

Jean-Marc DELAS
Avocat au Barreau de Paris
Membre du conseil de l'Ordre

Tout est possible, tout est réalisable.

Beaucoup ont entendu le slogan publicitaire adopté par une grande compagnie d'assurances pour attirer le client.

Moins nombreux sont ceux qui connaissent les conclusions du rapport du groupe de travail relatif au rapprochement des professions d'avocat et de juriste d'entreprise ⁽¹⁾ ; ce sont, en des termes plus feutrés – « *il n'existe aucun obstacle dirimant à une réforme...* » – les mêmes.

Tout est possible, tout est réalisable. Parfait. On voudrait, cependant, être certains que derrière l'affirmation, il n'y a pas une perspective en trompe l'œil.

Et lire le rapport ne rassure pas vraiment.

On découvre d'emblée, et l'introduction y insiste, la motivation principale du rapprochement. Elle est celle des juristes d'entreprise qui l'énoncent en des termes très clairs : ce qui les intéresse, c'est de ne pas apparaître en situation de faiblesse face à leurs homologues étrangers, notamment anglo-saxons, qui bénéficient du statut d'avocat, et donc de la confidentialité de leurs avis juridiques (*legal professional privilege* pour les *solicitors*, qui se font appeler, lorsqu'ils exercent en entreprise, *in house lawyers*).

On observe aussitôt après que le problème essentiel tient en trois définitions utilement rappelées, qui donnent la mesure des difficultés à résoudre : secret professionnel, confidentialité et *legal privilege*.

Le secret professionnel de l'avocat est, comme chacun le sait, absolu, général et illimité dans le temps ; c'est pourquoi, les perquisitions dans les cabinets d'avocats sont soumises à des règles très strictes.

La confidentialité des correspondances échangées entre avocats est autre chose : il s'agit d'une règle traditionnelle interne à la profession et fondée sur les principes de confraternité et de loyauté. Elle interdit à l'avocat de produire en justice une correspondance qui lui a été adressée par un autre avocat, par exemple dans le cadre de pourparlers.

Le *legal privilege* en est encore une autre : « *Contrairement au secret professionnel, dans les systèmes de common law, la notion de legal privilege désigne le droit d'un client (et non l'obligation de l'avocat) ayant reçu un avis juridique*

d'un avocat de refuser de produire tout document contenant cet avis, dans le cadre d'une procédure civile, pénale ou administrative.

Dès lors qu'un client a reçu une consultation d'une personne inscrite au Barreau, elle peut, de façon discrétionnaire, refuser de la remettre aux enquêteurs ou aux juridictions (...) » (rapport p. 9).

Inutile d'être un juriste fin et délié ou un déontologue avisé pour comprendre le sens de ce qu'on lit : le secret professionnel n'est pas la confidentialité ; et rien n'y ressemble moins que le *legal privilege*.

On s'attend donc légitimement à ce que nous soit montré le chemin, que l'on imagine intéressant, qui mène de l'un à l'autre et permet de trouver une solution réaliste.

La voici, pages 30 et 31 du rapport : puisque les juristes d'entreprise français ne bénéficient d'aucune protection lorsqu'ils émettent un avis juridique, faisons-les devenir avocats ; ainsi, ils bénéficieront de celle attachée au secret professionnel.

Étrange approche ; vrai sophisme surtout, mais pourquoi pas ?

Chassons les préjugés et efforçons-nous donc d'aborder la question sous le seul angle qui vaille : cela aura-t-il des conséquences sur le secret professionnel tel que nous le connaissons ?

Dans l'esprit des auteurs du rapport, à l'évidence non.

On aimerait que les choses soient aussi limpides ; elles ne le sont pas et ne le seront jamais tant les difficultés paraissent sérieuses.

La première tient à ce que le secret professionnel est d'une autre essence que le *legal privilege*.

Personne, à ce jour, n'en a mieux dégagé le fondement qu'Émile Garçon, commentateur du Code pénal français, au début du siècle dernier : « *Le secret professionnel a uniquement pour base un intérêt social, sans doute sa violation peut créer un préjudice aux particuliers mais cette raison ne suffirait pas pour en justifier l'incrimination. La loi la punit parce que l'intérêt général l'exige, 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 pourraient accomplir leurs missions si les confidences qui leur sont faites, n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces*

(1) Rapport consultable sur le site internet : www.justice.gouv.fr ; également reproduit in Gaz. Pal. du 4 mars 2006.

confidences nécessaires soient astreintes à la discrétion et que le silence leur soit imposé, sans conditions ni réserves car personne n'oserait plus s'adresser à eux si on pouvait craindre la divulgation du secret confié.

Ainsi, l'article 378 (aujourd'hui 226-13), du Code pénal français qui protège le secret professionnel, a moins pour but de protéger la confiance d'une particulier que de garantir un devoir professionnel indispensable à tous, ce secret est donc absolu et d'ordre public ».

Le secret est donc une charge dont l'avocat ne peut ni s'affranchir, ni disposer ; le secret est une obligation de se taire et un droit au silence, obligation et droit étant réciproques.

Rien de tel pour les *solicitors*.

Ils ont bien sûr l'obligation de respecter la confidentialité des affaires de leurs clients, que ce soit dans le cadre d'une mission de conseil ou de défense.

Le système, plus complexe et moins clair, s'organise autour de deux concepts, celui de *confidentiality* et celui de *legal professional privilege*.

L'objet, ici, n'est pas de décrire les mécanismes, mais seulement de souligner ce sur quoi s'accordent les observateurs : le *legal professional privilege* est interprété restrictivement par les tribunaux et le périmètre du secret professionnel est moins large en Angleterre qu'en France.

Différence de nature et donc différence de culture : on l'a bien vu au moment de l'adoption des directives européennes anti-blanchiment.

Les avocats français, quasi-unanimes, ont été, et demeurent, en pointe, pour s'opposer, par tous les moyens de droit possibles, à une législation d'inspiration anglo-saxonne qui les oblige à déclarer d'éventuels soupçons et trahir le secret qui leur est imposé.

Pour eux, les mots conservent un sens : absolu ne veut pas dire relatif ; il n'y a pas un secret dur et un secret mou ; il n'y a que le secret professionnel, qui est inviolable, en dehors bien sûr des deux exceptions que chacun connaît : il ne peut être invoqué lorsque l'avocat devient le complice de son client et il ne peut pas empêcher la saisie du corps du délit.

De façon intuitive, mais aussi à l'examen du vocabulaire et des motivations, on semble percevoir une moins forte différence de culture entre juristes d'entreprises français et *in house lawyers* qu'entre eux et les avocats français.

Les juristes d'entreprise français n'éprouvent pas le besoin impérieux de devenir avocats ; ils veulent seulement, et ce n'est pas négligeable, ne pas être désavantagés par rapport à leurs concurrents étrangers, qui peuvent, eux, ce servir du statut de *solicitor*.

C'est tout.

Ils défendent, et le disent, des intérêts économiques, surtout les leurs, bien davantage que des principes.

Ils veulent donc une protection pour eux, bien plus que pour les tiers qui les emploient.

Dans ces conditions, il serait illusoire de penser que ce statut, nouveau, d'avocat en entreprise, ainsi affecté dès l'origine d'un tel défaut de conception, n'aurait pas, à l'épreuve des faits, d'incidence sur le devenir du secret professionnel.

Et naïf de croire que les perquisitions dans les cabinets d'avocats, qu'ils exercent en entreprises ou de façon plus traditionnelle, seront régies par les mêmes règles.

À l'exception notable et spécifique de la transposition en droit interne de la directive anti-blanchiment, le secret professionnel résiste plutôt bien aux évolutions du temps et aux attaques dont il est l'objet.

Un état des lieux sommaire permet de s'en faire une idée assez précise.

D'un côté ceux qui, avec des arguments solides, font valoir que la profession d'avocat a beaucoup changé, est davantage orientée vers le conseil et que la conception ancienne du secret professionnel n'est plus adaptée aux réalités modernes : il y aurait un secret professionnel absolu lorsque l'avocat défend ou lorsqu'il consulte, et un secret de portée relative lorsqu'il intervient en dehors de ces deux domaines d'activité, interprété strictement.

Dans la même veine, on trouve ceux qui pensent, et ils ne sont pas isolés, que le secret professionnel est un concept incertain et évolutif et qu'il faut, au préalable, établir une hiérarchie des intérêts généraux et particuliers en présence pour déterminer l'étendue des limites qu'on peut lui imposer.

De l'autre côté, ceux qui, sur un fondement qui n'a pas varié, continuent d'affirmer que le secret professionnel est absolu, ou n'est pas.

C'est toujours en ce sens que penche la balance.

Bien sûr la Cour de cassation a validé la saisie de documents chez un avocat et le refus opposé par le juge de les restituer en se fondant sur leur nécessité pour la manifestation de la vérité :

« Il résulte des articles 97 et 99 du Code de procédure pénale et de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, que le juge d'instruction peut s'opposer à la restitution de documents saisis dans le cabinet d'un avocat et couverts par le secret professionnel dès lors que leur maintien sous main de la justice, en vue de déterminer l'existence d'infractions pénales, est nécessaire à la manifestation de la vérité et qu'ils ne portent pas atteinte au droit de

la défense (...) » (Cass. crim., 30 juin 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 172, p. 504).

Bien sûr, la Cour européenne a pu, sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, privilégier le respect de la liberté d'expression au détriment de celui du secret professionnel, et ainsi restreindre partiellement son domaine (CEDH, arrêt *Fressoz et Roire c/ France* du 21 janvier 1999, dans l'affaire opposant le *Canard Enchaîné*, qui avait publié sa déclaration de revenus et Jacques Calvet, alors président du groupe PSA).

Mais, la Cour de cassation a réaffirmé avec force, par un arrêt du 18 juin 2003, que : « *le principe du secret absolu des correspondances échangées entre un client et son avocat ne cède qu'exceptionnellement lorsqu'il s'agit d'écrits ayant donné lieu à la mise en examen dudit avocat et que les documents saisis sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à l'infraction (...)* ».

Le critère est très simple : soit l'avocat a participé à l'infraction et le juge peut saisir les documents qui l'établissent ; soit ce n'est pas le cas, et aucune saisie n'est possible.

Et le législateur a rendu encore plus strict, par la loi du 12 décembre 2005, cet article 56-1 qui prévoit désormais que le juge qui procède à une perquisition doit prendre une décision écrite et motivée, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci, le contenu de cette décision étant porté dès le début de la perquisition à la connaissance du Bâtonnier ou de son délégué.

Alors regardons, sous le seul angle qui nous occupe, la réalité en face.

Demain, naît l'avocat en entreprise, habitué jusqu'ici à recevoir des instructions de son employeur, qui va ressembler, sans tarder, à son modèle, le *in house lawyer*, dont il va adopter, immédiatement, l'indépendance qui est à la fois « *une règle déontologique et un état d'esprit* » (cf. rapport p. 7).

Cette métamorphose accomplie, cet avocat subit une perquisition ou la visite domiciliaire d'un investigateur autorisé (AMF, Conseil de la concurrence...) qui s'intéresse à l'entreprise qui l'emploie et pense pouvoir trouver dans son bureau des documents utiles à son enquête.

Nécessairement présent le Bâtonnier ou son délégué s'oppose, sur le fondement des dispositions strictes de l'article 56-1 du Code de procédure pénale, à la saisie envisagée et, faute d'indices de participation de l'avocat à l'infraction, obtient qu'aucune pièce ne soit emportée.

On peut toujours rêver.

Imaginer par exemple que ceux pour qui le maintien, et même le renforcement, des règles traditionnelles en matière de secret professionnel est un archaïsme qui ne tient pas compte de l'évolution de l'activité protéiforme de l'avocat ne vont pas revenir à la charge.

Qu'ils vont accepter que ce ne soit plus 40.000 avocats mais 120.000 ou 150.000, placés dans des situations plus incomparables les unes que les autres, qui pourront invoquer le même caractère absolu du secret professionnel.

À ceux-là, on conseille de relire l'intervention du Premier président Canivet, lors d'un colloque organisé en février 2005, sur le secret professionnel : « *L'octroi du statut d'avocat aux juristes d'entreprise risquerait de poser des difficultés sur l'étendue du secret professionnel auquel il doit être astreint.* »

Jusqu'à présent la jurisprudence de la Cour de cassation n'opérait aucune distinction entre les activités judiciaires et juridiques de l'avocat quant à l'étendue de son obligation de respecter le secret professionnel de son client.

On y va tout droit.

C'est le moment, pour ceux qui acceptent de ne pas éluder la question, de l'aborder.

Ou alors le débat sur le rapprochement entre les professions d'avocat et de juriste d'entreprise risque d'en rester à ce qu'il est en l'état : amusant !

TOUTE REPRODUCTION MÊME PARTIELLE EST INTERDITE SAUF EXCEPTIONS PERMISES PAR LA LOI
La réalisation de panoramas de presse sur internet incluant un extrait du contenu de la présente publication est
conditionnée à la conclusion d'un accord avec le Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC).