

# Les règles applicables en matière de secret professionnel aux États-Unis

Le 27 novembre dernier, le cabinet d'avocats Proskauer Rose LLP organisait à la Maison du Barreau, à l'occasion de la campagne au Dauphinat et en partenariat avec l'Ordre des avocats à la Cour de Paris, une réunion sur le thème : « Parlons du secret ». L'occasion pour Bettina Plevan, avocat au Barreau de New York, ancien président du New York City Bar Association, de donner le « point de vue d'une américaine » sur les menaces pesant sur le secret professionnel des avocats. Nous reproduisons ci-après son intervention.

En guise d'introduction, je voudrais vous expliquer un peu la manière dont nous légiférons en matière de déontologie applicable aux avocats aux États-Unis.

Tout d'abord, sachez que chaque État aux États-Unis est responsable de l'établissement des règles applicables aux avocats et à la déontologie de ces derniers.

L'*American Bar Association* a créé un modèle de règles régissant la responsabilité professionnelle des avocats mais chaque État est libre d'adopter ses propres règles pour les avocats qui exercent dans leurs juridictions.

Dans de nombreux États, la déontologie ou le Code de la responsabilité professionnelle des avocats sont votés par le gouvernement de l'État en question plutôt que par l'Ordre des avocats de cet État.

Ce système a évolué avec le temps et n'est pas uniforme.

Dans certains États, qui ont un « barreau intégré » (parmi lesquels la Californie et le District de Columbia), le Barreau agit en pratique en qualité d'autorité judiciaire qui a pour rôle la discipline des avocats qui ont failli au respect des règles de leur profession.

À New York, comme dans de nombreux autres États, l'Ordre n'a pas ce pouvoir (il fut un temps cependant où le Barreau de la ville de New York jouissait d'un tel pouvoir disciplinaire sur les avocats de sa ville, mais, avec le temps, ce pouvoir a été rendu à l'État, et en particulier aux tribunaux).

Dans son ensemble, le système fonctionne efficacement dans la mesure où les tribunaux nomment un comité composé généralement d'avocats de tout premier rang, ayant pour mission de veiller à ce que

Bettina PLEVAN  
Avocat au Barreau de New York  
Cabinet Proskauer Rose LLP  
Ancien président du New York City Bar Association

les règles du Code de la responsabilité professionnelle en vigueur à New York soient respectées.

Il est important de garder cette structure en tête lorsque l'on considère la manière dont certaines lois et certains comportements se sont fait jour ou se feront jour à l'avenir.

Les menaces au principe de la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client aux États-Unis ont été plus indirectes qu'elles ne le sont à mon sens en Europe.

Je voudrais vous donner trois exemples de ces menaces.

Le premier consiste dans les dispositions réglementaires établies par le gouvernement fédéral, et plus particulièrement la *Federal Trade Commission*, qui a cherché à faire appliquer aux avocats une loi fédérale relative aux questions de confidentialité au sein des institutions financières.

Le deuxième exemple concerne ce que l'on appelle le *Thompson Memorandum* rédigé par un ancien substitut du procureur général des États-Unis, qui en substance invite l'ensemble des fonctionnaires, et en particulier ceux du ministère public, à obtenir des sociétés qu'elles acceptent de lever le secret qui régit leurs relations avec leurs avocats, et ce, dans la perspective d'être considérées comme étant des entreprises coopératives.

C'est le plus important et le plus sérieux des problèmes auxquels notre profession est confrontée aujourd'hui.

Enfin, je souhaiterais évoquer brièvement les consignes applicables aux États-Unis relatives aux condamnations et les récents changements positifs visant à veiller au respect des règles relatives à la confidentialité.

## LES EFFORTS FOURNIS PAR LA FEDERAL TRADE COMMISSION POUR APPLIQUER LA LOI GRAHAM LEACH BILEY AUX AVOCATS

En 2000, la *Federal Trade Commission* a établi des dispositions réglementaires cherchant à faire appliquer une loi du Congrès appelée *Graham Leach Biley Financial Modernisation Act* à l'ensemble des professions juridiques.

Un des principaux objectifs de cette loi était de protéger la sécurité et la confidentialité des informations personnelles non divulguées des clients d'institutions financières.

Dans ces dispositions réglementaires, la *Federal Trade Commission* a défini les institutions financières de telle manière qu'elle y a bizarrement inclus les sociétés d'avocats et les avocats, et ce, à la grande surprise de toute la communauté juridique.

Les avocats (et les tribunaux fédéraux) y ont vu un problème dans la mesure où le gouvernement fédéral n'a absolument aucune autorité de régulation des pouvoirs sur les avocats dans le cadre de leurs professions mais a néanmoins cherché à s'imposer en matière de confidentialité des informations, sujet au cœur de notre profession.

Bien que les dispositions réglementaires elles-mêmes ne soient pas si offensives, une telle situation ne pouvait être que contestée par les professions juridiques.

Des procès ont été intentés par l'*American Bar Association* et de nombreux États et Barreaux y participèrent au même titre que le Barreau de New York, un des demandeurs principaux. De nombreux arguments ont été invoqués à cette occasion, notamment sur la question de savoir si la *Federal Trade Commission* avait autorité pour permettre l'entrée en vigueur de telles dispositions concernant les avocats.

La remise en cause de ces dispositions a été couronnée de succès devant la *District Court* ainsi que devant la Cour d'appel, qui a rendu une décision devenue définitive en novembre 2005.

Il est intéressant de lire dans ce contexte les importantes remarques qui ont été faites s'agissant de la confidentialité des rapports entre les avocats et ses clients.

Deux rapports, déposés dans le cadre de ce dossier, sont particulièrement intéressants.

Le premier, qui était signé par une cinquantaine de Barreaux à travers le pays, a cherché à mettre en exergue le fait que l'exigence la plus importante pour la protection du secret professionnel de l'avocat, y compris la confidentialité des informations financières du client, est une question qui doit être réglée par chacun des États et non par l'État fédéral.

Les différents Barreaux sont également revenus sur l'importance des responsabilités déontologiques que les avocats ont, dans la mesure où ces derniers ne peuvent pas divulguer d'information sur leurs clients, tout en reconnaissant que les règles régissant la confidentialité peuvent varier d'un État à l'autre dès lors que l'on peut considérer (et je pense que c'est également le cas en France) qu'il existe des exceptions à la règle permettant, dans certains cas particuliers, de divulguer certaines informations, notamment lorsqu'il existe une intention de commettre un crime, et plus particulièrement lorsqu'il existe une menace à la vie.

Dans la plupart des États toutefois, la règle est très générale et les exceptions sont très rares.

Comme les rapports l'exposaient, « *bien que chaque État des États-Unis ait trouvé son propre équilibre s'agissant des intérêts du client, du système judiciaire ou de la société, l'obligation de protéger la confidentialité des informations divulguées par le client à son avocat doit être la plus importante des préoccupations quel que soit l'État des États-Unis* ».

Un autre rapport remarquable a été déposé dans ce dossier par l'organisation représentant les présidents de tous les tribunaux de chacun des États composant les États-Unis, la « Conférence des présidents ».

Dans cette opinion, les présidents des tribunaux ont également mis en exergue le fait que les États ainsi que les Cours suprêmes de chacun de ces États avaient l'autorité, en dernier ressort, de faire appliquer les règles relatives aux comportements que doivent adopter les avocats au quotidien.

Les Hauts magistrats ont également reconnu que les avocats avaient un devoir fondamental de protection de la confidentialité des informations de leurs clients.

Les exceptions reconnues sont bien plus limitées que celles implicites des règles établies par la *Federal Trade Commission*.

Sur la base de ces arguments et biens d'autres, les tribunaux ont mis un terme à cette tentative du gouvernement fédéral de régir les règles relatives à la confidentialité des avocats.

#### **LE MEMORANDUM THOMPSON – LES SCANDALES IMPLIQUANT DES SOCIÉTÉS CRÉENT DES PROBLÈMES EN MATIÈRE DE SECRET PROFESSIONNEL**

Sans conteste, le défi le plus important pour les avocats en matière de secret professionnel est apparu dans le contexte des efforts fournis par le gouvernement fédéral pour solliciter la mise à disposition de tout document couvert par le secret professionnel entre l'avocat et son client lorsqu'une enquête du gouvernement est en cours en matière d'infractions commises par des sociétés.

Ces efforts ont pris différentes formes, chacune d'entre elles ayant été l'objet d'attaques en bonne et due forme par les professions juridiques et par les Barreaux, avec cependant un succès assez limité jusqu'à présent.

En janvier 2003, le ministère de la Justice américaine a promulgué une nouvelle politique dorénavant connue sous le nom de *Memorandum Thompson*. Le procureur pourra prendre en considération l'existence d'une convention en vertu de laquelle la société faisant l'objet d'investigation

accepte de lever volontairement le secret professionnel et autres principes de confidentialité protégés par les règles déontologiques régissant les relations entre l'avocat et son client, afin de s'assurer que cette société coopère parfaitement avec les services du procureur.

Cette politique a été adoptée sous des formes similaires par d'autres autorités administratives indépendantes comme la *Securities and Exchange Commission*.

Une disposition similaire a également été incluse dans les directives fédérales relatives aux condamnations à prononcer selon lesquelles un juge peut notamment considérer l'existence d'un tel accord au moment de condamner une société, et ce, que ce soit après un verdict de culpabilité ou dans le cadre d'une procédure de reconnaissance préalable de culpabilité.

Les Ordres d'avocats et de nombreux autres groupes ont vivement sollicité le retrait de ces politiques dans la mesure où ils sont convaincus qu'elles sont de nature à avoir un effet négatif dévastateur sur la volonté des personnes physiques ou morales à s'entretenir librement avec leur avocat.

Bien que cette question reste ouverte et n'ait pas été définitivement tranchée, en octobre dernier, de nouveaux changements ont été opérés dans ces directives aux termes desquelles la Commission a refusé de considérer que la décision du client de lever le secret professionnel de son avocat puisse être considérée comme un facteur établissant la coopération dudit client.

Nombreux ont été ceux, y compris l'*American Bar Association* et le Barreau de New York, qui ont fait savoir leur opposition de principe au *Memorandum Thompson* et ont vivement sollicité l'adoption d'une recommandation de la *American Bar Association* afin de modifier ces règles.

Ces oppositions démontrent de manière pertinente que la pression dirigée à l'encontre des sociétés commerciales minimise sérieusement les objectifs poursuivis par le secret professionnel des avocats et la confidentialité d'une manière générale.

Pour cette raison, il en devient inacceptable.

Le *Memorandum Thompson* demeure néanmoins la politique de notre gouvernement national, et ce, bien que localement on trouve des différences dans l'approche, puisque certains procureurs n'insistent pas pour obtenir un désistement.

Les derniers éléments de mon rapport sur la manière dont les Américains traitent ces différents problèmes ont trait à notre propre Code de la responsabilité professionnelle.

Un des éléments les plus débattus, et ce sera certainement de nouveau le cas lors de la prochaine réunion de la *American Bar Association*, est que les avocats qui font appliquer le *Memorandum Thompson* sans poser de questions ni même mettre en doute les informations dont ils sont dépositaires devraient faire l'objet de procédures disciplinaires.

En tant que décideur dans notre profession, nous savons que nous devons gagner ce défi.

Un des obstacles significatifs à notre succès réside dans les scandales dont nous avons tous entendu parler puisque, que ce soit pour Enron, Worldcom et tant d'autres, des avocats sont impliqués directement en qualité de conseil juridique, administrateur ou avocat.

On leur a reproché d'avoir gardé le silence.

Leur manquement et, dans certains cas, leur irresponsabilité, rend les choses beaucoup plus difficiles pour persuader le gouvernement du bien-fondé de notre demande, et plus particulièrement lorsque l'on traite avec des législateurs qui ne sont pas des juristes de formation.

D'ailleurs, on pourrait considérer qu'il est possible de suggérer, comme certains le font déjà, qu'un certain degré de communication par les avocats lorsqu'ils ont connaissance d'infraction commise par leur client, puisse être autorisé. Par exemple lorsqu'il y a fraude.

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

accepte de lever volontairement le secret professionnel et autres principes de confidentialité protégés par les règles déontologiques régissant les relations entre l'avocat et son client, afin de s'assurer que cette société coopère parfaitement avec les services du procureur.

Cette politique a été adoptée sous des formes similaires par d'autres autorités administratives indépendantes comme la *Securities and Exchange Commission*.

Une disposition similaire a également été incluse dans les directives fédérales relatives aux condamnations à prononcer selon lesquelles un juge peut notamment considérer l'existence d'un tel accord au moment de condamner une société, et ce, que ce soit après un verdict de culpabilité ou dans le cadre d'une procédure de reconnaissance préalable de culpabilité.

Les Ordres d'avocats et de nombreux autres groupes ont vivement sollicité le retrait de ces politiques dans la mesure où ils sont convaincus qu'elles sont de nature à avoir un effet négatif dévastateur sur la volonté des personnes physiques ou morales à s'entretenir librement avec leur avocat.

Bien que cette question reste ouverte et n'ait pas été définitivement tranchée, en octobre dernier, de nouveaux changements ont été opérés dans ces directives aux termes desquelles la Commission a refusé de considérer que la décision du client de lever le secret professionnel de son avocat puisse être considérée comme un facteur établissant la coopération dudit client.

Nombreux ont été ceux, y compris l'*American Bar Association* et le Barreau de New York, qui ont fait savoir leur opposition de principe au *Memorandum Thompson* et ont vivement sollicité l'adoption d'une recommandation de la *American Bar Association* afin de modifier ces règles.

Ces oppositions démontrent de manière pertinente que la pression dirigée à l'encontre des sociétés commerciales minimise sérieusement les objectifs poursuivis par le secret professionnel des avocats et la confidentialité d'une manière générale.

Pour cette raison, il en devient inacceptable.

Le *Memorandum Thompson* demeure néanmoins la politique de notre gouvernement national, et ce, bien que localement on trouve des différences dans l'approche, puisque certains procureurs n'insistent pas pour obtenir un désistement.

Les derniers éléments de mon rapport sur la manière dont les Américains traitent ces différents problèmes ont trait à notre propre Code de la responsabilité professionnelle.

Un des éléments les plus débattus, et ce sera certainement de nouveau le cas lors de la prochaine réunion de la *American Bar Association*, est que les avocats qui font appliquer le *Memorandum Thompson* sans poser de questions ni même mettre en doute les informations dont ils sont dépositaires devraient faire l'objet de procédures disciplinaires.

En tant que décideur dans notre profession, nous savons que nous devons gagner ce défi.

Un des obstacles significatifs à notre succès réside dans les scandales dont nous avons tous entendu parler puisque, que ce soit pour Enron, Worldcom et tant d'autres, des avocats sont impliqués directement en qualité de conseil juridique, administrateur ou avocat.

On leur a reproché d'avoir gardé le silence.

Leur manquement et, dans certains cas, leur irresponsabilité, rend les choses beaucoup plus difficiles pour persuader le gouvernement du bien-fondé de notre demande, et plus particulièrement lorsque l'on traite avec des législateurs qui ne sont pas des juristes de formation.

D'ailleurs, on pourrait considérer qu'il est possible de suggérer, comme certains le font déjà, qu'un certain degré de communication par les avocats lorsqu'ils ont connaissance d'infraction commise par leur client, puisse être autorisé. Par exemple lorsqu'il y a fraude.

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