

CENTRE INTERNATIONAL EN AFRIQUE DE FORMATION DES AVOCATS FRANCOPHONES

(CIFAF)

LE SECRET PROFESSIONNEL : CONSTANCES ET EVOLUTION

Par Me KAYUDI MISAMU COCO

Bâtonnier de l'Ordre du Barreau de KINSHASA /MATETE



Avril 2017, CONAKRY /GUINEE

LE SECRET PROFESSIONNEL : CONSTANCE ET EVOLUTION

« 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 taisais » disait **HIPPOCRATE (de 460 à 356 avant J.C)**, Père du serment que bredouillent les Médecins.

Dans ses antimémoires, **André MALRAUX** rappelle la phrase de l'un de ses personnages : « Qu'est-ce qu'un homme ? Un misérable petit tas de secrets... ».

Son propos visait principalement à faire la différence entre ce que l'on cache et ce que l'on ignore de soi. Au rebours de la psychanalyse, le secret envisagé ici correspond à ce que l'on cache. On peut cacher un secret en le taisant ou en l'habillant par un mensonge ou autrement (c'est le cas des personnes qui cherchent à préserver un secret de Famille).

C'est le cas également des organisations qui peuvent avoir intérêt à ce que certaines informations n'accèdent pas à l'espace public (secret d'Etat et sa variante secret défense).

Une sagesse affirme que tout ce qui est secret suscite la curiosité, mieux l'interdit attire. Le secret devient de polichinelle lorsqu'il est connu de beaucoup. Il peut ne l'être que de ceux à qui on le révèle ou qui en ont la révélation.

Dès lors qu'on l'apprend dans l'exercice de sa profession, ou tout au moins de certaines, il devient professionnel et obéit alors à un régime strict caractérisé spécialement par la sanction pénale de sa violation organisée par le code pénal.

Il semble que le secret professionnel est même médical, à l'origine. La première formulation de l'obligation de secret concernait les Médecins : « ce que tu as appris de ton malade, tu le taisas dans toute circonstance ». (**HIPPOCRATE**)

La lecture de l'article 378 de l'ancien code pénal Français sanctionnant le secret professionnel permet de s'en convaincre. En effet, aux termes de

cette disposition « *les Médecins, Chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que des Pharmaciens, les Sages-femmes et toute autre personne dépositaire, par état ou par profession ou par fonction temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie qui, hors de cas, ou la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateur, auront révélé ces secrets seront punis de (...)* » (**le code pénal de 1810, applicable jusqu'en 1994**).

Le secret des prêtres s'instaura plus tard, notamment pour ce qu'ils auraient appris en confession. Un troisième secret apparaîtra, celui de l'Avocat, héritier du secret professionnel du prêtre, puisque l'Avocat est issu du monde clérical dont il emprunte la robe.

Jusqu'à la fin de l'ancien régime en France, ces trois types de secret sont dans les usages, mais ne figurent dans aucun texte, à l'exception du secret de la confession. A ce sujet, diverses ordonnances royales déclarent que, « le sceau de la confession doit être inviolable » et « les confidences reçues au tribunal de la pénitence ensevelies dans un silence éternel ».

Depuis l'après la révolution Française, le secret professionnel s'impose dès lors qu'en raison de sa profession ou de sa fonction, une personne est appelée à recevoir des confidences ou à disposer de certaines informations. L'Avocat et le Médecin en sont tenus mais aussi d'autres professionnels comme le Banquier soumis à cette variante qu'est le secret bancaire.

Le nouveau code pénal Français de 1992 (**BADINTER**), en vigueur le 1^{er} mars 1994, abandonnera cette tentative de liste et s'écartera de la notion de secret confié et de confident nécessaire pour poser le principe de l'interdiction de divulguer un secret à « *toute personne qui en est dépositaire soit par état, soit par profession, fonction ou mission temporaire* », laissant le soin à d'autres textes législatifs ou réglementaires de préciser les personnes concernées.

D'orès et déjà, l'article 226-14 précise les limites au secret : « *l'obligation de secret n'est pas applicable dans le cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* ». Sont ainsi visés le cas de maltraitance de personnes fragiles, des sévices et privations et depuis 1993, de port d'armes. Il sied de signaler que depuis 1994, six lois au moins ont été votées pour renforcer l'arsenal répressif (loi relative à la prévention et à la répression des

infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, sur la sécurité intérieure relative à la protection de l'enfant etc.).

Le présent exposé s'attèlera à cerner les contours du secret professionnel, d'en fixer les fondements (I) déterminer l'étendu (II) afin de le situer dans le contexte actuel de l'exercice professionnel.

I. LE SECRET PROFESSIONNEL ET SES FONDEMENTS

A. QUELQUES ACCEPTIONS DU SECRET PROFESSIONNEL

L'on a souvent cherché à savoir ce qu'est le secret professionnel certains textes comme le règlement intérieur cadre des barreaux de la RDC, se contente de dire en son article 63 : « (...) *l'avocat est rigoureusement tenu au secret professionnel* » ou « le secret de l'instruction s'impose à l'Avocat(...) ».

L'on peut inférer des commentaires que **R.GUILLIENS et J.VINCENT** font de l'article 226-13 du nouveau code pénal Français que : « *le secret professionnel est une obligation dont le non-respect est sanctionné par la loi pénale imposant à certains professionnels de taire les confidences recueillies au cours de l'exercice dans leur profession* ».

Cette définition appréhende le secret professionnel sous son unique aspect déontologique comme étant une obligation, c.à.d. un des devoirs imposés à l'Avocat. Lors même qu'il peut se concevoir aussi comme un privilège, un droit reconnu à l'Avocat, en l'occurrence de se taire.

Les auteurs du répertoire pratique du droit Belge considèrent que « *les faits couverts par le secret professionnel sont ceux, en général, que l'Avocat apprend dans l'exercice de la profession, soit de son client, soit de la partie adverse ou de son conseil soit de tiers* ».

Sont ainsi considérés comme secret professionnel les confidences du cabinet, les écrits du client à son conseil, les faits appris au cours d'une instruction pénale et jusqu'aux faits surpris par l'Avocat à l'occasion de sa profession (**NYSSENS**, introduction à la vie du Barreau, 2^{er} édition Bruxelles 1974, n°17).

Le secret professionnel vise, selon la cour de cassation Française, « *tout ce qui a un caractère intime que le client à un intérêt moral et matériel à ne pas révéler* »

Il sied à ce stade de distinguer le secret professionnel de l'Avocat de la confession qui est d'une autre nature. En effet, le caractère sacramental attribué à la confession la distingue des obligations civiles et déontologiques qui sont en fait, tantôt des charges, tantôt des privilèges, alors que le sacrement est un acte rituel ayant pour but la sanctification de celui qui en est l'objet.

Le secret professionnel entraîne aussi l'obligation de respecter la confidentialité des correspondances et de communication entre Avocats. Au secret professionnel s'ajouterait une obligation dont la matière est plus fluide en l'occurrence l'obligation de discrétion c'est-à-dire l'aptitude à savoir garder silence, le secret.

L'Avocat est tenu à la discrétion lorsque par exemple, deux clients qui devaient s'ignorer mutuellement peuvent se rencontrer à son cabinet. Ainsi, l'existence d'une affaire peut être révélée par le nom inscrit sur un dossier ou par le contenu d'une communication téléphonique. Les anecdotes rapportées au cours des rencontres amicales sont également ou peuvent se révéler dangereuses, dans la mesure où elles pourraient permettre, parfois plus qu'on ne le croit, d'identifier ceux qui en sont concernés, ces risques exigent une prudence de tous des instants contre l'inévitable.

Ces quelques indications sur ce qu'est le secret professionnel permettent d'en chercher le fondement afin de mieux cerner l'étendue de l'interdiction de révéler les confidences reçues dans le cadre de l'exercice de la profession d'Avocat.

B. LES FONDEMENT DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

On peut considérer que le secret professionnel est de l'essence même de la profession d'Avocat, qu'il en constitue le caractère fondamental. Il est un des atouts primordiaux de la profession (**LAMBERT .P** règles et usages de la profession d'Avocat du Barreau de Bruxelles, Bxl, éd ? du jeune Barreau, 1988, P.90).

En effet, l'indépendance de l'Avocat a nécessairement pour corollaire d'une part le respect du secret professionnel et d'autre part, l'absence de tous conflits d'intérêts. Le respect du secret professionnel procure une garantie essentielle de la liberté de l'individu et du bon fonctionnement de la justice.

Cette notion trouve particulièrement sa raison d'être dans la nécessité de donner à ceux qui exercent la profession d'Avocat des garanties nécessaires de crédibilité. L'intérêt de cette crédibilité est de faire en sorte que tous ceux qui s'adressent aux Avocats en confiance puissent avoir la certitude que les secrets qu'ils confient à leurs conseils ne courent pas de risque d'être dévoilés à des tiers ou de subir la violation du fait des autorités judiciaires, publiques ou administratives .

Comme l'on peut s'en apercevoir le secret professionnel repose sur une multitude de normes impératives notamment des prescriptions légales pénalement sanctionnées, de règles déontologiques, tant réglementaires qu'ordinales. Il est protégé par des instruments juridiques internationaux comme la convention Européenne des Droits de l'Homme, CEDH. La cour de justice de l'Union Européenne, CJUE l'a érigé en norme communautaire.

(TPICE, 30 Octobre 2003, AK20 Nobel Chemisas Ltd (Aff. T-125/03 R et T-253/03 R) : concurrence/secret de correspondance entre Avocat et client ; CJCE, 26 Juin 2007, ordre des Barreaux Francophones et Germanophone c.à.d. conseil (aff.c-305) : directives de lutte contre le blanchiment/indépendance des avocats/procès équitable etc.).

L'ensemble de ces normes impératives détermine les caractères du secret professionnel de l'Avocat. Toutefois, **le véritable fondement du secret professionnel est l'intérêt Public.**

Le secret professionnel n'est en effet et à la Vérité, une protection ni de l'Avocat ni du client, mais l'application d'un principe général du droit qui veut que toute personne trouve un confident qui gardera le secret absolu sur les révélations qui lui sont confiées.

A cet égard, Maître **MUPILA NDJIKE** écrit « *on peut ainsi se permettre de dire que le jour ou l'Avocat va cesser d'être crédible, si nous n'en sommes*

pas encore là, dans une certaine mesure, il perdra un atout majeur qui lui permet d'exercer sa profession en même temps qu'il perdra aussi le prestige, c'est-à-dire l'attrait, l'éclat qui séduit et impressionne, que lui procure la profession et le titre d'Avocat ».

L'intérêt public comme fondement du secret professionnel de l'Avocat explique ainsi son champ d'intervention très large.

II. L'ÉTENDUE DU SECRET PROFESSIONNEL

1° CHAMP D'APPLICATION

Le secret professionnel de l'Avocat est **absolu, d'ordre public, général et illimité dans le temps.**

Ces caractéristiques sont essentielles pour permettre à l'Avocat d'exercer son rôle : conseiller et construire une défense en puisant dans les confidences de son client.

L'article 74 de la loi organique sur le Barreau en RDC dispose ; « *il est interdit aux Avocats(...) de révéler les secrets qui leur sont confiés en raison de leur profession ou d'en tirer eux-mêmes un parti quelconques* ».

Cette interdiction se justifie parce que les missions dévolues à l'Avocat qu'il s'agisse de la défense, de la négociation, de l'élaboration des actes, de la consultation, exigent que le client se confie totalement à son conseil pour permettre à celui-ci de détenir tous les éléments du dossier lui soumis, par confiance afin de l'aider à atteindre le résultat escompté.

Secret ou la confiance doit englober, et la révélation des faits et les mobiles du sujet c'est-à-dire les sentiments que l'on éprouve à ce sujet, ou les ressentiments, les espérances, les calculs, les buts que l'on poursuit ou ses prétentions.

Comme on le voit, le secret professionnel de l'Avocat est une double garantie : pour le client, qui dans toute circonstance, aura l'assurance que son défenseur ne va pas révéler ce qui lui a été confié ; pour l'Avocat et son client qui auront l'assurance qu'un fiers singulièrement l'Etat et les autorités de poursuites, ne va pas puiser dans ce qui a été transmis sous le secret.

Le respect du secret professionnel est à la fois un droit et un devoir pour l'Avocat et il s'applique quelque soit le support, la situation le type d'acte accompli par l'Avocat ou la matière concernée.

A cet égard la loi Française de 1971 telle que modifiée et le règlement intérieur national contiennent des dispositions fort intéressantes : « 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, généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel » ; « 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. Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'Avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel ».

En son assemblée générale tenue le 28.04.2007, le Conseil National des Barreaux de France a délibéré comme suit : « le secret professionnel couvre en toute matière, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quelque en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique...) » :

- 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, toutes les informations et confidences reçues par l'Avocat dans l'exercice de la profession ;
- le nom des clients et l'agenda de l'Avocat ;
- les règlements préliminaires et tous maniements de fonds(...);

- les informations demandées par les commissaires aux comptes ou tous tiers (informations qui ne peuvent être communiquées par l'Avocat qu'à son client).
- Aucune consultation ou saisie de documents ne peut être pratiquée au cabinet ou au domicile de l'Avocat, sauf dans les conditions prévues par le code de procédure pénale.

Quant à la structure professionnelle ou au mode d'exercice, l'Avocat doit faire respecter le secret par les membres du personnel de son cabinet et par toute personne qui coopère 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 des moyens.

Comme on le voit, toutes les confidences que l'Avocat a pu recevoir à raison de son état ou de sa profession, les informations reçues de tiers dans le cadre du dossier concernant le dit client, les déductions que l'Avocat a pu faire des informations reçues de son client tombent dans le domaine du secret professionnel.

L'Avocat se doit d'être particulièrement attentif à cette couverture-là lorsqu'il intervient comme négociateur ou lorsqu'il est Avocat de plusieurs clients dans une même affaire.

La protection du secret professionnel couvre les correspondances, revêtues nécessairement du sceau de la confidentialité. Une correspondance, quelle que soit la forme entre l'avocat et son client est donc inviolable. Elle ne peut être ni saisie, ni consultée par des tiers. Il convient également de préciser que même si elles ne sont pas revêtues de la mention « confidentiel », ces correspondances sont couvertes et le client peut en demander le retrait des débats. Ce secret de la correspondance s'impose malgré l'existence des situations particulières.

Le secret professionnel explique et justifie également l'inviolabilité du cabinet et du domicile de l'Avocat, ce qui entraîne le régime spécial des perquisitions.

Dans l'intérêt de la défense de son client et uniquement, l'Avocat peut révéler car le caractère absolu de secret professionnel empêche toute autre forme de révélation de celui-ci. Il ne doit, dans l'absolu, partager son secret même avec son confrère, sauf dans la relation patron/collaborateur, sinon dans les circonstances bien particulières (déclaration de soupçon auprès du bâtonnier par exemple).

Une question s'est relativement posée, celle de savoir si le client peut lui-même relever l'Avocat de son secret professionnel ?

Emil GARCON éminent juriste en début du siècle dernier déclarait : « *le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, 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 ce 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 on pouvait craindre la divulgation du secret confié ».

Il en résulte que le client ne peut en délier le dépositaire. Par ailleurs, l'on ne voit pas comment une volonté individuelle viendrait à dispenser un professionnel d'une obligation d'ordre public édictée par le code pénal si tant est, en plus, que le fondement du secret est de l'ordre public et non contractuel. Aux poursuites pénales se tiennent à côté des poursuites disciplinaires pour quiconque viole.

2° LE SECRET NECESSAIRE COMME LIMITE

Le secret, malgré ses caractéristiques et son domaine d'intervention très large, se limite aux confidences nécessaires faites par un client à son Avocat dans le cadre de sa défense ou de la protection de son intérêt.

A cet égard, **le Bâtonnier DAMIEN** évoque le secret nécessaire ce concept exclut naturellement les confidences faites à un ami par ailleurs Avocat ou à tel interlocuteur de l'Avocat non Avocat et donc pas soumis au secret. C'est à l'Avocat d'être attentif au respect du secret y compris par son personnel, sans préjudice de sanction en cas de violation éventuelle.

La plupart de législations admet certaines limites à ce secret lorsqu'il existe des impératifs d'ordre public qui lui paraissent ou sont supérieurs il en est ainsi de perquisitions, écoutes téléphoniques, saisies de correspondances, des obligations de l'Avocat en matières de blanchiment.

En effet, ces actes sont normalement interdits lorsqu'ils touchent au cabinet ou au domicile de l'Avocat mais de manière exceptionnelle, et toujours sous le contrôle du bâtonnier, lorsqu'ils sont de nature à établir la preuve de la participation de l'Avocat à une infraction.

Par ailleurs, tout en réaffirmant le principe du secret professionnel, certaines dispositions du code pénal qui punissent la non dénonciation d'un crime font une exception pour les personnes astreintes au secret dans certaines conditions déterminées. L'Avocat est ainsi le seul juge de sa conscience en étant libre de révéler ou non les informations qu'il possède.

Le code de procédure pénale congolais dispense d'ailleurs, expressément l'Avocat de l'obligation de témoigner, en étant que personne dépositaire par profession des secrets qu'on lui confie.

Néanmoins, une telle liberté de conscience est fortement combattue dans le domaine particulier de la lutte contre le blanchiment car cette question pose un véritable dilemme entre, d'une part la nécessaire légitime lutte contre le blanchiment des capitaux et le terrorisme et d'autre part la sauvegarde de l'indépendance des Avocats et du secret professionnel.

A l'ère du numérique, de l'interprofessionnalité, à l'épreuve des nouvelles technologies, de l'exigence de plus en plus accrue de transparence, il y a à s'interroger sur l'avenir du secret professionnel, mieux son évolution.

La transparence s'exprime, dans l'esprit du public, comme évidence alors que le secret est ressenti comme la dissimulation de vérité cachés qui ne devraient pas l'être. Le secret cristallise le paradoxe des sociétés libres, ou doit se situer la frontière entre la liberté individuelle et l'exigence de la transparence.

Il incombe aux Avocats, mais pas seulement à ceux-ci, d'affirmer et de démontrer que le secret professionnel n'est pas un privilège pour celui qui

en est investi mais qu'il est au contraire une charge. Il ne répond pas à l'intérêt de l'Avocat qu'à celui de son client. Il obéit à un intérêt social supérieur, il est impératif général sanctionné par le code pénal et passible en cas de transgression, de poursuites déontologiques.

CONCLUSION

Dans l'arrêt **WOUTERS** du 19 février 2002, la cour de justice de l'Union Européenne affirme que « *le secret professionnel est la base de la relation de confiance qui existe entre l'Avocat et son client. Il impose à l'Avocat de ne divulguer aucune information qui lui a été communiquée par son client (...)* »

Le respect du secret, aux yeux de la CEDH est un droit fondamental. Elle réaffirme la prépondérance du secret professionnel au travers du droit au respect de la vie privée, du droit à un procès équitable et de la liberté d'expression. En assurer la protection ne doit pas amené à créer de l'opacité.

Le secret professionnel est donc un pilier majeur des principes de la profession : il permet, par la protection de la confidentialité, d'instaurer la confiance nécessaire du client dans son Avocat.

Le secret professionnel est ainsi un équilibre entre la protection de l'intérêt et des droits de l'individu et la protection de la société. Il est un élément clef du fonctionnement moderne de la justice dont la déclinaison et les nuances illustrent la complexité des intérêts en jeu. Le secret professionnel de l'Avocat est ainsi inhérent à l'existence d'une société démocratique.

Fait à Kinshasa, le 30 mars 2017

Bâtonnier KAYUDI MISAMU Coco