

Bucarest, le 22 mai 2008

---

**SECRET PROFESSIONNEL,  
CONFIDENTIALITE ET DEONTOLOGIE**

---

En acceptant l'invitation de votre Barreau à faire une conférence sur ce thème, je pensais qu'il s'agissait d'un thème facile à exposer, tant il fait partie de notre culture professionnelle basique.

En y réfléchissant, il s'agit, en réalité, d'un des sujets les plus complexes et controversés de notre statut.

Associer les trois termes, secret professionnel, confidentialité et déontologie c'est rechercher un point d'équilibre entre le Droit et la Morale.

La déontologie se définit comme l'ensemble des règles et devoirs professionnels.

Or, le droit est contingent, la morale changeante.

Mais le besoin de déontologie est universel et intemporel.

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

La morale est la règle de comportement de chaque individu, la déontologie est la morale d'une profession qui reconnaît, organise et défend des valeurs communes.

Le secret professionnel est l'un des éléments cardinaux de la déontologie de plusieurs professions.

On parle du secret médical, du secret de la confession, du secret bancaire, du secret du journaliste, du secret de l'instruction, du secret des affaires, du secret défense, du secret du délibéré pour les juges et les jurés, du secret postal (secret des correspondances).

Tous ces secrets se sont déclinés et organisés dans l'histoire, à chaque fois que s'est posé le problème de l'écran nécessaire entre l'intimité de l'individu et la volonté de savoir de la société.

Deux principes s'opposent : la société veut tout savoir sur la vie de ses membres mais l'individu veut pouvoir conserver une part d'autonomie et d'intimité.

Dans le monde moderne, tel que nous le vivons, il faut bien reconnaître que la vie privée est sans cesse menacée par les technologies modernes qui permettent de savoir à tout moment où vous êtes, qui vous êtes, qu'est ce que vous faites.

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

Le secret professionnel a une histoire ancienne que la société contemporaine tente à remettre en cause au moment où l'individu en aurait le plus besoin.

Je vous propose de développer cette réflexion en trois temps.

---

## 1 – LE SECRET PROFESSIONNEL A UNE HISTOIRE ANCIENNE

C'est une notion simple a priori, mais difficile à définir.

Le prêtre, le médecin, l'avocat, ne peuvent rien révéler de ce qu'ils savent de leurs clients.

Le serment d'Hippocrate auquel on fait remonter l'un des premiers exemples de secret professionnel organisé s'énonce de la façon suivante :

*« Les choses que, dans l'exercice ou même hors de l'exercice de mon art, je pourrais voir ou entendre sur l'existence des hommes et qui ne doivent pas être divulguées au dehors, je les tairais ».*

Le secret de la confession est apparu au XIII<sup>ème</sup> siècle après le concile de Latran IV où l'église a abandonné la confession publique et organisé le secret de la confession, prévoyant dans le Droit Canon que :

## **Paul NEMO**

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

*« Le secret sacramentel est inviolable : c'est pourquoi il est absolument interdit au confesseur de trahir en quoi que ce soit un pénitent, par des paroles ou d'une autre manière, et pour quelque cause que ce soit ».*

La sanction d'un tel manquement est la plus grave du droit pénal canonique : l'excommunication.

En Europe Occidentale l'Université étant contrôlée par l'Eglise, cette notion du secret de la confession a permis à la profession d'avocat de développer et soutenir son propre secret professionnel et aux médecins de conforter le leur.

Pendant toute la période qui sépare en gros le 13<sup>ème</sup> siècle du 19<sup>ème</sup> siècle, le secret professionnel s'est développé et s'est vu consacré par les textes et les tribunaux.

L'idée qui sous-tend ce secret professionnel est que tout homme a le droit de rencontrer un « confident nécessaire » et qu'il ne pourrait se livrer à lui qu'à la condition d'être certain de ce que ses propos ne seraient pas répétés.

C'est le cas du malade, du pénitent, et du client de l'avocat.

Certains pensent qu'en ce qui concerne la déontologie de l'avocat, on peut remonter aux « établissements » de Saint Louis pour voir les premières dispositions sur le secret professionnel de l'avocat.

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

En substance, la notion juridique de secret professionnel se définit comme une obligation de se taire et le droit au silence.

Il convient d'observer que l'on admet très vite que le secret professionnel n'est pas institué au bénéfice du professionnel mais au bénéfice du client.

Mais en même temps, s'est développée l'idée, introduite dans les textes, que le client lui-même, dès lors qu'il a livré son secret à une personne qui, par état ou fonction, en est le dépositaire ne peut l'en délier.

Le fondement du secret professionnel c'est l'intérêt public et non l'intérêt particulier.

En France, pendant tout le 19<sup>ème</sup> siècle, on a admis la définition de Emile Garçon comme entend le Code Pénal de 1804 et sur l'article 378 :

*« 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 leurs 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*

## **Paul NEMO**

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

*réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié ».*

Or l'article 378 du Code Pénal ne visait pas particulièrement les avocats dont il ne citait même pas le nom.

On peut citer un arrêt célèbre du 15 décembre 1885 (arrêt Watelet) qui a consacré la notion de « confident nécessaire » dans les circonstances suivantes :

Un peintre était décédé sur la Cote d'Azur où il s'était réfugié sur le conseil de son médecin pour tenter d'enrayer une tuberculose dont il était atteint par le climat bénéfique du sud de la France.

Après son décès, un journal a cru intelligent d'expliquer qu'en fait il était mort de la syphilis.

Scandalisé par cette imputation d'une maladie qui, à l'époque, était jugé honteuse, son médecin écrivit une lettre au journal pour expliquer la vérité.

Mal lui en pris car il fut poursuivi pour divulgation du secret professionnel et condamné.

Cet arrêt reprend la formule précédente d'Emile Garçon en rappelant :

## Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

*« qu'en imposant à certaines personnes, sous sanction pénale, l'obligation du secret comme un devoir de leur état, le législateur a entendu assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions ».*

Plus près de nous, un médecin, le docteur GUBLER, médecin du Président François Mitterrand, ayant publié après sa mort, un livre où il expliquait les maladies de son patient, a été condamné et son livre interdit pour violation du secret professionnel.

Un prêtre a été condamné à mort et exécuté en 1945 pour avoir violé le secret de la confession en ayant mis au service de la police allemande des renseignements qu'il ne pouvait tirer que de cette confession.

Un avocat parisien, Maître Python, arrêté par les allemands en 1943, a été empoisonné et est mort en prison pour avoir refusé aux allemands des renseignements sur ses clients.

Ce qu'il faut retenir à ce stade, c'est que le secret professionnel n'est pas un **privilège** pour celui qui en est investit mais que c'est une **charge** qui pèse sur lui.

C'est ce qui explique que ce secret est absolu et qu'il doit être respecté en toutes circonstances.

## **Paul NEMO**

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

Personne ne peut affranchir le professionnel de son secret, même pas son client.

Mais si on se reporte à la formule ci-dessus citée d'Emile Garçon, on est amené à constater que la notion invoquée de « l'ordre social » contenait nécessairement en germe les évolutions futures en raison du contenu même de cette notion.

Car l'ordre social c'est évidemment à la fois la place conférée à l'individu dans la société où il est intégré et celle de cette société ayant le devoir de protéger l'ensemble de ses membres contre les comportements déviants de quelques un d'entre eux, générant des préjudices à des degrés divers et dans des domaines divers.

En fait, la définition même du secret professionnel tel que donnée par l'article 378 du Code Pénal en France (« *dépositaire par état ou par profession ou par fonction temporaire des secrets qu'on leur confit* ») ne permettait pas de régler l'ensemble des problèmes.

Notamment n'était pas réglée la question de savoir s'il existait des hypothèses où le professionnel devait s'affranchir de son secret pour des raisons supérieures d'ordre social.

Un jeune homme veut se marier et vient consulter son médecin : celui-ci s'aperçoit qu'il est atteint d'une grave maladie contagieuse.

## **Paul NEMO**

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

Le médecin doit-il se taire et laisser contaminer la jeune femme, au risque même qu'elle donne le jour à des enfants mal formés qui seront une charge pour le couple et pour la société ?

Un homme révèle à son avocat son intention bien arrêtée d'assassiner une certaine personne : cet homme ne cache pas sa volonté d'agir. L'avocat doit-il garder pour lui cette terrible confidence sans se préoccuper des conséquences de son silence ?

Le respect d'un principe, aussi inviolable soit-il, doit-il entraîner la mort d'une malheureuse victime ?

Un mourant avoue au prêtre qui lui donne les derniers sacrements qu'il est l'auteur d'un crime pour lequel quelqu'un d'autre est en prison. Le confesseur ne pourra-t-il rien faire pour réparer cette erreur judiciaire ?

La question n'apporte pas de réponse claire et générale mais le débat est permanent entre les devoirs de la société de protéger ses membres et le souci de respecter l'intimité de l'individu.

C'est à la lueur de ce rapide parcours historique qu'il faut aborder maintenant le second point.

---

## **2 – LA SOCIÉTÉ MODERNE TEND A REMETTRE EN CAUSE LE SECRET PROFESSIONNEL**

Aujourd'hui le culte, en tous cas dans le monde occidental est celui de la transparence.

La transparence est à la mode, le secret est louche, malhonnête, subversif.

L'Etat moderne, contrairement à la doctrine démocratique, est généralement totalitaire.

Il est aidé en cela par les techniques qui permettent de surveiller en permanence l'attitude, le comportement, les souhaits des individus.

Eux-mêmes se livrent d'ailleurs spontanément à cette « espionnite » en acceptant par exemple d'utiliser les cartes de crédit, de surfer sur internet, etc...

Actuellement, il y a en France de grands débats sur les fichiers tenus par la police et l'administration mais il est clair que beaucoup de renseignements collectés sur n'importe quel citoyen proviennent d'informations qu'il donne lui-même volontairement ou inconsciemment sur internet.

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

Le secret professionnel vole en éclat et nous aurons à y revenir à propos de la lutte contre le blanchiment de l'argent et la chasse aux secrets bancaires.

C'est dans ce contexte qu'on peut aborder maintenant le problème du secret professionnel de l'avocat et de la confidentialité des échanges entre eux.

## A – Le secret professionnel de l'avocat

Ce secret est consacré par la loi, par le décret, et par les règlements intérieurs des ordres.

L'avocat qui transgresse le secret professionnel se rend coupable d'un délit pénal mais également d'une faute disciplinaire.

Aujourd'hui en France, la matière est réglée par l'article 226-13 du Code Pénal et par la Loi du 7 avril 1997 en ce qui concerne les avocats.

Dans un chapitre qui s'intitule « des atteintes à la personnalité » une sous-section IV traite de « l'atteinte aux secrets ».

L'article 226-13 dit :

*« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit*

## **Paul NEMO**

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

*en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende ».*

La encore l'avocat lui-même n'est pas cité mais nul doute qu'il est visé par ce texte comme d'ailleurs tous les gens soumis à un secret professionnel par l'organisation même de leur profession.

L'article 66-5 de la Loi qui organise la profession d'avocat en France, dans son dernier état, dispose :

- *« en toute matière, 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 ».*

La jurisprudence française avait hésité, pour aller vite, en une notion restrictive du secret et une notion extensive.

Dans le premier cas, n'étaient secrets que les dossiers de l'avocat chargé de défendre un client dans une instance judiciaire.

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

Dans le second cas, on admettait que le secret s'appliquait également à tous les conseils que l'avocat pouvait donner notamment ses consultations.

Il a fallu un aller/retour entre les tribunaux français et la Cour de Justice des communautés européennes pour faire admettre finalement par le législateur française que **toute** l'activité de l'avocat était couverte par le secret professionnel.

L'article 2 du règlement intérieur national de la profession d'avocat dispose que :

*« 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 ».*

Il est précisé au titre de l'étendue du secret professionnel que :

*« Le secret professionnel couvre en toute matière, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique...) :*

- o *les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci,*

## **Paul NEMO**

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

- *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, toutes les informations et confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de sa profession,*
  
- *le nom des clients et l'agenda de l'avocat,*
  
- *les règlements pécuniaires et tous maniements de fonds effectués en application de l'article 27 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1971,*
  
- *les informations demandées par les commissaires aux comptes ou tous tiers (informations qui ne peuvent être communiquées par l'avocat qu'à son client).*

*Dans les procédures d'appels publics ou privés ou d'attribution de marchés publics, l'avocat peut faire mention des références nominatives d'un ou plusieurs de ses clients avec leur accord express et préalable.*

*Si le client de référence a été suivi par cet avocat en qualité de collaborateur ou d'associé d'un cabinet d'avocats dans lequel il n'exerce plus depuis moins de deux ans, celui-ci devra concomitamment aviser son ancien cabinet de la demande d'accord express à ce client et indiquer à la réponse à l'appel*

## **Paul NEMO**

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

*d'offre le nom du cabinet au sein duquel l'expérience a été acquise ».*

Aucune consultation ou saisie de document ne peut être pratiquée au cabinet ou au domicile de l'avocat, sauf dans les conditions de l'article 56-1 du Code de Procédure Pénale.

Cet article ajoute encore que :

*« L'avocat doit faire respecter le secret par les membres du personnel de son cabinet et par toutes personnes qui coopèrent avec lui dans son activité professionnelle. Il répond des violations du secret qui seraient ainsi commises. Lorsque l'avocat exerce en groupe ou participe à une structure de mise en commun de moyens, le secret s'étend à tous les avocats qui exercent avec lui et à ceux avec lesquels il met en commun les moyens d'exercice de sa profession ».*

Ce texte mérite de nombreux commentaires et il est le résultat d'une longue discussion entre les membres mêmes de la profession, arbitrée par le conseil national des barreaux.

Ce texte ayant été approuvé par décret, il est opposable à tous.

Vous avez pu constater que dans ce texte apparaît la notion de confidentialité.

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

Je vais donc revenir successivement sur le secret professionnel proprement dit et sur la confidentialité.

Il faut simplement préciser que le secret professionnel comporte une sanction pénale et que la confidentialité est un mode de règlement des échanges entre avocat susceptibles de peines disciplinaires, donc d'une nature différente.

## B – Les applications de ce secret

### **1°) Les perquisitions**

Le secret professionnel de l'avocat ne serait pas garanti si les autorités administratives, policières ou judiciaires, pouvaient, à tous moments, venir perquisitionner à son cabinet ou à son domicile.

En France, il résulte de l'article 56-1 du Code de Procédure Pénale que :

*« Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du Bâtonnier ou de son délégué à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci.*

## **Paul NEMO**

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

*Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du Bâtonnier ou de son délégué par le Magistrat. Celui-ci et le Bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents se trouvant sur les lieux, préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.*

*Le Magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat.*

*La bâtonnier ou son délégué peuvent s'opposer à la saisie d'un document à laquelle le magistrat a l'intention de procéder s'il estime que cette saisie serait irrégulière.*

*Le document doit alors être placé sous scellé fermé.*

*Ses opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier de son délégué qui n'est pas joint au dossier de la procédure.*

## **Paul NEMO**

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

*Si d'autres documents ont été saisis au cours de la perquisition sans soulever de contestation, ce procès-verbal est distinct de celui prévu par l'article 57.*

*Ce procès-verbal ainsi que le document placé sous scellé fermé, sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure.*

*Dans les 5 jours de la réception de ces pièces, le juge des libertés et de la détention statue sur la contestation par ordonnance motivée, non susceptible de recours.*

*A cette fin, il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la république ainsi que l'avocat au cabinet ou au domicile duquel elle a été effectuée et le Bâtonnier ou son délégué. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes.*

*S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document, le juge des libertés et de la détention ordonne sa restitution immédiate ainsi que la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document ou à son contenu qui figurerait dans le dossier de la procédure.*

*Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure. Cette décision n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité*

## **Paul NEMO**

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

*de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction.*

*Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'Ordre des Avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats.*

*Dans ce cas, les attributions confiées aux juges des libertés et de la détention sont exercées par le Président du Tribunal de Grande Instance qui doit préalablement être avisé de la perquisition.*

*Il en est de même en cas de perquisition au cabinet ou au domicile du Bâtonnier ».*

Ce texte résulte d'une loi du 15 juin 2000 et d'une autre loi du 12 décembre 2005, qui ont été prises à la suite de nombreux incidents auxquels se sont trouvés confrontés les avocats dans l'exercice du droit de perquisition des autorités judiciaires.

On assimile les autorités administratives, fiscales et douanières, aux autorités judiciaires pour faire respecter le secret professionnel.

Dans un arrêt récent du 24 juillet 2008 (André et autres / France), la Cour Européenne des Droits de l'Homme a eu l'occasion de revenir, au visa des articles 6 et 8 de la convention européenne des droits de l'homme sur le respect absolu du secret professionnel.

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

Il s'agissait en l'occurrence d'une perquisition faite par l'administration fiscale dans un cabinet d'avocat.

La perquisition avait été effectuée dans le cabinet de l'avocat par les agents de douanes, hors la présence du magistrat qui l'avait ordonnée et le bâtonnier, appelé par l'avocat, n'avait pas pu interdire la saisie des documents relevant du secret professionnel.

La Cour de Cassation, par un arrêt du 11 décembre 2002, avait déclaré valide la perquisition en rejetant le pourvoi fait par le client et son avocat.

Mais dans son arrêt du 24 juillet 2008, la Cour Européenne des Droits de l'Homme condamne fermement l'argumentation et la solution retenue par la chambre criminelle française pour deux motifs.

➤ Il est admis aujourd'hui que, par application de l'article 6 de la convention, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial après avoir pu assurer librement sa défense.

Or, dans le droit applicable à l'époque en France, l'Ordonnance du Président qui autorise une perquisition était insusceptible de recours autre qu'un pourvoi en cassation.

La Cour Européenne a estimé, comme elle l'avait fait précédemment, dans un arrêt RAVON / FRANCE du 21 février 2008,

## **Paul NEMO**

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

que le seul recours en cassation ne répondait pas à l'exigence du droit à un procès équitable garanti par l'article 6.

Le gouvernement français soutenait que l'article 6 de la convention n'imposait pas nécessairement un double degré de juridiction, mais un contrôle juridictionnel qui était assuré par la Cour de Cassation.

La Cour Européenne rappelle que ce contrôle allégué est plus théorique que pratique (la loi sera changée en France à la suite de cet arrêt par une loi du 4 août 2008 qui prévoit désormais l'appel possible contre l'ordonnance du Président).

- Se posait également le problème du secret professionnel garanti par l'article 8 de la convention européenne.

Celle-ci a précisé, à plusieurs reprises, que l'avocat, parce qu'il concourt au service public de la justice, dans l'intérêt supérieur de celui-ci, doit bénéficier d'une protection particulière dans l'exercice de son activité et elle exerce régulièrement son contrôle sur le respect de la protection accordée.

La Cour a jugé à plusieurs reprises que l'article 8 de la convention, qui protège le domicile, englobe également le domicile professionnel de l'avocat (arrêt NIEMIETZ du 16 décembre 1992) et la Cour considère qu'est violé l'article 8 lorsque la perquisition n'est pas strictement nécessaire ou est disproportionnée par rapport aux objectifs recherchés.

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

La Cour, dans son arrêt du 24 juillet 2008, rappelle que :

- la protection du secret professionnel impose d'encadrer strictement la perquisition au cabinet d'un avocat,
- que 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.

Dans un considérant de principe, la Haute Cour estime 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 ».*

A cette occasion, la Cour rappelle, mais nous y reviendrons, que les échanges entre avocats sont confidentiels et comme tels relèvent du secret professionnel.

Cet exposé rapide montre que les difficultés peuvent survenir à tous moments et que les bâtonniers et les ordres doivent être très vigilants pour faire assurer les règles que prendront les perquisitions au domicile et au cabinet de l'avocat.

## **2°) Les écoutes téléphoniques**

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

Le mécanisme de protection est le même.

Les juges sont souvent tentés d'ordonner la mise sur écoute téléphonique d'un cabinet d'avocat, voire de son téléphone personnel (domicile ou mobile)

Il peut aussi ordonner les écoutes téléphoniques des prévenus eux-mêmes, en sorte que leurs conversations avec leur avocat peuvent être enregistrées.

En principe, tout enregistrement d'une conversation relative aux droits de la défense entre l'avocat et son client devrait être annulée comme portant atteinte au secret professionnel.

Mais les avocats doivent être très prudents car le secret ne protège que leur conversation avec le client lui-même et non avec des tiers (famille, amis).

### **3°) Les managements de fonds**

Nous avons institué en France, depuis 1957, un système appelé CARPA qui oblige les avocats, lorsqu'ils manient les fonds de leurs clients, à passer par cette caisse.

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

En principe, et dès lors qu'il s'agit bien de l'accessoire d'une activité juridique, les écritures qui retracent les mouvements de fonds sont couvertes par le secret professionnel.

Un avocat, s'il fait l'objet d'une demande de contrôle, notamment du fisc, sur son compte CARPA, doit en prévenir le Bâtonnier qui veillera au respect du secret professionnel.

## **4°) Le secret des courriers échangés entre l'avocat et son client et entre avocats**

Il a déjà été expliqué que tous ces échanges sont couverts par le secret professionnel absolu.

## **C – Les atteintes au secret**

Pour beaucoup de professions soumises au secret professionnel il existe de dérogations, en particulier pour les médecins qui ont l'obligation de dénoncer les actes de cruautés qu'ils constateraient sur un enfant mineur ou d'avertir les autorités dans le cas d'un risque d'épidémie.

Pour les avocats aujourd'hui, la grande difficulté tient à la réglementation européenne de lutte contre le blanchiment de l'argent.

## **Paul NEMO**

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

Trois directives ont été émises qui ont fait l'objet de divers recours, notamment du barreau belge et du barreau français, jusqu'ici il faut bien le dire, sans grand succès.

Rappelons que ces directives imposent aux Etats membres de l'Union Européenne de mettre en place un dispositif de lutte contre le blanchiment comportant, pour l'essentiel, à la charge de certains professionnels, une double obligation : celle de déclarer spontanément à l'autorité chargée de la lutte contre le blanchiment les faits pouvant être l'indice d'un blanchiment (« déclaration de soupçon ») ; celle de répondre aux demandes d'informations adressées par cette autorité.

Parmi les professions concernées par les obligations, la directive du 4 décembre 2001 a inclus les avocats quand ils assistent leurs clients dans la préparation et la réalisation de certaines transactions d'ordre financier ou immobilier ou quand ils agissent au nom et pour le compte de leur client, dans toute transaction financière et immobilière.

C'est la question de la conciliation entre les obligations imposées par la directive et le secret professionnel des avocats qui couvrent à la fois leur activité de conseil et leur activité de défense et de représentation en justice de leurs clients qui a été posée devant de nombreuses juridictions.

Ce secret n'est pas seulement protégé par la loi nationale mais aussi par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au titre de son article 8 relatif au droit au

## **Paul NEMO**

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

respect de la vie privée en ce qui concerne le conseil, et au titre de son article 6, relatif au droit à un procès équitable en ce qui concerne la défense et la représentation en justice.

Dans chaque pays, même si les pétitions adressées au Parlement Européen n'ont pas été suivies d'effet, il appartient à la profession de surveiller les lois de transposition dans le droit national et d'organiser, si cela est possible, des recours.

Le barreau belge a suscité une question préjudicielle posée à la Cour de Justice des Communautés Européenne qui a abouti à une décision pas tout à fait satisfaisante, parce que la question posée n'était pas elle-même pertinente.

En France, en revanche, nous avons obtenu un arrêt du Conseil d'Etat rendu le 10 avril 2008 qui a annulé certaines dispositions du décret de transposition du 26 juin 2006 (il s'agissait de la deuxième directive : anti-blanchiment du 4 décembre 2001).

Cette décision est très importante car elle pose des limites à la troisième directive du 26 octobre 2005, qui vient d'être transposée dans le droit interne français.

Le Conseil d'Etat rappelle tout d'abord que la déclaration de soupçon et les autres obligations de vigilance ne s'applique aux avocats ni en matière juridictionnelle, ni dans leurs activités de conseil, sauf si la

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

consultation juridique est fournie aux fins des blanchiment ou encore si l'avocat sait que son client le consulte à cette fin.

Le Conseil d'Etat rappelle le caractère fondamental en Démocratie du secret professionnel, appréhendé comme un droit de la personne humaine, consacré par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Le Conseil d'Etat a annulé les dispositions du décret qui imposaient aux avocats de répondre aux demandes de la cellule TRACFIN (organisme chargé de la lutte contre le blanchiment de l'argent).

Nous avons obtenu que dans cette obligation de déclaration, il puisse y avoir un filtre qui était le Bâtonnier, seul juge de savoir s'il transmettait l'information à TRACFIN.

Toute la discussion porte sur la nature et l'étendue des obligations déclaratives de l'avocat selon la matière, sur la présence ou non du filtre que représente le Bâtonnier et surtout de l'obligation que la troisième directive prétend imposer aux avocats de ne pas prévenir leurs clients de ce qu'ils font une déclaration de soupçon.

La défense n'est pas la délation. L'avocat n'est pas et ne peut être le dénonciateur de son client.

Nous avons toujours refusé d'être assimilé à des agents du fisc ou des agents de l'autorité publique au mépris de notre secret professionnel.

Le débat est loin d'être clos, que ce soit en France ou en Europe, mais il reste des recours nationaux et européen à exercer pour obtenir qu'un jour on reconnaisse que l'avocat, sauf s'il est lui-même complice d'un délit, ne devienne pas l'agent des pouvoirs publics.

**D – Le maintien de la confidentialité comme principe de base qui recoupe en grande partie la notion de secret professionnel**

L'article 66-5 de la Loi Française rappelle que tous échanges de quelque nature qu'ils soient, entre avocats, sont confidentiels.

Il faut bien voir qu'il s'agit d'une règle qui n'a pas, en elle-même, de sanction pénale.

En revanche, elle a une sanction de nature disciplinaire, voire procédurale, dans la mesure où on peut faire écarter des débats un courrier entre avocat, dont on rappelle qu'il est confidentiel.

Les tribunaux, en France, sont très sévères sur ce point et n'hésitent pas à écarter des débats les courriers entre avocat ou les courriers entre un avocat et son bâtonnier.

Si les avocats ne pouvaient pas négocier, échanger leurs points de vu sur un dossier ou sur la situation juridique sans crainte de voir leurs écrits

utilisés par l'adversaire, il n'y aurait plus ce que l'on appelle « la foi du Palais ».

---

### **3 – LE SECRET PROFESSIONNEL, LA CONFIDENTIALITE, LA DEONTOLOGIE SONT PLUS QUE JAMAIS NECESSAIRES**

On croit souvent que les avocats mènent des combats d'arrière garde en voulant faire prévaloir leur déontologie traditionnelle.

Or, au contraire, aujourd'hui où tout de l'activité humaine peut être fiché, catalogué, exploité par les autorités publiques, il est plus que nécessaire que restent quelques « îlots » d'intimité qui puissent protéger la confiance qui doit pouvoir être faite à un « confident nécessaire ».

Mais rien n'est jamais gagné et il faut apporter une attention constante à ce problème.

Ainsi j'ai eu la surprise de découvrir, avant de venir ici, que la Cour de Cassation française vient de rendre un arrêt du 30 avril 2009 aux termes duquel il a été jugé que la lettre d'un avocat à son client pouvait ne pas être considérée comme confidentielle et pouvait donc être utilisée dans une procédure.

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

La lettre dont il s'agit avait été remise par le client qui l'avait reçue à une tierce personne qui l'a utilisée.

La Cour considère que la tierce personne pouvait utiliser librement ce document puisqu'il lui avait été remis spontanément par son destinataire.

C'est une position contradictoire avec celle, toujours rappelées par la jurisprudence française et européenne, que même le client ne peut pas délivrer son avocat du secret professionnel.

Ainsi, ce que l'on croyait définitivement établi, est à nouveau remis en cause, ce qui doit nous amener à une extrême prudence dans nos agissements, soit avec nos clients, soit avec nos confrères.

La réflexion doit se poursuivre en essayant d'imaginer ce que serait un secret professionnel absolu et ce qui pourrait être un secret professionnel relatif.

En définitive, ce qui peut être souligné, c'est que le secret professionnel et ce qui l'entoure, y compris la « foi du palais » sont des valeurs de civilisation.

On peut déterminer les valeurs morales existants dans une société par le simple examen de la législation et de la jurisprudence concernant le secret professionnel.

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

Il est le fruit de la lutte permanent entre Antigone et Créon \*: d'un côté les nécessités de l'homme, de sa dignité, de sa défense, de ses droits ; de l'autre côté les nécessités de la société de se défendre aussi bien contre les criminels que contre la maladie ou les grandes pandémies qui renaissent à l'heure actuelle.

Et il faut tenir les deux bouts de la chaîne sous peine d'être angélique, mais il faut les tenir fermement sous peine de tomber dans une société d'esclave.

L'examen du secret professionnel et de la situation qu'il présente dans une société donnée est le meilleur moyen de se renseigner sur l'état moral de cette société.

Nous voilà donc revenus à la déontologie et à ses exigences, qui sont la noblesse de la profession.

---

\* Rappelons qu'Antigone, bravant les ordres de Créon, enterre son frère Polynice tué devant Thèbes, en arguant des lois non écrites du devoir contre la fausse justice des décisions humaines. Elle fut condamnée à mort pour avoir désobéi au roi.

# Paul NEMO

*Avocat au Barreau de Paris  
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre*

## SECRET PROFESSIONNEL, CONFIDENTIALITE ET DEONTOLOGIE

### Sommaire

	<i>Page</i>
1 – LE SECRET PROFESSIONNEL A UNE HISTOIRE ANCIENNE .....	3
2 – LA SOCIETE MODERNE TEND A REMETTRE EN CAUSE LE SECRET PROFESSIONNEL .....	10
A – Le secret professionnel de l'avocat.....	11
B – Les applications de ce secret.....	16
1°) Les perquisitions.....	16
2°) Les écoutes téléphoniques .....	23
3°) Les managements de fonds .....	23
4°) Le secret des courriers échangés entre l'avocat et son client et entre avocats.....	24
C – Les atteintes au secret.....	24
D – Le maintien de la confidentialité comme principe de base qui recoupe en grande partie la notion de secret professionnel .....	28
3 – ..LE SECRET PROFESSIONNEL, LA CONFIDENTIALITE, LA DEONTOLOGIE SONT PLUS QUE JAMAIS NECESSAIRES .....	29