

ÉDITORIAL

« LE SECRET A TOUJOURS
LA FORME D'UNE OREILLE »

Jean Cocteau - le rappel à l'ordre - 1926

Sujet brûlant d'actualité qui pose des questions essentielles : les confidences faites à un avocat sont-elles encore protégées et quel fondement à la protection de ces secrets ?

« Voici que se profile au bout du chemin la dictature glacée de la Vérité, ultime et terrible vertu d'un temps qui aurait enterré les autres » (Jean-Denis BREDIN). A l'heure de la dictature de la transparence où le secret, notion en crise, éveille le soupçon, il n'est pas inutile de rappeler que le secret est porteur d'autres vertus, dont le respect de l'autre et la confiance.

Le secret est le socle de la confiance « il n'existe pas de confiance sans confiance et de confiance sans secret ».¹

A l'origine, le secret professionnel s'illustre avec le prêtre dépositaire des secrets de la confession et le médecin qui prête le serment d'Hippocrate « Admis dans l'intimité des personnes, je tairai les secrets qui me seront confiés » (4e siècle avant JC).

Le secret professionnel a, depuis toujours, protégé les confidences car « Qui a confié son secret à un autre s'est fait son esclave ».² Il a été érigé en devoir pour l'avocat et ce, dans le seul intérêt de celui qui se confie.

L'avocat ne peut se trouver délié du poids de ce secret dont la divulgation est sanctionnée pénalement à hauteur d'un an d'emprisonnement (article 226-13 du code pénal), sauf circonstances particulières prévues expressément.

La loi permet ainsi, exceptionnellement, la violation du secret par l'avocat lorsqu'il est porté à sa connaissance des privations ou sévices infligés à un mineur ou à une personne vulnérable ; l'avocat n'a alors pas d'obligation de dénoncer, mais une permission de la loi de faire échec au secret professionnel, en conscience. Cette permission est également accordée à l'avocat mis en cause, pour les nécessités de sa propre défense.

Le secret professionnel est ainsi vu comme un droit fondamental, essentiel à toute défense, rouage essentiel de l'ordre social, du fonctionnement d'une justice équitable, garant de l'équilibre des pouvoirs dans la démocratie, ce qui lui confère une dimension d'ordre public.

Sans confiance, aucune défense n'est possible et l'équilibre du procès est rompu : la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales protège le secret professionnel notamment au nom du droit au silence, du droit à ne pas participer à sa propre incrimination, du droit à un procès équitable (article 6) et du droit au respect de la vie privée (article 8), espace de liberté indispensable à tout lien social. La Cour Européenne des Droits de l'Homme reste vigilante au respect de ces principes par les Etats membres (Niemetz c/Allemagne 16 décembre 1992, Foxley c/ Royaume-Uni 29 septembre 2000, Kopp c/ Suisse 25 mars 1998).

Il en résulte que la recherche de la vérité ne doit pas porter atteinte au secret professionnel et les cabinets d'avocats ne peuvent être un terrain d'investigations, pas plus que les entretiens d'un avocat avec son client pour les besoins de sa défense ne peuvent être utilisés dans un procès.

Cependant, la législation actuelle ne protège pas le secret professionnel, notamment dans le cadre d'interceptions téléphoniques judiciaires : si les enquêteurs ne peuvent retranscrire ni faire état des entretiens téléphoniques d'un présumé suspect, mis sur écoute, avec son défenseur, ces entretiens sont néanmoins écoutés et enregistrés. Sauf à imaginer des accès d'amnésie providentiels, la préservation du secret professionnel n'est, dans ces conditions, pas assurée.

Ainsi, l'interdiction de retranscription de ces échanges n'offre pas les garanties de confidentialité de ces entretiens téléphoniques. A défaut de s'interdire de communiquer par téléphone, ce qui n'est pas acceptable dans le principe mais prudent actuellement, il est nécessaire de compléter la loi afin que les conversations entre un avocat et un client ne puissent être même écoutées.

Quant au placement sur écoute d'un avocat, la présence d'indices rendant plausible sa participation à la commission d'une infraction permet de déroger à la règle, uniquement dans le cadre de l'infraction poursuivie, l'avocat étant alors considéré, non plus dans sa fonction, mais comme tout justiciable mis en cause, et le secret professionnel ne saurait être opposé.

Les dérogations au principe du secret professionnel témoignent d'un difficile équilibre entre la nécessaire recherche de la manifestation de la vérité permettant la poursuite des infractions et la non moins nécessaire protection des libertés individuelles.

Il reste essentiel de préserver ce secret et rappelons que l'avocat n'est pas couvert mais soumis au secret professionnel, garantie de sauvegarde des libertés individuelles de chaque citoyen.

L'avocat est le défenseur des libertés fondamentales et son droit au secret doit être protégé afin qu'il puisse encore, alors qu'il reçoit son client, lui dire « Epanchez en secret votre douleur dans le sein d'un serviteur fidèle ».³

1 Louis Porte Professeur de médecine, Président du Conseil national de l'Ordre des Médecins (1950)

2 Balthazar Gracian (1646 - l'Homme de cour)

3 Jean Racine, Iphigénie 1674



Marie-Laure BARRÉ
Avocat associé

AU SOMMAIRE

FAUTE DE LA VICTIME ET RÉDUCTION DE SON DROIT
À INDEMNISATION : LE REVIREMENT DE L' « ARRÊT KERVIEL ».
PAGE 2

LE HARCÈLEMENT MORAL PEUT ÊTRE CONSTITUÉ
D'UN ENSEMBLE DE « PETITS RIENS ».
PAGE 3

- NOUVEAUX ARRIVÉS
- CONFÉRENCES - COLLOQUES
PAGE 4

FAUTE DE LA VICTIME ET RÉDUCTION DE SON DROIT À INDEMNISATION : LE REVIREMENT DE L' « ARRÊT KERVIEL ».

L' « arrêt Kerviel », rendu par la Cour de cassation le 19 mars 2014 était très attendu, plus en raison de la médiatisation de ses acteurs, Jérôme Kerviel et la Société Générale, que pour son intérêt juridique.

Pourtant, à y regarder de plus près, il constitue une petite révolution en droit pénal...

Le revirement « Kerviel » – Si dans un premier temps, la Cour de cassation confirme la qualification d'abus de confiance et la peine d'emprisonnement de Jérôme Kerviel, elle censure dans un second temps la méthode d'évaluation du préjudice de la banque retenue par la cour d'appel (*préjudice évalué à 4,9 milliards d'euros*).

Au visa de l'article 1382 du Code civil, les juges rappellent, pour censurer la décision de la cour d'appel qui a condamné Jérôme Kerviel à la réparation de l'entier dommage de la Société Générale, un principe bien connu en droit civil :

« Attendu que lorsque plusieurs fautes ont concouru à la production du dommage, la responsabilité de leurs auteurs se trouve engagée dans une mesure dont l'appréciation appartient souverainement aux juges du fond »,

avant d'énoncer :

« qu'en statuant ainsi, alors qu'elle relevait l'existence de fautes commises par la Société générale, ayant concouru au développement de la fraude et à ses conséquences financières, la cour d'appel a méconnu le principe ci-dessus rappelé ».

Pour mémoire, la Cour de cassation avait déjà admis en 2008 la réduction du droit à indemnisation de la victime en raison de sa faute s'agissant des **infractions intentionnelles contre les personnes** (*Crim. 8 janvier 2008, Bull. crim. n°1 p.1*)

En revanche, **concernant les infractions intentionnelles contre les biens**, la Cour de cassation considérait jusqu'alors que l'auteur d'une infraction intentionnelle supportait l'intégralité du préjudice qu'il avait causé, même s'il avait été facilité par la négligence de la victime (*Civ. 2^{ème} 19 nov. 2009, n°08-19.380 ; Crim. 7 nov. 2001, Bull. crim. n° 230 ; Crim. 4 oct. 1990, n°89-85.392*).

Cette jurisprudence avait pour but de protéger les victimes et de leur allouer une indemnisation entière.

Quelques décisions d'espèces pouvaient annoncer ce revirement mais elles étaient rares. On trouve notamment un arrêt de la Cour de cassation rendu dans un cas de légitime défense (*Crim. 8 janvier 2008, op. cit*) et un jugement (frappé d'appel) du Tribunal de grande instance de Nanterre, relatif à une affaire boursière, rendu sous la présidence de Madame Prévost-Deprez, dans le cadre de laquelle les juges avaient relevé *« l'absence de contrôle de la table des convertibles »* et *« les défauts de contrôles et vigilances relevés par le Conseil des*

Marchés Financiers » pour débouter la partie civile de sa demande indemnitare (*TGI Nanterre, 15e Ch. Corr. 29 nov. 2013*).

C'est pourquoi l' « arrêt Kerviel » constitue un revirement de jurisprudence dans la mesure où la victime peut être amenée à supporter une partie du préjudice en raison de sa propre négligence. Si un parallèle devait être fait avec le vol, la victime qui aurait laissé sa porte ouverte devrait dorénavant assumer une partie du préjudice en ce qu'elle a facilité l'infraction.

L' « arrêt Kerviel » réunit toutes les conditions propres à un arrêt dit de principe : il contient un chapeau, est rendu sous le visa de l'article 1382, énonce un principe général qui n'était pas clairement affirmé jusqu'alors, est publié au bulletin et est enfin rendu en formation plénière.

Aussi cet arrêt semble clairement édicter une règle qui a vocation à s'appliquer au-delà du litige qu'il est amené à connaître.

La portée de l' « arrêt Kerviel »

Au stade de l'appel, les juges du fond avaient retenu la *« persistance, pendant plus d'un an, d'un défaut de contrôle hiérarchique »* et une *« défaillance certaine des systèmes de contrôle de la Société Générale »*.

Cependant, le défaut de surveillance reproché par la Cour d'appel concerne un trader, qui par définition, dispose d'une grande indépendance dans l'exercice de sa profession. L'absence de prise en compte de cette caractéristique par les juges étend considérablement le risque pour la banque de voir sa responsabilité engager pour un défaut de surveillance.

Plus encore, il suffirait d'un pas pour juger que la commission d'une infraction par un préposé caractérise automatiquement un défaut de surveillance de l'employeur.

Cependant, l'arrêt souligne une défaillance certaine des systèmes de contrôle de la Société Générale, défaillance qui a par ailleurs été sanctionnée par la Commission bancaire. Pour mémoire, le trader avait déjà été pris sur le fait par ses supérieurs, son mode opératoire déclenchant de très nombreuses alertes dans les services de contrôle de la banque. Malgré cela, Jérôme Kerviel avait joué pour plus de 50 milliards d'euros en janvier 2008. Il semble que c'est l'importance et la gravité de ce défaut de surveillance qui a conduit la Cour de cassation à censurer la décision de la Cour d'appel.

Dans la mesure où suite à cet arrêt les juges de cassation rendent également possible, dans le cadre d'une infraction intentionnelle contre les biens, le partage de responsabilité en raison de la commission par la victime d'une faute, la question se pose désormais de savoir dans quelle proportion la faute de la banque contribuera à limiter son propre préjudice.

Sur ce point, l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi devra être observé de très près.



Edouard de LAMAZE
Avocat associé

En collaboration avec les Associés des Pôles Bancaire et Pénal

LE HARCÈLEMENT MORAL PEUT ÊTRE CONSTITUÉ D'UN ENSEMBLE DE « PETITS RIENS ».

Le « *harcèlement moral au travail* » : quel Directeur des Ressources Humaines n'a-t-il pas été pris de sueurs froides depuis que le législateur l'a introduit en fanfare dans le Code du travail, en 2002, au nom de la « *modernisation sociale* » ? Les inquiétudes initiales, qui tenaient essentiellement au caractère pour le moins évasif de la définition légale, ont depuis lors été largement dissipées ou amplifiées par le foisonnement jurisprudentiel...c'est un euphémisme...

Au bout de 12 ans, le bilan est relativement aisé à dresser : loin du feu de paille prôné par d'aucuns, le harcèlement moral a conquis les prétoires et les salariés bénéficient indubitablement d'un traitement de faveur, tant pour ce qui concerne les contours extensibles de la qualification que le régime de preuve dérogatoirement aménagé.

Dire que le harcèlement moral ou ses avatars – exécution déloyale du contrat de travail & co. – est devenu une sorte de mantra des procédures prud'homales, pour en heurter certains, n'en est pas moins une tautologie judiciaire.

Cela étant, la forêt ne doit pas dissimuler l'arbre de dérives managériales intolérables : les sociopathes – ou pour reprendre une expression chère aux psychologues, les « *pervers narcissiques* » –, pour ne pas être légions, existent aussi en entreprise, nous les avons malheureusement rencontrés. De là, la vigilance particulière des dirigeants est attirée sur ces pratiques toxiques, et ce d'autant que tout employeur est tenu d'une obligation générale de sécurité dans la prévention des risques psycho-sociaux et la préservation de la santé, notamment mentale, de ses salariés.

Quelques arrêts sont récemment venus confirmer l'approche généreuse de la Cour de cassation à l'égard des salariés qui se prétendent harcelés.

Petit rappel historique : acte fondateur, la loi avait mis le pied des hauts magistrats à l'étrier en exigeant simplement du salarié qu'il établisse des éléments « *laissant supposer l'existence d'un harcèlement* » (article L.1154-1 du Code du travail), à charge pour l'employeur, ensuite, de démontrer que ces faits ne sont pas constitutifs de harcèlement ou qu'ils sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Second acte : la Cour de cassation, en septembre 2008, s'est réservée le contrôle de la qualification juridique du harcèlement, sous-entendu des faits dénoncés par le salarié... non sans, au passage, étendre le périmètre de sa mission constitutionnelle.

La boucle se trouve désormais bouclée : la vision qu'ont les hauts magistrats de ce qui constitue un « *élément laissant supposer l'existence d'un harcèlement* » est aussi large que possible.

Quelques illustrations dispensent de toute autre forme de commentaires : ainsi, la Cour de cassation vient de rappeler avec force que **peu importe que le harcèlement invoqué ne cause aucun préjudice à celui qui l'allègue**, puisqu'il suffit que les agissements soient « *susceptibles d'altérer la santé physique ou mentale de la salariée* » (Cass.soc., 15 janvier 2014, n°12-20.688).

Peu importe, également, que le harcèlement soit constitué d'un ensemble de faits qui, pris isolément, pourraient ne pas être considérés comme particulièrement graves, puisque ce sont les faits « **pris dans leur ensemble** » qui peuvent caractériser le harcèlement moral.

Les exemples abondent. A titre d'illustration,

- le seul fait d'exercer des « *pressions* » répétées sur un salarié pour que ce dernier accepte le transfert de son contrat de travail peut-il recevoir la qualification de « *harcèlement moral* », quand bien même, pris isolément, les manifestations d'insistance de l'employeur ne seraient revêtues d'aucune déloyauté (Cass.soc., 5 mars 2014, n°12-28.418) ;

- une salariée, qui reçoit une sanction finalement annulée par son employeur et qui n'est pas informée du changement de serrure des locaux de l'entreprise ni du rangement de ses affaires personnelles pendant son absence pour maladie, justifie de faits qui « *pris dans leur ensemble* », peuvent être considérés comme laissant supposer l'existence d'un harcèlement, alors même que, pris isolément, de tels faits, selon la Cour d'appel, constituaient un « *simple manque de délicatesse* » (Cass.soc., 19 février 2014, n°12-22.223).

En définitive, il semble que, pour la Cour de cassation, le harcèlement puisse être constitué de « *petits rien* » qui, mis bout à bout, peuvent être susceptibles de porter atteinte à la santé ou à la dignité des salariés.

Force est de constater que cette approche, excessivement rigoureuse pour les entreprises, doit conduire néanmoins à la plus grande diligence dans le suivi et la formation des personnels d'encadrement.

Nul doute que la moindre négligence pourrait leur être opposée, avec les conséquences indemnitaires que cela implique – dont, non des moindres, la prise d'acte par le salarié concerné de la rupture de son contrat de travail aux torts et griefs exclusifs de l'entreprise et/ou une demande de prise en charge au titre de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles...



Didier MÉDECIN
Avocat associé
ALCIMUS

NOUVEAUX ARRIVÉS

• Sarah CATELLA-NALLET vient de rejoindre le pôle « Pénal Général – Droit Pénal des Affaires – Droit des Personnes » comme collaboratrice. Avocat au Barreau de Paris depuis 2014, Sarah est titulaire d'un Master 2 Droit international privé et du commerce international à Paris II (2012) ainsi que d'un Master 2 de droit international public et droit européen de l'Université Paris XI. Elle a également étudié à Milan à l'Université Luigi Bocconi et maîtrise l'anglais comme l'italien.



CONFÉRENCES – COLLOQUES

Le cabinet a organisé le 29 avril 2014, aux côtés de MARCCUS PARTNERS et en partenariat avec le Bulletin Quotidien, un petit-déjeuner exclusif sur le thème : « *Quel avenir pour la loi bancaire française à l'aune des projets européens ?* », en présence de Madame Marie-Anne BARBAT-LAYANI, Directrice générale de la Fédération Bancaire Française.



Fanny DESCLOZEUX anime le « module » Foisonnement en droit commercial à l'EFB les 1er et 2nd semestres 2014.

David EPAUD est intervenu le 11 mars 2014 sur le thème de la concurrence dans le service public ferroviaire de proximité, dans le cadre d'un colloque organisé par la faculté de droit de l'université de Rouen. Il a présenté à cette occasion l'évolution du cadre juridique applicable et la manière dont celui-ci devrait influencer sur les activités de transport local de voyageurs une fois ce secteur ouvert à la concurrence.

CARLARA INTERNATIONAL - www.carlara.com

CARBONNIER LAMAZE RASLE & ASSOCIÉS
8, rue Bayard - 75008 Paris

CARLARA LILLE
37, rue du Général Sarrail - 59100 Roubaix

CARLARA BRUXELLES
Avenue Louise 137/1 - B - 1050 Bruxelles

ALCIMUS
8, rue Bayard - 75008 Paris
55, rue du Président Edouard Herriot - 69002 Lyon

PREUILH VIDONNE CROIZAT HUGUENIN & ASSOCIÉS
55, rue du Président Edouard Herriot - 69002 Lyon

Antoine FOURMENT interviendra le 27 mai 2014 lors d'une session de formation étalée sur deux jours, organisée par l'Association Française d'Arbitrage (AFA), consistant dans un exercice de simulation d'un arbitrage international.

Les 3 et 4 mars 2014, Jérôme GRAND d'ESNON est intervenu au sein d'un Colloque de la CNUDCI à Vienne sur le projet de loi-type sur les PPP et le 12 mars 2014 sur les nouvelles directives marchés publics et concessions dans le cadre d'une conférence organisée par le Ministère de l'Economie et des Finances.

Frédéric HUGUENIN est intervenu le 20 mars 2014 à l'EM Lyon Business School sur le thème « Les Garanties d'actif-passif » auprès des étudiants du Master Ingénierie Financière.

Edouard de LAMAZE a participé à une organisation en trois temps de l'AGEFI ACTIFS lors des « Rencontres interprofessionnelles du Patrimoine » : intervention à la table ronde sur le thème de l'interprofessionnalité le 31 janvier 2014, suivie d'un article paru dans les colonnes du journal de l'AGEFI ACTIFS sur les holdings professionnelles et d'une intervention le 11 février 2014 au Pavillon d'Armenonville sur ces sujets de l'interprofessionnalité chiffres/droit.

Début février 2014, le Barreau de Paris a par ailleurs désigné Edouard de LAMAZE membre de la délégation française auprès du Conseil des Barreaux Européens (CCBE).

Julie NIDDAM dispense, au second trimestre 2014, l'enseignement « Droits d'auteur, droits voisins et droit à l'image – Cas pratiques » en Master Production audiovisuelle de l'Ecole Supérieure de Gestion (ESG Paris).

Corinne THIERACHE est intervenue le 15 avril 2014 au GESTE (Editeurs des contenus et services en ligne) à l'occasion du lancement officiel d'un livre blanc sur les cookies, à la rédaction duquel elle a participé en tant qu'Expert de la Commission Enjeux réglementaires.

Elle a été également invitée par l'Ambassade de France en Egypte à intervenir dans le cadre de la conférence intitulée « *La propriété intellectuelle et son juge dans le droit français et égyptien* », organisée par le Ministère de la Justice Egyptienne et l'Institut français d'Egypte, qui s'est tenue les 5 et 6 mai 2014 au Caire.

Corinne THIERACHE est co-auteur, avec Carole BUI, d'un article intitulé « *Données personnelles : des cookies un peu durs à avaler...* » (Revue Expertises des systèmes d'information, mars 2014). Elle a par ailleurs co-rédigé respectivement avec Carole BUI et Raphaëlle WIBAUX deux articles parus dans l'ouvrage collectif « *L'ordre public photographique – Photographies, propriétés et libertés* », (Association Française de Droit des Médias et de la Culture, l'Harmattan, février 2014) intitulés « *Du statut juridique des milliards de photographies disponibles sur Internet* » et « *Photographie et droit à l'image des biens* ».

ZOOM
LA NEWSLETTER DE CARLARA INTERNATIONAL - N° 21

DIRECTEUR DE LA REDACTION : EDOUARD DE LAMAZE.
ONT PARTICIPÉ A CE NUMERO :
MARIE-LAURE BARRÉ, EDOUARD DE LAMAZE, DIDIER MÉDECIN,
ANTOINE FOURMENT, JULIE NIDDAM.
MAQUETTE : APALOZA. - IMPRESSION : ATELIERS 30.