HEAD 19juin 2025

MISE EN PERSPECTIVE ETHIQUE

Par Didier Truchet

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon- Assas

Le programme m'invite à une mise en perspective éthique. Je tenterai donc de mettre le secret professionnel des avocats en perspective avec l'ensemble du droit du secret. C'est seulement ainsi que je peux espérer contribuer à votre information et à votre réflexion sur votre secret professionnel, que vous connaissez mieux que moi, qui ne suis pas avocat.

Par nature et par fonction, toute déontologie a tendance à enfermer la profession concernée dans une vision corporatiste, au sens neutre, historique et non péjoratif du terme. J'ai souvent observé que la vôtre n'échappait pas à ce risque d'enfermement auto-régulateur. Le regard extérieur peut être utile pour montrer que la déontologie en général et sa signification sociale ont beaucoup changé depuis vingt ans et que le droit du secret est concerné par cette évolution.

Seule une vision globale du droit français qui le régit permet de comprendre les évolutions, les intérêts, les revendications et les incompréhensions qui pèsent sur chacun des secrets, parmi lesquels celui des avocats, que la loi protège. Mon propos est de redonner à ce droit, la cohérence et l'intelligibilité qu'il me semble avoir perdues.

Apparemment pourtant, il se porte bien puisque la loi n'a jamais autant protégé de secrets : aux secrets historiques parmi lesquels on peut citer sans être exhaustif, les secrets professionnels de toute nature, celui de l'instruction, celui de la défense nationale, le secret des correspondances, les secrets bancaire et fiscal pour ce qu'il en reste etc. le législateur a ajouté récemment une protection particulière du secret des origines, du secret des sources des journalistes, des affaires, ou en matière de renseignement[1] ...

[1] Cf en dernier lieu, la loi du 13 juin 2025 visant à sortir la France du piège du narcotrafic et la décision du Conseil constitutionnel n° 2025-885 DC du 12 juin 2025.

En réalité, le droit français du secret n'est pas satisfaisant parce qu'il ne permet plus à ceux qui y sont tenus de savoir à coup sûr ce qu'ils doivent dire et ce qu'ils doivent taire. Les exceptions aux règles du secret[2], leurs violations, les fuites dans la Presse en témoignent par l'absurde. Par contrecoup, les clients, les patients, les administrés, les citoyens ignorent largement le degré de protection des informations confidentielles les concernant contre une divulgation limitée à certaines personnes ou autorités ou dans le public.

Encore faut-il qu'ils s'en soucient : le secret de le vie privée est -il toujours une valeur éthique et sociale partagée par tous lorsque tant de personnes racontent leur vie privée dans des livres, des journaux, des sites électroniques, des réseaux sociaux… ? Une règle substantiellement éthique dont la société ne perçoit plus la légitimité est toujours menacée.

Or les attentes de la société changent considérablement sur au moins trois points

- Aujourd'hui, ce n'est plus le secret qui est évident pour l'opinion publique, c'est la société de l'information, la transparence, l'open-data, la science ouverte, *mee too,* le lancement d'alerte, les déclarations publiques d'intérêts et de patrimoine…

- Le secret n'est plus nécessairement considéré comme une exigence éthique. L'opinion publique s'indigne lorsqu'elle découvre qu'une information a été tue par celui qui était tenu au secret alors que sa révélation aurait pu éviter un dommage ou une infraction. On le voit particulièrement dans le domaine de la santé et de l'ordre public, spécialement quand des enfants sont en cause. Il faut l'admettre à l'heure de la victimisation : on peut s'estimer aujourd'hui autant victime du respect d'un secret légalement protégé que de sa violation.

- Parce que l'information a toujours été un instrument de pouvoir, nous voulons être maître de celles qui nous concernent et de leur divulgation ou de leur non-divulgation publique. Pour beaucoup

[2] Qui ne se limitent pas à celles, de plus en plus larges, qu'édicte l'article 226-14, C. pén.

d'entre nous, cette maîtrise est une exigence éthique qui s'impose à ceux qui détiennent des informations nous concernant.

Vous pensez peut-être que le secret professionnel des avocats résiste mieux, parce qu'il est pour vous une évidence. Il l'est aussi pour moi aussi, car je crois profondément à sa nécessité dans une démocratie et un Etat de droit. Mais il faut se méfier des évidences historiques lorsqu'elles ne sont plus évidentes pour tous. Votre secret n'est pas tant menacé par les ingérences du législateur et du juge que par l'évolution de la société. Je regrette que vos organisations représentatives le traitent de plus en plus non comme une valeur qu'il faudrait promouvoir mais seulement comme une forteresse assiégée qu'il faudrait défendre. Ce n'est plus la bonne stratégie à mes yeux car elle risque de donner le sentiment d'un combat corporatiste (cette fois-ci, au sens péjoratif du terme) d'arrière-garde. Il faudrait être plus pédagogique envers l'opinion publique

Je voudrais développer trois points :

- La polysémie du mot secret, qui en obscurcit le sens ;
- La légitimité du secret, qui doit être repensée et réaffirmée ;
- La nécessité de voir désormais les secrets, y compris votre secret professionnel, comme un règle d'un droit plus large de l'information, afin d'en affermir la légitimité et le respect.

I - La polysémie du mot « secret »

Il ne faut pas accorder trop d'importance à la diversité des sens du mot « secret » car on sait en général ce qu'il signifie au sens de la règle que l'on applique. Mais il est utile d'être conscient de cette polysémie car elle obscurcit la compréhension du terme par l'opinion publique et parfois aussi par les juristes eux-mêmes.

Ce n'est pas moi qui vais jouer sur les mots ; ce sont les textes qui le font. Le même texte peut employer le mot « secret » à quelques lignes d'intervalle dans au moins trois acceptions. Elles tournent toutes autour de la notion d'information mais sont différentes. Le secret peut désigner une obligation (mais j'y reviendrai, un droit aussi), l'information elle-même, ou le statut de celle-ci.

Le plus souvent, « secret » désigne dans le vocabulaire juridique, une obligation de taire des informations que l'on détient : en ce sens, le titre du paragraphe du Code pénal « De l'atteinte au secret professionnel », qui désigne la violation de l'obligation de taire.

C’est aussi en ce sens que de nombreux textes législatifs et réglementaires disent d’une personne qu’elle est « tenue au secret professionnel » en précisant parfois « dans le respect des articles 226-13 et 226-14 du code pénal »[3].

Ils ne le disent pas expressément pour les avocats mais c’est bien une obligation qu’évoque l’article 4 du décret 2023-552 du 30 juin 2023 portant code de déontologie des avocats lorsqu’il écrit : « *Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public, absolu, général et illimité dans le temps* » et ajoute « *L'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel* ».

Plus rarement, « secret » signifie une information qui doit rester confidentielle. Cette acception est celle du vocabulaire courant (ainsi de l’enfant qui dit « je vais te dire un secret mais tu ne le répéteras à personne ! »), mais elle se trouve aussi dans le vocabulaire juridique. C’est le cas avec l’article 21.2.3 « Secret professionnel » du Règlement intérieur national : « *Il est de la nature même de la mission de l’avocat qu’il soit dépositaire des secrets de son client* … ». La phrase n’aurait aucun sens si secret renvoyait ici à une obligation[4].

Enfin, secret peut aussi désigner un statut juridique, une règle de protection d’une information contre toute divulgation. Une parfaite illustration en est donnée par l’article 226-13 C. pén. lui-même : « *la révélation d’un information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire […] est punie d’un an d’emprisonnement et de 15 000 € d’amende* ». Dans cette phrase « secret » ne peut évidemment signifier ni

[3] Par exemple, art. L 121-6 du Code général de la fonction publique : « *L'agent public est tenu au secret professionnel dans le respect des articles 226-13 et 226-14 du code pénal* ».

[4] Autre cas, l’article 413,al 1, C. pén. (dont la rédaction est particulièrement défectueuse) : « *Présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès* »

obligation ni information car elle serait absurde. Il signifie « couverte par une règle interdisant sa révélation ».

Il en va de même avec :

- l'article 11 alinéa 1, CPP (« *Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète* »).
- l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques « … *toutes les pièces sont couvertes par le secret professionnel* », du moins, -il est important de le rappeler- « *dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense* ».

II - La légitimité du secret

Ce point me semble plus important que le précédent. Dans une société de l'information, il faut à nouveau expliquer pourquoi le secret est parfois légitime et justifier les règles par leur nécessité éthique, sociale et juridique. Il est donc nécessaire de dire et redire quels intérêts ces règles protègent. Or comme il est normal dans une société aussi diverse que la nôtre, ces intérêts sont très variés, entremêlés et parfois contradictoires. Il convient donc de se placer dans une logique de balance des intérêts en présence, de proportionnalité entre eux. Affirmer sans nuance ni explication le caractère général et absolu d'un secret ne suffit plus à en attester la valeur éthique, surtout lorsque trop d'exceptions légales contredisent l'affirmation.

Il peut principalement s'agir d'un intérêt général ou public. Prenons le cas des journalistes depuis la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection des sources du journaliste : dans la rédaction qu'elle lui a donnée, l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse dispose que « *le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public* ». Ce cas est intéressant car les journalistes ne sont pas tenus à un secret professionnel. Il s'agit clairement de protéger le libre exercice de leur fonction, dans l'intérêt général de la liberté d'expression et du débat démocratique.

Le secret de la défense nationale ou celui de l'instruction sont eux aussi institués dans l'intérêt général, encore que le second devrait aussi protéger la présomption d'innocence en matière pénale et disciplinaire.

Dans d'autres cas, il peut s'agir d'intérêts principalement privés : ainsi du secret des origines, des affaires ou de la vie privée.

Si l'on s'attache aux secrets dont la violation est punie par l'article 223-13 C. pén., dont les secrets dits professionnels, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu une décision particulièrement intéressante le 13 octobre 2020 (n° 19-87.341) : *« L'infraction prévue à l'article 226-13 du code pénal est destinée à protéger la sécurité des confidences qu'un particulier est dans la nécessité de faire à une personne dont l'état ou la profession, dans un intérêt général et d'ordre public, fait d'elle un confident nécessaire* ». La Cour montre bien les intérêts qui sont en jeu[5].

La question essentielle à mes yeux est la suivante : le secret professionnels est-il dans l'intérêt du professionnel qui reçoit et détient une information ou dans l'intérêt de la personne, client ou autre, concernée par cette information. Pour qui précisément, est-il un droit ou une obligation ?

La réponse n'est pas aussi évidente qu'on pourrait le croire si l'on compare le secret professionnel du médecin et celui des avocats.

Celui des médecins a connu une véritable révolution, initiée par la jurisprudence et confirmée par la « loi Kouchner »[6]. L'article R 4127-4, CSP (Code de déontologie médicale) dispose : « *Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi*. ». Cela fait que le patient est maître du secret. Celui-ci comporte donc un double visage : une obligation professionnelle pour le médecin et un droit pour le patient. Car il s'agit bien d'un droit : selon l'article L 1110- 4 I CSP, « *toute personne prise en charge par un*

[5] L'affaire concernait le secret médical, mais sa portée concerne tous les secrets dont la violation est sanctionnée par les peines édictées par l'article 226-13.

[6] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

professionnel de santé, un établissement ou service, un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins […] a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant ».

La comparaison avec des professions de santé ne tourne pas à l'avantage des professions du droit. Ces dernières campent à mes yeux sur des textes qui ne sont plus en phase avec la réalité du moment, faute d'une réflexion récente sur ce qui leur semble trop évident. Revenons sur l'article 4 du Code de déontologie des avocats : *« L 'avocat est le confident nécessaire de son client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public, absolu, général et illimité dans le temps ».* Ces formules traditionnelles sont belles, mais elles ne disent pas assez clairement quel intérêt (ou quels intérêts) le secret professionnel de l'avocat poursuit aujourd'hui.

En tout cas, cet intérêt ne peut pas être celui du client ou seulement celui du client, car le §3 de cet article dispose que « l*'avocat ne peut en être relevé par son client ni par quelque autorité ou personne que ce soit, sauf dans les cas prévus par la loi.* » Le client, bien sûr, n'est pas tenu au secret, mais s'il était autant maître du secret de l'avocat que le patient l'est de celui du médecin, il pourrait relever l'avocat de son obligation de secret. Je redis qu'il me semble que votre profession devrait mieux s'expliquer sur ce point qui n'est pas toujours compris par le client et mieux montrer que le secret est dans l'intérêt de celui-ci et non une protection des avocats[7].

III - Réorganiser le droit du secret

Pour rendre au secret sa lisibilité et sa force, je propose de le mettre en phase avec le réalité éthique, technique et sociale d'aujourd'hui et d'en faire un élément du statut juridique d'une information. Je suggère de considérer que la publicité de l'information est le principe et que son secret est l'exception.

Cela implique deux exigences :

[7] La règle est voisine mais différentes pour les notaires, qui ne sont pas des auxiliaires de justice, mais des officiers publics et ministériels chargés d'une mission de service public. L'article 8 du décret n° 2023-1297 du 28 décembre 2023 relatif au code de déontologie des notaires dispose que « *le notaire et toute personne placée sous son autorité sont tenus au secret professionnel. Le secret professionnel est général et absolu. Le notaire, confident de ses clients, y est tenu dans les conditions prévues par le code pénal et toutes autres dispositions législatives ou réglementaires ».* L'article 22 ajoute que « *l'intérêt du client prime toujours le sien ».*

- prendre le secret au sens de protection contre la divulgation.
- en justifier l'existence par l'intérêt (ou les intérêts) qu'il y a à protéger l'information et qui sont supérieurs à celui qu'il y aurait à la divulguer.

On pourrait s'inspirer de l'article L 311-5, CRPA selon lequel, par exception au principe de la communicabilité des documents administratifs au public, ne sont pas communicables ceux « *dont la consultation ou la communication porterait atteinte :*

a*) Au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ;*

b) Au secret de la défense nationale ;

c) A la conduite de la politique extérieure de la France ;

d) A la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la sécurité des systèmes d'information des administrations ;

e) A la monnaie et au crédit public ;

f) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ;

g) A la recherche et à la prévention, par les services compétents, d'infractions de toute nature ;

h) Ou sous réserve de l'article L. 124-4 du code de l'environnement, aux autres secrets protégés par la loi ».

Dans cette perspective, le « *legal privilege* » de certaines professions deviendrait non plus la règle de principe de leur déontologie, mais une exception justifiée par un intérêt légitime à un principe général de liberté de l'information.

Appliquée aux avocats, cette perspective conduirait à dire que l'avocat est libre de révéler les informations qu'il détient, sauf quand la loi le lui interdit.

Elle appelle trois observations :

- Cela se ferait à droit constant ; en particulier, le secret couvrirait toujours les informations reçues dans le cadre des missions de défense et de conseil pour lequel il a été historiquement conçu.

- Les exceptions actuelles (l'avocat lobbyiste, l'avocat fiduciaire, l'avocat mandataire sportif, la lutte contre le blanchissement d'argent, le cas particulier des marchés publics) demeureraient. Ces exceptions auraient à peine besoin d'être mentionnées puisqu'elles seraient absorbées par le principe de liberté de l'information. Ce qui

ne serait pas plus mal car les textes qui les prévoient sont obscurs et mal compris par l'opinion publique et les clients. Et elles contredisent par trop l'affirmation selon laquelle votre secret professionnel « *est d'ordre public, absolu, général et illimité dans le temps* ».

- Cette perspective est conforme à la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection de la profession d'avocat adoptée le 12 mars dernier. Elle n'emploie pas le terme « secret professionnel » mais le § 3 de son article 6 (« Droits professionnels des avocats[8] ») stipule : « *Les Parties veillent à ce que les avocats : [...] : b) puissent communiquer de manière confidentielle avec leurs clients ou clients potentiels, quels que soient les moyens et quelle que soit la forme que prend cette communication ;*
c) ne soient pas tenus de communiquer des informations ou de remettre des pièces reçues, directement ou indirectement, de clients ou de clients potentiels, ni de révéler la teneur de leurs échanges avec ces derniers ou de remettre les pièces élaborées en vue de ces échanges ou de procédures judiciaires dans lesquelles ils les représentent, et ne soient pas non plus tenus d'en révéler l'existence ou le contenu s'ils sont appelés à témoigner ».

Mettre en œuvre la réorganisation du droit français du secret que je préconise ne serait pas simple. Il faudrait établir une grille des exceptions à la publicité des informations précisant non seulement quelles sont les informations concernées, mais aussi quelles sont les personnes tenues de les taire et celles auxquelles le secret est opposable.

Mais c'est à mon avis nécessaire pour mieux protéger les secrets légitimes dans une société démocratique devenue celle de l'information et dont les membres admettent difficilement que quiconque détienne sur eux des informations dont ils ne seraient pas maîtres, ce qui est aujourd'hui une exigence proprement éthique.

[8] Ce terme « Droits » et non pas « devoirs » peut intriguer. Il s'explique sans doute par le fait que la Convention s'adresse aux Etats qui y sont parties et qui doivent protéger les droits des avocats, et non aux avocats eux-mêmes pour lesquels ces droits sont en réalité des obligations, dans la perspective françaises du moins.

Car je le redis : je crois profondément à la nécessité du secret professionnel des avocats. Mais il n'a plus l'évidence que la profession lui prête trop aisément : il faut le refonder.