

## Observations sur le recul du secret professionnel de l'avocat

Par Emmanuel Brochier, avocat au Barreau de Paris, associé fondateur du cabinet Darrois Villey Maillot Brochier

### I Le secret professionnel de l'avocat parmi d'autres secrets

On ne peut réfléchir au secret professionnel sans envisager la question du secret en général. Aujourd'hui la transparence est obligatoire en toute circonstance. Elle est vertu tandis que le secret est une faute. Aux yeux de l'opinion publique celui qui viole le secret gagne, celui qui défend le secret perd la bataille.

Et pourtant le secret est une richesse qui a de multiples facettes et celui qui sait n'est pas forcément l'ennemi de celui qui ne sait pas.

Le secret est une clé de la littérature. Balzac, par exemple, en fait le plus grand usage dans ses œuvres. Cézard Birotteau, est victime d'une conspiration secrètement ourdie contre lui, Le Père Goriot cache dans sa misérable sous-pente les sacrifices qu'il fait pour ses filles qu'il aime et dans la nouvelle Gobseck selon les propos de l'auteur « *une dizaine d'usuriers, rois silencieux et inconnus, échangent des secrets et se révèlent les mystères de la finance. Ils possèdent les secrets de toutes les familles* ». Le secret donne, c'est certain, un pouvoir à celui qui le détient.

L'intimité est indispensable à chacun. Un homme, une femme ne peut se construire sans histoire ou secret : secret de famille, histoire d'amour, histoire de conviction, religieuse ou politique, toutes ces histoires ou secrets qu'il garde en lui comme une souffrance ou comme un souvenir précieux, un guide pour l'avenir, comme une richesse qu'il ne partage pas.

Tous les secrets s'affaiblissent. Souvenez-vous du livre de cet ancien président de la République qui, sans gêne, livrait des secrets d'État. Le secret de la vie privée bien que doublement protégé par le code civil (article 9) et par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (article 8 alinéa 1) est lui aussi très faible aujourd'hui. Jusqu'en 1991, la Cour de cassation protégeait le patrimoine, la publication des feuilles d'impôts des un ou des autres était punie au nom du secret de la vie privée. Aujourd'hui elle est souhaitable et parfois obligatoire les politiques doivent procéder à une publication de leur patrimoine qui va jusqu'à un détail absurde. Combien de titres, combien de dividendes, combien d'options d'achat etc... et quand un article de presse divulgue la liaison d'un président de la république, le journal plaide, « *l'information légitime du public* », ou encore que « *le comportement du président de la république, relève d'un débat général, et concerne l'histoire contemporaine* ». En définitive, il est

condamné sur le fondement de l'article 9 du Code civil au motif « *que cette information ne s'inscrit pas dans un article destiné à faire le lien entre cette relation et le fonctionnement de la vie politique française* », le journal est condamné soit, mais à quoi est-il condamné ? au paiement d'une indemnité de 15 000 €, on rencontre ici le problème grave de l'inefficacité des décisions de justice.

Ce phénomène de recul du secret n'est pas seulement le fait des réseaux sociaux, c'est aussi plus largement le fait que notre société vit dans la peur, peur de la pudeur, peur de l'avenir, peur de l'autre. Alors y a-t-il des secrets qui résistent à ce mouvement ?

Le secret du délibéré n'est jamais critiqué et c'est une heureuse exception. Le secret des sources des journalistes est ardemment défendu, mais paradoxalement il permet la violation d'autres secrets de l'enquête ou de l'instruction. Un peu à contre-courant, un texte européen est venu protéger il y a quelques années le secret des affaires mais ces exceptions sont bien peu nombreuses.

## **II Les atteintes répétées au secret professionnel de l'avocat**

Dans ce contexte, un constat s'impose : le secret professionnel ne cesse de reculer. Il est défini par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 71 modifiée en dernier lieu par la loi du 28 mars 2011 :

*« En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces au dossier sont couvertes par le secret professionnel ».*

Cette définition, large et claire, est stable depuis cette date, elle a même été rappelée à plusieurs reprises récemment par la loi.

Ainsi depuis la loi du 22 décembre 2021, l'article préliminaire du code de procédure pénale comprend un alinéa dans les termes suivants « *le respect du secret professionnel de la défense et du conseil prévu à l'article 66-5 de la loi n°71.11.30 du 31 décembre 1971 est garanti au cours de la procédure pénale dans les conditions prévues par ce présent code* ».

De même, l'article 56-1 du code de procédure pénale qui résulte de la même loi du 22 décembre 2021 prévoit en cas de perquisition dans un cabinet d'avocat que *« le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat et à ce qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil prévu par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, ne soit saisi et placé sous scellé »*.

L'article 2 du règlement intérieur national de la profession d'avocat édicte que *« le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est, absolu, et illimité dans le temps »*.

La cour de justice de l'union européenne protège également les communications entre l'avocat et son client. C'est un principe communautaire : la Cour a jugé que le secret professionnel constitue *« une garantie essentielle de la liberté de l'individu et du bon fonctionnement de la justice »* (CJUE 19 février 2002- edit Wonters).

La cour européenne des droits de l'homme a elle aussi, rendu de nombreuses décisions sur le même sujet *« c'est la base de la relation de confiance entre l'avocat et son client »* (CEDH 25 mars 1992 Campbell/ Royaume uni).

Un paragraphe de l'arrêt du 6 décembre 2012 (Michaud / France par 118) mérite d'être rappelé *« si l'article 8 protège la confidentialité de toute correspondance entre individus, il accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients. Cela se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables. Or, un avocat ne peut mener à bien cette mission fondamentale s'il n'est pas à même de garantir à ceux dont il assure la défense que leurs échanges demeureront confidentiels. C'est la relation de confiance entre eux, indispensable à l'accomplissement de cette mission qui est en jeu. En découle, indirectement, mais nécessairement, le respect du droit du justiciable à un procès équitable »*.

En quelques lignes tout est dit.

Et pourtant, malgré ces fortes déclarations le recul est certain.. Ce n'est pas le principe qui est attaqué mais son périmètre et les modalités de sa mise en œuvre :

- L'article 56-1 du Code de procédure pénale dispose que l'on peut s'opposer en cas de perquisition à la saisie d'un document *« relevant*

*de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil ».*

Une condition est donc subrepticement ajoutée à la définition de l'article 66-5 puisque les mots « *relevant de l'exercice des droits de la défense* » n'y figurent pas.

Cette nouvelle condition, dont les termes sont ambigus marque un net recul de la définition du secret professionnel et permet à la jurisprudence de refuser l'accès au secret professionnel. Ainsi, en matière d'enquête de concurrence, la chambre criminelle a jugé le 24 septembre 2024 que : « *si selon les principes rappelés par l'article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, les documents et les correspondances échangés entre le client et son avocat sont en toutes matières, couverts par le secret professionnel, il demeure qu'ils peuvent être notamment saisis, dans le cadre des opérations de visite prévues par l'article L 450-4 du code de commerce, dès lors qu'ils ne relèvent pas de l'exercice des droits de la défense* ».

- Le secret professionnel du conseil n'est plus opposable aux mesures d'enquête et d'instruction relatives aux infractions suivantes : fraude fiscale, corruption et trafic d'influence, terrorisme et blanchiment de ces délits, à condition que les consultations de l'avocat et les pièces, établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou faciliter ses infractions.
- La chambre criminelle a toujours refusé d'appliquer le secret professionnel à la matière du conseil.
- Loin de devoir toujours protéger les secrets, il existe des circonstances dans lesquelles l'avocat est obligé sous peine de sanction pénale et déontologique de dénoncer son client au Bâtonnier : « *les avocats sont tenus de déclarer les opérations portant sur des sommes dont ils savent, soupçonnent ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme (article L 561-15 du CMF)* ». Cela s'applique lorsque l'avocat assiste un client dans la préparation ou la réalisation d'une opération d'achat ou de vente d'une société, d'un immeuble ou la gestion de fonds ou d'autres actifs, ou lorsqu'il donne des conseils en matière fiscale.

- Même en matière civile, le secret professionnel recule. La Cour d'appel de Toulouse avait jugé qu'aucun texte n'autorise la saisie de documents en dehors des mesures de perquisition prévues par l'article 56-1 du code de procédure pénale. Dans un arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 6 décembre 2023, la Cour de cassation a jugé que *« le secret professionnel de l'avocat ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile dès lors que les mesures sollicitées, destinées à établir les fautes de l'avocat, sont indépendantes à l'exercice du droit à la preuve du requérant, proportionnées aux intérêts antinomiques en présence et mises en œuvre avec des garanties adéquates »*.

Toutes ces restrictions ont une justification que l'on peut approuver ou réfuter, mais leur multiplication est inquiétante, et révèle une hostilité forte au principe même. En résumé, même si on réaffirme le principe par de multiples déclarations solennelles, on restreint sa mise en œuvre et son application dans le même temps.

Tel est le bulletin de santé du secret professionnel. Solide en apparence, mais en vérité, sans cesse attaqué et fragilisé. Et quand le secret professionnel recule, c'est la défense toute entière qui s'affaiblit.

Il ne faut pas croire que c'est un privilège pour les Avocats, non c'est un droit pour les clients. Et c'est une obligation impérieuse pour les avocats qui n'a pas d'autre but que de construire et de préserver le lien de confiance entre le client et l'avocat.

Alors quelle solution ? certains ont plaidé pour l'exclusion de l'activité de conseil du secret professionnel. Je n'y crois pas, d'abord parce que l'activité de conseil a également besoin de la protection du secret professionnel, et ensuite parce que cette limitation dont la frontière avec la défense est très incertaine ne ferait certainement pas cesser les critiques et les attaques.

Il faut continuer inlassablement à plaider pour le secret professionnel, à répéter que tout ce qui n'est pas révélé, n'est pas forcément une faute ou un crime.

Je terminerai mon propos en citant le code pénal annoté d'Emile Garçon, (édition 1952) : « *le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourrait accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social, que ces confidentes nécessaires soient astreints à la discrétion, que le silence leur soit imposé, sans condition, ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié* ».