



RAPPORT N°
CONFIDENTIALITÉ :
COMMISSION : Général – fonctionnement du conseil
MOTS CLÉS : Conseil de l'Ordre - publicité des débats - retransmission

SUR L'APPLICATION EFFECTIVE DU SECRET PROFESSIONNEL

ARTICLE 66-5 ALINEA 1^{ER} DE LA LOI DU 31 DECEMBRE 1971

RAPPORTEURS :

Vincent NIORE
Jean-Pierre GRANDJEAN

DATE DE LA REDACTION :

Avril 2017

DATE DE PRESENTATION AU CONSEIL :

4 avril 2017

BATONNIER EN EXERCICE :

Frédéric SICARD

CONTRIBUTEURS :

Jean-Pierre GRANDJEAN
Camille POTIER

TEXTES CONCERNES :

Article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971

Tel que successivement modifié :

- Loi n°90-1259 du 31 décembre 1990

« **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.** »

- Loi n°93-2 du 4 janvier 1993

En toute matière 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.**

- Loi n°97-308 du 7 avril 1997

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, **les notes d'entretien** et, plus généralement, **toutes les pièces du dossier** sont couvertes par le secret professionnel.

- Loi n°2004-130 du 11 février 2004

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.

- Loi n° 2009-112 du 30 janvier 2009

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.

Ces dispositions ne font pas obstacle, à compter de la conclusion d'un contrat de fiducie, à l'application à l'avocat qui a la qualité de fiduciaire, de la réglementation spécifique à cette activité, sauf pour les correspondances, dépourvues de la mention " officielle ", adressées à cet avocat par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité.

- Loi n°2011-331 du 28 mars 2011

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.

Ces dispositions ne font pas obstacle, à compter de la conclusion d'un contrat de fiducie, à l'application à l'avocat qui a la qualité de fiduciaire, de la réglementation spécifique à cette activité, sauf pour les correspondances, dépourvues de la mention " officielle ", adressées à cet avocat par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité.

Le présent article ne fait pas obstacle à l'obligation pour un avocat de communiquer les contrats mentionnés à [l'article L. 222-7](#) du code du sport et le contrat par lequel il est mandaté pour représenter l'une des parties intéressées à la conclusion de l'un de ces contrats aux fédérations sportives délégataires et, le cas échéant, aux ligues professionnelles qu'elles ont constituées, dans les conditions prévues à [l'article L. 222-18](#) du même code

RESUME :

La tendance générale de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation et du JLD du TGI de Paris en matière de contestation des perquisitions, consiste à réserver le secret professionnel pour le seul exercice des droits de la défense en matière pénale et encore, sous certaines restrictions.

En revanche, l'activité de conseil n'est plus en fait couverte par le secret.

CHIFFRES CLES :

TEXTE DU RAPPORT

1. La jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation avant et après la réforme du 7 avril 1997 :

Par arrêt rendu le 9 septembre 1897, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a consacré le principe de la libre défense et la confidentialité qui garantit la relation entre l'avocat et son client dans les termes suivants :

« Attendu, en droit, que, si le juge d'instruction est, aux termes des articles 89 et 35 du Code d'instruction criminelle, investi du pouvoir de saisir tous papiers jugés utiles à la manifestation de la vérité, ce pouvoir trouve une limite dans le principe de la libre défense qui domine toute la procédure criminelle, et qui commande de respecter les communications confidentielles des accusés avec les avocats qu'ils ont choisis ou veulent choisir comme défenseurs »¹.

La Chambre criminelle a donc confondu le principe de libre défense avec la confidentialité des communications des mis en cause avec leurs avocats qu'ils veulent choisir ou qu'ils ont choisi.

Ainsi, la relation entre l'avocat pressenti et le mis en cause avant toute désignation officielle auprès du juge, est-elle couverte par la confidentialité.

Plus tard, la Chambre criminelle a refusé d'étendre cette confidentialité à l'activité de l'avocat qui ne concerne pas l'exercice des droits de la défense *stricto sensu*.

Par arrêt rendu le 7 mars 1994 (n°93-84931), la Chambre criminelle a jugé que « *si, selon les principes rappelés par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les correspondances échangées entre le client et son avocat sont, en toutes matières, couvertes par le secret professionnel, il demeure que le juge d'instruction tient de l'article 97 du Code de procédure pénale le pouvoir de les saisir **dès lors qu'elles ne concernent pas l'exercice des droits de la défense*** ».

Par arrêt rendu le 30 juin 1999 (n°97-86318), la Chambre criminelle a jugé que « *il résulte des articles 97 et 99 du Code de procédure pénale et de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme que le juge d'instruction peut s'opposer à la restitution de documents saisis dans le cabinet d'un avocat et couverts par le secret professionnel, dès lors que leur maintien sous la main de la justice en vue d'apprécier l'existence d'infractions pénales est nécessaire à la manifestation de la vérité **et qu'il ne porte pas atteinte aux droits de la défense*** ».

¹ Cass. crim., 9 septembre 1897, Bull. crim. n°309.

Par arrêt rendu le 3 avril 2013 (Cass. Crim., 3 avril 2013, n° Y12-88021), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que :

*« Ne peuvent être saisis que des documents ou objets relatifs aux infractions mentionnées dans la décision de l'autorité judiciaire, sous réserve, hors le cas où l'avocat est soupçonné d'avoir pris part à l'infraction, **de ne pas porter atteinte à la libre défense** ».*

En tant qu'il réitère cette solution, mérite une attention particulière l'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 4 octobre 2016 (n°16-82308) :

*« Qu'en effet, si aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les pièces échangées entre l'avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel, aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce que l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge d'instruction, dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont reconnus par les articles 56 à 56-4, 76 et 96 du code de procédure pénale, procèdent à la saisie de telles pièces utiles à la manifestation de la vérité **lorsque leur contenu est étranger à l'exercice des droits de la défense** ou lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction ».*

Certes, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu le 3 mai 2012 (n°11-14008) la solution suivante dans le cadre d'opérations de visites l'administration fiscale chez un client :

« Il résulte de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 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 ».

2. La jurisprudence du JLD de Paris en matière de contestation des perquisitions :

La jurisprudence du JLD s'est calée sur celle de la Chambre criminelle.

Le secret professionnel n'existerait plus pour l'activité de conseil en droit fiscal ni pour celle du contentieux fiscal. Les décisions relèvent ainsi et généralement que « *Maître (...) est intervenu en qualité de conseil des mis en cause mais à aucun moment dans le cadre d'une défense de leurs intérêts devant une quelconque juridiction ; que les documents saisis ne bénéficient pas de la protection absolue des droits de la défense* ».

S'agissant de l'exercice des droits de la défense, le JLD retient que « *le secret professionnel ne peut connaître de dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis dans le cadre de l'information judiciaire sont susceptibles d'établir l'implication*

de l'avocat dans l'infraction, qu'elles aient été commises par ce dernier en qualité d'auteur ou de complice ».

On relèvera cependant qu'une ordonnance récente du JLD du TGI de Paris consacre le secret professionnel à l'occasion de l'activité de conseil dans les termes suivants : « *ces documents ne concernent pas les droits de la défense, peuvent être considérés comme couverts par le secret professionnel dès lors qu'ils pourraient ressortir de l'activité de conseil de Me (...)* ».

Toutefois, cette même décision précise en préambule « *qu'aucun des documents saisis dans le cadre de la perquisition au cabinet de Me (...) ne concerne la défense pénale d'un client... qu'ils ne bénéficient pas dès lors de la protection absolue des droits de la défense* ».

Une autre ordonnance portant sur la saisie de courriels confidentiels entre avocats fiscalistes, sur une question de droit fiscal, retient, en renouant avec une motivation discutable, que tous ces éléments « *se rattachent tous directement aux infractions poursuivies et sont de nature à participer à la recherche des preuves de ces infractions et des personnes impliquées* ».

Une remarque identique s'impose à propos d'une ordonnance récente qui a encore retenu nonobstant les protestations du délégué du Bâtonnier que le secret professionnel ne s'oppose pas à la saisie des pièces de nature à démontrer l'implication de l'avocat dans l'infraction « **dès lors que celles-ci ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense** ».

Il a encore été jugé par ordonnance du JLD de Paris du 7 octobre 2016 que :

« Les pièces transmises par le client à l'avocat sont couvertes par le secret professionnel dès lors qu'elles ont été transmises à l'avocat pour l'exercice des droits de la défense » et que : « *les honoraires payés par un client à un avocat sont couverts par le secret professionnel et d'une manière générale, les bordereaux CARPA relatifs aux honoraires ou dépens versés à d'autres intervenants (y compris les honoraires de l'avocat) émis par l'avocat dans l'exercice de sa mission **de défense et de conseil** sont couverts par le secret professionnel sauf à ce qu'ils contiennent l'indice d'une infraction susceptible d'avoir été commise par l'avocat* ».

En définitive, et contra legem, il semble acquis du côté du JLD de Paris, juge du contrôle de la mesure intrusive, que les avocats fiscalistes ne bénéficient plus du secret professionnel et peuvent être valablement perquisitionnés simplement parce qu'ils détiendraient des éléments utiles à l'enquête. Et le JLD d'organiser un subtil distinguo entre l'exercice des droits de la défense stricto sensu en matière pénale couvert par le secret (principe de la libre défense) et la fourniture d'un conseil fiscal, voire le suivi d'un contentieux fiscal qui ne seraient pas couverts par le secret pour ne pas appartenir à cet exercice des droits de la défense.

Le secret professionnel n'existerait plus qu'en matière pénale pour l'exercice des droits de la défense, au plan théorique en tout cas, puisque, en pratique, les pénalistes sont également entendus comme témoins ou perquisitionnés pour la défense qu'ils pratiquent ou sont contraints de pratiquer à propos de leurs clients écoutés, surveillés, épiés, suspectés jusqu'à l'infini.

Si la Cour de cassation a pu juger que la relation avocat-client confidentielle ne pouvait naître qu'avec la mise en cause du client placé en garde à vue, mis en examen ou témoin assisté, et la désignation officielle de l'avocat de la défense, cette considération – déconnectée de la réalité du

métier d'avocat – n'a nullement empêché les magistrats instructeurs de perquisitionner en fait l'avocat de la défense pour la totalité des dossiers susceptibles d'être reprochés à son client dont il avait déjà la charge à son cabinet².

Le philosophe Geoffroy de Lagasnerie l'exprime parfaitement : « *la stratégie utilisée pour autoriser des intrusions dans la relation avocats-clients est en fait à la fois sournoise et subtile puisque, tout simplement, il s'agit de nier l'intrusion dans la relation au moment même où on la justifie en disant que cette relation n'est pas une relation avocat-client, c'est-à-dire en niant cette relation : on ne justifie pas l'intrusion dans la relation, on nie la relation pour justifier l'intrusion* »³.

1. CALENDRIER DE LA MISE EN ŒUVRE DEVANT LE CONSEIL :

Immédiate.

² Cass. Crim. 22 mars 2016 n°15-83205, n°15-83206 ; Cass. Crim. 15 juin 2016, n°15-86043.

³ Intervention « *Secret, Etat et droit* » lors du colloque « L'avocat et les secrets » de l'Institut de Défense Pénale à Marseille le 25 juin 2016.