conseils en propriété industrielle], <https://www.patentanwalt.de/de/>

¹⁵ Bundesverband Deutscher Patentanwälte [Fédération fédérale des avocats-conseils en propriété intellectuelle allemands], <https://www.bundesverband-patentanwaelte.de>.

¹⁶ <https://www.patent-pilot.com/en/industry-studies/industry-report-european-patent-attorneys-2013/distribution-across-countries/>

¹⁷ Théoriquement l'obtention du 1^{er} examen en droit suffit, mais en pratique, l'Université de Hagen offre une formation spécifique, en coopération avec la Chambre des avocats-conseillers en propriété industrielle qui est suivie par les candidats autorisés à se former, cf. <https://www.fernuni-hagen.de/kurthaertel/patent/index.shtml>

s. PAO). La formation n'est donc pas accessible en formation initiale. Le candidat doit en outre prouver un an d'expérience en matière technique avant de commencer sa formation en conseil et doit être autorisé à suivre la formation par la Chambre professionnelle. La formation dure trois ans, dont vingt-six mois en apprentissage en parallèle à une formation académique. L'examen peut ensuite être présenté (3 écrits, 1 oral).

2. Conseillers fiscaux, *Steuerberater*

La profession a été créée par un décret de décembre 1919, face à la prolifération des conseils en matière fiscale. Elle est soumise à la loi sur la profession de conseiller fiscal (*Steuerberatungsgesetz, StBerG*)¹⁸. Il existe une Fédération des conseillers fiscaux¹⁹.

Mission. Ils renseignent²⁰ sur toute question fiscale, représentent les clients devant les juridictions fiscales, conseillent les entreprises sur les questions financières. Notamment, ils produisent des conseils en optimisation fiscale, aident à l'établissement des comptabilités, des bilans annuels et des déclarations fiscales. Ils ne sont pas autorisés à produire des conseils juridiques dans d'autres domaines, sauf s'ils sont avocats par ailleurs. De même ils ne sont pas habilités à contrôler les comptes, sauf s'ils sont aussi contrôleurs des comptes.

Exercice de la profession et inter-professionnalité. La profession est réglementée et organisée en chambre²¹. Le titre est protégé par la loi. Ces membres sont soumis à une responsabilité professionnelle.

Selon les statistiques de l'année 2017²², il y a environ 86 000 conseillers fiscaux et près de 10 000 sociétés de conseil fiscal. Un peu plus de 20% d'entre eux ont une qualification professionnelle complémentaire. Ainsi, environ 10 000 sont aussi experts-comptables (*Steuerberater/Wirtschaftsprüfer*) et 479 sont avocats et experts-comptables. En 2017, 1197 portent le titre de spécialiste en droit fiscal international, auxquels s'ajoutent 21 conseillers spécialisés en matière douanière²³.

Les conseillers fiscaux ont une obligation d'indépendance et exercent traditionnellement de façon indépendante. Une loi du 11 avril 2008²⁴ leur a ouvert la possibilité d'être conseillers fiscaux salariés en entreprise privée (*Syndikus-Steuerberater*). Le § 58 ph. 2 n° 5 de cette loi²⁵ précise qu'ils ne peuvent l'être qu'à condition que l'exercice de leur profession reste indépendant et autonome. Ainsi le statut de conseiller fiscal salarié (*Syndikus-Steuerberater*)

¹⁸ <https://www.gesetze-im-internet.de/stberg/StBerG.pdf>

¹⁹ Deutscher Steuerberaterverband, <https://www.dstv.de>

²⁰ <https://www.bstbk.de/de/steuerberater/>

²¹ Bundessteuerberaterkammer [Chambre fédérale des conseillers fiscaux], <https://www.bstbk.de/de/index.html>

²² Steuerberater, Berufstatistik 2017 [Conseillers fiscaux, statistiques professionnelles 2017]: <https://www.bstbk.de/de/bstbk/berufstatistik/index.html>.

²³ Steuerberater, Berufstatistik 2017 [Conseillers fiscaux, statistiques professionnelles 2017]: <https://www.bstbk.de/de/bstbk/berufstatistik/index.html>.

²⁴ Steuerberatungsänderungsgesetz, entrée en vigueur le 12 avril 2008.

²⁵ « [ils peuvent être admis] en tant que salarié, s'ils prennent en charge les activités prévues au § 33 [missions du conseiller fiscal] dans le cadre de la relation de travail. 2. Ceci n'est pas applicable lorsqu'il est porté atteinte à l'obligation d'exercice indépendant et autonome. 3. Le conseiller fiscal ou le mandataire fiscal ne peut pas travailler de manière indépendante pour l'employeur qui l'emploie sur la base d'un contrat de travail permanent ou envers qui il met sa force de travail à disposition en permanence. 4. Lors de la prise de mandat, le conseiller ou le mandataire fiscal doit avertir le mandant de sa qualité de salarié. » (traduction de l'auteur).

est incompatible avec l'exercice d'une profession commerciale (ce qui de plus, est conforme au § 57 (4) de la même loi²⁶). L'admission à titre de *Syndikus*-conseiller fiscal est conditionnée par la production de plusieurs documents, dont une attestation de son employeur, son contrat de travail, la preuve de son assurance professionnelle²⁷.

Ils sont près de 6000²⁸ à avoir endossé cette qualité en 2017.

Formation. Le titre de conseiller fiscal exige la réussite à un examen (§ 35 et s. 1 StBerG). Les matières d'examen sont strictement réglementées par la loi (§ 37 StBerG). L'attestation de réussite doit être présentée à la chambre des conseillers fiscaux.

Cet examen est ouvert à ceux qui justifient d'un cursus supérieur en économie ou en droit et d'une expérience professionnelle de 2 à 3 ans. Le candidat peut aussi avoir une formation en commerce (*Kaufman*), et doit alors justifier d'une expérience de 10 ans, ou détenir un diplôme de comptable spécialisé dans les bilans financiers (*Bilanzbuchhalter*) ou avoir été reconnu "spécialiste en matière fiscale" (*Steuerfachwirt*) par la Chambre des conseillers fiscaux, cas où une expérience professionnelle de 7 ans est exigée.

3. Experts-comptables, *Wirtschaftsprüfer*

Ils sont 21 263 au 1^{er} janvier 2018²⁹.

Missions. Leur fonction est de vérifier les comptes, la bonne tenue des livres de comptes des sociétés, les bilans et les rapports obligatoires dans les groupes de sociétés (§2 al. 1, *Wirtschaftsprüferordnung*, *WiPrO*). Ainsi font partie de leurs missions la réalisation d'expertises ou d'attestations (§2 al. 3), le conseil et la représentation en matière fiscale (§2 al. 2).

Exercice de la profession. Il s'agit à la fois d'une profession libérale, indépendante et d'un office public. Il s'agit également d'une profession réglementée (décret sur la profession d'expert-comptable, *Wirtschaftsprüferordnung WiPrO*)³⁰, organisée en chambre³¹.

La chambre des experts comptables s'est posé la question de savoir si le statut de commissaire aux comptes salarié, *Syndikus-WP/vBP*, était souhaitable. Elle y a répondu favorablement et a fait une proposition en ce sens en janvier 2018. Le texte publié³² envisage les points sur lesquels le législateur devra porter son attention afin d'éviter les conflits d'intérêts et de conserver l'indépendance des commissaires aux comptes. Par exemple, elle propose que l'expert-comptable employé en entreprise ne puisse pas exécuter les missions qui

²⁶ FG Köln, Urteil vom 18.05.2011, 2K 1765/09 ; <https://openjur.de/u/448900.html>

²⁷ https://www.bstbk.de/de/steuerberater/syndikus_steuerberater/index.html

²⁸ Etaient 5596 en 2017 et sont passés à 5944 en 2018, *idem*.

²⁹ https://www.wpk.de/fileadmin/documents/WPK/Organisation/WPK-Statistiken_Januar_2018.pdf

³⁰ Elle a été unifiée avec celle de comptable assermenté (*vereidigte Buchprüfer*), profession qui a cessé d'exister au 1^{er} janvier 2005.

³¹ Cf. *Wirtschaftsprüferkammer*, <https://www.wpk.de>

³² Öffnung des Berufsbildes: Überlegungen des Vorstandes der WPK zur Einführung eines Syndikus-WP/vBP [Ouverture de la profession : réflexions de la direction de la chambre des experts-comptables sur l'introduction des syndic-experts-comptables], 2018=01=19, <https://www.wpk.de/neu-auf-wpkde/wpk/2018/sv/oeffnung-des-berufsbildes-ueberlegungen-des-vorstandes-der-wpk-zur-einfuehrung-eines-syndikus-wpvbp/>

nécessitent une indépendance telles que la certification des comptes ou la réalisation d'expertises. De même, il ne pourra pas effectuer de publicité pour son employeur³³.

C. LES PRESTATAIRES DE SERVICES JURIDIQUES

En dehors de ces professions, habilitées à produire des conseils juridiques, soit à titre général, soit à titre particulier, la loi allemande régit les prestations de services juridiques. Il faut cependant noter que, même si la loi présente le conseil juridique de manière générale, elle ne vise qu'un certain nombre de spécialités limitativement énumérées, son objectif étant de contrôler l'accès au conseil juridique des professions autres que celles déjà reconnues.

1. Évolution de la réglementation de la prestation de services juridiques

Jusqu'en 1935, le conseil juridique extra-judiciaire n'était pas réglementé et bénéficiait de la liberté professionnelle, garantie par le Code de commerce de 1869³⁴ au titre de la liberté du commerce.

Le 1^{er} décembre 1935 avait été adoptée la loi contre les abus dans le domaine du conseil juridique (*Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung*). Les travaux préparatoires affichaient l'objectif de lutter contre les conseils juridiques dispensés par des personnes non qualifiées, de garantir le bon exercice de la profession ainsi que d'enrayer la concurrence faite aux avocats. Mais l'objectif réel de la loi de 1933 était d'éviter que les Juifs, à qui l'accès à la profession d'avocat avait été interdit³⁵, ne puissent exercer de manière libre le conseil juridique. La loi soumettait l'exercice de la profession de conseil juridique à autorisation.

Le texte avait été refondu par une loi du 1er janvier 1964 qui a régi le conseil juridique jusqu'en 2008. Elle permettait à certaines personnes, outre que celles déjà légalement autorisées, d'intervenir en matière juridique à condition d'avoir obtenu une autorisation administrative. Les personnes autorisées étaient appelées assistants juridiques (*Rechtsbeistand*). Les autorisations administratives étaient de deux types. Une autorisation totale permettait d'intervenir dans tous les domaines (sauf en matière fiscale - réservée aux conseillers fiscaux et en matière de brevet - réservée aux conseils en propriété industrielle), de s'inscrire à un barreau et de devenir assistant juridique inscrit au barreau (*Rechtskammerbeistand*). Une autorisation partielle pouvait porter sur certains domaines seulement comme le droit civil, le droit commercial et des sociétés, etc. Plusieurs spécialités sont ainsi nées : les conseillers en droit social (*Rentenberater*), les sociétés de recouvrement

³³ Les points mentionnés sont : ne pas donner d'avis ou effectuer de vérification qui laisse à penser que l'auteur serait indépendant. En conséquence, prévoir l'impossibilité de vérifier les comptes et produire des expertises (pt n° 1). En revanche, les vérifications en interne, en tant que prestation d'appui à l'activité de l'entreprise seraient possibles ; l'interdiction d'activité commerciale pour l'employeur (pt. n° 2) ; la détention de parts sociales de son employeur dans la limite de 5% (point n° 5) ; port du titre de *Syndikus*, accolé à son titre professionnel etc.

³⁴ *Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869* [Décret sur le commerce pour la Confédération de l'Allemagne du Nord du 21 juin 1869], 1869,

https://de.wikisource.org/wiki/Gewerbeordnung_für_den_Norddeutschen_Bund

³⁵ *Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft* [Loi sur l'accréditation des avocats] vom 7. April 1933, <http://www.landesarchiv-bw.de/paesmodelle/fricke3/d1.htm#gesamttextn>

de créance (*Inkassounternehmer*) et les conseils juridiques dans un droit étranger (*Rechtskundige in einem ausländischen Recht*).

Cette loi a été fortement critiquée, en tant que loi de protection économique de la profession d'avocat. L'absence de définition de la notion de « conseil juridique », *Rechtsberatung*, rendait la distinction entre avocats et non-avocats très difficile, en particulier pour le conseil en matière de recouvrement de créances. Elle était par ailleurs un vecteur du protectionnisme à l'encontre des juristes de l'UE qui pouvaient être conseils juridiques sans autorisation et elle violait le principe de liberté d'établissement de l'UE.

Par une loi du 18 août 1980³⁶, la profession de conseil juridique à titre général (*voll-Rechtsbeistand*) a disparu, sans qu'il ne soit porté atteinte aux statuts acquis³⁷. Les nouvelles autorisations ne pouvaient plus concerner que certains domaines limitativement énumérés. A partir de 1980, les assistants juridiques, *Rechtsbeistand*, qui étaient des conseils juridiques bénéficiant d'une autorisation administrative leur permettant de produire des conseils juridiques, en application de la loi sur le conseil juridique de 1935 (*BerG*), ont pu continuer à exercer, mais leur titre a cessé d'être délivré. A ce jour, ils sont encore 259 professionnels en exercice. Les agents de procédure, *Prozessagenten*, sont une catégorie particulière de *Rechtsbeistand* qui avait en outre l'autorisation d'effectuer des actes de procédure oraux devant les juridictions (*mundliche Verhandlung*). Ce titre a aussi cessé d'être délivré depuis 1980.

2. La loi de 2008 sur la prestation de services juridiques

La loi de 1980 a été abrogée à son tour et remplacée par une loi de 2008 sur la prestation de services juridiques (*Rechtsdienstleistungsgesetz - RDG*)³⁸. La notion de conseil juridique, *Rechtsberatung*, a évolué. Désormais, la *RDG* parle de « prestation de services juridiques » *Rechtsdienstleistungs*, qu'elle définit (§2 *RDG*), ce qui permet de distinguer les activités réglementées réservées aux juristes qualifiés et aux conseils juridiques de celles qui peuvent être exercées librement.

La nouvelle loi soumet les prestataires de services juridiques à l'inscription à un registre et prohibe l'exercice indépendant de la profession en dehors de son cadre. Son objectif est de protéger ceux qui ont besoin de conseil juridique et de préserver le commerce juridique et l'ordre juridique contre les prestations juridiques non qualifiées (§ 1 al. 1). La loi est critiquée par les juristes d'affaires qui la considèrent trop restrictive. Elle fait également objet de critiques de la part des avocats qui déplorent la dégradation de la qualité du conseil juridique pouvant désormais être dispensé par des non-juristes (voyez ci-dessous, Les prestations juridiques à titre accessoire).

³⁶ BGBl. I S. 1503,

https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB1&jumpTo=bgb1180s1503.pdf#__bgb1__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1180s1503.pdf%27%5D__1529850065589

³⁷ Les assistants juridiques, *Rechtsbeistand* inscrits au barreau sont 259 en 2018³⁷.

³⁸ *Rechtsdienstleistungsgesetz* [Loi sur les prestations de services juridiques], 2007=12=12, <https://www.gesetze-im-internet.de/rdg/RDG.pdf>

Au sens de la loi (*RDG*, § 2 Notion de prestation juridique), une prestation juridique est toute activité concernant les affaires de tiers, dans la mesure où elle nécessite une analyse juridique de la situation.

Il résulte de l'interprétation *a contrario* des dispositions légales qu'une série d'activités liées à la pratique du droit peuvent être librement exercées, par quiconque :

- la rédaction d'avis juridique ;
- les activités de conciliation, médiation et arbitrage.

La *RDG* autorise les prestations de services juridiques dans trois situations : à titre gratuit, en tant qu'activité secondaire liée à une profession principale ou en vertu d'une autorisation pour trois domaines de spécialité, à savoir le droit social, le recouvrement de créances, le conseil en droits étrangers.

a) Prestations juridiques gratuites

Premièrement, le conseil juridique gratuit est autorisé dans le cadre de liens familiaux, de relations de voisinage ou de liens proches, sous la direction d'un juriste diplômé. Le conseil juridique par des étudiants en droit, y compris dans le cadre de programmes de services d'aide juridiques prodigués gratuitement par des étudiants en droit, *legal clinics*, est permis (§ 6, *RDG*).

b) Prestations juridiques à titre accessoire

Deuxièmement, les prestations juridiques sont également autorisées à l'occasion de l'exercice d'une autre profession (§ 5, *RDG*). Par exemple, le conseil en matière de redressement ou de liquidation des entreprises peut être délivré par les gestionnaires diplômés (*Sanierungs- oder Insolvenzberatung durch Diplom-Betriebswirte*) ; le conseil sur les questions de droit de la construction ou de responsabilité des vices, par les architectes ; le conseil en matière de gestion successorale des patrimoines des particuliers ou des entreprises, par les banques. Ces dispositions sont à même de conduire au développement du conseil juridique à titre annexe à une profession principale.

c) Prestations juridiques soumises à enregistrement

La loi de 2008 (*RDG*, 3^e partie) autorise l'activité des prestataires juridiques, *Rechtsdienstleister*, soumis à enregistrement, dans trois domaines de spécialité : conseil en droit social, conseil en matière de recouvrement de créance et conseil en droit étranger (§10 *RDG*).

Bien qu'il s'agisse de trois professions distinctes, l'accès et l'exercice de ces professions sont régis par des règles communes. Nous les exposons ci-dessous, tout en détaillant le statut des conseils en droit social.

Accès à la profession. Leur autorisation d'exercice (§ 10 al. 1, 1^o *RDG*) est soumise à la condition d'inscription à un registre tenu par le président du tribunal compétent³⁹ (§ 13 *RDG*). Le candidat doit apporter la preuve de son aptitude personnelle et de sa fiabilité, de sa

³⁹ Il varie selon les Länder, par ex. l'*Oberlandesgericht* est compétent pour Düsseldorf, Hamm et Cologne.

formation professionnelle tant théorique que pratique (§12 (1) ph. 2 RDG)⁴⁰, dans une discipline prévue au § 10 al. 1er RDG : recouvrement de créance, droit social, droit étranger. Il doit justifier d'une expérience professionnelle suffisante et avoir souscrit une assurance de responsabilité professionnelle.

Exercice de la profession. Le prestataire juridique peut exercer sa profession à titre indépendant⁴¹. Dans ce cas, en tant que mandataire, il représente son mandant en dehors des juridictions et devant les juridictions où la représentation par avocat n'est pas obligatoire, lors des procédures relatives à leur spécialité. Pour le reste, l'exercice de la profession est soumis au droit des avocats : les prestations juridiques sont délivrées en vertu d'un mandat ou contrat de gestion d'affaires, *Geschäftsbesorgungsvertrag* et les honoraires sont soumis à la loi sur la rémunération des avocats, *Rechtsanwaltsvergütungsgesetz*⁴².

Conseiller juridique en matière sociale, *Rentenberater*. Ces conseillers, au nombre de 350 à ce jour, sont organisés en fédération⁴³.

Ils donnent des conseils juridiques en matière de droit social, de sécurité sociale, de protection sociale, pour les salariés et les travailleurs indépendants. Leur domaine de compétence est celui des pensions de retraite et, par extension, celui de la sécurité sociale et des assurances sociales et notamment de l'« assurance légale d'accident » (*gesetzliche Unfallversicherung, GUV*), ce qui recouvre l'assurance contre les accidents du travail, les maladies professionnelles, les risques professionnels pour la santé, l'assurance dépendance, l'assurance-dommages sociaux, les droits des handicapés lourds, la sécurité sociale des travailleurs indépendants ou des salariés du public, chacun de ces domaines étant régi par une loi spéciale.

Ils bénéficient du droit de représenter leur mandant devant les juridictions compétentes de leur domaine : les procédures devant les tribunaux de 1^{re} instance en matière de sécurité sociale (*Sozialgericht*), les juridictions d'appel de la sécurité sociale (*Landessozialgericht*), les tribunaux administratifs, les tribunaux de 1^{re} instance en matière de droit du travail (*Arbeitsgericht*), les juridictions familiales (*Familiengericht*) et les tribunaux d'instance (*Amtsgericht*).

Lorsqu'il est inscrit à un barreau, le conseiller juridique en matière sociale prend le nom de *Kammerrechtsbeistand*, « conseil juridique inscrit au barreau »⁴⁴. Son statut est alors similaire à celui de l'avocat.

⁴⁰ Cf. le portail du registre : <http://www.rechtsdienstleistungsregister.de>

⁴¹ Il peut être salarié. C'est notamment les conseillers en matière sociale qui le sont. La loi est restée silencieuse sur la question, un prof a attiré l'attention sur ce point, mais il n'a pas eu d'écho, dans la mesure de mes recherches, Christian Wolf, http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/16_wp/rechtsberatung/Stellungnahme_Wolf.pdf

⁴² *Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz* [Loi sur la rémunération des avocates et avocats : loi sur la rémunération des avocats], du 5.05.2004, BGBl. I S. 718, 788.

⁴³ *Bundesverband der Rentenberater*, <https://www.rentenberater.de/index.php>

⁴⁴ § 2, *Einführungsgesetz zur Rechtsdienstleistungsgesetz* (Loi d'introduction à la loi sur les prestations en matière juridique)

D. LES JURISTES D'ENTREPRISE

La notion de juriste d'entreprise, *Unternehmensjuristen*, recouvre des professionnels dont le point commun est de travailler dans une entreprise, sur des questions juridiques. Les juristes d'entreprise sont représentés par une fédération professionnelle⁴⁵ dont l'objet est de contribuer à une meilleure reconnaissance de la profession. Alors qu'il n'existe pas de statistique à leur sujet, certains auteurs évaluent leur nombre à 50 000⁴⁶.

Cette catégorie recouvre en réalité deux types de professionnels : les syndics en entreprise *Syndikus* qui ont vu leur statut consacré en 2016 et les *Justiziar*, dont l'appellation vient de la pratique, aucun texte ne réglementant leur profession.

1. Les « avocats-syndics » en entreprise, *Syndikus*

Les syndics en entreprise sont avant tout des avocats-syndics, *Syndikusanwalt* ou *Syndikusrechtsanwalt*. Les avocats en entreprise sont reconnus en Allemagne depuis plus de 20 ans⁴⁷. La loi sur la réorganisation du statut des avocats-syndics, du 30 décembre 2015, dite loi sur les syndics, *Syndikusgesetz*⁴⁸, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 et se trouve en période probatoire jusqu'au 31 décembre 2018. Elle a inséré la réglementation du statut des *Syndikus* dans le décret sur la profession d'avocat, aux § 46 à 46c.

L'avocat-syndic est un avocat qui exerce sa profession contre une rétribution régulière, en tant que conseil juridique permanent dans une entreprise⁴⁹.

Le syndic en entreprise peut aussi être un professeur de droit⁵⁰.

Ce qui caractérise sa position est d'être salarié d'une société. D'une part, cette société n'est pas soumise elle-même aux règles relatives au statut des avocats ni en conséquence aux mêmes obligations professionnelles. D'autre part, la qualité de salarié implique des particularités sur les plans économique et du droit du travail et donc des différences avec les conditions habituelles de travail des avocats non-salariés, fondées sur le contrat de mandat.

Dans un premier temps, la Cour fédérale de justice, le barreau et la Cour sociale fédérale avaient refusé d'admettre l'unité de la profession en se fondant sur la théorie de la « double profession », *Doppelberufstheorie*⁵¹, selon laquelle la fonction de syndic en entreprise et celle d'avocat étaient distinctes. Ceci conduisait à des conditions d'exercice distinctes pour chacune, en particulier ceci conduisait à une double cotisation à la retraite, au titre de chacune des professions. Cette théorie a été accueillie par la Cour de justice européenne dans l'arrêt

⁴⁵ Bundesverband für Unternehmensjuristen [Fédération nationale des juristes d'entreprise] <https://buj-web.de>

⁴⁶ Perspektiven für Juristen. Berufsbilder, Bewerbung, Karrierewege und Expertentipps zum Einstieg [Perspectives pour les juristes. Profession, candidature, carrière et conseils d'expert pour accéder à la profession], e-fellow.net Wissen, 2018.

⁴⁷ Reufels, Martin, "Interview", Unternehmensjurist, 2014, Ausgabe 5/2014, 76.

⁴⁸ Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte, 30 Dezember 2015 [Loi sur la réorganisation du droit des avocats-syndics du 30 décembre 2015], http://www.bmjv.de/shareddocs/gesetzgebungsverfahren/de/neuordnung_syndikusanwaelterecht.html

⁴⁹ Cf. dictionnaire Creifelds.

⁵⁰ Ex. Prof Dr Cord Meyer Syndikus pour le droit du travail auprès du Deutschen Bahn AG

⁵¹ Maas Hieko, "Interview", Unternehmensjurist, 2014, Ausgabe 5/2014, S. 74.

Akzo⁵² et elle avait été reprise par un avis de la Cour fédérale en 2011⁵³. La situation était vivement critiquée et elle a conduit à la réforme de 2016.

Désormais, en raison de la loi de 2016, les syndicats d'entreprises peuvent être admis au barreau et environ 16 000 *Syndikus* l'ont été, 90% des demandes formulées ayant été acceptées⁵⁴. L'orientation générale de la réforme est dans le sens d'une assimilation des syndicats d'entreprise aux avocats. Les deux professions souhaitaient ce rapprochement. Les jeunes avocats y trouvent l'avantage de pouvoir plus facilement passer d'un emploi dans un cabinet à un emploi dans une société⁵⁵. Les deux professions accueillent à bras ouverts la réforme et notamment la fin de cette époque où il fallait répondre aux doubles exigences de deux statuts cumulés.

Exercice de la profession. Le législateur permet désormais leur admission au barreau au même titre que les avocats.

BRAO, § 46c. Dispositions spécifiques pour les Syndikusrechtsanwälte.

al. 1. Ils sont soumis aux dispositions applicables aux avocats, dans la mesure la loi n'en dispose pas autrement.

al. 2. Ils n'ont pas le droit de représenter leur entreprise devant les juridictions où la représentation par avocat est obligatoire.

En conséquence, ils bénéficient désormais du droit au silence de l'avocat et ils sont soumis au secret professionnel, sous certaines limites (cf. *infra* II).

La nécessaire indépendance de l'avocat plaçant fait que les *Syndikus* ne peuvent toujours pas représenter leur employeur devant les juridictions civiles, tout de moins pas dans le cadre de leur contrat de travail. Ils ne peuvent pas non plus le représenter devant une juridiction pénale.

2. Les *Justiziar*

Justiziar ou *Justitiar* est la désignation courante d'un juriste salarié, généralement moins qualifié⁵⁶. Une partie importante de ces professionnels est constituée par les « juristes d'affaires » *Wirtschaftsjuristen*. L'une des caractéristiques qui les distinguent des juristes qualifiés est qu'ils ne sont pas soumis au secret professionnel tel que prévu par la loi (cf. *infra* II).

Son employeur peut être indifféremment un établissement public, une association ou une société commerciale. Les juristes d'affaires sont représentés par une Fédération nationale des juristes d'affaires, *Bundesverband der Wirtschaftsjuristen (WJFH)*⁵⁷.

⁵² CJUE, Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c. Commission, du 14 septembre 2010, C-550/07 P.

⁵³ BGH, Beschluss vom 7. Februar 2011, 2011=02=07, - AnwZ (B) 20/10; openJur 2012, 405 = <https://openjur.de/u/267280.html>

⁵⁴ Käßmann, Götz [BUJ Präsident], "Die Evaluierung des Syndikus- gesetzes und die DSGVO sind die zentralen Themen", Unternehmensjurist, 2018, Januar/Februar, S. 80

⁵⁵ Maas, op. cit.

⁵⁶ Creifelds, 21^e éd., 2014.

⁵⁷ <https://www.wjfh.de>

Mission. Sa mission consiste à réaliser tout type de tâche en lien avec le droit, dans la mesure où celle-ci n'est pas réservée par la loi à certaines professions (cf. *supra*, la loi sur les prestations juridiques). Il établit des avis juridiques, *Rechtsgutachten*. Il conseille la direction pour prévenir les litiges et la représente en cas de litige avec un tiers. Il peut représenter l'entreprise devant les juridictions où la représentation par un avocat n'est pas obligatoire

Formation. Plusieurs formations peuvent conduire à cette profession : le 1^{er} examen en droit obtenu à l'Université, un *Bachelor of law* ou un *Master of law* obtenu auprès des écoles pratiques (FH), à titre de formation initiale ou de formation continue. Ces diplômes peuvent être obtenus dans un grand nombre de spécialités juridiques, en particulier en droit des affaires (*Wirtschaftsjurist*), mais aussi en droit social, fiscal, pénal, public, etc.⁵⁸.

Exercice de la profession. A la différence d'un juriste qualifié, *Volljurist*, le fait de ne pas détenir de 2^e examen d'Etat leur interdit de pratiquer de manière indépendante et autonome le conseil juridique, notamment en tant que professionnel libéral. Ils peuvent toutefois réaliser des « travaux/notes juridiques », *Rechtsarbeit*. Ils peuvent aussi représenter leurs employeurs devant les juridictions qui n'exigent pas de représentation par avocat : tribunaux de première instance (*Amtsgericht*, § 79 al. 2, ph. 2 et 3 ZPO) ; tribunaux administratifs de première instance (§ 67 al 2 et 3 VwGO) ; tribunaux de droit du travail (§ 11 al. 2 ph 2 et 3 ArbGG), tribunaux de la sécurité sociale (§ 73 al. 2 et 3 SGG) et tribunaux fiscaux (§ 62 al 2 et 3 FGO). Ces dispositions permettent aux personnes morales de droit public, aux administrations, aux entreprises, de se faire représenter devant ces juridictions, par leur *Justiziar*, sur la base d'une procuration.

Les *Justiziar* cherchent à obtenir une plus grande liberté d'exercice.

Ils ont élevé une question constitutionnelle (*Verfassungsbeschwerde*) pour demander l'ouverture partielle du marché pour le conseil juridique, laquelle a été rejetée et soumise à la CEDH. Cette question n'a pas encore été soumise à la Cour fédérale. Les faits sont rapportés sur le site de la fédération. Un membre de la fédération avait décidé d'offrir ses services aux petites entreprises. Il agissait comme une sorte de service juridique externalisé, doublé même d'un service de secrétariat quotidien. Il s'occupait des procédures de relance, de la rédaction des contrats, du licenciement de salariés, à des prix abordables pour les petits commerçants, bien plus avantageux que les honoraires d'avocat. Il a fait de la publicité pour ses prestations juridiques et fiscales, en direction des sociétés de transport. L'avocat d'une grande société l'a mis en demeure de cesser ces activités, l'avertissant de la violation de la loi sur les prestations de services juridiques, en lui reprochant d'offrir des prestations juridiques anticoncurrentielles. Un avocat de la fédération s'est chargé de l'affaire pour tenter une conciliation qui a échoué. L'affaire a été portée devant la cour régionale. Pour la première fois, la fédération des juristes d'affaires représente un de ses membres dans un procès où il est question de l'interdiction faite aux juristes d'affaires d'exercer leur profession de manière indépendante⁵⁹.

⁵⁸ <https://www.studieren-studium.com/studium/studieren/Rechtswissenschaften-Deutschland>

⁵⁹ <https://www.wjfh.de/wir-ueber-uns-uebersicht/verfassungsbeschwerde/167-unterlassungsklage-wegen-unerlaubter-rechtsberatung.html>

II. LE SECRET PROFESSIONNEL

En droit allemand, le secret professionnel est appelé obligation de secret, *Geheimpflicht*, ou obligation de silence, *Schweigepflicht*.

Les professionnels du droit y sont soumis. L'appareil juridique est très vaste, car le secret professionnel est prévu par le code pénal (§ 203) et par chaque loi professionnelle : loi sur la profession d'avocat (§ 43), loi sur la profession de notaire (§ 18), loi sur la profession d'avocat-conseil en propriété industrielle [§ 39 a (2)], loi sur les conseillers fiscaux (§ 62), décret sur la profession d'expert-comptable (§ 50).

Les juristes d'entreprise, *Justiziar*, dont le statut est issu de la pratique, ne sont pas concernés. Cela n'empêche bien entendu pas qu'une clause de leur contrat de travail leur impose une obligation de confidentialité.

Nous nous intéresserons plus particulièrement au secret professionnel de l'avocat et des avocats-syndics.

C'est à la fois un devoir et un droit, les deux aspects étant indissociables. Le droit au secret professionnel se décline en un droit au refus de témoigner (*Zeugnisverweigerungsrecht*) et un droit au refus de communication des documents (*Beschlagnahmefreiheit*).

Insérées dans une section prévoyant la violation de la sphère secrète et privée [*Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereich*], les dispositions du § 203 du code pénal, très générales, prévoient que toutes les personnes appartenant aux professions énumérées et soumises à une obligation de secret sont passibles, en cas de violation de celui-ci, d'une peine d'amende ou d'une peine de prison pouvant aller jusqu'à un an. Les professions juridiques concernées sont énumérées limitativement⁶⁰.

A. L'OBLIGATION AU SECRET POUR LES AVOCATS

1. Les principes

Le secret professionnel de l'avocat⁶¹ est considéré comme le fondement de la confiance du client envers le professionnel, cette obligation ainsi que celle de ne pas défendre des intérêts contradictoires (par exemple, les intérêts respectifs de deux contradicteurs à une procédure), sont les deux principes fondamentaux de la profession d'avocat.

Les lois professionnelles sont plus précises. Ainsi la loi sur la profession d'avocat prévoit (§ 43a al. 2 BRAO) : "*l'avocat est soumis à une obligation de secret. Cette obligation porte sur*

⁶⁰ Avocat, conseil juridique admis à la Cour, avocat-conseil en propriété industrielle, notaire, défenseur d'une partie à un procès, commissaire aux comptes, comptable assermenté, conseiller fiscal, mandataire fiscal ou organe ou membre d'un organe d'une société d'avocats, d'avocats-conseils en propriété industrielle, de commissaires aux comptes, de conseillers fiscaux (« *Rechtsanwalt, Kammerrechtsbeistand, Patentanwalt, Notar, Verteidiger in einem gesetzlich geordneten Verfahren, Wirtschaftsprüfer, vereidigtem Buchprüfer, Steuerberater, Steuerbevollmächtigten oder Organ oder Mitglied eines Organs einer Rechtsanwalts-, Patentanwalts-, Wirtschaftsprüfungs-, Buchprüfungs- oder Steuerberatungsgesellschaft* »).

⁶¹ Pour une présentation synthétique, voir le site de l'ordre des avocats de Munich : <https://rak-muenchen.de/rechtsanwaelte/berufsrecht/verschwiegenheitspflicht.html>, consulté le 4 juillet 2018.

toute chose qui vient à sa connaissance dans le cadre de sa profession. Ceci ne vaut pas pour les faits publics ou ceux qui n'ont pas besoin d'être protégés par le secret."⁶²

Le Code de déontologie des avocats reprend cette obligation (§2 BORA) :

« (1) L'avocat a un droit et une obligation de secret. Ceci continue de produire effet après la fin de son mandat.

(2) Il n'y a pas de violation de l'obligation de secret (§ 43a al. 2 BRAO) dans la mesure où la loi et le droit imposent ou autorisent une exception.

(3) Il n'y a pas de violation, dans la mesure où : (a) le fait reproché a été autorisé, (b) il est nécessaire à la protection d'intérêts légitimes, par ex. afin de formuler ou de rejeter une demande issue de son mandat ou pour une défense dans un affaire qui le concerne, ou (c) ceci a lieu dans le cadre du travail du cabinet d'avocat, y compris lors de la prise en charge par des tiers, si c'est conforme à un comportement généralement admis en société (Principe d'adéquation sociale).

(4) L'avocat doit soumettre ses employés au secret professionnel par écrit, même s'ils ne sont pas concernés par le mandat, mais travaillent pour lui de quelque façon que ce soit.

(5) L'al. 4 prévaut aussi à l'égard de toute personne au service de l'avocat et qui (a) a connaissance des faits protégés par le secret, ou (b) qui peut connaître ces faits occasionnellement. Si un avocat a recours aux services d'une entreprise, il doit imposer à celle-ci, ainsi qu'à ses employés, l'obligation de secret conformément à la phrase 1. Les obligations prévues aux phrases 1 et 2 ne sont pas applicables, dans la mesure où ces personnes sont soumises à une obligation légale de secret ou si une telle obligation ressort manifestement de la nature de la prestation.

(6) L'avocat, dans le cadre de son mandat, ne peut faire appel à des personnes ou des entreprises ou à toute autre prestataire, lorsqu'il a connaissance de certaines circonstances qui peuvent faire naître des doutes quant à la fiabilité de ces personnes relativement au respect de l'obligation de secret, doutes qui subsistent après vérification.

(7) Les dispositions du droit sur la protection des données visant à la protection des données personnelles restent inchangées. »

Les débiteurs de l'obligation au secret professionnel appartiennent donc à trois catégories: 1) l'avocat mandaté lui-même, 2) ses employés et les autres avocats du même cabinet⁶³, 3) les entreprises et prestataires auxquels il a recours. Les employés du cabinet doivent être soumis à cette obligation par écrit. L'extension du secret professionnel aux tiers dans la mesure où ils interfèrent dans les activités du cabinet est le fruit d'une réforme récente, les

⁶² § 43 a Abs. 2 BRAO Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit verpflichtet. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist. Dies gilt nicht für Tatsachen, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.

⁶³ Voyez aussi §59m al. 3 BRAO.

entreprises visées sont plus particulièrement celles qui opèrent dans le traitement de données digitales (cf. *infra*).

La protection est offerte par le droit professionnel (*Berufsrecht*) est plus étendue que celle offerte par le droit pénal. Ainsi l'obligation au secret telle que régie par la loi sur la profession d'avocat présentée ci-dessus couvre toutes les informations dont le professionnel a connaissance dans le cadre de ses missions, tandis que le droit pénal ne protège que les « secrets appartenant à autrui » [*fremden Geheimnissen*, cf. § 203 al. 1 n° 3 C. pénal].

Selon la jurisprudence de la Cour fédérale, le mandant est le maître du secret⁶⁴, en principe lui seul peut le lever. A défaut, le secret ne peut être levé que par le juge, selon son appréciation souveraine, en cas de circonstances exceptionnelles, pour des raisons de sauvegarde d'intérêt général ou par la loi qui prévoit dans certains cas une obligation de dénonciation (par ex. au § 138 StGB - Code pénal, pour haute trahison, production de fausse monnaie etc.)

La sanction de la violation du secret professionnel est une amende ou une peine privative de liberté jusqu'à un an.

L'obligation au secret n'existe pas à l'égard des informations qui doivent être nécessairement être transmises à des tiers pour le fonctionnement de l'activité du professionnel ; la loi impose à ces tiers l'obligation de secret professionnel.

L'obligation au secret persiste après la fin du mandat.

2. Le contenu

a) Le droit de refuser de témoigner, Zeugnisverweigerungsrecht

L'obligation de secret a pour corolaire le droit de refuser de témoigner (*Zeugnisverweigerungsrecht*) qui est prévu tant en matière pénale que civile (§52 s. StPO - Code de procédure pénale et §§ 383 s. ZPO - Code de procédure civile).

Selon la Cour constitutionnelle, le droit de refuser de témoigner constitue le fondement d'une relation de confiance hautement personnelle qui ne tolère aucune violation⁶⁵. Le but de la règle est la protection des témoins, contre les situations où entrent en conflit la loyauté à l'égard de soi-même ou de tiers et l'obligation de dire la vérité. Ceci vaut en particulier dans les situations où une personne doit témoigner à charge contre soi-même ou un proche, dès lors que cela rend probable une lourde poursuite pénale à son encontre ou à l'encontre de ce proche⁶⁶.

Le § 53 (1) StPO concerne spécifiquement les professionnels et stipule :

« §53. *Droit de refuser de témoigner des personnes soumises au secret professionnel.*

(1) *Ont encore le droit de refuser de témoigner :*

⁶⁴ BGH, Urteil vom 30. 11. 1989, III ZR 112/88, BGHZ 109, 260.

⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 19.7. 1972, 2 BvL 7/71, NJW 1972, 2215.

⁶⁶ wikipedia.de: Zeugnisverweigerungsrecht

1. (...)

2. *Le défenseur de l'accusé, à l'égard de ce qui lui est confié, ou de ce dont il a eu connaissance en cette qualité ;*

3. *Les avocats et les conseillers juridiques admis au barreau, les avocats-conseillers en propriété industrielle, les notaires, experts comptables, comptables assermentés, les conseillers fiscaux et mandataires fiscaux, (...) à l'égard de ce qui leur a été confié ou ce dont ils ont eu connaissance en cette qualité ; ceci ne vaut pas pour les avocats-syndics d'entreprise (...) ni pour les avocats-conseils en propriété industrielle-syndics (...) »*

L'énumération du § 53 StPO est exhaustive et limitative.

Le § 53 (2) prévoit deux séries d'exceptions. Il n'est pas permis de refuser de témoigner lorsque le secret a été levée par son bénéficiaire (le droit au refus de témoigner est lié au droit au secret), ni lorsque les éléments en question tombent sous le champ d'une obligation légale de dénonciation d'infractions pénales graves : haute trahison, crime sexuel, blanchiment et détournement d'argent.

Le code de procédure civile prévoit sous le titre « Droit de refuser de témoigner pour des raisons personnelles », § 383 (1) 6 : *« ont le droit de refuser de témoigner (...) les personnes qui, en raison de leur fonction, de leur position ou de leur profession, se voient confier des éléments dont le secret s'impose en raison de leur nature ou par disposition de la loi, à l'égard des faits envers lesquels ils une obligation de secret »*.

Le droit de refuser de témoigner ne concerne que les faits strictement liés à l'activité du professionnel⁶⁷. Il est strictement personnel et ne concerne pas les personnes morales⁶⁸ car une relation de confiance ne peut être que personnelle. En conséquence, un avocat ne peut se prévaloir de son droit au refus de témoigner dans une situation où il est appelé en tant que témoin pour une affaire de non-paiement d'honoraires, par un tiers, à son employeur⁶⁹.

Le droit de refuser de témoigner peut être invoqué à l'encontre de toute mesure d'investigation et tout au long de l'instance.

b) Le droit d'être protégé contre la saisie des documents

Le second corolaire de l'obligation de secret est la protection contre la saisie des documents, *Beschlagnahmefreiheit*⁷⁰ (litt. « liberté à l'égard de la saisie ») et aussi appelée *Beschlagnahmeverbot* (litt. « interdiction de saisie »).

Le § 160s al. 1 StPO dispose :

« Est illicite toute mesure d'enquête qui s'exerce à l'encontre d'une des personnes énoncées au § 53 al. 1er, ph.2 n° 1, 2 ou 4, un avocat, une personne appartenant à un barreau

⁶⁷ BVerfG, Beschluss vom 19.7. 1972, 2 BvL7/71, NJW 1972, 2215.

⁶⁸ Peemöller, Volker, "Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 53 StPO für freie Berufe - aber nicht für Mitarbeiter genossenschaftlicher Prüfungsverbände? [Un droit au refus de témoigner du § 53 StPO pour les professions libérales, mais pas pour les employés des établissements de contrôle ?]", BB- Betriebsberater, 2001, s. 2415 ff.

⁶⁹ BVerfG, Beschluss vom 17.03.2008, 1 BvR 3069/06; openJur 2013, 25743 ; openJur 2013, 25743 <https://openjur.de/u/628497.html>.

⁷⁰ <https://www.rechtslupe.de/strafrecht/beschlagnahmefreiheit-von-rechtsanwaltsunterlagen-344445>

en application du § 206 de l'ordonnance fédérale relative aux avocats ou un conseil admis à la cour, de même qu'un témoignage sous serment dès lors que ceux-ci pourraient vraisemblablement apporter des connaissances à l'égard desquelles cette personne a le droit de refuser de témoigner ».

Les bénéficiaires sont les personnes dont l'activité est protégée par le secret professionnel et celles qui bénéficient du droit de refuser de témoigner (§ 97 StPO).

Nous retrouvons dans cette matière la même exception relative aux situations où il existe un important soupçon de participation à certaines infractions, sous réserve du respect des droits de l'homme (§ 97 StPO), afin d'éviter l'abus du droit de refuser de témoigner⁷¹.

B. L'OBLIGATION AU SECRET POUR LES TIERS EN RELATION AVEC L'AVOCAT

Le domaine d'application de la loi vient d'être réformé par la loi du 30 octobre 2017, loi portant une nouvelle réglementation de la protection des secrets lors de la participation de tiers à l'activité de personnes tenues par une obligation de secret⁷².

Son objet est d'aménager la responsabilité pénale pour violation du secret professionnel de l'avocat, à l'égard des prestataires extérieurs ayant accès aux informations couvertes par le secret. Avant la réforme, le §203 code pénal allemand ne concernait que les personnes appartenant aux cabinets d'avocats et les conseils juridiques inscrits au barreau. Or ces dernières années, la digitalisation impose de confier un grand nombre d'informations à des tiers, notamment des sociétés spécialisées, lesquelles sont ainsi chargées de l'organisation, la maîtrise, la conservation ou l'adaptation de documents informatisés. Les clauses de secret insérées dans les contrats avec les prestataires ne procuraient pas de protection suffisante et l'intervention du législateur était nécessaire afin d'imposer des règles uniformes à l'ensemble des professionnels liés à l'activité des avocats.

La loi nouvelle étend l'obligation de secret à l'égard de ces tiers, tout en limitant la responsabilité pénale de l'avocat à au regard des divulgations aux tiers avec qui il collabore, dans la mesure où cette divulgation est nécessaire à son activité.

En contrepartie, la loi prévoit, à peine de sanction pénale, des obligations de diligence de l'avocat à l'égard de tiers impliqués, notamment il a l'obligation de choisir ses partenaires avec précaution (§ 43e (2) StPO)⁷³.

⁷¹ Peemöller, Volker, "Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 53 StPO für freie Berufe - aber nicht für Mitarbeiter genossenschaftlicher Prüfungsverbände? [Le droit au refus de témoigner du § 53 StPO pour les professions libérales, mais pas pour les employés des établissements de contrôle ?]", BB- Betriebsberater, 2001, s. 2415 ff.

⁷² "Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen [Loi portant une nouvelle réglementation de la protection des secrets lors de la participation de tiers à l'activité de personnes tenues par une obligation de secret], 30 oct. 2017", BGBl., 2017, I, Nr 71, 3618, vom 8. 11. 2017.

⁷³ Cf. la présentation de la loi par le Ministère de la justice :

https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Neuregelung_Schutzes_von_Geheimnissen_bei_Mitwirkung_Dritter_an_der_Berufsausuebung_schweigepflichtiger_Personen.html

C. L'OBLIGATION AU SECRET POUR LES AVOCATS-SYNDICS

La loi sur les avocats-syndics (cf. *supra*) a aménagé le secret professionnel pour cette profession, en ce qu'ils sont une catégorie d'avocats spécifiques⁷⁴.

Le principe est que l'avocat-syndic est soumis au droit professionnel des avocats dans la mesure où la loi n'en dispose pas autrement (§ 46c BRAO). Il en résulte qu'il est soumis au secret professionnel, prévu aux §§ 43 a Abs. 2 BRAO, 2 BORA⁷⁵. Sa violation peut-être passible de sanctions pénales sous certaines conditions, cf. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

Toutefois, son droit de refuser de témoigner est limité à la matière civile. Il bénéficie ainsi du § 383 (1) al. 6 ZPO, de même il n'a pas à répondre aux injonctions judiciaires de production des documents (§ 142 al. 2 ZPO).

Cependant, il ne peut se prévaloir du § 53 al. 1 n° 3 du code de procédure pénale (StPO) dans la mesure où il n'est pas expressément mentionné par l'article dont l'énumération est d'interprétation stricte. Ceci est encore implicitement prévu au § 2 al. 2 du code de déontologie en ce qu'il prévoit que l'obligation au silence n'existe plus dans la mesure où la loi et le droit autorisent ou imposent une exception⁷⁶. De même il ne peut bénéficier de la protection contre la saisie de documents (§ 97 StPO), ni contre les mesures d'investigation (§ 160a StPO). La raison de cet aménagement vient de l'arrêt Akzo⁷⁷ et de la considération qu'une telle protection permettrait aux entreprises de soustraire d'importants éléments de preuve en cas de procédure d'enquête pénale⁷⁸.

III. LA REDACTION D'ACTES

Le droit allemand connaît la notion de *Urkunde*, pouvant être traduite par acte instrumenté ou acte au sens de *instrumentum*.

Le droit allemand distingue entre actes instrumentés privés (*Privaturkunde*) et actes instrumentés publics (*öffentliche Urkunde*).

⁷⁴ Offermann-Burckart, Suzanne, "Die neue Zulassung als Syndikusrechtsanwalt und ihre rechtlichen Folgen - 13 Fragen und Antworten zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte [L'admission au barreau en tant qu'avocat-syndic d'entreprise et ses conséquences juridiques - 13 questions et réponses sur la réforme du droit des avocats-syndics]", AnwBl, 2 / 2016, 125-136 ; https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/files/anwaltsblatt.de/Rubriken/Aufsaeetze/2016/02.16._Offermann-Burckart.pdf, spé. p. 133 et 131.

⁷⁵ Cf. *supra*.

⁷⁶ § 2 Abs. 2 BORA : "soweit Gesetz und Recht eine Ausnahme fordern oder zulassen".

⁷⁷ Cf. *Supra*.

⁷⁸ S. Offermann-Burkart, op. cit., p. 131.

A. L'ACTE INSTRUMENTE PRIVE

1. Définition

La « forme écrite » des actes (*Schriftform*), qui peut être rapprochée de l'acte sous signatures privées du droit français, implique d'instrumenter une déclaration ou un accord de volontés par écrit et de le signer⁷⁹.

La forme écrite est en principe prescrite par la loi, mais les parties peuvent aussi la choisir (*gewillkürte Form*). Son imposition est une exception au principe de liberté de la forme. Il est généralement enseigné que la forme écrite peut servir trois buts distincts : soit établir une preuve suffisante du moment de la conclusion de l'acte juridique ainsi que de son contenu (ce qui permet de distinguer la période contractuelle de la période précontractuelle), soit prémunir le contractant contre la conclusion hâtive d'un acte juridique, soit permettre certains contrôles administratifs.

Le § 126 BGB dispose :

(1) Lorsque la loi prévoit la forme écrite, l'acte doit être signé de la propre main de son rédacteur par apposition de sa signature nominale ou au moyen d'un paraphe authentifié par notaire.

(2) 1. Pour les contrats, les signatures des parties doivent figurer sur le même acte. 2. Si le contrat doit donner lieu à plusieurs actes juridiques au contenu identique, il suffit que chaque partie signe l'acte destiné à l'autre.

Il en résulte qu'il n'est pas nécessaire que l'ensemble du texte soit manuscrit.

En revanche, le document doit être doté d'une signature nominale manuscrite lisible ou d'une griffe authentifiée (*beglaubigte Handzeichen*).

La signature atteste valablement de la volonté de son auteur de s'engager juridiquement.

La griffe désigne tout signe manuscrit émanant d'une personne physique, qui permet de reconnaître le nom de celle-ci. Ceci comprend les abréviations et les paraphes de nom. Seul la griffe authentifiée par notaire permet d'engager juridiquement son auteur.

2. Force probante

« Les actes instrumentés privés fondent, dans la mesure où leur auteur les a signés ou s'ils comportent une griffe authentifiée par notaire, une preuve pleine et entière des déclarations effectuées par leur auteur » (§ 416 ZPO).

Par conséquent, un acte privé fournit uniquement la preuve que les déclarations contenues dans l'acte proviennent bien de l'émetteur⁸⁰. La preuve ne s'étend pas à l'exactitude de contenu des déclarations. Celle-ci relève de l'appréciation du juge (§ 286 Abs. 1 ZPO)⁸¹.

⁷⁹ Creifelds.

⁸⁰ BGH, Urteil vom 11. Mai 1989, III ZR 2/88, NJW-RR 1989, 1323; Urteil vom 24. Juni 1993 - IX ZR 96/92, NJW-RR 1993, 1379, 1380.

⁸¹ BGH, Urteil vom 17. April 1986 - III ZR 215/84, NJW 1986, 3086; BGH, Urteil vom 24. Juni 1993 - IX ZR 96/92, NJW-RR 1993, 1379, 1380.

3. Acte notifié ou certifié par avocat

La pratique juridique allemande veut que les avocats jouent un rôle important dans l'établissement des actes instrumentés privés.

Il semble que l'importance de cette pratique soit due au cumul de deux facteurs que sont la garantie de leur conformité légale et la force de leur notification. Ainsi, d'une part, nombre d'actes juridiques fréquemment rencontrés en pratique doivent remplir certaines conditions légales pour obtenir un plein effet juridique, par exemple la résiliation de baux, les mises en demeure, les significations de vices de la chose (*Mangelrüge*). Il est alors plus sûr de faire appel à un avocat. D'autre part, les principes généraux du droit allemand exigent que toute déclaration de volonté, afin qu'elle prenne effet auprès de son destinataire, soit portée à la connaissance de celui-ci (*Zugang der Willenserklärung*). La notification de l'acte auprès de son destinataire (*Zustellung*, § 166 ZPO) en est la meilleure garantie. De plus, elle confère date certaine (§ 169, al. 1er ZPO).

Par ailleurs, les avocats sont habilités à se notifier mutuellement leurs actes : « lorsque les parties sont représentées par leur avocat, ceux-ci peuvent se notifier directement les documents écrits entre eux » (§ 195 ZPO).

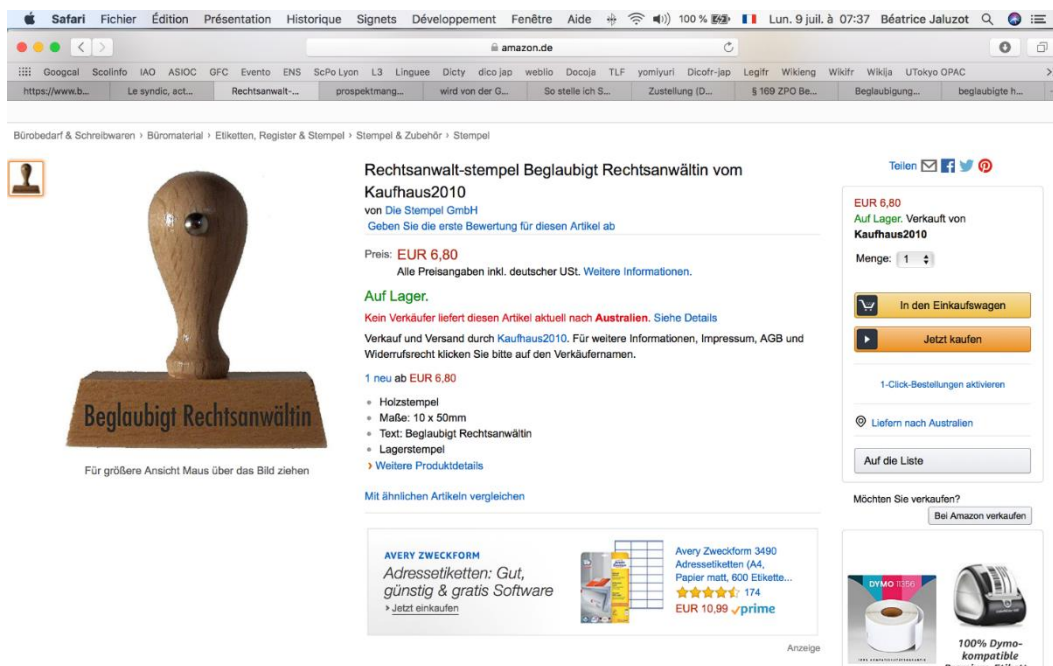
Les avocats sont également compétents pour délivrer des « copies certifiées » (*beglaubigte Abschrift*) des actes qu'ils ont dressés eux-mêmes. Une des applications les plus importantes de ceci est la certification par l'avocat des documents qu'il transmet aux juridictions.

En pratique, les avocats utilisent un tampon sur lequel est indiqué "certifié - avocat". Ils délivrent des copies et ainsi que des photocopies certifiées de leurs actes.

Il est ainsi d'usage courant que les copies de documents à transmettre à un tribunal ou à un client soient adressées avec le tampon "certifié - avocat" (cf. photo)⁸².

Ex. de tampon "certifié - avocate", à vendre sur internet.

⁸² Il semble que les avocats suisses ne disposent pas d'un tel pouvoir.



B. L'ACTE INSTRUMENTE PUBLIC

1. Définition

Les actes instrumentés publics sont ceux qui sont dressés par une administration dans les limites de son habilitation ou par une personne investie d'une autorité publique (*mit öffentlichem Glauben versehenen Person*) dans le cadre de son activité statutaire.

En font partie les actes notariés (*notarielle Urkunde*) et les actes notifiés (*Zustellungsurkunde*). Ces derniers sont les actes dont la notification est réalisée par une personne habilitée à le faire, tel un huissier ou un postier (lettre recommandée). La notification permet la preuve de la remise de l'acte. Ses conditions matérielles (noms, lieux, date etc.) sont prévues au § 182 ZPO⁸³.

Sont authentifiées les actes relevant du droit de la famille (naissance, donations, mariages, divorces, testaments), les actes portant transfert de droit réels ou constitution de sûretés sur les immeubles, mais aussi des actes relevant du droit des sociétés (constitution de sociétés, cession de parts, modifications de statuts).

Le droit allemand connaît également l'acte notarié électronique. Il a été introduit par la loi sur la communication judiciaire, entrée en vigueur le 1er avril 2005⁸⁴. Il est prévu aux §§ 39a, 42 al. 4 BeurkG et le § 15 al. 3 BNotO. La loi a notamment adapté la signature et le sigle du notaire à la forme électronique, transposé les conditions prévues pour les documents écrits aux documents électroniques. Le principe est la stricte égalité entre les formes. La force probante (§ 416a ZPO) est celle des actes écrits. Une application importante est

⁸³ Dictionnaire juridique Creifelds.

⁸⁴ Justizkommunikationsgesetz.

l'enregistrement des sociétés commerciales qui se fait par transmission d'un tel acte (§ 12 HGB, Code de commerce).

Depuis le 1^{er} juillet 2005, l'authentification de signature peut émaner de l'administration sociale pour les personnes ayant en charge les affaires de tiers protégés. Les services sociaux sont compétents pour authentifier les signatures et paraphes des personnes qui assistent ou représentent les personnes protégées (*Betreuungsrechtsänderungsgesetz*, en vigueur depuis le 1^{er} fév. 2005). Alors que le législateur avait estimé qu'une authentification notariée alourdissait les démarches à accomplir dans l'intérêt des personnes protégées, la réforme a été très vivement critiquée par le notariat.



Exemple de copie authentifiée par une notaire.

2. Force probante

La force probante des actes instrumentés provient de leur présomption de véracité (*Echtheit*). Les actes publics ont une force probante formelle particulièrement forte, « pleine et entière », notamment à l'égard de leur contenu, des démarches et des faits qui y sont portés (§§ 415, 417, 418 ZPO). La loi distingue entre les déclarations qui y sont faites (*Erklärungen*, § 415 ZPO) et les actes portant constatation de faits (*öffentliche Zeugnisurkunden*), désignés comme « acte avec autre contenu » énoncés au § 418 ZPO⁸⁵. La force probante des premiers est prévue au § 417 qui prévoit que l'acte établi par une administration, qui ordonne, dispose ou décide, fait preuve de manière pleine et entière de son contenu. Pour les seconds, il est prévu qu'ils portent preuve pleine et entière de ce qui y est attesté (§ 418 (1) ZPO).

La falsification d'actes publics est sévèrement réprimée par le code pénal : §§ 267-282 StGB.

En pratique, l'acte public constitue une preuve légale portant une présomption de véracité qui ne peut être renversée que par une preuve contraire, contestant l'authenticité (*Unrichtigkeit*), de force égale⁸⁶. La preuve d'une authentification inexacte est donc admise.

⁸⁵ « Beweikraft öffentlicher Urkunden mit anderem Inhalt »

⁸⁶ BVerfG, Beschluss vom 20.02.2002, 2 BvR 2017/01 ;

C. L'ACTE EXECUTOIRE

Vollstreckungstitel : ce sont les titres valant ordre et dotés d'efficacité juridique. Les plus importants sont les décisions de justice⁸⁷, les injonctions, les transactions judiciaires, les actes dotés de clause exécutoire (*vollstreckbare Ausfertigung*). Ils sont régis par le code de procédure civile.

En matière privée, les actes instrumentés portant force exécutoire sont prévus au § 794 (5) ZPO. Ils sont encore visés au § 796c ZPO en matière de règlement des litiges : les transactions mettant fin à des litiges portés en justice (*Vergleich*), établis par un notaire, sont dotées de force exécutoire. Le § 797 2 ph. 1 ZPO prévoit expressément que « le caractère exécutoire d'un acte notarié est établi par le notaire qui garantit l'acte »⁸⁸.

Par exception, la loi prévoit que les transactions mettant fin à des litiges portés en justice, dressées par des avocats, puissent être dotées de la force exécutoire. Ainsi le § 794 (1) ZPO dispose que la force exécutoire est prévue pour « les transactions, qui sont conclues entre des parties ou entre une partie et un tiers et qui visent à mettre un terme à une action en justice, réalisées devant une juridiction allemande ou une institution prévue par l'administration judiciaire régionale ou par une entité habilitée »⁸⁹. Cette possibilité a été introduite en 1998 dans le code de procédure civile, mais elle était déjà admise par les juridictions antérieurement, sur la base du droit de l'arbitrage (Art 1 § 4 SchVG, par analogie). La mise en œuvre de l'exécution est similaire à celle de l'arbitrage, elle nécessite une décision de la juridiction (*exequatur*) du lieu de l'exécution forcée⁹⁰.

Ainsi, en matière privée, la force exécutoire résulte d'un titre doté de la force exécutoire (*Vollstreckungstitel*). Les actes instrumentés privés n'en sont pas automatiquement dotés (*Vollstreckbarkeit*), ils ne le sont que dans la mesure où une clause spécifique le prévoit et sous certaines conditions.

Le droit positif pose des conditions afin que la force exécutoire puisse être reconnue aux actes notariés, portant une clause exécutoire. D'une part, en vertu de "l'obligation de concrétisation" (*Konkretisierungsgebot*), le contenu doit être apte à être exécuté : il doit être précis, c'est-à-dire contenir précisément le débiteur, le créancier, le contenu, la nature et l'étendue de ce qui est dû. L'idée générale est que le débiteur doit être en position de mesurer l'étendue de son engagement, ce qui ne peut résulter que du contenu de l'acte, les circonstances extérieures n'étant pas suffisantes⁹¹. D'autre part, le débiteur doit s'être soumis à la force exécutoire pour cette obligation, dans l'acte même. En l'absence d'une de ces

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2002/02/rk20020220_2bvr201701.html

⁸⁷ Ce qui correspond aux *Urteil* et *Beschlüsse*.

⁸⁸ § 797 (2) ph. 1 ZPO "Die vollstreckbare Ausfertigung notarieller Urkunden wird von dem Notar erteilt, der die Urkunde verwahrt."

⁸⁹ § 794 (1) ZPO : aus Vergleichen, die zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in Betreff eines Teiles des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gericht oder vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle abgeschlossen sind, sowie aus Vergleichen, die gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 oder § 492 Abs. 3 zu richterlichem Protokoll genommen sind.

⁹⁰ Bruns, Alexander ; Baur, Fritz ; Stürner, Rolf, Zwangsvollstreckungsrecht, C. F. Müller, 2006, p. 175.

⁹¹ BGHZ 22, 54, 57 f. ; Ruessmann, Helmut, Allgemeine Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/Lehre/SS96/ZV/titel>

conditions, le débiteur peut contester le caractère exécutoire, en application du § 767 ZPO, appliqué par analogie⁹².

Un tel acte est exclu en matière de baux d'habitation.

A titre d'exemple, le droit allemand connaît une procédure par laquelle une personne peut reconnaître un manquement par voie notariée, elle s'engage alors à ne pas la reproduire et à défaut, à se soumettre à l'exécution forcée de l'acte (§ 794 al. 1 n° 5 ZPO). Ainsi dans un arrêt du 21 avril 2016, le BGH était saisi d'une affaire dans laquelle une société qui distribuait par internet des pièces détachées de bicyclette, avait reconnu avoir mis en ligne un descriptif inexact. Elle s'était engagée à cesser ces actes et s'était soumise à l'exécution forcée immédiate de l'acte. Il est à noter que ce pouvoir appartient au notaire et que ses conditions de mise en œuvre sont strictement encadrées par la loi et la jurisprudence.

En conclusion, il faut retenir qu'en matière d'actes instrumentés privés, le principe reste que leur force exécutoire ne peut résulter que de l'intervention d'un notaire, sauf en matière de transaction. En conséquence, un avocat peut être conduits à établir des actes ayant force exécutoire dans deux situations : 1) lorsqu'il cumule sa profession avec celle de notaire, ce qui est possible dans plusieurs Länder allemands (cf. supra) où, agissant en tant que notaire, il peut dresser un acte notarié ayant une force exécutoire ; 2) lorsqu'il constate une transaction entre des parties, qui se soumettent à la force exécutoire de celle-ci.

⁹² Pour un exemple de refus de force exécutoire en raison du défaut de précision : BGH, Urteil vom 19.12.2014, 2014=12=19, V ZR 82/13 ; <https://lexetius.com/2014,4985>.

Bibliographie

- BUJ [Bundesverband der Unternehmensjuristen] (éd.), Die Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte in Theorie und Praxis [La nouvelle réglementation du droit des avocats-syndics en théorie et en pratique], 2017, ISBN 978-3-8005-1638-4
- Dejure.org
- Fink, Matthias, Rechtsgeschichtliche Seminararbeit im Rahmen des Seminars "Geschichte der juristischen Berufe" zum Thema "Die Entwicklung der deutschen Anwaltschaft seit 1871" bei Prof. Dr. Karlheinz Muscheler, 2009, http://www.ruhr-uni-bochum.de/lsmuscheler/downloads/seminar09/Matthias_Fink_Die_Entwicklung_der_deutschen_Anwaltschaft_seit_1871.pdf
- Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte, 30 Dezember 2015 [Loi sur la réorganisation du droit des avocats-syndics], 2015=12=15, http://www.bmjv.de/shareddocs/gesetzgebungsverfahren/de/neuordnung_syndikusanwaelterecht.html
- Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen [Loi portant de nouvelles règles sur la protection des secrets lors de la participation de tiers à l'activité de personnes tenues par une obligation de secret], https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Neuregelung_Schutzes_von_Geheimnissen_bei_Mitwirkung_Dritter_an_der_Berufsausuebung_schweigepflichtiger_Personen.html
- <http://www.gesetze-im-internet.de/rdg/>
- https://www.rakcelle.de/pdf/anwaelte/Der_Syndikusrechtsanwalt.pdf
- Jandl, Franziska, ""Karriere-Sprungbrett oder Ideeller Return on Invest ? [Rampe de lancement pour la carrière ou bien retour sur investissement idéal ?]"" , Unternehmensjurist [Juriste d'entreprise], 2018, Janv.-fév., 1/2018, p. 74-78
- Käßmann, Götz [président du BUJ, Bundesverband der Unternehmensjuristen], "Die Evaluierung des Syndikusgesetzes und die DSGVO sind die zentralen Themen [L'évaluation de la loi sur les syndics et la loi sur la protection des données personnelles sont les thèmes centraux]", Unternehmensjurist [Juriste d'entreprise], 2018, Janv.-fév., p. 80
- Kommentar zum Rechtsdienstleistungsgesetz mit Anhang zum Einführungsgesetz von Grunewald/Römermann 2008, Verlag Dr. Otto Schmidt KG Köln, [ISBN 978-3-504-06254-5](https://www.bmjv.de/shareddocs/gesetzgebungsverfahren/de/neuordnung_syndikusanwaelterecht.html).
- Öffnung des Berufsbildes: Überlegungen des Vorstandes der WPK zur Einführung eines Syndikus-WP/vBP [Ouverture de la profession: réflexions de la direction de la chambre des experts-comptables sur l'introduction des syndic-experts-comptables], 2018=01=19, <https://www.wpk.de/neu-auf-wpkde/wpk/2018/sv/oeffnung-des-berufsbildes-ueberlegungen-des-vorstandes-der-wpk-zur-einfuehrung-eines-syndikus-wpvbp/>
- Peemöller, Volker, "Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 53 StPO für freie Berufe - aber nicht für Mitarbeiter genossenschaftlicher Prüfungsverbände? [Le droit au refus de témoigner du § 53 StPO pour les professions libérales, mais pas pour les employés des établissements de contrôle ?]", BB- Betriebsberater, 2001, s. 2415 ff.

- Perspektiven für Juristen. Berufsbilder, Bewerbung, Karrierewege und Expertentipps zum Einstieg [Perspectives pour les juristes. Profession, candidature, carrière et conseils d'expert pour accéder à la profession], e-fellow.net Wissen, 2018, <https://books.google.fr/books?id=krk4DwAAQBAJ&pg=PT147&lpg=PT147&dq=unternehmensjuristen+deutschland+statistik&source=bl&ots=l2wzyh98eu&sig=B4wOgJhO6oLeY4NkFtcPWVYdGa4&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjv6Jz4z-zbAhXNZVAKHYGNCPUQ6AEIbjAJ#v=onepage&q=unternehmensjuristen%20deutschland%20statistik&f=false>
- Rechtsdienstleistungsgesetz [Loi sur les prestations de services juridiques], 2007=12=12, <https://www.gesetze-im-internet.de/rdg/RDG.pdfcontacts>
- Weißler, Adolf, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, 1909, <https://ia802608.us.archive.org/19/items/geschichtederre01weisgoog/geschichtederre01weisgoog.pdf>



LE CONSEIL JURIDIQUE : EXERCICE EN ENTREPRISE, *LEGAL PRIVILEGE* ET RÉDACTION D'ACTES

EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES

I. LE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE

A. LES PROFESSIONNELS POUVANT FOURNIR DU CONSEIL AUX ENTREPRISES

Il existe, en Angleterre et au Pays de Galles⁹³ plusieurs catégories professionnelles dont les membres fournissent, à différents titres, du conseil juridique aux entreprises.

1. *Barristers*

Traditionnellement, les *barristers* fournissaient des services aux clients qui leur étaient présentés par les *solicitors*. Un *barrister* (avocat) a à la fois un client professionnel, le *solicitor* et un client non-professionnel. La modernisation de la profession permet désormais l'accès direct des clients auprès des *barristers*.

Bien que l'essentiel des services fournis par les *barristers* soient relatifs au contentieux, tels les services de consultation, de représentation et de rédaction d'actes nécessaires au contentieux, ils dressent également des actes hors contentieux, tels les statuts des sociétés.

Le travail de conseil peut être oral ou écrit et peut être fourni au sein du cabinet du *barrister*, du bureau du *solicitor* ou par devant le tribunal.

Les *barristers* (avocats) ont le droit de plaider devant toutes les juridictions anglaises.

2. *Solicitors*

Les *solicitors*⁹⁴ fournissent la quasi-totalité des services juridiques hors contentieux, tels la rédaction d'actes de transfert de propriété et le règlement des successions, et garantissent leur conformité avec les exigences légales. Ils assurent également la préparation et le suivi du contentieux, préparent les dossiers en vue d'un procès et communiquent les informations nécessaires aux avocats pour les audiences.

Traditionnellement, les *solicitors* ne disposaient que du droit de plaider devant les juridictions inférieures (*County Court* en matière civile et *Magistrates' Courts* en matière pénale). Cependant, depuis 1990, ils peuvent solliciter une habilitation à plaider devant des juridictions supérieures⁹⁵ ce qui leur permet d'agir en tant que représentants légaux devant lesdites cours.

3. *Chartered legal executives*

Le *Chartered Institute of Legal Executives (CILEX)* a été créé en 1892⁹⁶. Les *chartered legal executives* effectuent pratiquement les mêmes tâches que les *solicitors*. Ils sont employés par les *solicitors* et travaillent sous le contrôle de ces derniers, dans certains

⁹³ Pour le reste de ce rapport, le terme « Angleterre » désignera l'Angleterre et les Pays de Galles

⁹⁴ La profession de « *solicitor* » est principalement régie par le *Solicitors Act* de 1974. Toute la législation est disponible sur le site <http://www.legislation.gov.uk/>.

⁹⁵ En vertu du *Courts and Legal Services Act* de 1990

⁹⁶ Et a acquis sa *Royal Charter* (sorte d'acte de fondation ou d'enregistrement, prestigieux, notamment émis pour des villes, des universités, des sociétés savantes) en 2012.

domaines dans lesquels ils se spécialisent. En vertu des réformes introduites en 2007 et 2011⁹⁷, il sera possible pour eux, dans le futur, et dans une certaine mesure, d'exercer leur profession de façon indépendante.

4. *Notaries public*

Le « notaire public » est un juriste dont le rôle principal est de rédiger, attester et certifier par l'apposition du sceau certains documents destinés à être utilisés à l'étranger. Il rédige les testaments, les protêts suite au défaut de paiement des lettres de change⁹⁸, les actes relatifs aux activités de fret⁹⁹, il administre les serments¹⁰⁰.

Quant à leur compétence territoriale, la plupart des notaires sont des *general notaries* pouvant exercer sur l'ensemble du territoire de l'Angleterre. Certains d'entre eux, les *scriveners notary*¹⁰¹ sont des notaires qui exerçaient traditionnellement dans la commune de Londres et dans un rayon de 3 *miles* (environ 5 km) autour d'elle, étant spécialisés dans les dossiers internationaux. Cette spécialisation demeure, mais la compétence territoriale limitée à la seule commune de Londres a été abolie en 1999¹⁰².

5. *Commissioner for oaths*

Le « commissaire d'assermentation »¹⁰³ ou le commissaire des serments administre toute prestation de serment pour les besoins de la juridiction ou de l'affaire sur le territoire anglais notamment pour les tribunaux et les affaires ecclésiastiques, les affaires relatives aux demandes d'agrément (*faculty*) pour l'exercice de la profession de notaire et les affaires portant sur l'enregistrement des actes. Il intervient en matière de cautions judiciaires, pénales ou civiles (pour les besoins du contentieux civil devant les juridictions supérieures - *Senior Courts*)¹⁰⁴.

6. *Licensed conveyancers*

Un *conveyancer* agréé effectue des tâches similaires à celles du *solicitor*, en matière de transactions immobilières. Il peut être employé au sein d'un cabinet de *solicitors* mais également dans une banque ou une entreprise qui effectue des transactions immobilières (par exemple une entreprise de construction). Un *conveyancer* agréé ayant trois ans d'ancienneté est autorisé à exercer de façon indépendante, en tant que professionnel libéral.

⁹⁷ *Legal Services Act* de 2007 avec les dispositions du Titre 5 (*Part 5*) sur les *alternative business structures* entrés en vigueur à partir du 1^{er} octobre 2011.

^{98 98} *Bills of Exchange Act* 1882, art. 51 et 57.

⁹⁹ Par exemple, lorsque cela est demandé par une juridiction étrangère en tant que justificatif d'une déclaration de sinistre

¹⁰⁰ *Statutory Declarations Act* 1882, art. 18. « Autres juristes tels que les *solicitors*, les avocats et les *conveyancers* agréés » ; *Stamp Duties Management Act* 1999, art. 53.

¹⁰¹ Les notaires du clergé (ecclésiastiques) constituent une autre sous-catégorie

¹⁰² *Access to Justice Act* 1999, art. 53

¹⁰³ Terminologie de droit québécois, cf.

<https://www.assermentation.justice.gouv.qc.ca/ServicesPublics/Commissaire/Role.aspx>

¹⁰⁴ *Commissioner for Oaths Act* 1889, art. 2§1. Voir également le *Commissioner for Oaths Act* 1891

7. *Chartered Patent Attorneys*¹⁰⁵ et *Chartered Trade Mark Attorneys*¹⁰⁶

Les *patent attorneys* agréés sont des spécialistes du droit de la propriété intellectuelle, notamment en matière de brevets, marques, dessins et modèles et *copyright*. Ils fournissent des conseils en droit de la propriété intellectuelle (violation de droits), agissent en tant que mandataires lors des demandes de brevet. La plupart des *patent attorneys* exercent de façon indépendante, en tant que professionnels libéraux. Cependant, certains sont employés par des sociétés qui ont besoin de conseils réguliers en propriété intellectuelle.

Les *trade mark attorneys* agréés sont spécialisés dans l'enregistrement des marques. Ils conseillent en matière d'enregistrement des marques et de violation du droit des marques. Comme les *patent attorneys*, ils ont une expertise dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Comme leurs collègues, ils travaillent soit en indépendants, au sein de cabinets spécialisés en droit des marques, soit ils sont employés dans l'industrie. Certains cabinets comprennent à la fois des *patent* et *trade mark attorneys*.

8. *Cost Lawyers*

Un *cost lawyer*¹⁰⁷ prépare et gère les frais (*costs*) des affaires confiées aux *solicitors*, que ces affaires soient contentieuses ou non contentieuses. A défaut d'accord sur les frais, c'est également lui qui intervient dans le litige relatif au frais, porté devant le juge. Sa compétence est considérée aussi importante que celle du *solicitor* intervenant.

Ces frais sont de trois sortes : les frais que la partie perdante doit régler à la partie gagnante, dans les affaires contentieuses ; les frais que le client doit au *solicitor*, que l'affaire soit contentieuse ou non contentieuse ; les frais couverts par l'aide judiciaire, fixés par le tribunal, en cas de contestation par le *solicitor*. Selon le cas, le *cost lawyer* intervient pour l'un ou l'autre des intéressés (la partie perdante, le client du *solicitor*, le *solicitor* lui-même).

9. *Paralegals* et *legal clerks*

Les cabinets de *solicitors* ont recours à des employés qui effectuent des tâches juridiques sous la supervision de *solicitors*. Jusqu'à il y a environ vingt ans, ils étaient le plus souvent appelés *legal clerks* (clerks) ou *litigation managers* (responsables contentieux). De nos jours, ces employés sont appelés *paralegals* ou *research assistants* (assistants de recherche), principalement dans les cabinets de « *solicitors* », mais parfois dans les cabinets d'avocats. Ils sont souvent des diplômés en droit, mais ils peuvent avoir rejoint le cabinet sans diplôme, pour d'autres missions, par exemple des tâches administratives ou de la saisie, et après avoir acquis de l'expérience, commencé à assumer certaines tâches juridiques.

¹⁰⁵ Ils sont pour la plupart titulaires d'une licence en sciences (mathématiques, physiques, chimie...) et d'un master en droit de la propriété intellectuelle (facultatif). Voyez <https://www.allaboutlaw.co.uk/law-careers/patent-attorney/what-is-a-patent-attorney>.

¹⁰⁶ Une licence en droit pour cette carrière est un atout mais n'est pas obligatoire. On peut d'ailleurs être titulaire d'une licence en business, langues modernes et prétendre à cette profession. Pour en savoir plus sur la formation de *trade mark attorney* <https://www.citma.org.uk/careers/how>

¹⁰⁷ Jusque récemment, on les désignait sous le nom de *law costs draftmen*.

10. Comptables

En Angleterre, il existe deux organismes de régulation de la profession de comptable (*Association of Chartered Certified Accountants - ACCA* et *Institute of Certified Accountants – ICA*) et par conséquent, deux appellations différentes pour ces professionnels, *chartered certified accountants* et *chartered accountants*. Ils offrent souvent des conseils juridiques aux clients sur des questions financières et fiscales. Ils peuvent également intervenir en matière de successions.

B. LE CADRE REGLEMENTAIRE

En vertu du *Legal Services Act* de 2007, section 12, il existe (seulement) six domaines « d'activités juridiques réservées » :

- (a) l'exercice du droit de plaider ;
- (b) la conduite du contentieux ;
- (c) la préparation d'actes juridiques réservés, principalement les actes de transfert de propriété immobilière¹⁰⁸ ;
- (d) le règlement des successions ;
- (e) les activités dites notariales ;
- (f) l'administration des serments.

Chacun de ces domaines est défini à l'annexe 2 de la loi. Par exemple, sous (b), la conduite du contentieux comprend tous les actes et étapes de la procédure à compter de son engagement et jusqu'à ce qu'il soit statué dans l'affaire. La signification des actes de procédure et la rédaction des déclarations de témoins en font partie¹⁰⁹. Cependant, ce caractère « réservé » ne concerne pas les actes accomplis en vue de certaines procédures, telle une procédure d'arbitrage¹¹⁰ ou une procédure devant les *statutory tribunals*¹¹¹, ni les conseils juridiques en général. Ainsi, rien dans la législation n'empêche une personne non qualifiée de donner des conseils juridiques, même dans le cadre d'un litige¹¹².

¹⁰⁸ Voyez *Legal Services Act* 2007, annexe 2 §5.

¹⁰⁹ Arrêt *Ndole Assets Ltd v Designer M & E Services UK Ltd* [2017] 1 WLR 4367, qui renvoie aux arrêts antérieurs *Agassi v Robinson* [2006] 1 WLR 2126 sur les dispositions rédigées de manière stricte du *Solicitors Act* 1974, art. 25, et le *Courts and Legal Services Act* 1990.

¹¹⁰ *Piper Double Glazing Ltd v DC Contracts Ltd* [1994] 1 WLR 777.

¹¹¹ Les *tribunals* en droit anglais sont des juridictions ayant souvent un caractère informel par rapport aux *courts*. Les *tribunals* sont composés de juges mais également d'autres professionnels qui n'ont pas forcément de formation en droit. Pour en savoir plus <https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/tribunals/tribunals/>

<https://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/tribunals/>

<https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/tribunals/fee-paid-judiciary-page-1-2/>

¹¹² Dyson LJ dans l'arrêt *Agassi v Robinson* § [44], qui a été cité et confirmé dans l'arrêt *Ndole Assets Ltd v Designer M & E Services UK Ltd* at [19].

Une personne est habilitée à exercer une activité juridique réservée si elle bénéficie d'une « autorisation » ou d'une « dispense d'autorisation »¹¹³, à défaut de quoi elle se rend coupable d'une infraction pénale¹¹⁴.

Ces autorisations ou dispenses d'autorisation sont délivrées par les organismes de régulation professionnelle institués par la loi. Il s'agit des organismes mentionnés pour chaque profession présentée ci-dessus (A°)¹¹⁵. Pour les avocats, il s'agit du *Bar Standards Board (BSB)*, pour les *solicitors*, il s'agit de la *Solicitors Regulation Authority (SRA)*, et pour les *legal executives*, il s'agit du *ILEX Professional Standards*.

Ainsi, le *BSB* et la *SRA* peuvent habiliter leurs membres à exercer 5 des 6 activités juridiques réservées (à l'exception des activités dites notariales), les autres régulateurs ont une compétence plus limitée. Par exemple, les organismes comptables peuvent uniquement autoriser leurs membres à mener l'une des six activités juridiques réservées, à savoir le règlement des successions.

Les membres de chaque branche de la profession juridique sont tenus de se conformer aux règles de conduite professionnelle établies par le régulateur agréé concerné. Par exemple, la *SRA*¹¹⁶ et le *BSB*¹¹⁷ ont publié des codes de conduite pour leurs membres. Ceux-ci imposent des obligations et des restrictions allant au-delà du *Legal Services Act* de 2007.

Par exemple, selon le *BSB Handbook* (code de conduite des avocats), la régulation de la profession de *barrister*¹¹⁸ ne se limite pas aux activités juridiques réservées, mais inclut tous les services juridiques fournis par l'avocat¹¹⁹. La définition des services juridiques inclut la consultation juridique, la rédaction d'actes juridiques¹²⁰ et la représentation, mais exclut les modes alternatifs de résolution des conflits (par exemple la médiation ou l'« *adjudication* »¹²¹).

De cette manière, un large éventail de tâches effectuées par des professionnels du droit est soumis à la réglementation, élaborée par le régulateur professionnel compétent, allant au-delà des domaines concernés par les «activités juridiques réservées» prévues par la loi.

C. LE STATUT DES JURISTES D'ENTREPRISE

Il ressort de ce qui précède qu'en Angleterre, au sein de la profession juridique il n'existe pas une profession réglementée de juristes d'entreprise. De nombreuses entreprises, organismes de bienfaisance, ministères et autres organismes ont des services juridiques internes. Au sein de ces services on retrouve, en tant que salariés de l'organisme en question,

¹¹³ Les exemptions sont prévues à la section. 19 et l'annexe 3 du *Legal Services Act* de 2007. Il existe parfois de longues listes d'exemptions pour différentes activités juridiques réservées. À titre d'exemple, une personne dispensée de l'habilitation nécessaire à la conduite d'un litige est une personne qui a le droit d'engager une procédure soit par le tribunal lui-même, soit par une autre loi, soit en tant que plaideur (sch 3, par. 2(1) à (5)).

¹¹⁴ *Legal Services Act* 2007, art. 13§2. et 14.

¹¹⁵ *Legal Services Act* 2007, art. 20 et annexe 4

¹¹⁶ *SRA Handbook*, <https://www.sra.org.uk/solicitors/handbook/welcome.page>.

¹¹⁷ *BSB Handbook*, <https://www.barstandardsboard.org.uk/regulatory-requirements/bsb-handbook/the-handbook-publication/>.

¹¹⁸ La situation habituelle d'un avocat exerçant au sein d'un cabinet d'avocats

¹¹⁹ *BSB Handbook*, règles S23 à S26.

¹²⁰ *BSB Handbook*, Partie 6 (définitions)

¹²¹ C'est un mode alternatif de résolution des conflits employé en matière de construction, conformément au *Housing Grants, Construction and Regeneration Act* de 1996, Partie II.

à la fois des membres de la profession juridique réglementée tels des *barristers*, des *solicitors*, des *legal executives*, des *trade mark* ou *patent attorneys* et d'autres personnels.

Lorsque le juriste d'entreprise, appelé *in-house lawyer* (« juriste en interne ») ou *lawyer* (juriste) est membre d'une profession réglementée (*barrister*, *solicitor*, etc.), malgré son statut de salarié, il reste soumis aux règles disciplinaires et continue de faire l'objet du contrôle réglementaire spécifique à sa profession.

Néanmoins, des ajustements spécifiques sont apportés aux codes de conduite des organismes professionnels (ordres) pour répondre aux exigences particulières de l'exercice de la profession dans le secteur salarié. Des dispositions à la fin de chaque article du *SRA Handbook* (concernant les *solicitors*) et des articles du *BSB Handbook* (concernant les *barristers*) régissent la pratique dite interne de ces professionnels, à savoir leur pratique en tant que *in-house lawyers* salariés. Ces dispositions et articles confirment pour l'essentiel l'application du droit commun tout en l'adaptent sur certains points.

Par exemple, un *barrister* salarié ne doit fournir des services juridiques (au-delà des activités juridiques réservées) qu'à son employeur, aux autres employés dans le cadre de son travail, ou gratuitement au public¹²².

Un *lawyer* salarié sera considéré comme exerçant une activité juridique réservée même s'il le fait en sa qualité d'employé¹²³. L'employeur n'exercera cette activité juridique réservée que si le juriste salarié fournit ce service au public ou à une partie du public dans le cadre de l'entreprise de l'employeur¹²⁴.

D. LA FORMATION DES JURISTES D'ENTREPRISE

1. Les juristes d'entreprise ayant le statut de *solicitor* ou de *barrister*

Les exigences de la formation des *solicitors* et des *barristers* sont actuellement examinées par la *SRA* et le *BSB* respectivement. Elles sont pour l'instant identiques. Tout nouveau candidat doit d'abord obtenir une licence en droit (*Qualifying Law Degree - QLD*) avec au minimum la mention bien. En pratique, il est difficile de progresser sans la mention bien. Le diplôme d'études supérieures en droit (*Graduate Diploma in Law - GDL*, également appelé *Common Professional Examination*) peut faire l'objet d'une équivalence au *QLD*.

Les étapes suivantes dans le parcours des *solicitors* sont la formation professionnelle (*Legal Practice Course, LPC*) telle que réglementée par la *SRA* et le stage de deux ans (*training contract*) dans un cabinet de *solicitors*, pendant lequel le candidat occupera généralement 4 postes dans différents départements du cabinet, chacun pendant 6 mois. Une fois le stage achevé avec succès, le nouveau *solicitor* est admis à l'ordre des *solicitors* des juridictions supérieures d'Angleterre et du Pays de Galles.

Les étapes suivantes dans le parcours des *barristers* sont : le test d'aptitude permettant de rejoindre l'une des 4 écoles d'avocats (*Inns of Court*), une formation professionnelle d'un an (*BPTC*) et 2 sessions de formation organisées par l'école. Le nouveau venu est alors appelé

¹²² *BSB Handbook*, art. 32 et 39.

¹²³ *Legal Services Act 2007*, art. 15§2

¹²⁴ *Legal Services Act 2007*, art. 15§4

au barreau de l'Angleterre et du Pays de Galles par le biais de son école. Il doit ensuite obtenir un stage (*pupillage*) au sein d'un cabinet de *barristers* sur une durée de 12 mois ; il y sera *barrister*-stagiaire sous le contrôle d'un tuteur de stage désigné. Il est habilité à accepter des tâches pour son propre compte au cours du second semestre du stage. A la fin de sa formation il obtient un certificat d'aptitude à l'exercice de la profession à la suite duquel il doit obtenir une place permanente et à titre indépendant (*tenancy*) au sein d'un cabinet de *barristers*.

Alors que certaines entreprises et certains ministères offrent des stages à la fois aux *solicitors* et aux *barristers*, il est plus courant pour les *in-house lawyers* d'avoir été formés au sein de cabinets de *barristers* tels qu'expliqué plus haut. Egalement, le plus souvent, ils rejoignent le personnel salarié des entreprises après un certain nombre d'années d'exercice de la profession de manière indépendante.

Il existe des passages entre les deux professions, *barrister* et *solicitor*, comprenant la réussite à des évaluations¹²⁵.

Les deux formations, de *barrister* et de *solicitor*, débouchent sur une qualification générale permettant au nouveau professionnel d'exercer dans toute discipline juridique. Cependant, dans la pratique, les nouveaux professionnels doivent s'être préparés auparavant et pendant longtemps à exercer dans une discipline juridique spécifique avant d'y être pleinement qualifiés. Ils le font par le biais de matières au choix qu'ils sélectionnent soit en licence de droit, soit pendant le *BPTC*¹²⁶ ou *LPC*¹²⁷ soit par divers autres moyens, notamment les diplômes de *Master* et l'expérience professionnelle.

2. Les juristes d'entreprise qui relèvent des autres professions juridiques réglementées

Les *in-house lawyers* qui relèvent des autres professions juridiques réglementées devront se conformer aux exigences de l'autorité de réglementation compétente. Les *patent* et *trademark attorneys* sont souvent titulaires du diplôme de *Master*, ce qui est nécessaire en raison de la nature technique de leur travail. Les *costs lawyers* et *legal executives* ne sont pas nécessairement des diplômés, mais accumulent généralement plusieurs années d'expérience professionnelle juridique avant d'être habilités par leurs organismes de réglementation. La formation professionnelle des « *legal executives* » comprend la spécialisation dans un domaine.

Un « notaire public » doit se conformer aux *Notaries (Qualification) Rules* de 2013, établies par le *Master of Faculties*¹²⁸. Il doit avoir au moins 21 ans, être titulaire d'un diplôme

¹²⁵ Pour en savoir plus <http://www.sra.org.uk/solicitors/qfts/key-features.page> and <https://www.barstandardsboard.org.uk/qualifying-as-a-barrister/current-requirements/transferring-lawyers/bar-transfer-test/>.

¹²⁶ Formation professionnelle au métier d'avocat.

¹²⁷ Formation professionnelle au métier de « *solicitor* ».

¹²⁸ Le « *Master of Faculties* » est le régulateur agréé de la profession de notaire en vertu du « *Legal Services Act* » de 2007, sch.4§1.1 qui prévoit les actes juridiques réservés, le règlement des successions, les activités notariales et l'administration des serments. Le « *Master of Faculties* » est l'officier supérieur de la « *Court of Faculties* » de l'Archevêque de Canterbury

universitaire ou être un *solicitor* ou un *barrister*. Il doit suivre la formation professionnelle des notaires (*notarial practice course*) et prêter serment¹²⁹.

3. Les autres juristes d'entreprise

Le conseil juridique qui n'est pas une activité juridique réservée selon la *Legal Services Act* de 2007.

Ainsi, en Angleterre, tout professionnel peut fournir des conseils juridiques sans préjudice des restrictions imposées par le « *Legal Services Act* » de 2007 dans la mesure où, dans chaque cas, le professionnel veille à ne pas outrepasser ses limites en entrant dans le domaine d'une activité juridique réservée. Il arrive souvent par exemple que des comptables fournissent des conseils en matière fiscale, que des praticiens de l'insolvabilité conseillent en matière du droit de l'insolvabilité, que des secrétaires au sein des entreprises donnent des conseils portant sur des conditions imposées par le droit des sociétés et que des géomètres-experts prodiguent des conseils en matière immobilière, sans enfreindre le « *Legal Services Act* » de 2007.

II. LES LEGAL PROFESSIONAL PRIVILEGES

A. DÉFINITION

Le droit anglais reconnaît ces catégories suivantes de *legal privileges* et les concepts y afférents.

Legal Advice Privilege (« privilège » de la consultation juridique) protège les communications confidentielles, entre un représentant légal et un client, portant sur des conseils juridiques. Peu importe si la communication est directe entre le client et le conseiller juridique, ou si elle est faite par le biais d'un agent intermédiaire¹³⁰. Le principe est qu'un client devrait pouvoir obtenir des conseils juridiques en toute discrétion. Ce « privilège » est conçu et fonctionne au bénéfice du client et non de l'avocat.

Litigation privilege (« privilège » couvrant le contentieux) protège les communications confidentielles de documents entre un représentant légal ou un client et un tiers, lorsque ces documents sont dressés dans le but d'obtenir des conseils juridiques, pour aider à la conduite d'un contentieux en cours ou raisonnablement prévisible¹³¹. Encore une fois, ce « privilège » aussi est conçu et fonctionne au bénéfice du client et non de l'avocat.

Lawyers' Working Papers ou les documents de travail du juriste se trouvant en la possession du représentant légal d'une partie ne sont pas couverts en tant que tels par un « privilège ». Cependant, une série de documents assemblés ou dupliqués par le *solicitor* de

¹²⁹ Tel que prescrit par le « *Public Notaries Act* » 1843, art.7

¹³⁰ Arrêt *Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England (No 6)* [2005] 1 AC 610 at [50].

¹³¹ Arrêt *Waugh v British Railways Board* [1980] AC 521.

telle façon que cela permette de comprendre l'orientation des conseils qu'il a offert à son client sera couverte par le secret professionnel¹³².

Common Interest Privilege (le « privilège » d'intérêt commun) vient à l'appui d'un contentieux anticipé dans lequel plusieurs personnes ont un intérêt commun¹³³.

Privilege Without Prejudice (le « privilège » sans préjudice). Afin d'encourager le règlement amiable des différends, les communications entre les parties et leurs conseillers ayant véritablement pour but de rechercher un règlement amiable du litige sont protégées contre toute divulgation tant au présent que pour tout litige futur¹³⁴. Cela implique que les parties envisagent ou auraient raisonnablement envisagé un contentieux en cas de mésentente persistente¹³⁵. Ce « privilège » est levé lorsque la divulgation est nécessaire pour prouver l'existence d'un règlement amiable contesté. Dans toute autre circonstance, il s'agit d'un privilège dit commun, les parties ne peuvent y renoncer que d'un commun accord.

Privilege against self-incrimination (« privilège » contre l'auto-accusation) permet à une personne de s'opposer à la production d'un document ou de refuser de répondre à une question dès lors que ce document ou cette réponse pourrait l'exposer à des poursuites pénales, au paiement de pénalités ou à une confiscation¹³⁶. Si ce risque n'existe pas (aucune poursuite n'est envisageable), le privilège ne s'applique pas¹³⁷. Il connaît également certaines limites prévues par la loi¹³⁸. Lorsque le risque de poursuites est lié à une infraction commise sur le territoire national, le privilège est absolu. Par contre, face à un risque de poursuites hors du territoire national, le juge retrouve son pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'opportunité de la protection par le privilège et peut ordonner la production des informations ou des documents¹³⁹.

Public Interest immunity (l'immunité d'intérêt général), autrefois connu sous le nom de « *Secret de la Couronne* », n'est pas un privilège au sens strict, mais un devoir de rétention de renseignements ou de documents dès lors que leur divulgation serait préjudiciable à l'intérêt général. Souvent, le tribunal agira sur la base d'une attestation ministérielle (*Ministerial certificate*) indiquant les motifs pour lesquels la protection est réclamée¹⁴⁰.

B. CHAMP D'APPLICATION

1. Les activités juridiques réservées

Les quatre premiers types de privilèges présentés ci-dessus, que l'on peut appeler privilèges professionnels, protègent les communications avec les membres de la profession juridique, soit avec un large éventail de juristes, y compris les personnes physiques n'ayant

¹³² Arrêt *Lyell v Kennedy* (No. 3) (1884) 27 ChD 1 ; *In re RBS Rights Issue Litigation* [2017] 1 WLR 1991.

¹³³ Arrêt *Buttes Gas and Oil Co. v Hammer* (No. 3) [1981] QB 223.

¹³⁴ Arrêt *Ofulue v Bossert* [2009] UKHL 16

¹³⁵ Arrêt *Barnetson v Framlington Group Ltd* [2007] EWCA Civ 502

¹³⁶ Arrêt *Blunt v Park Lane Hotel Ltd* [1942] 2 KB 253; Civil Evidence Act 1968, s 14(1)

¹³⁷ *AT & T Istel Ltd v Tully* [1993] AC 45

¹³⁸ *Theft Act* 1968, art 31; *Senior Courts Act* 1981, art 72; *Banking Act* 1987, art 42; *Children Act* 1989, art 98 et *Fraud Act* 2006, art 13.

¹³⁹ Arrêt *Morris v Banque Arabe et Internationale d'Investissement* [2000] CP Rep 65

¹⁴⁰ Arrêt *Conway v Rimmer* [1968] AC 910.

pas la qualité de *solicitor* ni de *barrister*, mais qui sont habilitées à agir dans quatre des six domaines « d'activités juridiques réservées » régis par la *Legal Services Act 2007* (art. 190). Seules les activités dites notariales et l'administration des serments ne sont pas couvertes. Sont également couvertes les informations échangées en rapport avec certaines procédures relatives au brevet¹⁴¹.

2. L'activité des juristes d'entreprise

En Angleterre, il a été admis que le secret professionnel s'applique aux « *in-house lawyers* ». L'arrêt de principe en la matière est *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd v Commissioners of Customs and Excise* (n° 2¹⁴²) où une société a contesté un avis d'imposition émis par l'administration fiscale. Les circonstances de l'affaire établissaient sans conteste qu'un contentieux arbitral se préparait. En vertu de la législation applicable¹⁴³, l'administration fiscale était habilitée à enquêter sur la situation de la société. Au fur et à mesure que l'enquête progressait, son service juridique lui donnait des conseils sur la nature des documents à rassembler et les méthodes à employer. Tous les documents ont été préparés en connaissance du fait qu'ils seraient nécessaires en temps voulu, pour que l'administration fiscale bénéficie des conseils de son service juridique au sujet de l'arbitrage envisagé et pour les besoins de celui-ci.

Le juge de première instance, Forbes J.¹⁴⁴, avait décidé que les juristes salariés du service juridique de l'administration fiscale n'avaient pas le même statut que les *solicitors* indépendants, de sorte que le *legal professional privilege* ne s'appliquait pas. En appel¹⁴⁵, il en a été jugé autrement. Lord Denning MR a émis plusieurs raisons pour lesquelles les communications avec les *barristers* et les *solicitors* employés d'une société commerciale devraient être traitées de la même manière que les communications avec les mêmes professionnels ayant un exercice indépendant de la profession. Ainsi :

- ils sont considérés par la loi comme étant, à tous égards, dans la même situation que ceux qui exercent leur profession de manière libérale ;
- ils doivent se conformer aux mêmes codes de conduite émanant de la *SRA* pour les *solicitors* et du *BSB* pour les *barristers* et sont tenus aux mêmes obligations envers leurs clients et devant le tribunal, et notamment aux mêmes devoirs de discrétion, selon les mêmes codes de conduite ;
- ils doivent être considérés comme indépendants lorsqu'ils agissent pour leur employeur comme le ferait un juriste externe.

Le juge Denning a indiqué que dans sa longue carrière judiciaire, il a souvent statué dans des affaires où les pièces avaient été préparées par des *in-house lawyers* et où leur protection par le *legal privilege* n'avait jamais été remise en cause. Par ailleurs, il a souligné que si dans un cas particulier il s'avérait que l'on avait abusé du « privilège », il suffisait de demander au

¹⁴¹ *Patents Act 1977*, art. 103

¹⁴² [1974] AC 405

¹⁴³ Principalement le *Purchase Tax Act 1963*

¹⁴⁴ [1972] 2 All ER 353

¹⁴⁵ [1972] 2 QB 102

tribunal d'ordonner que le document lui soit remis¹⁴⁶ afin qu'il vérifie que ce document est effectivement protégé par le « privilège », en raison de sa nature. Sa décision a été confirmée à l'unanimité par la Chambre des Lords (aujourd'hui la Cour suprême) et son postulat a été admis comme principe en Angleterre depuis lors¹⁴⁷.

Dans l'arrêt *Goodridge v Chief Constable of Hampshire Constabulary*¹⁴⁸, la question était de savoir si la correspondance entre un client et son conseiller juridique était couverte par le privilège. Cela dépend du but de cette correspondance. La recherche de conseils juridiques est susceptible d'être couverte, mais la simple communication d'informations en vertu d'une obligation prévue par la loi a peu de chances d'être protégée.

Comme nous l'avons vu (§ 1 ci-dessus), de nos jours, cette règle va au-delà des seuls *solicitors* et *barristers* et s'applique aux *legal executives* et autres professionnels régis par la loi sur les services juridiques (*Legal Services Act 2007*).

3. L'activité juridique (seulement)

Néanmoins, le *legal privilege* est limité aux professions juridiques en Angleterre et par extension aux professions juridiques à l'étranger¹⁴⁹. Il ne s'applique pas aux professionnels non juristes tenus d'un devoir de confidentialité (tels les médecins ou les prêtres), ni aux professionnels non juristes qui peuvent accessoirement prodiguer des conseils juridiques. Ainsi, les conseils en droit fiscal fournis par un comptable ne sont pas couverts¹⁵⁰. Cela est dû au fait que le *legal privilege* tel que développé par le *Common Law* était seulement limité à diverses catégories de juristes (*lawyers*). De nos jours, toute extension devrait être soumise à l'approbation du Parlement.

4. Les communications avec le client (seulement)

Dès lors qu'un *solicitor* est engagé par une société, le « client » est, au sens strict, le personnel mandaté par la société pour engager les services du *solicitor* (*Three Rivers District Council v Bank of England (n° 5)*)¹⁵¹. Il s'agit en général du conseil d'administration de la société ou de la personne ou des personnes ayant reçu délégation de pouvoir pour traiter avec le *solicitor*¹⁵². Dans l'affaire citée, la Banque d'Angleterre avait mis en place une cellule d'enquête¹⁵³ et lui avait confié le traitement de ses communications. La cellule avait demandé l'assistance juridique d'un cabinet de *solicitors*. Il a été jugé que la cellule avait la qualité de « client » aux fins de la protection par le *legal advice privilege*, de sorte que les

¹⁴⁶ La règle. 31.19§6 du CPR confère un tel pouvoir

¹⁴⁷ *Blackstone's Civil Practice 2018* (Oxford: OUP), paragraphe 50.53; *Zuckerman on Civil Procedure* 3rd edn (London: Sweet & Maxwell 2013).

¹⁴⁸ [1999] 1 WLR 1558

¹⁴⁹ Arrêt *Wilden Pump Engineering Co v Fusfield* [1985] FSR 159.

¹⁵⁰ Arrêt *R (Prudential plc) v Special Commissioner of Income Tax* [2011] QB 669.

¹⁵¹ [2003] QB 1556

¹⁵² Arrêt *Director of the Serious Fraud Office v Eurasian Natural Resources Corp Ltd* [2017] 1 WLR 4205 at [92].

¹⁵³ Puisqu'il s'agissait d'une cellule d'enquête, le secret professionnel seulement applicable était celui couvrant la consultation juridique et non le contentieux. La Cour a décidé que le secret professionnel couvrant le contentieux s'appliquait à la procédure d'arbitrage (arrêt *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd v Commissioners of Customs and Excise (No. 2)* [1974] AC 405).

communications entre les *solicitors* engagés et tout autre administrateur de la Banque, soit-il le Gouverneur lui-même, n'étaient pas protégées.

Un commentaire académique¹⁵⁴ de l'arrêt *Three Rivers District Council v Bank of England* (n ° 5) souligne qu'il existe une distinction entre les groupes de dirigeants et d'employés d'une entreprise qui pourraient être expressément ou tacitement habilités à :

- a) donner des instructions au juriste et
- b) demander et obtenir des conseils juridiques de sa part.

Il peut s'agir des mêmes personnes ou de personnes distinctes pour les deux missions. Par exemple, pour une même affaire, les *in-house lawyers* peuvent être habilités à demander à des juristes externes de conseiller leur entreprise et le Conseil d'Administration peut être l'organe mandaté à recevoir ces conseils de juristes externes. Dans une telle situation, les instructions de l'équipe interne et les conseils du juriste externe sont protégés par le *legal advice privilege*¹⁵⁵.

Lorsqu'un employeur autorise certains de ses employés à fournir des renseignements relatifs à un litige à un juriste externe, le *legal advice privilege* ne couvre pas cette communication il n'existe pas de secret professionnel couvrant la consultation juridique, car l'employé n'a pas la qualité de « client ». Le client est l'entreprise et le simple fait d'être autorisé par l'entreprise à fournir des informations, ne donne pas à l'employé la qualité de « client ». En revanche, si le litige est raisonnablement prévisible et que les conditions du *litigation privilege* sont réunies, les communications avec l'employé seront protégées par ce « privilège ». Ces conditions pourraient ne pas être remplies, par exemple, en raison de l'absence d'un contentieux envisagé ou parce que l'objectif principal de la communication n'était pas d'obtenir des conseils juridiques.

Dans la pratique, l'on conseille aux entreprises clientes de nommer un groupe défini d'employés ou d'administrateurs qui auront la qualité de client lorsqu'il s'agira d'engager les services d'un *solicitor*. Pour garantir la protection par le « privilège » de toutes les communications/correspondances délicates, le *solicitor* doit s'assurer que le contexte juridique de sa prestation de services est clairement énoncé dans la convention d'honoraires. Il doit également informer l'entreprise cliente que les employés et les administrateurs ayant été définis comme « client » sont les seuls habilités à préparer les documents pour les besoins de la consultation juridique dans le cadre de la convention d'honoraires.

III. LA RÉDACTION D'ACTES

¹⁵⁴ *Thanki, The Law of Privilege* 3rd edn (Oxford: OUP, 2018).

¹⁵⁵ Arrêt *Director of the Serious Fraud Office v Eurasian Natural Resources Corp Ltd* [2017] 1 WLR 4205 at [84].

A. LES DIFFÉRENTES CATÉGORIES D'ACTES ÉCRITS

1. Actes dressés par toute personne

Deed. Alors qu'avant 1990¹⁵⁶ il nécessitait l'apposition d'un sceau, le *deed* est depuis un acte conclu par la signature d'une personne physique en présence d'un témoin qui atteste cette signature. L'acte peut également être dressé en présence d'une personne qui agit sur instruction de l'auteur de l'acte, dès lors que deux témoins sont présents. L'acte ainsi dressé est un *deed*¹⁵⁷. Il prend effet au moment de sa délivrance à l'autre partie. Son principal avantage est que la contrepartie, *consideration*, n'est pas nécessaire pour le contrat soit formé, alors que c'est une condition de validité de tout contrat.

Bien que les *solicitors* rédigent souvent les *deeds*, leur intervention n'est pas une condition de la validité de l'acte en tant que *deed*.

Signed writing (écrits signés). Cette forme est requise pour certains types de contrat.

Document in writing (acte passé par écrit). Par exemple, les conventions d'arbitrage doivent être passées par écrit, mais la signature n'est pas nécessaire pour que la *Arbitration Act*¹⁵⁸ s'applique.

Witness statement (déclaration de témoin). Il s'agit d'une déclaration écrite portant sur des faits, émanant d'un témoin de ces faits, et destinée à être utilisée comme moyen de preuve lors d'une procédure judiciaire. L'acte ainsi dressé comporte une « déclaration de vérité »¹⁵⁹, signée par son rédacteur.

Bien que les *solicitors* rédigent généralement ces documents signés par le témoin, ils peuvent être rédigés par toute personne, juriste ou non-juriste.

2. Actes dressés ou contresignés par les professionnels

Declaration¹⁶⁰. On y a généralement recours pour les changements de nom et pour les procédures relatives au passeport. L'acte (qui n'a qu'une seule partie) doit être dressé par un juriste qui n'est pas personnellement impliqué dans l'opération.

Affidavit et affirmation¹⁶¹. Ceux-ci sont très similaires aux déclarations des témoins, mais font officiellement l'objet d'une prestation de serment (ou « affirmation ») devant un juriste habilité à faire prêter serment en vertu du *Oaths Act* de 1978.

¹⁵⁶ Avant la réforme opérée par la *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act* 1989.

¹⁵⁷ *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act* 1989, art. 1.

la manière protocolaire de constituer un "deed" (apposition de cachet/double signature/signature unique en présence d'un témoin) conformément à la common law continue de s'appliquer aux deeds issus d'une institution-personne physique (l'Evêque par exemple) ou une personne morale (art. 1§10).

¹⁵⁸ *Arbitration Act* 1996, art. 5. À la lecture de l'art. 5(2)(a) la signature n'est pas requise

¹⁵⁹ CPR, règle 32.8 et partie 22

¹⁶⁰ *Statutory Declarations Act* 1835, art. 7

¹⁶¹ CPR, règles. 32.15 et 32.16. les « affidavits » et « affirmations » peuvent être prises par tout « lawyer » qui n'est pas impliqué dans l'affaire et qui est habilité à faire prêter serment en vertu du Legal Services Act de 2007, tels que les « solicitors » et avocats, les commissaires aux serments et certains juge de Cours supérieures et de la County Court et des juges de paix (voir PD 32, paragraphe 9.1 et *Commissaire for Oaths Acts* 1889 et 1891)

Private notarial act (acte notarié privé). Le notaire authentifie le document qui lui est présenté, le convertissant ainsi en acte notarié.

Public notarial act (acte notarié public). L'acte est établi par le notaire comme un récit, exposant le contenu que les parties souhaitent voir enregistrer, leur identité et le fait qu'elles ont été dûment informées du contenu de l'acte¹⁶².

Deposition. Les « dépositions » sont dressées par un examinateur du tribunal. Ce sont des rapports formels de témoignages, servant de moyen de preuve lors de la procédure judiciaire. Une partie qui souhaite voir constituer ce moyen de preuve doit demander au tribunal d'ordonner¹⁶³ que la preuve soit enregistrée par le biais d'une déposition. Un examinateur est alors nommé. Il reçoit la preuve selon les règles de la procédure judiciaire et l'enregistre dans son intégralité¹⁶⁴.

B. LEUR FORCE PROBANTE

En Angleterre, la valeur probatoire d'un document dépend de toutes les circonstances de l'affaire, bien qu'il existe des règles spéciales relatives à la recevabilité des preuves. Par exemple, un acte notarié sera jugé recevable sans besoin d'établir qu'il a été dûment authentifié conformément aux exigences de la loi. La preuve contraire est admise¹⁶⁵. Par contre, pour qu'une déclaration contenue dans un autre type de document soit jugée recevable comme preuve dans une procédure civile, il faut :

- a) produire le document ou
- b) produire une copie de ce document ou d'une partie essentielle de celui-ci, authentifiée selon les règles de la procédure civile¹⁶⁶.

Dans la procédure civile, le traitement des demandes relève de l'un des trois modes de traitement des affaires judiciaires (*case management track*). Par exemple, la plupart des demandes de dommages et intérêts supérieurs à 10 000 livres relèvent de la catégorie *fast-track* ou *multi-track*. Dans ces cas, une étape de la procédure judiciaire consiste pour les parties à se communiquer les pièces importantes en leur possession (documents utiles ou défavorables¹⁶⁷). La règle 32.19 de la *Civil Procedure Rules (CPR)* prévoit qu'une partie est réputée admettre la véracité de tous les documents qui lui sont divulgués en vertu de la *CPR*, 31^e partie, à moins qu'elle ne réclame la preuve de la véracité d'une pièce en particulier. Cela signifie que chaque partie est réputée admettre que tous les documents présentés par la partie adverse sont véridiques à moins qu'elle ne formule une demande de preuve de cette véracité. En outre, la *Practice Direction* (39A, § 3.9) exige que les parties conviennent de « *trial*

NB: L'affirmation en droit anglais est une déclaration faisant foi sans référence faite à un être suprême alors que le serment (« *oath* ») est une déclaration faisant foi mentionnant un être suprême (« *so help me God* »). Il est dit que l'affirmation est une option de déclaration faisant foi offerte aux non-croyants. <http://www.bbc.com/news/magazine-32809040>

¹⁶² *Halsbury's Laws of England* 5th edn (LexisNexis: London 2015) vol 66, para 1041.

¹⁶³ CPR, règle. 32.8.

¹⁶⁴ CPR, règle 32.9

¹⁶⁵ CPR, règle 32.20

¹⁶⁶ *Civil Evidence Act* 1995, art. 8§1

¹⁶⁷ CPR, Partie 31

bundles »¹⁶⁸ avant le procès et s'accordent, autant que possible, sur la véracité des pièces même si celles-ci ne répondent pas aux exigences de la 31^e partie de la *CPR*. Les pièces du « *trial bundle* » font preuve de leur contenu, à moins que le tribunal n'en décide autrement ou qu'une partie conteste la recevabilité de certaines pièces (*Practice Direction* 32, § 27.2).

L'ensemble de ces règles doivent être comprises à la lumière de la nécessité de traiter les affaires de manière équitable et à un coût proportionné¹⁶⁹, et des pouvoirs étendus dont disposent les juges lors du procès¹⁷⁰. Néanmoins, le droit anglais moderne et la pratique judiciaire ont délaissé les règles techniques portant sur la recevabilité, au point où la preuve, y compris les pièces versées au dossier, sont évaluées en fonction du fond et non de la forme.

Nous pouvons conclure qu'il n'y a pas véritablement de hiérarchie des actes (au sens *instrumentum*) en Angleterre. Par exemple, il n'y a pas vraiment de différence entre le poids ou l'effet d'une déclaration de témoin et d'un *affidavit*, dans la mesure où toute fausse déclaration est passible des mêmes peines que l'outrage à magistrat¹⁷¹.

Dans de nombreuses situations, la *common law*, l'équité ou la loi exigeront un type particulier d'acte. Par exemple, les lois de Halsbury (*Halsbury's Laws*)¹⁷² indiquent les situations où des *deeds*, des écrits signés ou d'autres catégories d'actes juridiques sont requis. Les actes (au sens de *negotium*) accomplis en violation de ces règles sont inefficaces. Les *deeds* sont requis pour un certain nombre de transactions immobilières¹⁷³. Un accord écrit est nécessaire pour les contrats de crédit à la consommation¹⁷⁴, les cessions de droits¹⁷⁵ (*legal assignments*) prévues par la loi et les garanties¹⁷⁶. Ce ne sont que des exemples.

Au fil du temps, diverses tendances, mêmes contradictoires, se sont manifestées. Selon une de ces tendances, il ne fallait pas imposer de formalités inutiles dans les transactions commerciales. À un moment donné, un contrat de vente de marchandises valant plus de 10£ devait être écrit. Cette exigence a été abolie il y a plus de 100 ans. De nos jours, les transactions en ligne sont courantes. Cela a évidemment conduit à une utilisation réduite des lettres de change, en faveur des virements électroniques (réduisant la tâche des notaires dans ce domaine), mais aussi à des cessions d'immeubles par voie électronique¹⁷⁷ et à la délivrance de documents judiciaires en ligne¹⁷⁸. Selon une autre tendance, les politiques de protection

¹⁶⁸ Ensemble de pièces préparées à être utilisées au procès. Pour en savoir plus <https://www.ein.org.uk/bpg/chapter/27>

¹⁶⁹ *CPR*, règle 1.1

¹⁷⁰ Il s'agit du pouvoir d'étendre le délai des objections (*CPR*, règle. 3.1), d'excuser les vices de procédure (r. 3.10) et d'exercer un contrôle sur l'ensemble des preuves (r. 32.1). Ce dernier comprend le pouvoir de diriger l'administration de la preuve au tribunal.

¹⁷¹ *CPR*, r. 32.14

¹⁷² *Halsbury's Laws of England* 5th edn (LexisNexis: London 2012) vol 32, para 210 et suivants

¹⁷³ *Law of Property Act* 1925

¹⁷⁴ *Consumer Credit Act* 1974, art. 60, 61 et 65

¹⁷⁵ *Law of Property Act* 1925, art. 136.

Nb: il s'agit d'une cession par laquelle une personne, le titulaire d'une créance ou de tout avantage lié à une créance en vertu d'un contrat, transfère cette créance ou cet avantage à un tiers. Pour en savoir plus [https://uk.practicallylaw.thomsonreuters.com/1-107-6442?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallylaw.thomsonreuters.com/1-107-6442?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)

¹⁷⁶ *Statute of Frauds* 1677, art. 4

¹⁷⁷ Le *Land Registration Act* 2002, Partie 8, contient la disposition autorisant cela.

¹⁷⁸ PD 51R et PD 51S sont des programmes de services judiciaires en ligne

des consommateurs vont plutôt dans le sens inverse, exigeant généralement que les contrats soient fournis par écrit au consommateur.

Dans certains cas, l'on peut choisir la forme de l'acte juridique à être utilisé. Par exemple, le plus souvent, les contrats peuvent être conclus soit oralement, soit par écrit soit par un *deed* (ce dernier offrant l'avantage que la contrepartie, *consideration*, n'est pas nécessaire pour le contrat soit formé, cf. ci-dessus).

Conclusion

En Angleterre, les *barristers* agissent principalement en tant que représentants à la Cour et au *tribunal*, tandis que les *solicitors* offrent une gamme de services juridiques aux clients généralement au sein de leurs cabinets. La profession juridique anglaise est en fait beaucoup plus sophistiquée que ne le suggère cette simple dichotomie, avec un éventail de différents praticiens. Bien qu'il n'existe pas d'équivalent exact au juriste d'entreprise français en Angleterre, les *in-house lawyers* représentent une large proportion de la profession juridique. Les *in-house lawyers* exercent l'une des professions du droit et sont soumis aux règles de déontologie prescrites par l'autorité de réglementation de cette profession.

Contrairement à la position adoptée en France et établie par *AM & S Europe Limited contre Commission des Communautés européennes, affaire 155/79*, le secret professionnel en Angleterre protège les communications avec les *in-house lawyers* de la même manière que les *lawyers* qui exercent leur profession de manière libérale.

Il existe toujours une profession notariale en Angleterre, mais les activités du notaire sont beaucoup plus limitées que dans les pays de droit civil.



LE CONSEIL JURIDIQUE : EXERCICE EN ENTREPRISE, SECRET PROFESSIONNEL ET RÉDACTION D'ACTES

EN BELGIQUE

I. LE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE

A. LES PROFESSIONNELS POUVANT FOURNIR DU CONSEIL AUX ENTREPRISES

A titre préalable, il convient de souligner qu'à la différence du droit français, la loi belge ne réglemente pas le conseil juridique. En d'autres termes, le droit belge ne connaît pas l'équivalent de l'article 54 de la loi française n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Quiconque peut donc donner des conseils juridiques, y compris en entreprise.

Ceci étant, les membres de différentes professions juridiques réglementées donnent des conseils juridiques et sont, en vertu de la loi, autorisés à exercer certaines activités. Ces professions juridiques et les activités particulières qui s'y rapportent sont présentées ci-dessous.

Les avocats¹⁷⁹ jouissent du monopole de la plaidoirie. En effet, l'article 429 du Code judiciaire dispose que les avocats « *peuvent plaider devant toutes les juridictions du Royaume sans préjudice des dispositions particulières relatives à la Cour de cassation* »¹⁸⁰. Conformément à l'article 440 du Code judiciaire, « *devant toutes les juridictions, sauf les exceptions prévues par la loi, seuls les avocats ont le droit de plaider* ». Il convient également de noter que les avocats disposent, en vertu du même article 440 du Code judiciaire du mandat *ad litem* : « *l'avocat comparaît comme fondé de pouvoir sans avoir à justifier d'aucune procuration sauf lorsque la loi exige un mandat spécial* ». Le mandat *ad litem* recouvre en principe tous les actes de procédure : droit de conclure, d'exercer un recours, de déposer des requêtes et mémoires, d'assister aux enquêtes et expertises, de soulever des incidents et d'y répondre ainsi que de plaider. Enfin, la relation entre l'avocat et son client est protégée par le secret professionnel visé à l'article 458 du Code pénal et consacré par les articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Nous y reviendrons ci-dessous (II).

Les notaires¹⁸¹ sont des officiers publics qui ont pour mission d'assurer la sécurité juridique. En vertu de l'article 1 de la loi de Ventôse an XI contenant organisation du notariat, « *les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de*

¹⁷⁹ En Belgique, la profession d'avocat est organisée en deux ordres communautaires : l'Orde van Vlaamse Balies (OVB) (en français : l'Ordre des barreaux flamands) (www.advocaat.be) et l'Ordre des barreaux francophones et germanophones (OBFG ou Avocats.be) (www.avocats.be). Ces deux Ordres communautaires disposent en substance de la compétence réglementaire : ils ont la compétence d'adopter les règlements qui organisent la profession. A côté des Ordres communautaires, l'on trouve les Ordres dits locaux à la tête desquels se trouvent les bâtonniers (par exemple l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles : www.barreaudebruxelles.be). Les avocats sont inscrits à un Ordre local. Les différents Ordres locaux sont membres des Ordres communautaires. Il n'existe plus d'Ordre national des avocats.

¹⁸⁰ Seuls les avocats inscrits au barreau de Cassation peuvent plaider devant la Cour de cassation (sauf en matière pénale).

¹⁸¹ Toutes les informations relatives à l'organisation de la profession de notaire peuvent être trouvées sur le site de la Fédération royale du notariat belge : www.notaire.be.

l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. Sous réserve des droits de l'autorité publique, ils ont seuls qualité pour procéder aux ventes publiques d'immeubles, de rentes et de créances hypothécaires. Ces ventes ne peuvent se faire qu'au plus offrant et dernier enchérisseur ».

En vertu de l'article 4 de la loi du 1^{er} mars 2000 créant un Institut des juristes d'entreprise, **les juristes d'entreprise**¹⁸² fournissent en faveur de l'entreprise pour laquelle ils travaillent des études, des consultations, rédigent des actes, conseillent et prêtent assistance en matière juridique et assument principalement des responsabilités se situant dans le domaine du droit. L'article 5 de cette même loi dispose que : « *Les avis rendus par le juriste d'entreprise, au profit de son employeur et dans le cadre de son activité de conseil juridique, sont confidentiels* ». Nous y reviendrons (II).

B. LES STATUTS PROFESSIONNELS

1. Les avocats

En principe, l'avocat doit être indépendant (au sens du statut social).

La question de l'indépendance est abordée différemment par les deux barreaux belges, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone (OBFG ou AVOCATS.BE) et l'Ordre des avocats néerlandophones (*Orde van vlaamse balies*, OVB).

L'OVB ne fait pas de distinction entre l'indépendance au sens déontologique du terme (l'indépendance intellectuelle) et l'indépendance au sens du statut social. L'avocat doit être indépendant. Le Code de déontologie de l'OVB interdit à l'avocat d'être lié par un contrat de travail.

L'OBFG n'a pas adopté une telle interdiction. Si le Code de déontologie consacre l'indépendance au sens déontologique, il n'en va pas de même pour l'indépendance au sens du statut social pour laquelle le Code de déontologie ne prévoit rien. Ainsi, l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles admet qu'un avocat inscrit à la liste des avocats européens soit lié par un contrat de travail pour autant que cela soit autorisé par son barreau d'origine.

2. Les juristes d'entreprise

Le droit belge connaît une claire distinction entre les avocats et les juristes d'entreprise. La profession d'avocat est, en vertu de la loi (plus précisément du Code judiciaire), une profession auto réglementée. La profession de juriste d'entreprise est régie par une loi particulière : la loi du 1^{er} mars 2000 créant un Institut des juristes d'entreprise. Ces professions sont incompatibles : une personne ne peut être à la fois avocat et juriste d'entreprise. Le juriste d'entreprise ne peut être membre d'un Ordre d'avocats.

Afin de s'adapter aux besoins des entreprises, les Ordres français et néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles et l'Institut des juristes d'entreprise ont conclu le 27 septembre 2010 un protocole sur « *le détachement en entreprise* ». Ce protocole a pour objet d'organiser le travail de l'avocat détaché en entreprise qui est défini à l'article 1 comme :

¹⁸² Toutes les informations relatives à la profession de juriste d'entreprise peuvent être trouvées sur le site de l'Institut des juristes d'entreprise : www.ije.be.

« l'avocat qui exerce sa mission d'avocat, en tout ou en partie, à durée déterminée dans l'entreprise, dans des conditions impliquant une certaine forme d'intégration au sein de celle-ci ». L'article 3.1 de ce texte précise que « pendant la durée du détachement, tant l'avocat détaché que le juriste d'entreprise restent intégralement soumis à leurs règles professionnelles ainsi qu'à leur déontologie et à leur régime disciplinaire respectifs, ceux-ci restant d'application ». Afin d'éviter toute confusion, l'avocat détaché en entreprise doit clairement apparaître comme avocat et non comme juriste d'entreprise. Le protocole formule quelques recommandations à cet égard : l'avocat détaché doit signer tout document en sa qualité d'avocat détaché (et non au nom de l'entreprise), il doit avoir une adresse e-mail qui se distingue de celle de tout employé de l'entreprise.

Les deux Ordres d'avocats bruxellois ayant pris l'initiative sur ce sujet ont conclu le protocole, les Ordres communautaires ont réagi en adoptant des règlements.

Par un règlement du 27 janvier 2016¹⁸³, l'OVb a introduit une section III.1.9 à son Code de déontologie. Le texte prévoit notamment que le détachement au sein d'une entreprise doit faire l'objet d'un contrat écrit, soumis au bâtonnier avant le début effectif du détachement, que l'avocat détaché reste soumis à la déontologie pendant son détachement, ce qui implique notamment le respect du caractère confidentiel de ses contacts avec l'entreprise et les autres avocats, mais aussi qu'il doit, dans le cadre de son détachement, veiller à ne commettre aucun acte pouvant donner lieu à confusion. Ainsi doit-il indiquer qu'il est avocat, qu'il doit s'abstenir de signer un document sur lequel figure le logo ou l'en-tête de l'entreprise au sein de laquelle il exerce son détachement et doit-il veiller à ne pas utiliser une adresse e-mail de cette entreprise. Ce texte est fort restrictif et a donc été largement critiqué.

Le 11 juin 2018, l'OBFG a adopté un règlement insérant diverses dispositions sur « l'avocat en entreprise »¹⁸⁴. Ce texte porte sur l'exercice de l'activité de l'avocat en entreprise (à savoir l'activité classique de l'avocat qui se rend ponctuellement ou habituellement chez son client) et sur l'avocat détaché en entreprise. L'article 4.106 dispose que : « l'avocat est détaché en entreprise lorsqu'il exerce, pour le compte d'une association d'avocats dont il fait partie ou pour son propre compte, des activités d'avocat au sein d'une entreprise, dans les locaux de celle-ci ou à partir de son infrastructure, pour l'accomplissement d'une mission déterminée ou pour un temps limité ». En vertu de l'article 4.109 : « l'avocat détaché en entreprise s'assure qu'il peut exercer son activité en conservant une totale indépendance structurelle et fonctionnelle vis-à-vis de l'entreprise et ne peut, en particulier, accepter aucun rapport de subordination vis-à-vis de l'entreprise. L'avocat détaché en entreprise prend les dispositions nécessaires pour éviter toute possibilité de confusion entre sa personne et l'entreprise pour le compte de laquelle il exerce son activité. Si l'avocat entretient, lors de son activité professionnelle en entreprise, des contacts avec des tiers, il se présente exclusivement comme avocat et n'utilise aucun support de communication susceptible de créer l'apparence d'un lien structurel entre lui et l'entreprise pour le compte de laquelle il exerce son activité ». Le texte prévoit également que l'avocat détaché s'assure que son secret professionnel est bien respecté.

¹⁸³ Publié au Moniteur belge le 4 février 2016, p. 8224.

¹⁸⁴ Ce règlement n'a pas encore été publié au Moniteur belge. Il n'est donc pas encore entré en vigueur.

C. LES FORMATIONS PROFESSIONNELLES

1. Les avocats

Les conditions d'accès à la profession. L'article 428 du Code judiciaire dispose que : « *nul ne peut porter le titre d'avocat ni en exercer la profession s'il n'est belge ou ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne¹⁸⁵, porteur du diplôme de docteur ou de licencié en droit, s'il n'a prêté le serment visé à l'article 429 et s'il n'est inscrit au tableau de l'Ordre ou à la liste des stagiaires. Il peut être dérogé à la condition de nationalité dans les conditions visées par le Roi, sur l'avis de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone et de l'Ordre van Vlaamse Balies. (...)* ». En ce qui concerne l'exigence liée au diplôme, il va de soi que le Master satisfait à cette exigence. Les critères d'admission à l'Ordre sont l'honorabilité, la dignité et l'aptitude du demandeur à exercer la profession d'avocat.

Le stage et ses obligations (dont la formation initiale). L'avocat inscrit à la liste des stagiaires a l'obligation de fréquenter le cabinet d'un maître de stage, de suivre des audiences, de participer aux permanences d'aide juridique et aux exercices de plaidoiries organisés par l'Ordre ainsi que de suivre l'enseignement professionnel organisé à son intention et de présenter les épreuves qui conduisent à l'obtention de certificat d'aptitude à exercer la profession d'avocat. L'article 435 du Code judiciaire dispose que les obligations du stage sont déterminées par le conseil de l'Ordre sans préjudice des pouvoirs attribués aux Ordres communautaires. L'article 3.13 du Code de déontologie de l'OBFG précise que le stagiaire consacre au moins 75 heures par mois à l'instruction des dossiers qui lui sont confiés par son maître de stage. L'article 3.14 du même Code porte sur l'organisation des cours de formation professionnelle qui contient un tronc commun obligatoire (déontologie, organisation du cabinet, pratique de la procédure civile, pratique de la procédure pénale et aide juridique) et un minimum de trois matières complémentaires choisies parmi différentes options (délais et prescriptions en toutes matières, droit familial, droit de la responsabilité, droit commercial, droit fiscal, droit social, droit des étrangers, droit des baux, droit des personnes protégées, droit de la jeunesse, pratiques des technologies de l'information et de la communication, droit administratif, modes alternatifs de règlement des conflits, communication écrite et orale). L'ensemble des cours doit totaliser un minimum de 80 heures¹⁸⁶. L'article 434 du Code judiciaire prévoit que, pour être admis au tableau de l'Ordre, il est nécessaire d'avoir accompli trois ans de stage.

La formation continue. La matière est également régie par les Codes de déontologie des Ordres communautaires. Conformément à l'article 3.26 du Code de déontologie, l'avocat inscrit au tableau ou à la liste des avocats communautaires ou, depuis deux ans, à la liste des stagiaires, doit justifier d'une formation continue effective. Pour ce faire, il doit, chaque année, obtenir 20 points de formation. Les formations pour lesquelles des points sont accordés doivent bénéficier d'un agrément octroyé par l'OBFG. La formation peut prendre la forme soit

¹⁸⁵ L'arrêté royal du 24 août 1970 permet de déroger à la condition de nationalité dans certaines conditions. L'article 428bis du Code judiciaire permet d'assimiler les ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, porteurs d'un diplôme étranger, moyennant la réussite d'une épreuve d'aptitude organisée par les Ordres communautaires. L'article 432 du Code judiciaire prévoit que le conseil de l'Ordre décide de l'inscription au tableau de l'Ordre, à la liste des stagiaires et à la liste des avocats qui exercent leur profession sous le titre professionnel d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

¹⁸⁶ L'OVB a adopté des règles comparables.

d'une assistance ou participation à des colloques, journées d'étude, recyclages, séminaires, formations, en ligne, etc. soit de travaux juridiques nécessitant un complément de formation particulier. L'avocat établit librement le programme de la formation. L'OVV dispose d'un système comparable dans son principe.

Le titre de spécialiste. La matière est régie par les Code de déontologie des ordres communautaires. L'article 4.63 du Code de déontologie de l'OBFG définit le spécialiste comme « *l'avocat qui a la connaissance, l'expérience et la pratique approfondie d'une matière spécifique du droit* ». L'avocat peut faire état d'une spécialisation dans deux matières dont la nomenclature est reprise dans une annexe du Code de déontologie. L'avocat qui désire faire état d'une spécialisation doit être inscrit au tableau de l'Ordre depuis cinq ans au moins (sauf circonstances exceptionnelles à apprécier par le conseil de l'Ordre), constituer un dossier justifiant ses titres et mérites relatifs à la spécialisation et suivre l'évolution de la matière concernée. Le conseil de l'Ordre décidera d'attribuer ou non le titre de spécialiste. En cas de refus, un recours est organisé devant une commission d'appel constituée par le président de l'OBFG.

L'inscription à l'Ordre. Conformément à l'article 428 du Code judiciaire précité, l'inscription à la liste des stagiaires, au tableau ou à la liste des avocats européens est requise pour exercer la profession d'avocat. Précisons que l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles compte aussi des avocats inscrits à la liste dite « B ». Il s'agit d'avocats qui ne sont inscrits ni à la liste des stagiaires, ni au tableau ni à la liste des avocats européens et qui sont inscrits à un Ordre qui a conclu une convention avec l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles. Ils sont pour la plupart des avocats américains ou africains qui travaillent à Bruxelles. Ils doivent exercer leur profession sous leur titre d'origine et ne peuvent pas donner d'avis en droit belge ou plaider devant les juridictions belges. Les syndicats d'avocats tels qu'ils existent en France n'existent pas en Belgique. Il existe bien des organisations d'avocats (peu nombreuses). Elles ne sont pas représentées en tant que telles au sein des instances ordinales.

2. Les juristes d'entreprise

Les conditions d'accès à la profession. En vertu de l'article 4 de la loi du 1^{er} mars 2000, « l'Institut confère la qualité de membre de l'Institut des juristes d'entreprise à toute personne physique qui en fait la demande et qui remplit les conditions suivantes : 1° être titulaire du diplôme de docteur ou de licencié en droit ou en notariat, ou d'un diplôme étranger équivalent; 2° être liée, par un contrat de travail ou un statut, à une entreprise publique ou privée exerçant en Belgique une activité économique, sociale, administrative ou scientifique, en ce compris les fédérations d'entreprises; 3° fournir, en faveur de cette entreprise, des entreprises qui lui sont liées, des fédérations d'entreprises ou des membres de ces fédérations d'entreprises, des études, des consultations, rédiger des actes, conseiller et prêter assistance en matière juridique; 4° assumer principalement des responsabilités se situant dans le domaine du droit ».

La formation initiale. La loi a confié à l'Institut des juristes d'entreprise la mission d'organiser la déontologie de la profession. L'Institut a donc adopté un Code de déontologie. Chaque membre est tenu de suivre la formation de déontologie dans les 3 années à compter de l'année suivant l'année de son acceptation par le conseil. La loi ne prévoit pas d'exigence particulière en matière de formation continue.

II. LE SECRET PROFESSIONNEL

A. LES PRINCIPES DU DROIT INTERNE

1. Le secret professionnel de l'avocat

Les relations entre l'avocat et son client sont protégées par le secret professionnel.

L'on enseigne traditionnellement que les fondements du secret professionnel sont de nature morale (l'avocat ne peut trahir la confiance du client qui lui confie une confidence), déontologique (le secret est de l'essence même de la profession d'avocat), contractuelle ou sociale (l'avocat et le client nouent un contrat ; il y va de l'intérêt de la société que le professionnel qu'est l'avocat bénéficie des garanties de confiance et de crédibilité nécessaires) et légale (l'article 458 du Code pénal, même s'il ne nomme pas les avocats, s'appliquent à ceux-ci).

Code pénal belge, Art. 458.

Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) et celui où la loi, le décret ou l'ordonnance les oblige ou les autorise]¹ à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende de cent euros à mille euros ou d'une de ces peines seulement.

Il est unanimement admis que le secret professionnel est d'ordre public, même s'il connaît des exceptions telles que celles qui, par exemple, touchent au conflit de valeurs (préservation de la vie humaine, état de nécessité). Une motion de l'OBFG du 18 mai 2017 précise : « *L'avocat ne s'associe en aucune façon aux activités délictuelles éventuelles de son client. En revanche, il ne peut être contraint de révéler des informations couvertes par le secret professionnel qu'il détient que lorsque celles-ci révèlent un péril imminent, grave et certain, qu'il ne peut lui-même pallier.* »

Les relations entre les avocats¹⁸⁷ sont protégées par la confidentialité (et non par le secret professionnel). La matière est régie par les articles 6.1 et suivants du Code déontologie de l'OBFG relatifs à la correspondance échangée entre les avocats. Le Code de déontologie de l'OVB contient des dispositions rigoureusement identiques de telle sorte que les relations entre avocats belges sont régies par les mêmes règles.

L'article 6.1 consacre le principe selon lequel la correspondance entre les avocats est confidentielle. Cette règle est interprétée de telle sorte qu'elle n'est pas limitée aux écrits. La confidentialité s'applique à tous les échanges entre avocats.

L'article 6.2 vise cinq exceptions à la confidentialité. Ces exceptions sont interprétées de manière stricte. Le bâtonnier est seul juge de l'application loyale de l'article 6.2. Ainsi, n'est

¹⁸⁷ Il est ici question des relations entre les avocats belges.

pas couverte par la confidentialité : « 1° toute communication qui constitue un acte de la procédure ou en tient lieu ; 2° toute communication qui, qualifiée expressément non confidentielle, manifeste un engagement unilatéral et sans réserve ; 3° toute communication faite sans réserve et à titre non confidentiel, à la demande d'une partie, pour être portée à la connaissance d'une autre, à condition que le destinataire de la lettre l'accepte expressément comme non confidentielle ; 4° toute communication écrite, qualifiée non confidentielle, contenant exclusivement une articulation de faits précis ou la réponse à cette articulation ; et qui remplace soit un exploit d'huissier, soit une communication de partie à partie ; 5° toute communication, fût-elle faite à titre confidentiel au nom d'une partie, lorsqu'elle contient des propositions précises acceptées sans réserve au nom de l'autre partie ».

A la différence de ce qui vient d'être exposé, la règle est inversée pour la correspondance entre avocats dont l'un est mandataire de justice (par exemple, curateur, de faillite ou administrateur judiciaire) : une telle correspondance sera officielle.

2. La confidentialité des avis du juriste d'entreprise

En Belgique, la confidentialité des avis des juristes d'entreprise est reconnue par l'article 5 de la loi du 1^{er} mars 2000 créant un Institut des juristes d'entreprise.

Loi du 1er mars 2000 créant un Institut des juristes d'entreprise, Art. 5.

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

Dans son arrêt du 5 mars 2013, la Cour d'appel de Bruxelles¹⁸⁸ a confirmé que « le législateur fédéral belge a opté pour l'instauration du principe de la confidentialité nonobstant l'existence d'une relation d'emploi (...). Dès lors, une mesure d'ingérence attentatoire à la confidentialité instaurée par l'article 5 de la loi créant l'Institut des juristes d'entreprise, émanant de l'autorité de concurrence est illégale ». La Cour de cassation a validé cette analyse dans son arrêt du 22 janvier 2015¹⁸⁹.

Nous pouvons utilement rappeler ici qu'à l'époque de la préparation de cette loi, la proposition de loi initiale visait la personne du juriste d'entreprise alors que le texte légal adopté vise uniquement les avis de celui-ci ; la proposition de loi se référait explicitement à l'article 458 du Code pénal alors que cette référence a disparu dans le texte adopté par le législateur¹⁹⁰.

Bien que protégés, les avis des juristes d'entreprise le sont par la confidentialité (loi de 2000) et non par le secret professionnel (code pénal). Dans l'arrêt suscité, la cour d'appel a retenu que l'art. 508 du code pénal ne s'applique qu'au « confident nécessaire », à savoir celui à qui les personnes s'adressent pour la fourniture d'une prestation, parce que la loi les oblige de s'adresser à lui. Or, les juristes d'entreprise inscrits à l'Institut des juristes d'entreprise exercent au sein des entreprises des fonctions qui ne leur sont pas réservées (de simples

¹⁸⁸ Bruxelles, 5 mars 2013, *JLMB*, 2013/21, p. 1140, § 60-61. Voyez aussi, Bruxelles, 13 mars 2013.

¹⁸⁹ Cass. 22 janvier 2015, *Juridat*, C.13.0602.F.

¹⁹⁰ B. Nyssen, Confidentialité des avis et secret professionnel du juriste d'entreprise : une jurisprudence récente éclairante, *Cahier du juriste*, n° 2015/2.

juristes ou des avocats peuvent fournir les mêmes prestations) ; ils ne sauraient être qualifiés de « confidentiels nécessaires » ni bénéficier du secret professionnel.

La confidentialité ne concerne que les avis rendus par le juriste d'entreprise au profit de son employeur et dans le cadre de son activité juridique (y compris néanmoins la correspondance relative à cet avis, les projets d'avis et les documents préparatoires, cf. CA Bruxelles précitée), alors que l'assiette du secret professionnel de l'avocat, confiance reçue par l'avocat dans son activité de conseil ou de défense est plus large (toute information reçue et fournie par l'avocat agissant en sa qualité d'avocat, dans l'activité de conseil juridique, lors d'une procédure judiciaire ou de tout litige en général, pour déterminer les droits et obligations du client).

B. LES PRINCIPES DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET LEUR ARTICULATION AVEC LE DROIT INTERNE

Dans l'affaire AM&S¹⁹¹, la société AM&S contestait une décision de la Commission européenne l'enjoignant de présenter certains documents dans le cadre d'une inspection concurrence, en invoquant le respect du principe de confidentialité de la correspondance entre avocats et clients. La Cour de Justice de l'Union européenne a considéré que si la Commission était habilitée à se faire présenter les documents professionnels qu'elle estime nécessaire de connaître, y inclus la correspondance entre avocat et client, pour la poursuite d'éventuelles infractions au droit de la concurrence, ce pouvoir rencontre cependant une limite dans l'exigence du respect de la confidentialité. A cet égard, la Cour a décidé que la confidentialité des correspondances doit être respectée lorsque (1) il s'agit de correspondances échangées aux fins du droit de la défense du client et que (2) cette correspondance émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire non liés au client par un rapport d'emploi.

Dans l'affaire Hilti¹⁹², le tribunal de l'Union Européenne a précisé que le champ d'application matériel de la confidentialité couvre, outre la correspondance échangée avec un avocat indépendant aux fins de l'exercice des droits de la défense du client, les notes internes diffusées au sein d'une entreprise qui se bornent à reprendre le texte ou le contenu des communications avec des avocats indépendants contenant des conseils juridiques.

Dans l'arrêt Akzo Nobel Chemicals Ltd¹⁹³, le tribunal a étendu le champ d'application de la confidentialité aux documents préparatoires qu'un client dresse exclusivement aux fins de demander un avis juridique à un avocat, dans l'exercice des droits de la défense. La nature de ces documents doit résulter de façon univoque du contenu des documents eux-mêmes ou du contexte dans lequel ces documents ont été préparés et trouvés dès lors que le tribunal considère que le simple fait qu'un document ait été l'objet de discussions avec un avocat ne saurait suffire à lui attribuer cette protection.

Dans des pays comme la Belgique, cette situation génère une grande insécurité. Ainsi, selon que les enquêteurs de l'Autorité de la concurrence travaillent dans le cadre d'un mandat européen ou national, les règles qui s'appliquent en matière de confidentialité des avis des juristes d'entreprise sont différentes. Ce qui ne sera pas opposable à la Commission

¹⁹¹ CJUE, *AM&S Europe Ltd*, 18 mai 1982, aff. 155/79, ECLI:EU:C:1982:157.

¹⁹² TUE, ordonnance du 4 avril 1990, aff. T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70.

¹⁹³ TUE, 17 septembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd / Commission*, affaires jointes T-125/03 et T-253/03, ECLI:EU:T:2007:287.

européenne ou aux enquêteurs belges travaillant dans le cadre d'un mandat européen le sera aux enquêteurs belges travaillant dans le cadre d'une enquête nationale¹⁹⁴.

Ainsi, parmi les juristes d'entreprise belges, s'exprime l'espoir de voir un jour infléchir la position de la CJUE et par conséquent, celle de Commission européenne. Il nous faut utilement rappeler que, dans l'arrêt *Akzo*, les requérants faisaient valoir que la jurisprudence de la Cour devait prendre en compte l'évolution au sein des États membres dans le sens d'une plus grande reconnaissance du *legal privilege* pour les avocats internes. Sans exclure qu'une telle tendance puisse se dégager à l'avenir, la Cour avait alors estimé qu'à ce stade, elle ne s'observe pas. Elle avait exposé qu'entre 1982, année de l'arrêt *AM&S* et 2010, le statut du juriste d'entreprise n'avait pas connu au sein des États membres une évolution telle qui justifierait qu'elle revienne sur sa jurisprudence¹⁹⁵. Ce qui fait dire à un auteur belge, avocat et juriste d'entreprise, au sujet de l'arrêt de la cour de cassation belge 22 janvier 2015 suscité que « Sans doute, cette décision n'a-t-elle de portée qu'en Belgique. Mais on peut espérer que d'autres juridictions nationales suivront et qu'*in fine* la C.J.U.E. modifiera sa jurisprudence actuelle. »¹⁹⁶

III. LA REDACTION D'ACTES

Le droit belge connaît la distinction classique entre actes authentique et actes sous seing privé. Depuis la loi du 29 avril 2013, la loi belge consacre l'acte d'avocat.

L'acte authentique est défini à l'article 1317 du Code civil comme étant l'acte reçu par les officiers ayant reçu le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises. Un tel acte est donc établi sous la signature de l'officier public, par exemple le notaire, qui atteste des constatations qu'il a pu faire dans les limites de sa mission. L'article 1319 du Code civil consacre le principe selon lequel l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers et ayant cause. L'acte authentique permet de conférer date certaine à ce document. L'acte authentique a une force probante vis-à-vis des tiers : il est opposable *erga omnes*. L'acte authentique est exécutoire.

Parmi les professionnels du droit évoqués ci-dessus, seuls les notaires peuvent passer des actes authentiques.

L'acte sous seing privé ne présente aucune garantie au sujet des conditions dans lesquelles il a été établi et il n'existe donc aucune certitude quant à la preuve de ce qu'il énonce. Il n'a en soi aucune force probante sauf, comme le prévoit l'article 1322 du Code civil, une fois que l'acte sous seing privé est reconnu ou légalement tenu pour reconnu.

¹⁹⁴ Th. Bontinck et M. Dal, *Le secret professionnel au regard du droit européen, La déontologie en pratique. Questions choisies*, Collection de la Conférence du jeune barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 28, n°s 32 à 34.

¹⁹⁵ C.J.U.E., *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c/ Commission*, 14 septembre 2010, C-550/07 P, § 72, cité par Th. Bontinck et M. Dal, *op. cit.*

¹⁹⁶ Ph. Marchandise, « Confidentialité des avis et secret professionnel du juriste d'entreprise : une jurisprudence récente éclairante », in *Cahier du juriste* (publication de l'Institut des juristes d'entreprise), n° 2015/2, p. 28.

Il va de soi que les actes sous seing privé peuvent être dressés par les avocats, les juristes d'entreprise et les notaires.

L'acte d'avocat ou l'acte contresigné par les avocats est l'acte qui, en raison de la signature des parties et des avocats, passe du statut d'acte sous seing privé ordinaire, c'est-à-dire, dépourvu de la moindre force probante, au statut d'acte sous seing privé légalement reconnu, pourvu d'une force probante équivalente à celle de l'acte authentique. Les parties à l'acte d'avocat obtiennent une certitude immédiate sur le plan probatoire : l'acte d'avocat apporte par lui-même la preuve de l'origine de la signature, de l'écriture des mentions de l'acte et des faits que l'acte constate et relate et de la date de celui-ci. Le statut probatoire de l'acte d'avocat est quasi identique à celui de l'acte authentique. En revanche, l'acte d'avocat n'a pas de force exécutoire.

Loi du 29 avril 2013. Art. 2. L'acte sous seing privé contresigné par les avocats conformément aux dispositions de la présente loi fait pleine foi de l'écriture et de la signature des parties à l'acte tant à leur égard qu'à l'égard de leurs héritiers ou ayants-cause.

L'acte est contresigné par les avocats de toutes les parties, chaque partie ayant un intérêt distinct devant être assistée par un avocat différent.

La procédure de faux civil est, le cas échéant, applicable à cet acte.

Art. 3. Par son contreseing, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte.

Il en est fait mention dans l'acte.

Art. 4. L'acte sous seing privé contresigné par les avocats de toutes les parties est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi.

Sauf si l'acte contresigné par les avocats de toutes les parties est revêtu d'une signature électronique au sens de l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, celui-ci est établi au moins en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct et d'avocats signataires.

Chaque original contient la mention du nombre des originaux qui ont été faits.

Le défaut de mention du nombre d'originaux ne peut être opposé par celui qui a exécuté ses

Quant à la pratique de l'acte contresigné par avocats, il faut malheureusement constater que si les Ordres d'avocat ont fourni de nombreux efforts pour que la loi du 29 avril 2013 relative à l'acte d'avocat soit adoptée, les avocats n'ont toujours pas le réflexe de proposer de tels actes à leurs clients. Cette loi est en fait peu connue et donc peu utilisée. L'acte authentique passé devant notaire a encore de beaux jours devant lui.



LE CONSEIL JURIDIQUE : EXERCICE EN ENTREPRISE, SECRET PROFESSIONNEL ET RÉDACTION D'ACTES

EN ITALIE

I. LE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE

A. LES PROFESSIONNELS POUVANT FOURNIR DU CONSEIL AUX ENTREPRISES

En Italie, les juristes en entreprise sont des diplômés en droit (1) ou des avocats (2). Cependant, la simple consultation juridique, y compris au bénéfice d'une entreprise, peut être délivrée par quiconque, y compris par un non-juriste (3).

1. Les diplômés en droit – juristes d'entreprise

Champ d'activité. Le champ d'activité des diplômés en droit se situe tout d'abord en amont des litiges : ils dispensent des conseils juridiques dont l'objet est très varié. Il peut s'agir de négociation et de rédaction d'actes, d'audit (contractuel, social, fiscal...), de gestion des ressources humaines, de recouvrement de créances, de veille juridique et de mise en conformité, cette liste n'étant pas exhaustive.

Les diplômés en droit peuvent intervenir également en aval pour représenter leur client, à condition que cette activité soit exercée en dehors de tout contentieux (par exemple, pour la résolution amiable d'un conflit). En revanche, les diplômés en droit ne peuvent pas intervenir en aval pour représenter leur entreprise ni devant une juridiction ni dans le cadre d'un arbitrage, activités réservées aux avocats (art. 2, al. 6, loi du 31 décembre 2012, n° 247, *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*¹⁹⁷, ci-après loi n° 247/2012 ; voyez aussi *infra* § 2).

Statut. La loi (art. 2 ci-dessus) autorise une personne autre qu'un avocat à être juriste d'entreprise. L'article a été conçu substantiellement pour les diplômés en droit exerçant en tant que juriste d'entreprise, bien que sa rédaction ne mentionne pas de manière expresse le statut de « juriste d'entreprise » ni la qualité de « diplômé en droit ». Il en ressort néanmoins que les diplômés en droit, ayant suivi la formation initiale en droit (cf. *infra* B) peuvent fournir des conseils juridiques aux entreprises, sous deux statuts différents.

L'un est le contrat de travail, à durée déterminée ou indéterminée. Dans ce cas, un lien de subordination existe entre l'entreprise, qui paye un salaire fixe, et le juriste, qui réalise des missions dans un cadre préétabli.

L'autre statut est celui de « la prestation de service continue et coordonnée ». Il s'agit là d'un contrat qui n'a pas été élaboré expressément pour les juristes en entreprise, et qui peut être conclu dans des hypothèses variées (administration publique, retraités qui continuent d'exercer une activité...). Ce contrat est qualifié de « para-subordonné », en ce sens qu'il se situe à mi-chemin entre le statut d'indépendant et celui de salarié. Concrètement, le travailleur exerce son activité de manière entièrement autonome du point de vue opérationnel (par exemple, il choisit ses horaires de travail), mais aussi de manière durable vis-à-vis de l'entreprise, ce qui implique qu'il soit formellement intégré dans le personnel de l'entreprise.

Qu'il s'agisse d'un contrat de travail ou d'une « prestation de service continue et coordonnée », le juriste d'entreprise ne peut exercer ses fonctions que dans l'intérêt exclusif

¹⁹⁷ Gazz. Uff. n° 15 du 18 janvier 2013 : consultable sur normattiva.it

de son employeur ou de son cocontractant. Par exception, si son employeur ou son cocontractant est une société faisant partie d'un groupe de sociétés, le juriste d'entreprise peut exercer ses fonctions également au profit d'une autre société du même groupe : la société-mère, une société contrôlée ou une société liée, les critères pour déterminer le périmètre du groupe étant fixés à l'article 2359 du Code civil.

Ces juristes ne sont pas membres d'une profession réglementée et ils ne sont inscrits à aucun registre professionnel. Il n'existe pas, en Italie, de statut légal du juriste d'entreprise¹⁹⁸. Ces professionnels ne sont pas non plus admis à s'inscrire au barreau, alors même qu'ils auraient réussi l'examen d'accès à la profession d'avocat (cf. infra § B).

Une association a été créée, l'Association italienne des juristes d'entreprise, dont l'une des missions principales consiste précisément de militer pour la reconnaissance d'un statut légal du juriste d'entreprise (<http://www.aigi.it>). Cette association opère depuis 1976, mais elle n'a pour l'heure pas atteint les résultats escomptés.

Un pas a cependant été franchi en ce qui concerne l'association elle-même. Elle a été inscrite en 2013 sur la liste des associations représentatives au niveau national des professions non réglementées¹⁹⁹. Cette inscription lui permet de participer, par le biais du ministère, aux concertations organisées au niveau de l'Union européenne pour la reconnaissance réciproque des statuts professionnels²⁰⁰.

Lors des débats ayant précédé la réforme du statut des avocats de 2012 qui a abouti à l'adoption de la loi n° 247/2012, la demande de l'Association, tendant à ce que les juristes d'entreprise ayant le titre d'avocat puissent s'inscrire au barreau, n'a pas été accueillie²⁰¹.

Reste à ajouter que, depuis 1997, une autre association existe : l'Association des juristes et consultants juridiques (<http://www.agiconsul.org>), qui est affiliée au principal syndicat italien des employeurs ([confindustria.it](http://www.confindustria.it)). Toutefois, cette association a un périmètre qui va au-delà des juristes et, semble-t-il, elle ne milite pas activement pour la reconnaissance d'un statut spécifique pour cette profession.

2. Les avocats

a. L'avocat en général

Champ d'activité. Le champ d'activité juridique des avocats est extrêmement large. Ils peuvent intervenir en amont d'un litige, pour dispenser des conseils juridiques, et en aval, pour

¹⁹⁸ E. Ricciardi, « Professioni giuridiche » : Dig. disc. priv., Sez. civ., Utet, 1997, n° 3. Déjà V. Varano, « Assistenza e consulenza giuridica » : Dig. disc. priv., Sez. civ., Utet, 1987.

¹⁹⁹ (Décret du 5 décembre du ministre de la justice et du ministre des affaires étrangères : consultable sur https://giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?jsessionid=x1gC5ind6h+cAgmoFG3NMKfm?contentId=SDC975037&previousPage=mg_1_8

²⁰⁰ Entretien avec U. Simonelli, « I compiti del Giurista d'impresa e la regolamentazione di questa figura nei Paesi del Common Law, Il sole 24 ore : consultable sur

<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/avvocatoAffari/professioneLegale/2014-07-15/compiti-giurista-impresa-regolamentazione-115642.php>

²⁰¹ Posizione di AIGI sui punti fondamentali per i Giuristi di Impresa nel testo della Riforma dell'Ordinamento Forense approvato in Senato il 23 novembre 2010 : consultable sur http://www.aigi.it/allegati/comunicazioni/00074_Punti%20della%20Riforma%20-%20Dic%202010.pdf. – Sur cette question, v. supra n° 1.2). (Entretien avec U. Simonelli, « I compiti del Giurista d'impresa e la regolamentazione di questa figura nei Paesi del Common Law, Il sole 24 ore : précité).

représenter en justice. Ils peuvent fournir du conseil juridique aux entreprises et les assister dans toute activité juridique : négociation et rédaction d'actes, conciliation, médiation et arbitrage, etc. (art. 2, al. 5, loi n° 247/2012).

Les avocats ont une compétence exclusive pour assurer l'assistance, la représentation et la défense devant un tribunal ou un collège arbitral. Sont également de la compétence exclusive des avocats la consultation juridique et l'assistance juridique extra-judiciaire liées à l'activité judiciaire, si elles sont exercées de manière continue, systématique et organisée (art. 2, al. 5 et 6, loi n° 247/2012). La personne qui exercerait l'une de ces activités sans être avocat encourrait une sanction pénale : une peine d'emprisonnement allant de six mois à trois ans, ainsi qu'une amende allant de 10 000 à 50 000 euros (art. 348, al.1, C. pén. italien).

Statut. La profession d'avocat est une profession réglementée (depuis la réforme de 2012, par la loi n° 247/2012), dont l'exercice est indépendant et autonome. Les avocats sont soumis à inscription au barreau dans lequel ils exercent leur activité²⁰². Un décret précise les modalités de cette inscription et de son retrait²⁰³.

Les avocats peuvent exercer leur activité professionnelle de façon individuelle ou en groupe sous la forme d'une association (art. 4, loi n° 247/2012). Cette association peut réunir soit uniquement des avocats, soit divers professionnels dans le but de fournir une prestation pluridisciplinaire au client. Dans ce dernier cas, les membres de l'association doivent être membres d'une profession réglementée, soumis à inscription au registre propre à cette profession, tels que les experts-comptables ou les architectes²⁰⁴.

Depuis 2017, les avocats peuvent également exercer leur profession en constituant une société (art. 4 bis, loi n° 247/2012). Cette nouvelle modalité permet à des tiers investisseurs de participer au capital, tout en n'ayant pas le statut d'avocat. Toutefois, deux limites existent : au moins deux tiers du capital et des droits des votes doivent revenir à des avocats ou à des membres d'autres professions réglementées ; les associés qui ne seraient pas avocats ne peuvent évidemment pas fournir des prestations juridiques réservées aux avocats.

En 2017, le nombre des avocats en Italie s'élevait à 312 663²⁰⁵, soit entre quatre et cinq fois plus qu'en France, malgré une démographie comparable²⁰⁶. Ces données mettent en lumière le fait que la grande majorité des juristes se soumet aux conditions d'accès à la profession d'avocat et intègrent cette profession.

²⁰² Art. 15, règlement du 16 juillet 2014, n° 6 du Consiglio nazionale forense presso il ministero della giustizia

²⁰³ Décret du 16 août 2016, n° 178 « Regolamento recante le disposizioni per la tenuta e l'aggiornamento di albi, elenchi e registri da parte dei Consigli dell'ordine degli avvocati, nonché in materia di modalità di iscrizione e trasferimento, casi di cancellazione, impugnazioni dei provvedimenti adottati in tema dai medesimi Consigli dell'ordine, ai sensi dell'articolo 15, comma 2, della legge 31 dicembre 2012, n° 247 » : Gazz. Uff. n° 213 du 12 septembre 2016 : consultable sur normattiva.it

²⁰⁴ Décret du 4 février 2016, n° 23 « Regolamento recante norme di attuazione dell'articolo 4, comma 2, della legge 31 dicembre 2012, n° 247, per l'individuazione delle categorie di liberi professionisti che possono partecipare alle associazioni tra avvocati » : Gazz. Uff. n° 50 du 1^{er} mars 2016 : consultable sur normattiva.it

²⁰⁵ <https://www.albonazionaleavvocati.it/html/statistiche.html>

²⁰⁶ Quanti avvocati ci sono in Italia? E in Europa? – Infografiche » : consultable sur <https://www.tpi.it/2016/04/20/numero-di-avvocati-italia-europa-infografiche/>

b. L'avocat conseil d'une entreprise

S'agissant des avocats qui fournissent du conseil juridique aux entreprises, deux cas de figure doivent être distingués.

Le premier cas est celui d'un avocat qui exerce sous le statut d'indépendant. Cet avocat peut fournir du conseil juridique aux entreprises et rien n'empêche d'ailleurs qu'il fournisse principalement ou exclusivement du conseil juridique à une seule entreprise : l'unique limite consiste à ne pas instaurer un lien de subordination, ce qui conduirait à requalifier le rapport le liant à l'entreprise, en contrat de travail.

Le second cas de figure est celui d'un avocat qui s'engagerait à travailler sous contrat de travail ou sous contrat de « prestation de service continue et coordonnée ». Dans ce cas, en raison de la présence du lien de subordination, cet « avocat en entreprise » perd le droit d'être inscrit au barreau. La profession d'avocat est en effet incompatible avec une toute situation de « travail comportant un lien de subordination, y compris à temps partiel » (art. 18, d), loi n° 247/2012).

Une exception à cette incompatibilité existe. Les avocats qui travaillent dans les services juridiques des personnes morales de droit public, y compris de celles qui ont été transformées en personnes morales de droit privé dès lors que la participation publique au capital demeure majoritaire, conservent le droit d'être inscrits au barreau (art. 23, d), loi n° 247/2012). Leur inscription est toutefois prise sur une liste spéciale, qui leur est consacrée en annexe à la liste principale. Les conditions légales sont les suivantes : la personne morale doit garantir à l'avocat une pleine indépendance et autonomie ainsi qu'une rémunération adéquate à la mission professionnelle assurée. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation italienne²⁰⁷ a apporté une précision jurisprudentielle : cette exception bénéficie à ceux qui exercent uniquement des activités juridiques pour le compte d'une personne morale de droit public, et non à ceux qui exercent également d'autres activités, telles qu'une activité de gérant.

Le conseil de l'ordre des avocats de Bologne a interrogé la Commission consultative du Conseil national des barreaux afin de savoir si la règle pouvait bénéficier, par analogie, aux avocats travaillant dans le service juridique d'une personne morale de droit privé. La commission a répondu par un avis²⁰⁸, dans lequel elle affirme pour l'essentiel que la figure juridique de l'avocat qui travaille pour une personne morale de droit public est bien distincte et ne saurait être étendue à une situation différente. Donc, pour tous les autres avocats en entreprise, de deux choses l'une : soit l'avocat exerce sa profession avec le statut d'indépendant ; soit il travaille au sein de l'entreprise et il perd alors le droit d'être inscrit au barreau. Cela étant dit, indépendamment de l'inscription au barreau, les avocats en entreprise peuvent continuer à utiliser le titre d'« avocat » (à l'instar, par exemple, du titre de « docteur »), en raison du fait que ce titre peut en effet être utilisé aussi bien par ceux actuellement inscrits

²⁰⁷ Cour de cassation, Assemblée plénière, 15 septembre 2010, n° 19547 : consultable sur http://www.francochrisafi.it/web_secondario/sentenze%202010/cassazione%20civile%20ss%20uu%20sentenza%2019547%202010.pdf.

²⁰⁸ Commissione consultiva del Consiglio nazionale forense presso il ministero della giustizia, Avis du 10 mars 2017 : consultable sur <http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/38684/Parere+Commissione+Consultiva+CNF+10+marzo+2017+-+COA+di+Bologna+-+Giurista+d%27impresa/9428d8bf-45bd-41a2-a52a-311fc999428f>

à un ordre des avocats au barreau que par ceux qui l'ont été par le passé (art. 2, al. 7, loi n° 247/2012).

3. Les autres professionnels

a. *Fondement juridique et champ d'activité*

En dehors des domaines de compétence exclusive des avocats, toute personne, même non-juriste, peut donner des consultations juridiques, y compris aux entreprises²⁰⁹. L'affirmation appelle quatre précisions.

En premier lieu, on peut s'interroger sur le fondement de la règle. Sans doute, sur le plan législatif (ou, plus exactement, supra-législatif), serait-il possible de se référer à la liberté de prestation de services reconnue au niveau européen (art. 56 à 62, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Si la liberté de prestation de services est le principe, toute exception doit être interprétée strictement.

Mais le fondement est en réalité jurisprudentiel. Déjà en 1973, la Cour de cassation italienne a décidé que l'activité de consultation juridique n'était pas réservée aux avocats, à condition qu'elle soit exercée de manière ponctuelle²¹⁰. Quelques années plus tard, elle est allée plus loin, en confirmant le principe et en l'élargissant aux hypothèses où l'activité de consultation juridique était exercée de manière durable²¹¹. Par la suite, le principe a été réaffirmé, notamment pour reconnaître au consultant la faculté d'être rémunéré²¹².

En deuxième lieu, quelles personnes sont concernées ? Quiconque : toute personne à même de dispenser des conseils juridiques, juriste ou non-juriste, non seulement les membres des professions réglementées, mais aussi ceux des professions non réglementées. Concrètement, il s'agira souvent de personnes spécialisées dans des domaines particuliers : experts-comptables, employés de banque, membres de syndicats de travailleurs, architectes, agents immobiliers... Mais rien n'empêche que d'autres personnes s'attèlent à l'activité de consultation juridique.

En troisième lieu, il convient de préciser que tout type de consultation juridique est envisageable. Il s'agira notamment, au bénéfice des entreprises, de : négociation et rédaction d'actes, recouvrement de créances, exécution de contrats (mises en demeure, demandes d'indemnisation, etc.), audit (contractuel, social, fiscal...), gestion des ressources humaines, veille juridique et de mise en conformité, etc. La représentation du client est également possible, à condition qu'elle intervienne en dehors de tout contentieux, par exemple, pour la résolution amiable d'un conflit. La représentation en justice ou dans le cadre d'un arbitrage est réservés aux seuls avocats (art. 2, al. 6, loi n° 247/2012).

En quatrième et dernier lieu, quelques mots concernant la rémunération pour la consultation délivrée par une autre personne qu'un avocat. La loi détermine les professions réglementées, pour lesquelles l'inscription à un registre est obligatoire (Article 2229, alinéa 1^{er} du code civil italien). Lorsque la profession est réglementée et que le prestataire de service n'est pas inscrit

²⁰⁹ A. Albanese, « I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo » : Contratto e impr. 2006, n° 1, p. 226.

²¹⁰ Cass. civ., 19 juin 1973, n° 1806 : Giust. civ. mass. 1973, p. 957.

²¹¹ Cass. civ., 7 juillet 1987, n° 5906 : Giust. civ. mass. 1987, fasc. 7.

²¹² Cass. civ., 8 août 1997, n° 7359 : Rassegna forense 1998, p. 145.

au registre, aucune action en paiement de la rémunération ne lui est ouverte (art. 2231, al. 1, C. civ. italien). La question s'est dès lors posée de savoir si la personne qui n'est ni avocat, ni membre d'une autre profession réglementée, bien que libre de délivrer une consultation juridique, pouvait ou non exiger le paiement de sa rémunération. La Cour de cassation a reconnu le droit du prestataire de service à être rémunéré²¹³. La rémunération est librement négociée par les parties, et elle échappe à la réglementation applicable aux honoraires des avocats (art. 13 et 13 bis, loi n° 247/2012.).

b. Quelques professions réglementées

Notaire. La profession de notaire est réglementée (loi du 16 février 1913, n° 89²¹⁴). Seuls les diplômés en droit, qui ont réussi un concours, peuvent être inscrits à l'ordre des notaires (art. 5, loi n° 89/1913).

La profession de notaire est incompatible avec celle d'avocat (art. 18, al. 1, loi n° 247/2012). Souvent, les notaires ont préalablement réussi l'examen d'avocat (profession qu'ils ont exercé pendant un temps ou pas, selon les cas), mais une fois devenus notaires, ils ne peuvent plus exercer simultanément la profession d'avocat.

Les notaires peuvent donner des conseils juridiques aux entreprises, mais de la même manière qu'ils peuvent donner des conseils juridiques aux particuliers. Autrement dit, le conseil juridique aux entreprises ne relève pas des compétences expressément attribuées aux notaires (art. 1, loi n° 89/1913). Bien évidemment, les notaires ne peuvent pas être employés en tant que juristes d'entreprise (art. 2, loi n° 89/1913).

Consultant en propriété industrielle. La profession de consultant en propriété industrielle est également réglementée (art. 201 et s., décret législatif du 10 février 2005, n° 30²¹⁵). Personne n'est tenu de se faire représenter par un consultant en propriété industrielle, mais seulement un consultant en propriété industrielle ou un avocat peuvent représenter une personne devant le Bureau italien des brevets et des marques. L'inscription à l'ordre est subordonnée à la réussite d'un examen, un diplôme particulier n'étant pas requis. Il faut préciser que les avocats peuvent exercer les missions de compétence des consultants en propriété industrielle, de telle sorte qu'il n'est pas rare que ces consultants soient diplômés en droit. À l'instar de toute autre personne, un consultant en propriété industrielle peut prodiguer des conseils juridiques, à condition qu'ils se situent en dehors des domaines de compétence exclusive des avocats.

Expert-comptable. Par exception de la loi, la profession d'expert-comptable est compatible avec celle d'avocat (art. 18, al. 1, loi n° 247/2012). Il semblerait que les personnes qui exercent les deux professions à la fois ne sont pas nombreuses. Sans doute, cela s'explique par le fait que divers cabinets ont en leur sein à la fois des avocats et des experts-comptables, lesquels sont spécialisés dans leurs domaines respectifs. Il convient d'ajouter que l'exception relative aux experts-comptables est interprétée strictement : l'Assemblée plénière de la Cour de

²¹³ Cass. civ., 8 août 1997, n° 7359, préc.

²¹⁴ Consultable sur normattiva.it

²¹⁵ *Ibidem*.

cassation italienne a décidé que cette exception ne peut pas être interprétée en ce sens que la profession d'avocat serait compatible également avec celle de géomètre²¹⁶.

B. LES FORMATIONS PROFESSIONNELLES

1. La formation initiale

L'obtention du diplôme universitaire en droit constitue l'étape commune de la formation de tout juriste (art. 2, al. 3, loi n° 247/2012). Suite à des réformes successives, sa durée est passée de quatre ans (système en vigueur pendant longtemps), à trois ans plus deux ans (système en vigueur pendant un temps) et enfin à cinq ans (système actuellement en vigueur).

Pour les aspirants avocats, suivent le stage et la formation professionnelle, dont le régime a été réformé en 2016²¹⁷.

D'une part, le stage professionnel consiste à entraîner le stagiaire sur le plan aussi bien théorique que pratique (art. 41, loi n° 247/2012). Il a une triple finalité : l'acquisition des aptitudes nécessaires à l'exercice de la profession d'avocat, l'acquisition des aptitudes nécessaires à la gestion d'un cabinet d'avocats, l'apprentissage des principes éthiques et des règles déontologiques. Ce stage, d'une durée de dix-huit mois, peut se cumuler avec un contrat de travail dans le secteur public ou privé, et démarre avec l'inscription à un registre tenu auprès d'un ordre des avocats. En principe, le stage est réalisé auprès d'un avocat ayant au moins cinq ans d'ancienneté, lequel ne doit pas encadrer plus de trois stagiaires en même temps. D'autres modalités peuvent être envisagées, mais seulement pendant une partie des dix-huit mois : par exemple, douze mois auprès du service juridique de l'État, ou encore six mois auprès d'un avocat d'un pays membre de l'Union européenne. Il faut ajouter que le diplôme délivré par l'une des écoles de spécialisation pour les professions juridiques, en général rattachées à des universités, équivaut à un an de stage. Aucune rémunération minimale n'est prévue au profit du stagiaire, seul le remboursement des frais étant obligatoire.

D'autre part, l'aspirant avocat doit suivre, toujours pendant les dix-huit mois, des formations professionnelles dispensées par les ordres des avocats ou par des personnes accréditées par les ordres des avocats (art. 43, loi n° 247/2012). Le contenu de ces formations professionnelles a été précisé il y a à peine quelques mois²¹⁸ relativement : à la liste des matières concernées, laquelle est assez large ; à la durée des formations professionnelles, d'un minimum de 160 heures, lesquelles doivent être concentrées pendant les périodes de novembre à avril ou de mai à octobre pour permettre aux inscrits d'effectuer en parallèle le stage auprès d'un avocat ; aux examens partiels et finaux, qui prennent la forme de questions à choix multiple.

Enfin, l'aspirant avocat doit réussir un examen professionnel, lequel est organisé une fois par an au niveau national (art. 46, loi n° 247/2012). Cet examen se compose de trois épreuves écrites et d'une épreuve orale. Les épreuves écrites sont une consultation en droit civil, une

²¹⁶ Ass. plén., 27 déc. 2016, n° 26996.

²¹⁷ Décret du 17 mars 2016, n° 70 « Regolamento recante la disciplina per lo svolgimento del tirocinio per l'accesso alla professione forense ai sensi dell'articolo 41, comma 13, della legge 31 dicembre 2012, n° 247 » : Gazz. Uff. n° 116 du 19 mai 2016 : consultable sur normattiva.it

²¹⁸ Décret du 9 février 2018, n° 17 « Regolamento recante la disciplina dei corsi di formazione per l'accesso alla professione di avvocato, ai sensi dell'articolo 43, comma 2, della legge 31 dicembre 2012, n° 247 » : Gazz. Uff. n° 63 du 16 mars 2018 : consultable sur normattiva.it

consultation en droit pénal et un acte judiciaire (par exemple, des conclusions) dans une matière au choix entre le droit privé, le droit pénal et le droit administratif. L'épreuve orale porte sur diverses matières, lesquelles sont pour partie obligatoires, et pour partie au choix du candidat. Les épreuves écrites sont corrigées par un centre d'examen différent de celui où le candidat s'est inscrit, lequel est tiré au sort ; l'épreuve orale se déroule en revanche dans le centre d'examen où le candidat s'est inscrit. Le jury est composé d'avocats, de magistrats et d'universitaires.

2. La formation continue

L'obligation de formation continue n'existe que pour les avocats. Les juristes d'entreprise qui ne sont pas inscrits à un barreau ne sont soumis à aucun devoir de formation continue.

Tout avocat est en principe soumis au devoir de formation continue, à l'exception des avocats inscrits au barreau depuis plus de 25 ans ou étant âgés de plus de 60 ans, de ceux qui exercent une fonction législative ou universitaire (art. 11, al. 1 et 2, loi n° 247/2012).

La formation continue est régie par un règlement du conseil national des barreaux²¹⁹. Les modalités et les contenus envisageables sont extrêmement variés. Les formations continues peuvent être dispensées par toute personne ayant reçu une accréditation de la part du conseil national des barreaux ou d'un ordre des avocats au barreau. Concrètement, l'offre est très variée : par exemple, les colloques universitaires sont souvent accrédités au titre de la formation continue. Pendant une période triennale, l'avocat doit obtenir 60 « crédits de formation », avec un minimum de 15 par an. Le nombre de « crédits de formation » varie sensiblement selon le type de formation continue, mais il est possible d'affirmer qu'en moyenne une journée de formation équivaut à un nombre de crédits allant de deux à quatre.

3. La formation de spécialité

La spécialité n'existe que pour les avocats, les juristes d'entreprise non inscrits à un barreau ne pouvant pas prétendre à une spécialisation.

Il existe deux modalités pour obtenir le titre de « spécialiste » (art. 9, al. 2, loi n° 247/2012) dans l'un des dix-huit domaines de spécialisation existants²²⁰.

D'une part, la spécialisation peut résulter de la participation à un parcours de formation d'une durée d'au moins deux ans et d'un volume horaire de minimum 200 heures, à l'issue de laquelle une épreuve doit être organisée. La formation est dispensée au sein d'une université, et le programme est établi en concertation avec un ordre des avocats.

D'autre part, la spécialisation peut être acquise grâce à l'expérience professionnelle. Pour cela, il faut avoir été inscrit au barreau pendant au moins huit ans consécutifs, ainsi qu'avoir exercé pendant au moins cinq ans, de manière assidue, principale et durable, l'activité

²¹⁹ Règlement du 16 juillet 2014, n° 6 du Consiglio nazionale forense presso il ministero della giustizia : consultable sur <http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/51917/REGOLAMENTO+16+luglio+2014+n6/27aae9bd-b962-4fa6-8118-d226a053ee4d>

²²⁰ Article 3 du décret du 12 août 2015, n° 144 « Regolamento recante disposizioni per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista, a norma dell'articolo 9 della legge 31 dicembre 2012, n° 247 » : Gazz. Uff. n° 214 du 15 septembre 2015 : consultable sur normattiva.it

d'avocat dans le domaine de spécialisation visé. Par ailleurs, le maintien du titre d'avocat spécialiste requiert une formation continue à hauteur de 25 crédits par an (cf. *supra*, § 2).

I. LE SECRET PROFESSIONNEL

Le secret professionnel concerne uniquement les avocats ; les juristes d'entreprise ne font pas l'objet d'un régime comparable.

A. LES AVOCATS

Le secret professionnel auquel sont tenus les avocats a deux sources : la loi régissant la profession d'avocat (art. 6, loi n° 247/2012) et le code de déontologie des avocats, tout juste entré en vigueur²²¹. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation italienne a affirmé que la violation d'une règle déontologique établie par un ordre professionnel équivaut à une violation de la loi²²².

Le secret professionnel s'applique également à tout salarié ou collaborateur de l'avocat. La Cour constitutionnelle italienne a eu l'occasion de préciser que même un stagiaire qui prépare l'examen d'accès à la profession d'avocat est soumis au secret professionnel²²³. Il revient à l'avocat de s'assurer que ces personnes respectent le devoir de confidentialité.

Le secret professionnel couvre tous les faits dont l'avocat a eu connaissance aussi bien dans le cadre d'un contentieux qu'en dehors de tout contentieux, par exemple à l'occasion d'une consultation juridique.

Le secret professionnel est à la fois un devoir et un droit. C'est un devoir en cela que l'avocat est tenu, dans l'intérêt de son client, y compris de son ancien client²²⁴, à ne pas divulguer les faits dont il a eu connaissance dans le cadre de son activité. Des exceptions existent néanmoins et autorisent la révélation des faits : pour la mise en œuvre de l'activité de défense ; pour empêcher la réalisation d'une infraction particulièrement grave ; pour prouver des faits dans le cadre d'un conflit avec le client ; ou dans le cadre d'une procédure disciplinaire²²⁵.

Le secret professionnel est aussi un droit, dans la mesure où il justifie que l'avocat (tout comme ses salariés et collaborateurs) refuse de témoigner, devant toute juridiction, sur des faits couverts par le secret professionnel. La règle est prévue par la loi qui régit la profession d'avocat et par les codes de procédure civile (art. 249) et pénale (art. 200, al. 1). Fin juin 2018, la Cour de cassation italienne a eu l'occasion de préciser que l'avocat soumis au secret

²²¹ Art. 28, Codice Deontologico Forense : Gazz. Uff. n° 86 du 13 avril 2018 : consultable sur <http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/451926/Nuovo+Codice+Deontologico+Forense/dde0cd b5-a420-4379-9c46-c3872163f763>

²²² Cass., Ass. plén., 6 juin 2002, n° 8225 : Rass. forense 2003, p. 130. – F. Galgano, « Deontologia forense » : Dig. disc. priv., Sez. civ., Utet, 2012

²²³ Corte cost., 8 avril 1997 n° 87 : Rass. forense 1997, p. 866.

²²⁴ Cons. naz. Forense, 8 luglio 1994, n° 65 : Rass. Forense 1994, p. 322.

²²⁵ (Art. 28, al. 4, Codice Deontologico Forense).

professionnel ne peut pas être tenu de témoigner, ni même si les faits couverts par le secret ont été révélés par un tiers²²⁶.

La violation du secret professionnel entraîne :

- une sanction disciplinaire, la suspension de l'exercice de l'activité professionnelle, allant de un à trois ans (*art. 28, al. 5, Codice Deontologico Forense*) et
- une sanction pénale (applicable d'ailleurs non seulement aux avocats mais à quiconque serait tenu du secret professionnel), une peine d'emprisonnement qui peut aller jusqu'à un an et une amende de 30 à 516 euros (*art. 622, C. pén.*).

Si le secret est violé par un employé ou un collaborateur de l'avocat, la même sanction pénale est encourue. Si aucune sanction disciplinaire n'est évidemment envisageable, cette violation constitue un motif légitime de licenciement ou de fin de la collaboration (*art. 6, al. 4, loi n° 247/2012*).

B. LES DIPLÔMÉS EN DROIT - JURISTES D'ENTREPRISE

L'activité des juristes d'entreprise n'étant pas réglementée en droit italien, aucune obligation au secret professionnel n'est prévue à leur égard.

L'Association italienne juristes d'entreprise a mis en place deux stratégies pour rapprocher le traitement des juristes d'entreprise de celui des avocats. La première stratégie consiste à demander au législateur d'élargir aux juristes d'entreprise le régime légal du secret professionnel²²⁷. Toutefois, pour l'heure, cette tentative n'a pas abouti. La seconde stratégie consiste dans le fait d'avoir élaboré un code de conduite applicable à ses adhérents, qui s'intéresse entre autres au secret professionnel²²⁸. Bien entendu, ce texte de droit mou n'a pas la même force contraignante que la loi ou qu'un code déontologique élaboré par un ordre professionnel. Par ailleurs, ce code de conduite ne peut influencer que sur un aspect du secret professionnel, celui de devoir du professionnel à l'égard de son client. En revanche, il ne peut nullement créer un droit pour le professionnel de refuser de divulguer certains faits, notamment lorsqu'il est appelé à témoigner.

II. LA RÉDACTION D'ACTES

Du point de vue de leur forces probante et exécutoire, les actes rédigés par les professionnels du droit peuvent prendre trois formes : l'acte public (A), l'acte sous seing privé (B) et le procès-verbal de médiation, contresigné par les avocats (C).

Cela n'implique évidemment pas que les remarques qui suivent présentent de manière exhaustive les moyens de preuve et les titres exécutoires en droit italien. Il existe évidemment

²²⁶ Cass. pén., 27 juin 2018, n°29495 : consultable sur <https://www.studiocataldi.it/articoli/31013-avvocati-i-confini-del-segreto-professionale-secondo-la-cassazione.asp>.

²²⁷ « *Legal privilege, giuristi in cerca di equiparazione* » : consultable sur <http://iusletter.com/legal-privilege-giuristi-in-cerca-di-equiparazione/>

²²⁸ Art. 7, Codice di condotta AIGI : consultable sur <http://www.aigi.it/codicedeon.asp>.

d'autres moyens de preuve (par exemple, le témoignage ou l'aveu) ou d'autres titres exécutoires (principalement, le jugement) qui ne relèvent pas du thème étudié.

Enfin, quelques interrogations *de lege ferenda*, qui ne sont plus d'actualité, peuvent être signalées relativement à un statut des actes contresignés par les avocats (D).

A. L'ACTE PUBLIC

L'acte public est l'acte rédigé, selon les formalités prévues, par un notaire ou par un autre officier public autorisé (art. 2699, C. Civ.). L'acte public doit comporter la signature de l'officier public, à défaut de quoi il est considéré comme inexistant²²⁹. L'officier public doit avoir la compétence territoriale et matérielle ainsi que la capacité juridique. Toutefois, l'acte public rédigé par un officier public incompétent ou incapable n'est pas nul ; il est valable, mais il n'a que la force probante que d'un acte sous seing privé (art. 2701, C. civ.).

L'acte public par excellence est l'acte notarié. Mais il en existe d'autres. Par exemple, la jurisprudence a qualifié d'acte public le procès-verbal rédigé par un officier public au cours d'une inspection administrative²³⁰.

La force probante de l'acte public en tant que *instrumentum* est pleine et entière : il fait foi jusqu'à inscription de faux (art. 221, C. proc. civ.). En revanche, la force probante de l'acte public en tant que *negotium* est limitée uniquement aux éléments que l'officier public a pu personnellement constater (principalement, ceux qui se sont déroulés en sa présence), qui eux aussi font foi jusqu'à inscription de faux (art. 2700, C. civ.)²³¹.

Du point de vue de la force exécutoire, l'acte public constitue un titre exécutoire (art. 474, C. proc. civ.). Il permet au créancier d'exiger l'exécution forcée, en sollicitant le concours de la force publique. La force exécutoire concerne aussi bien les obligations monétaires que les obligations de donner ou de faire portant sur une chose. Les autres obligations de faire ou celles de ne pas faire, en revanche, ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée en raison de leur nature éminemment personnelle.

L'acte sous seing privé authentifié peut être rapproché de l'acte authentique²³². Il s'agit d'un acte qui n'est pas rédigé par un officier public, mais qui est signé en sa présence (art. 2703, C. civ.). La finalité est de faire attester par l'officier public, en général un notaire, la date à laquelle l'acte est signé et l'identité du signataire.

S'agissant de la force probante, l'acte sous seing privé authentifié fait foi jusqu'à l'inscription de faux, du moins pour les éléments que l'officier public a personnellement constatés, à savoir la date et l'identité du signataire (art. 2702 et 2703, C. civ.). S'agissant de la force exécutoire, il constitue un titre exécutoire mais, contrairement à l'acte public, uniquement à l'égard des obligations monétaires et non des obligations de donner ou de faire portant sur une chose (art. 474, C. proc. civ.).

²²⁹ S. Patti, « Documento » : Dig. disc. priv., Sez. civ., Utet, 1991, p. 443, n° 11.

²³⁰ Cass. civ., 9 novembre 1983, n° 6628 : Giur. civ. 1983, I, p. 3162.

²³¹ Voyez aussi A. Palazzo, « Forme del negozio giuridico » : Dig. disc. priv., Sez. civ., VIII, Utet, 1992, p. 443, n° 10.

²³² P. Boero, « Autenticazione » : Dig. disc. priv., Sez. civ., Utet, 1987.

B. L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ

L'acte sous seing privé n'est pas défini par le code civil italien. La doctrine et la jurisprudence²³³ le définissent comme tout document sur lequel les parties apposent leur signature. La jurisprudence exige qu'il constitue au fond, un acte juridique unilatéral ou conventionnel²³⁴.

La force probante de l'acte sous seing privé est limitée.

Ni les faits constatés par l'acte sous seing privé ni sa date (art. 2702, *a contrario* et 2704, C. civ.) ne font foi. Toute preuve contraire peut donc être apportée et le juge peut l'apprécier librement. Si les parties souhaitent bénéficier d'une date certaine, elles devront procéder à l'authentification de l'acte sous seing privé par un officier public.

En revanche, l'identité du signataire fait foi, à condition que celui-ci reconnaisse la signature (art. 2702, C. civ.). Celui contre lequel l'acte sous seing privé est invoqué peut en effet toujours nier formellement qu'il s'agit de sa signature (art. 214, C. proc. civ.). Il faut ici préciser que s'il y a contumace, c'est-à-dire si la partie est absente pendant le procès, la signature de l'acte sous seing privé est considérée comme ayant été reconnue (art. 215, C. proc. civ.). Dans ce cas, seule une inscription de faux permet de contester cette identité (art. 2702, C. civ.).

L'acte sous seing privé ne constitue pas un titre exécutoire. Il s'agit là de sa principale faiblesse face à l'acte public. Pour obtenir l'exécution forcée, le créancier devra obtenir un titre exécutoire, ce qui suppose en général de saisir un juge.

C. LE PROCÈS-VERBAL DE MÉDIATION

Le régime du procès-verbal de médiation a été modifié en 2013²³⁵. Désormais, le procès-verbal de médiation constitue un titre exécutoire alors même qu'il n'est pas homologué judiciairement. La seule condition qui fonde sa force exécutoire est la signature à la fois des parties et de leurs avocats. C'est dire qu'il a été confié aux avocats une mission d'intérêt général : ils doivent certifier que l'accord de conciliation est conforme aux règles impératives et à l'ordre public. Mission d'intérêt général, car elle remplace le rôle du juge chargé naguère d'homologuer l'accord de conciliation.

Paradoxalement, le domaine de ce titre exécutoire est plus vaste que celui d'un acte notarié. Traditionnellement, les titres exécutoires autres que les décisions judiciaires ont force exécutoire uniquement à l'égard des obligations monétaires et des obligations de donner ou de faire portant sur une chose (*cf. supra*, § A et B). Le procès-verbal de conciliation peut, en revanche, constituer un titre exécutoire également pour des obligations de faire ou de ne pas faire. Le vocabulaire employé par le législateur interroge. En effet, cet acte, qui n'a à l'évidence pas une nature judiciaire, peut être utilisé pour inscrire une hypothèque... judiciaire²³⁶.

²³³ Par exemple, S. Patti, « Documento » : préc., n° 12 ; Cass. civ., 16 juin 1968, n° 1784 : Mass. giur. it. 1968.

²³⁴ Cass. civ., 2 mars 1955, n° 825 : Giur. civ. 1955, I, p. 1088. – Cass. civ., 19 mars 1980, n° 1838 : Foro it. 1981, I, p. 843.

²³⁵ Article 12 du décret législatif du 4 mars 2010, n° 28 issu du décret-loi du 21 juin 2013, n° 69 : Gazz. Uff. n° 144 du 21 juin 2013 : consultable sur normattiva.it.

²³⁶ *Ibidem*.

D. LES ACTES CONTRESIGNÉS PAR LES AVOCATS

Sans doute les avocats souhaiteraient-ils que le législateur intervienne pour élargir leurs domaines de compétence, en y incluant la possibilité de donner une force probante particulière ou la force exécutoire à certains actes portant leur signature. On ne pourrait cependant pas affirmer qu'un véritable débat sur cette question soit ouvert, ni même en doctrine. Probablement, du point de vue sociologique, ceci est dû à la conjonction de deux facteurs : le droit italien, à l'instar de la plupart des droits continentaux, reconnaît la figure du notaire ; et le nombre d'avocats en Italie est considéré, y compris par les avocats eux-mêmes, trop élevé. Un projet de loi visant à élargir les compétences des avocats dans ce domaine avait été déposé en 2014 au Parlement²³⁷, mais il a été retiré en 2017, quatre jours après avoir été soumis à la discussion de la commission parlementaire compétente (discussion le 17 novembre 2017, retrait le 21 novembre 2017).

²³⁷ Disegno di legge du 25 juin 2014, n° 2491 :

<http://www.camera.it/leg17/126?tab=1&leg=17&idDocumento=2491&sede=&tipo=>

LE CONSEIL JURIDIQUE : EXERCICE EN ENTREPRISE, SECRET PROFESSIONNEL ET REDACTION D'ACTES	
EN ALLEMAGNE, EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES, EN BELGIQUE ET EN ITALIE	1
BIBLIOGRAPHIE GENERALE EN FRANÇAIS.....	4
SYNTHESE	5
I. L'ACTIVITE DE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE	5
II. LE SECRET PROFESSIONNEL ET LES <i>LEGAL PRIVILEGES</i>	6
III. LA REDACTION D'ACTES (<i>INSTRUMENTUM</i>) PAR DES PROFESSIONNELS	7
EN ALLEMAGNE	9
I. LE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE.....	10
A. Les « <i>juristes qualifiés</i> »	11
1. Avocats	11
2. Notaires	12
B. Les conseils juridiques spécialisés : <i>propriété industrielle, expertise fiscale et comptable</i>	13
1. Conseillers en propriété industrielle, <i>Patentanwalt</i>	13
2. Conseillers fiscaux, <i>Steuerberater</i>	14
3. Experts-comptables, <i>Wirtschaftsprüfer</i>	15
C. Les prestataires de services juridiques	16
1. Évolution de la réglementation de la prestation de services juridiques	16
2. La loi de 2008 sur la prestation de services juridiques	17
a) Prestations juridiques gratuites	18
b) Prestations juridiques à titre accessoire	18
c) Prestations juridiques soumises à enregistrement	18
D. Les <i>juristes d'entreprise</i>	20
1. Les « <i>avocats-syndics</i> » en entreprise, <i>Syndikus</i>	20
2. Les <i>Justiziar</i>	21
II. LE SECRET PROFESSIONNEL	23
A. L'obligation au secret pour les avocats	23
1. Les principes	23
2. Le contenu	25
a) Le droit de refuser de témoigner, <i>Zeugnisverweigerungsrecht</i>	25
b) Le droit d'être protégé contre la saisie des documents	26
B. L'obligation au secret pour les tiers en relation avec l'avocat	27
C. L'obligation au secret pour les avocats-syndics	28
III. LA REDACTION D'ACTES	28
A. L'acte instrumenté privé	29
1. Définition	29
2. Force probante	29
3. Acte notifié ou certifié par avocat	30
B. L'acte instrumenté public	31
1. Définition	31
2. Force probante	32
C. L'acte exécutoire	33
EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES	37
I. LE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE.....	38
A. Les professionnels pouvant fournir du conseil aux entreprises	38
1. <i>Barristers</i>	38

2.	<i>Solicitors</i>	38
3.	<i>Chartered legal executives</i>	38
4.	<i>Notaries public</i>	39
5.	<i>Commissioner for oaths</i>	39
6.	<i>Licensed conveyancers</i>	39
7.	<i>Chartered Patent Attorneys et Chartered Trade Mark Attorneys</i>	40
8.	<i>Cost Lawyers</i>	40
9.	<i>Paralegals et legal clerks</i>	40
10.	<i>Comptables</i>	41
B.	<i>Le cadre réglementaire</i>	41
C.	<i>Le statut des juristes d'entreprise</i>	42
D.	<i>La formation des juristes d'entreprise</i>	43
1.	Les juristes d'entreprise ayant le statut de <i>solicitor</i> ou de <i>barrister</i>	43
2.	Les juristes d'entreprise qui relèvent des autres professions juridiques réglementées	44
3.	Les autres juristes d'entreprise	45
II.	<i>LES LEGAL PROFESSIONAL PRIVILEGES</i>	45
A.	<i>Définition</i>	45
B.	<i>Champ d'application</i>	46
1.	Les activités juridiques réservées	46
2.	L'activité des juristes d'entreprise	47
3.	L'activité juridique (seulement)	48
4.	Les communications avec le client (seulement)	48
III.	<i>LA RÉDACTION D'ACTES</i>	49
A.	<i>Les différentes catégories d'actes écrits</i>	50
1.	Actes dressés par toute personne	50
2.	Actes dressés ou contresignés par les professionnels	50
B.	<i>Leur force probante</i>	51
EN BELGIQUE		54
I.	<i>LE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE</i>	55
A.	<i>Les professionnels pouvant fournir du conseil aux entreprises</i>	55
B.	<i>Les statuts professionnels</i>	56
1.	Les avocats	56
2.	Les juristes d'entreprise	56
C.	<i>Les formations professionnelles</i>	58
1.	Les avocats	58
2.	Les juristes d'entreprise	59
II.	<i>LE SECRET PROFESSIONNEL</i>	60
A.	<i>Les principes du droit interne</i>	60
1.	Le secret professionnel de l'avocat	60
2.	La confidentialité des avis du juriste d'entreprise	61
B.	<i>Les principes du droit de l'Union européenne et leur articulation avec le droit interne</i>	62
III.	<i>LA REDACTION D'ACTES</i>	63
EN ITALIE		65
I.	<i>LE CONSEIL JURIDIQUE EN ENTREPRISE</i>	66
A.	<i>Les professionnels pouvant fournir du conseil aux entreprises</i>	66
1.	Les diplômés en droit – juristes d'entreprise	66
2.	Les avocats	67
a.	L'avocat en général	67
b.	L'avocat conseil d'une entreprise	69

3.	Les autres professionnels	70
a.	Fondement juridique et champ d'activité	70
b.	Quelques professions réglementées	71
B.	<i>Les formations professionnelles</i>	72
1.	La formation initiale	72
2.	La formation continue	73
3.	La formation de spécialité	73
I.	LE SECRET PROFESSIONNEL	74
A.	<i>Les avocats</i>	74
B.	<i>Les diplômés en droit - juristes d'entreprise</i>	75
II.	LA RÉDACTION D'ACTES	75
A.	<i>L'acte public</i>	76
B.	<i>L'acte sous seing privé</i>	77
C.	<i>Le procès-verbal de médiation</i>	77
D.	<i>Les actes contresignés par les avocats</i>	78