

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le partage des dossiers "électroniques"

Triaille, Jean-Paul

Published in:

Cabinets d'avocats et technologies de l'information

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Triaille, J-P 2005, Le partage des dossiers "électroniques": questions de droit à la clientèle, de secret professionnel et de droit intellectuel . dans *Cabinets d'avocats et technologies de l'information: balises et enjeux*. Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, numéro 26, Bruylant, Bruxelles, pp. 201-220.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE 7. LE PARTAGE DES DOSSIERS
« ÉLECTRONIQUES » – QUESTIONS DE DROIT
À LA CLIENTÈLE, DE SECRET PROFESSIONNEL
ET DE DROIT INTELLECTUEL

Jean-Paul TRIAILLE
Avocat au barreau de Bruxelles
Maître de conférences aux FUNDP

INTRODUCTION

Il a été demandé de partir d'un exemple pour ensuite extrapoler et en déduire les règles. L'exemple sera le suivant : un jeune collaborateur dans un grand cabinet décide de changer d'environnement ; au moment de son départ, il explique qu'il prend avec lui l'ensemble des dossiers qu'il a gérés, toute la documentation qu'il a rassemblée au fil des quelques années passées dans le cabinet et toutes les adresses qu'il a rassemblées pour la newsletter du cabinet. S'ensuit une discussion ; le jeune avocat tente de copier sur quelques CD l'ensemble de toutes ces informations, stockées à différents endroits dans le système informatique du cabinet, et le cabinet, furieux de le constater, tente de lui bloquer brutalement tout accès au système informatique ...

L'exemple est fictif, « *toute ressemblance avec une situation existante ou ayant existé étant fortuite, etc.* » ; c'est qu'en effet, après avoir procédé informellement à une rapide consultation des bâtonniers des barreaux francophones les plus importants en nombre, nous sommes rentrés bredouille de cette pêche. Soit le problème ne s'est encore jamais posé, soit il n'est jamais remonté aux oreilles des autorités ordinales.

On se permettra ici d'élargir quelque peu le thème : de l'utilisation de l'intranet à l'utilisation des TIC, et d'un réseau interne (véritable intranet ou simple réseau) à l'extranet (auquel auraient accès les clients du cabinet).

Le « dossier électronique » est-il différent du dossier « papier » ? Le fait qu'il soit fait à la fois de documents composés électroniquement (fichiers contenant des conclusions ou un contrat) et de documents reçus sur papier et ensuite scannés et sauvegardés sous cette forme

change-t-il quelque chose à l'affaire ? Des règles nouvelles sont-elles à formuler ?

Ce qui change en tout cas, et c'est ce à quoi on s'attachera, c'est que la forme électronique du dossier a pour conséquence que :

- il peut être plus facilement rendu accessible à différentes personnes, y compris au client et à distance ;
- il peut être plus facilement rendu inaccessible, y compris à celui qui en était le « propriétaire » ;
- il peut être plus facilement copié, y compris par des tiers ;
- il sera moins facilement perdu, encore qu'il puisse à l'inverse subitement être totalement perdu.

Trois thèmes doivent être examinés ici: le droit à la clientèle (1), le secret professionnel (2) et les droits intellectuels (3).

1. LE DROIT À LA CLIENTÈLE

Pour parler de « droit à la clientèle », la première question à se poser est celle de la définition de la clientèle d'un avocat ou d'un cabinet d'avocats. Je ne me lancerai pas dans cette problématique difficile, entre les tenants de la tradition qui soutiennent que la clientèle d'un cabinet n'a pas de valeur patrimoniale et ne constitue pas « *ce qu'il est convenu d'appeler vulgairement un fonds de commerce* » d'études¹, et les défenseurs d'une approche, disons « plus financière », de la question, qui disent qu'il faut définitivement « *tordre le cou à cette conception d'un autre âge* ». Le débat dépasserait largement les limites et l'objet de cette journée d'études².

-
1. Cf. par exemple J.P. DE BANDT, « La gestion entrepreneuriale d'un cabinet d'avocats » in *Quel avocat pour le XXIème siècle ?*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 59 : « *L'absence de patrimonialité de la clientèle est une autre caractéristique de l'entreprise d'avocats. Parmi les professions libérales et les entreprises de services, seule la clientèle de l'avocat n'a pas de valeur patrimoniale propre. Contrairement aux notaire, médecin, réviseur, expert-comptable, consultant et autres, la clientèle de l'avocat ne constitue pas, ce qu'il est convenu d'appeler vulgairement, un fonds de commerce, susceptible d'évaluation et donc de transmission ou cession à titre onéreux. Il s'agit d'une caractéristique du métier qui a également des conséquences au niveau de sa gestion et de sa structure* ».
 2. Par exemple : « *La question de l'évaluation du cabinet d'avocats a toujours été considérée comme étant délicate et embarrassante. Il est vrai qu'elle a longtemps heurté une idée reçue, et que se plaisent toujours à entretenir certains membres de cette profession, selon laquelle il n'y aurait pas de véritable patrimonialité d'un tel cabinet (2). Il convient d'abord de tordre définitivement le cou à cette conception d'un autre âge, du moins pour les cabinets intervenant essentiellement pour les entreprises, qui constitueront l'objet principal de cette étude (car il est vrai que les cabinets intervenant exclusivement pour une clientèle de particuliers peuvent parfois se révéler beaucoup plus difficiles à céder)* », http://www.jurefi.com/articles/art_02.htm.

La problématique est d'autant plus difficile à aborder qu'elle a fait l'objet de peu d'analyses en doctrine, et que les ouvrages sur la déontologie n'en parlent que très peu, beaucoup moins que des questions plus importantes que sont, par exemple, les mentions sur une carte de visite... De plus, ces ouvrages de déontologie n'en parlent que du bout des lèvres ; on voit bien que l'avocat appartient à une profession qui n'aime pas de parler d'argent, à tout le moins de son argent. On reconnaît toutefois généralement qu'une clientèle d'avocat peut faire l'objet d'une cession, étant entendu que cette cession ne peut porter atteinte au principe supérieur du libre choix du client³ : le dossier est et reste à sa disposition ; cela était vrai auprès du conseil initialement choisi par le client, ça l'est *a fortiori* auprès du conseil qui est présenté comme son successeur à la clientèle.

1.1. La propriété d'un dossier

On n'abordera ici la question du « droit à la clientèle » que par rapport à l'existence dans le cabinet d'un intranet, et par rapport à la question du partage des « dossiers électroniques ».

Y a-t-il des questions nouvelles posées par le recours croissant à l'informatique ? J'ai essayé d'identifier quelques caractéristiques du dossier électronique, même si je les trouve à l'analyse assez peu importantes :

- la centralisation de la gestion du dossier et de l'ensemble des documents, sous forme électronique, dans le système de gestion du cabinet, facilite – c'est l'un de ses buts – le *travail à plusieurs sur un dossier*, voire le travail de nombreux avocats sur un même dossier ;
- la situation peut encore se compliquer quand on organise un accès au dossier électronique *via* un extranet à d'autres cabinets qui, à la demande du client, l'assistent ensemble sur une grosse opération de fusion-acquisition ;
- à côté de ce phénomène, l'utilisation du courrier électronique dans les rapports avec les clients a pour conséquence que, plus qu'avant, chacun des gestionnaires d'un dossier finit par avoir un *rapport direct avec le client* (on tente bien parfois de limiter cela et de canaliser l'ensemble des communications *via* une seule

3. Cf. notamment C. LECLERCQ, in *Droits et prérogatives de l'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 82. Cf. également l'article 5 de la convention-type de cession de clientèle d'avocat proposé par le Barreau de Bruxelles : « *Le cédant et le cessionnaire informeront conjointement les clients de la présente cession en recommandant le cessionnaire, étant entendu que la cession ne saurait en aucun cas porter atteinte au droit de la clientèle de choisir librement son avocat* ».

personne, mais on voit bien que, quand le but est de travailler rapidement, cette centralisation en entonnoir devient une lourdeur et on s'en écarte); au lieu d'un courrier signé par le *dominus litis*, on a des e-mails signés par les différents gestionnaires du dossier :

Ces éléments combinés font que, dans certains cas, la question de savoir à qui « appartient » un dossier ou un client pourrait, à la longue, devenir moins évidente : on a une multiplicité d'accès au dossier, et une multiplication des interlocuteurs, pour un client qui a parfois choisi davantage le nom d'un cabinet que la personnalité de ceux qui le composent.

Certes, lors de l'ouverture d'un dossier, on indiquera dans le système qui est le *dominus litis* et qui est ou sont le(s) gestionnaire(s). Mais cette mention n'est ni suffisante ni nécessaire pour savoir à qui appartient le dossier : ce n'est pas le système qui décide, ce ne sont pas les avocats qui décident, c'est le client, à ceci près que la préférence du client ne dispense pas le conseil qui a été choisi de respecter la déontologie (dont les règles relatives à la succession à un confrère)⁴.

À la réflexion, les principes restent les mêmes qu'il s'agisse de dossiers « électroniques » ou de « dossiers papier ». Dans notre exemple de départ, on se retrouvera manifestement devant le bâtonnier et la solution sera délicate mais elle ne sera pas différente du fait de l'existence de dossiers électroniques.

La situation sera d'autant plus délicate que l'aspect électronique facilite les « voies de fait », entre la copie faite subrepticement par notre jeune avocat et le blocage intempestif de son accès par son cabinet. La technique devient alors l'outil d'un forfait ; on y reviendra *infra*.

1.2. La succession à un confrère

L'avocat qui succède à un confrère a le droit de recevoir immédiatement le dossier avec tous les éléments et documents utiles à la poursuite du dossier⁵.

Il paraît logique d'ajouter qu'il doit pouvoir recevoir les documents sous forme électronique s'il s'agit de documents dont le précédent conseil disposait sous cette forme et qu'il y a encore lieu de retravailler, comme par exemple les conclusions et conclusions

4. Sur les questions liées à la gestion des dossiers et relatives à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel, cf. le texte de Cécile DE TERWANGNE dans cet ouvrage.

5. Cf. l'article 1 du règlement de l'OBFG du 14 mai 2001 sur la succession d'avocat.

additionnelles qu'il faut encore transformer en conclusions de synthèse, le projet de contrat encore en cours de négociation. Puisque l'on dit que le dossier doit être transmis immédiatement, on peut en déduire qu'il doit aussi être transmis, en tout cas dans les situations dont j'ai parlé, sous forme électronique.

Sur ce point également, il nous semble que le caractère électronique ou non du dossier ne change rien à l'affaire : les principes déontologiques sont connus, ils s'appliquent tout à fait normalement.

2. LE SECRET PROFESSIONNEL

Nous n'abordons pas ici la question du secret (ou du niveau insuffisant de confidentialité) lié à l'utilisation de l'e-mail dans les rapports avec les clients ou les tiers; cette problématique est abordée par d'autres durant cette journée d'études.

Pour rappel, on enseigne généralement que le secret professionnel par lequel est lié l'avocat a un caractère absolu et d'ordre public. Il couvre de façon générale toutes les informations que l'avocat apprend à l'occasion d'un dossier.

Le principe peut être analysé sous deux aspects :

- une obligation « passive » : l'interdiction de divulguer ⁶;
- une obligation « active » : l'obligation de prendre des mesures raisonnables destinées à protéger la confidentialité des dossiers.

C'est le deuxième volet qui doit être examiné ici, puisque, s'agissant de mesures pratiques à prendre, le dossier électronique diffère du dossier papier.

2.1. *L'obligation de protéger les accès au dossier électronique*

On peut ici raisonner par analogie avec certaines situations qui ont donné lieu soit à des sanctions disciplinaires à l'encontre d'avocats du barreau de Bruxelles soit à un avis de son conseil de l'Ordre.

- dans un premier cas, en 1982, l'avocat avait confié les clefs de son cabinet à un tiers, dont on apprend qu'il avait exercé une activité pénalement répréhensible connue de l'avocat ; le conseil

6. On mentionnera, sans s'y attarder, que l'aspect électronique d'un dossier pourra faciliter sa divulgation, en ce compris par des personnes mal intentionnées notamment vers la presse et les journalistes, notamment si l'ensemble des pièces ont été scannées. Là aussi, les règles sont évidemment les mêmes, qu'il s'agisse d'un dossier papier (à photocopier) ou d'un dossier électronique ; seule la technique change.

de l'Ordre stigmatisera « la légèreté majeure » consistant à lui avoir confié les clefs du cabinet en connaissance de cause ⁷ ;

- dans un deuxième cas, en 1998, l'avocat sanctionné avait mis à disposition (donné en location sans doute) un bureau à un tiers, autorisé à utiliser une armoire dans laquelle se trouvaient des dossiers du cabinet de l'avocat. Même s'il s'agissait de dossiers archivés et si l'avocat, de bonne foi, n'avait pas réalisé que des dossiers étaient archivés dans ce local, le conseil de l'Ordre retiendra qu'il y a là une violation punissable du secret professionnel⁸ ;
- dans un troisième cas, en 1998, un cabinet d'avocats avait demandé l'autorisation d'entreposer une partie de ses archives chez une société spécialisée ; le conseil de l'Ordre répondit qu'il n'y voyait pas d'inconvénient « *étant entendu que des mesures de sauvegarde du secret professionnel ont été prises* »⁹.

On peut aisément en déduire certaines règles qui s'imposent pour les dossiers électroniques :

- Sur le plan *pratique*, il est évident que l'avocat doit prendre des mesures raisonnables de protection et de contrôle d'accès pour éviter que des tiers non-autorisés y aient accès et que, à ce système équipé de mécanismes de sécurité, il ne peut donner accès que de façon prudente : aux autres avocats du bureau (sous réserve de ce qui sera dit *infra* au sujet de la différence entre l'association et le groupement), aux membres du staff (secrétaires, comptable éventuellement) et à la personne chargée de la gestion informatique du cabinet. Il faut aussi veiller à garder sous le contrôle du cabinet la procédure de gestion des droits d'accès ¹⁰.
- Sur le plan *contractuel*, si ces personnes sont des employés, la loi sur le contrat de travail les oblige au respect de la confidentialité de toutes informations apprises à l'occasion de l'exécution de leur contrat mais rien n'empêche de prévoir une clause expresse dans le contrat d'emploi ou un règlement de travail. S'il s'agit de

7. Recueil des règles professionnelles, Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles, édition 2003, p. 235 (sentence de 1982).

8. Recueil des règles professionnelles, Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles, édition 2003, p. 235 (sentence de 1998).

9. Recueil des règles professionnelles, Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles, édition 2003, p. 236 (sentence de 1998).

10. On entend par la gestion des droits d'accès la question de savoir qui a accès à quels dossiers et à quels types d'informations : par exemple, le comptable doit pouvoir vérifier l'état comptable d'un dossier, mais pas nécessairement le contenu des courriers (*a fortiori* pour le comptable externe).

personnes externes, comme une secrétaire indépendante, on veillera à prévoir une clause de confidentialité dans le contrat de services. La société de services qui gère l'informatique du cabinet aura besoin d'avoir certains accès aux dossiers pour les besoins d'une maintenance par exemple ; cette société va souvent être chargée d'assurer les back-ups de l'ensemble des fichiers et données. Si cette fonction est effectivement « outsourcee », il faudra aussi prévoir dans le contrat de services une clause contractuelle de confidentialité, et autant que possible l'assortir d'une clause pénale dissuasive.

En même temps, il faut rester raisonnable et ne pas verser, comme on le voit trop souvent au sujet de l'utilisation des nouvelles technologies, dans la paranoïa : de la même manière qu'on n'exige pas que l'avocat ait une porte blindée, un gardien de nuit et le système anti-vol dernier cri, il faut prendre les mesures raisonnables, en utilisant les moyens disponibles sur le marché à un prix raisonnable, mais le système d'un cabinet n'a pas à être protégé de la même manière que le système central d'une banque ; c'est un principe de proportionnalité qu'il faudra ici appliquer, entre les dangers en cas d'accès et les efforts de protection mis en œuvre ¹¹.

2.2. Les modalités des droits d'accès aux dossiers électroniques

Distinguons quatre situations :

- à l'intérieur du cabinet ;
- dans le cadre de la collaboration avec des non-avocats ;
- vis-à-vis des clients ;
- vis-à-vis des tiers en général.

2.2.1. À l'intérieur du cabinet

L'existence d'un réseau interne peut avoir pour conséquence que d'autres avocats que le *dominus litis* et le gestionnaire ont accès au dossier électronique. La question est : est-ce contraire au principe du secret professionnel ?

11. On observe les signes de cette paranoïa dans les débats relatifs à la signature électronique : on voudrait des systèmes absolument infaillibles et la moindre faille est dénoncée comme une preuve de ce que cette technologie n'est pas adéquate et qu'il faut en rester à la signature manuscrite, alors même que cette signature manuscrite est loin d'être infaillible (même si des procédures de vérification d'écritures sont possibles par des experts en graphologie). On a pourtant vécu depuis longtemps avec le principe de la signature manuscrite comme étant le moyen par excellence pour signer un document.

Selon certains, il semble qu'il faudrait distinguer entre association d'avocats et simples groupements¹². Le client doit admettre (et ne peut se plaindre), sauf engagement de l'avocat ou demande contraire du client, en s'adressant à une *association*, que la gestion de son dossier pourra être partagée (et donc en partie déléguée). Cela suppose une possibilité d'accès au dossier, y compris informatique, et donc un accès par les autres avocats du cabinet. Cet accès ouvert n'est pas contraire à nos règles. Il en serait de même s'il s'agit d'une collaboration affichée (*via* le papier à lettres notamment)¹³.

Cela n'empêche pas que, dans certains cas, des précautions spéciales devront, pour certains dossiers, être prises : on pense à des dossiers de projets de fusions entre sociétés, d'OPA, de dossiers pénaux sensibles, etc. : le fait de ne pas protéger l'accès pourrait être considéré comme une imprudence fautive au détriment du client, notamment si des éléments du dossier se trouvaient, suite à une indiscretion ou une malveillance, dans la presse ou les mains de tiers ; là aussi, le principe de proportionnalité devra être appliqué.

En cas de simple groupement entre avocats, il reste autant de cabinets que d'avocats et l'accès aux fichiers des uns et des autres peut poser question : les accès devraient donc être réservés au *dominus litis* et au gestionnaire mais impossibles pour les autres (ainsi que pour le staff des secrétaires des autres avocats).

Reste évidemment que, dans toutes les situations, l'avocat qui, parce que l'accès au dossier n'a pas été efficacement protégé, chercherait à accéder, par ce biais, à des informations sur un dossier qui n'est pas de son cabinet commettrait un manquement extrêmement grave à la déontologie, exactement comme s'il allait fouiller dans le bureau d'un confrère. Cette faute déontologique serait assurément bien plus grave que celle de l'avocat qui, faisant trop confiance, n'a pas veillé à verrouiller suffisamment l'accès informatique à ses fichiers.

Outre les possibles sanctions déontologiques, rappelons que la loi prévoit, à l'article 550*bis*, paragraphe 2, des sanctions pénales contre le hacking interne d'un réseau par ses utilisateurs, à condition qu'un dol spécial ait été présent¹⁴.

L'utilisation croissante de l'e-mail comme moyen de communication interne dans un cabinet, et le fait que les e-mails relatifs à un dossier se

12. En ce sens, C. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 219.

13. *Idem.*

14. Cet article sanctionne « celui qui, avec une intention frauduleuse ou dans le but de nuire, outrepassa son pouvoir d'accès à un système informatique ». Il n'est pas exigé que l'utilisateur indélicat soit dans les liens d'un contrat d'emploi même si c'est la situation principalement visée.

trouveront souvent sauvegardés dans le dossier électronique amènent à quelques réflexions :

- les e-mails sont à considérer comme des écrits. « *Verba volant, scripta manent* » : il arrive fréquemment qu'on mette dans un e-mail interne des informations sur un dossier qui ne doivent être connues que du gestionnaire et du *dominus litis* ; le risque d'une indiscretion est plus grand que si l'information n'était transmise qu'oralement, dans le secret du bureau;
- cette façon de faire permet certes de collaborer à plusieurs plus rapidement dans un dossier : plus besoin de trouver un moment qui convient à tous pour organiser une réunion ; le risque est toutefois que, faute d'une discussion et d'une communication directes, des informations précieuses soient oubliées, ou qu'une instruction ait été mal comprise ; c'est parfois en terme de responsabilité professionnelle aussi que les risques seront plus grands, or « *verba volant, scripta manent* » et les preuves de la faute seront plus facilement constituées.

2.2.2. Collaboration avec des non-avocats

La question de la collaboration de l'avocat avec des non-avocats et plus généralement de la multidisciplinarité a posé la question du secret professionnel, et notamment du secret professionnel face au partage ou à la mise en commun de moyens informatiques avec des non-avocats (experts-comptables, réviseurs, ...).

Apparemment, les règles préexistantes en matière de déontologie ne suffisaient pas à y donner une réponse, puisque tant au nord qu'au sud du pays on a adopté des règlements spécifiques.

Force est toutefois de constater qu'il y eut une approche très différente entre l'OBFG d'une part et l'OVB d'autre part.

2.2.2.1. Le règlement de l'OBFG du 26 juin 2003¹⁵, une acceptation de principe :

Dans ce règlement :

- on rappelle l'importance de la règle du secret professionnel, qui doit être garantie en toute circonstance ;
- on impose que « *l'avocat veille à ce que la personne extérieure à la profession avec qui il collabore ne puisse faire croire au public qu'il bénéficie du secret professionnel des avocats* » (art. 2.5).

15. Règlement relatif à la collaboration de l'avocat avec des personnes extérieures à la profession.

- on admet en préambule que « *l'exercice de la profession d'avocats peut être facilité par la mise en commun de moyens matériels avec d'autres professionnels* » : par moyens matériels, on doit pouvoir comprendre des moyens informatique et un réseau intranet, mais se pose alors la question de la protection du secret professionnel.

Le règlement ne dit rien de plus précis à ce sujet. En pratique, en cas de réseau partagé dans le cadre de la société de moyens prévue par le règlement, il faut évidemment – cela va de soi – une séparation complète des dossiers et une imperméabilité des systèmes respectifs puisque les autres professions ne sont pas régies par les mêmes règles de secret professionnel. Techniquement, ces protections peuvent être installées, relativement facilement.

Dans le modèle de « contrat de société de moyens » préparé par le Barreau de Bruxelles, on organise le « *partage de moyens et frais relatifs à la mise en place et au fonctionnement d'un réseau informatique, ainsi qu'à l'acquisition de logiciels* » ; on autorise donc expressément ce partage d'un réseau.

Mais évidemment, le contrat prévoit que la mise en commun de moyens se fait dans le respect notamment des règles de secret professionnel ; l'article 2 précise que les parties « *veilleront à ce que les différents moyens mis en commun ne permettent pas à l'une des parties d'accéder à des données confidentielles concernant les clients de l'autre partie* ». Le modèle de contrat prévoit encore, en son article 4, que les parties feront en sorte que « *nonobstant la mise en commun des moyens (notamment informatiques), la confidentialité des informations communiquées par ses clients ne puisse pas être affectée* ».

2.2.2.2. Le règlement de l'OVV du 22 janvier 2003, une interdiction de principe, aujourd'hui annulée¹⁶ :

Le règlement correspondant de l'OVV était beaucoup plus restrictif :

- L'utilisation commune de matériel bureautique ou informatique, de logiciels ou d'un réseau faisait automatiquement présumer, jusqu'à preuve contraire, que les règles d'indépendance et du secret professionnel n'étaient pas respectées, et à ce titre, cette utilisation en commun d'un intranet par exemple était donc interdite.

On sait toutefois le sort qu'a connu ce règlement de l'OVV, annulé dans ses dispositions principales par la Cour de cassation (et encore à l'examen par la Commission européenne) au motif que notamment en

16. *Reglement inzake beroepsmatige samenwerking met niet-advocaten.*

instaurant une série de présomptions de non-indépendance, le règlement allait trop loin dans les restrictions en matière de concurrence ; l'interdiction de principe de disposer d'un intranet avec des non-avocats n'a donc plus cours, et dans l'attente d'un nouveau règlement on en revient aux principes généraux.

En pratique, cela revient selon moi à ce qui découle du règlement du Barreau français, à savoir la non-interdiction de principe d'un intranet avec des non-avocats mais à la condition d'une interdiction de tout accès par les non-avocats dans les dossiers électroniques du cabinet, ce qui paraît évidemment logique.

2.3. Vis-à-vis des clients

Certains cabinets proposent à leurs clients, soit de manière générale soit uniquement à l'occasion d'une opération précise, un accès à distance aux documents se trouvant dans le dossier électronique ouvert au sein du cabinet (par exemple, lors d'une acquisition nécessitant l'examen de nombreux contrats, on prévoit une *data room* virtuelle). Le client a en principe le droit d'avoir accès aux pièces de son dossier, mais il faut être prudent pour ce qui concerne les courriers confidentiels entre avocats, les e-mails internes entre les différents gestionnaires ou les notes personnelles qui auraient été intégrées dans le dossier électronique. Que l'on songe à un dossier papier traditionnel : il y a parfois là des documents auxquels on ne souhaite pas que le client ait accès ou qu'on ne peut communiquer tels quels au client. La même règle prévaudra pour le dossier électronique : l'accès ne peut être automatiquement intégral. La prudence voudra que le dossier accessible au client soit une duplication de l'autre, dans lequel on ne viendra placer les pièces qu'une par une, et non en bloc.

Il y aurait beaucoup à dire sur l'utilisation du courrier électronique dans les rapports avec les clients, aujourd'hui devenue pratique habituelle dont on ne pourrait plus se passer. Pour ce qui concerne le secret professionnel, on sera prudent en tant qu'utilisateur par rapport à la grande facilité qu'offre le courrier électronique de *forwarder* un courrier reçu, de communiquer en même temps avec de nombreux intervenants (dont des avocats, des clients, des parties adverses), de répondre, par un « *reply all* » à un grand nombre de personnes, etc. Quand on dicte un courrier, on réfléchit davantage à ses destinataires que si, rapidement, on répond par e-mail à un e-mail ; le risque d'erreur est ici plus grand¹⁷.

17. Cf. aussi les règles déontologiques qui interdisent à l'avocat d'utiliser un courrier reçu par erreur.

On mentionnera, sans l'approfondir car cela sortirait du sujet, la problématique intéressante de l'archivage et de l'obligation de conservation des dossiers pendant cinq ans ; la même règle vaudra pour les dossiers électroniques, et cette conservation devra être assurée pendant ce délai, par des *back-ups* adéquats, et par une protection contre les virus informatiques notamment. En cas de « crash » d'un système faisant disparaître certains éléments d'un dossier qui n'auraient été sauvegardés que sous forme électronique, des questions de responsabilité pourront se poser.

Le fait que l'archivage sous forme électronique prend moins de place physique que l'archivage de dossiers encombrants justifierait d'ailleurs des obligations de conservation plus longue si l'on admettait que l'archivage sous cette forme pouvait dispenser de l'archivage sous forme papier, mais cela poserait d'autres problèmes, qui sont connus (compatibilité entre des systèmes de sauvegarde anciens et récents, « vieillissement » des signatures électroniques, des certificats liés ou des clefs de cryptage, etc.), sans parler du fait que des dossiers contiennent parfois des documents authentiques qu'il faudra conserver sous forme papier. Sur ces questions, une réflexion mériterait sans doute d'être menée.

2.4. Vis-à-vis des tiers

On renverra ici à ce qui a été dit *supra* à propos de l'obligation d'avoir un intranet qui soit sécurisé et donc inaccessible aux tiers, en ayant à tout le moins pris les mesures raisonnables en fonction de la technologie disponible et de l'« état de l'art ».

Les perquisitions au sein d'un cabinet d'avocat se font en principe en présence du bâtonnier ou de son représentant. Le dossier électronique étant susceptible d'être délocalisé, sur le PC de l'avocat à son domicile, en partie sauvegardé chez un tiers, etc., les mêmes principes devraient être appliqués au dossier électronique qu'aux dossiers papier, et ce quel que soit l'endroit duquel on y accède ; c'est bien le contenu qui doit être le critère et non sa localisation¹⁸.

L'analogie vaut pour d'autres éléments électroniques : il est admis que l'agenda papier d'un avocat est couvert par le secret professionnel, il doit en être de même de son agenda électronique.

18. Cf. notamment à ce propos les discussions au sein du groupe e-justice, www.droit.fundp.ac.be/e-justice/documents/vercruyse-131000.htm.

3. LES DROITS INTELLECTUELS

Sous le titre « *Le partage des dossiers électroniques – questions de droit intellectuel* », on m'a demandé d'examiner dans quelle mesure un avocat pourrait invoquer ses droits de propriété intellectuelle sur des documents qu'il aura rédigés pour revendiquer, sur cette base, la propriété d'un dossier.

Pour différencier cet examen de l'analyse faite dans une autre partie de cet ouvrage, on n'abordera donc pas les questions liées au site web de l'avocat, mais plutôt celles qui concernent la protection des documents que l'avocat produit plus directement pour les besoins d'un dossier ou pour l'utilisation en interne par le cabinet¹⁹.

3.1. Le raisonnement juridique

Le raisonnement est ici le suivant – et c'est celui que tient notre jeune avocat dans notre exemple de départ :

- « *C'est moi qui ai rédigé, dans ce dossier, les notes de consultation, les courriers, les conclusions ou le contrat pour le client ; ces documents sont suffisamment originaux, au sens de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur, pour être protégés par le droit d'auteur ;*
- « *Puisque la loi prévoit, en son article 6, que le titulaire original des droits est la personne physique qui a créé l'œuvre, c'est donc moi qui en suis l'auteur au sens de cette loi ;*
- « *Et comme la loi précise, à l'article 3, que, à l'égard de l'auteur, les cessions de droit ne se prouvent que par un écrit, je suis resté le titulaire des droits sur ces documents puisque je n'ai pas cédé ses droits par un contrat de cession écrit respectant en outre les conditions de forme et de contenu imposées par la loi ;*
- « *En tant qu'auteur, je suis le seul, en vertu de l'article 1 de la même loi, à pouvoir autoriser ou interdire toute reproduction de ces documents, et donc toute photocopie, tout envoi par e-mail, tout dépôt en copie au greffe, toute communication par fax aux confrères, etc. En outre, la loi me donne aussi le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute adaptation de « l'œuvre » : j'interdis donc qu'on reprenne des conclusions que j'ai rédigées ou qu'on les adapte en changeant un peu l'ordre logique, en remplaçant certains mots par des synonymes, etc. »*

19. Cf. l'article de V.V. DEHIN sur les questions de droit intellectuel relatives à l'avocat sur internet.

3.2. Analyse du raisonnement

Ce raisonnement est-il pertinent ?

Strictement parlant, oui, si l'on se base uniquement sur la loi du 30 juin 1994 : il s'agit de documents originaux au sens de la loi ; le titulaire des droits sera celui qui les a rédigés, et il ne peut céder ses droits que par un écrit tout à fait explicite. En conséquence, il est libre d'en interdire notamment la reproduction et l'adaptation.

3.2.1. Distinction entre deux sortes de documents

Il nous paraît toutefois qu'il y a lieu de faire une distinction entre :

- d'une part les documents rédigés dans le cadre d'un dossier particulier, pour les intérêts d'un client : les notes de consultation, les conclusions et autres écrits de procédure, les contrats rédigés pour une société, etc ;
- et d'autre part les autres documents rédigés par l'avocat en dehors d'un dossier particulier, pour l'usage par le cabinet ou par lui :
 - on songe aux contrats-type, préparés à l'avance pour pouvoir servir ensuite de document de base pour des dossiers particuliers, à des notes « standardisées » destinées à être réutilisées à de nombreuses reprises (dans les cabinets d'une certaine taille, on constitue souvent une telle base de données, une sorte de bibliothèque de documents-type, et souvent, ce sont les jeunes collaborateurs qui seront chargés d'y consacrer une certaine quantité d'heures « non facturables ») ;
 - on peut penser aussi aux présentations Powerpoint préparées pour un séminaire à destination des clients du cabinet ou pour un séminaire externe, aux articles rédigés pour une newsletter ou pour une revue juridique ou non ;
 - on peut penser à toute la documentation rassemblée au fil du temps par l'avocat et re-classée en fonction des sujets, tantôt sous forme papier, tantôt sous forme électronique : articles de revue photocopiés, textes trouvés sur des sites internet, exemples de contrats glanés au fil des dossiers, listes de liens hypertexte des sites web intéressants, etc. Dans ce cas, notre avocat n'en est pas l'auteur, mais on pourra parfois considérer qu'il bénéficie, sur cet ensemble d'éléments sélectionnés, triés, étiquetés et classifiés sur la base d'une certaine structure, des droits qu'une législation spécifique a prévu pour la protection des bases de données et qui attribue aussi à celui qui aura fait

l'investissement ou l'effort de la constituer des droits exclusifs ;

- on peut enfin songer à la base de données reprenant la liste des contacts de notre avocat : non pas la liste des clients, mais bien des personnes de contact, des « prospects », à qui le cabinet envoie – puisque c'est autorisé – la newsletter papier ou électronique, des invitations à des séminaires ou à des « client events », des vœux de nouvel an, le tout dans une perspective commerciale et de marketing.

3.2.2. Application de la distinction

Il y avait lieu donc de distinguer entre deux types de documents :

3.2.2.1. Les documents « hors dossier »

Dans ce cas, le raisonnement de l'avocat dans notre exemple de départ nous paraît exact : s'il n'y a pas eu de convention écrite, par exemple dans le contrat de collaboration, prévoyant une cession de ses droits d'auteur au bénéfice du cabinet, il est resté titulaire des droits. Pour rappel, sur le plan du droit d'auteur, le fait que le collaborateur aurait été rémunéré pour préparer par exemple des contrats-type n'a pas pour conséquence que les droits seraient, de ce seul fait, transférés au cabinet qui l'aura rémunéré. À cet égard, signalons que si d'aventure, à l'avenir, certains collaborateurs devaient être considérés comme salariés, cela n'aurait même pas cet avantage indirect que les droits sur ses écrits reviendraient à son « employeur », puisque la loi n'a pas prévu (sauf pour les logiciels et dans une certaine mesure les bases de données) une cession automatique à l'employeur des droits sur les œuvres créées dans le cadre d'un contrat d'emploi.

Une question serait encore à examiner : certes, l'avocat en question est resté titulaire des droits et la loi exige un « écrit » pour toute cession ou licence. Mais un écrit ne veut pas dire un contrat sur papier ; de ce fait, un e-mail (qu'on peut, pour cette situation, assimiler à un « écrit » au sens de l'article 3 de la loi sur le droit d'auteur) de cet avocat, dont on peut déduire qu'il a autorisé l'utilisation par le cabinet desdits documents, pourra être interprété à tout le moins comme une licence d'utilisation. Reste que ces autorisations sont, comme l'article 3 le précise, d'interprétation restrictive en faveur de l'auteur. Prudence donc²⁰...

20. La mise à disposition sur l'intranet de contrats standard suscite un autre risque, à savoir que des avocats non spécialisés dans la matière concernée s'autorisent, sur la base du modèle de contrat, à se dispenser de consulter le confrère qui, au sein du cabinet, maîtrise mieux

Dans de nombreux cas, les deux parties pourront donc continuer à utiliser les documents, l'un (notre jeune avocat) comme titulaire de droits, l'autre (le cabinet d'avocats) comme titulaire d'une licence (limitée) d'utilisation. La différence entre leurs positions reste d'importance, puisque le titulaire d'une licence ne pourra continuer à utiliser les œuvres que pour les cas convenus et prévus, tandis que le propriétaire dispose évidemment du pouvoir résiduaire d'utiliser ses œuvres comme il l'entend.

Pour les bases de données, les collections de documents et les fichiers constitués, la question est un peu différente et là la question de savoir qui a financé leur réalisation interviendra, puisque la loi relative à la protection des bases de données octroie des droits exclusifs au « fabricant » de la base de données, le fabricant étant défini comme celui qui a consenti l'investissement ou l'effort nécessaire à sa réalisation²¹. Si le collaborateur recevait des honoraires pour le temps consacré à la production de ces fichiers, on pourrait en déduire que les droits reconnus par la loi au fabricant reviendront au cabinet qui l'aura rémunéré.

Reste que, du côté de notre jeune collaborateur, ces éléments ont constitué un outil de travail et que les adresses qu'il aura rassemblées ne l'ont été que grâce à son intervention et son entregent : on imagine mal, au regard de la déontologie, que le cabinet puisse, sur la base des droits existant sur ces bases de données, lui en interdire toute utilisation après son départ du cabinet²². Souvent les efforts ou l'investissement auront été partagés et chacun pourra le montrer.

Si, pour ce qui concerne la *propriété* des droits sur ces documents, ce sont les règles du droit civil et de la propriété intellectuelle qui fixeront prioritairement les règles du jeu, la déontologie n'y ayant pas grand chose à faire, pour ce qui concerne *l'accès* qu'on viendrait interdire, ou la *copie* qu'on viendrait faire subrepticement, il nous semble que la déontologie reprend là tous ses droits : pas question, par une sorte de « voie de fait », d'exercer un droit de rétention sur des fichiers ou des dossiers ou, à l'inverse, d'abuser d'une facilité de copie offerte par la

cette matière. C'est en termes de responsabilité professionnelle que pareille inclination devra être analysée. On peut, pour diminuer ce risque, envisager différents mécanismes : soit le document n'est accessible qu'en extraits ou par la seule mention de son titre, soit il n'est accessible qu'en lecture et non en mode « edit » (et il ne peut donc pas aussi facilement être repris et adapté aux besoins d'un dossier), soit on en limite l'accès aux seuls membres du département dont le document émane. En tout état de cause, des directives devront être établies et appliquées, tant par le *knowledge manager* du cabinet que par les avocats.

21. Cf. la loi du 31 août 1998 sur la protection juridique des bases de données.

22. À quand un litige entre avocats relatif à l'utilisation d'une liste d'adresses ? Devra-t-on raisonner par analogie avec les conflits relatifs à l'utilisation d'adresses entre employés et ex-employeurs ?...

technologie pour s'en aller avec une copie complète de tout ce que le cabinet a mis au point. Ces voies de fait seraient assurément contraires à la confraternité, à la loyauté et à la plus élémentaire déontologie. Le bâtonnier aurait dans une telle situation un rôle important à jouer, dans des délais parfois très brefs.

3.2.2.2. Les documents d'un dossier-client

Notre avocat qui s'est chargé de la gestion d'un dossier pourrait-il, sur la base du droit d'auteur qu'il invoque, prétendre que le dossier lui appartient ? La question a deux aspects : l'une concerne la relation avec le client, l'autre concerne la relation avec le cabinet (même si évidemment, les deux questions sont étroitement liées).

3.2.2.2.1. Vis-à-vis du client :

Notre avocat pourrait-il expliquer au client que, dès lors que c'est lui qui a rédigé les documents, il a le droit d'en interdire toute réutilisation ultérieure ? Sur le plan du droit d'auteur, strictement parlant, la réponse est positive²³.

Mais cette conclusion vient se heurter frontalement à d'autres règles : la nature de la mission de l'avocat, la confiance totale que le client doit pouvoir lui faire, le principe du libre choix par le client de son conseil et le fait que le dossier appartient au client interdisent pareil raisonnement. Le suivre reviendrait à dire que le dossier n'appartient jamais au client puisqu'évidemment, s'il a consulté un avocat, c'est notamment pour que celui-ci rédige à sa place certains documents, comme une citation ou un contrat, et la confiance qu'il est en droit de faire à son conseil interdit qu'on exige de lui une cession écrite des droits par ce conseil.

De plus, le fait que l'avocat agit souvent au nom de son client et le représente a selon nous pour conséquence qu'il ne pourrait invoquer vis-à-vis de son client son droit d'auteur sur ce qu'il a rédigé spécifiquement pour ce client et pour qu'il serve en son nom – et ce d'ailleurs, qu'il ait été rémunéré ou que son état d'honoraires soit contesté ou reste impayé.

23. L'article 8 de la loi relative au droit d'auteur prévoit que « *les discours prononcés dans les assemblées délibérantes, dans les audiences publiques des juridictions ou dans les réunions politiques, peuvent être librement reproduits et communiqués au public, mais à l'auteur seul appartient le droit de les tirer à part* ». Cela diminue donc partiellement les prérogatives d'auteur de l'avocat sur le texte de ses plaidoiries et du ministère public sur ses réquisitoires, mais cela ne s'applique pas à des conclusions puisque seuls sont visés les « discours ».

Par ailleurs, certaines législations européennes connaissent une exception au droit d'auteur pour les besoins de procédures judiciaires ou administratives. Si elle existait en droit belge, on pourrait l'invoquer dans l'exemple de notre jeune avocat, mais tel n'est pas le cas.

Quand on l'applique aveuglément ou mécaniquement, le droit d'auteur a parfois des conséquences inacceptables ; on voit qu'il se heurte de plus en plus souvent à d'autres règles de droit, comme le droit de la concurrence, la protection de la vie privée, le droit de la consommation, le droit à l'information, le droit de propriété, et que de plus en plus souvent, les tribunaux sont amenés à faire la « balance des intérêts » en jeu. La déontologie et la nature de la mission de l'avocat constitueraient une autre limite, pour l'instant inexplorée, à l'application du droit d'auteur²⁴.

Une nuance est toutefois à apporter au tableau. Certes, l'avocat ne pourrait, selon nous, invoquer son droit d'auteur pour interdire à son client d'utiliser les documents que son conseil a préparés pour lui dans le cadre d'un dossier. Mais sans doute peut-on, en conciliant l'approche du droit d'auteur et la déontologie, considérer que l'avocat reste le *titulaire des droits* sur ces documents tandis que le client bénéficiera d'une très large *licence d'utilisation*.

En pratique, dans la plupart des cas, la conclusion restera celle qu'on a décrite *supra*, mais cela a toutefois pour conséquence que :

- les droits d'utilisation du client ne seront pas illimités : il doit être libre de faire tout usage de ces documents pour les besoins du dossier initial et pour l'usage qu'il est normal ou qu'il était prévu de donner à ces documents dans le cadre de ce dossier, pour ses besoins propres. Mais il ne pourrait pas pour autant en faire un usage commercial ou diffuser largement ces documents, par exemple (un peu théorique) en décidant de publier les contrats ou les consultations préparés par son conseil ou de les revendre à des tiers (sauf si cela avait été convenu avec son conseil) ;
- dans le même ordre d'idées, la diffusion des documents (par exemple des contrats-type) pour leur utilisation par l'ensemble des autres filiales d'un groupe international, devrait faire l'objet d'une concertation avec l'avocat et à ce niveau le droit d'auteur et l'auteur *reprennent leurs droits* ²⁵ ;

24. Accepter cela ne revient d'ailleurs pas à se ranger dans le camp des adversaires du droit d'auteur, c'est œuvrer à une plus grande acceptabilité du droit d'auteur par la société et tenter de prévenir de plus grands revers à l'avenir.

25. À titre d'exemples, il est déjà arrivé à l'auteur de cette contribution de retrouver tantôt un contrat qu'il avait rédigé pour une filiale repris par d'autres filiales du même groupe, tantôt de reconnaître de nombreuses clauses qu'il avait rédigées pour un fournisseur de services mais qu'on retrouvait ensuite (par « copier/coller ») dans un contrat qu'on était amené à négocier non plus du côté-fournisseur mais du côté client, tantôt encore de constater que des conditions générales d'abonnement qui avaient été rédigées pour que le client puisse ensuite les rendre accessibles sur son site web, avaient manifestement servi à la rédaction d'autres

- inversement, sur le plan strictement juridique toujours, l'avocat pourra, sauf engagement de sa part ou convention contraire, réutiliser ce qu'il aura rédigé pour d'autres contextes, à condition que ce faisant il ne divulgue rien du dossier initial, et au risque toutefois d'altérer sa relation avec le client ;
- sur le plan du droit moral, et notamment du droit de paternité, des questions pourraient se poser, intéressantes sur le plan juridique mais qui se régleront normalement hors du cadre strictement juridique, dans le cadre de la relation de confiance entre le client et son conseil.
- La figure juridique n'est pas prévue par la loi sur le droit d'auteur, mais pour concilier droit d'auteur et déontologie, il faut raisonner comme si le client bénéficiait, même à défaut d'un écrit, d'une licence implicite d'utilisation des documents pour tous les besoins du dossier et tous les usages convenus avec son conseil.

3.2.2.2. *Vis-à-vis du dominus litis:*

On se place ici dans la situation où le client n'est pas le client de notre avocat-auteur mais le client d'un confrère *dominus litis* ou de l'association, sinon le problème ne se pose pas.

Sur ce plan également, il nous semble que le droit d'auteur doit céder le pas face à ce que prévoit la déontologie dans ces situations. De même que l'avocat ne peut exercer aucun droit de rétention vis-à-vis d'un client sur un dossier au motif que ses états d'honoraires resteraient impayés, de même ne pourrait-il invoquer un droit d'auteur pour refuser de transmettre à un confrère les documents qu'il a rédigés.

On aura remarqué que dans cette troisième partie sur les droits intellectuels, la nature électronique du dossier n'a pas davantage influencé le raisonnement que dans les deux premières.

contrats d'abonnement du même genre ; un confrère ou un juriste, avant de commencer à rédiger, était aller à la pêche de ce qu'il pourrait trouver sur internet ... On peut certainement signaler à son client qu'on l'a remarqué ; savoir si l'on s'en plaint au client (comme on pourrait le faire) ou si l'on décide d'y voir plutôt le signe de ce que la prestation fournie a été appréciée est ensuite une affaire personnelle et dépendra notamment de la qualité des rapports avec le client.

EN CONCLUSION

« *La déontologie reste la même, les usages peuvent évoluer* »²⁶.

Parfois, ce qu'on prenait pour une règle de déontologie n'était que le résultat d'usages anciens. Les évolutions de la société, accélérées par la technologie peuvent parfois servir à « décaper » un ensemble de règles et conventions existantes, pour retrouver, sous les couches de vernis (qui empêchent parfois le bois de respirer) la veine et la beauté du bois d'origine.

Si l'on relit ce qu'on écrivait encore il y a quelques années sur la publicité, ou il y a un peu plus longtemps sur la pratique de la profession d'avocat en société, on sera évidemment frappé de l'évolution rapide qui a eu lieu ; ce qui semblait impensable il y a peu est devenu pratique courante aujourd'hui.

Pour en revenir au sujet de cette contribution, le « dossier électronique », avant d'être électronique, est surtout un dossier. Le fait qu'il soit électronique ne change pas la nature du dossier et ne nécessite pas de repenser autrement les règles et principes déontologiques préexistants ; celles-ci continuent, sans beaucoup d'effort, à s'appliquer aux situations qu'on pourra rencontrer.

Dans le titre de notre intervention, les guillemets qui entourent le mot « électronique » pourraient être remplacées par des parenthèses.

26. P. LAMBERT, cité par M. WAGEMANS dans son article « Quelle déontologie pour le XXIème siècle ? » in *Quel avocat du XXIème siècle ?*, op. cit., p. 36.