

EXERCICE PROFESSIONNEL

Un avocat peut-il être rémunéré en crypto-monnaie ? _____ p. 325

GESTION DU CABINET

Les avocats vent debout pour protéger leur système de retraite _____ p. 335

DÉVELOPPEMENT DU CABINET

La survivance de fait des anciens avoués _____ p. 339

Dalloz Avocats

Exercer et entreprendre

n° 10 – Octobre 2018



Dossier

Secret professionnel : sa protection, son évolution (I)



DA|LOZ



Version numérique incluse*



Secret professionnel : sa protection, son évolution (I)

L'avocat est le confident nécessaire du client, car à défaut « personne n'oserait plus s'adresser à eux si on pouvait craindre la divulgation du secret confié. », E. Garçon. Cette exigence d'ordre social est un droit du client et un devoir pour l'avocat. « Essentiel », « fondamental », « consubstantiel à la profession d'avocat », le secret professionnel de l'avocat ne cesse cependant d'être contesté notamment au nom de l'exigence de transparence, alors que dans le même temps, la question de l'extension de la confidentialité aux juristes d'entreprise est posée. Qu'en est-il de cette évolution ? Comment est concrètement assurée la protection du secret professionnel ? C'est à ces questions, existentielles pour la profession d'avocat, que tente de répondre ce dossier des numéros d'octobre (partie I) et novembre (partie II) de la revue.

Le secret professionnel de l'avocat existe-t-il encore ? <i>Emmanuel Daoud et Anne Herbretrau</i>	305
Règles pratiques essentielles de la contestation d'une perquisition chez l'avocat <i>Vincent Nioré</i>	307
Le secret professionnel et les enquêtes internationales <i>Constantin Achillas et David Père</i>	314
Secret de l'avocat et <i>Legal privilege</i> <i>Frédérique Perrotin</i>	316
Entretien avec Ludo Deklerck	318
Le secret professionnel face aux contrats d'assurance de protection juridique <i>Anaïs Coignac</i>	320

DOSSIER

Secret professionnel : sa protection, son évolution (partie I)

Le secret professionnel de l'avocat existe-t-il encore ?



Traditionnellement, le secret professionnel se définit comme « l'obligation, pour les personnes qui ont eu connaissance de faits confidentiels dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, de ne pas les divulguer hors les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret »¹.

Loin d'être un privilège corporatiste, le secret professionnel de l'avocat est constitutif d'une garantie fondamentale dans une société démocratique, sans lequel les droits de la défense ne seraient pas effectifs. En effet, comme le définit Émile Garçon, « 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 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 confidentiels nécessaires soient astreints à la discrétion et 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. Ce secret est donc absolu et d'ordre public »².

Bien que le secret professionnel de l'avocat soit prévu par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, les articles 4 et 5 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005, et les articles 2, 2 bis et 3 du règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN), le législateur et la pratique judiciaire n'ont eu de cesse de le fragiliser. Cette mise à mal progressive du secret professionnel s'explique par l'impératif de transparence que certains croient être la pierre angulaire d'une société démocratique. Bien au contraire, aucun procès ne saurait être équitable si la confidentialité de certaines informations n'était pas garantie.

L'AVOCAT SOUPÇONNÉ D'AVOIR PARTICIPÉ À LA COMMISSION D'UNE INFRACTION

Les écoutes téléphoniques³

L'avocat soupçonné d'avoir commis une infraction peut être placé sur écoute à l'initiative du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention saisi sur requête du procureur de la République⁴. Si le législateur a prévu deux garde-fous, ils demeurent insuffisants.

D'abord, la loi impose, à peine de nullité, d'informer préalablement le bâtonnier de ce placement sur écoute⁵. Cette précaution n'est que formelle, dans la mesure où le bâtonnier reste tenu au secret professionnel et ne peut pas avertir l'avocat placé sur écoute ; il ne peut par ailleurs exercer aucune voie de recours.

Ensuite, la loi interdit, également à peine de nullité, de transcrire une discussion tenue dans le cadre de l'exercice des droits de la défense⁶. Bien que ces propos ne puissent pas être transcrits, il est illusoire de croire que l'enquêteur ayant écouté l'ensemble des conversations n'aurait qu'une mémoire sélective.

De plus et surtout, la décision n'est susceptible d'aucun recours, n'est notifiée à personne, et n'est versée au dossier qu'une fois les écoutes terminées, avec la transcription des conversations utiles⁷. Les avocats peuvent également être écoutés incidemment, à l'occasion du placement sur écoute de leur client. Un tel procédé est particulièrement dangereux puisqu'il permet d'écouter des conversations couvertes



Par

Emmanuel Daoud
Avocat, Cabinet
VIGO (membre du
réseau GESICA)

et

Anne Herbreteau
Élève avocat

¹ Merle et Vitu, Traité de droit criminel.

² Pour une étude détaillée du secret professionnel face aux écoutes téléphoniques, V. D. Lévy, D. Avocats, nov. 2018, à paraître. ³ E. Garçon, Commentaire de l'article 378 du code pénal.

⁴ C. pr. pén., art. 100-7 et 706-95.

⁵ C. pr. pén., art. 100-7.

⁶ C. pr. pén., art. 100-5.

⁷ C. pr. pén., art. 100 et 100-5.

Il est regrettable de constater que le législateur a contraint les avocats à mettre en œuvre de plus en plus souvent des méthodes de chiffrement de leurs conversations ou à utiliser des messageries dédiées pour garantir la confidentialité de leurs échanges avec leurs clients.

par le secret professionnel sans que le bâtonnier n'ait été avisé, et donc de détourner la procédure. Les écoutes par ricochet ont été validées par la Cour de cassation à l'occasion de l'affaire *Bismuth*, laquelle a considéré que les propos tenus par l'avocat de Nicolas Sarkozy étaient de nature à révéler sa participation à la commission d'une infraction, alors même qu'aucun soupçon ne pesait sur lui *ab initio*⁸. Autrement dit, les conversations entre un avocat et son client peuvent être transcrites sans que le bâtonnier n'ait été informé de cette écoute incidente, et sans qu'aucun magistrat n'ait autorisé préalablement l'écoute incidente de l'avocat.

Les perquisitions⁹

À titre liminaire, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment rappelé que, dès lors qu'il n'existe aucun soupçon raisonnable à l'encontre d'un avocat d'avoir commis une infraction, les perquisitions, quels que soient les locaux où elles sont réalisées, sont constitutives d'un détournement de pouvoir¹⁰. Ainsi, en droit interne, le cabinet d'un avocat ou son domicile personnel ne peuvent être perquisitionnés que si celui-ci est soupçonné d'avoir participé à la commission d'une infraction. La perquisition doit être réalisée par le juge d'instruction ou le procureur, en présence du bâtonnier¹¹.

Au cours de la perquisition, le bâtonnier peut s'opposer à la saisie d'un document couvert par le secret, lequel sera alors placé sous scellés et transmis au juge des libertés et de la détention. Après un débat contradictoire, le juge des libertés et de la détention décidera si le document saisi doit être versé à la procédure ou non, dans un délai de cinq jours suivant la réception du scellé¹². Là encore, ces mesures sont insuffisantes. En effet, même si le juge des libertés et de la détention décide que les documents saisis ne seront pas versés

à la procédure, le magistrat ayant procédé à la perquisition aura nécessairement pris connaissance des documents.

Par ailleurs, la décision du juge des libertés et de la détention est insusceptible de recours.

L'AVOCAT EST TENU DE DÉNONCER LA COMMISSION DE CERTAINES INFRACTIONS

Le secret professionnel de l'avocat a également été mis à mal par l'obligation d'effectuer une déclaration de soupçon au bâtonnier, laquelle porte sur les transactions susceptibles de provenir d'une fraude fiscale ou d'une infraction passible d'une peine de prison supérieure à un an ou de participer au financement d'activités terroristes¹³. L'article L. 561-3 du code monétaire et financier divise les obligations des avocats en deux grandes catégories :

- lorsqu'ils agissent en qualité de mandataire pour des opérations financières ou immobilières, en qualité de fiduciaire ou encore en tant qu'assistant juridique pour la préparation ou la rédaction d'une série d'actes, ils sont tenus par les obligations de vigilance et déclarative de soupçon ;
- lorsque, au contraire, ils donnent une consultation juridique ou que leur activité se rattache à une procédure juridictionnelle, ils ne sont tenus à aucune obligation déclarative.

Ces dernières années, le législateur a continué d'affaiblir la portée du secret professionnel.

La loi de programmation militaire du 18 décembre 2013 a ainsi permis que les avocats soient placés sur écoute par les services de renseignements. De même, le Conseil constitutionnel a, par une décision du 24 juillet 2015, considéré qu'aucune « disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des échanges et correspondances des avocats »¹⁴. Enfin, la loi Sapin II du 9 décembre 2016 pourrait aboutir à ce que des informations couvertes par le secret professionnel soient divulguées, dès lors que ces informations sont nécessaires et proportionnées à la sauvegarde des intérêts en cause, que la divulgation intervient dans le respect des procédures de signalement et que la personne répond aux critères de

⁸ Crim. 22 mars 2016, n° 15-83.205.

⁹ Pour une étude détaillée du secret professionnel face aux perquisitions, V. V. Nioré, D. Avocats 2018.309.

¹⁰ CEDH 20 sept. 2018, n°s 68762/14 et 71200/14, *Aliyev c/ Azerbaïdjan*.

¹¹ C. pr. pén., art. 56-1 et 96.

¹² C. pr. pén., art. 56-1.

¹³ C. mon. fin., art. L. 561-15 et L. 561-17.

¹⁴ Cons. const. 24 juill. 2015, n° 2015-478 QPC.

définition du lanceur d'alerte. Si les avocats ne doivent pas se faire les complices de la commission d'infractions, ils devront cependant pallier ces atteintes au secret professionnel en étant particulièrement précautionneux et prudents.

Il est regrettable de constater que le législateur a contraint les avocats à mettre en œuvre de plus en plus souvent des méthodes de chiffrement de leurs conversations ou à utiliser des messageries dédiées pour garantir la confidentialité de leurs échanges avec leurs clients.