

Secret professionnel : avançons dans un monde de droit

Jean-Marc DELAS
Avocat à la Cour

D'un côté, le secret professionnel : il s'impose à nous, fonde une grande part de notre identité et nous distingue.

De l'autre, un slogan publicitaire (avancer dans un monde de droit, cela fait rêver non ?), celui que l'on impose aux consommateurs, nous fonde dans la masse des conquérants de parts de marché et nous distingue un peu moins.

Le rapprochement n'est pas seulement celui de deux couleurs qui jurent ; il renferme une question, dévastatrice, qui devient de plus en plus difficile de fuir : l'avocat peut-il élargir son champ d'activité professionnelle et rester intransigeant sur le maintien du secret professionnel ?

Pourra-t-il même alors seulement en certaines circonstances l'invoquer ?

Chacun sait de façon confuse mais évidente que non ; de même qu'il sent que le choix est entre plusieurs mauvaises solutions. Autant les chercher dans la clarté.

Passons vite sur ce qui est connu de tous : obligation de se taire et droit au silence, le secret professionnel est absolu, d'ordre public et illimité dans le temps ; sa force est telle qu'aucun texte ne le définit, seul l'article 226-13 du Code pénal punissant « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire par état ou par profession... ».

Apportons aussitôt deux ou trois précisions nécessaires :

– le secret de l'avocat, s'il est absolu dans son principe, ne l'est pas dans son étendue. L'avocat ne reçoit pas des confidences pour les garder pour lui mais pour comprendre un cas humain et l'exposer devant un tribunal.

C'est lui qui détermine en conscience ce qui, dans les confidences de son client, doit être couvert par le secret.

Le secret professionnel est donc le devoir de ne pas révéler une information à ceux à qui elle n'est pas destinée.

– le secret professionnel est souvent confondu – et la rédaction imparfaite de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 ajoute à la confusion – avec la confidentialité des échanges, qui est une construction déontologique interne à la profession d'avocat (la foi du Palais), directement liée aux principes de confraternité et de loyauté destinés à permettre et à faciliter entre avocats un échange de proposi-

tions, l'expression d'un avis sans compromettre l'intérêt du client.

– l'article 2-2 du Règlement intérieur national fait un inventaire de ce qui est couvert par le secret professionnel ; on y trouve ainsi, par exemple, le nom des clients ou encore les règlements pécuniaires et maniements de fonds ; énumération inutile et surtout inadaptée.

Taire le nom d'un client peut être dans certaines circonstances une obligation, dans d'autres non ; il en est de même de l'existence d'un règlement pécuniaire.

– l'article 56-1 du Code de procédure pénale, dans sa nouvelle rédaction du 12 décembre 2005, assure une protection qui n'a jamais été aussi efficace du secret professionnel ; le magistrat qui procède à une perquisition doit désormais, à peine de nullité, indiquer par une décision écrite et motivée, dont le contenu est porté à la connaissance du Bâtonnier au début de ses opérations, la nature de l'infraction sur laquelle porte ses investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci.

Voilà où nous en sommes : un secret qui n'est pas défini, des textes mal conçus et une protection bien assurée.

À cet instant vient à l'esprit la phrase de la mère de Napoléon, vers 1810 : « *Pourvu que ça dure* ».

On n'en est pas certain quand on s'intéresse à la réflexion actuellement menée et aux propositions de réformes envisagées.

La première est celle qui pose le moins de difficultés : il faudrait, pour certains, « affirmer clairement le secret professionnel de l'avocat ».

Ainsi, a-t-on lu, pourrait être ajouté à l'article 3 de la loi du 31 décembre 1971 qui mentionne que les avocats sont des auxiliaires de justice : « *Ils sont astreints au secret professionnel...* », ou encore, à l'article 4 du décret du 12 juillet 2005 : « *le secret professionnel s'étend à tout ce que l'avocat a vu, connu, appris, constaté, découvert ou surpris dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de sa profession* ».

Pourquoi pas ? On pourrait aussi préciser que le jour se lève le matin et se couche le soir.

Définir, d'ailleurs au détour d'une norme spécifique, un principe alors qu'il est admis par tous et depuis longtemps, est-ce vraiment le renforcer ?

On préfère, et de loin, la formule d'origine, celle d'Hippocrate, qui n'a pas vieilli : « *Les choses que dans l'exercice de mon art, ou même en dehors*

de mon art, je pourrais voir ou entendre sur l'existence des hommes et qui ne doivent pas être divulgués au dehors, je les tairais ».

Et le fondement du secret professionnel de l'avocat a encore été réaffirmé avec force par la Cour de justice des Communautés européennes le 26 juin 2007 (Ordre des barreaux francophones et germanophones ; Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles/Conseil des ministres) ; il est double : celui du droit à un procès équitable et celui du droit au respect de la vie privée.

Restons en là ; ce sera mieux.

Plus intéressante est l'autre question : quel secret pour ceux qui, profitant de l'image, du statut et de la fonction d'avocat, veulent en même temps faire autre chose ?

Quelle frustration de laisser à d'autres ce qui est bien rémunéré et que nous pourrions même faire mieux : agent sportif, conseil en propriété intellectuelle, trustees, conseil en investissements financiers.

Ces nouvelles activités auraient bien sûr pour l'avocat un caractère accessoire (il faut bien commencer...) par rapport à son activité principale : défendre et conseiller.

L'avocat apporte une valeur ajoutée sur un marché ouvert : son indépendance, sa compétence, sa déontologie, ses principes essentiels (dont il ne faudra pas oublier de retrancher le secret professionnel).

Allons-y : abordons la contradiction quasi insurmontable l'équation presque impossible ; examinons les règles à venir et projetons les conséquences.

Ceux qui ont réfléchi (Rapport de la Commission des règles et usages du CNB à l'Assemblée générale du 6 juillet 2007) voient deux solutions : soit adapter la déontologie à de nouveaux champs d'activités, soit admettre que l'avocat peut, parallèlement à sa profession, exercer une autre activité.

Vaste programme...

Première hypothèse : il faut lire les lignes qui suivent ; elles traduisent exactement la situation (page 28 du Rapport) :

« Il est expressément admis qu'un avocat puisse avoir deux types d'activités :

- celles qui constituent le socle de son activité et qui requièrent nécessairement indépendance et respect du secret professionnel absolu,*
- d'autres activités plus partagées avec d'autres professionnels, qui ne requièrent pas un tel degré d'indépendance et de secret professionnel.*

Telle pourrait être l'évolution que nous pourrions envisager... »

Avocat solide sur ses principes le matin et une grande partie de l'après-midi, avocat light le soir...

Au passage, on est heureux d'apprendre que l'indépendance – au nom de quoi d'autre sommes-nous aussi intuitivement et farouchement opposés à toute forme de délation ? – n'est pas une garantie pour celui qui se confie à nous ; elle se discute au cas par cas, comme le secret professionnel.

Situons-nous du seul point de vue qui offre une perspective : pas le nôtre mais celui du client, qui a confiance en nous et du juge, toujours en quête de la manifestation de la vérité.

Pour les premiers, il va falloir prévoir à l'entrée du cabinet un panneau semblable à ceux que l'on trouve à la fenêtre d'un train « *E pericoloso sporgersi* », ou bien remettre, contre décharge, un formulaire sur lequel sera écrit « *Attention, vous êtes ici chez un avocat. Tout ce que vous lui dites n'est pas nécessairement couvert par le secret professionnel ; cela dépend du domaine d'activité pour lequel vous le consultez* ».

Bien sûr, on pourra faire cela de manière plus élaborée et plus fine, mais cette obligation d'information, nouvelle, s'imposera.

Le juge qui perquisitionnera ne verra, lui, au contraire, qu'intérêt à se pencher ; ce sera même un devoir.

Sera tranchée, subrepticement mais nécessairement, dans un sens inverse à celui que nous connaissons aujourd'hui, la question de savoir si le secret professionnel est attaché à la qualité d'avocat ou à son activité.

Jusqu'ici, et cela rendait l'appréciation en définitive assez simple, le statut et la qualité d'avocat qui recouvrent sa fonction empêchaient, sauf participation à l'infraction ou recherche du corps du délit, toute saisie de pièces et de documents ou encore toute audition.

Dorénavant, il appartiendra au juge de déterminer si l'activité poursuivie justifie que soit opposé le secret professionnel ; là où il n'y avait pas de débat et une vraie protection, il y aura bientôt discussion, et, inéluctablement, ne serait-ce que pour cette seule raison, une protection du secret affaiblie.

À cet égard, on recommande la lecture des conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, dans l'affaire qui a opposé l'Ordre des avocats belges au Conseil des Ministres européen (arrêt du 26 juin 2007) ; elle préfigure les débats à venir :

« Compte-tenu de la nature fondamentale de la protection du secret professionnel de l'avocat, il est juste de présumer que l'avocat agit en sa qualité propre de conseil ou de défenseur. Ce n'est que s'il apparaît qu'il a été employé pour une fonction qui met en cause son indépendance,

qu'il conviendra de considérer qu'il peut être soumis à l'obligation d'information prévue par la directive.

Cette appréciation devra être faite au cas par cas, sous la garantie d'un contrôle juridictionnel. »

Le lien est fait avec la transposition de la deuxième directive anti-blanchiment : indépendance et secret professionnel sont deux notions bien distinctes ; elles deviennent entremêlées, l'une justifiant l'autre.

Sera donc apprécié, au cas par cas, en fonction de la nature de ses nouvelles activités, si l'avocat est suffisamment indépendant pour opposer le secret professionnel à toute réquisition judiciaire.

On mesure à quel point cette première solution est enthousiasmante ; la seconde ne l'est pas davantage mais a le mérite d'être plus claire.

L'avocat peut-il, parallèlement à sa profession, exercer d'autres activités, de préférence proches ?

Oui ; il peut être aussi, par exemple, administrateur de société.

Il est même arrivé récemment que des juges perquisitionnent dans une affaire de présentation présumée de comptes infidèles chez un avocat de surcroît administrateur d'une filiale importante d'une

société cotée : a été fait le départ entre ce qui relevait de l'activité propre de l'avocat et de son rôle d'administrateur.

C'est possible ; ce n'est pas sans risque de confusions, de zones grises, d'interventions dont on ne sait plus très bien, l'intéressé le premier, si elles sont faites comme avocat ou non.

Possible donc, mais un tel éclatement de la personnalité n'est pas sans conséquence ; il serait en effet illusoire de penser qu'il n'y aura aucun prix à payer.

André Damien et Henri Ader ont superbement écrit, dans leur traité de déontologie : « *C'est en épurant le secret professionnel que l'on pourra rester intransigeant sur son maintien.* »

Cette épure se profile mais dans un sens qui n'est pas forcément celui recherché.

Sitôt la brèche créée, d'un côté, il y aura le secret professionnel attaché à une activité juridictionnelle. Il demeurera immuable et incontesté ; de l'autre, il y aura le secret professionnel lié à une activité de conseil : celui-là sera ouvert à tous les vents et fragilisé.

C'est bien d'avancer dans un monde de droit ; c'est mieux de le faire les yeux ouverts.

TOUTE REPRODUCTION MÊME PARTIELLE EST INTERDITE, SAUF EXCEPTIONS PRÉVUES PAR LA LOI
La réalisation de panoramas de presse sur intranet 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).