

Par e-mail

Mme Lisa MAZZONE
M. Carlo SOMMARUGA
Députés genevois au Conseil des États

Genève, le 12 octobre 2020

**Projet de modification du Code de procédure civile (CPC)
Nouvel article 160a CPC**

Madame et Monsieur les Députés au Conseil des États,

En vue de vos travaux au sein de la commission des affaires juridiques du Conseil des États et dans le prolongement de notre courrier du 2 septembre 2020, l'Ordre des avocats de Genève (ci-après : l'**ODAGE**) vous soumet la présente prise de position spontanée à propos du nouvel article 160a CPC.

A. Résumé de la position de l'ODAGE

De manière générale, l'ODAGE, tout comme la Fédération Suisse des Avocats (ci-après : **FSA**), n'est pas opposé à l'idée de réglementer dans le CPC – de manière clairement définie et limitée – le droit des juristes d'entreprise de refuser de témoigner et de refuser de produire des documents en lien avec le produit de leur travail que nous considérons légitime, en étendant ce droit aux éventuels tiers qui auraient été en contact avec le la juriste d'entreprise sur le sujet en question.

Toutefois, l'ODAGE considère que le nouvel article 160a CPC traite un aspect seulement d'une problématique plus large, soit celle de la protection du produit du travail des juristes d'entreprise en général, et que cette problématique aurait dû être abordée dans une loi réglant de manière globale le statut, les droits et les obligations des juristes d'entreprise, ce qui était précisément l'objet de l'avant-projet de loi fédérale sur les juristes d'entreprise (ci-après : **AP-LJE**) abandonné en 2010.

À l'évidence, le but poursuivi par les rédacteurs du nouvel article 160a CPC, c'est-à-dire corriger le désavantage procédural que les entreprises suisses subissent dans des procédures civiles à l'étranger (en particulier aux États-Unis), doit être accueilli favorablement. Cependant, le besoin de protection du produit du travail des juristes d'entreprise va bien au-delà et devrait être institué dans l'intérêt public, lequel consiste en l'espèce à améliorer l'efficacité de la *compliance* au sein des entreprises suisses, à responsabiliser les entreprises suisses et ainsi leurs comportements (*cf. infra B.*). L'attractivité de la Suisse en tant que siège d'entreprises en serait améliorée.

Par conséquent, la protection du produit du travail des juristes d'entreprise ne devrait pas se limiter aux procédures civiles, mais devrait être étendu à tout type de procédures, c'est-à-dire également aux procédures pénales et administratives (*cf. infra C.*).

À noter qu'il existe dans beaucoup de pays de l'Union Européenne et dans tous les pays anglo-saxons. À noter encore que la protection en question ne vise, au risque d'énoncer une évidence, que le *produit* du travail des juristes d'entreprise et pas des moyens de preuve en tant que tels.

Par ailleurs, le droit de refuser de témoigner et de produire des pièces en procédure en invoquant la protection du produit du travail des juristes d'entreprise est un privilège qui devrait s'accompagner d'un certain nombre de mesures et d'obligations, lesquelles sont totalement absentes de l'article 160a CPC (*cf. infra D.*). Le contenu de ces mesures et obligations peut dans une large mesure être repris de l'AP-LJE¹. On pense en particulier à l'obligation pour les juristes d'entreprise de s'inscrire dans un registre public, d'être soumis à une surveillance disciplinaire et de respecter des règles professionnelles (en particulier en matière de diligence et d'indépendance).

Ces mesures et obligations permettraient de garantir que la protection accrue dont le produit du travail des juristes d'entreprise bénéficierait serve l'intérêt public et de limiter drastiquement le risque qu'une telle protection soit détournée de son but.

B. La justification de la protection du produit du travail des juristes d'entreprise

1. Le désavantage procédural subi par les entreprises suisses dans des procédures civiles aux États-Unis

L'ODAGE adhère pleinement au motif mis en avant par le Conseil fédéral et par l'initiative parlementaire Markwalder 15.409 « *Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise* » (ci-après : **l'initiative Markwalder**) pour justifier l'adoption de l'article 160a CPC.

En substance, la disposition précitée a pour vocation de protéger les entreprises suisses engagées dans des procédures civiles à l'étranger et ainsi éviter qu'elles soient désavantagées par rapport aux autres entreprises parties à la procédure. En effet, les juristes d'entreprise à l'étranger ont, notamment aux États-Unis, le privilège professionnel de garder confidentiel le produit de leur travail, alors que les juristes d'entreprise suisses ne disposent pas d'un privilège équivalent². Ce sont les procédures civiles aux États-Unis – à l'occasion desquelles le désavantage procédural décrit ci-avant se manifeste de manière récurrente depuis plusieurs années – que l'initiative a principalement mises en avant pour justifier l'introduction de l'article 160a CPC³.

À noter que le Rapport explicatif concernant l'AP-LJE d'avril 2009⁴ recourrait aux mêmes arguments pour justifier l'adoption de ce projet de loi, lequel a finalement été abandonnée en 2010⁵.

L'ODAGE considère toutefois que la protection du produit du travail des juristes d'entreprise se justifie également pour d'autres motifs que celui retenu par le Conseil fédéral et l'initiative Markwalder, lesquels sont examinés ci-après.

2. L'intérêt public poursuivi par une protection accrue du produit du travail des juristes d'entreprise

L'ODAGE est d'avis que la protection du produit du travail des juristes d'entreprise devrait être plus étendue que celle prévue par le nouvel article 160a CPC (*cf. infra C.*)

Une telle protection sert l'intérêt public et permettrait :

¹ <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1589/Bericht.pdf>.

² Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) du 2 mars 2018, p. 60.

³ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20150409>.

⁴ <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1589/Bericht.pdf>.

⁵ Communiqué du Département fédéral de justice et police du 4 juin 2010 : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-33444.html>.

- i. une amélioration de l'efficacité de la *compliance* au sein des entreprises et une bonne circulation de l'information ;
- ii. la responsabilisation des entreprises, l'amélioration de leur comportement et donc de leur image;
- iii. une amélioration de l'attractivité de la Suisse en tant que siège d'entreprises⁶.

En effet, il existe un intérêt public fondamental à ce que les entreprises disposent des moyens adéquats pour investiguer en leur sein les allégations d'irrégularités ou d'infractions (pénales ou autres), en particulier si elles émanent de lanceurs d'alerte ou de journalistes d'investigation⁷.

À cet égard, les services juridiques des entreprises jouent un rôle crucial dans la prévention de telles irrégularités et infractions et, le cas échéant, dans leur découverte puis leur investigation à l'interne, laquelle permet ensuite la poursuite pénale ou réglementaire de leurs auteurs⁸.

Ce rôle implique que les services juridiques des entreprises aient un accès complet aux informations importantes et puissent ainsi conseiller utilement l'entreprise. Or cet accès et ce conseil sont compromis si, comme c'est le cas actuellement, l'autorité (pénale, en particulier) peut exiger le dépôt ou ordonner le séquestre du produit du travail du service juridique effectué sur la base des informations obtenues par le service⁹.

À titre comparatif, il est intéressant de relever qu'il est à présent largement reconnu que les lanceurs d'alerte (*whistleblowers*) doivent jouir d'une certaine protection afin que le lancement d'alerte ait une réelle efficacité. Dans le même ordre d'idées, le conseil juridique dispensé par un juriste d'entreprise doit être libre et surtout protégé, si l'on veut favoriser la qualité et l'adéquation du conseil fourni.

C. L'extension de la protection du produit du travail des juristes d'entreprise aux autres types de procédure

Au regard des motifs exposés ci-dessus, l'ODAGE est d'avis que la protection du produit du travail des juristes d'entreprise ne devrait pas se limiter aux procédures civiles, mais devrait être étendu à tout type de procédures, donc y compris aux procédures pénales et administratives.

Il n'est en effet ni rare ni impossible qu'un litige *a priori* civil – pour lequel la protection de l'article 160a CPC s'appliquerait – soit également le point de départ de procédures pénales et/ou administratives dans lesquelles une protection équivalente à celle de l'article 160a CPC n'existe pas¹⁰ – avec pour conséquence que la protection de la disposition précitée deviendrait sans effet, puisque la communication et l'obligation de collaborer pourraient être imposées par le biais d'une procédure parallèle.

En l'état, le projet d'article 160a CPC comporte donc une incitation implicite à user de manœuvres pour contourner la loi, ce qui est contraire aux objectifs que la protection du travail des juristes d'entreprise devrait poursuivre tels que nous les avons exposés ci-dessus (*cf. supra B.*).

D. Les mesures additionnelles accompagnant la protection du travail des juristes d'entreprise

L'ODAGE considère que le droit de refuser de témoigner et de produire des pièces en procédure en invoquant la protection du produit du travail des juristes d'entreprise est un privilège qui devrait s'accompagner d'un certain nombre de mesures, en particulier d'obligations à charge des juristes d'entreprise notamment.

⁶ Miguel Oural, *L'[in]effectivité du secret professionnel – Peut-on protéger le produit du travail du service juridique dans les procédures ?*, in RSDA 2/2019 p. 126 ss, p. 133.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*

¹⁰ Miguel Oural, *op. cit.*, p. 129.

Ces mesures, qui sont totalement absentes de l'article 160a CPC, devraient permettre (i) de garantir la qualité, l'exhaustivité et le caractère approprié des conseils que les juristes d'entreprise dispensent à leurs employeurs, (ii) d'accroître l'efficacité des services juridiques des entreprises, (iii) de favoriser le bon comportement de ces dernières et (iv), partant, d'accroître la confiance du public et des autorités dans le comportement des entreprises.

Le contenu des mesures qui devraient être adoptées peut, dans une large mesure, être inspiré de l'AP-LJE. Sans prétendre à l'exhaustivité, ces mesures pourraient être les suivantes :

1. Inscription dans un registre public

Les juristes d'entreprise qui souhaitent pouvoir bénéficier de la protection du travail des juristes d'entreprise devraient avoir l'obligation d'être inscrits dans un registre public.

2. Surveillance par une autorité disciplinaire

Les juristes d'entreprise inscrits devraient être soumis à la surveillance d'une autorité disciplinaire (comme la Commission du barreau à Genève pour les avocats), dont les tâches seraient notamment (i) de tenir le registre des juristes d'entreprise, (ii) de veiller au respect des règles professionnelles par ces derniers et (iii) de prononcer des sanctions en cas de manquement auxdites règles.

3. Compétences professionnelles

Les juristes d'entreprise inscrits devraient être titulaires d'un brevet cantonal d'avocat ou remplir dans leur État d'origine les conditions professionnelles requises pour exercer en tant qu'avocats, ce qui correspond en substance aux conditions prévues par l'article 160a CPC.

Ils devraient en outre s'assurer de recevoir une formation continue appropriée et régulière afin de maintenir un haut niveau de connaissances dans leurs domaines d'activité.

4. Conditions personnelles

Les juristes d'entreprise souhaitant se faire inscrire au registre devraient remplir certaines conditions personnelles.

En particulier, ils devraient (i) avoir l'exercice des droits civils et (ii) ne pas faire l'objet d'une condamnation pénale pour des faits incompatibles avec les règles professionnelles applicables aux juristes d'entreprise, à moins que cette condamnation ne figure plus sur l'extrait du casier judiciaire destiné aux particuliers.

5. Obligation de diligence

Les juristes d'entreprise inscrits devraient avoir l'obligation professionnelle d'exercer leur activité avec soin et diligence.

En cas de manquement à cette obligation, ils devraient encourir une sanction.

6. Obligation d'indépendance

Les juristes d'entreprise inscrits devraient avoir l'obligation professionnelle d'exercer leurs missions de manière indépendante¹¹, exigence cardinale du secret professionnel absolu dont bénéficie le travail de l'avocat.

En cas de manquement à cette obligation, ils devraient également encourir une sanction.

¹¹ Miguel Oural, *op. cit.*, p. 133 s. et réf. cit.

Pour assurer l'indépendance des juristes d'entreprise inscrits, le service juridique dans lequel ils exercent leur activité devrait être rattaché au niveau le plus élevé de la direction de l'entreprise, à l'instar d'un comité d'audit interne¹². De plus, les responsables d'un service juridique devraient pouvoir faire rapport directement au niveau le plus élevé de la direction de l'entreprise.

Les responsables du service juridique, ainsi que les juristes qui leur sont subordonnés devraient être en mesure de porter une appréciation sur des questions de droit sans être liés sur le fond par les instructions de personnes qui ne sont pas inscrites au registre des juristes d'entreprise.

Corolaire de ce qui précède, les juristes d'entreprise inscrits devraient avoir l'obligation de veiller à ce que leurs missions et tâches n'entraînent pas de conflits d'intérêts.

E. Risques d'abus limités

L'ODAGE est conscient qu'une protection accrue du produit du travail des juristes d'entreprise comporte le risque que cette protection soit détournée de son but, notamment si l'entreprise tente systématiquement de faire passer toute question délicate par le-la directeur-riche du service juridique et ainsi, cas échéant, d'échapper à l'obligation de collaborer en justice sur les points traités par le service juridique.

Cependant, ce risque existe déjà actuellement en recourant aux services d'un avocat externe, soumis au secret professionnel absolu tel qu'institué notamment par les articles 13 de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, 321 du Code pénal, 160 al. 1 let. b du Code de procédure civile et 171 al. 1 du Code de procédure pénale¹³.

De plus, les mesures d'accompagnement exposées ci-dessus (*cf. supra D.*) sont de nature à limiter considérablement la probabilité et la gravité du risque.

Enfin, les avantages découlant d'une protection accrue du travail des juristes d'entreprise, en particulier l'amélioration de l'efficacité de la *compliance* au sein des entreprises et leur responsabilisation, l'emportent par rapport aux abus dont certaines entreprises pourraient se rendre responsables, qui devraient demeurer exceptionnels eu égard aux règles souhaitées pour l'encadrement de l'exercice de la profession de juriste d'entreprise.

F. Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, l'ODAGE considère que le nouvel article 160a CPC est un premier pas qui doit être accueilli favorablement. Toutefois, les buts poursuivis par la protection du produit du travail des juristes d'entreprise commandent que la question soit traitée dans une loi d'ensemble établissant le statut, les droits et les obligations des juristes d'entreprise, comme c'était d'ailleurs l'ambition et l'objet de l'AP-LJE.



Nous vous remercions de votre attention et vous prions de croire, Madame et Monsieur les Députés au Conseil des États, à l'assurance de notre haute considération.


Philippe COTTIER
Bâtonnier

¹² Ou encore à l'instar d'un délégué à la protection des données tel que prévu par les articles 37 ss du Règlement général sur la protection des données UE 2016/679 du 27 avril 2016.

¹³ Miguel Oural, *op. cit.*, p. 129 et note de bas de page 23.