



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit pénal et sciences pénales

Dirigé par Yves Mayaud

2010

Le secret professionnel de l'avocat

Morgane Woloch

Sous la direction de Didier Rebut

UNIVERSITE PANTHEON - ASSAS - PARIS II
Droit - Economie - Sciences sociales

Année universitaire 2009 - 2010

Master II recherche Droit pénal et sciences pénales

LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Mémoire préparé sous la direction de Monsieur le Professeur Didier REBUT

Présenté pour l'obtention du Master II recherche Droit pénal et sciences pénales

Par

Morgane WOLOCH

**LE SECRET PROFESSIONNEL
DE L'AVOCAT**

Remerciements

A Monsieur le Professeur agrégé Didier Rebut pour son aide, son soutien et ses encouragements dans l'élaboration de mon mémoire.

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I : LE SECRET PROFESSIONNEL, UN DEVOIR POUR L'AVOCAT

Chapitre 1 : Les délimitations complexes du champ d'application du secret

Section 1 : Les difficultés quant à la multitude de textes existants

Section 2 : Les difficultés quant à l'interprétation de ces textes

Chapitre 2 : Les exceptions au secret professionnel de l'avocat

Section 1 : Les possibilités de levée du secret professionnel de l'avocat

Section 2 : Les obligations de levée du secret professionnel de l'avocat

PARTIE II : LE SECRET PROFESSIONNEL, UN DROIT POUR L'AVOCAT

Chapitre 1 : Le droit au secret professionnel face à la procédure pénale

Section 1 : Les perquisitions, saisies et visites domiciliaires

Section 2 : Les écoutes téléphoniques

Chapitre 2 : Le droit au secret professionnel face à la procédure administrative

Section 1 : Le secret professionnel et l'argent

Section 2 : Le secret professionnel et la libre communication des documents administratifs

CONCLUSION

« L'avocat est une conscience au service de la confiance »

Monsieur le Bâtonnier GUIBAL (Barreau de Montpellier)

INTRODUCTION

Le secret professionnel est, à la fois, l'un des éléments les plus simples et les plus complexes de la déontologie de la profession d'avocat. A priori, il semble que pour le respecter l'avocat doive tout simplement se taire. Cependant, il lui faut distinguer les éléments qu'il peut divulguer ou même qu'il doit divulguer dans l'intérêt de son client des éléments qu'il doit garder secrets.

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. Ainsi, l'avocat doit être soumis à un tel secret en raison de sa fonction même. Il est à la fois le confident et le défenseur de son client mais il représente aussi un rouage nécessaire à l'ordre social et au bon fonctionnement d'une justice équitable. Ce secret permet d'instaurer une confiance vis-à-vis de ce professionnel du droit et cette confiance indispensable répond à un enjeu social réel. *« Il importe à l'ordre social que la discrétion et le silence soient assurés lorsque la connaissance s'inscrit dans un rapport particulier de confiance, ce rapport étant précisément recherché pour ce qu'il suppose et garantit de*

¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique Ass. H. Capitant*, PUF, coll. « Quadrige », 6^e éd. 2004, V° « Secret professionnel ».

secret » écrit M. le Professeur Yves MAYAUD, à propos de la condamnation de l'évêque de Bayeux pour non dénonciation².

A la fois norme éthique et fonctionnelle, les origines du secret professionnel sont multiples. L'origine du secret professionnel fait de lui un apparenté du secret de la confession. La confession, ou sacrement de pénitence, est l'un des sept sacrements de la religion catholique et le secret absolu de la confession, tel qu'il existe toujours et tel qu'il est toujours édicté par le canon 983 du Code de droit canonique de 1983, est inviolable. La sanction d'un tel manquement est la plus grave du droit pénal canonique. Seul le pape a le pouvoir de lever cette peine qui élimine purement et simplement le coupable du corps de l'Eglise. Dès l'Ancien Régime, les avocats et les médecins héritèrent de ce devoir, conçu également comme un droit, et cela du fait de l'origine cléricale de la justice et de la médecine, par le biais de l'Université alors sous l'autorité de l'Eglise. Cependant, il ne faut pas pousser la comparaison jusqu'à l'amalgame. Alors que le secret de la confession touche au sacré, l'absolutisme du secret professionnel des avocats se fonde, nécessairement, sur d'autres considérations.

La complexité du secret professionnel est qu'il est en perpétuelle recherche d'équilibre entre les droits de l'individu et ceux de la société. En effet, comme le définit Emile GARCON, « *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 pas assurées d'un secret inviolable.* »³. Il faut donc souligner la convergence, dans la préservation du secret professionnel, de l'intérêt privé pour garantir la sécurité des confidences et de l'intérêt général pour assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de la profession d'avocat.

Dans tous les Etats démocratiques, qu'ils aient opté pour un système accusatoire ou pour un système inquisitoire, l'avocat est débiteur et créancier du secret professionnel. Ainsi,

² Y.MAYAUD, « La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César... », *D.* 2001, chron. p.3454 et s..

³ E. GARCON, *Code pénal annoté*, art. 378, n°7

tant en Angleterre qu'en France, le secret professionnel constitue un devoir pour l'avocat de ne divulguer aucune information relative à son client. La France a tout de même introduit quelques atteintes à ce principe alors que l'Angleterre se refuse à une telle limitation et applique strictement, depuis 1995, l'arrêt de la Chambre des Lords *R v. Derby Magistrates Court*. Dans cette décision, Lord Taylor affirme d'ailleurs qu'« aucune exception ne peut s'opposer au caractère absolu du privilège ». En effet, par cette jurisprudence, la Chambre des Lords décide de porter le secret professionnel au rang de privilège absolu, considérant qu'elle constitue bien plus qu'une règle de preuve en ce « qu'elle représenterait une condition essentielle pour une bonne administration de la justice ». Seules deux limites ont été apportées ultérieurement au caractère absolu du secret professionnel : quand le procès met en cause le bien être d'un enfant (arrêt *Re L* datant de 1996) et quand sont concernées des correspondances entre les parties ou leurs avocats et des tiers, sous certaines conditions (arrêt *Three Rivers Council v Governor & Company of the Bank of England* datant de 2004). L'Angleterre ayant intégré la Convention Européenne des Droits de l'Homme en 1998, une réelle question se posait quant à la compatibilité de la jurisprudence anglaise appliquée depuis 1995 avec la convention et plus particulièrement avec les dispositions de l'article 6 relatif au droit à un procès équitable. Effectivement, un accusé qui n'aurait pas pu prouver son innocence par des éléments couverts par le secret professionnel, pourrait invoquer le non respect des règles du procès équitable et de l'article 6. Les juges anglais ont alors nuancé leur position en 2002 dans l'arrêt *Medcalf contre Mardele* et affirmé qu'« il est possible, qu'au regard de l'article 6 de la CEDH, le privilège relatif au secret professionnel ne conserve pas forcément toujours son caractère absolu et puisse parfois même faire l'objet d'une balance d'intérêts. ».

De plus, outre la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la jurisprudence anglaise de 1995 est aussi en opposition avec la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes qui admet que le privilège du secret professionnel n'existe que lorsque deux conditions sont remplies : les correspondances ont été émises pour et dans l'intérêt de la défense du client et l'avocat doit être indépendant (arrêt *AM & S Europe Limited v. Commission of the European Communities*). Par la suite, la Cour de Justice des Communautés Européennes a confirmé de nombreuses restrictions au caractère absolu du

secret professionnel (décision *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals v Commission*, du 30 octobre 2003).

Sous l'influence européenne, de plus en plus de décisions nationales anglaises vont à l'encontre du caractère absolu du secret professionnel admis en 1995 par la Chambre des Lords. Cependant, il semble qu'une remise en cause radicale du principe de privilège absolu semble peu probable car la Chambre des Lords avait élevé ce principe au rang de principe fondamental de l'Homme et d'intérêt public majeur. A la différence de la France, l'Angleterre maintient toujours son approche extensive du champ du secret professionnel. Malgré ces différences de point de vue, le devoir et le droit de l'avocat au secret professionnel demeurent indispensables, dans des sociétés démocratiques, au bon fonctionnement de la justice, que celle-ci soit accusatoire ou inquisitoire.

A l'échelle européenne, ce secret est aussi posé en tant que principe indispensable à toute société démocratique. Ainsi, en 1960, le Conseil des Barreaux de l'Union européenne est fondé sous la forme d'une association internationale sans but lucratif et établi en Belgique. Il est le porte parole de la profession d'avocat en Europe et l'organe représentatif d'environ un million d'avocats européens. Une des étapes essentielles de son action fut l'adoption du Code de déontologie. A l'article 2.3.1 de ce code, le secret professionnel est proclamé « *droit et devoir fondamental et primordial de l'avocat* ». En France, ce texte a une valeur contraignante car il a été intégré au Règlement Intérieur du Barreau de Paris à son article 21.2.3. De plus, le 5 février 2001 a été adoptée une déclaration de principe sur le secret professionnel de l'avocat dont le but est de marquer la volonté de maintenir un secret professionnel le plus large possible face à des législations multiples qui tendent à en limiter le champ d'application.

De même, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement protectrice du secret professionnel de l'avocat et la cour a pu rappeler ce principe à de nombreuses reprises. Ainsi, sur le fondement de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui affirme le droit au respect de sa vie privée et

familiale, de son domicile et de sa correspondance, la Cour de Strasbourg a eu l'occasion de se prononcer sur la question du secret professionnel par un arrêt du 18 mai 1982 (arrêt *AM & S Europe Limited v. Commission of the European Communities*). Une saisie d'une correspondance d'avocat avait été réalisée dans le cadre du droit de la concurrence et le document avait été utilisé contre l'entreprise perquisitionnée. Par cet arrêt, la Cour précise que le secret professionnel entre bien dans le champ d'application de l'article 8 mais aussi que « *Cette confidentialité répond à l'exigence selon laquelle tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat [...] ; la correspondance entre l'avocat et son client est protégée par la confidentialité, dès lors qu'il s'agit d'une correspondance échangée dans le cadre des droits de la défense* ». Dans un autre arrêt, l'arrêt *Niemetz contre Allemagne*, du 16 décembre 1992, toujours sur le fondement de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la Cour affirme que le cabinet de l'avocat peut être assimilé à un domicile et que, de ce fait, le pouvoir de perquisition même prévu par la loi dans le cadre de poursuites pénales contre un tiers constitue une ingérence qui n'est pas pour autant nécessaire dans une société démocratique. La Cour ne rejette pas le principe d'une telle perquisition, elle exige seulement que la perquisition soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique, notamment pour la prévention des infractions pénales. Plus récemment, la Cour a condamné la France dans un arrêt *André et autres contre France*, en date du 24 juillet 2008, sur le fondement des articles 6 et 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Il s'agissait de perquisitions fiscales ordonnées et réalisées sur des soupçons d'infraction. Cette dernière décision s'inscrit précisément dans la continuité de la jurisprudence relative à la protection du secret professionnel de l'avocat.

Ces jurisprudences et la multiplication des textes affirmant le principe du secret professionnel sont une réaction à la tendance actuelle des Etats à prévoir législativement des mesures coercitives de perquisition et de saisie pour la recherche de la preuve en matière, notamment, de lutte contre le blanchiment ou de lutte contre la fraude fiscale. En effet, le secret professionnel doit aujourd'hui faire face à des valeurs en perpétuel développement dans notre société : l'individualisme et la transparence. Il est alors mis à mal par différents principes actuels de la justice telles que la quête de vérité des magistrats et la volonté d'une justice toujours plus transparente et d'une procédure toujours plus efficace. Le secret

professionnel de l'avocat n'est-il pas en train de voir son champ d'application se restreindre depuis quelques années malgré la protection assurée par la Cour européenne ? La vérité, l'efficacité et la transparence ne seraient-elles pas devenues des objectifs à atteindre au détriment du secret professionnel de l'avocat, si bien que ces objectifs justifiant les atteintes au secret deviendraient le principe et le secret l'exception et tout cela car « *l'air du temps est à la transparence, non au secret* »⁴ ?

Alors qu'un équilibre est sans cesse recherché entre confiance en la justice et efficacité de la justice, entre droit de la défense et quête de la vérité ou entre secret et transparence, il est nécessaire de faire un état des lieux du secret professionnel de l'avocat afin de déterminer si, aujourd'hui, cet équilibre a été atteint ou si la balance de la justice penche plus d'un côté que de l'autre. En effet, comment ce secret est-il garanti en ce qu'il consiste en un devoir pour l'avocat vis-à-vis de son client à ne rien révéler des éléments qui lui sont confiés (**TITRE I**) et un droit pour l'avocat à protéger les informations relevant de ses dossiers des immixtions de l'Etat (**TITRE II**) ? Ce double aspect du secret professionnel, partagé entre devoir et droit pour l'avocat, est naturellement une des raisons de la complexité de cette notion et de la difficulté à trouver le juste milieu entre préservation du secret et autorisation des immixtions.

⁴ J.-M. VARAUT, « Secret professionnel et confidentialité dans les professions juridiques et judiciaires », *Gaz. Pal.*, Rec. 1997, doct. P. 1054.

TITRE I

LE SECRET PROFESSIONNEL, UN DEVOIR POUR L'AVOCAT

En tant que professionnel du droit et en tant qu'acteur nécessaire au bon fonctionnement de la justice, l'avocat est tenu au secret professionnel. Selon une expression, « *l'avocat se veut une conscience à laquelle s'adresse une confiance* ». Pour respecter cette confiance, il ne doit rien révéler des confidences qui lui sont faites et des informations qui lui sont révélées. Il est donc débiteur du secret professionnel à l'égard de son client. Pour l'avocat, il importe surtout de délimiter le domaine d'application de ce devoir qui lui est imposé afin de savoir, au cours de la procédure de traitement d'un dossier, ce qu'il est en droit de révéler et ce qu'il doit garder pour lui.

Pour cela, il doit faire face à la complexité de la délimitation du champ d'application du secret professionnel car de multiples textes régissent cette notion et ces dispositions connaissent des évolutions textuelles et jurisprudentielles (**Chapitre 1**). De plus, dans l'hypothèse où des valeurs supérieures sont à protéger comme par exemple la protection de personnes vulnérables face aux atteintes ou aux mutilations sexuelles, diverses exceptions au devoir de secret ont été mises en place dans le Code pénal afin de permettre ou d'imposer la transparence et la levée du secret professionnel de l'avocat (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : LES DELIMITATIONS COMPLEXES DU CHAMP D'APPLICATION DU SECRET PROFESSIONNEL

Pour exercer au mieux sa profession, l'avocat doit être en mesure de distinguer ce qui relève ou non du secret afin de déterminer les limites de la répression et à quel moment débute la violation du secret professionnel. Or, justement, le champ d'application de ce secret est difficilement délimitable et cela pour deux raisons.

Tout d'abord, les limites de l'obligation au secret de l'avocat sont complexes du fait de la multiplicité des textes tendant à le définir. En effet, de nombreuses dispositions régissent le secret professionnel de l'avocat et cela au niveau du droit international, du droit européen et surtout du droit interne (**Section 1**).

Ensuite, outre la multitude de textes régissant ce secret professionnel, il est difficile d'en déterminer le champ d'application en raison de l'imprécision de ces textes. Ainsi, en droit pénal, malgré le principe d'interprétation stricte des textes énoncé à l'article 111-4 Code pénal, le juge s'est trouvé contraint d'apprécier la portée de l'article 226-13 pour préciser le champ d'application de la violation du secret, précisions non apportées par le législateur (**Section 2**).

SECTION 1 : Les difficultés quant à la multitude de textes existants

Au sein des dispositions internes régissant le secret professionnel de l'avocat, la violation de ce secret est sanctionnée disciplinairement mais aussi pénalement. Parmi les textes disciplinaires internes, diverses lois relatives à la déontologie de la profession d'avocat se sont succédées et se sont cumulées, ce qui a opacifié la matière et particulièrement les règles concernant le secret professionnel (§1).

Quant au Code pénal, il y consacre, directement ou indirectement, différents articles dont la confrontation s'avère complexe (§2).

§1- Les textes disciplinaires internes

En matière de déontologie de la profession d'avocat, plusieurs textes se sont succédés depuis 1971, date marquant les premières volontés de réforme des professions judiciaires et juridiques (A). La notion de secret professionnel, obligation déontologique centrale de la profession, a alors été fortement influencée par ces évolutions car cela a rendu difficile la délimitation de son champ d'application (B).

A- La succession de textes déontologiques

Au cours des quarante dernières années, l'exercice de la profession d'avocat a connu nombre de transformations. Elle a surtout vécu deux grandes réformes. Tout d'abord, la loi du 31 décembre 1971, entrée en application le 16 septembre 1972 et assurant la « *petite fusion* »,

a réuni les professions antérieures d'avocat et d'avoué de première instance dans le but de créer une grande profession d'avocat, idée encore d'actualité avec l'éventuelle intégration des juristes d'entreprise et certainement des avoués des cours d'appel. Ensuite, par la loi du 31 décembre 1990, entrée en application le 1^{er} janvier 1992, la « *grande fusion* » a réuni les professions d'avocat et de conseil juridique.

Outre ces réformes relatives à la structure même de la profession d'avocat et à ses modes d'exercice, les règles professionnelles et déontologiques ont parallèlement beaucoup évolué depuis 1971. Elles sont principalement régies par trois textes que sont la loi du 31 décembre 1971 précédemment citée, le décret du 27 novembre 1991 et le décret du 12 juillet 2005 modifiés. Dans la première loi modifiée par la loi du 7 avril 1997, le secret professionnel relève de l'article 66-5 qui dispose qu'« *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 pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel.* ». Quant au décret du 12 juillet 2005, l'obligation de l'avocat au secret professionnel est aussi posée à son article 4 mais en des termes distincts du précédent texte : « *Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel.* ».

Après une multiplication des dispositions régissant la profession d'avocat, va apparaître une volonté d'unifier ces réglementations afin de les clarifier. En effet, le législateur va confier à l'instance nationale représentative de la profession, au Conseil National des Barreaux (C.N.B.) créée par la loi du 31 décembre 1990, le soin de regrouper les dispositions existantes en un seul texte. Le Règlement Intérieur National (R.I.N.) sera adopté en 2005 par une décision à caractère normatif du C.N.B. Ce texte unifie, dans le respect des dispositions en vigueur, les règles et usages professionnels des avocats et reste aujourd'hui le texte disciplinaire de référence de la profession. Ce règlement a d'ailleurs été consolidé par trois décisions en date du 28 avril 2007, 12 décembre 2008 et 16 mai 2009. L'obligation au secret professionnel y est définie à l'article 2 : « *L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps. Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des*

cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. ». Cette unification des règles déontologiques est apparemment simplificatrice. Or, a été intégré à ce R.I.N. le Code de déontologie des avocats européens adopté en 1988. Ce code européen, qui régleme les activités transfrontalières des avocats, aborde aussi le devoir de l'avocat au secret professionnel à l'article 21.2.3 du R.I.N. mais encore sous des termes différents. Ainsi, dans le seul R.I.N., deux articles différents concernent l'obligation de l'avocat au secret professionnel. Ces divers textes adoptés en matière de déontologie des avocats illustrent parfaitement la confusion existante au sujet du devoir de secret.

Malgré la tentative récente d'unification des règles disciplinaires, le champ d'application du secret professionnel régi par ces multiples dispositions est difficilement délimitable.

B- Les effets de l'absence de définition unique du secret professionnel de l'avocat

Tous ces textes disciplinaires internes affirment l'obligation déontologique de l'avocat au secret professionnel. Cela est devenu un devoir central pour le bon exercice de cette profession. Cependant, aucun de ces textes ne reprend les mêmes termes pour exprimer ce devoir de l'avocat, ce qui rend complexe son application.

Ainsi, ces différentes dispositions rendent plus difficile la définition du champ d'application alors qu'initialement, à chaque nouveau texte, il y avait une réelle volonté de simplification. Par exemple, l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 a connu plusieurs modifications pour en l'occurrence tenter de définir sans ambiguïté l'étendue du secret professionnel des avocats. Tout d'abord, en 1990, lors de la fusion des avocats et des conseils juridiques, il fut précisé que le secret couvrait les consultations adressées par un avocat à son client et les correspondances échangées entre le client et son avocat. La loi du 4 janvier 1993 va procéder à un ajout précisant que cette disposition s'applique « *en toutes matières* ». Enfin, en 1997, par une loi du 7 avril, l'article 66-5 va de nouveau être modifié pour couvrir la double activité de l'avocat : la défense et la consultation. Ce texte va rompre une jurisprudence étonnante de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui refusait

d'étendre le secret professionnel au rédacteur d'acte⁵. Effectivement, la jurisprudence de la Cour de cassation tendait à distinguer l'activité judiciaire et l'activité de conseil de l'avocat pour ne couvrir par le secret professionnel que la première. Or, la rédaction d'acte et le conseil font partie intégrante de la fonction d'avocat au même titre que l'activité judiciaire.

Outre les conflits entre les textes et l'interprétation qui peut en être faite par la jurisprudence, la multitude de dispositions relatives au secret professionnel de l'avocat peut poser des difficultés d'application. En effet, disciplinairement, un avocat peut et doit être poursuivi s'il a violé son secret professionnel. Si la plainte est retenue par le bâtonnier du barreau où est inscrit l'avocat, à la demande du Procureur général ou de sa propre initiative, le bâtonnier peut ouvrir une enquête déontologique. Au vu des résultats de l'enquête, le conseil de discipline peut être saisi et statuera sur le comportement de l'avocat. Ce dernier risque diverses sanctions disciplinaires allant de l'avertissement à la radiation en passant par l'interdiction temporaire d'exercer. Cette procédure est claire mais quel fondement viser en cas de non respect du secret professionnel ? L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 ou l'article 2 du Règlement Intérieur National issu de la loi du 12 juillet 2005 ? Aucune hiérarchie n'étant posée entre ces deux textes législatifs, aucune réponse ne peut être apportée. Il en est de même sur le champ d'application du secret professionnel. En effet, les différentes dispositions n'ont pas les mêmes termes. Alors que l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 est général, l'article 2 du R.I.N. liste les actes couverts par le secret professionnel. Il n'est pas possible de tirer de ces deux textes des limites claires du champ d'application du secret professionnel imposé à l'avocat.

L'obligation pour l'avocat de respecter le secret professionnel ne s'arrête pas aux textes disciplinaires. Le non respect de ce secret est aussi et surtout un délit pénal prévu par le Code pénal.

⁵ Crim., 30 septembre 1991, Bull. crim., n°320 ; Crim., 5 juillet 1993, Bull. crim., n°236.

§2- Le Code pénal

Principalement, la violation du secret professionnel par un avocat est une incrimination prévue à l'article 226-13 du Code pénal (**A**).

Cependant, le secret est aussi imposé pendant la phase d'instruction du procès pénal par l'article 11 du Code de procédure pénale et par l'article 434-7-2 du Code pénal. Quelle place faut-il accorder au secret professionnel de l'avocat lors de l'instruction ? Se pose alors la question de la confrontation de l'article 226-13 imposant le secret professionnel à l'avocat et des articles relatifs à la phase d'instruction du procès pénal (**B**).

A- L'incrimination du délit de violation du secret professionnel : l'article 226-13

Aboli à la Révolution française, le secret professionnel réapparaît dans le Code pénal de 1810 qui sanctionna la transgression du secret professionnel dans son article 378 : « *Les médecins, chirurgiens et autres officiels de santé ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors des cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 900 à 19 000 F* ». Suite à la réforme du Code pénal, ce texte est devenu l'article 226-13, entré en vigueur en 1994 : « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

Cet article est situé dans le livre deuxième, titre II, chapitre VI et section IV intitulée « *De l'atteinte au secret* ». Il faut préciser, sur la place de l'incrimination dans le Code pénal, que le législateur a fait le choix de placer ce secret professionnel dans les atteintes à la personnalité au même titre que le secret des correspondances et non dans les atteintes à l'autorité de l'Etat comme peut l'être le secret de l'instruction. Or, il faut rappeler que cette incrimination admet deux ratio legis distincts qui sont la protection de la confiance individuelle et la protection de l'ordre public, de la confiance en la Justice. Le secret professionnel est à la jonction de l'intérêt des particuliers et de l'intérêt général et l'équilibre est délicat à trouver. Deux thèses s'étaient développées à ce sujet. La conception absolutiste

met l'accent sur l'intérêt général. Elle voit dans le secret professionnel un secret absolu car protecteur de la profession. La protection du secret instaure la confiance de la société dans cette profession. Cette confiance est nécessaire à l'exercice sans trouble de cette profession et son exercice est nécessaire à l'intérêt général. Au contraire, une autre analyse donne plus d'importance à la confiance faite au professionnel qu'à la confiance dans la profession. Dès lors, le secret peut être relatif. La personne qu'il concerne doit en conserver la maîtrise. Elle doit être admise à délier le professionnel du secret qui pèse sur lui. La jurisprudence a toujours été divisée entre ces deux conceptions. Aujourd'hui et depuis 1994, la place de l'incrimination de l'article 226-13 dans le Code pénal choisie par le législateur met l'accent sur les intérêts particuliers donc davantage en faveur de la seconde analyse, conception relativiste.

Sur la constitution de l'infraction en elle-même, il est deux conditions préalables. Tout d'abord, la première concerne la qualité de l'auteur de la violation du secret professionnel : il doit être dépositaire de l'information à caractère secret par état, profession, fonction ou mission temporaire. L'avocat détient des informations qu'il doit garder secrètes du fait de sa profession. Il ne fait aucun doute que cette condition est remplie et que le non respect de ce secret par l'avocat est sanctionné par l'article 226-13 du Code pénal. Enfin, outre la qualité de confident de l'auteur de l'infraction, il doit bien évidemment exister un secret.

Quant à la constitution de l'infraction même, l'élément matériel de ce délit consiste en la révélation du secret. Implicitement, il faut alors des faits couverts par le secret. Une information est secrète si elle n'est pas publiée et si elle est confiée à une personne visée à l'article 226-13 du Code pénal. Pour que l'information ne soit pas considérée comme secrète, la jurisprudence a précisé qu'elle doit être entièrement publiée. Si le fait n'est que partiellement connu ou divulgué, sa révélation par le professionnel dépositaire du secret est constitutive du délit. La révélation peut être orale (discours, bavardages, confidences, etc.) ou écrite (correspondances, rapports, etc.). Elle pourra même résulter d'une publication dans une revue. De plus, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a indiqué qu' « *un même secret peut être violé par la même personne autant de fois qu'elle le divulgue successivement à des personnes différentes* » dans un arrêt du 25 janvier 1968⁶. Enfin, le délit de violation du secret professionnel est un délit instantané, indépendamment de la permanence de ses effets.

⁶ Crim., 25 janvier 1968, Bull. crim. n°25, D. 1968. 153, rapp. Costa ; JCP 1968. II. 15425.

Concernant l'élément moral, le délit prévu à l'article 226-13 du Code pénal est une infraction intentionnelle. Pour qu'elle soit constituée, il faut qu'elle ait été « *commise avec connaissance, indépendamment de toute intention spéciale de nuire* »⁷. Le prévenu doit avoir eu conscience de révéler le secret dont il avait connaissance, peu importe le mobile qui l'a poussé à la divulgation, conformément au principe d'indifférence des mobiles en droit pénal.

L'article 226-13 est le seul texte du Code pénal à prévoir la sanction de la violation du secret professionnel. Cependant, d'autres dispositions protègent un secret proche du secret professionnel de l'avocat : le secret de l'instruction protégé à l'article 11 du Code de procédure pénale mais aussi à l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 et la non révélation des informations obtenues pendant l'enquête ou l'instruction concernant un crime ou un délit posée à l'article 434-7-2 du Code pénal. Dans quelle mesure s'articulent ces différents textes issus du Code pénal, du Code de procédure pénale et d'un texte disciplinaire ?

B- Le secret professionnel de l'avocat et l'instruction

1- La confusion entre secret professionnel et secret de l'instruction

Les phases d'enquête et d'instruction sont des phases très spécifiques de la procédure pénale, phases durant lesquelles l'avocat peut éventuellement obtenir des informations de son client relatives à la commission d'un crime ou d'un délit. L'article 226-13 du Code pénal lui impose de garder secrètes les informations livrées par son client quand l'inverse n'est pas ordonné par la loi. Concernant spécifiquement l'instruction, l'article 11 du Code de procédure pénale dispose que « *Sauf dans les 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. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du code pénal.* ». Il existe donc un secret de l'instruction et les termes du texte relatif à ce secret renvoient à ceux concernant le secret

⁷ Crim., 15 décembre 1885, DP 1886, 1, 347.

professionnel. Il y a une réelle communication entre secret professionnel et secret de l'instruction. Cependant, l'article 11 ne vise que les personnes concourant à l'instruction. Or, l'avocat n'y concourt pas, il fait même figure d'opposant. Il incarne la défense. De ce fait, il n'est pas tenu au secret de l'instruction tel que prévu par l'article 11.

Toutefois, l'article 160 du décret du 27 novembre 1991, repris à l'article 2 bis du R.I.N., va compliquer l'articulation des textes et obscurcir la matière. D'après ce texte, « *l'avocat, en toute matière, ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. Il doit, notamment, respecter le secret de l'instruction en matière pénale en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours* ». Cette disposition contredit l'interprétation faite de l'article 11 du Code de procédure pénale. L'avocat serait tenu au secret de l'instruction. Dans un arrêt du 18 septembre 2001, la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'exprime dans ce sens « *si l'avocat ne concourt pas à la procédure au sens de l'article 11 du Code de procédure pénale, il doit, en application de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991, respecter le secret de l'instruction* »⁸. Par ces termes, la cour fait prévaloir le décret posant des règles professionnelles.

Or, en appliquant la hiérarchie des normes, il semble que la loi l'emporte sur le décret. Ainsi, l'article 11 devrait être appliqué au détriment de l'article 160. Conformément au principe d'interprétation stricte en droit pénal, il est certain que l'avocat ne peut être tenu, pénalement, au secret de l'instruction car il ne concourt pas à l'instruction. Cette interprétation reste plausible même si elle n'est pas celle choisie par la Cour de cassation. Pénalement, l'avocat ne serait tenu que par l'article 226-13 du Code pénal et le secret professionnel. Il ne doit respecter le secret de l'instruction que d'un point de vue disciplinaire.

Cependant, la loi du 9 mars 2004 dite *Perben II* a introduit un nouveau texte dans le Code pénal prohibant la révélation à des personnes susceptibles d'être concernées d'informations obtenues pendant une enquête ou d'une instruction en cours. Ce nouvel article 434-7-2 pourrait être une solution au conflit existant entre les articles 11 et 160.

⁸ Crim., 18 septembre 2001, Bull. crim. n°179.

2- L'article 434-7-2 du Code pénal : un éclaircissement limité

Cet article 434-7-2 du Code pénal, résultant de la loi *Perben II*, avait posé des difficultés car il permettait, dans sa version initiale, aux juges d'inquiéter et même de placer en détention provisoire les avocats. L'affaire de Maître Moulin, avocate incarcérée en 2005 pour avoir divulgué des informations à une tierce personne susceptible d'être inquiétée dans une affaire de blanchiment d'argent, avait d'ailleurs provoqué la réaction de plusieurs barreaux français⁹. Face à la vindicte des avocats, ce texte fut modifié par la loi du 12 décembre 2005. Dans sa version actuelle, il dispose que « *Sans préjudice des droits de la défense, le fait, pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance, en application des dispositions du code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit, de révéler sciemment ces informations à des personnes qu'elle sait susceptibles d'être impliquées comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs, dans la commission de ces infractions, lorsque cette révélation est réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.* ».

Ainsi, il est interdit pour l'avocat qui a connaissance, du fait de ses fonctions, pendant une enquête ou une instruction, d'informations sur un crime ou un délit de révéler ces informations à des personnes susceptibles d'être impliquées dans l'affaire avec l'intention d'entraver les investigations ou la manifestation de la vérité (intention ajoutée en 2005). Ce texte est à rapprocher de l'article 11 du Code de procédure pénale. En effet, pour les personnes visées par cet article 11, ce texte issu de la loi *Perben II* fait double emploi. Cependant, comme le précise Maître MARTIN : « *il ne peut acquérir une effectivité que pour les personnes qui n'y sont pas soumises et qui, cependant, peuvent avoir accès à des informations issues de cette instruction* »¹⁰. L'avocat semble être une des personnes directement visées par l'article 434-7-2 du Code pénal et pour lesquelles l'article 11 du Code de procédure pénale admettait des lacunes. Ainsi, pendant l'instruction, l'avocat est tenu au respect du secret professionnel mais aussi au respect de l'article 434-7-2.

Néanmoins, même s'il n'est pas visé pénalement par le secret de l'instruction, l'avocat doit connaître des devoirs déontologiques qui s'imposent à lui et il est tenu par son serment à

⁹ Crim., 1^{er} mars 2006, n°05-87.252.

¹⁰ R. MARTIN, « L'avocat et le secret de l'instruction », *JCP G* 2005, Libres propos, n°283.

la dignité, la conscience et la probité intellectuelle. D'ailleurs, l'article 2 bis du Règlement Intérieur National dispose clairement que l'avocat est « *tenu au secret de l'enquête et de l'instruction* ».

Enfin, il faut noter les quelques mots « *sans préjudice des droits de la défense* » insérés à l'article 434-7-2 du Code pénal suite à un amendement présenté au Sénat par M.BADINTER. Strictement, cela voudrait dire que le reste de l'article ne s'appliquerait pas à la défense c'est-à-dire à l'avocat. Dans ce cas, ce nouveau texte inséré en 2004 n'aurait aucun effet sur le secret de l'instruction appliqué à l'avocat.

Ainsi, le champ d'application du secret professionnel de l'avocat est complexe à déterminer en raison de la multitude de textes régissant cette obligation. Outre cette diversité des dispositions existantes, une autre difficulté s'est posée quant à l'interprétation de celles-ci. En effet, ces textes s'avèrent approximatifs sur le concept même de secret. Il a donc fallu que le juge apporte des précisions sur cette notion pour éclairer les conditions d'application des dispositions le concernant mais cela dans le respect du principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

SECTION 2 : Les difficultés quant à l'interprétation des textes existants

En présence de textes incomplets, il appartient au juge, par l'interprétation qu'il en fait, d'apporter des précisions. Pour pouvoir définir cette notion de secret professionnel, il faut donc examiner la jurisprudence relative aux différentes dispositions la régissant. Le juge a permis d'expliciter le champ d'application du secret en définissant son contenu (§1) mais aussi en désignant les personnes liées par ce secret (§2).

§1- La délimitation quant au secret

Tout d'abord, il faut savoir comment les informations qualifiées de secrètes parviennent à la connaissance de l'avocat. Faut-il qu'elles prennent nécessairement la forme de confiance ? (A).

Ensuite, il est essentiel de se demander sur quoi ce secret doit porter. En effet, l'avocat a accès à de nombreuses informations sur ses clients dans l'exercice de sa profession. Il est capital pour lui de pouvoir déterminer quelles informations sont ou non couvertes par le secret professionnel (B).

A- Quant à la provenance du secret

L'article 378 de l'ancien Code pénal visait les professionnels « *dépositaires [...] des secrets qu'on leur confie* ». Il apparaissait clairement que les informations couvertes par le secret professionnel étaient celles provenant d'une confiance. En revanche, rien n'était précisé au sujet des informations parvenues à la connaissance de l'agent sans qu'aucune confiance n'ait été faite. Cette interprétation réduisait alors le champ de l'incrimination prévue à l'article 378. C'est pourquoi la jurisprudence a considéré que, pour être tenu au devoir de se taire, il suffit que le professionnel ait eu connaissance des informations par ses propres constatations ou déductions des faits auxquels il n'aurait point eu accès hors l'exercice de sa profession ou de sa fonction. D'ailleurs, en ce qui concerne les avocats, il s'agit d'une précision mentionnée explicitement par les textes déontologiques et notamment les articles 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 et 2 du R.I.N. Les éléments couverts par le secret sont les notes d'entretien mais aussi les actes de procédure et plus généralement toutes les pièces du dossier. Sont incluses toutes les informations qui ont été confiées à l'avocat par son client ou par des autorités concourant à la procédure ainsi que celles qu'il a vues, entendues ou comprises.

Le législateur de 1992 a perçu cette lacune dans l'article 378 et l'a corrigée. L'article 226-13 du Code pénal se borne prudemment à parler d'une personne dépositaire d'un secret sans préciser s'il lui a été confié ou non. La jurisprudence a eu l'occasion de confirmer cette position au sujet de la divulgation d'informations contenues dans une plainte avec constitution de partie civile et a précisé que « *sont couvertes par le secret professionnel non seulement les*

confidences faites par le client à son avocat, mais également toutes les informations qu'a pu recueillir ce professionnel à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et les déductions personnelles qu'il a pu en faire »¹¹.

L'avocat peut avoir eu connaissance d'informations qu'il doit garder secrètes par confiance orale mais aussi par écrit. Effectivement, « *les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci et les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel* »¹².

Ainsi depuis le nouveau Code pénal, il est clair que l'avocat est soumis au secret professionnel pour les informations qui lui ont été confiées mais aussi celles dont il a eu la connaissance par déduction. Après la provenance du secret, il faut maintenant s'interroger sur son contenu.

B- Quant au contenu du secret

Tout d'abord, il faut examiner ce qui caractérise les informations protégées. Toute révélation effectuée par un avocat n'entraînera pas l'application de la répression prévue à l'article 226-13 du Code pénal. Il faut que cela concerne des informations sur le client que seul l'avocat est en mesure de connaître. En effet, la divulgation d'éléments parfaitement objectifs sur le client, éléments que n'importe qui pourrait constater, ne caractérise pas la violation du secret professionnel. De plus, pour être répréhensible, la révélation doit porter sur une information obtenue dans l'exercice de la profession ou de ses fonctions. Pour exemple, il a été décidé par la Cour de cassation que « *les propos tenus à une avocate, amie du ménage, par une femme en instance de divorce, ne l'avaient pas été dans le cadre de l'exercice de la profession de cette dernière et n'étaient donc pas couverts par le secret professionnel.* »¹³.

Ensuite, concernant des informations déjà connues ou déjà évoquées par la rumeur publique, il est possible de s'interroger sur la violation ou non du secret professionnel. Il a été précisé que si la révélation faite par l'avocat confirme la rumeur ou apporte des détails sur les

¹¹ CA Paris, 1^{er} juillet 1999, *D.* 1999. IR. 230.

¹² Civ. 2^{ème}, 7 novembre 1994, *Bull. civ. II* n°218 ; *Gaz. Pal.* 1995. I. 201, note Woog.

¹³ Civ. 2^{ème}, 21 juin 1973, *D.*1974. 16.

informations connues, l'article 226-13 du Code pénal doit s'appliquer. Effectivement, la Chambre Criminelle affirme que le principe posé à cet article est général et absolu. Ainsi, même s'il s'agit d'un fait connu dans son ensemble lorsque l'intervention du dépositaire du secret entraîne la divulgation de précisions qu'il était seul à connaître, la violation du secret professionnel est caractérisée¹⁴.

De plus, concernant les avocats, le secret professionnel a longtemps été conçu comme intimement lié aux droits de la défense. La protection du secret professionnel est d'une efficacité certaine quand elle intervient dans le cadre d'une procédure judiciaire ou pénale. On accepte que cette protection soit absolue. Cependant, il en allait différemment dans le domaine juridique. En effet, la chambre criminelle a introduit une distinction n'émanant pas de la loi. Elle a dissocié le respect dû au secret professionnel en fonction de l'opposition du juridique et du judiciaire. Le devoir au secret professionnel était écarté pour l'avocat exerçant une activité de rédacteur d'acte ou de négociateur¹⁵. Cette jurisprudence a été confirmée par la suite à plusieurs reprises par la Chambre criminelle malgré la loi adoptée le 4 janvier 1993. Un nouveau texte, la loi du 7 avril 1997, a étendu clairement le secret professionnel à la correspondance échangée par l'avocat avec son client en matière de consultations. Aujourd'hui, le secret professionnel couvre les deux activités de l'avocat, la défense mais aussi le conseil.

Concernant le support des informations, les consultations adressées par un avocat à son client et les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel, tant en matière juridique qu'en matière judiciaire, quel qu'en soit le support.

Le secret professionnel couvre toutes les confidences que l'avocat a pu recevoir de la part de son client que ces confidences lui soient faites dans son cabinet ou à l'extérieur. Ainsi, dans les établissements pénitentiaires, l'avocat peut, conformément à l'article D 68 du Code de procédure pénale, s'entretenir librement avec le prévenu ou le condamné « *en dehors de la présence d'un surveillant et dans un parloir spécial* ». De plus, la correspondance écrite échangée entre un prévenu et son conseil bénéficie d'une protection particulière qui fait interdiction au personnel de l'établissement d'ouvrir tout courrier, entrant ou sortant, adressé

¹⁴ Crim., 7 mars 1989, *J.C.P.* 1989, IV, 200 ; Crim. 8 février 1994, *Dr. pén.* 1994 comm. 134.

¹⁵ Crim., 30 septembre 1991, *Bull. crim.*, n°320, *Dr. pén.* 1991 comm. N°6.

sous plis fermé par les prévenus à leur avocat et réciproquement, au risque de commettre une faute engageant la responsabilité de l'Etat¹⁶.

Après avoir apporté des précisions sur le champ d'application du secret professionnel en délimitant le secret, la jurisprudence a explicité cette notion en détaillant son application aux différentes personnes concernées.

§2- La délimitation quand aux personnes liées par le secret

La personne liée directement par le secret professionnel est l'avocat car il doit le secret à son client (A).

De plus, pendant l'exercice de sa profession, l'avocat est nécessairement en relation avec ses confrères, que cela soit au sein du cabinet, au Palais de Justice ou dans un même dossier. Comment le secret professionnel est-il préservé dans les relations entre avocats (B)?

Enfin, le client est concerné par le secret professionnel car ce sont des renseignements le concernant qui sont protégés. Peut-il disposer à sa guise de ces informations ? Est-il lié par le secret professionnel (C) ?

A- L'avocat vis-à-vis de son client

L'élaboration d'une défense ou d'un contrat nécessite que le client fasse confiance à son avocat et se confie librement à lui. Parmi toutes les informations qui vont être portées à sa connaissance, certaines vont sembler opportunes et vont être utilisées mais d'autres seront mises à l'écart car considérées comme desservant le client. Cependant, il peut arriver que la révélation du secret aille objectivement dans le sens des intérêts du client. Or, le secret professionnel impose à l'avocat de ne rien dire. En effet, l'intérêt du client n'est pas la seule valeur protégée. Il faut avoir à l'esprit que les intérêts de la profession toute entière sont en cause et notamment l'image de confiance que doit inspirer la Justice. Ainsi, tout est résumé

¹⁶ TA Versailles, 10 octobre 1997, D. 1998. IR. 21.

dans le débat permanent que fait naître l'incrimination de violation du secret professionnel protectrice à la fois de l'intérêt individuel et de l'intérêt public.

Si est admis comme fondement du secret professionnel la protection de l'ordre public et la confiance en la Justice, la thèse du secret absolu impose le silence à l'avocat même si ce mutisme peut nuire à ses intérêts et à ceux de son client. Au contraire, si on admet comme fondement la volonté de protéger les intérêts de celui qui s'est confié, la thèse du secret relatif permet au client de délier l'avocat de son devoir de mutisme. En l'état actuel de la jurisprudence, même si l'incrimination de l'article 226-13 du Code pénal est située dans le chapitre intitulé « *Des atteintes à la personnalité* », il semble que la thèse absolutiste soit favorisée. Effectivement, il a été précisé que « *le secret dont un avocat doit se prévaloir est absolu* »¹⁷. De plus, « *le caractère absolu de ce secret ne saurait contrevenir aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme* »¹⁸. Le client ne peut donc pas délier l'avocat de son secret professionnel.

De même, l'avocat doit garder le secret sur les informations concernant son propre client mais aussi concernant le client de l'avocat adverse. La jurisprudence a pris soin de préciser que « *viole le secret professionnel l'avocat qui donne aux services de police des renseignements concernant le client de l'avocat adverse et qu'il n'a pu obtenir qu'en sa qualité d'avocat, même s'il n'était pas directement chargé de cette affaire au sein du cabinet où il exerce en qualité de collaborateur* »¹⁹.

Par ailleurs, il faut noter que la confiance subsiste après le décès du client. Ainsi, l'avocat n'est pas délié de son secret professionnel par le décès de son client ou par ses héritiers²⁰.

Ces décisions confirment la thèse absolutiste pour laquelle a opté la jurisprudence et cela malgré le choix du législateur quant à la place de l'incrimination de l'article 226-13 dans le Code pénal et quant aux hypothèses admises de levée du secret professionnel, l'article 226-14 disposant que « *l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* ».

¹⁷ CA Paris, 17 janvier 1969, D. 1969. 316.

¹⁸ Civ. 1^{ère}, 27 janvier 2004, Bull. crim. I n°25.

¹⁹ Paris, 30 novembre 1994, D 1996. Somm. 311, obs. Castelain.

²⁰ CA Paris, 8 novembre 1971 ; CA Paris, 8 novembre 1972.

Une exception à ce caractère absolu existe depuis la loi du 11 février 2004 modifiant celle du 31 décembre 1971. Ce texte permet de lever le secret par l'apposition de la mention « Officielle », suivant les préconisations du C.N.B. Couvertes par le secret professionnel, les correspondances échangées entre l'avocat et son client doivent donc être écartées des débats dans le cadre d'une instance, à l'exception de celles pour lesquelles le secret est objectivement levé.

Outre cette exception, l'avocat se doit donc de respecter un secret absolu à l'égard de son client et cela est obligatoire pour tous les avocats. Cependant, qu'en est-il pour les relations entre confrères ?

B- L'avocat vis-à-vis de ses confrères

Selon l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les correspondances entre l'avocat et ses confrères dans le cadre d'une communication de pièces ou d'échanges sur un dossier sont couvertes par le secret professionnel, sous réserve de la mention « Officielle ». La jurisprudence a confirmé cet article. Ainsi, *« viole ce texte la Cour d'appel qui refuse d'annuler la décision d'un bâtonnier ayant autorisé la production en justice de correspondances échangées entre avocats alors qu'elle avait été prise en violation de cette disposition »*²¹. Cette disposition est pertinente car tous les avocats sont soumis au secret professionnel. Il est alors normal que les correspondances, les notes et toutes les informations échangées entre eux dans l'exercice de leur profession soient couvertes par ce secret. Cela renforce le secret imposé à chacun. L'avocat ne doit pas produire à des tiers des copies des correspondances tenues avec un confrère, même au client.

Il n'existe qu'une seule nuance à cette obligation, reconnue par les usages antérieurs à la loi précitée. Les actes qui matérialisent un accord entre avocats représentent une exception au principe de la confidentialité et ne sont pas couverts par le secret professionnel. Il en est ainsi

²¹ Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004, Bull. crim. I n°299.

concernant une transaction, telle que contenue dans deux lettres échangées entre des avocats au nom de leurs clients²².

Le secret professionnel imposé à un confrère permet à l'avocat soumis à un cas de conscience de se confier pour obtenir un conseil. Par exemple, un avocat averti de la commission prochaine d'un crime peut hésiter entre ne pas trahir le secret du client et empêcher la consommation d'une infraction pénale. Ce professionnel exerce au sein d'un ordre. Il peut alors en référer à son bâtonnier. Dans ce cas, le secret n'est pas trahi mais partagé entre personnes astreintes au secret. Déontologiquement, l'avocat doit pouvoir en parler avec son bâtonnier qui devra, ensuite, si le danger s'avère réel, prendre contact avec les services du parquet pour que des dispositions soient prises de manière à ce que le crime ou le délit ne soit pas commis.

Si le secret est clairement imposé aux correspondances et aux échanges de renseignements entre avocats dans l'hypothèse de communication de pièces, il n'est pas aussi simple que le client soit lié par ce secret professionnel.

C- Le client vis-à-vis des tiers

S'il est certain que les correspondances adressées par un avocat à son client sont couvertes par un secret absolu, la question du secret professionnel se pose au sujet du client à l'égard des tiers. L'arrêt rendu le 30 avril 2009 rappelle une règle désormais bien établie : le client peut renoncer à la protection du secret²³. En l'espèce, un avocat avait adressé une lettre à son client afin d'obtenir le paiement de ses honoraires. Le client avait remis le courrier à son père pour qu'il effectue le paiement demandé. Or, ce dernier a déposé plainte car a considéré que la lettre représentait un chantage et une intimidation à l'égard de son fils. L'avocat fut mis en examen et une procédure disciplinaire fut ouverte. Il prétextait pour sa défense que la lettre ne pouvait pas être produite en justice car était couverte par le secret professionnel. Cependant, cet argument fut rejeté car le client ne se voit pas imposer la confidentialité des correspondances échangées entre lui et son avocat. Il peut les rendre publiques. Ainsi, en étant

²² CA Douai, 9 décembre 1999, *B.I.C.C.* 2000 n°787.

²³ Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, n°08-13.596.

remise à un tiers, la correspondance avait perdu la protection prévue à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.

Cette décision fait application d'une jurisprudence désormais constante qu'il s'agisse d'une lettre adressée par l'avocat à son client ou par le client à son avocat. En effet, « *n'étant pas tenu lui-même au secret, l'auteur d'une lettre destinée à son avocat peut prendre l'initiative de produire cette correspondance en justice* »²⁴. Le client peut aussi remettre à des enquêteurs une lettre reçue de son avocat²⁵. Ainsi, qu'il en soit ou non l'auteur, le client peut rendre publique, pour la défense de ses intérêts ou non, une correspondance qu'il a tenue avec son avocat. Il est libre d'en lever le secret.

Cependant, une fois que le secret est levé et que les informations ont été divulguées, le client ne peut plus invoquer le secret professionnel. A été décidé que « *le client n'est plus recevable à invoquer ultérieurement le secret professionnel portant sur des informations qu'il a lui-même rendu publiques* »²⁶.

Quant à la correspondance adressée directement par une partie à l'avocat adverse, la jurisprudence a décidé qu'elle n'était pas couverte par le secret professionnel. La Cour de cassation rappelle que selon l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 « *seules sont couvertes par le secret professionnel les correspondances échangées entre l'avocat et son client ainsi que celles échangées entre avocats ; que n'entrent donc pas dans les prévisions de ce texte les correspondances adressées directement par une partie à l'avocat de son adversaire* »²⁷.

La détermination du champ d'application du secret professionnel est essentielle pour en sanctionner le non respect. Cependant, dans certaines hypothèses, le législateur a autorisé ou imposé la levée de ce secret. En effet, il se peut que la valeur protégée par le secret soit confrontée à une valeur considérée comme supérieure en droit pénal d'où l'admission d'exceptions au secret professionnel de l'avocat.

24 Civ. 1ère, 30 septembre 2008, n°07-17.162.

25 CA Angers, 8 janvier 2008, *Juris-Data* n°2008-362202.

26 Com., 6 juin 2001, n°98-18.577, *D.* 2001. AJ. 2197 obs. X. Delpech.

27 Civ. 1ère, 31 janvier 2008, n°06-14.303.

CHAPITRE 2 : LES EXCEPTIONS AU SECRET PROFESSIONNEL

Malgré une jurisprudence attachée à une conception assez absolutiste du secret, le législateur admet diverses exceptions à l'obligation de l'avocat au secret professionnel. Certains auteurs n'hésitent pas à affirmer comme principe « *qu'il n'y a nulle impossibilité à ce qu'une violation objective d'une obligation générale et absolue de se taire puisse être justifiée par un fait justificatif* »²⁸.

Il est clairement admis aujourd'hui qu'il est des circonstances telles que le secret professionnel se doit d'être levé pour que le professionnel puisse faire état des faits dont il a connaissance. Cette position est partagée par le législateur car l'article 226-14 du Code pénal envisage que le délit de violation du secret professionnel soit justifié. Selon la valeur protégée, cette levée du secret professionnel va être autorisée (**Section 1**) ou imposée (**Section 2**).

SECTION 1 : Les possibilités de levée du secret professionnel de l'avocat

Dans certaines hypothèses, l'avocat va être autorisé à lever son secret professionnel. En effet, l'article 226-14 du Code pénal dispose que « *l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi [...] autorise la révélation du secret* ». Classiquement et pour reprendre les faits justificatifs admis par le droit pénal, ces justifications peuvent être des permissions de la loi (article 122-4 du Code pénal) (§1) ou dues à un état de nécessité (article 122-7 du Code pénal) (§2).

²⁸ M.-L. RASSAT, « La révélation médicale », *D.* 1989, p. 107.

§1- La permission de la loi

Le premier texte autorisant la levée du secret professionnel de l'avocat est l'article 226-14 1° du Code pénal. Cette disposition laisse toute personne assujettie au secret, y compris les avocats, libre d'informer les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, infligés à un mineur ou à une personne vulnérable. Cette dérogation se justifie par la valeur qu'elle permet de protéger. En effet, le législateur a logiquement favorisé la protection de l'intégrité physique de la personne à la protection de la personnalité. Cependant, les professionnels n'ont aucune obligation de parler mais ils peuvent le faire sans être poursuivis pour violation du secret²⁹. Pour se convaincre de cette simple faculté, il faut rapprocher l'article 226-14 des articles 434-1 alinéa 3 et 434-3 alinéa 2.

L'auteur d'une non-dénonciation de crimes ou de délits, dans les termes des articles 434-1 alinéa 3 et 434-3 alinéa 2 du Code pénal, peut justifier son défaut d'intervention auprès des autorités administratives ou judiciaires en invoquant le secret dont il est dépositaire, dans le but de justifier de son irresponsabilité pénale. Cette dérogation légale permet de résoudre un conflit de valeurs. En effet, comme la légitime défense ou l'état de nécessité, il s'agit de l'hypothèse où une infraction est susceptible d'être commise dans des circonstances telles qu'elle peut être considérée comme l'ayant été au nom d'un intérêt supérieur à celui de la qualification engagée. Par la permission de la loi, l'individu qui a commis cette infraction n'est pas reconnu comme pénalement responsable. Ainsi, les articles 434-1 alinéa 3 et 434-3 alinéa 2 sont des exceptions à l'obligation de dénonciation en renvoyant au secret professionnel mais il est aussi prévu à l'article 226-14 que le secret n'a pas à être respecté quand l'information des autorités est considérée comme utile : « *la dénonciation sert donc de justification à la violation du secret, et le secret de justification à la non-dénonciation* »³⁰. Le professeur M. Yves MAYAUD parle alors d'un « *jeu de neutralisation réciproque des comportements* »³¹. En effet, cela revient à n'incriminer ni le défaut de dénonciation quand il est motivé par le secret, ni la violation du secret quand elle est due à une dénonciation. L'avocat confronté à une telle situation, à une connaissance de faits qui mériteraient d'être

²⁹ Crim. 14 février 1978, Bull. crim. N°56, D. 1978. 354, note Pradel (au sujet des assistantes sociales).

³⁰ Y.MAYAUD, « La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César... », D. 2001, chron. p.3454 et s..

³¹ Ibid.

dénoncés, dispose alors d'une option de conscience, d'une liberté morale pour résoudre le conflit de valeurs entre dénoncer et respecter le secret dont il est dépositaire.

Cette option de conscience a d'ailleurs été consacrée dans un jugement du Tribunal de grande instance de Caen du 4 septembre 2001, décision relative à la condamnation très médiatisée de l'évêque de Bayeux sur le fondement de l'article 434-3 du Code pénal. Les juges du fond ont rejeté cette option en l'espèce. L'évêque a été condamné car les juges du première instance ont estimé que les circonstances ne permettaient pas au prévenu de se placer dans une situation de confiance, condition jugée comme nécessaire pour admettre le secret, ce qui est critiquable juridiquement au vu des termes de l'article 226-13 qui n'exigent pas un mode particulier d'information ou de connaissance.

La permission de la loi n'est pas le seul cas où la levée du secret professionnel est possible. Le secret peut aussi être levé pour répondre à un état de nécessité.

§2- L'état de nécessité

La doctrine est divisée sur le fait d'évoquer l'état de nécessité comme justification de la violation du secret professionnel. Malgré ce clivage, il est possible d'invoquer valablement l'état de nécessité dans deux hypothèses : la nécessité pour l'avocat de partager le secret dans l'intérêt de la personne qu'il concerne (**A**) et la nécessité de se défendre en justice (**B**).

A- Le secret partagé

Il s'agit de l'hypothèse où l'avocat, dépositaire du secret professionnel, est conduit à en révéler la teneur, dans l'intérêt même de la personne concernée, à un autre avocat appelé lui-même à intervenir. C'est notamment le cas lors d'un changement d'avocat. Il se peut que le client souhaite, en cours de procédure, changer de conseil ou que l'avocat souhaite lui-même ne plus assurer la défense de son client. Le premier avocat devra transmettre le dossier et des informations sur le client à son successeur et cela dans l'intérêt même de ce client. En effet, afin d'assurer la continuité du travail et perdre le moins de temps possible, il est nécessaire

pour le nouvel avocat d'avoir au plus vite tous les renseignements concernant son nouveau client.

De même, le secret partagé est admis entre les avocats d'une même structure. Ainsi, les associés, les collaborateurs mais aussi le personnel du secrétariat sont tenus au secret professionnel et peuvent avoir à le partager pour des raisons pratiques. Effectivement, il est des hypothèses où un avocat doit pouvoir se faire substituer par un confrère du même cabinet pour une audience et où un avocat doit être en mesure de questionner un confrère sur un point de droit posant problème dans un dossier. Cela est permis justement par le partage du secret.

Les travaux préparatoires du Code pénal montrent que le législateur, sensible à la question, avait envisagé d'introduire la notion de secret partagé dans le libellé même du texte d'incrimination en évoquant la révélation faite «*à une personne non habilitée à la partager*»³². Finalement, l'Assemblée Nationale décida de supprimer toute référence au secret partagé. Toutefois, la justification dans cette hypothèse est parfaitement pertinente, le secret devenant simplement «*collectif*».

Outre le secret partagé, l'avocat doit pouvoir lever le secret professionnel quand son travail et ses compétences sont mis en cause par son client pour sa propre défense.

B- Les droits de la défense

Il peut arriver que le client, mécontent de l'issue d'un procès ou du travail de son avocat, assigne ce dernier en justice mais aussi que l'avocat soit poursuivi disciplinairement ou pénalement. Lorsque sa compétence ou sa bonne foi est mise en doute devant une juridiction, il est alors pour lui nécessaire de se défendre et le secret professionnel ne lui impose pas de demeurer silencieux dans cette hypothèse. Il peut se trouver amené à transgresser le secret pour apporter aux juges la preuve de sa bonne foi et de la qualité de son travail et de son intervention.

³² V.L. LETURMY, « De l'utilisation des travaux préparatoires pour l'interprétation du nouveau Code pénal », *Revue juridique de Centre-Ouest* Juillet 1994. n°14. p. 24.

La jurisprudence consacre nettement les droits de la défense et le droit de procéder à des révélations dans ce type de cas. Ainsi, « *on ne saurait refuser à qui que ce soit le droit de se défendre, et cette liberté essentielle ne peut être mise en échec par les règles du secret professionnel* »³³. Plus récemment, la Chambre criminelle affirmait que « *l'obligation au secret professionnel d'un avocat ne saurait lui interdire, pour se justifier de l'accusation dont il est l'objet et résultant de la divulgation par un client d'une correspondance échangée entre eux, de produire d'autres pièces de cette même correspondance utiles à ses intérêts* »³⁴.

Cependant, comme le laisse entendre cette décision, les révélations ne peuvent être couvertes par l'état de nécessité que si elles se limitent aux strictes exigences de la défense de l'avocat³⁵. L'article 2.1 R.I.N. vise d'ailleurs les « *strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction* ». Toute divulgation qui va au-delà de ces nécessités doit être considérée comme fautive et engager la responsabilité disciplinaire et pénale de l'avocat. Cette appréciation des faits et des circonstances de la révélation par l'avocat appartient souverainement aux juges du fond. Le juge se doit de trouver le bon équilibre entre les droits de la défense et la violation du secret professionnel.

Dans toutes ces hypothèses, l'avocat est en droit de lever le secret professionnel pour une cause jugée supérieure mais cela ne reste qu'une possibilité. S'il le décide, il peut garder le secret et n'engagera pas sa responsabilité pour ce silence. Cependant, il existe des cas où la levée du secret professionnel devient nécessaire et le législateur, toujours dans un souci de recherche d'équilibre entre les valeurs protégées, l'a alors imposée aux professionnels dépositaires du secret. L'avocat doit s'y soumettre.

³³ CA Douai, 26 octobre 1951, *Gaz. Pal.* 1951. 2. 425.

³⁴ Crim., 29 mai 1989, Bull. crim. n°218, *Gaz. Pal.* 1989. 2. 884, note Damien.

³⁵ Crim., 16 mai 2000, Bull. crim. n°192.

SECTION 2 : Les obligations de levée du secret professionnel

Dans certaines hypothèses, le législateur impose la levée du secret professionnel par l'avocat. Il le fait tout d'abord concernant la non-assistance à personne en danger. En effet, en n'apportant aucune précision sur une éventuelle exception à cette disposition pour les personnes tenues au secret professionnel, il semblerait que l'article 223-6 du Code pénal concerne tous les justiciables, y compris ceux astreints au secret (§1).

Dans d'autres textes du Code pénal, notamment le recel de criminel et la non-dénonciation de disparition de mineur, l'absence de levée du secret professionnel s'apparenterait à une volonté d'entrave à la saisine de la justice et non plus au simple respect de l'article 226-13 du Code pénal (§2).

§1- L'omission d'empêcher une infraction et la non-assistance à personne en péril

A l'article 223-6 du Code pénal, le législateur n'a pas précisé, dans l'hypothèse incriminée, si les personnes tenues au secret professionnel sont exceptées de ses dispositions, comme cela était mentionné aux articles 434-1 et 434-3 : « *sont exceptées de l'application des dispositions visées les personnes astreintes au secret professionnel dans les conditions prévues à l'article 226-13* ».

L'ancien Code pénal présentait une difficulté similaire. L'article 378 ancien disposait que les personnes tenues au secret professionnel ne sont liées par l'obligation de silence que « *hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs* ». Or, à l'issue de la seconde guerre mondiale, l'ordonnance du 25 juin 1945 a institué, d'une part, l'obligation de dénoncer les crimes tentés ou consommés dont on a connaissance (article 62 de l'ordonnance) et, d'autre part, l'obligation d'empêcher soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle, ou celle de porter secours à une personne en péril (article 63 de l'ordonnance). La loi du 2 février 1980 a ajouté un deuxième alinéa à l'article 62 imposant une obligation de dénoncer les sévices ou les privations infligés à un mineur de quinze ans dont tout individu pourrait avoir connaissance. Aucune précision n'était donnée dans ces nouvelles dispositions au sujet du secret professionnel auquel seraient éventuellement tenus les dénonciateurs. La question se posa sur la solution à donner au conflit existant entre l'article 378 et les articles 62

et 63. Ce conflit de règles a suscité des divergences d'opinions au sein de la doctrine. Certains auteurs favorisaient l'idée du maintien du silence alors que pour d'autres la dénonciation devait être privilégiée. Dans certains écrits, la liberté devait être laissée à l'intéressé, consacrant ainsi une option de conscience.

Le même débat se pose aujourd'hui au sujet de l'article 223-6 du Code pénal : faut-il interpréter le silence du législateur comme laissant à la personne tenue au secret la faculté de déterminer la conduite à adopter ou plutôt comme l'absence d'exception en ce qui concerne les personnes dépositaires du secret professionnel ? Pour tenter de répondre à cette question, il est possible de se reporter à la circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 14 mai 1993, présentant le commentaire des dispositions de la partie législative du nouveau Code pénal (Livres I à IV). Il est traité de l'atteinte au secret professionnel dans les termes suivants : *« la délicate articulation des dispositions réprimant la violation du secret professionnel avec celles réprimant la non-dénonciation de certaines infractions a été clarifiée par le nouveau Code pénal. On verra, en effet, en examinant les dispositions réprimant la non-dénonciation des articles 434-1 et 434-3 qui répriment la non-dénonciation de crime ou de mauvais traitement, que ces articles ne sont pas applicables aux personnes tenues au secret professionnel »*. Cependant, aucune allusion n'y est faite à l'article 226-3 du Code pénal, pas plus qu'il n'est fait allusion au secret professionnel dans la section III traitant de l'entrave aux mesures d'assistance et de l'omission de porter secours. Par conséquent, il semblerait que l'article 226-3 concerne tous les citoyens sans exception, y compris ceux qui sont astreints au secret professionnel. Il appartiendra aux tribunaux de trancher cette difficulté.

L'article 223-6 du Code pénal n'est pas la seule hypothèse imposant une levée du secret professionnel à l'avocat. En effet, alors qu'aux articles 434-1 et 434-3 le législateur pose clairement une exception à l'obligation de dénonciation pour les personnes soumises au secret professionnel, les articles 434-4-1 et 434-6 du Code pénal n'excluent pas de leur champ d'application les dépositaires du secret.

§2- La non-dénonciation de disparition de mineur et le recel de criminel

L'article 434-4-1 du Code pénal incrimine le fait pour une personne, ayant connaissance d'une disparition d'un mineur de quinze ans, de ne pas informer les autorités. Dans cette disposition, le législateur ne mentionne aucune exception pour les personnes liées par le secret professionnel. Si l'on raisonne de la même façon qu'avec l'article 223-6 du Code pénal et la non-assistance à personne en danger, il faut en conclure que cette disposition vise aussi les personnes astreintes au secret. Cependant, dans cet article 434-4-1, le législateur vise l'absence de dénonciation avec un but particulier. En effet, il faut que la personne qui garde pour elle la connaissance de la disparition d'un mineur le fasse « *en vue d'empêcher ou de retarder la mise en œuvre des procédures de recherche* ». Un dol spécial est alors exigé dans la constitution de l'infraction. Il faut que l'auteur se soit tu en vue d'entraver la saisine de la justice et les procédures de recherche. Une intention spécifique doit pouvoir être constatée. Or, si l'avocat a connaissance d'une disparition d'un mineur de quinze ans mais n'en informe par les autorités judiciaires ou administratives, il ne le fait pas nécessairement dans le but de retarder ou d'empêcher les recherches. Il peut le faire pour respecter le secret professionnel auquel il est astreint ou dans l'intérêt de son client. Dans ce cas, l'infraction de l'article 434-4-1 ne serait pas constituée. Est-ce que les termes « *en vue d'empêcher ou de retarder la mise en œuvre des procédures de recherches* » n'excluent-ils pas implicitement l'avocat soumis au secret professionnel du champ d'application du texte ? L'avocat ne serait condamnable pour l'absence de levée du secret professionnel, sur le fondement de l'article 434-4-1 du Code pénal, que dans la mesure où est prouvée son intention d'entraver les procédures de recherche, et cela au même titre que tous les justiciables. En dehors de cette hypothèse, l'avocat pourrait maintenir le secret dont il est dépositaire.

Néanmoins, en vertu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, il est aussi possible de se demander si l'absence de précision textuelle sur les personnes dépositaires du secret ne permettrait pas d'affirmer qu'elles sont concernées par l'article 434-4-1 comme tous les autres justiciables. Dans ce cas, la levée du secret professionnel serait obligatoire même pour l'avocat. Cette solution semble être la plus adéquate au vue de la valeur protégée par le texte : « *Des entraves à la saisine de la justice* ». L'avocat a un rôle nécessaire pour le bon fonctionnement de la justice et son secret doit être préservé tant qu'il ne porte pas atteinte à un intérêt supérieur. Or, l'article 434-4-1 s'inscrit dans une section consacrée à la défense de la Justice et notamment à sa saisine. Le secret professionnel de l'avocat paraît devoir s'incliner

face à de tels enjeux et, dans ce cas, il se doit d'être levé. Pourtant, rien n'étant précisé à ce sujet, il appartiendra aux tribunaux d'en éclaircir le champ d'application concernant les personnes soumises au secret professionnel.

Il en est de même concernant l'article 434-6 du Code pénal qui incrimine le recel de criminel. Effectivement, « *le fait de fournir à la personne auteur ou complice d'un crime [...] un logement, un lieu de retraite, des subsides, des moyens d'existence ou tout autre moyen de la soustraire aux recherches ou à l'arrestation* » est constitutif d'un délit. Dans cette hypothèse, le législateur n'a pas fourni de précisions au sujet des personnes soumises au secret professionnel. Seules sont exceptées de ces dispositions les parents ou le conjoint de l'auteur ou du complice du crime. L'avocat ne peut se protéger de l'application de cet article 434-6 avec l'article 226-13 du Code pénal sanctionnant la violation du secret.

Cette hypothèse de levée obligatoire du secret professionnel pose moins de difficulté que l'article 434-4-1 du Code pénal car il ne s'agit plus d'une simple absence de dénonciation mais d'actes positifs réalisés pour aider un criminel. Le secret professionnel de l'avocat consiste à garder pour lui des informations concernant son client mais en aucun cas cela peut protéger le comportement consistant à fournir une aide à un auteur ou à un complice d'un crime, même s'il s'agit de son client. Ainsi, il est légitime que l'avocat puisse être poursuivi pour de tels agissements sans être en mesure de se retrancher derrière son secret professionnel.

Malgré les réserves d'interprétation qui persistent au sujet de la non-assistance à personne en péril et de la non-dénonciation de disparition de mineur, tous ces textes permettent et imposent la levée du secret professionnel. Le législateur a alors fait le choix de privilégier la saisine de la justice au détriment du maintien du secret. Dans ces hypothèses, l'avocat doit coopérer et livrer les informations dont il dispose, sous peine d'être poursuivi pénalement sur le fondement d'un de ces articles.

EN CONCLUSION, l'avocat est débiteur d'un secret professionnel dont les limites s'avèrent beaucoup plus complexes qu'il n'y paraît. En effet, le principe apparemment limpide est consacré dans de multiples textes que la jurisprudence a dû compléter sur divers points. De plus, les exceptions complexifient le rôle de l'avocat car il lui appartient de savoir où commence et où s'arrête ce devoir de silence.

Néanmoins, l'avocat est aussi créancier de ce secret professionnel. Seul contre tous, il joue un rôle clé dans le système judiciaire et dispose ainsi d'informations pouvant intéresser les autres acteurs du monde de la justice. Il se doit de défendre ce secret face aux intrusions des autorités en quête permanente d'efficacité car « *l'époque moderne est vouée à la transparence, voir même, dans des cas extrêmes, à l'indiscrétion* »³⁶. D'ailleurs, la multiplicité des textes affirmant le principe du secret professionnel et la jurisprudence européenne sans cesse plus répressive peuvent s'expliquer par ce dévoilement croissant. L'avocat doit protéger le secret dont il est créancier face à des systèmes procéduraux de plus en plus puissants car son secret professionnel se voit sacrifié au profit d'intérêts jugés supérieurs.

³⁶ J. CHAMARRE, « Secret professionnel de l'avocat et incitation à la dénonciation » *Gaz. Pal.* 2002, 1, Doctr. 782 et s.

TITRE II

LE SECRET PROFESSIONNEL, UN DROIT POUR L'AVOCAT

Le cabinet de l'avocat est un lieu où sont conservés tous les éléments relatifs à son client et donc des documents éventuellement liés à des faits qui font l'objet de poursuite ou sont susceptibles de l'être. Protégé par le secret professionnel, « *le cabinet de l'avocat devrait être un sanctuaire où nul ne peut pénétrer s'il n'y est invité* »³⁷.

Cependant, dans l'exercice de sa profession, l'avocat doit faire face à une logique sécuritaire de la société et à une volonté de transparence. Les acteurs de la justice disposent aujourd'hui de pouvoirs coercitifs de plus en plus importants. Dans quelle mesure, l'avocat peut-il défendre son droit au secret professionnel dans le cadre de procédures toujours plus intrusives ?

L'avocat étant le défenseur des libertés fondamentales, son droit au secret professionnel se doit d'être protégé dans le cadre de procédures particulièrement attentatoires aux libertés : la procédure pénale (**Chapitre 1**) et la procédure administrative (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : LE DROIT AU SECRET PROFESSIONNEL

FACE A LA PROCEDURE PENALE

Les phases d'enquête et d'instruction sont particulièrement cruciales dans le processus de recherche de la vérité. Afin d'agir avec rapidité et efficacité, les autorités de police judiciaire, le ministère public mais aussi le juge d'instruction disposent de pouvoirs étendus. Ils sont ainsi en mesure de demander des actes normalement considérés comme attentatoires aux libertés mais qui apparaissent ici nécessaires aux besoins de l'enquête ou de l'instruction.

L'avocat, pour ses propres agissements ou pour ceux de ses clients, est susceptible d'être confronté à ces pouvoirs d'enquête ou d'instruction. Son domicile et son cabinet risquent alors de faire l'objet de telles intrusions. Comment est préservé le secret professionnel de son travail face à aux perquisitions, saisies et visites domiciliaires (**Section 1**) ou aux mises sur écoute téléphonique (**Section 2**) ?

³⁷ C. PORTERON, « Le secret professionnel de l'avocat », *AJ Pénal*, 2009, 160.

SECTION 1 : Les perquisitions, saisies et visites domiciliaires

Les perquisitions sont devenues une pratique courante de certains juges d'instruction et les cabinets d'avocats n'y échappent pas. En principe, le cabinet d'avocat est inviolable, ainsi que son domicile. Cependant, ce n'est pas un lieu d'asile et il n'est inviolable que dans la mesure où il ne s'y commet aucun délit. La Cour européenne des droits de l'homme fait donc une distinction : autant elle exclut la possibilité d'une perquisition aux fins de découvrir chez l'avocat, en cette qualité, des documents susceptibles d'étayer la culpabilité de son client, autant elle admet cette perquisition s'il s'agit de rechercher les éléments de sa fraude personnelle.

En droit interne, le législateur tente d'encadrer ces intrusions dans le cabinet de l'avocat mais, la procédure pénale restant gouvernée par la quête de vérité, la protection du secret professionnel de l'avocat s'avère limitée (§1). Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme, de plus en plus sollicitée pour arbitrer ce conflit entre secret et vérité, rappelle régulièrement le caractère fondamental du droit au secret professionnel de l'avocat (§2).

§1- La protection limitée du secret professionnel face à la recherche de la vérité

Le droit encadre les procédures de perquisitions, saisies et visites domiciliaires au sein du cabinet et tente ainsi de maintenir une protection du secret professionnel de l'avocat (A).

Cependant, face aux enjeux de la procédure pénale, les garanties laissées à l'avocat pour conserver la confidentialité de son travail restent limitées et la réforme envisagée par le comité Léger ne comble apparemment pas ces lacunes (B).

A- Les lacunes de l'encadrement législatif des intrusions dans le cabinet d'avocat

L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, qui consacre le secret professionnel de l'avocat, ne peut empêcher des recherches utiles à la manifestation de la vérité auxquelles le juge d'instruction procède lorsque des indices graves déjà recueillis au cours de l'information font présumer la présence, dans un cabinet d'avocat, de documents relatifs à la commission

d'une infraction, dès lors que ces documents sont en relation étroite avec les faits objets de la poursuite. L'article 56-1 du Code de procédure pénale définit les conditions dans lesquelles une perquisition dans un cabinet d'avocat ou à son domicile peut être effectuée. Cependant, les dispositions propres à la perquisition dans un cabinet d'avocat sont relativement récentes dans le Code de procédure pénale. La jurisprudence de la Cour de cassation avait fait obstacle à toute perquisition enfreignant les droits de la défense³⁸ mais, avant 1985, était appliqué le droit commun à toute perquisition. Ce n'est qu'en 1985 qu'un texte de loi a inséré un article 56-1 dans le Code de procédure pénale : le pouvoir est conféré spécifiquement à un magistrat qui ne peut l'exercer qu'en présence du bâtonnier ou de son délégué. Le juge d'instruction doit aviser préalablement le bâtonnier de façon à ce qu'il soit présent. Ce dernier assume un rôle de contrôle pour faire respecter le secret professionnel et les droits de la défense mais ne peut pas procéder lui-même à l'examen des documents, cet examen ne relevant que de la compétence du juge d'instruction. Malgré une relative avancée dans la défense du secret professionnel lors des perquisitions, « *le juge est l'acteur de la perquisition dont le bâtonnier est le spectateur* »³⁹.

De la loi du 15 juin 2000 résulte une nouvelle rédaction de l'article 56-1 du Code de procédure pénale. Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document à laquelle le magistrat à l'intention de procéder s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document sera placé sous scellé fermé et un procès-verbal est dressé. Si d'autres documents ont été saisis au cours de la perquisition sans soulever de contestation, le procès-verbal est distinct de celui prévu à l'article 57. Ce procès-verbal et le document placé sous scellé ferme sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention (J.L.D.) qui statuera, dans un délai de cinq jours, sur la contestation par ordonnance motivée, non susceptible de recours. Pour cela, il peut entendre le magistrat ayant procédé à la perquisition, le procureur de la République ainsi que l'avocat concerné, le bâtonnier ou son délégué. Il peut aussi ouvrir le scellé en présence de ces personnes. Si le juge des libertés et de la détention estime non fondée la saisie du document, il en ordonne la restitution immédiate ainsi que la destruction du procès-verbal et éventuellement la cancellation de toute référence à ce document. Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure.

³⁸ Crim., 5 juin 1975, *Bull. crim.* N°146, *JCP G* 1976, II, 18243, note P. CHAMBON.

³⁹ B. BEIGNIER, B. BLANCHARD, J. VILLACEQUE, *Droit et Déontologie de la profession d'avocat*, L.G.D.J.

Quant aux modalités de la perquisition, elle ne peut être effectuée que par un magistrat du parquet ou un juge d'instruction et eux seuls ont le droit de prendre connaissance des documents découverts lors de l'opération. Le bâtonnier ne peut pas invoquer de privilège de consultation des documents.

Enfin, quant à la matière de la saisie, le juge ne peut saisir que les documents établissant la participation de l'avocat à une infraction⁴⁰. Il est en droit de saisir tout document nécessaire à la manifestation de la vérité et ne portant pas atteinte aux droits de la défense.

Ainsi, les perquisitions, saisies et visites domiciliaires sont clairement encadrées par le Code de procédure pénale. Cependant, ce régime dérogatoire ne protège pas entièrement le secret professionnel de l'avocat. En effet, le magistrat qui procède à la perquisition du cabinet ou du domicile de l'avocat prend connaissance des documents et donc de leur contenu avant leur éventuelle saisie. Le bâtonnier ou son délégué dispose, certes, d'un pouvoir de contestation mais cela ne permet qu'un contrôle a posteriori par la juge des libertés et de la détention. D'ailleurs, dans l'hypothèse où le contentieux sur une pièce est soumis au J.L.D., même si la saisie et le procès-verbal sont annulés, le contenu du document écarté sera tout de même connu du juge d'instruction et exploitable par ce dernier. L'absence de contrôle préalable par le bâtonnier fait que le juge d'instruction est en mesure d'obtenir des renseignements alors qu'ils devraient être couverts par le secret professionnel aux yeux du juge des libertés et de la détention.

Malgré des avancées certaines en faveur des droits de la défense, l'encadrement législatif des perquisitions, saisies et visites domiciliaires au sein du cabinet ou du domicile de l'avocat connaît encore des limites sérieuses et fortement préjudiciables au secret professionnel. Cependant, depuis plusieurs années, une réforme de la procédure pénale est envisagée. A cette fin, le rapport de la Commission Léger a été déposé le 1^{er} septembre 2009. Est-ce que les modifications envisagées peuvent combler les lacunes constatées en procédure pénale pour la protection du droit de l'avocat au secret professionnel ?

⁴⁰ Crim., 12 mars 1992, *Bull. crim.* n°112; D. 1993, somm. p. 207, obs. J. PRADEL.

B- L'absence d'évolution et le rapport de la Commission Léger

Différents points du rapport seraient susceptibles de modifier la procédure de perquisition, saisies et visites domiciliaires du cabinet ou du domicile de l'avocat. Tout d'abord, le rapport envisage la suppression du juge d'instruction et le transfert des pouvoirs d'enquête au parquet, qui mènerait seul les investigations « *à charge et à décharge* ».

Ensuite, dans le rapport de la Commission Léger, un autre changement est prévu : la suppression du juge des libertés et de la détention qui serait remplacé par le juge de l'enquête et des libertés, compétent pour décider des mesures attentatoires aux libertés individuelles et pour contrôler la loyauté de l'enquête. Ainsi, ce magistrat serait compétent pour ordonner les actes d'enquête les plus intrusifs. De plus, ce juge du siège pourrait statuer sur les demandes d'actes des parties refusées par le parquet afin de garantir le principe du contradictoire. Concernant les perquisitions, saisies et visites domiciliaires au sein du cabinet ou du domicile de l'avocat, il semble que le juge de l'enquête et des libertés soit compétent pour connaître des contestations du bâtonnier ou du délégué. Néanmoins, seul le juge compétent change mais la procédure reste la même et le bâtonnier ne peut agir que dans un second temps, alors que le magistrat chargé de la perquisition aura déjà eu connaissance des renseignements confidentiels.

Ainsi, que les perquisitions, saisies et visites domiciliaires soient décidées et menées par un juge d'instruction ou par le procureur de la République importe peu car, sans contrôle préalable du bâtonnier visant à protéger le secret professionnel, le procureur de la République, tout comme actuellement le juge d'instruction, pourrait prendre connaissance d'informations jugées par la suite confidentielles. De même, que la contestation du bâtonnier soit traitée par le juge de l'enquête et des libertés et non plus par le juge des libertés et de la détention ne permet pas une protection plus importante du droit de l'avocat au secret professionnel.

Alors qu'en droit interne, le législateur tente d'établir un équilibre entre confidentialité et recherche de la vérité, la Cour européenne des droits de l'homme réaffirme et protège clairement le secret professionnel de l'avocat.

§2- La protection affirmée du secret professionnel par la Cour européenne

Le secret professionnel est un droit reconnu à l'avocat au-delà du droit strictement national. En effet, la Cour de justice des communautés européennes a eu l'occasion dans l'arrêt *Wouters* en date du 19 février 2002 de préciser qu'il est l'une des garanties fondamentales de la liberté de l'individu et du bon fonctionnement de la justice, et qu'il relève à ce titre, de l'ordre public. Outre la Cour de Luxembourg, la Cour européenne des droits de l'homme s'avère être le principal défenseur de ce droit de l'avocat. A diverses reprises, les juges européens ont été sollicités pour régler des litiges relatifs au secret professionnel des avocats bafoué lors d'opérations de perquisition, de saisie ou de visite domiciliaire. Ainsi, dans l'arrêt *Niemetz contre Allemagne* du 16 décembre 1992, en application de l'article 8 de la Convention, le cabinet de l'avocat est assimilé à un domicile. En conséquence, le pouvoir de perquisition, même prévu par la loi dans le cadre de poursuites pénales contre un tiers, constitue une ingérence qui n'est pas pour autant nécessaire dans une société démocratique, dès lors que la fouille empiète sur le secret professionnel à un degré disproportionné. La Cour européenne étend ainsi le champ d'application de l'article 8 afin d'y inclure le cabinet d'avocat alors que le texte vise expressément le domicile et garantit le respect de la vie privée et familiale. Or, il semble que la vie privée et familiale ne concerne pas le travail de l'avocat. Dans leur jurisprudence, afin de protéger au maximum le droit au secret professionnel, la Cour de Strasbourg procède à une interprétation clairement extensive de la convention. De plus, outre cette extension, la Cour européenne procède aussi à un contrôle de proportionnalité des intrusions dans le cabinet ou le domicile de l'avocat. Elle ne prohibe pas de telles mesures mais en pose les limites à savoir qu'elles ne doivent pas empiéter de façon disproportionnée sur le secret professionnel. Ainsi, elle se laisse une marge d'appréciation du bien fondé d'une perquisition, d'une saisie ou d'une visite domiciliaire et jugera au cas par cas de l'empiètement éventuel sur le secret de l'avocat.

La Cour européenne des droits de l'homme a adopté exactement ce même raisonnement dans un arrêt plus récent. En effet, l'arrêt *André contre France* du 24 juillet 2008 s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence européenne relative à la protection du secret professionnel de l'avocat. En l'espèce, l'administration fiscale avait obtenu l'autorisation de perquisitionner le cabinet d'un avocat qui assurait la défense d'une clinique soupçonnée de fraude fiscale. La perquisition fiscale a eu lieu au cabinet de l'avocat par les agents de douanes, hors présence du magistrat qui l'avait ordonnée. Cet arrêt est intéressant car il

précise que la protection du cabinet prévue à l'article 56-1 du Code de procédure pénale s'applique aussi aux perquisitions administratives. De plus, la Cour européenne rappelle que « *les perquisitions chez un avocat portent incontestablement atteinte au secret professionnel* » et que les garanties indispensables doivent être prévues par le législateur national et respectées par les autorités judiciaires.

Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a clairement fixé sa jurisprudence : le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public absolu. Il s'applique à son domicile mais aussi au cabinet. La protection du secret professionnel impose d'encadrer strictement la perquisition du cabinet d'un avocat et une telle mesure ne peut être ordonnée si l'avocat est lui-même soupçonné d'avoir commis personnellement une infraction, à l'exclusion de celle commise par ses clients.

Cependant, les perquisitions, saisies et visites domiciliaires ne sont pas les seules mesures intrusives auxquelles l'avocat peut être confronté en procédure pénale. En effet, il est des hypothèses où il est nécessaire pour les autorités d'enquête ou d'instruction de mettre sur écoute les personnes concernées afin d'obtenir des éléments qu'il n'est pas possible d'obtenir autrement. Ces mises sur écoute sont aussi susceptibles de porter gravement atteinte au secret professionnel de l'avocat. Dans quelle mesure, le droit au secret professionnel peut-il être garanti face à de telles méthodes ?

SECTION 2 : Les écoutes téléphoniques

Les écoutes téléphoniques sont une pratique contestée en France. Le 24 avril 1990, la Cour européenne des droits de l'homme rendait une décision capitale, l'arrêt *Kruslin* jugeant la législation française insuffisante au regard de l'article 8 de la Convention, ce qui contraignit le gouvernement français à faire voter la loi n°91-646 du 10 juillet 1991 organisant le statut des écoutes dites judiciaires.

Aujourd'hui encore le sujet des écoutes téléphoniques est problématique, notamment quand il permet d'obtenir la transcription d'entretiens entre l'avocat et son client. En effet, la

mise sur écoute d'un cabinet d'avocat constitue une atteinte au secret professionnel et, malgré les garanties posées par le législateur, la confidentialité s'en trouve réellement affectée (§1). De même, par une mise sur écoute d'une personne mise en examen, les autorités sont susceptibles de porter préjudice au droit de celle-ci à garder secrets les entretiens téléphoniques avec son avocat (§2).

§1- La mise sur écoute de l'avocat

La loi du 10 juillet 1991 organisant le statut des écoutes téléphoniques dites judiciaires fut codifiée aux articles 100 à 100-7 du Code de procédure pénale. La loi autorise l'interception, l'enregistrement et la retranscription des correspondances émises par voie de télécommunication. Dans un arrêt du 15 janvier 1997, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler les strictes limites de ce que permet la loi : « *l'écoute téléphonique d'un avocat ne peut être versée au dossier que s'il existe contre l'avocat des indices de participation à une infraction* ». Une jurisprudence désormais classique de la Chambre criminelle rappelle que même si une écoute téléphonique est surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, la conversation entre un avocat et son client ne peut être transcrite et versée au dossier de la procédure que s'il apparaît que son contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction⁴¹.

Quant à la procédure même de la mise sur écoute de l'avocat, l'article 100-7 du Code de procédure pénale prévoit une formalité préalable : aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction. Cependant, il n'est prévu aucune possibilité d'opposition de la part du bâtonnier comme cela est prévu en matière de perquisition du cabinet ou du domicile de l'avocat. De plus, même si la mise sur écoute n'est autorisée qu'en cas d'existence d'indices de participation à une infraction, il n'existe aucune voie de recours contre la décision de placement sur écoute, ce qui semble critiquable au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de son application de l'article 6 de la Convention européenne. Cette décision ne relève que du juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention n'a pas vocation à intervenir et le bâtonnier ne peut qu'émettre des

⁴¹ Crim., 21 mai 2003, *Gaz. Pal.* 24-28 août 2001 ; *JCP G* 2001, I, 348, n°19, obs. MARTIN.

observations sans aucune connaissance du dossier et sans faculté d'opposition. La nullité ne pourra être prononcée qu'a posteriori s'il est constaté qu'aucun indice préalable n'existait. Néanmoins, seule la production des procès-verbaux sera interdite mais l'écoute de certaines confidences aura déjà été réalisée. Ainsi, même si le texte prévoit l'information préalable du bâtonnier, la procédure de mise sur écoute de l'avocat paraît dénuée de réelle garantie de protection du secret professionnel. Comme pour les perquisitions, saisies ou visites domiciliaires, il n'existe aucune garantie a priori de ce que le placement sur écoute n'est pas détourné de son objectif.

Si la mise sur écoute de l'avocat peut paraître justifiée quand il existe à son encontre des indices d'une éventuelle participation à une infraction, la mise sur écoute d'une personne mise en examen est discutable au vu du secret professionnel qui doit gouverner les entretiens de cette personne avec son avocat.

§2- La mise sur écoute d'une personne placée en examen

Il s'agit de l'hypothèse du placement sur écoute du client. Le régime des écoutes dites « *incidentes* » diffère du régime des écoutes principales c'est-à-dire celles interceptées sur la ligne de l'avocat. En effet, à cette occasion, l'enregistrement de la conversation entre le client et l'avocat n'est pas possible tant qu'il n'y a aucun élément laissant présumer la participation de l'avocat à des faits constitutifs d'une infraction. Toutefois, l'écoute de la conversation est techniquement réalisable, des confidences peuvent être entendues et des éléments pourraient être exploités. La protection du secret professionnel de l'avocat est alors écartée au profit de l'enquête ou de l'instruction.

De plus, le secret des confidences trouve des limites lors de la captation et l'enregistrement d'une conversation entre l'avocat et un proche de son client. La Cour de cassation affirme que « *la règle de libre communication entre la personne mise en examen et son avocat, qui interdit l'interception de correspondances ou communications téléphoniques échangées entre eux, ne fait pas obstacle à l'interception des communications d'un proche de*

cette personne avec l'avocat de celle-ci »⁴². La jurisprudence autorise, dans cette hypothèse, une réelle atteinte au secret professionnel car, bien que l'avocat ne s'entretienne pas directement avec son client, il peut fournir des renseignements aux proches qui devraient restés confidentiels.

La procédure pénale nécessite des moyens efficaces, intrusifs, coercitifs pour parvenir à la manifestation de la vérité. Le secret professionnel est alors écarté au profit de ces intérêts jugés supérieurs. Si des garanties sont reconnues afin de préserver la confidentialité du travail de l'avocat, elles restent toutefois insuffisantes au regard des intrusions admises au profit des autorités pénales. Cependant, cette tendance s'observe aussi en procédure administrative où le droit de l'avocat au secret professionnel est malmené et très souvent occulté.

⁴² Crim., 10 mai 1884, *Bull. crim.* n°180.

CHAPITRE 2 : LE DROIT AU SECRET PROFESSIONNEL

FACE A LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE

Outre la procédure pénale, l'avocat doit aussi protéger son droit au secret professionnel en matière de procédure administrative. En effet, les autorités publiques peuvent être amenées à transgresser la confidentialité du travail de l'avocat dans le but d'obtenir une administration transparente, sans fraude ni malversation. A cette fin, l'Etat s'est octroyé de plus en plus de pouvoirs et l'avocat, en raison des informations cruciales auxquelles il peut avoir accès ou de la clientèle qu'il est amené à se constituer, est susceptible d'être confronté aux mesures intrusives des pouvoirs publics.

Tout d'abord, l'administration dispose de pouvoirs lui permettant de contrôler les relations entre l'avocat et l'argent, au détriment du respect du secret professionnel, afin de lutter contre les fraudes fiscales et financières mais aussi contre d'éventuelles opérations de blanchiment (**Section 1**).

Ensuite, l'Etat, par l'intermédiaire de la Commission d'accès aux documents administratifs (la C.A.D.A.), permet aux administrés d'avoir librement accès à certains documents administratifs, même quand il s'agit de consultations d'un avocat pour des personnes publiques, ce qui semble clairement contraire au droit au secret professionnel reconnu à l'avocat (**Section 2**).

SECTION 1 : Le secret professionnel de l'avocat et l'argent

En raison des renseignements financiers qui peuvent lui être confiés et des clients qu'il est susceptible de rencontrer et de défendre, les affaires de l'avocat sont une source précieuse d'informations pour l'administration. De ce fait, par le contrôle fiscal justifiant des perquisitions au sein du cabinet d'avocat (§1) et la lutte contre le blanchiment imposant à l'avocat une obligation de vigilance et une obligation de dénonciation de tout soupçon contre un de ses clients (§2), l'Etat porte manifestement atteinte au droit de l'avocat au secret

professionnel et favorise l'efficacité de l'administration, au détriment de la confiance en la Justice.

§1- Les perquisitions administratives

Il existe différents types de perquisition administrative même si la principale est la perquisition fiscale (**A**). Toutes permettent à l'administration d'obtenir des informations obtenues par l'avocat à l'occasion de l'exercice de sa profession et sont ainsi susceptibles de porter atteinte au secret professionnel. C'est pour cela que la Cour européenne des droits de l'homme, comme en matière de perquisition judiciaire, se pose en protecteur du respect du secret professionnel de l'avocat (**B**).

A- Les différentes procédures de perquisition administrative

La perquisition administrative peut être réalisée par l'Autorité des Marchés Financiers (A.M.F.), la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (D.G.C.C.R.F.) mais surtout par l'administration fiscale.

La perquisition fiscale est prévue par l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales. Quand il existe des indices de la commission d'une infraction fiscale, ce texte permet à l'administration fiscale de solliciter du président du tribunal de grande instance l'autorisation de perquisitionner chez le contribuable concerné, et en tout lieu, où peuvent se trouver les éléments démontrant la constitution de l'infraction. La perquisition doit être autorisée par une ordonnance du juge des libertés et de la détention. Cette autorisation suppose que ce juge fasse préalablement un certain nombre de vérifications : il faut que l'administration fiscale produise des éléments de fait sérieux qui laissent présumer l'existence d'agissements frauduleux. Le juge doit constater l'existence de ces éléments et apprécier s'ils sont suffisamment sérieux. Ce contrôle doit être un contrôle effectif et la garantie de cette effectivité est que l'ordonnance doit être motivée et contenir l'énoncé des éléments de fait justificatifs. La perquisition est faite par des inspecteurs des impôts, sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée. Un officier de police judiciaire est aussi désigné par le magistrat pour assister à la perquisition et lui rendre compte de son déroulement. Cependant, contrairement à la perquisition judiciaire prévue à l'article 56-1 du Code de procédure pénale, le bâtonnier n'est pas présent au moment de la perquisition. Quant aux éventuels recours,

alors qu'avant 2008 seul le pourvoi en cassation était possible contre une telle mesure de perquisition, depuis le décret du 7 avril 2009, suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Ravon contre France*, une contestation est possible devant le premier président de la Cour d'appel compétente. Néanmoins, il ne s'agit que d'un contrôle a posteriori.

La procédure de perquisition par les agents de la D.G.C.C.R.F. est identique à celle opérée par l'administration fiscale. De même, la contestation se fait a posteriori.

Enfin, lorsqu'elles doivent avoir lieu dans un cabinet d'avocat, le Président du Tribunal de Grande Instance compétent peut autoriser les enquêteurs de l'A.M.F. à effectuer des perquisitions et saisines pour la recherche de délits boursiers. La visite s'effectue sous le contrôle de ce même juge et d'un officier de police judiciaire.

Toutes ces procédures de perquisition administrative peuvent donc être autorisées dans un cabinet d'avocat et peuvent amener le juge à saisir des documents couverts par le secret professionnel, concernant un client de l'avocat, et cela sans l'autorisation, l'information ou la présence du bâtonnier ou d'un délégué. Elles portent clairement atteinte au droit au secret professionnel et, là encore, la contestation n'est possible qu'a posteriori, une fois que le juge et éventuellement les autorités administratives ont eu le temps d'en prendre connaissance. Ainsi, si l'encadrement législatif prévu à l'article 56-1 du Code de procédure pénale en matière de perquisition judiciaire dans le cabinet ou au domicile de l'avocat présente de nombreuses lacunes, il est absolument inexistant en matière de perquisition administrative. Effectivement, l'article L. 16 B ne pose aucune garantie spécifique et aucun régime dérogatoire pour les mesures de perquisition dans le cabinet ou au domicile de l'avocat.

Face à ces manquements au droit de l'avocat au secret professionnel, la Cour européenne des droits de l'homme s'impose comme étant, une nouvelle fois, le défenseur du respect de ce secret.

B- La position de la Cour européenne des droits de l'homme

L'article L. 16 B du Livre de procédures fiscales est à l'origine de multiples condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans l'arrêt *Ravon contre France* du 21 février 2008, sur le fondement de l'article 6.1 de la convention, la cour de Strasbourg a condamné la France pour une procédure de perquisition par l'administration fiscale en raison de l'absence d'accès concret et effectif des citoyens perquisitionnés à tout recours effectif pour contester la régularité de la procédure de visite et des saisies conservatoires qui en ont découlé. Cet arrêt a eu pour conséquence une réforme de l'article L. 16 B par le décret du 7 avril 2009 qui a instauré un recours devant le premier président de la Cour d'appel. Ainsi, la procédure de perquisition administrative avait déjà été visée et condamnée par la Cour européenne. Elle l'a été à nouveau dans un arrêt plus récent concernant spécifiquement la perquisition d'un cabinet d'avocat.

En effet, comme en matière judiciaire, la Cour européenne des droits de l'homme a exercé récemment un contrôle effectif du strict respect du secret professionnel de l'avocat en matière de perquisition administrative. Elle a condamné la France, sur le fondement de l'article 8 de la convention, dans l'arrêt *André et autres contre France* en date du 24 juillet 2008. En l'espèce, l'administration fiscale avait mis en œuvre la procédure prévue à l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales au domicile professionnel d'un avocat. Cet arrêt est particulièrement intéressant car les juges européens précisent que la procédure de perquisition prévue et encadrée à l'article 56-1 du Code de procédure pénale s'applique aussi aux perquisitions administratives. Par cette interprétation, la Cour européenne tente de combler les lacunes réelles de l'article L. 16 B qui ne prévoit aucune garantie en faveur du secret professionnel en cas de perquisition au cabinet ou au domicile de l'avocat.

De plus, dans ce même arrêt, la Haute cour européenne pose une limite manifeste à ces mesures intrusives : la perquisition ne peut être ordonnée que si l'avocat est lui-même soupçonné d'avoir commis personnellement une infraction, à l'exclusion de celle commise par ses clients. Ainsi, le secret professionnel reste respecté car l'administration ne perquisitionnera le cabinet de l'avocat que pour saisir des documents susceptibles de prouver la commission d'une infraction par ce dernier et non par un de ses clients. De ce fait, les autorités administratives ne pourront pas saisir de renseignements sur un client, un dossier ou

une affaire traitée par l'avocat, renseignements couverts par le secret professionnel car obtenus par l'avocat dans l'exercice de sa profession.

La Cour européenne tente clairement de protéger le droit de l'avocat au secret professionnel face à des procédures administratives de plus en plus intrusives et coercitives. Outre la lutte contre fraudes fiscales et les malversations financières, depuis une vingtaine d'années, la lutte contre le blanchiment est devenue un objectif clairement affirmé par la France et l'Europe. De nombreuses mesures ont été prises pour obtenir un maximum de résultat, notamment en imposant des obligations de vigilance et de dénonciation aux avocats en cas de soupçon à l'égard de leur client. Une fois de plus, le droit au secret professionnel est sacrifié au profit d'une logique sécuritaire et répressive.

§2- La lutte contre le blanchiment

L'Etat français et d'autres pays européens ont fait de la lutte contre le blanchiment un objectif majeur à atteindre. La réglementation interne et européenne s'est alors densifiée justifiant les immixtions croissantes dans les affaires de l'avocat car « *la pression est devenue d'autant plus forte que la libéralisation financière a ouvert de multiples canaux aux opérations illicites. Le secret professionnel en matière financière est en permanence suspect d'être au service de la délinquance ou à tout le moins de l'irrégularité* »⁴³. Progressivement, cette législation est venue imposer à l'avocat une obligation de vigilance et une obligation de déclaration de soupçon à l'égard de ses clients (**A**).

Toutefois, si cette politique semble tout à fait justifiée en raison de la menace réelle que représente le développement d'opérations de blanchiment, les mesures prises à cette fin sont difficilement conciliables avec le principe du secret professionnel, prérogative nécessaire à la profession d'avocat mais aussi indispensable à l'ordre social (**B**).

⁴³ D. GARABIOL, chef de l'inspection du Conseil des marchés financiers, Colloque du 22 novembre 2000 « *Secret professionnel* ».

A- La consécration européenne des obligations de vigilance et de déclaration de soupçon

La prévention du blanchiment de l'argent au sein des pays européens fait l'objet d'une réglementation de plus en plus serrée, chaque nouveau texte élargissant toujours un peu plus le champ des professions assujetties à la lutte contre le blanchiment. Trois directives européennes composent cette réglementation. La première directive date du 10 juin 1991 et prévoyait des mécanismes de lutte contre le blanchiment de l'argent sale principalement applicables au secteur bancaire.

Dix ans plus tard, la deuxième directive européenne 2001/97/CE abroge la première et prévoit d'étendre au barreau certaines de ces obligations, dont une « *déclaration de soupçon* » lorsque le professionnel participe ou assiste son client dans des transactions concernant l'achat et la vente d'immeubles ou de fonds de commerce, la gestion de capitaux, l'ouverture de comptes bancaires, l'organisation des apports nécessaires à la création de sociétés, la constitution, la gestion ou la direction de sociétés, fiducies de droit étranger ou tout autre structure similaire. Avant sa transposition en droit interne par la loi *Professions* du 11 février 2004 et le décret du 26 juin 2006, ce texte fut largement critiqué par les avocats français suivis par leurs confrères européens. Ils mettaient en avant les difficultés voire les impossibilités d'application pratique de ce texte et l'atteinte portée à un certain nombre de droits fondamentaux protégés par le droit communautaire. Une pétition fut même déposée en 2003 et déclarée recevable par la Commission en janvier 2004 mais il fut répondu que « *la Commission ne croit pas que la directive viole, de quelque manière que ce soit, la Convention européenne des droits de l'Homme ou soit contraire à la jurisprudence de la Cour de justice* ».

La loi *Professions* du 11 février 2004 étend aux avocats, dans leur activité de rédaction d'actes, l'obligation de déclaration de soupçon afin de lutter contre le blanchiment d'argent.

Cette deuxième directive est aujourd'hui remplacée par la troisième directive *Blanchiment* du 26 octobre 2005 (2005/60/CE) qui assimile aux produits du crime ceux d'infractions « *graves* », telles que les fraudes notamment fiscales ou la corruption. Transposée en droit interne par une ordonnance du 30 janvier 2009, cette législation impose à l'avocat une obligation de vigilance lui ordonnant d'identifier son client, de déterminer le bénéficiaire effectif de l'opération et d'obtenir des informations sur la transaction à venir, et

une obligation de déclaration de soupçon chaque fois qu'il n'a « *pas de certitude* » sur la licéité de l'opération immobilière ou financière effectuée pour son client. Cette déclaration doit être adressée par l'avocat à son bâtonnier qui lui-même la fait suivre dans les huit jours sauf s'il considère « *qu'il n'existe pas de soupçon de blanchiment de capitaux* ». Si le bâtonnier ne transmet pas à T.R.A.C.F.I.N. (Traitement du Renseignement et Action Contre les Circuits Financiers clandestins), il doit aviser le Conseil National des Barreaux qui fait un rapport semestriel au garde des sceaux des situations n'ayant pas donné lieu à communication. A l'exception de l'avocat fiduciaire, T.R.A.C.F.I.N. ne peut demander à un avocat la communication des pièces qu'il possède que par l'intermédiaire du bâtonnier. Alors qu'il était prévu dans le décret d'application de la deuxième directive que l'avocat puisse informer son client qu'il va procéder contre lui à une déclaration de soupçon, depuis la dernière directive, l'avocat et le bâtonnier ne peuvent informer le client de l'exercice par T.R.A.C.F.I.N. de son droit de communication. Néanmoins, l'avocat dispose dorénavant d'un « *droit de dissuasion* » lui permettant d'inviter son client à abandonner la transaction.

En définitive, seuls deux domaines échappent à ces obligations : la consultation juridique, sauf si celle-ci est fournie aux fins de blanchiment ou en sachant que le client souhaite obtenir des conseils juridiques à cette fin, et l'activité de défense en justice, sauf si l'avocat participe sciemment à une activité de blanchiment. Apparemment protectrices du secret professionnel, ces exceptions méconnaissant la réalité de l'activité de l'avocat qui oscille perpétuellement entre consultation et défense. D'ailleurs, le principe même d'imposer à l'avocat un devoir de dénonciation de ses propres clients semble être difficilement conciliable avec le respect de son droit au secret professionnel.

B- La difficile conciliation avec le secret professionnel

L'obligation de déclaration de soupçon est manifestement une obligation contraire aux fondements du secret professionnel (1). C'est pour cela que les avocats proposent d'autres solutions permettant de lutter efficacement contre le blanchiment sans enfreindre ce secret (2). Par ailleurs, les instances internationales représentatives de la profession ne dissimulent pas

leur mécontentement à l'égard de cette législation et rappellent régulièrement le principe du secret professionnel et les enjeux relatifs à son respect (3).

1- La déclaration de soupçon contraire aux fondements du secret professionnel

Le secret professionnel a été posé dans un réel souci d'intérêt général. En effet, la profession d'avocat repose sur une indispensable relation de confiance entre le client et son conseil, relation de confiance dont le préalable nécessaire est la garantie du secret professionnel. Il représente la condition de l'autonomie et de l'indépendance de toute une profession. Pour ces raisons, la violation de ce secret professionnel par l'avocat est réprimée disciplinairement mais aussi pénalement. Il ne peut être écarté que pour des intérêts jugés supérieurs.

Imposer à l'avocat un devoir de « délation » est alors contraire à sa raison d'être, à ce qui fonde cette profession. En début de carrière, l'avocat jure d'exercer sa profession avec « dignité, conscience, indépendance, probité et humanité ». Cette obligation posée par la nouvelle législation anti-blanchiment est parfaitement contraire à ces valeurs. Il s'agit d'un devoir contraire à son obligation de conscience mais aussi contraire à son indépendance car, en exigeant de lui une obligation de déclaration de soupçon, l'Etat fait de l'avocat un agent du gouvernement. Or, la lutte contre le blanchiment, aussi impérative soit-elle, ne peut pas permettre de légitimer de telles atteintes à un principe aussi sacré que celui du secret professionnel.

De plus, accepter de telles entorses au secret professionnel en matière de blanchiment pourrait permettre, à l'avenir, d'élargir leur champ d'application à d'autres domaines qui sont aussi susceptibles d'être jugés comme supérieurs, tels que le terrorisme ou les affaires de mœurs. L'efficacité et la sécurité ne doivent pas permettre de justifier de telles entraves à un principe aussi important.

Enfin, admettre ces exceptions pourrait avoir des effets pervers. En effet, sachant qu'il peut être dénoncé par son propre avocat, le justiciable pourrait être réticent à venir se confier à son conseil et à lui dévoiler des informations sensibles. Ainsi, la lutte contre le blanchiment ne gagnerait pas en efficacité, la profession d'avocat perdrait sa légitimité et sa raison d'être et la Justice dans sa globalité serait affaiblie.

Les devoirs imposés à l'avocat par cette nouvelle législation n'ont qu'un but : lutter efficacement contre le blanchiment. Or, il semble qu'une autre solution puisse être avancée pour contrôler les mouvements et flux financiers existants au sein des cabinets d'avocat et cela sans porter atteinte au secret professionnel.

2- La solution alternative

Les avocats ne sont pas contre le principe d'une participation à la lutte contre le blanchiment mais à condition que cela ne se fasse pas au détriment du secret professionnel et de l'indépendance de la profession. Une solution davantage axée sur la prévention fut proposée. Le Conseil National des barreaux estima qu'« *une déontologie exigeante et sanctionnée par les Ordres et le contrôle exercé par les Caisses des règlements pécuniaires des avocats (C.A.R.P.A.) sur le maniement de fonds des avocats français permettent l'absence d'engagement des avocats dans les opérations de blanchiment et plaident en faveur de la préservation du caractère absolu de leur secret professionnel* ».

Les avocats peuvent dans le cadre de leur activité recevoir et encaisser des fonds qui reviennent à leurs clients ou qui doivent être adressés à leurs adversaires. Pour contrôler ces fonds, la loi a imposé la création d'une caisse de règlement pécuniaire des avocats qui peut être commune à plusieurs barreaux (article 53-9 de la loi du 31 décembre 1971). Chaque avocat doit passer par son intermédiaire pour les encaissements et les transferts des « *fonds-clients* ». Le but est de regrouper dans un compte unique tous les comptes personnels des avocats destinés à des opérations professionnelles pour assurer une parfaite représentation des fonds vis-à-vis du justiciable. En effet, la création des C.A.R.P.A. suppose la mise en place de souscription d'assurance et d'une procédure de vérification et de contrôle. Un compte général est ouvert au nom de la C.A.R.P.A. dans une banque ou à la Caisse des dépôts et ce compte est divisé en autant de sous compte que d'avocats et chacun de ces sous-comptes est subdivisé par affaire. Depuis la loi du 25 janvier 1985 et le décret du 13 mars 1986, tous les avocats sont tenus de procéder au maniement des fonds par l'intermédiaire de la C.A.R.P.A. Il y a maniement de fonds dès lors qu'ils sont reçus par l'avocat dans le cadre de son exercice professionnel. Un double contrôle du fonctionnement de la C.A.R.P.A. est assuré : par un commissaire aux comptes nommé pour six ans et disposant d'un pouvoir d'investigation et par la commission nationale de contrôle.

Le système de maniements de fonds, assuré par la C.A.R.P.A., devrait permettre de lutter efficacement contre le blanchiment et constituerait un dispositif de prévention et d'alerte efficace.

Ainsi, il est possible de trouver d'autres solutions que l'obligation de déclaration de soupçon pour lutter contre le blanchiment. Ce devoir imposé aux avocats est d'ailleurs loin de faire l'unanimité parmi les instances internationales représentatives de la profession.

3- La position des instances internationales représentatives

Dès l'adoption de la directive de 2001 sur la lutte contre le blanchiment, le Conseil des barreaux européens s'est prononcé sur les obligations imposées aux avocats. Il a saisi l'occasion de rappeler l'importance du respect du secret professionnel mais aussi du principe de l'indépendance de l'avocat : « *En outre, l'avocat, professionnel indépendant et membre d'une profession réglementée, joue un rôle fondamental dans la prévention de la criminalité en conseillant ses clients sur leurs obligations juridiques. L'avocat est tout à la fois le conseil du client mais aussi le gardien de l'état de droit. Ce rôle sera compromis si les avocats ne sont pas en mesure de connaître la situation exacte concernant les instructions de son client. Cela empêchera plus que probablement les clients de dévoiler leur situation lorsqu'ils estimeront qu'ils ne peuvent pas faire confiance à leur avocat qui est soumis à une obligation de simples soupçons* »⁴⁴. Cette position fut renforcée par l'adoption d'une résolution, le 3 avril 2003, adressée au Groupe d'Action Financière. Outre le Conseil des barreaux européen, cette résolution fut signée par les instances représentatives américaines, canadiennes, japonaises, suisses et françaises de la profession d'avocat.

De plus, il faut noter l'exemple du Canada où le combat mené par les instances représentatives des professions juridiques a permis d'obtenir l'abrogation de l'article 5 du règlement sur la déclaration des opérations douteuses après que la Cour suprême ait définitivement déclaré inconstitutionnelles les obligations pesant sur les avocats de dénoncer leur client⁴⁵.

⁴⁴ Réponse du CCBE au Groupe d'Action Financière du 11 septembre 2001.

⁴⁵ Lavallée, Rackel et Heintz contre Canada, 1^{er} septembre 2002, RCS 209.2002 CSC 61.

Malgré ces réactions des instances internationales représentatives de la profession, la lutte contre le blanchiment reste un objectif important de l'Etat français. Les obligations de vigilance et de dénonciation imposées aux avocats, maintenues par l'ordonnance de transposition du 30 janvier 2009, et le décret récent n°2010-69, adopté le 18 janvier 2010, sont une parfaite illustration de cette persistance. Ce décret institue un Conseil d'orientation de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et complète le titre IV du livre V de la partie réglementaire du Code monétaire et financier. Le nouveau conseil a pour objet, notamment, de favoriser la concertation avec les professions mentionnées à l'article L. 561-2 (dont les avocats) en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, afin d'améliorer leur participation. Il comprendra 23 membres dont des représentants du Conseil National des Barreaux. Cette nouvelle autorité permettra peut-être une prise en compte des revendications des avocats et une modification de la législation en matière de lutte contre le blanchiment afin que le secret professionnel et l'indépendance des avocats soient respectés.

Ainsi, en raison des informations financières qu'il peut détenir sur ses clients, l'avocat peut devoir subir des intrusions des autorités publiques dans ses affaires pourtant couvertes par le secret professionnel. Cependant, les relations entre l'avocat et l'argent ne sont pas les seules hypothèses où le droit au secret est malmené dans le cadre de la procédure administrative. En effet, est reconnue aux administrés la liberté d'avoir communication de certains documents administratifs. A plusieurs reprises, cette communication a été admise alors qu'elle concernait des documents normalement confidentiels, bafouant, une fois de plus, le droit au secret professionnel de l'avocat.

SECTION 2: Le secret professionnel et la libre communication des documents administratifs

La loi du 17 juillet 1978 a clairement posé dans son article 1^{er} le principe de la libre communication aux administrés des documents administratifs et des archives publiques et le Conseil d'Etat a considéré, dans l'arrêt *Ullmann* du 29 avril 2002, qu'il s'agissait d'une

garantie fondamentale accordée aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques⁴⁶. Par cette même loi de 1978 a été créée la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (C.A.D.A.), autorité administrative indépendante chargée de veiller au respect de cette liberté accordée aux administrés.

Très vite, la C.A.D.A. a eu à se prononcer, à plusieurs reprises, sur la communication de documents couverts par le secret professionnel de l'avocat. Estimant qu'il s'agissait avant tout de documents administratifs, elle a donné son accord à leur divulgation (§1).

Afin de limiter ces pratiques fragilisant le secret professionnel de l'avocat, le Conseil d'Etat, par un arrêt remarqué, a réagi en rappelant le principe et en consacrant le secret des correspondances entre l'avocat et les personnes publiques (§2).

§1- La fragilisation du secret par les pratiques de la C.A.D.A.

La Commission d'Accès aux Documents Administratifs s'est très vite posée en défenseur de la liberté de communication des documents administratifs, même quand il s'agissait de consultations fournies par un avocat à une personne publique, violant ainsi manifestement le principe du secret professionnel (A).

Malgré cette transgression et les protestations de la Conférence des bâtonniers, les juridictions administratives, jusqu'à l'arrêt de principe du Conseil d'Etat en 2005, approuvaient ces pratiques de la C.A.D.A., guidées par une volonté de transparence des relations entre l'administration et les administrés (B).

A- La libre communication des consultations d'avocat aux personnes publiques

La Commission d'Accès aux Documents Administratifs fut créée par la loi du 17 juillet 1978 posant le principe de la liberté et du droit de communication des documents administratifs aux particuliers qui en font la demande (article 20 de la loi de 1978). Elle a pour but de favoriser l'exercice de cette liberté. L'administré, qui souhaite obtenir communication d'un document administratif, doit en faire la demande directement à

⁴⁶ CE, *Ullmann*, 29 avril 2002 ; *RFDA*, 2003, p. 135, concl. D. Piveteau ; *AJDA*, 2002, p. 691, note Ph. Raimbault.

l'organisme public concerné, c'est-à-dire à l'administration détentrice des informations recherchées. Ce n'est que dans l'hypothèse où cette communication lui est refusée, que la C.A.D.A. pourra être saisie, dans un délai de deux mois à compter du refus explicite ou implicite du service concerné. Cet avis peut prendre plusieurs formes : favorable à la communication des documents, favorable sous certaines réserves, ou défavorable. Elle peut déclarer la demande sans objet (si les documents n'existent pas ou s'ils ont déjà été transmis au demandeur, etc.), irrecevable (si la demande tend à obtenir de simples renseignements, n'est pas assez précise, etc.) ou se déclarer incompétente (si l'accès à ces documents est régi par un régime spécial, par exemple). Son avis est ensuite transmis tant au demandeur qu'à l'administration concernée et il appartient à ces derniers de suivre ou non la recommandation de la C.A.D.A.. Que l'avis soit positif ou négatif, la prévention du contentieux, qui constitue l'objectif essentiel du dispositif, dépend apparemment de la force de persuasion de la CADA, de sa capacité à convaincre ses interlocuteurs du bien-fondé de sa position, ainsi que de son autorité morale.

Dans une première affaire, cette autorité administrative fut confrontée à un dilemme : concilier le secret professionnel et la liberté de communication des documents administratifs. Elle avait été saisie par un particulier qui sollicitait la communication de consultations fournies par un avocat à un maire, arguant pour cela de sa qualité de contribuable et de son droit de consulter les documents administratifs. Bien que couvertes par le secret professionnel, la Commission d'Accès aux Documents Administratifs considéra que ces consultations réalisées pour le compte de personnes publiques étaient avant tout des documents administratifs. Elle donna son accord à leur communication au regard des dispositions de la loi de 1978.

La Commission conserva ce raisonnement jusqu'en 2005 et multiplia les communications de consultations adressées par un avocat à des personnes publiques. Ses décisions furent d'ailleurs confirmées par les juridictions administratives qui adoptèrent clairement la même logique que la C.A.D.A..

B- Les juridictions administratives favorables à la transparence

En 1999, le Tribunal administratif de Grenoble puis la Cour administrative d'appel suivirent le même raisonnement que la Commission d'Accès aux Documents Administratifs et admirèrent la divulgation de documents pourtant protégés par le secret professionnel de l'avocat. La Conférence des bâtonniers intervint volontairement devant la juridiction administrative pour rappeler la notion de secret ainsi que le devoir et le droit de l'avocat à un tel secret.

Malgré ces contestations, les différentes décisions des juridictions administratives, rappelant dans un premier temps l'importance du principe du secret professionnel, proposaient une solution consistant pour l'avocat à remettre la consultation au juge qui déciderait, après en avoir pris connaissance, de l'opportunité de lever le secret.

Le refus de la jurisprudence administrative de reconnaître le secret professionnel au profit de la liberté de communication des documents administratifs trouva son apogée dans une décision du Tribunal administratif de Versailles du 12 novembre 2002, confirmée par la Cour administrative de Paris en avril 2004. Les juges condamnèrent la Conseil général de l'Essonne qui avait refusé de communiquer 45 consultations établies à son profit, demandées par un conseiller général. Effectivement, ils estimèrent que les consultations délivrées à un maire par un avocat ont la nature d'actes administratifs et ne sont donc pas soumises au secret.

Par ces différentes décisions des juridictions administratives, le secret professionnel de l'avocat fut à nouveau mis de côté au profit d'un intérêt jugé supérieur, la liberté de communication aux particuliers des documents administratifs. Dans un souci de transparence, l'administration bafoue une fois de plus un droit fondamental reconnu aux avocats.

Néanmoins, cette dernière décision du Tribunal administratif de Versailles du 12 novembre 2002, confirmée en appel, fut l'occasion pour les instances représentatives de la profession d'avocat d'exprimer leur mécontentement sur les pratiques de la C.A.D.A. autorisées par les différentes juridictions administratives.

Le Conseil d'Etat, saisi par le département de l'Essonne et sur intervention volontaire de l'Ordre des avocats au barreau de Paris, de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la

Cour de cassation, du Conseil National des Barreaux et de la Conférence des bâtonniers de France et d'outre-mer, eut à se prononcer sur l'arrêt d'appel de condamnation du Conseil général de l'Essonne. En consacrant le secret des correspondances entre l'avocat et les personnes publiques, il mit apparemment fin aux pratiques de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs.

§2- La consécration du secret professionnel de l'avocat par le Conseil d'Etat

Dans deux arrêts du même jour, l'arrêt *Département de l'Essonne*⁴⁷ et l'arrêt *Commune Yvetot*⁴⁸, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur la possibilité pour le membre de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale d'exiger communication des consultations d'avocat établies à la demande de cette dernière. En annulant les arrêts des Cours administratives d'appel qui avaient condamné les refus de communication de ces documents, il consacre alors le secret professionnel de l'avocat (A). Cependant, par les nuances apportées aux solutions, il est possible de relativiser la portée du revirement de jurisprudence opéré par le Conseil d'Etat (B).

A- Le renforcement du secret face à la libre communication

Les deux cas d'espèce admettaient des faits relativement similaires. Dans la première affaire, le département d'Essonne avait conclu avec un cabinet d'avocats une convention d'assistance juridique qui était parvenue à son terme. La question de son renouvellement a été évoquée lors d'une réunion de la commission permanente du conseil général au cours de laquelle un des conseillers généraux a demandé à prendre connaissance des quarante-cinq consultations réalisées dans le cadre de la convention venue à expiration. Le président du conseil général lui a refusé la communication intégrale. Saisi de ce litige, le Tribunal administratif de Versailles a condamné le conseil général de l'Essonne, décision confirmée par la Cour administrative d'appel. Dans la seconde affaire, un membre du conseil municipal de la commune d'Yvetot a demandé la communication de tous les documents ayant trait à la

⁴⁷ CE, *Département de l'Essonne*, 27 mai 2005, n°268564 ; D. 2005, jurisp. p. 2425 ; *Gaz. Pal.* 12 mars 2006 p.19.

⁴⁸ CE, *Commune d'Yvetot*, 27 mai 2005, n°265494 ; *JCP G* 2005, IV, 2562.

situation de deux agents de la commune, dont une consultation juridique rédigée par un cabinet d'avocats à ce sujet. Celle-ci lui a été refusée. Comme le Tribunal administratif de Versailles, le Tribunal administratif de Rouen a condamné la commune pour ce refus de communication.

Dans les deux arrêts, le Conseil d'Etat raisonne en deux temps. Il va rappeler la règle pour pouvoir l'appliquer au cas particulier des élus. Ainsi, tout d'abord, au sujet du droit de communication, le Conseil d'Etat admet que la loi du 17 juillet 1978 garantit le droit pour toute personne d'avoir accès librement aux documents administratifs de caractère non nominatif. Ce texte fait obligation aux autorités publiques de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande. Il précise que tout document « *établi à la demande d'un des organismes mentionnés à l'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978 par un prestataire extérieur dans le cadre de l'exercice par cet organisme de ses compétences administratives, constitue un document administratif* ». De ce fait, il reconnaît que la consultation juridique rédigée par un avocat à la demande du maire ou du président du conseil général présente le caractère de document administratif. Cependant, si cette qualité de document administratif est une condition nécessaire pour en obtenir la communication, ce n'est pas une condition suffisante. Il faut aussi que le document n'entre pas dans les exceptions admises à l'article 6 de la loi de 1978. En effet, ce texte précise différentes hypothèses dans lesquelles l'administration peut refuser la consultation ou la communication du document et notamment les cas où le secret est protégé par la loi. Or, l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 dispose que les consultations adressées par un avocat à son client ainsi que les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel. Dans les deux arrêts, le Conseil d'Etat en déduit que « *le secret de la relation entre l'avocat et son client fait obstacle à ce que le client soit tenu de divulguer ces correspondances* ». L'autorité administrative est alors en droit de refuser la communication de ces documents.

Néanmoins, le Conseil d'Etat va aller plus loin dans son raisonnement et, dans un second temps, il va se référer aux articles L. 3121-18 et L. 2121-13 du Code général des collectivités territoriales qui autorisent, respectivement, les membres du conseil général à être informés des affaires du département qui font l'objet d'une délibération et les membres du conseil municipal à être informés des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération. En application de ces dispositions, le Conseil d'Etat considère que l'exécutif

départemental ou communal « *est tenu de communiquer aux membres de l'assemblée délibérante les documents nécessaires pour qu'ils puissent se prononcer utilement* » sur les affaires du département ou de la commune. Il pose pour cela une double condition. D'une part, il faut que la communication concerne une affaire qui fait l'objet d'une délibération du conseil général ou du conseil municipal. D'autre part, il est nécessaire qu'aucun motif d'intérêt général ne s'y oppose eu égard à la nature du document.

En conclusion, le Conseil d'Etat estime que la consultation rédigée par un avocat à la demande d'une autorité publique dans le cadre de l'exercice de ses compétences constitue un document administratif qui n'est cependant pas communicable dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978 en ce qu'elle est protégée par le secret professionnel. Toutefois, elle peut faire l'objet d'une communication aux élus municipaux et départementaux si elle concerne un dossier faisant l'objet d'une délibération de l'assemblée départementale ou du conseil municipal et si aucun motif d'intérêt général ne s'y oppose.

En conséquence, le secret professionnel semble primer sur le droit à l'information des élus car ces derniers ne peuvent se prévaloir de leur droit particulier de communication que si l'affaire en question fait l'objet d'une délibération. Cependant, la portée du revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat doit être nuancée en raison de la qualité particulière des demandeurs en l'espèce et des incertitudes quant à l'application des conditions posées.

B- Les nuances de la consécration du secret professionnel par le Conseil d'Etat

Tout d'abord, si le revirement de jurisprudence opéré par le Conseil d'Etat est important en ce qu'il casse réellement la position adoptée par les juridictions administratives, il doit être relativisé en ce que les faits d'espèce concernent un litige très spécifique. En effet, dans les deux arrêts du 27 mai 2005, il était question d'une demande de communication à des élus d'une consultation effectuée par un avocat en faveur de la personne publique et non d'une communication à des particuliers. D'ailleurs, dans l'arrêt *Département de l'Essonne*, le Conseil d'Etat annule, certes, l'arrêt de la Cour administrative d'appel mais il ne le fait pas pour les mêmes raisons que dans l'arrêt *Commune d'Yvetôt*. Effectivement, en affirmant que « *le président du conseil général est tenu de communiquer aux membres de ce conseil les documents nécessaires à leur participation à la délibération sur les affaires du département ;*

*que, lorsqu'un membre du conseil général demande la communication de documents faisant partie de la correspondance échangée entre l'avocat du département et son exécutif [...], il appartient au président du conseil général, sous le contrôle du juge, d'une part, d'apprécier si cette communication se rattache à une « affaire » qui fait l'objet d'une délibération du conseil général et, d'autre part, eu égard à la nature du document, de s'assurer qu'aucun motif d'intérêt général n'y fait obstacle »⁴⁹. En l'occurrence, il est reproché au président du conseil d'avoir mal motivé son refus. Le Conseil d'Etat distingue : la décision du Tribunal administratif est confirmée en tant qu'elle annule le refus mais elle est annulée en tant qu'elle ordonne la communication. Ainsi, la consécration du secret professionnel est limitée en l'espèce malgré l'annulation de l'arrêt de la Cour administrative d'appel. De plus, par les termes « *sous le contrôle du juge* », le juge est érigé en gardien de l'opportunité du secret. Ainsi, la matière est amenée à donner lieu à de nombreux débats que le juge sera appelé à arbitrer.*

De plus, en posant deux nuances, le Conseil d'Etat laisse une possibilité de communication de documents pourtant couverts par le secret professionnel. En effet, la consultation rédigée par un avocat à la demande d'une autorité administrative peut faire l'objet d'une communication aux élus municipaux et départementaux si elle concerne un dossier faisant l'objet d'une délibération de l'assemblée départementale ou du conseil municipal et si cette communication n'est pas contraire à un intérêt général. Du fait de la qualité même des demandeurs, ces précisions étaient nécessaires. En effet, si l'affaire doit être délibérée, il est évident que les membres de l'assemblée départementale ou du conseil municipal doivent avoir connaissance de tous les documents la concernant. De plus, le secret peut être levé si cela ne constitue pas une atteinte à un intérêt général. Or, le secret professionnel est un droit accordé à l'avocat justement pour répondre à l'intérêt général. Le fonctionnement de la Justice et la confiance en une profession judiciaire participent de cet intérêt général. Il paraît alors contradictoire de permettre la levée du secret dans des cas où cela ne porte pas atteinte à l'intérêt général. Effectivement, une telle levée du secret professionnel devrait toujours être considérée comme contraire à l'intérêt général.

Enfin, dans ces revirements de jurisprudence, les litiges ne concernaient que des élus. Faut-il considérer que les solutions posées par le Conseil d'Etat en faveur du secret

⁴⁹ CE, *Département de l'Essonne*, 27 mai 2005, n°268564 ; *D.* 2005, jurisp. p. 2425 ; *Gaz. Pal.* 12 mars 2006 p.19.

professionnel sont liées à la qualité des demandeurs ? Rien n'est certain. Il faut toutefois relever que, dans les deux arrêts, le Conseil d'Etat tient le même raisonnement. Il admet que les consultations d'un avocat réalisées à la demande d'une autorité administrative doivent être reconnues comme étant des documents administratifs. Elles devraient pouvoir être communiqués aux administrés sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978. Cependant, le Conseil d'Etat rappelle les limites posées par l'article 6 de cette loi et précise que, l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 imposant le secret professionnel à de telles consultations, il n'est pas possible de divulguer ces documents. Si le Conseil d'Etat poursuit son raisonnement sur le droit de communication particulier des élus, ce début d'argumentation semble pouvoir être repris dans l'hypothèse d'une demande de communication par un particulier de documents couverts par le secret professionnel de l'avocat. Il est alors parfaitement concevable de penser que cette consécration du secret professionnel par le Conseil d'Etat peut être transposée pour les administrés.

Ainsi, quoi qu'il en soit, ces deux arrêts constituent un véritable revirement de jurisprudence dans le sens où ils consacrent réellement le secret professionnel. Cependant, les nuances apportées par le Conseil d'Etat, si nécessaires soient-elles pour prendre en compte la spécificité des élus, apportent des limites à la reconnaissance du secret professionnel de l'avocat. Si le principe du secret des consultations et des correspondances entre l'avocat et les personnes publiques est dorénavant posé, il faut noter que ne sont pas protégés par le secret professionnel les factures relatives aux travaux juridiques effectués par un cabinet d'avocat pour le compte d'une autorité administrative⁵⁰, les mandats administratifs de règlement de ces factures et un rapport d'analyse établi par une société de conseil et relatif au volet financier de projets de contrats administratifs.

⁵⁰ TA de Montpellier, 6 mai 2008, n° 0606432.

CONCLUSION

La jurisprudence admet régulièrement que le secret professionnel de l'avocat est un secret absolu⁵¹. Ainsi, en tant qu'il représenterait un devoir absolu de confidentialité, il serait impossible pour l'avocat d'y déroger mais il serait aussi impossible que des autorités extérieures y portent atteinte. Or, il est maintenant aisé de constater que ce n'est pas le cas. Le secret professionnel, en tant que devoir ou droit de l'avocat, est indubitablement un secret relatif.

En effet, l'avocat est débiteur d'un secret professionnel très large vis-à-vis de son client afin de respecter la confiance de ce dernier en la Justice et en la profession. En cas de manquement à cette obligation, il encourt de multiples sanctions pénales et disciplinaires. De plus, les instances représentatives de la profession multiplient les textes internes et européens reconnaissant ce devoir primordial. Cependant, il est des situations où l'avocat peut être tenu de lever le secret ou, du moins, il peut devoir se poser la question d'une éventuelle levée du secret. Néanmoins, ces hypothèses sont fixées et délimitées par la loi. Le législateur a choisi de les poser en raison de l'enjeu qu'elles représentent. La transgression du secret par l'avocat est alors justifiée par un intérêt supérieur, un intérêt légitime.

Quant au droit de l'avocat au secret, il connaît une relativité croissante. Pour répondre à une logique d'efficacité, de transparence, de sécurité et de vérité, l'Etat s'accorde des pouvoirs de plus en plus intrusifs, coercitifs et puissants et le cabinet et le travail de l'avocat n'y échappent pas. Ce dernier dispose d'ailleurs de moyens de plus en plus diminués pour protéger ce droit au secret professionnel. La Cour européenne des droits de l'homme est alors devenue le défenseur des droits fondamentaux de l'avocat face à un Etat toujours plus puissant et saisit chaque occasion pour rappeler ce droit reconnu à l'avocat. Il est, effectivement, primordial que ce droit soit respecté et préservé. Le secret professionnel n'est pas un privilège pour les avocats, il est une nécessité.

⁵¹ CA Paris, 17 janvier 1969, *D.* 1969. 316.

Dans toute société démocratique, en raison de son rôle crucial dans le fonctionnement de la Justice, l'avocat doit pouvoir garder secrets les renseignements qui lui sont confiés par son client, de la même façon que le client doit pouvoir faire confiance à l'avocat quand il lui livre des informations sensibles le concernant. Alors que la profession s'astreint à respecter cette obligation et accepte de voir sa responsabilité pénale et disciplinaire engagée en cas de manquement à ce devoir, l'Etat diminue sans cesse les protections du droit de l'avocat au secret. Il paraît évident que certaines intrusions au sein du cabinet d'avocat sont légitimes et justifiées mais il est aussi incontestable qu'elles doivent être faites dans certaines limites et sous certaines conditions. Elles ne doivent pas devenir automatiques et abusives et l'avocat ne doit pas avoir à subir des immixtions visant les informations détenues sur son client. Une des affaires les plus représentatives de ces excès fut celle d'un avocat tourangeau, Maître MOYSAN, spécialisé dans la défense des personnes sans-papiers, accusé de complicité de mariage blanc par un juge d'instruction qui le fit placer, en juillet 1998, sur écoute téléphonique, demanda la transcription de toutes ces écoutes et en informa le bâtonnier de Tours qu'après le placement sur écoute. Cet avocat, appelé à témoigner contre son propre client par le même juge d'instruction, découvrit dans le dossier plus de quarante cassettes d'enregistrement d'échanges téléphoniques tenus à son cabinet ou à son domicile. Il porta plainte, obtint la condamnation de l'Etat pour faute lourde et fut indemnisé⁵².

Outre l'augmentation des pouvoirs intrusifs de l'Etat, en contre partie, les pouvoirs de l'avocat pour défendre et préserver le secret de son travail ne sont pas équivalents. En effet, en procédure pénale, face aux pouvoirs d'enquête et d'instruction, quelques garanties sont posées pour permettre à la profession de faire respecter au maximum le secret. Cependant, l'encadrement de la procédure admet de réelles lacunes. Quant à la procédure administrative, l'avocat peut devoir sacrifier le secret auquel il est soumis sans disposer de la moindre garantie, du moindre contrôle préalable des mesures prises.

A travers ces pouvoirs intrusifs croissants et ce manque de garanties reconnues à l'avocat, ce n'est pas seulement une prérogative ou la réputation de la profession qui est diminuée mais le caractère démocratique de la Justice même. Effectivement, les avocats sont les défenseurs des libertés fondamentales. Ils sont des acteurs nécessaires pour le maintien d'une justice équitable et du droit de la défense. Or, en affectant ainsi le droit des avocats au

⁵² TGI Paris, 11 juillet 2001, *Gaz. Pal.* 11 septembre 2001.

secret professionnel, l'Etat porte atteinte à leur indépendance et leur légitimité. La sécurité, la transparence et l'efficacité ne doivent pas devenir les objectifs absolus de l'Etat au détriment de la confiance en la Justice, de son équité et de son bon fonctionnement.

*« Toute société qui se dit libre, forte et indépendante
doit pouvoir compter sur un Barreau indépendant.
Et plus le Barreau le sera, plus les avocats le seront,
et mieux la société sera protégée. »*

Monsieur le Bâtonnier GAGNON (Québec)

BIBLIOGRAPHIE

MANUELS

- **Manuels de déontologie de la profession d'avocat :**

BEIGNER, BLANCHARD, VILLACEQUE, *Droit et Déontologie de la profession d'avocat*, L.G.D.J.

TAISNE, *La déontologie de l'avocat*, 6^{éd.}, Dalloz

ADER, DAMIEN, *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz

MARTIN, *Déontologie de l'Avocat*, Litec

- **Manuels de droit pénal spécial :**

PRADEL, *Manuel de droit pénal spécial*, Cujas, 2007-2008

MALABAT, *Droit pénal spécial*, 4^{ème} éd., Dalloz-Sirey

- **Manuel de procédure pénale :**

GUINCHARD, *Procédure pénale*, 3^{ème} éd., Litec

- **Dictionnaires :**

CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6^{ème} éd., Presses universitaires de France, Collection « Quadrige »,

DOCTRINE

« Analyse sur les fondements du secret professionnel », *D.* 2001, chron. 3454.

AUTEVILLE, « La Cour Européenne des Droits de l'Homme veille au respect du secret professionnel de l'avocat », *Les Annonces de la Seine*, Lundi 9 mars 2009, n°16.

BLANCHARD, « Avocat », *D.* 2009, Panorama, 2704.

BLANCHARD, « Droit de communication et secret professionnel », *D.* 2005, jurispr., p. 2425.

CACHARD, « Le secret de l'avocat en Europe », *JCP* 2006, Actualités, n°465, p. 1871.

CAHEN, « Secret professionnel et lutte contre la corruption », *Gaz. Pal.* 2000. 1. Doctr. 246.

CHAMARRE, « Secret professionnel de l'avocat et incitation à la dénonciation », *Gaz. Pal.* 2002. 1. Doctr. 782.

DOYEZ, « Avocat et secret professionnel », *AJ Pénal* 2004, 144.

DE LAMAZE, « Le droit au secret et à l'indépendance des avocats », *Gaz. Pal.* 2004. 2. Doctr.3004.

GIANNO, « Secret professionnel de l'avocat et enquêtes pénales : aperçu du droit des Etats Unis d'Amérique », *Gaz. Pal.* 1999, II, 18.

LE GRAND DE BELLEROCHE, « L'avocat français et le solicitor anglais : le secret professionnel dans une dimension européenne », *LPA* 25 mars 2005, n°60, p. 3.

MARTIN, « L'avocat et le secret de l'instruction », *JCP* 2005, Libres propos, n°283.

MARTIN, « Condamnation d'un avocat pour violation du secret professionnel tel que qualifié par l'article 226-13 du Code pénal », *JCP* 2005, II, 10054.

MARTIN, « Droit de la profession d'avocat », *JCP* 2006, I, 105, n°17.

MAYAUD, « La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non dénonciation, ou le tribut payé à César », *D.*2001, chron. p 3454 et s.

MOUTOUH, « Secret professionnel et liberté de conscience », *D.* 2000, chron. 431.

PORTERON, « Le secret professionnel de l'avocat », *AJ Pénal* 2009, 158.

SITES INTERNET

Legifrance : www.legifrance.fr

Conseil national du barreau : www.cnb.fr

Conseil des barreaux européens : www.ccbe.org

Commission d'Accès aux Documents Administratifs : www.cada.fr

Village de la Justice : www.village-justice.com

Blog de Maître Eolas : www.maitre-eolas.fr

T.R.A.C.F.I.N. : www.tracfin.minefi.gouv.fr

Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes :
www.dgcrf.bercy.gouv.fr

CODES

Code pénal

Code de procédure pénale

Livre des procédures fiscales

Code général des collectivités territoriales

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	5
TITRE I : LE SECRET PROFESSIONNEL, UN DEVOIR POUR L'AVOCAT	11
CHAPITRE 1 : Les délimitations complexes du champ d'application du secret professionnel	12
SECTION 1 : Les difficultés quant à la multitude de textes existants	13
§1- Les textes disciplinaires internes	13
A- La succession de textes déontologiques	13
B- Les effets de l'absence de définition unique du secret professionnel de l'avocat.....	15
§2- Le Code pénal	17
A- L'incrimination du délit de violation du secret professionnel : l'article 226-13	17
B- Le secret professionnel de l'avocat et l'instruction	19
1- La confusion entre secret professionnel et secret de l'instruction	19
2- L'article 434-7-2 du Code pénal : un éclaircissement limité.....	21

SECTION 2 : Les difficultés quant à l'interprétation des textes existants 22

§1- La délimitation quant au secret	23
A- Quant à la provenance du secret	23
B- Quant au contenu du secret.....	24
§2- La délimitation quand aux personnes liées par le secret.....	26
A- L'avocat vis-à-vis de son client	26
B- L'avocat vis-à-vis de ses confrères.....	28
C- Le client vis-à-vis des tiers	29

CHAPITRE 2 : Les exceptions au secret professionnel..... 31**SECTION 1 : Les possibilités de levée du secret professionnel de l'avocat..... 31**

§1- La permission de la loi	32
§2- L'état de nécessité.....	33
A- Le secret partagé	33
B- Les droits de la défense	34

SECTION 2 : Les obligations de levée du secret professionnel 36

§1- L'omission d'empêcher une infraction et la non-assistance à personne en péril... 36	
§2- La non-dénonciation de disparition de mineur et le recel de criminel.....	38

TITRE II : LE SECRET PROFESSIONNEL, UN DROIT POUR L'AVOCAT 41**CHAPITRE 1 : Le droit au secret professionnel face à la procédure pénale 42****SECTION 1 : Les perquisitions, saisies et visites domiciliaires 43**

§1- La protection limitée du secret professionnel face à la recherche de la vérité 43

A- Les lacunes de l'encadrement législatif des intrusions dans le cabinet d'avocat
.....43

B- L'absence d'évolution et le rapport de la Commission Léger 46

§2- La protection affirmée du secret professionnel par la Cour européenne 47

SECTION 2 : Les écoutes téléphoniques..... 48

§1- La mise sur écoute de l'avocat..... 49

§2- La mise sur écoute d'une personne mise en examen 50

CHAPITRE 2 : Le droit au secret professionnel face à la procédure administrative .52**SECTION 1 : Le secret professionnel de l'avocat et l'argent 52**

§1- Les perquisitions administratives..... 53

A- Les différentes procédures de perquisition administrative 53

B- La position de la Cour européenne des droits de l'homme 55

§2- La lutte contre le blanchiment.....	56
A- La consécration européenne des obligations de vigilance et de déclaration de soupçon.....	57
B- La difficile conciliation avec le secret professionnel	58
1- La déclaration de soupçon contraire aux fondements du secret professionnel	59
2- La solution alternative.....	60
3- La position des instances internationales représentatives	61

SECTION 2 : Le secret professionnel et la libre communication des documents administratifs..... 62

§1- La fragilisation du secret par les pratiques de la C.A.D.A.	63
A- La libre communication des consultations d'avocat aux personnes publiques	63
B- Les juridictions administratives favorables à la transparence	65
§2- La consécration du secret professionnel de l'avocat par le Conseil d'Etat.....	66
A- Le renforcement du secret face à la libre communication.....	66
B- Les nuances de la consécration du secret professionnel par le Conseil d'Etat	68

CONCLUSION..... 71