

AVOCAT

Le secret de la confiance et la Carpa

Secret professionnel de l'avocat - Correspondances échangées entre avocats ou entre l'avocat et son client - Règlement intérieur d'un barreau - Extension du principe de confidentialité aux correspondances échangées entre l'avocat et les autorités ordinales - Violation des dispositions relatives au secret professionnel (oui) - Violation du secret professionnel (non)

Sur le fondement de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée, 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 ; le règlement intérieur d'un barreau ne peut, sans méconnaître ces dispositions législatives, étendre aux correspondances échangées entre l'avocat et les autorités ordinales le principe de confidentialité institué par le législateur pour les seules correspondances échangées entre avocats ou entre l'avocat et son client.

Cass. 1^{re} civ., 22 sept. 2011, n° 10-21219 : M. X c/ M^{me} Y – F – P+B – Rejet pourvoi c/ CA Paris, 27 mai 2010 – M. Charruault, prés. – M^c Le Prado, SCP Bénabent, av. 18063



Par Jean-Charles
KREBS
Avocat au barreau
de Paris
Vice-président de l'Unca

Dans son arrêt du 22 septembre 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation déclare contraire à la loi, l'article 3.1.P du règlement intérieur du barreau de Paris, qui prévoit que : « sous réserve des règles de procédure, les communications et correspondances entre l'avocat et toute autorité compétente de l'ordre suivent les règles de l'article 3 du présent règlement ».

L'article 3 du règlement intérieur national dont il s'agit, indique que : « tous échanges entre avocats, verbaux ou écrits, quel qu'en soit le support

[papier, télécopie, voie électronique, etc.] sont par nature confidentiels ».

Ce texte constitue une déclinaison des dispositions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, qui énonce notamment que : « 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 Cour de cassation juge que le règlement intérieur d'un barreau ne peut, sans méconnaître précisément ces dispositions législatives, étendre le principe de confidentialité institué par le législateur, aux correspondances échangées entre l'avocat et les autorités ordinales.

Elle souligne que, aux termes de la loi, le principe de confidentialité n'a été institué par le législateur, que pour les seules correspondances échangées entre avocats, ou entre l'avocat et son client.

Un problème évident apparaît à la lecture de cet arrêt du 22 septembre 2011 : la première chambre civile n'introduit aucune nuance dans son analyse selon que les échanges

intervenant entre l'avocat et l'autorité ordinaire (qui, soit dit en passant, s'effectuent par définition entre avocats et au premier chef entre un avocat et son bâtonnier ou le délégué de son bâtonnier), se rapportent ou non à l'exercice professionnel de l'avocat et, plus précisément encore, à l'un de ses dossiers.

Dans l'espèce à l'origine de cet arrêt, les échanges, intervenus entre l'avocat et l'ordre, dont la confidentialité n'avait pas été respectée, concernaient des problèmes opposant des avocats dans le cadre d'une association qui avait peut-être à voir avec la vie du Palais, mais ne portaient pas sur les éléments d'un dossier dont traitaient les avocats concernés.

Pour autant, la Cour de cassation énonce un principe général, paraissant ainsi dénier sans discernement, en toutes hypothèses, tout caractère confidentiel aux correspondances échangées entre un avocat et les autorités ordinales.

C'est en cela que cet arrêt doit être critiqué, pour ce qu'il paraît constituer de la sorte une porte ouverte à une violation des dispositions de l'article 66-5 de la loi de 1971 rappelées ci-dessus, de l'article 4 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 aux termes duquel « sous réserves des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel », mais aussi des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal traitant de l'atteinte au secret professionnel.

Cet arrêt du 22 septembre 2011 doit ici être utilement rapproché de celui que la première chambre civile avait elle-même rendu le 21 octobre 2003⁽¹⁾ dans une affaire opposant l'ordre des avocats au barreau de Nice à l'un des membres de ce barreau, quant à la légalité des dispositions adoptées par le conseil de l'ordre pour obliger les avocats à produire un justificatif de la cause et de l'objet de toute opération, tant en crédit qu'en débit, sur les comptes ouverts par les avocats auprès de la Carpa.

(1) Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 2003, n° 01-11169.

Au visa des articles 17 et 53 de la loi du 31 décembre 1971, des articles 229, 241 et 241-1 du décret du 27 novembre 1991, et de l'article 8 de l'arrêté du 5 juillet 1996, la Cour de cassation avait alors validé le fait que le conseil de l'ordre était investi par ces dispositions législatives et réglementaires, « du pouvoir d'apporter au secret professionnel les dérogations strictement nécessaires à l'organisation du contrôle » relatif aux managements de fonds opérés par les avocats.

Le secret professionnel devait ainsi, selon la Cour de cassation, pouvoir être partagé avec l'autorité ordinaire pour les besoins du contrôle des managements de fonds, mais il ne s'agissait que de lui apporter les dérogations strictement nécessaires à cet effet. Un avocat ne pouvait donc s'y refuser en invoquant ses obligations résultant de l'article 226-13 du Code pénal, ou de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 (aujourd'hui de l'article 4 du décret du 12 juillet 2005).

L'article 8 de l'arrêté du 5 juillet 1996 prévoit d'ailleurs expressément ce que doit être le contrôle relatif aux managements de fonds, et impose que des informations relatives aux dossiers des clients circulent entre les avocats et la Carpa, organisme qui participe de l'autorité ordinaire ainsi que le prévoient les textes évoqués précédemment.

Ainsi les avocats doivent-ils notamment justifier auprès de la Carpa, de la nature des affaires, de la provenance des fonds, de l'identité des bénéficiaires des règlements, et de la justification du lien entre les règlements pécuniaires et les actes juridiques ou judiciaires accomplis dans le cadre de leur exercice professionnel.

Cette obligation constitue nécessairement l'un des cas de révélation prévus tant par l'article 226-14 du Code pénal que par l'article 4 du décret du 1^{er} juillet 2005, et elle vise par définition des éléments ou pièces des dossiers des avocats protégés par le secret professionnel aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.

À lire *ex abrupto* l'arrêt du 22 septembre 2011, on peut comprendre que les communications et correspondances concernant ces éléments ou pièces des dossiers de ses clients, échangées entre l'avocat et la Carpa, c'est-à-dire entre l'avocat et les autorités ordinaires, pour la mise en oeuvre des dispositions législatives et réglementaires imposant le contrôle des managements de fonds, ne peuvent bénéficier de la protection de la confidentialité, puisque le règlement intérieur d'un barreau ne pourrait, sans méconnaître les dispositions de l'article 66-5 de la loi, étendre à de telles correspondances le principe de confidentialité institué par le législateur.

Nous en arriverions, ainsi à une conception excédant très largement celle de la dérogation légale au secret professionnel strictement nécessaire à la mise en oeuvre du contrôle des managements de fonds, telle que la première chambre civile la validait en 2003 puisque, de la sorte, au travers de leur communication obligatoire à la Carpa, les éléments et informations transmis perdraient purement et simplement la protection de la confidentialité. C'est pourtant cette garantie de confidentialité qui, seule, permet de concevoir entre l'avocat et les autorités ordinaires un certain partage du secret professionnel, nécessaire à la mise en oeuvre des contrôles prévus par la loi.

Nous constatons qu'une telle lecture de l'arrêt du 22 septembre 2011, rapproché de celui du 21 octobre 2003, conduirait à sortir du champ de protection de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 tous les éléments communiqués par l'avocat à la Carpa pour les besoins du contrôle imposés

par la loi, et à organiser en quelque sorte l'institutionnalisation d'une violation obligatoire du secret professionnel au travers de ces contrôles.

Il ne s'agirait plus de déplacer partiellement, au niveau de l'autorité ordinaire de contrôle, la barrière du secret, mais de la supprimer !

Le respect du secret professionnel serait ainsi *a contrario* mieux garanti pour les clients, en l'absence de règlement pécuniaire effectué par l'intermédiaire de l'avocat, puisque celui-ci ne serait pas alors placé sous le contrôle de la Carpa !

La Cour de cassation peut-elle réellement vouloir une telle remise en cause du secret professionnel, en même temps que de la valeur ajoutée qu'apporte la déontologie des avocats lorsqu'il s'agit d'accompagner la traduction financière des opérations juridiques auxquelles ils apportent leur concours ?

Son intention peut-elle être véritablement de dévoyer les contrôles déontologiques existant au sein de la profession d'avocat, pour en faire autant de violations institutionnalisées du secret professionnel ?

Dans une telle perspective, c'est aussi l'article 2.2 du règlement intérieur national (RIN), traitant de l'étendue du secret professionnel en y incluant expressément « les règlements pécuniaires et tous managements de fonds effectués en application de l'article 27, alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1971 », qui se trouverait malmené et voué à une prochaine censure de la première chambre civile.

En effet, l'existence même du contrôle des règlements pécuniaires par l'autorité ordinaire suffirait à écarter de facto ces règlements du domaine du secret professionnel, puisque les échanges intervenant à l'occasion de ce contrôle ne seraient pas protégés par le principe de confidentialité, et constitueraient donc une sorte de fenêtre ouverte sur le secret professionnel de l'avocat.

Mais ne touchons-nous pas là à la démonstration par l'absurde du fait que l'arrêt du 22 septembre 2011 ne saurait, malgré les apparences, constituer un véritable arrêt de principe, sauf à y décrypter, au delà d'une rédaction maladroite, un autre principe que celui qui y apparaît au premier degré de lecture ?

Il est à cet égard intéressant de noter que l'article 2.2 du RIN, incluant expressément les règlements pécuniaires dans le champ d'application du secret professionnel, trouve sa place quant à lui dans l'article 2 traitant du secret professionnel, tandis que l'article 3 auquel s'est attaqué la première chambre civile, au travers de l'additif 3.1.P que lui a intégré le barreau de Paris, est consacré à « la confidentialité-correspondances entre avocats ».

Il y a dans la distinction entre ces deux notions, un premier élément de réponse à nos interrogations, et une possible clé de lecture de l'arrêt du 22 septembre 2011.

Le secret professionnel et la confidentialité constituent en effet deux notions différentes. Ils ne protègent pas la même confiance, et ne sont pas identiquement opposables aux mêmes personnes.

Il convient, en l'occurrence, de rappeler que l'espèce dans laquelle est intervenu l'arrêt du 22 septembre 2011 ne mettait pas en cause le secret professionnel, la première chambre civile jugeant d'ailleurs utile de souligner expressément que « l'arrêt attaqué se trouve légalement justifié en ce qu'il écarte toute violation du secret professionnel ».

Peut-on raisonnablement en déduire que son analyse aurait nécessairement été différente si une violation du secret professionnel avait été en cause ?

La controverse visait en effet, comme nous l'avons évoqué, un cas où était en cause la confidentialité d'une correspondance intervenue entre l'ordre et les avocats parties à un litige qui ne concernait pas le dossier d'un de leurs clients, ni d'ailleurs leur exercice professionnel à proprement parler.

Nous pouvons ainsi être tentés de comprendre que c'est concrètement cette confidentialité là, « hors secret professionnel », que la première chambre civile a voulu mettre à mal.

Mais force est de constater, ce qui pose aujourd'hui problème, qu'elle n'a pas pour autant, aux termes de son arrêt, nuancé sa censure exercée sur l'article 3.1.P, en énonçant purement et simplement et de manière générale, « que le règlement intérieur d'un barreau ne peut étendre aux correspondances échangées entre l'avocat et les autorités ordinaires le principe de confidentialité institué par le législateur pour les seules correspondances échangées entre avocats ou entre l'avocat et son client ».

Doit-on pour autant en déduire qu'en toutes hypothèses, même lorsque le secret professionnel est en cause, la Cour de cassation pourrait, et entend, écarter de la même manière du domaine de la confidentialité les échanges intervenus entre l'avocat et une autorité ordinale, puisque les dispositions de l'article 3.1.P du règlement intérieur du barreau de Paris sont contraires à la loi ?

Pourrait-elle le faire sans s'inscrire cette fois en violation (notamment) des dispositions de l'articles 66-5 de la loi qu'elle invoque, qui attribuent la couverture du secret professionnel, d'une manière générale, à « toutes les pièces du dossier », y compris les correspondances échangées entre l'avocat et ses confrères, sans restriction aucune ?

Les informations fournies par l'avocat à la Carpa en application de l'arrêt du 5 juillet 1996 visent des éléments du dossier traité par l'avocat, protégés par le secret professionnel, et les contrôles de l'autorité ordinale imposés par la loi, dans l'intérêt public, donnent lieu à des échanges concernant ces éléments, qui deviennent d'une certaine façon en eux-mêmes des pièces du dossier et interviennent de surcroît par définition entre avocats.

La confidentialité « intrinsèque » dont doivent bénéficier ces échanges inhérents aux contrôles, participe de la garantie du secret professionnel couvrant les règlements pécuniaires.

Le contrôle doit pouvoir être exercé par l'autorité ordinale, au service de l'intérêt public, sans qu'il soit porté atteinte

au secret professionnel. Seules doivent être acceptées et mises en place les dérogations strictement nécessaires à l'organisation du contrôle relatif aux règlements pécuniaires, telles que la Cour de cassation les envisageait en 2003.

Une approche identique peut être faite du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux, et de l'obligation de déclaration telle qu'encadrée par les dispositions de l'article L. 561-17 du Code monétaire et financier.

Il s'agit dans les deux cas de permettre, par un partage strictement encadré du secret professionnel de l'avocat avec l'autorité ordinale, la mise en place de dispositifs de contrôle et de prévention ne menaçant pas la substance même du secret.

Bien évidemment, cela n'est pas concevable si les échanges intervenant dans ce cadre entre l'avocat et l'autorité ordinale ne sont pas couverts par la confidentialité.

C'est en ce sens que l'arrêt du 22 septembre 2011 procède d'une rédaction extrêmement maladroite.

Cela étant, en se trouvant obligée de préciser que « l'arrêt attaqué se trouve légalement justifié en ce qu'il écarte toute violation du secret professionnel », la Cour de cassation admet, au moins implicitement, qu'il en serait nécessairement autrement s'il avait été porté atteinte au secret professionnel.

Des correspondances relatives à des éléments protégés par le secret professionnel, échangées entre l'avocat et une autorité ordinale, devraient ainsi impérativement être couvertes par le secret professionnel, quand bien même les correspondances échangées entre un avocat et son ordre ne sont pas, par principe, couvertes par le principe de confidentialité découlant de l'article 66-5 de la loi et énoncé à l'article 3 du règlement intérieur national.

En d'autres termes, la confidentialité s'impose de plein droit lorsqu'il s'agit de la communication entre l'avocat et l'autorité ordinale d'informations protégées par le secret professionnel, mais dont la révélation, à la seule autorité ordinale, est imposée par une disposition légale au sens de l'article 4 du décret du 12 juillet 2005, ou de l'article 226-14 du Code pénal.

C'est ce qui justifie que les contrôles effectués par les Carpa s'imposent effectivement aux avocats, ainsi que le soulignait la première chambre civile dans son arrêt du 21 octobre 2003, nonobstant la rédaction malheureuse de son arrêt du 22 septembre 2011.

Il eût néanmoins été préférable que la Cour de cassation, pour vouloir limiter le secret de certaines confidences, ne puisse être soupçonnée de vouloir trahir la confidentialité du secret professionnel. ●