



LE CERCLE DU BARREAU

RECHERCHE SUR L'ORIGINE DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

(2^{ème} partie)

Patrick Michaud

Le secret professionnel de l'avocat va redevenir une question **d'importance historique** dans le cadre de la mise en vigueur de la 3^{ème} directive, mise en vigueur que nos parlementaires devront analyser puis voter mais seulement ... **après les élections d'avril et mai 2007.**

En notre qualité d'avocat et de citoyen, chacun de nous a le droit et le devoir de participer à cette importante réflexion collective dans l'intérêt même de notre système démocratique et humaniste.

Tel est l'objectif de ma démarche.

J'ai donc d'abord recherché si nos confrères constituants de 1789, ceux de la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (24 août 1789) et ceux qui ont abrogé l'ordonnance criminelle de Colbert (9 octobre 1789) ont discuté du secret professionnel de l'avocat.

A ce stade, je n'ai rien trouvé de significatif comme je l'ai indiqué dans ma note du **5 décembre 2006** [.cliquer](#)

Nos règles sur le secret professionnel se sont donc constituées d'abord sur la jurisprudence visant l'article 378 du code pénal de 1810 et surtout sur l'action politique des avocats depuis cette date au fil de rencontre avec les situations de fait.

Aujourd'hui, plusieurs tendances d'analyse existent mais pour persuader nos futurs parlementaires, j'essaie d'apporter une première réflexion en utilisant les règles de la jurisprudence de la cour de Strasbourg.

Une première tendance considère qu'il est inutile, voir provocateur, d'identifier une source de droit précise consacrant le secret professionnel des avocats. Ce dernier aurait valeur d'«axiome». Il serait possible d'en trouver la trace «dans toutes les démocraties» comme à toutes les époques: présent dans la Bible, il apparaît encore dans les écrits de l'histoire antique et de siècle en siècle.

De ce point de vue, si le secret de l'avocat mérite d'être reconnu dans l'ordre juridique, c'est tout simplement qu'il plongerait ses racines dans les fondements mêmes de la société européenne.

Cette sympathique réflexion ne me paraît pas suffisante pour convaincre les hommes, de bonne foi, qui soutiennent les directives de Bruxelles.

Une autre tendance considère qu'il est nécessaire se reporter aux règles consacrées par l'ensemble des ordres professionnels des avocats dans l'ensemble des États membres. Le secret serait inhérent à la profession même d'avocat. Il est évoqué dans tous les codes de déontologie, à l'instar du code de déontologie des avocats européens adopté par le CCBE, qui prévoit en son article 2.3 portant sur le secret professionnel qu

'«il est de la nature même de la mission d'un avocat qu'il soit dépositaire des secrets de son client et destinataire de communications confidentielles. Sans la garantie de confiance, il ne peut y avoir de confiance.

Le secret professionnel est donc reconnu comme droit et devoir fondamental et primordial de l'avocat». La règle du secret professionnel est conçue, de ce point de vue, comme une obligation de discrétion relevant de la morale d'une profession.

Ni l'une ni l'autre des ces tendances ne sont satisfaisantes pour l'esprit critique : **notre secret d'avocat est plus solide qu'un axiome social ou qu'une règle professionnelle.**

Ces sympathiques réflexion ne me paraissent pas suffisantes pour convaincre les hommes, de bonne foi, qui soutiennent les directives de Bruxelles.

Par ailleurs, aucune de ces deux définitions ne donnent au secret de l'avocat une valeur juridique qui peut être sanctionné par la JUSTICE

Une solution de droit positif serait de rechercher la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme qui a déjà eu l'opportunité de commencer à définir la nature du secret professionnel de l'avocat.

PREMIÈRE APPROCHE : L'APPLICATION DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION CEDH

Le secret est un des éléments d'une bonne administration de la justice

(Arrêt CEDH, Niemetz c. Allemagne 16 décembre 1992)

L'article 6 de la convention dispose :

«1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. [...]

3. Tout accusé a droit notamment à:

c. se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent [...]»

Le secret professionnel de l'avocat est une des conditions d'une bonne administration de la justice et est donc garanti par l'article 6

Dans l'arrêt Niemietz c. Allemagne, la Cour européenne a précisé dans ses motifs (§ 37) que, dans le cas d'un avocat, une intrusion sur le secret professionnel «peut se répercuter sur la bonne administration de la justice et, partant, sur les droits garantis par l'article 6» .

Le secret est la condition de la confiance qui favorise la confiance et conduit à la manifestation de la vérité et de la justice.

La cour a ainsi précisé :

37.Certes, on ne saurait cataloguer comme mineure, sans plus, l'infraction à l'origine de la perquisition: elle constituait non seulement une insulte envers un juge, mais encore une tentative d'exercer sur lui des pressions. Cependant, le mandat était rédigé en termes larges: il ordonnait la recherche et la saisie de "documents", sans aucune limitation, révélant l'identité de l'auteur de la lettre offensante; ce point revêt une importance singulière lorsque, comme en Allemagne, la perquisition opérée au cabinet d'un avocat ne s'accompagne pas de garanties spéciales de procédure, telle la présence d'un observateur indépendant. **Il y a plus: vu la nature des objets effectivement examinés, la fouille empiéta sur le secret professionnel à un degré qui se révèle disproportionné en l'occurrence; il convient de se rappeler à cet égard que dans le cas d'un avocat, pareille intrusion peut se répercuter sur la bonne administration de la justice et, partant, sur les droits garantis par l'article 6 (art. 6).**

Toutefois, dans son dispositif, la cour n'a pas visé l'article 6 mais a décidé qu'en conclusion, il y a eu violation de l'article 8 (art. 8) comme nous l'analyserons ci-dessous.

Cette première approche semble voisine de celle qui a été, inconsciemment, proposée par les rédacteurs du décret abrogeant l'ordonnance de Colbert et qui avaient, à l'époque, soutenu et voté que l'avocat devait s'entretenir en toute liberté avec son avocat alors que le serment de l'accusé avait été abrogé

UNE SECONDE APPROCHE : L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION CEDH

Le secret est un des droits dus au respect de la vie privée

L'article 8 de la Convention, est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Première jurisprudence :

Arrêt de la CEDH Foxley c. Royaume-Uni du 29 septembre 2000, point 44;

Dans son arrêt Foxley c. Royaume-Uni, la Cour européenne souligne en ce sens l'importance, au titre de l'article 8 de la CEDH, des principes de la confidentialité et du secret professionnel qui s'attachent à la relation entre l'avocat et son client.

Pour la cour, le secret protège le citoyen des révélations indiscrettes qui pourraient porter atteinte à son intégrité morale et à sa réputation.

1. Admittedly, as the Government have pointed out, it may be difficult to identify from the envelope whether its contents attract legal professional privilege. However, the Government have not challenged the accuracy of the applicant's allegations that letters from his legal advisers, once opened, were read, photocopied and a copy committed to file before being forwarded to him. The Court can see no justification for this procedure and considers that the action taken was not in keeping with the principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his client.

It notes in this connection that the Government have not sought to argue that the privileged channel of communication was being abused; nor have they invoked any other exceptional circumstances which would serve to justify the interference with reference to their margin of appreciation.

Seconde jurisprudence

Cette seconde approche, fondée sur l'article 8 de la CEDH a été confirmée également dans l'arrêt Kopp c. Suisse du 25 mars 1998.

« 2. En résumé, le droit suisse, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. M. Kopp, **en sa qualité d'avocat**, n'a donc pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique. Il y a donc eu violation de l'article 8. »

La jurisprudence de Strasbourg nous apporte donc des pistes de réflexions, mais pour ma part, elle ne répond pas à toutes les questions que soulèvent les règles actuelles ou futures sur les obligations de déclaration de soupçon d'infractions délictuelles ou criminelles.

Ces problèmes sont **d'abord des problèmes d'éthique de notre civilisation européenne**.

Ces hommes, les fondateurs de la déclaration de soupçon, se rendent ils compte qu'ils sont, inconsciemment et de bonne foi, en train de revenir à l'époque de l'ordonnance de Colbert et de ces monitoires. ?

Par ailleurs, les recommandations du GAFI paraissent moins liberticides que les directives de Bruxelles comme l'a révélé notre confrère Loïc DUSSEAU.

Enfin, est il politiquement démocratique que la cellule dite TRACFIN soit sous la tutelle de la direction des douanes, administration de grande qualité financière et technique mais dont l'approche humaniste du contentieux des gens ne paraît pas être sa première priorité.

Une prochaine recherche analysera les travaux très prospectifs de Bernard VATIER

Cependant si le secret professionnel doit rester une garantie de l'Etat de Droit comme l'avait précisé **Emile Garçon** à la fin du XIXème siècle dans son commentaire de l'article 378 du code pénal :

"Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable.

Il importe donc à l'ordre social que ces confidents nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé sans condition ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié. Ce secret est donc absolu et d'ordre public".

Il doit aussi tenir compte d'autres impératifs aussi indispensable dans une société démocratique.

Le principe fondamental du secret professionnel doit aussi se concilier notamment avec l'égalité de tous les justiciables devant la loi et la recherche de la vérité par les magistrats.

Trois principes, tous extrêmement puissants, sont alors en concurrence :

- le secret professionnel,

- les droits de la défense et

- l'efficacité de l'instruction pour le maintien d'un Etat de droit équilibré.

Car si le secret est apparu longtemps comme le corollaire du respect des droits individuels, il est aujourd'hui mis en cause au nom d'une société plus transparente. L'exigence de vérité gagne du terrain. Les secrets n'ont pas bonne presse.

Le président Forni avait précisé, en novembre 2000, qu'on aperçoit difficilement aujourd'hui ce qui fait la légitimité du secret défense, du secret médical, ou du secret bancaire, voire du secret de la confession.

Le secret de l'instruction ne résiste plus guère à la liberté d'expression ni aux demandes qui émanent de la nouvelle démocratie d'opinion appuyée sur les médias.

En ce qui concerne la limitation du secret professionnel au niveau européen, les conclusions des ministres de la justice, de l'intérieur et des finances de l'Union, adoptées lors du Conseil de l'UE du 17 octobre 2000, visaient, entre autres, à étendre aux professions juridiques et comptables le champ d'application de la directive de 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux c'est-à-dire à supprimer le secret professionnel dans le cadre de la déclaration de soupçon.

Or, les traditions anglo-saxonnes et françaises sont très différentes.

En France, nous avons une administration centralisée extrêmement puissante et dont le credo est d'abord le service de l'Etat et non le service du citoyen comme si l'un et l'autre étaient opposés.

Cette mentalité est en train d'évoluer mais à ce jour un maillage fiscal-administratif policier et judiciaire très puissant est en place.

Le secret professionnel et les règles de confidentialité des avocats sont pour ces hommes légalistes et de bonne foi une muraille de Chine qui résiste encore et qu'il faut démanteler.

Ces hommes sont, à mon avis, dans l'erreur.

Si les avocats de France cèdent un pouce de terrain devant ce démantèlement, nous allons tout droit vers la société du « meilleur des mondes » d'ALDOUS HUXLEY, la société de surveillance généralisée de big brother.

La sauvegarde des libertés individuelles de chaque citoyen, son « *right of privacy* » comme le droit de la common law le définit, impose que le cabinet de l'avocat reste ce rempart, ce sanctuaire de liberté.

Il ne s'agit pas de corporatisme partisan mais de la sauvegarde des libertés individuelles de chaque citoyen.

La contrepartie est un impérieux devoir de strict respect de notre déontologie comme **Maurice GARCON** l'avait développé dans son ouvrage « **L'AVOCAT ET LA MORALE** ».

Notre secret professionnel ne doit jamais être un alibi ou encore moins un instrument de complicité des infractions pénales de nos clients.

Si le rempart de l'avocat tombe, nous risquons de revenir au temps de [l'ordonnance criminelle de Colbert](#) en 1670, époque durant laquelle les **monitoires** étaient possibles.

Je rappelle que Pothier définissait les monitoires de la façon suivante :

Les monitoires sont des lettres qui se publient aux prônes des paroisses, par lesquels l'official du diocèse avertit les fidèles de révéler la connaissance qu'ils ont des auteurs et complices du crime qui y est exposé, avec menaces d'excommunication contre ceux qui ne viendraient pas à révélation.

Cette définition ne vous rappelle t-elle pas certaines deuxième ou troisième directives ?

Tout ce dispositif est profondément philosophiquement malsain et contraire aux principes des Lumières développés notamment par [BECCARIA](#).

Les coups de boutoirs contre le secret des avocats initiés par Bruxelles sont une remise en cause fondamentale des acquis républicains obtenus par des générations de Lumières.

Qui sont donc ces gens de la nuit qui désirent remettre en vigueur l'esprit de l'ordonnance criminelle de Colbert sous prétexte d'une transparence absolue, intégriste mais illusoire et liberticide.

J'ai souvenir que Jean-Denis BREDIN les avait excellemment dénoncés, dès 1997, dans son [DISCOURS SUR LA VERTU](#) prononcé lors de la séance publique d'ouverture de l'Académie française (4 décembre 1997).

« Une femme, très jeune, très belle, seulement vêtue d'un long voile s'avança. Elle avait le regard limpide, ses mains semblaient de cristal, sa démarche était si claire, si évidente, son allure tant rayonnante que la Compagnie tout entière se leva. Superbement dressée, cette femme prit la parole, et sa voix fut aussi pure que ses mots. "Je suis la Transparence, dit-elle, la seule Vertu de ce temps et de ceux qui viendront. Je prie la Discrétion, la Réserve, la Pudeur, le Respect, de vouloir bien se retirer car leur temps est passé... Je suis la Transparence, la nouvelle Trinité, je suis la Vérité, et l'Innocence, et la Beauté. Je ressemble à l'image, je suis l'image, je ressemble au jour, à la lumière, au soleil, je lève les voiles, je chasse les mystères, je traque les mensonges, je mets bas les masques". Le Courage s'avança et, encouragées par lui, la Justice, la Charité, la Solidarité firent de même. Ensemble ils s'inclinèrent devant la plus radiieuse des Vertus. La Transparence les traversa d'un regard foudroyant et elle poursuivit son lumineux discours. "Regardez-moi tous, et ressemblez-moi. Je veux que vos corps, que vos coeurs, que vos amours, que vos patrimoines soient merveilleusement transparents. Je veux que vous appreniez à tout dire, à ne supporter aucun secret, à travailler la porte ouverte, à ressembler au verre, à la glace, aux étoiles. Je veux que vous appreniez tous à vous méfier de vos rêves, de vos rêves amis de la poésie, amis de l'art, amis de l'imagination, amis de tout ce qui porte au mensonge. Regardez-moi ! »

Que nos confrères pénalistes établissent une liste des mesures récentes et les comparent, à titre d'exemples, avec celles gagnées par les Lumières ?

Quel principe philosophique se cache derrière ce nouvel intégrisme ?? N'oublions pas l'époque de la dictature de la VERTU, sous la Terreur si bien racontée par « l'immortel » Anatole FRANCE dans [« les Dieux ont soif »](#).

La mémoire collective des avocats ne doit pas oublier la citation de notre confrère **ROBESPIERRE** :

"La vertu sans laquelle la terreur est funeste, la terreur sans laquelle la vertu est impuissante".

Dans le cadre de cette philosophie, ROBESPIERRE a été à l'origine de la loi du 22 Prairial, An II, (10 juin 1794) qui instaure la Grande Terreur, remettant en cause les acquis du décret d'octobre 1789 et ôtant aux accusés toute possibilité de défense ou de recours.

Nous devons tous espérer que l'immense majorité des républicains et humanistes sincères sauront les faire taire.

La question à poser à nos concitoyens, avides et gourmands de sécurité et de liberté, sera de savoir ou positionner

LE CURSEUR DE LA LIBERTÉ

Les avocats peuvent ,dans le cadre de leur serment, être les opérateurs de ce curseur en devenant les héritiers des Lumières.

Dans le cadre de cette réflexion, nous pouvons méditer sur les interrogations de Monsieur le Bâtonnier ADER lors de son intervention du 27 février 2006 à l'INSTITUT DE FRANCE sur le thème **JUSTICE ET SECRET**

« je sais que la Justice est l'art le plus délicat qui soit, plus que la musique, le dessin, la sculpture, la philosophie ou la sociologie.

On ne s'y instruit pas, on ne fait pas des gammes, on ne pétrit pas la glaise et on n'y émet pas doctoralement des théories indiscutables.

*On souffre avec celui qu'on juge, on tâche de comprendre ce qu'il dit et ce qu'il ne dit pas, on tente de soupeser ce qui est juste, équitable ou inéquitable, on tâche d'appliquer la loi et comme me l'a dit une juge d'instruction admirable et qui a fait elle ce qu'elle a pu, dans l'exercice de son métier ,on plonge en soi même et on essaye d'en tirer un secret bien plus important que tous les secrets dont je vous ai parlé jusqu'ici, **le secret de l'inconscient** »*

Voici mes premières réflexions d'avocat pour préparer les esprits de nos parlementaires qui vont avoir la responsabilité d'introduire la 3^{ème} directive dans notre droit positif à partir de juin 2007.

Patrick Michaud décembre 2006