

L'indispensable *legal privilege* à la française au nom du droit de ne pas s'auto-incriminer.

Par Etienne GASTEBLED

Le texte reconnaissant la confidentialité des consultations des juristes d'entreprise, voté par le Sénat et l'Assemblée au début de l'été, et dont le texte définitif du projet de loi, issu de la commission mixte paritaire, vient d'être publié, constitue un succès remarquable obtenu grâce à la persévérance de l'ANJB, de l'AFJE et du Cercle Montesquieu.

En dépit de l'opposition exprimée par certains, il prévoit une avancée significative :

- une confidentialité *in rem* couvrant la consultation juridique adressée par un juriste d'entreprise à la direction de l'entreprise ou un organe de direction qui emploie le juriste ou d'une entreprise du même groupe ; elle n'implique donc pas la création d'une « nouvelle profession du droit » ;
- limitée aux litiges civils et commerciaux ainsi qu'aux procédures administratives, à l'exclusion des matières pénales et fiscales ;
- et susceptible d'une levée prononcée par la juridiction compétente, soit, selon le cas, le Président de la juridiction qui a ordonné une mesure d'instruction dans le cadre d'un litige civil ou commercial ou le Juge des libertés et de la détention qui a autorisé une opération de visite dans le cadre d'une procédure administrative.

Bien entendu, la confidentialité est opposable tant aux autorités administratives françaises qu'étrangères.

La France était malheureusement l'un des derniers grands systèmes juridiques de l'OCDE à ne pas avoir adopté de *legal privilege*.

Le texte permet donc d'apporter une réponse à une situation de distorsion de concurrence qui était particulièrement préjudiciable aux entreprises françaises.

Sur le plan des principes, ce nouveau dispositif répare une injustice flagrante au regard du droit de ne pas s'auto-incriminer.

La mission des juristes d'entreprise a, ces vingt dernières années, été complètement renouvelée par la volonté :

- d'une part, de déléguer à l'entreprise des missions présentant un but sociétal ; le phénomène s'est traduit par l'apparition d'une série de normes nouvelles extrêmement contraignantes et génératrices de responsabilité importante dans des domaines aussi variés que la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, la corruption ou la responsabilité sociétale et environnementale (RSE) et plus récemment encore le devoir de vigilance ;
- d'autre part, d'imposer une approche de conformité qui la contraint à systématiser l'analyse, en amont de la prise de décision, de l'ensemble des risques, notamment juridiques, au regard des normes nouvelles adoptées.

Le rôle du juriste d'entreprise s'est donc trouvé considérablement rehaussé par ce double mouvement qui en a fait un intervenant essentiel dans la définition de la stratégie de l'entreprise.

C'est en réalité à un exercice de funambule auquel est invité le juriste d'entreprise qui avait parfaitement conscience que toute analyse concluant à l'existence d'un risque juridique ou judiciaire, dépourvue de toute confidentialité, était susceptible de se retourner contre son entreprise dans le cadre d'un litige postérieur.

En clair, il est demandé au juriste d'auto-incriminer, par anticipation, l'entreprise pour laquelle il intervient. Situation pour le moins inacceptable qui heurte le principe à valeur constitutionnelle du droit pour toute personne à ne pas s'auto-incriminer et à laquelle vient remédier la confidentialité de ses consultations.

Ce principe est en effet consacré au niveau européen par la jurisprudence tant de la CEDH que de la CJUE.

Sa raison d'être tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités et permet d'éviter les erreurs judiciaires. Plus spécifiquement, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. Ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence consacré à l'article 6

de la CEDH (Voir not. : *CEDH, 17 déc. 1996, n° 19187/91, Saunders c/ Royaume Uni*).

La CJUE considère en outre qu'il est applicable aux procédures administratives pouvant aboutir à l'imposition de sanctions qui revêtent un caractère pénal (*CJUE n°C-481/19, Arrêt de la Cour, DB contre Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), 2 février 2021, cons. 42*).

En France, le Conseil constitutionnel fonde le droit à ne pas s'auto-incriminer sur l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Il résulte, là encore, du principe de la présomption d'innocence selon lequel nul n'est tenu de s'accuser (*CC, Déc. N°2004-492 DC du 2 mars 2004 ; Déc. N°2016-594 du 4 novembre 2016*).

Le système jusqu'alors établi était profondément incompatible avec ce principe puisqu'il conduisait à imposer :

- à un justiciable (en l'occurrence l'entreprise),
- avant tout litige (donc par anticipation à toute recherche de responsabilité),
- de solliciter du juriste une auto-incrimination,
- et d'en conserver la preuve par écrit.

Il était urgent de mieux respecter les principes garantissant les droits de la défense, au nombre desquels figure en premier lieu le droit de ne pas s'auto-incriminer.

Force est de constater que la consécration de la confidentialité des consultations des juristes d'entreprises constituera indiscutablement une grande avancée en la matière.



L'AUTEUR

Etienne GASTEBLED est avocat au Barreau de Paris. Il exerce au sein du cabinet LUSSAN, partenaire de l'ANJB.