

BULLETIN JOLY BOURSE

ACTUALITÉ DU DROIT DES MARCHÉS FINANCIERS

ÉCLAIRAGE

Émission de titres de capital en période de crise : l'exemple Saint-Gobain - PAGE 168
Laurent Faugérolas
Étienne Boursican

JURISPRUDENCE

Délit de manipulation de cours et engagement de la responsabilité d'une personne morale - PAGE 170
Jérôme Lasserre Capdeville

Affaire Sacyr Eiffage : suite et fin ? - PAGE 185
Frank Martin Laprade
Anselme Mialon

La fonction de conservation du dépositaire, source de responsabilité civile - PAGE 191
Isabelle Riassetto
André Prüm

Analyse financière produite et diffusée par un PSI : les précisions apportées par l'AMF - PAGE 204
Martine Kloepfer Pelèse

DOSSIER

LE SECRET EN MATIÈRE FINANCIÈRE - PAGE 227
Sous la direction scientifique de Anne-Dominique Merville

PRATIQUE

Quelle transparence pour les marchés obligataires ? - PAGE 250
Bertrand Bréhier

JOLY
éditions

lextenso éditions

LE SECRET EN MATIÈRE FINANCIÈRE

Sous la direction scientifique de Anne-Dominique Merville

-
- Propos introductifs
Anne-Dominique Merville
 - Le secret professionnel : l'exemple des commissaires aux comptes et des experts-comptables
Maxime Delhomme
 - La conformité des établissements bancaires protège-t-elle les secrets ?
Laurence May
 - Les secrets professionnels résistent-ils à l'enquête pénale ?
Guillaume Daïeff
 - Les secrets professionnels résistent-ils à l'enquête administrative de l'autorité des marchés financiers ?
Jean-Philippe Pons-Henry
-

31

Propos introductifs

Anne-Dominique Merville

Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise

Directrice du Master II Droit pénal financier

Membre du Centre de droit pénal économique

Du secret des revenus à celui des religions, de celui des alcôves à ceux de fabrication, la France est le pays des secrets...

Le secret évoque tant de choses, en droit c'est le secret du domicile, secret des correspondances ou secret professionnel. C'est essentiellement ce dernier secret qui nous intéresse. Car le secret est l'apanage des professionnels qui ont accès aux confidences de leurs clients.

Le plus ancien des secrets professionnels est celui défini par Hippocrate, vers 400 avant Jésus-Christ, dans la déontologie de la profession qu'il a alors édictée, « 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 tairai¹ ». Plus tard, le secret des prêtres fut reconnu à partir du christianisme. Le prêtre, admis à entendre les confidences et doté alors du pouvoir de pardonner. Enfin un troisième secret apparut au Moyen Âge, celui des avocats, astreints également au secret des confidences reçues. Ces secrets furent protégés solennellement dans le Code pénal en 1810, notamment à l'article 226-13, qui garantit le secret absolu et d'ordre public.

Mais qu'en est-il en matière financière où les mots de secret et de finance semblent pour certains aller de pair... Il existe des secrets en droit des affaires liés

notamment à l'activité économique et industrielle, mais aussi des secrets liés au domaine financier. En réalité, ce secret existe sous plusieurs formes notamment celui des professions du chiffre² ou celui des banquiers. Le principe demeure assez proche des autres secrets professionnels. C'est ainsi que le commissaire aux comptes est soumis au secret dans le cadre de sa profession. En effet, chargé du contrôle de la régularité des comptes et de la sincérité des informations financières, il a accès à de nombreux documents et il est tenu de respecter le secret sur ce qu'il apprend dans l'exercice de sa profession. Ce secret est fondamental dans la relation que le commissaire aux comptes a avec l'entreprise. Le secret bancaire date de 1984 et figure à l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier³. En cette année 2009, il a fait l'attention des médias notamment dans l'affaire de la banque UBS face à la justice américaine⁴, et le G20 a été consacré en partie aux paradis fiscaux... Ce secret est important car son existence renforce la confiance dans le système bancaire soumis à une concurrence internationale. Un État qui y porterait trop atteinte s'exposerait à une fuite des capitaux. Le secret bancaire est donc une obligation fondamentale du système financier qui repose sur la confiance. Il s'agit globalement de taire un certain nombre d'informations que les personnes exerçant dans l'activité bancaire obtiennent de leurs clients et collaborateurs. La notion de secret bancaire

1 A. Damien, « Secret professionnel et secret de la confession, à propos d'un arrêt récent de la Cour de cassation » : *Esprit & Vie* (http://www.esprit-et-vie.com/breve.php?id_breve = 143).

2 M. Delhomme, « Le secret professionnel de l'expert comptable » : *LPA*, n° 191, 25 sept. 2000, p. 49.

3 B. Farier, « La réforme du secret bancaire » : *LPA*, n° 194, 26 sept. 2008, p. 4 ; J. Lasserre Capdeville, « Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition » : *AJ Pénal*, avr. 2009.

4 A. Duparc, « La Justice américaine ouvre une brèche dans le secret bancaire suisse » : *Le Monde*, 21 févr. 2009.

recouvre deux concepts : une obligation de discrétion et le secret professionnel du banquier. Les professionnels ne respectant pas ces règles encourent des sanctions à caractère civil, pour l'obligation de discrétion, pénal pour le secret professionnel et de façon générale, disciplinaire⁵.

D'ores et déjà il est possible de faire deux remarques préliminaires, l'une sur le champ d'application du secret, l'autre sur son opposabilité.

I - Le champ d'application du secret en matière financière

Dès le XIX^e siècle, il est possible de noter un double courant législatif, d'une part, le législateur étend le nombre de personnes soumises au secret, notamment les banquiers et, d'autre part, il impose une obligation de dénoncer, révéler, en dépit du devoir de secret professionnel⁶. C'est ainsi que le législateur a été amené à amenuiser le secret médical dans son principe, en créant des obligations de dénonciation de maladies susceptibles de causer des endémies meurtrières. Le secret des avocats connaît aussi des limites lorsque l'avocat est lui-même complice de l'inculpé, mais surtout dans le cas de dénonciation d'opérations de blanchiment d'argent. Quant au secret de la confession, la jurisprudence admet aussi des tempéraments⁷. Le commissaire aux comptes n'y échappe pas, il a également une obligation de parler comme celle de révéler au procureur tous délits. Le secret bancaire, à l'instar des autres, n'est pas absolu et il existe des dérogations au nom des intérêts publics comme privés. Bien évidemment, viennent à l'esprit la loi de modernisation de l'Économie du 4 août 2008, qui

prévoit de nombreuses dérogations comme celles concernant les informations destinées aux agences de notation⁸ et l'ordonnance du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, avec l'obligation de déclaration de soupçon étendue à tous les délits sanctionnés d'un emprisonnement de plus d'un an. Ce sont les questions qui se posent aujourd'hui, notamment aux directions de la conformité.

Le champ d'application du secret se réduirait-il donc comme une peau de chagrin ? Le secret est-il fragilisé par la multiplication des dérogations ?

II - L'opposabilité du secret en matière financière

Le secret suppose une capacité de résister aux sollicitations extérieures, car si l'information est accessible il n'y a plus de secret. Certes, il est quasiment toujours interdit au professionnel de prendre l'initiative de révéler à un tiers ce que la confiance de son interlocuteur lui a permis de connaître, mais l'attitude est plus délicate à appréhender quand il s'agit de la justice ou d'une administration. Le principe est donc celui de l'opposabilité du secret face aux intérêts privés, mais la jurisprudence y apporte parfois des tempéraments⁹. En revanche, au nom de l'intérêt public, le législateur prévoit que le secret est inopposable à la justice pénale¹⁰, mais aussi à certaines autorités de contrôle comme l'Autorité des marchés financiers¹¹ ou l'administration fiscale. Le secret peut également être levé alors que les poursuites n'ont pas encore été entamées comme dans la lutte contre le blanchiment d'argent.

Le secret en matière financière est-il devenu un secret de polichinelle, ou encore un secret d'État ?

- 5 G. Legrand, « Le secret bancaire ou la théorie de la relativité. États des lieux à l'usage des banques et de leurs clients » : *JCP E*, juin 2005, p. 1105.
- 6 B. Bouloc, « Le secret professionnel du commissaire aux comptes » : *Rev. sociétés*, 2008, p. 291 ; B. Py, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? » : *AJ Pénal*, avr. 2004, n° 4 ; « Secret professionnel et obligation de dénonciation » : *Dr. pénal*, n° 9, sept. 2008, étude 13.
- 7 Cass. com., 17 déc. 2002 : *JCP G*, 2003, p. 117.
- 8 C. mon. fin., art. L. 511-33, al. 3.
- 9 Récemment en matière de cautionnement, Cass. com., 16 déc. 2008 : *D.*, 2009, AJ 163, note V. Avena-Robardet ; *JCP E*, 2009, 1037, p. 11, note Th. Bonneau ; *RD bancaire et fin.*, 2009, comm. n° 14, obs. D. Legeais ; *Banque et droit*, 2009, p. 45, obs. N. Rontchevsky.
- 10 C. pén., art. 132-22 ; C. mon. fin., art. L. 511-33, al. 2.
- 11 C. mon. fin., art. L. 621-9-3.

Le secret professionnel : l'exemple des commissaires aux comptes et des experts-comptables

Maxime Delhomme
Avocat à la Cour
Delhomme & Brégou

La situation des experts-comptables et des commissaires aux comptes a cela d'exemplaire que, pour les experts-comptables, leur secret professionnel, prévu par l'article 21 de l'ordonnance statutaire¹ renvoyant expressément à l'article 226-13 du Code Pénal, est très largement méconnu, notamment des services d'enquête, et que, pour les commissaires aux comptes, celui prévu par l'article L. 822-15 du Code de commerce² est illustratif de la difficulté qu'il peut y avoir dans la coexistence d'un secret professionnel et d'un devoir de révélation³.

S'agissant souvent des mêmes professionnels susceptibles d'exercer des métiers presque antagonistes (conseil et rédacteur pour l'un, et censeur pour l'autre), mettre en commun l'étude de leur secret professionnel permet aussi de rappeler que cette notion repose sur un texte pénal unique pour toutes les professions, du policier à l'avocat, dont la fonction n'est possible que par la possibilité d'obtenir des « informations à caractère secret ».

Cette simplicité d'apparence de l'unicité de texte peut provoquer des débats chez les professionnels, mais pour le grand public, dont il s'agit prioritairement d'obtenir la confiance, elle provoque une compréhension immédiate.

En effet, l'évidence première est que chacun est responsable de la garde, par son propre silence, de ses secrets, et c'est parce qu'il s'agit de les obtenir que leur sauvegarde doit apparaître tout aussi évidente.

Le sujet n'est donc pas le secret en lui-même mais l'intervention des professionnels qui en assurent le traitement. Cette force dans la loi utilisée montre quels sont les intérêts primordiaux à protéger.

Un secret pour faire parler. Historiquement, les professions médicales ont été les premières à comprendre qu'elles ne pouvaient exister sans s'imposer, col-

lectivement, pour être crédibles, le silence sur les secrets confiés par les patients ; et les autres professions les ont rejointes dans l'expression d'une règle déontologique assortie de sanctions.

Le contrat n'est pas individuel puisque c'est une profession qui s'engage. La discipline par laquelle elle réprime les manquements sera acceptée par les autorités et dans beaucoup de pays, notamment anglo-saxons, le droit est resté dans cet état : un contrat collectif protégé par les institutions mais pas imposé par elles.

À ce stade, ce sont les droits de la personne que protège le secret professionnel, et l'on remarquera d'ailleurs que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ne l'abrite que sous la protection du droit au respect de la vie privée⁴.

Mais, en cet état, puisqu'il s'agit d'un contrat, dans la plénitude du droit civil il est soumis à la volonté des parties et donc relatif.

Le récipiendaire de la confession ne peut modifier son obligation, son engagement personnel résultant d'une promesse collective, mais celui dont il la reçoit reste libre de la récupérer.

Le professionnel, dans ce système de droit civil, ne peut, pour refuser la demande de levée du secret par son client, que s'interroger sur la réalité, la validité du consentement de celui-ci ou autrement dit de savoir s'il n'est pas victime de pressions.

Le professionnel peut ainsi faire l'erreur de croire que c'est spontanément, et dans son intérêt, que son client lui demande de révéler aux autorités ce que jusque-là il souhaitait leur dissimuler.

- 1 Article 21 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 réglementant le titre et la profession d'expert-comptable : « Sous réserve de toute disposition législative contraire, les experts comptables, les salariés mentionnés à l'article 83 *ter* et à l'article 83 *quater* les experts comptables stagiaires sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les peines fixées par l'article 226-13 du Code pénal. »
- 2 C. com., art. L. 822-15 : « Sous réserve des dispositions de l'article L. 823-12 et des dispositions législatives particulières, les commissaires aux comptes, ainsi que leurs collaborateurs et experts, sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions. »
- 3 C. com., art. L. 823-12 : « Ils révèlent au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance, sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation. »
- 4 CEDH, art. 3 : « Toute personne à droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. » ; CEDH, 25 févr. 1997, § 95, *Z c/ Finlande* : *JCP*, 1998, I, 107, chron. F. Sudre ; *AJDA*, 1998, p. 42, obs. J.-F. Flauss ; CEDH, 24 juill. 2008, n° 18603/03, *André c/ France*, § 41 : *JCPG*, 2008, II, 10182, note Ch. Louit, sur le fondement de l'article 8 § 1 la CEDH considère que « des perquisitions et des saisies chez un avocat portent incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client » et qu'elles affectent le « droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination ».

Une telle erreur peut fragiliser la confiance de tout le public et pour éviter toute tergiversation, dans certains systèmes de droit, dont le droit français, cette obligation contractuelle relative est devenue, par l'intervention du droit pénal, un devoir absolu⁵.

L'absolu ou le relatif n'ont ici rien à voir avec l'étendue du secret : absolu ne veut pas dire illimité, mais exprime la puissance due à la nature juridique de l'obligation de rester taisant. Et ce n'est pas parce que quelque chose est limité dans son étendue qu'il serait de ce fait moins fort dans son principe.

La loi pénale exprime l'intérêt général. Si le secret est dans le champ pénal, c'est bien qu'il n'est pas une prérogative accordée aux professionnels libéraux mais une protection de la société qui veut donner une chance aux anxieux de vérifier leur situation ou, s'ils le souhaitent, de la régulariser au mieux.

La préservation de l'ordre public, c'est éviter qu'un mal ne se répande ; la réticence fiscale, la méconnaissance des règles comptables sont par exemple des nuisances qui, à l'instar d'une épidémie, ne pourront être endiguées que par la possibilité curative des professionnels.

Il est déjà toujours plus efficace, et moins onéreux, d'inciter par une permission que de traquer, mais cela serait de plus totalement vain à l'égard de ceux qui ne cherchant qu'à être rassurés sur l'innocuité de leur comportement et qui, n'en ayant pas l'opportunité, continueraient, par crainte, à avoir des attitudes sociales incompréhensibles.

L'éminent Émile Garçon avait déjà mis en évidence que « le secret professionnel a uniquement un intérêt social, sans doute sa violation peut créer un préjudice aux particuliers mais cette raison ne suffirait pas pour en justifier l'incrimination. La loi la punit parce que l'intérêt général l'exige, 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 leurs missions si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidences nécessaires soient astreintes à la discrétion et que le silence leur soit imposé, sans conditions, ni réserves, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si on pouvait craindre la divulgation du secret confié⁶. »

Une fois établi l'intérêt du droit pénal qui s'applique de manière générale, c'est dans les fonctions exercées que s'établit la définition de l'intérêt particulier qu'il s'agira de protéger.

L'intérêt social particulier du secret des experts-comptables et des commissaires aux comptes. Pour les experts-comptables, dans son rapport sur l'année 2005, la Cour de cassation a traité le sujet dans son intégralité⁷.

Elle intervenait à la suite d'un arrêt de sa Chambre commerciale qui avait conclu un débat sur la distinction, pour l'application du secret, entre les missions comptables et les missions accessoires en énonçant le principe que « quel que soit l'objet de la mission dont il est chargé par contrat, l'expert-comptable est tenu à un secret professionnel absolu à raison des faits qu'il n'a pu connaître qu'en raison de la profession qu'il exerce⁸ ».

Ce qui donnait l'occasion à la Haute Juridiction de rappeler le fondement et le régime juridique du texte pénal : « La pertinence du conseil dépend, en effet, de la pleine connaissance des éléments nécessaires, et donc de l'absence de réticence de la part du client, et il faut en outre tenir compte du fait que les seules dérogations quant au caractère absolu du secret professionnel de l'expert-comptable sont apportées par la loi. »

Pour les commissaires aux comptes, à l'occasion d'un débat initié à partir d'une procédure américaine, dans laquelle le client reste le maître du secret, une juridiction a développé le raisonnement : « Attendu qu'il résulte de l'article L. 822-15 du Code de commerce que seules des dispositions législatives spéciales peuvent délier les commissaires aux comptes de leur secret ; que le législateur a donc entendu conserver un pouvoir exclusif en la matière ; que la loi n'a pas prévu la faculté pour la société concernée de lever le secret ;

Attendu que les commissaires aux comptes ont une mission d'intérêt public ; qu'ils exercent leurs fonctions, ou doivent les exercer, non seulement dans l'intérêt des associés actuels de la société contrôlée mais aussi les actionnaires potentiels de celle-ci, les créanciers sociaux et d'autres contractants, même éventuels ;

Attendu que cette mission suppose que les échanges entre la société et les commissaires aux comptes soient sincères ; que des informations confidentielles doivent pouvoir être communiquées librement ; que le secret professionnel est un moyen destiné à assurer la sincérité de ses échanges entre les deux parties ; qu'il garantit donc non seulement la société mais aussi les commissaires aux comptes ;

Attendu, ainsi, que le secret est nécessaire, tant pour les commissaires que pour la société cliente, à l'efficacité d'un contrôle qui doit être exercé dans l'intérêt non seulement de la société mais aussi de tiers [...]

5 « Dans la thèse du secret absolu, l'intérêt social, qui est la base de l'incrimination, conduit à décider que le consentement de l'intéressé ne sera jamais pris en considération. » Jean Brethe de La Gressaye, *Rép. pén. et proc. pén. Dalloz*, v. « Secret professionnel », n° 14.

6 Ch. Raoult, « Le secret professionnel... encore ! » : *Gaz. Pal.*, 28 févr. - 1^{er} mars 2003, p. 645.

7 Rapport général de la Cour de Cassation de 2005 sur les activités économiques, commerciales et financières, p. 360 et 361.

8 Cass. com., 8 févr. 2005, n° 02-11044.

Attendu par conséquent qu'en raison du fondement du secret professionnel et de la nature de la mission des commissaires aux comptes, l'accord de la société concernée, en l'absence de dispositions législatives spécifiques, est insuffisant à délier les commissaires aux comptes de ce secret⁹ ».

Dans les deux professions, c'est le besoin de sincérité des informations qui fonde le secret, dans l'une, pour élaborer les comptes ou formuler un conseil, dans l'autre, pour avoir quelques bonnes raisons pour émettre une opinion sur ces comptes.

L'exercice des missions conduit comme dans n'importe quel travail à rester discret mais c'est une autre catégorie de confiance que protège le droit pénal : celles sans lesquelles la mission ne serait que formelle.

Si le législateur consacre des professions avec des devoirs sociaux c'est pour qu'elles puissent exercer. Et c'est quelquefois cet exercice qui leur est reproché.

Savoir n'est pas participer. Celui qui sait est complice, dit-on souvent un peu vite. Il est certain que le commissaire aux comptes qui connaît, de manière certaine, un délit, commettra celui de non révélation à ne pas le dénoncer¹⁰.

La question n'est pas la même pour la fonction d'expert-comptable qui, en tant que prestataire purement contractuel, n'a aucun devoir d'alerte envers qui que ce soit et dont le secret professionnel reste une obligation sans faille.

C'est donc en infraction frontale avec la loi qu'il lui est quelquefois reproché, par son silence, un acquiescement aux agissements de son client¹¹.

Et si celui-ci persiste, il ne peut en aucune façon y mettre fin de lui-même ou par dénonciation. Ainsi « une simple présence aux côtés du délinquant étant insuffisante pour établir la complicité [...] que le fait d'avoir constaté et suivi le compte qui abritait les chèques de cavalerie, n'est pas un acte positif fondant la complicité [...] que les experts comptables sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 226-13 du Nouveau Code pénal¹² ».

Même la réitération sur plusieurs exercices n'y change rien car l'absence de démission, qui lui est pourtant souvent reprochée dans ce cas, ne correspond à aucune

obligation, et n'est que de l'ordre de la prudence ; de plus, une rupture brusque du contrat pourrait même s'apparenter à une révélation, qui lui est interdite.

Le paradoxe dû à l'universalité de la protection. Pour les professions du conseil, juridique et financier, la mise en porte-à-faux par la suspicion de protéger les délinquants (voire les criminels) fait partie du débat, et pas seulement policier.

Le paradoxe est en effet qu'il faut offrir le secret à tout le monde, y compris aux délinquants irréductibles, pour avoir une chance d'attirer ceux qu'il faut convaincre que leur situation est amendable.

Cet intérêt à long terme du concept juridique se heurte naturellement à l'instinct immédiat qui s'offusque de la protection que le mécanisme donne aussi aux délinquants avérés.

Il est en fait simple de comprendre qu'il ne peut pas y avoir de demi-protection : on accorde le secret totalement ou pas du tout.

Mais la validité de cet argument ne repose que s'il y a une chance que les professionnels puissent réussir un travail efficace de persuasion.

Absolu n'est pas illimité. Dès lors, si certaines délinquances sont exemptes de repentants, ou si la proportion de ceux-ci n'est pas significative, le mécanisme du secret professionnel peut sembler, pour l'État, n'avoir plus aucun intérêt.

Se justifie alors pleinement, pour rendre ces délinquances plus difficiles à pratiquer, soit de laisser libre le professionnel de dénoncer¹³, soit même d'imposer, en ce qui concerne certaines délinquances, une obligation de dénonciation.

De fait, exclure certains comportements de la protection du secret, donc du recours au professionnel, c'est ostensiblement les bannir. Dans le monde de l'argent, la dénonciation du blanchiment¹⁴ correspond ainsi au débat sur la dénonciation de certains sévices, notamment sur mineurs, que connurent les médecins. Les caractéristiques en sont les mêmes : un péril d'une ampleur considérable apparaît et la volonté des criminels s'y révèle inflexible, de sorte que tout espace de discussion et de médiation est donc totalement inutile voire serait perçu comme une expression de faiblesse.

9 TGI Paris, 26 avr. 2007 : *The retirement System for general Employees of the City of Miami Beach/Vivendi*. Décision confirmée par la Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., sect. A, n° 07/08359 du 24 mars 2009, inédit.

10 C. com., art. L. 820-7 : « Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne, de donner ou confirmer soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes des informations mensongères sur la situation de la personne morale ou de ne pas révéler au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance. »

11 Cass. crim., 6 sept. 2000 : « alors que n'était caractérisé aucun acte positif antérieur ou concomitant à la réalisation du délit [...] l'expert comptable n'avait fait que retranscrire fidèlement la réalité de l'opération qui mettait en évidence les prélèvements opérés par le responsable de l'entreprise ».

12 CA Montpellier, 3^e ch. correct., n° 99/01318, 7 mars 2000.

13 Fr. Alt-Maaes, « Un exemple de dépénalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel » : *RSC*, avr.-juin 1998, p. 301.

14 Article L. 561-12, 2° du Code monétaire et financier pour les déclarations de soupçon des experts-comptables et des commissaires aux comptes.

L'État est alors dans son rôle de gardien de l'intérêt collectif lorsqu'il repousse au dehors de la sphère de confidentialité les comportements qui ne peuvent y être admis. C'est un calcul de risque pour chaque situation et l'arbitrage en est d'autant plus difficile que le débat public est rarement clair. Mais le fait qu'il y ait des exclusions justifiées ne porte pas atteinte au principe, même si, pour les professionnels, il en complice encore un peu plus l'application.

Le principe, pour ce qui reste secret, c'est de le maintenir *erga omnes*.

L'opposabilité, raison d'être du secret. L'intérêt du secret c'est de pouvoir l'opposer sinon il ne servirait à rien.

Prioritairement c'est aux agents de l'État qu'il faut savoir refuser le dévoilement.

C'est un autre des paradoxes du secret professionnel que l'État, appliquant la loi en accordant aux professionnels une franchise exclusive d'exploitation des confidences, limite lui-même la curiosité de ses propres agents.

Qui que ce soit qui serait en quête, par ailleurs légitime, d'éléments permettant d'établir une vérité se devra de la chercher ailleurs.

Ainsi le juge civil qui a, sous astreinte, décidé par ordonnance de la remise de documents devra revenir sur sa décision s'il lui est demandé de la rétracter au nom du secret professionnel : « Attendu, par suite, que Monsieur de R. est bien fondé à se prévaloir du secret professionnel auquel il est tenu par application des dispositions susvisées, pour s'opposer à la révélation concernant l'existence ou non d'informations qui ont pu lui être fournies à raison de ses fonctions d'expert-comptable à l'occasion des relations professionnelles entretenues avec son client ;

Attendu que le secret professionnel constitue un empêchement légitime qui justifie par application de l'article 141 du Nouveau Code de procédure civile de faire droit à la demande de rétractation ¹⁵. »

Vis-à-vis du juge pénal, et surtout de ses enquêteurs qui estiment souvent que leur mission est supérieure à toute autre, le principe d'opposabilité reste identique.

Les professionnels doivent, comme tout citoyen, déférer aux convocations pour qu'il puisse être constaté, si les questions leur semblent relever du domaine de la

confidentialité, qu'ils sont non seulement en droit mais dans l'obligation de se taire, en invoquant si besoin est le secret professionnel puisque la loi prévoit justement cette exception à l'obligation générale de témoigner ¹⁶.

La solution peut être différente si le commissaire aux comptes est interrogé sur ce qui a fait l'objet de sa révélation de faits délictueux au procureur de la République ¹⁷.

Ce qui est l'occasion de rappeler qu'en vertu du Code monétaire et financier les commissaires aux comptes sont déliés de leur secret professionnel pour pouvoir répondre aux questions des enquêteurs, ou alerter, dans certains des domaines qui sont sous contrôle de l'AMF ¹⁸.

De même, dans la seconde phase de la procédure d'alerte prévue par le Code de commerce ¹⁹, en cas de crainte persistante sur la continuité d'exploitation d'une société, le commissaire aux comptes doit informer le président du tribunal de commerce.

Les exceptions à l'obligation de rester taisant ne peuvent, dans la logique des textes pénaux, qu'être issues de la loi elle-même.

Les mesures coercitives. Le Code de procédure pénale prévoit la possibilité pour les OPJ ou le juge d'instruction de procéder à des perquisitions.

Les experts-comptables, pas plus que les commissaires aux comptes, ne bénéficient des mesures de protection préalables qui sont instaurées pour d'autres professions réglementées tenues au secret, comme les avocats, pour lesquels le bâtonnier ou son délégué, est présent lors de la perquisition pour écarter, jusqu'à l'avis du juge des libertés et de la détention, les pièces qu'il estime couvertes par le secret.

Le fait que cela ne soit pas obligatoire n'empêche pas de prendre des précautions puisque le législateur a maintenu pour les perquisitions, tant pour les officiers de police judiciaire ²⁰ que pour les juges d'instruction ²¹, « l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel », ce qui leur permet de faire appel à des personnes qualifiées pour les professions qui n'ont pas un régime particulier de précaution ²².

15 Ordonnance de mise en état du 16 mai 2000, TGI Orléans, n° 99/00333, pdt. Jean-Louis Bersch, inédit.

16 CPP, art. 109.

17 C. com., art. L. 823-12.

18 Article L. 621-9-3 et L. 621-22 du Code monétaire et financier, « Guide de lecture de l'article L. 621-22 du Code monétaire et financier » : *Bull. CNCC*, n° 142, p. 280.

19 C. com., art. L. 234-1 : « Lorsque le commissaire aux comptes d'une société anonyme relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il en informe le président du conseil d'administration ou du directoire dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. »

20 CPP, art. 56, al. 3.

21 CPP, art. 96, al. 3.

22 CPP, art. 56-1 pour les avocats et 56-2 pour les entreprises de presse.

Ces dispositions confirment que l'opposabilité du secret reste une obligation, évidemment pour les professionnels, mais aussi pour tous ceux qui participent à la procédure.

Maintenant, l'autre caractéristique du droit pénal est qu'il se limite à ce qui lui est strictement nécessaire.

La hiérarchie des obligations. Pour poursuivre au pénal un professionnel pour violation du secret professionnel, il faut pouvoir énoncer, comme l'a remarqué justement pour un expert-comptable la Chambre criminelle, « quels étaient parmi les faits révélés dans l'écrit, base des poursuites, ceux qui constituaient des secrets »²³.

Une responsabilité civile pour une indiscretion ressort certes dans le langage courant de la notion de secret professionnel, mais seule est sous l'emprise du droit pénal cette confiance particulière, spontanée, provoquée ou même simplement découverte, dont nous avons vu qu'elle était nécessaire à la fonction exercée et qu'autrement elle aurait été tue.

Ainsi ce qui n'est pas secret par nature, par exemple des comptes, des factures ou autres pièces comptables, peut être communiqué à la suite de la réquisition d'un OPJ, conformément à l'article 77-1-1 du Code de procédure pénale car ce texte écarte, par un « sans pouvoir opposer le secret professionnel » la contrainte civile sur les « documents » sans pouvoir enfreindre le secret absolu.

Le fait que l'article précité indique, après sa mention sur la non opposabilité du secret professionnel, les termes « sans motif légitime », ajoute un argument de texte au fait que le secret professionnel est toujours en vigueur, alors que donner une suprématie au texte de procédure revient à le faire disparaître.

La hiérarchie entre un texte de procédure pouvant conduire à une amende et celui du secret puni d'emprisonnement, correspond à celle des faits puisque la plupart des documents comptables ne sont nullement secrets.

De même, un dévoilement limité est nécessaire pour l'exercice des contrôles prévus par la profession tant de commissaire aux comptes²⁴ que d'expert-comptable²⁵ qui sont toutefois assortis de précautions pratiques pour limiter les risques.

Ces contrôles se font aussi sous couvert de cette ancienne notion de secret partagé, que le rédacteur du Nouveau Code de procédure civile a essayé, sans y parvenir, de coucher sur le papier, sans que cela en supprime l'existence, a-t-il été précisé dans la circulaire interprétative.

En effet, les professionnels doivent pouvoir travailler en équipe et requérir les spécialités complémentaires qu'ils estiment nécessaires, ce qui implique un partage des informations couvertes par le secret²⁶. À l'intérieur de ce partage, il n'est pas forcément nécessaire de tout dévoiler et chacun retrouve là encore cette conscience professionnelle qui doit lui permettre de sélectionner les informations à transmettre.

C'est encore là un avantage des professions réglementées qui, grâce à l'unicité du texte pénal, ont une référence leur permettant la mise en commun de leurs travaux.

De même, le droit à un procès équitable justifie que le professionnel poursuivi, pour assurer sa défense, puisse lever partiellement son secret. Il doit cependant se limiter au strict nécessaire. Ce droit est évident si le procès en responsabilité lui est intenté par son client, ou ses ayants droit, à l'encontre duquel il doit être à armes égales, mais l'étendue de la levée est plus délicate si la poursuite n'émane que des autorités car il risque alors de trahir son client²⁷.

Conclusion

Le secret professionnel est un mécanisme de régulation efficace mais il nécessite du sang-froid, principalement pour ceux qui se le voient opposer alors que, dans l'instant, ils seraient tentés de le bousculer pour des motifs qu'ils estiment plus légitimes.

23 Cass. crim., 17 juin 1991 : *Gaz. Pal.*, 1992, p. 660, note J.-P. Marquis.

24 C. com., art. L. 821-1 : « Il est institué auprès du garde des Sceaux, ministre de la Justice, une autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, dénommée Haut Conseil du commissariat aux comptes, ayant pour mission : d'assurer la surveillance de la profession avec le concours de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes instituée par l'article L. 821-6 ; de veiller au respect de la déontologie et de l'indépendance des commissaires aux comptes. »

25 Art. 31, 1° de l'ordonnance du 19 septembre 1945 réglementant le titre et la profession d'expert-comptable : « Sous réserve des dispositions prévues à l'article 42 bis, le conseil régional a seul qualité pour : surveiller dans sa circonscription l'exercice de la profession d'expert comptable. » Il ressort de ces dispositions que le secret professionnel ne peut être opposé à l'autorité de contrôle. Le Conseil d'État a pertinemment relevé que le principe même du contrôle ne porte pas atteinte au secret professionnel puisqu'ils sont effectués par des professionnels « eux-mêmes astreints au secret professionnel » (CE, sect., 31 mars 2003, n° 229839, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable Fiducial ; Cass. 2° civ., 17 avr. 2008, n° 06-20.425 ; Cass. 2° civ., 13 sept. 2007, n° 06-16.838).

26 C'est le rappel d'une jurisprudence constante, d'ailleurs évoquée lors de l'élaboration de l'actuel Code pénal (circulaire du 14 mai 1993) selon laquelle, pour les besoins de l'exercice professionnel, les informations peuvent être partagées, si nécessaire, entre tous ceux tenus au secret.

27 Article 21, alinéa 3 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 réglementant le titre et la profession d'expert-comptable : « Les personnes visées aux alinéas précédents sont toutefois déliées du secret professionnel dans les cas d'information ouverte contre elles ou de poursuites engagées à leur encontre par les pouvoirs publics ou dans les actions intentées devant les chambres de discipline de l'ordre. »

Il a bien été jugé qu'il ne s'agissait pas d'un sanctuaire pour que des actions illicites puissent être perpétrées, mais au-delà, sanctuaire il reste, dans l'intérêt général.

À ceux qui moquent ce système de confession privée, rappelons la totale inefficacité des systèmes pratiquant la confession publique qui finissent toujours dans un silence assourdissant.

33

La conformité des établissements bancaires protège-t-elle les secrets ?

Laurence May

*Directeur de la conformité et de la sécurité
Caisse nationale des caisses d'épargne*

Associer les termes de « secret » et de « banque » nous invite déjà à traiter d'un vaste sujet mais y rajouter au surplus le mot « conformité » ouvre pour qui veut traiter de ces concepts un champ d'investigations beaucoup plus large.

En effet, pour ce faire, il convient non seulement de revenir aux principes généraux du droit mais aussi et surtout aux pratiques des établissements.

Commençons par la notion de conformité.

Cette notion comprend bien entendu d'abord et avant tout les notions d'éthique, de valeur et de conscience professionnelle, qui ne sont pas des notions nouvelles pour les banques. Depuis l'origine, le professionnalisme lié à la fonction elle-même implique des comportements déontologiques liés à la notion de devoir.

À la croisée des flux financiers, les banques ont été depuis longtemps sensibilisées sur ce sujet. Si elles n'exercent pas leur devoir de vigilance, elles peuvent financer des activités contraires à la morale (blanchiment ou terrorisme) ou favoriser des opérations financières rendues possibles par la divulgation d'informations non publiques (délits d'initié par exemple).

Toutefois, depuis quelques mois, nous observons que des scandales mettant en jeu la réputation de certains établissements ont mis en avant les risques liés à une non-conformité et notamment les risques de réputation et d'image. Or compte tenu de la place prépondérante que tiennent les banques dans l'économie, tout élément qui peut perturber la stabilité financière d'un établissement peut engendrer un risque pour l'économie toute entière ; il est donc nécessaire d'entretenir une forme de sécurité vis-à-vis des établissements puisque celle-ci permettra ainsi de maintenir la confiance au niveau sociétal.

Ne nous y trompons pas. Si le régulateur a imposé la mise en place de directions de conformité dans les établissements de crédit, son principal objectif était de maintenir l'équilibre entre les différents acteurs économiques au sens large, celui-ci structurant nécessairement la société, par le biais de cette confiance.

Les autorités de tutelle sont donc particulièrement attentives au maintien de la confiance par le biais de la conformité et des gages que les établissements de crédit seront à même de fournir sur l'application des règles d'éthique et des règles déontologiques.

On pourrait dire que le *crédit* d'un établissement, à savoir la confiance que lui accordent ses clients, est fortement lié à sa capacité d'être le « protecteur » d'informations confidentielles qui s'imposent à tous ceux qui travaillent ou agissent pour le compte de la banque et par là même participent à la « protection » du risque de réputation.

Et le secret me direz-vous, qu'a-t-il à voir avec la conformité ?

Par secret, nous entendons ici le secret bancaire professionnel, tel qu'on le comprend en France, c'est-à-dire comme une des composantes essentielles du métier de banquier. Nous n'évoquerons pas le secret bancaire tel qu'il est pratiqué dans certains pays et dont le principal objectif est l'évasion fiscale.

Pour exercer ses fonctions dans le respect des règles professionnelles, le banquier est, en effet, amené à détenir un certain nombre d'informations confidentielles par nature. La conformité est donc là pour organiser le cadre de l'exercice de ce secret et pour donner des gages aux clients qui accordent leur confiance à la banque.

C'est pourquoi le Code monétaire et financier dispose à l'article L. 511-33 que tout membre d'un conseil d'administration ou de surveillance, ainsi que toute personne « qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employée par celui-ci, est tenu au secret professionnel ».

La violation de ce secret est lourde puisque les sanctions civiles prévues sont des dommages et intérêts (avec éventuellement des astreintes) et les sanctions pénales prévues à l'article 226-13 du Code pénal sur renvoi de l'article L. 571-4 du Code monétaire et financier sont un emprisonnement d'un an et 15 000 € d'amende.

De façon non exhaustive, voici quelques exemples de secret :

- le banquier est tenu de préserver la confidentialité de toutes les informations que le client lui confie ;
- il doit protéger le secret des affaires ;
- l'associé ou la société-mère d'une société ne peuvent obtenir d'information sur sa clientèle ;
- le secret des affaires peut être opposé aux héritiers d'une personne défunte si celle-ci a interdit à son banquier de transmettre certaines informations.

À titre d'exemple, même au sein d'un groupe comme celui dans lequel j'exerce mes fonctions, nous établissons des engagements de confidentialité lorsque nous sommes amenés à travailler sur les données clientèles d'entités du groupe.

Mais si l'on perçoit bien qu'un établissement bancaire est tenu au secret sur des opérations de type « financières » qui sont le cœur même de son activité, on a parfois du mal à percevoir que la notion de secret est beaucoup plus large.

Nous citerons à titre d'illustration, le secret des informations médicales.

En effet les établissements de crédit ont une obligation de confidentialité renforcée pour les informations recueillies à l'occasion de la souscription d'un contrat lié à un emprunt. Ils doivent notamment veiller à ce que le candidat à l'assurance, lorsqu'il est présent dans les locaux de l'agence bancaire, prenne seul connaissance des dispositions et questions figurant dans le questionnaire de santé et s'il le souhaite, y réponde seul.

La convention Bélorgey qui précède la convention AERAS, avait d'ores et déjà prévu un Code de bonne conduite concernant la collecte et l'utilisation de données relatives à l'état de santé en vue de la souscription ou de l'exécution d'un contrat d'assurance. Ces obligations ont été reprises dans la convention AERAS (s'assurer et emprunter avec un risque aggravé de santé). Pour rappel le client doit toujours répondre seul au questionnaire de santé, quel que soit le support utilisé, il peut le faire sur place ou à son domicile, et s'il le souhaite se faire assister par le banquier.

Celui-ci doit lui rappeler les règles de confidentialité du Code de bonne conduite annexé à la convention AERAS.

Autre exemple concernant l'assurance-vie et la clause bénéficiaire : il arrive qu'un client de la banque souscrive une assurance au guichet de l'établissement et remplisse à cet effet la clause bénéficiaire en désignant la personne « destinataire » de ses avoirs en cas de décès. Chacun peut imaginer qu'un conseiller qui connaît bien toute la famille et se trouvant dans la situation de connaître « le tiers » (pas toujours légitime !) désigné est tenu, par le secret absolu de ne rien divulguer ni au conjoint ni aux enfants.

Pour conclure de façon synthétique, on pourrait dire que dans le secteur bancaire le secret est la règle mais ce n'est pas un secret absolu. Dans certains cas prévus à l'article L. 511-33 alinéa 2 du Code monétaire et financier il est précisé que : « outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à la Commission bancaire, ni à la Banque de France, ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale ».

La copie d'un relevé bancaire peut donc être obtenue par des officiers de police judiciaire sans qu'ils aient l'obligation d'obtenir au préalable l'autorisation du procureur de la République.

Ces exceptions sont en fait très nombreuses. Le principe du secret bancaire comporte tellement d'exceptions que je considère que son domaine d'application est devenu résiduel. Toutes les grandes administrations d'enquête en matière financière, au sens large, bénéficient de la levée du secret professionnel bancaire. On pense notamment à l'administration fiscale, aux douanes, à la DGCCRF et bien sûr à l'AMF.

Et outre, la loi de modernisation de l'Économie est venue ajouter un certain nombre d'agents auxquels le banquier ne peut opposer le secret concernant certaines informations. Elle lève le secret bancaire, sans l'accord du client dans sept cas particuliers (opérations de crédit effectuées, directement ou indirectement, par un ou plusieurs établissements de crédit, opérations sur instruments financiers destinées à la couverture d'un risque de crédit par exemple, cessions d'actifs ou de fonds de commerce...).

Et puis il y a la particularité de la lutte anti-blanchiment... Dans ce cas, à l'inverse de tout ce qui a été énoncé précédemment, il appartient à la banque de « briser » le secret inhérent à sa fonction. Le banquier doit révéler à Tracfin des éléments confidentiels sur un client au travers d'une déclaration de soupçon. C'est alors la banque et ses collaborateurs qui sont assurés du secret autour de la déclaration qu'ils ont réalisée...

Les directions de conformité se doivent alors d'intégrer dans leur dispositif toute la réglementation relative au secret et à l'exception au secret.

S'appuyant sur le règlement CRBF n° 97-02, les directions de conformité des établissements bancaires doivent mettre en place un dispositif formel de plus en plus précis au sein des établissements de crédit afin d'améliorer la traçabilité, c'est-à-dire la capacité à apporter si nécessaire la preuve que l'établissement agit bien en totale conformité.

De même l'éthique et la déontologie de chaque collaborateur devra faire l'objet de sensibilisation, de formation et de contrôle dans le respect des procédures, notamment par la voie hiérarchique. Le dispositif a pour objectif de protéger ceux qui pourraient être tentés d'adopter des comportements non conformes et en l'occurrence de violer le secret bancaire.

Des chartes de conformité doivent ainsi être mises en place dans chaque établissement, un déontologue doit être désigné, la faculté d'alerte connue des collaborateurs...

S'agissant du secret bancaire, le responsable de la conformité doit établir une procédure spécifique sur le secret bancaire à l'attention des collaborateurs en charge de collecter des informations confidentielles. Celle-ci doit aussi être adressée aux collaborateurs qui manipulent ces informations et seraient susceptibles de les transmettre. Ceci est particulièrement pertinent dans le cadre de la prévention des délits d'initiés. La transposition de la directive MIF a encore précisé le périmètre d'application et les dispositifs à mettre en place.

Des formations de sensibilisation sur la problématique du secret bancaire professionnel sont organisées par les directions de conformité à l'attention de tous les personnels de la banque. Les personnes travaillant pour la banque ou agissant pour son compte doivent savoir quelles informations peuvent être remises, à quelles personnes elles peuvent être remises et dans quels cadres procéduraux.

Les établissements prévoient également la remontée des incidents enregistrés, d'abord vers les organes centraux, puis vers les autorités de tutelle. Il peut s'agir de refus de transmettre des informations, ou au contraire de transmission induite d'informations couvertes par le secret.

Les directions de conformité, par les dispositifs formels qu'elles mettent en œuvre et le contrôle permanent qu'elles exercent sur les processus, doivent être les garantes de la vigilance de la banque en matière de secret professionnel bancaire.

Finalement derrière le vocable conformité se cache bien plus que le respect de l'ensemble des dispositions externes (réglementaires, législatives, normes professionnelles) ou internes (directives, procédures) qui sont liées à l'exercice de la profession. La conformité

est aussi présente dans les établissements pour redonner du sens à l'éthique, à la conscience professionnelle, aux valeurs sociales et morales.

La création des directions de conformité, la gravité des sanctions et la persévérance des régulateurs font que nous avons actuellement peu de jurisprudences récentes en matière de violation du secret professionnel bancaire ou de délits d'initiés.

Paradoxalement, les attaques les plus sévères qui sont portées au secret bancaire sont le fait du législateur, qui multiplie les exceptions. Actuellement le secret bancaire est perçu comme un obstacle, dans un contexte où l'information a besoin de circuler de plus en plus vite et où la culture de l'événement et du sensationnel prévaut sur les notions d'éthique et de morale. Il est non seulement perçu comme une contrainte (recueillir l'accord exprès et préalable du client dans les cas non prévus par la loi) mais également comme un coût.

C'est pourquoi, il est particulièrement choquant de découvrir, notamment dans la presse, des éléments sur lesquels le secret est un préalable indispensable pour protéger à la fois l'établissement, ses collaborateurs et ses clients. À titre d'exemple, nous évoquerons la publication dans un quotidien régional de l'intégralité de l'enquête menée par Tracfin sur un homme politique, après une déclaration de soupçons. Dans ce cas, tous les éléments ont été rendus publics y compris le nom de la banque à l'origine du soupçon alors que précisément la confidentialité est assurée aux établissements déclarants.

Mais comme nous l'avons vu précédemment, cet exemple n'est qu'une exception (ou dérapage) qui ne remet pas en cause la règle.

Mythe du secret ou implosion d'un mythe, la société reste l'élément déterminant de ce qui doit être caché et de ce qui doit être révélé.

Soyons vigilant à ce que les établissements bancaires au travers des directions de la conformité restent au service de leurs clients tout en préservant une éthique sociétale.

Les secrets professionnels résistent-ils à l'enquête pénale ?

Guillaume Daïeff

Vice-président chargé de l'instruction au TGI de Paris (pôle financier)

Le secret professionnel ne résiste pas – ou presque pas – à l'enquête pénale. C'est devant l'impératif de recherche de la vérité qu'il s'efface, afin que la justice pénale puisse arrêter l'infraction et mettre le délinquant hors d'état de nuire.

« Presque pas » : car dans certains cas, ce secret est opposable à l'enquête pénale. On distinguera trois types de situations : la communication de documents (dans le cadre d'une réquisition), la saisie (dans le cadre d'une perquisition) et le témoignage (dans le cadre d'une audition¹).

Dans les deux premiers cas, le secret cède largement, sous réserve de formalités procédurales réservées à des professions protégées, limitativement énumérées par le Code de procédure pénale (avocats, médecins, avoués, notaires et huissiers et enfin entreprises de presse²) ; s'agissant du témoignage, le secret cède moins devant les nécessités de l'enquête pénale.

La situation pourra aussi être un peu différente, selon qu'il s'agit d'une enquête préliminaire (enquête conduite par un enquêteur sous la direction du procureur) ou d'une information judiciaire (enquête conduite par le juge d'instruction avec délégation ou non à un enquêteur) : si les régimes sont identiques en matière de communication de documents et équivalents depuis peu en matière de saisie, ils diffèrent légèrement s'agissant du témoignage.

En conclusion, nous nous demanderons dans quelle mesure, une fois l'information protégée donnée à l'enquête pénale ou prise par elle, le secret applicable à cette dernière protège à son tour l'information, présente et accessible désormais dans la procédure pénale.

I - La communication de documents sur réquisitions

Le régime de la réquisition a été en quelque sorte codifié par la loi dite Perben n° 2004-204 du 9 mars 2004.

En enquête préliminaire s'applique l'article 77-1-1 du Code de procédure pénale (équivalent à 60-1 applicable en flagrance), introduit par la loi Perben précitée³.

Dans le cadre de l'information judiciaire s'applique l'article 99-3 du même code (équivalent à 60-1), que la réquisition soit signée du juge d'instruction ou de l'officier de police judiciaire agissant dans le cadre d'une commission rogatoire ; cet article a été également introduit par la loi Perben précitée.

A - Le régime de droit commun

Aux termes de ces articles, l'autorité chargée de l'enquête peut requérir des professionnels de lui remettre tous documents intéressant l'instruction, « sans que puisse lui être opposé, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel » : le secret professionnel ne résiste pas aux sollicitations judiciaires et policières. Tous les documents doivent être communiqués, y compris les documents de travail, comportant des « confidences » des clients.

On notera que depuis cette loi de 2004, en préliminaire, les officiers de police judiciaire ne peuvent adresser une réquisition que sur autorisation préalable du procureur de la République. Le contrôle de ce dernier apparaît cependant léger, lorsqu'il accorde une autorisation générale (uniquement pour les faits objets de l'enquête), comme on l'observe en pratique.

I - Portée du « motif légitime »

Ce « sans motif légitime » fait-il revenir par une petite brèche le secret professionnel ?

La réponse est négative, pour les raisons suivantes :

- lors des discussions du projet de loi, il a été proposé de substituer aux mots « sans que puisse lui être opposée l'obligation au secret professionnel » les mots « à l'exception des personnes tenues au secret professionnel »⁴. En refusant cette rédaction, le législateur a exprimé son choix d'obliger même les professionnels tenus au secret professionnel à répondre aux réquisitions de documents ;
- par ailleurs, le législateur a prévu, pour l'obligation de témoigner, une réserve légale explicite liée au secret professionnel (CPP, art. 109⁵) ; tel n'est pas le cas pour l'obligation de répondre aux réquisitions ;
- quelle serait enfin la différence entre le régime de droit commun de la réquisition et celui applicable aux professions protégées, dont l'accord est nécessaire à la remise des documents ?

1 Ou « déposition ».

2 Où ne figurent donc pas, notamment, les commissaires aux comptes et les experts comptables.

3 Ce régime a été modifié à la marge par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, qui a autorisé l'envoi des réquisitions et la réception des documents demandés par voie électronique (ajout de « par tout moyen » et « notamment sous forme numérique »).

4 Note X. de Roux, Amendement : JOAN, Débats, 3^e séance, 22 mai 2003, p. 4162.

5 «... sous réserve des dispositions des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal.»

Quels peuvent alors être les « motifs légitimes » permettant d'opposer le secret professionnel ? Les débats parlementaires sont muets sur la question. On pourrait envisager le cas d'une réquisition dont l'objet serait trop vague : il semble qu'il y aurait là un motif légitime à refuser d'y répondre ; ou celui d'une réquisition imprécise sur les documents à communiquer : il y aurait un motif légitime à ne pas communiquer tel ou tel document qui ne serait manifestement pas visé par la réquisition.

2 - Sanctions en cas de refus

« S'abstenir de répondre dans les meilleurs délais » expose à une amende délictuelle de 3 750 €, qui relève donc de la compétence du tribunal correctionnel et non du tribunal de police⁶.

Est punissable non seulement le refus de répondre mais aussi le retard dans la réponse. Il semble qu'il y ait une infraction par document non communiqué⁷. Enfin, pour les personnes morales requises, l'amende encourue s'élève à 18 750 €.

On notera que la garde à vue n'est pas possible pour un tel refus, aucune peine d'emprisonnement n'étant encourue.

Par ailleurs, le refus de répondre expose aux désagréments d'une perquisition, en présence ou non du magistrat qui dirige l'enquête, accompagné ou non d'un expert (par application de l'article 161 du Code de procédure pénale) et en présence, pour certaines professions, d'un représentant de leur profession.

Le juge d'instruction peut aussi, sans perquisition, décider de désigner un expert, en lui demandant de prendre connaissance chez le professionnel concerné de tous documents intéressant les faits objets de la poursuite ; le professionnel ne pourra pas opposer à cet expert le secret professionnel.

B - Les régimes spéciaux : garanties procédurales pour les avocats d'une part, les huissiers, avoués, notaires et médecins, d'autre part

Comme on le verra, les règles relatives aux perquisitions dans ces professions sont soumises à des règles spécifiques ; dès lors, le régime des réquisitions est également soumis à une règle spécifique, qui, en l'espèce, subordonne la communication du document requis à l'accord du professionnel.

Sous la réserve de l'exigence fondamentale de cet accord, il demeure que les enquêteurs peuvent requérir de ces personnes la communication de documents,

et que ces dernières ne commettraient pas l'infraction de violation du secret professionnel en acceptant de remettre les documents demandés.

En conséquence, le délit de refus de répondre à une réquisition n'est évidemment pas encouru. Mais le risque d'une perquisition existe.

Ces régimes spéciaux sont prévus par la loi. Ils ne s'appliquent qu'à ces seules professions, à l'exclusion des autres. Ainsi, ils ne s'appliquent pas aux commissaires aux comptes⁸ ni aux experts-comptables.

C - Immunité pénale au regard de la responsabilité pénale

L'infraction de violation du secret professionnel prévue par l'article 226-13 du Code pénal⁹ est neutralisée par la cause d'irresponsabilité pénale générale qui est définie à l'article 122-4 du Code pénal : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. »

L'article 226-14 du Code pénal a pris soin au demeurant, pour rassurer en quelque sorte les professionnels, d'édicter une cause d'irresponsabilité spécifique, et redondante avec celle résultant de l'article 122-4 précité : « L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. »

II - La comparution et le témoignage

En enquête préliminaire s'applique l'article 78 du Code de procédure pénale, qui institue une obligation de comparaître.

Dans le cadre de l'information judiciaire, s'appliquent l'article 109 pour le juge d'instruction et l'article 153 pour l'OPJ sur commission rogatoire. Ces articles instituent une obligation de comparaître, prêter serment et déposer, « sous réserve du secret professionnel ».

A - La comparution

Elle est obligatoire :

- quelle que soit la profession, y compris les avocats ;
- que ce soit en préliminaire ou dans le cadre de l'instruction, et dans ce cadre, que ce soit une convocation du juge d'instruction ou d'un enquêteur sur commission rogatoire.

⁶ Notons que cette amende délictuelle est plus dissuasive que celle qui résultait de l'article R. 642-1 du Code de procédure pénale, qui ne prévoyait qu'une amende contraventionnelle de la deuxième classe.

⁷ Pour les chèques par exemple, une infraction par chèque non communiqué.

⁸ V. par exemple CNCC, *bulletin* n° 143, § 139.

⁹ « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

Le défaut de comparution peut entraîner deux sanctions :

- la force publique peut être mise en œuvre pour conduire le témoin récalcitrant (que ce soit en préliminaire ou dans le cadre de l'instruction) ;
- une amende délictuelle de 3 750 € est prévue à 434-15-1 du Code pénal, mais uniquement dans le cadre de l'instruction¹⁰.

B - Le témoignage et la prestation de serment

Dans le cadre de l'enquête préliminaire, la loi n'impose pas expressément au témoin de « prêter serment et déposer » (autrement dit témoigner, c'est-à-dire de répondre aux questions). Il n'y a donc aucune sanction spécifique au refus de prêter serment et de déposer.

Elle le prévoit en revanche expressément dans le cadre de l'instruction, mais sous la réserve explicite des dispositions de l'article 378 du Code pénal (jusqu'à la loi du 16 décembre 1992) et des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal qui ont remplacé l'article 378 (depuis la loi précitée de 1992)¹¹.

1 - Sanction du refus de prêter serment et de témoigner

C'est la même amende correctionnelle de 3 750 € que pour le refus de comparaître, prévue par l'article 434-15-1 précité du Code pénal (uniquement dans le cadre de l'instruction).

À noter que depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, le juge d'instruction ne peut plus prononcer lui-même l'amende. Le témoin récalcitrant doit donc être poursuivi devant le tribunal par le procureur de la République.

Mais cette sanction n'est pas encourue si le professionnel oppose à bon droit le secret professionnel.

2 - Sanction du témoignage en violation du secret professionnel

Pour le professionnel concerné, une poursuite contre lui est envisageable pour violation du secret professionnel, sur le fondement de l'article 226-13 du Code pénal¹².

Pour l'information judiciaire concernée, le risque existe d'une annulation du procès-verbal d'audition du témoin, si la révélation faite au cours de l'audition porte sur une information protégée¹³.

3 - Conciliation de l'obligation de témoigner et du secret professionnel

Expressément rappelée par l'article 109 du Code de procédure pénale, la réserve légale liée à l'obligation au secret professionnel conduit donc à concilier obligation de témoigner et secret professionnel¹⁴. Le professionnel ne peut refuser de répondre aux questions que si à la fois l'information est protégée et s'il fait partie des professionnels auxquels la jurisprudence a reconnu le droit d'opposer le secret.

a - Informations protégées

Le secret professionnel n'est opposable qu'aux questions qui portent sur des informations protégées. Ne sont protégées que les informations « à caractère secret » dont le professionnel est « dépositaire par état ou par profession, ou en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire »¹⁵.

Les autres informations ne le sont pas, que le professionnel concerné soit soumis à un secret absolu ou non. Ainsi, des informations relatives à des comptes sociaux publiés ne sont pas des informations protégées.

C'est pourquoi n'est qu'apparemment illogique le fait que la loi oblige le témoin à comparaître mais lui permette d'opposer aux questions le secret professionnel : de prime abord il paraît absurde de convoquer quelqu'un qui a le droit de ne pas répondre aux questions. Mais le professionnel ne peut préjuger des questions qui lui seront posées, qui ne porteront peut-être pas sur des informations protégées. C'est pourquoi la loi a maintenu l'obligation de comparaître.

b - Professions soumises au secret

Selon la jurisprudence, abondante, mais le plus souvent antérieure à la transformation en 1994 de l'article 378 de l'ancien Code pénal en article 226-13 et 226-14 du Nouveau Code pénal, seules certaines professions peuvent opposer le secret professionnel.

La jurisprudence dégagée par la Cour de cassation sous l'empire de l'article 378 continuera probablement à

¹⁰ Que ce soit sur convocation du juge ou d'un enquêteur.

¹¹ Cette dérogation n'est pas expressément prévue par l'article 152 applicable aux témoignages sur convocation de l'enquêteur, mais est implicite, puisqu'elle est expressément prévue par l'article 109 applicable aux convocations du juge d'instruction.

¹² Le professionnel concerné pourrait peut-être se défendre ainsi : il était dans un cas où la loi autorisait la révélation du secret, à savoir l'article 109 du Code de procédure pénale, qui fait référence à l'article 226-13 du Code pénal... mais aussi à l'article 226-14 qui envisage les cas où la loi autorise la levée du secret, dans un mouvement circulaire quelque peu ambigu.

¹³ Cass. crim., 15 sept. 1987 : *Bull. crim.*, n° 311.

¹⁴ Réserve qui, rappelons-le, n'existe pas en matière de réquisition ni de perquisition et saisie.

¹⁵ Ce ne sont pas que les informations données par le client au professionnel sous le sceau du secret ou de la confidentialité qui sont protégées, ce sont toutes les informations qui lui sont parvenues dans l'exercice de sa fonction.

s'appliquer, et consistant à distinguer entre :

– les professions pouvant (et devant) opposer le secret professionnel – « ceux qui sont, en raison de leur profession ou de leur état, des confidents nécessaires »¹⁶ : cela renvoie peu ou prou à la notion de secret « absolu » ;

– les autres – ceux qui « sont seulement tenus à une simple obligation civile de discrétion » : cela renvoie à la notion de secret relatif.

Parmi la première catégorie, on peut ranger les médecins, les avocats¹⁷, les avoués, les notaires, les huissiers, autrement dit les mêmes professionnels que ceux bénéficiant d'un régime spécifique en matière de réquisition et de perquisition.

Dans la deuxième catégorie se trouvent les autres professions, notamment les fonctionnaires, les banquiers...

De quelle catégorie relèvent les experts-comptables et les commissaires aux comptes ? Un arrêt du 2 mai 1978¹⁸ classait les experts comptables dans la deuxième catégorie, mais un arrêt du 15 septembre 1987 semble désormais les classer dans la première, puisqu'il demande au juge du fond, avant d'annuler l'audition d'un expert comptable, de vérifier si son audition comportait la révélation d'une information protégée ou non. Le même raisonnement pourrait sans doute être tenu à l'égard des commissaires aux comptes.

c - Professions soumises à des obligations de révélation ou de déclaration de soupçon

Il serait illogique que, lorsque le professionnel est soumis à des obligations de révélation ou de déclaration de soupçon, il puisse néanmoins opposer au juge d'instruction le secret professionnel sur les faits et les informations devant faire l'objet de sa part d'une telle révélation ou déclaration de soupçon.

Tel est le cas des commissaires aux comptes. Le CNCC indique¹⁹ ainsi qu'il n'y a pas d'obligation au secret professionnel à l'égard des juridictions pénales pour ce qui concerne les faits délictueux :

- que le commissaire aux comptes a révélés ou ;
- qui sont susceptibles d'être qualifiés de la sorte par le magistrat compétent.

16 Par ex. Cass. crim., 6 juill. 1977 : *Bull. crim.*, n° 258.

17 Avec une incertitude sur la distinction entre les informations obtenues dans le cadre d'une mission de conseil (qui ne s'oppose pas au témoignage) et celles obtenues dans le cadre d'une mission de défense : l'arrêt rendu par la Chambre criminelle, 30 sept. 1991 (*Bull. crim.*, n° 320), opère cette distinction, mais il est antérieur à la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 qui a étendu le secret professionnel de l'avocat aux correspondances échangées entre le client et l'avocat dans le cadre d'une consultation.

18 Cass. crim., 2 mai 1978 : *Bull. crim.*, n° 133.

19 CNCC, « Études juridiques », 1994, n° 56 et 57.

20 Notamment les experts-comptables, les commissaires aux comptes, ainsi que les avocats, les avoués, les notaires, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires et les commissaires-priseurs (avec un régime dérogatoire prévu par l'article L. 561-3, III et IV du Code monétaire et financier qui vide de sa substance, en ce qui concerne les avocats, l'obligation de déclaration de soupçon).

21 Article modifié à la marge par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, apportant des précisions sur le juge des libertés et de la détention compétent.

22 Pour mémoire, avocat d'une part, huissiers, avoués, notaires et médecins, d'autre part.

De même, en vertu de l'article L. 561-3 du Code monétaire et financier, de nombreuses professions²⁰ sont soumises à l'obligation de déclaration de soupçon prévue aux articles L. 561-15 et suivants du Code monétaire et financier. On rappellera ici que doivent être déclarées notamment les « opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an » (C. mon. fin., art. L. 561-15).

III - Les perquisitions et saisies

Dans le cadre de l'enquête préliminaire s'applique l'article 76 du Code de procédure pénale, modifié par la loi dite Perben II n° 2004-204 du 9 mars 2004, qui a institué une perquisition (sans assentiment), sur autorisation du juge des libertés²¹.

Dans le cadre de l'information judiciaire s'appliquent les articles 96 pour le juge d'instruction (renvoi aux articles 56 et suivants) et 152 pour les OPJ agissant dans le cadre d'une commission rogatoire (renvoi à l'article 96).

A - Le régime de droit commun

Le régime de droit commun s'applique à toutes les professions, sauf celles bénéficiant déjà d'un régime spécial en matière de réquisitions²².

Tous documents peuvent être saisis dès lors qu'ils sont en relation – directe – avec l'infraction poursuivie et qu'ils sont utiles – sinon indispensables – à la manifestation de la vérité.

Évidemment, le professionnel objet de cette saisie ne peut, pas plus qu'en matière de réquisition, être mis en cause pour violation du secret professionnel : ici c'est l'élément matériel même de l'infraction qui fait défaut, la saisie excluant par hypothèse toute remise volontaire.

L'officier de police judiciaire²³ ou le cas échéant le juge d'instruction²⁴ ont l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soient assurés le respect du secret professionnel et des droits de la défense (CPP, art. 57 et art 96). Ce qui signifie que :

- la perquisition doit autant que possible se faire de manière confidentielle, sans tapage, discrètement, y compris au sein des lieux perquisitionnés ;
- elle doit, autant que possible, éviter les investigations inutiles, autrement dit les ouvertures de tiroirs inutiles.

B - Les régimes spéciaux

Si ces régimes sont spéciaux, ce n'est pas parce que le secret professionnel serait opposable à la saisie de certains documents (sauf exception concernant les avocats) mais c'est parce que le respect de ce secret professionnel y est mieux garanti que dans le régime de droit commun : ils édictent des formalités procédurales qui organisent les « mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel », évoquées par l'article 96 précité, à savoir la présence du magistrat et celle d'un représentant de la profession.

1 - Pour les avocats : magistrat, bâtonnier et juge des libertés et de la détention

L'article 96 renvoie à l'article 56-1 du Code de procédure pénale (institué initialement par la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985) relatif aux avocats.

Une perquisition ne peut être faite que par un magistrat (en général assisté d'officiers de police judiciaire), et non par les seuls OPJ dans le cadre de leur commission rogatoire. Ce ne sont donc pas eux qui prennent connaissance des documents mais le magistrat.

Par ailleurs, la perquisition doit être faite en présence du bâtonnier. Il a pour mission non pas de faire la perquisition (d'« ouvrir les tiroirs » et de rechercher les documents) mais d'assurer le secret professionnel et le respect des droits de la défense (Cass. crim., 5 juin 1975 : *Bull. crim.*, n° 146).

Le respect de ce secret professionnel suppose d'examiner attentivement si les documents dont la saisie est envisagée sont en relation avec l'infraction objet de la poursuite - ce qui suppose de connaître de manière précise les faits objets de la poursuite.

En amendant l'article 56-1 précité, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 et la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 ont institué (uniquement pour les avocats)

un formalisme permettant au bâtonnier d'exercer pleinement cette mission :

- information du bâtonnier dès le début de la perquisition sur la nature de l'infraction, sur les raisons de la perquisition (les raisons de croire qu'on va trouver dans le lieu perquisitionné la preuve qui est recherchée) et sur l'objet de celle-ci (la preuve qui est recherchée)²⁵ ;
- droit pour le bâtonnier de s'opposer à la saisie de tel document et obligation alors pour le juge de saisir le juge des libertés et de la détention de ce contentieux²⁶.

Sont protégés non seulement les locaux professionnels mais aussi le domicile de l'avocat.

2 - Pour les huissiers, avoués, notaires et médecins : magistrat et représentant de la profession concernée

L'article 96 renvoie à l'article 56-3 du Code de procédure pénale, relatif à ces professionnels, et institué par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 (ancien article 56-1).

Le régime de ces perquisitions est le même que celui dont bénéficiaient les avocats à la veille de la loi du 15 juin 2000 : perquisition conduite par le magistrat et présence d'un représentant de la profession.

Même si la loi ne le précise pas explicitement, ce dernier a pour mission, là aussi, d'assurer le secret professionnel et donc de vérifier ainsi que les documents saisis sont en relation avec l'infraction objet de la poursuite.

En revanche, la loi n'a pas institué comme pour les avocats un formalisme particulier pour l'exercice de cette mission.

Par ailleurs, le domicile de ces professionnels n'est pas protégé, seuls les locaux professionnels le sont.

3 - Ratio legis de la différence de régime entre les avocats et les autres professions au secret protégé : les droits de la défense

Cette différence de régime procédural (qui n'existait pas entre le 4 janvier 1993 et le 16 juin 2000) pourrait être ainsi justifiée : s'agissant des seuls avocats, la recherche de la vérité doit être conciliée non seulement avec le secret professionnel (comme pour les autres), mais aussi avec les droits de la défense et le principe de libre défense.

L'organisation de la défense en justice, qu'elle soit civile ou pénale, n'est possible que si l'avocat voit son client parler sans aucune réticence. L'avocat doit

23 Dans le cadre de l'enquête préliminaire, dirigée par le procureur de la République, la perquisition est faite par l'officier de police judiciaire, sur autorisation du juge des libertés et de la détention.

24 Dans le cadre de l'information judiciaire, dirigée par le juge d'instruction, la perquisition est faite par l'officier de police judiciaire ou par le juge d'instruction lui-même, assisté ou non de l'officier de police judiciaire.

25 L. n° 2005-1549, 12 déc. 2005.

26 L. n° 2000-516, 15 juin 2000.

même connaître la vérité, afin de préparer la meilleure défense. Par ailleurs, le secret professionnel des avocats est probablement plus fragilisé par la recherche de la vérité par l'autorité d'enquête que le secret professionnel des autres professions : l'avocat est en effet en contact même avec la personne mise en cause et il est assez tentant pour l'enquêteur d'aller y chercher la preuve de l'infraction.

Pour les avocats, la conciliation de ces trois impératifs – recherche de la vérité, secret professionnel, droits de la défense – est complexe. Comme on l'a vu, la loi a été modifiée à plusieurs reprises, empêchant la jurisprudence de se stabiliser.

Deux tendances co-existent :

– les saisies sont possibles dès lors que les documents saisis sont utiles (autrement et plus fermement dit, indispensables) à la manifestation de la vérité et que la saisie ne porte pas atteinte aux droits de la défense (autrement et plus fermement dit, qu'elle porte sur des documents qui sont dépourvus de tout lien avec la défense) – et ce, que l'avocat soit complice ou non de l'infraction reprochée à son client ;

– les saisies sont possibles si les documents saisis sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction (à titre principal ou comme complice par son assistance et son conseil) – et ce même si la saisie des documents porte atteinte aux droits de la défense.

Conclusion : le secret de l'enquête pénale, à son tour, protège-t-il le secret professionnel ?

Une fois donnée ou prise, l'information protégée sera-t-elle protégée par le secret de l'enquête pénale ?

Est ainsi posée la question du secret de l'enquête et de l'instruction, institué par l'article 11 du Code de procédure pénale, qui renvoie aux dispositions de droit commun sur le secret professionnel (C. pén., art. 226-13 et 226-14). Est-il à même de protéger les informations protégées ?

On ne saurait trop rappeler que seuls sont tenus au secret de l'enquête ceux qui concourent à l'enquête, à savoir les autorités judiciaires et policières, mais non le témoin assisté, le mis en examen et les parties civiles.

Dès lors, les informations figurant dans un dossier peuvent être utilisées sans violation du secret de l'enquête par ces personnes (mais pas par leur avocat)²⁷.

Les informations, mais pas les pièces du dossier. La reproduction de ces pièces (auxquelles seul l'avocat a accès) peut être transmise par l'avocat à son client, mais le client (pas plus que son conseil) n'a le droit de la diffuser auprès de quiconque, y compris en justice (sauf les rapports d'expertise pour les besoins de la défense, et, pour le reste, sauf autorisation du procureur de la République).

Se pose à ce sujet la difficulté des constitutions de partie civile « pour voir » (pour avoir accès au dossier). Certes, tant que la partie civile n'a pas été déclarée recevable et entendue par le juge d'instruction, elle n'a pas accès au dossier. Le juge peut donc déclarer irrecevable une prétendue victime de l'infraction et l'empêcher ainsi d'accéder au dossier. Mais en cas d'appel contre l'ordonnance d'irrecevabilité, cette prétendue victime a en principe, devant la chambre de l'instruction, accès audit dossier ; elle peut donc le consulter, faute de quoi elle ne pourrait faire valoir, comme elle l'allègue, que son préjudice est en relation directe avec l'infraction poursuivie. Cependant, en toute hypothèse, elle ne peut obtenir une copie du dossier.

²⁷ Même si l'avocat n'est pas concerné par l'article 11 du Code de procédure pénale, il est soumis à l'article 160 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, et il a été jugé qu'il violait le secret professionnel s'il fournissait des pièces ou même des informations à un tiers (Cass. crim., 27 oct. 2004 : *Bull. crim.*, 259).

Les secrets professionnels résistent-ils à l'enquête administrative de l'Autorité des marchés financiers ?¹

Jean-Philippe Pons-Henry

Juriste en charge de la représentation du Collège devant la Commission des sanctions de l'AMF

À la création, en 2003, de l'Autorité des marchés financiers (AMF), le législateur fut catégorique² : dans le cadre des enquêtes diligentées par le régulateur, a-t-il affirmé, « le secret professionnel ne peut être opposé à l'Autorité des marchés financiers [...] » ; seule concession explicite, la liberté offerte aux auxiliaires de justice de s'en prévaloir, on y reviendra³.

Ce principe, énoncé par l'article L. 621-9-3 du Code monétaire et financier, semble porter un coup fatal à la capacité de résistance du secret professionnel dans le cadre des enquêtes de l'AMF, d'autant plus qu'il se combine avec des dispositions confiant au régulateur, à l'instar de nombreuses administrations⁴, des pouvoirs d'investigations conséquents, dont il convient de rappeler qu'ils sont de deux natures différentes.

Les premiers, communément dénommés « pouvoirs propres » en ce qu'ils peuvent être discrétionnairement exercés par les enquêteurs, sont visés à l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier ; il s'agit d'un droit de convocation et d'audition, d'un droit d'accès aux locaux à usage professionnel et surtout d'un droit dit de « communication », défini dans les termes suivants : « les enquêteurs peuvent, pour les nécessités de l'enquête, se faire communiquer tous documents, quel qu'en soit le support [...] et en obtenir la copie ». Exercés sans possibilité de contrainte matérielle, ces pouvoirs supposent le consentement des personnes sollicitées, lesquelles mettent dès lors « volontairement » à la disposition des enquêteurs les informations et documents demandés.

Les seconds ne sont accessibles aux enquêteurs de l'AMF qu'aux fins de recherche des manquements les plus graves, ceux susceptibles de caractériser les délits

dits « d'initiés », « de manipulation de cours » ou de « diffusion de fausses informations »⁵ : ce sont les pouvoirs de visite domiciliaire et de saisie de documents prévus à l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier⁶, dont l'exercice, placé sous l'autorité et le contrôle du juge des libertés et de la détention, suppose leur autorisation préalable par ordonnance, rendue sur demande motivée du régulateur.

Le terme de l'analyse serait ici atteint, si le droit au secret n'était, faut-il le rappeler, une liberté fondamentale protégée par des normes supra législatives⁷, au premier rang desquelles l'article 8, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH), selon lequel « toute personne a le droit au respect de sa vie privée ». Ce droit au secret bénéficie aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales, et couvre ainsi par exemple les informations relatives à leur patrimoine, ou plus généralement, toutes celles relevant de ce que l'on dénomme communément le « secret des affaires », notion consubstantielle à la vie privée des sociétés commerciales.

C'est précisément pour protéger ce type d'informations et garantir l'effectivité du droit au secret que les tiers auxquels elles sont confiées pour qu'ils puissent accomplir leurs missions professionnelles sont tenus d'en maintenir la confidentialité au risque de sanctions pénales, qu'il s'agisse, pour ne citer qu'eux, des banquiers, des commissaires aux comptes, ou encore des avocats. Et c'est cette obligation de confidentialité qui transforme le secret qui préexistait à l'intervention

1 Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que leur auteur.

2 L'article 11, I de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 a inséré dans le Code monétaire et financier un article L. 621-9-3 qui dispose : « Dans le cadre des contrôles et enquêtes mentionnés aux articles L. 621-9 et L. 621-9-1, le secret professionnel ne peut être opposé à l'Autorité des marchés [...], sauf par les auxiliaires de justice. Pour l'application de la présente sous-section, les commissaires aux comptes sont déliés du secret professionnel à l'égard de l'Autorité des marchés financiers. »

3 Encore convient-il de nuancer immédiatement le propos, car ce qui passe, à la lecture de l'article L. 621-9-3 du Code monétaire et financier, pour une liberté offerte aux auxiliaires de justice de se prévaloir du secret professionnel n'en est naturellement pas une, dès lors que ceux-ci sont en réalité astreints au secret à peine de sanction.

4 V. pour une étude comparative, V. Fraissinier, « Secret professionnel et secret des affaires : deux réalités difficiles à concilier avec les droits d'investigation des administrations » : *Revue de la recherche juridique*, 2008/2, p. 701-729.

5 Il s'agit des infractions visées aux articles L. 465-1 et L. 465-2 du Code monétaire et financier. Rappelons ici que le pouvoir de sanction confié à l'AMF par le législateur et défini à l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier couvre un périmètre beaucoup plus large que les seuls abus de marché.

6 Dont la rédaction vient d'être considérablement remaniée par l'ordonnance n° 2009-233 du 26 février 2009.

7 Le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 2006 fait lui aussi référence à son article 17 au droit au respect de la vie privée.

du professionnel en un secret professionnel *stricto sensu*, comme l'expose clairement l'article 226-13 du Code pénal qui en réprime la violation⁸.

Dans ces conditions, le seul examen des prérogatives accordées par le législateur au régulateur ne suffit pas à appréhender l'équilibre déterminé par le droit positif entre les deux impératifs contradictoires que constituent, d'une part, la nécessaire répression des atteintes portées aux investisseurs et plus largement, au bon fonctionnement des marchés financiers et, d'autre part, la préservation des secrets, à laquelle contribue la protection des secrets professionnels.

Puisque, tautologie mise à part, le secret professionnel est une notion duale qui suppose tout à la fois un secret et un professionnel, autrement dit un contenu et un dépositaire particuliers, l'analyse de la capacité de résistance du secret lui-même (II) suppose de dépasser l'examen de la protection, à première vue limitée, que lui confère la qualité du professionnel qui en est dépositaire (I).

I - La qualité du dépositaire du secret, une protection limitée ?

L'article L. 621-9-3 du Code monétaire et financier précédemment évoqué dispose que dans le cadre des enquêtes diligentées par l'AMF, « le » secret professionnel ne peut être opposé.

En réalité, l'emploi du pluriel aurait pu être envisagé tant il est vrai que le secret professionnel trouve sa source dans des dispositions législatives et réglementaires multiples⁹ : il existe ainsi autant de secrets professionnels que de dépositaires, puisque c'est précisément, on l'a dit, la qualité de son dépositaire qui confère au secret son caractère professionnel. Leur seul point commun réside en fait dans les termes précités de l'article 226-13 du Code pénal, qui réprime la révélation d'une information à caractère secret par celui qui en est dépositaire par état ou par profession.

L'article L. 621-9-3 du Code monétaire et financier lui-même évoque d'ailleurs deux catégories de dépositaires particuliers, la première pour confirmer que son secret professionnel est inopposable aux enquêteurs de

l'AMF, il s'agit des commissaires aux comptes ; la seconde pour l'exclure au contraire du champ d'application du principe énoncé, il s'agit des auxiliaires de justice¹⁰, ces derniers bénéficiant néanmoins de l'unique exception (B) au principe d'inopposabilité du secret professionnel par toutes les autres catégories de dépositaires (A).

A - L'inopposabilité de principe du secret par le professionnel qui en est dépositaire

Confronté à une demande de communication de documents formulée sur le fondement de l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier, le professionnel est délié, par l'article L. 621-9-3, de l'obligation au secret dont il serait débiteur en vertu de la combinaison de dispositions législatives ou réglementaires spéciales avec celles de l'article 226-13 du Code pénal, comme le confirme expressément le premier alinéa de l'article 226-14 du même code.

Dès lors qu'il est délié de son obligation au secret, rien ne s'oppose donc à ce que le professionnel fournisse à l'AMF, comme toute autre personne, les informations et documents demandés par celle-ci, si ce n'est, le cas échéant, sa volonté de préserver de bonnes relations avec le client visé par les investigations.

C'est précisément pour minimiser les conséquences de cette réticence que le législateur a opportunément instauré l'infraction communément dénommée « délit d'entrave »¹¹, qui constitue pour le professionnel une incitation forte à répondre positivement aux demandes d'information formulées par les enquêteurs.

Il est cependant une autre hypothèse dans laquelle le professionnel peut éprouver quelque réticence à communiquer au régulateur les informations demandées : lorsque ces informations pourraient être de nature à établir sa propre participation à la commission d'un manquement. Comme l'ont relevé certains auteurs¹², il n'est pas certain que la poursuite d'un délit d'entrave puisse alors prospérer, dans la mesure où le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination constitue une liberté fondamentale déduite des dispositions de l'article 6 de la CESDH, ou encore, plus explicitement, de celles de l'article 14-3° du Pacte onusien du 16 décembre 1966. Une telle position a pourtant été

8 L'article 226-13 du Code pénal réprime en effet « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ».

9 V. sur ce point V. Peltier, *J-CI Pénal*, art. 226-13 et 226-14, fasc. 20, pts 10 et s.

10 La rédaction de l'article L. 621-9-3 du Code monétaire et financier issue de la loi du 1^{er} août 2003 constitue en réalité une intéressante résurgence des termes combinés de l'ancien article L. 621-11, consacré aux pouvoirs d'enquête de la COB, et de l'ancien article L. 622-10, consacré aux pouvoirs de contrôle du CMF. Le premier prévoyait explicitement le maintien de l'opposabilité du secret professionnel des auxiliaires de justice, mais ne disait mot des commissaires aux comptes ; le second précisait bien, au contraire, que les commissaires aux comptes étaient déliés de leur obligation de confidentialité, mais omettait d'évoquer le cas particulier des auxiliaires de justice.

11 L'article L. 642-2 du Code monétaire et financier réprime « le fait, pour toute personne, de mettre obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'Autorité des marchés financiers [...] ou de lui communiquer des renseignements inexacts ».

12 V. not. Ch. Arsouze, « *Procédures boursières* », éd. Joly, coll. Pratique des affaires, pt. 84.

contredite par un arrêt récent de la Cour de cassation qui a admis dans un tel cas la condamnation pour entrave en matière de concurrence¹³.

En toute hypothèse, si le refus de communication devait perdurer, les enquêteurs de l'AMF pourraient diligenter les actes d'enquête coercitifs prévus par l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier, auxquels cède *a fortiori* le secret professionnel. Tout juste peut-on mentionner que le texte précise que l'officier de police judiciaire désigné par le magistrat ayant autorisé la visite doit veiller au « respect du secret professionnel », précision qui ne vise en réalité qu'à préserver le secret des informations dont le professionnel est dépositaire et qui n'auraient aucun lien avec l'objet des investigations objet de l'ordonnance d'autorisation de la visite.

Qu'ils soient mis en œuvre sur le fondement de leurs pouvoirs « propres » ou sur autorisation du juge judiciaire, les actes d'enquête de l'AMF lui permettent donc d'accéder aux secrets professionnels entre les mains de leurs dépositaires quels qu'ils soient, par exemple, parmi ceux auxquels les enquêteurs s'adressent le plus fréquemment, les commissaires aux comptes, précédemment cités, mais aussi les opérateurs de télécommunication, ou encore les agents de l'administration fiscale.

À l'égard de certains professionnels, l'exigence de transparence est même plus importante encore : il s'agit des établissements de crédit, des entreprises d'investissement et des membres des marchés réglementés non prestataires de services d'investissement. Interlocutrices privilégiées de l'AMF et dépositaires d'informations essentielles à la conduite de ses enquêtes, ces personnes morales sont tenues, aux termes de l'article L. 621-17-2 du Code monétaire et financier, de lui déclarer « sans délai [...] toute opération [...] dont [elles] ont des raisons de suspecter qu'elle pourrait constituer une opération d'initié ou une manipulation de cours ».

En d'autres termes, ces professionnels-là sont tenus de livrer spontanément certains de leurs secrets, avant même d'être sollicités par le régulateur, leur situation étant ainsi diamétralement opposée à celle des auxiliaires de justice, seuls professionnels dont l'obligation au secret semble devoir résister aux enquêtes de l'AMF.

B - Une exception limitée : les auxiliaires de justice

Les termes mêmes de l'article L. 621-9-3 précité, qui ne délient pas les auxiliaires de justice du secret professionnel auquel ils sont par ailleurs tenus, font assurément obstacle à l'obtention par les enquêteurs, par l'exercice de leur droit de communication, d'informations couvertes par ce secret.

S'agissant par exemple des avocats, qui sont ceux des auxiliaires de justice vers lesquels se tourneraient le plus volontiers les enquêteurs, ces informations sont précisément définies par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, qui dispose dans sa version en vigueur : « 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. »

Le périmètre des informations couvertes par le secret professionnel de l'avocat est ainsi extrêmement large et celui des informations susceptibles d'être remises volontairement par lui corrélativement réduit. Il convient tout de même d'observer que l'avocat reste soumis aux dispositions de l'article L. 621-18-4 du Code monétaire et financier, qui lui impose, le cas échéant, d'établir et de tenir à la disposition de l'AMF une liste d'initiés¹⁴.

Reste néanmoins à déterminer s'il est loisible au régulateur, pour peu qu'il y soit autorisé par l'autorité judiciaire, de faire usage à l'encontre d'auxiliaires de justice de ses pouvoirs de visite domiciliaire et de saisie. En première lecture, les termes de l'article L. 621-12 précité dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 26 février 2009 semblent le permettre, puisqu'ils prévoient explicitement la possibilité de mener des visites domiciliaires et d'effectuer des saisies auprès des auxiliaires de justice, en précisant que dans un tel cas un certain nombre de garanties procédurales spécifiques détaillées aux articles 56-1 (pour les avocats) et 56-3 (pour les autres auxiliaires de justice) du Code de procédure pénale sont applicables, en particulier la présence d'un représentant de l'ordre ou de l'organisation professionnelle concerné.

Deux obstacles majeurs semblent toutefois s'opposer à ce qu'il soit porté atteinte, même dans un tel cadre procédural, au secret professionnel de l'avocat. Le premier est lié à la teneur particulière de certaines informations qu'il détient, relatives à l'élaboration de la défense de son client et qui bénéficient en tant que telles d'une protection renforcée. Le second découle en revanche directement de la qualité particulière de l'avocat, qui justifie que l'atteinte aux secrets qu'il détient, causée par la mise en œuvre d'un acte d'enquête coercitif, soit, plus encore que pour toute autre personne, strictement encadrée. À cet égard, la condition *sine qua non* de validité d'une saisie effectuée dans un cabinet d'avocat semble résider dans le fait

13 V. Cass. crim., 24 févr. 2009, pourvoi n° 08-84410.

14 V. Position AMF du 18 janvier 2006 modifiée le 14 novembre 2007.

que cette mesure soit de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat lui-même à l'infraction recherchée¹⁵.

En définitive et dans l'hypothèse où les enquêteurs ne soupçonneraient pas une quelconque complicité ou co-action de l'avocat concerné à l'occasion de l'éventuelle commission des délits suspectés, la meilleure solution pour obtenir les pièces de son dossier reste d'aller les saisir entre les mains de celui duquel elles émanent, c'est-à-dire son client, qui ne pourra quant à lui se prévaloir d'un secret professionnel auquel il n'est pas astreint¹⁶.

II - La capacité de résistance du secret lui-même

La qualité du dépositaire du secret professionnel n'offre à celui-ci, on l'a vu, qu'une protection limitée. Cette solution pragmatique est naturellement indispensable à la réalisation des enquêtes : comment les enquêteurs pourraient-ils seulement connaître l'identité des bénéficiaires de transactions suspectes s'ils ne pouvaient s'adresser à leur banquier ?

Il n'en reste pas moins que l'accès du régulateur aux secrets détenus par les professionnels n'est pas sans limite et dépend de la teneur même des informations concernées. Plus que le professionnel, c'est alors le secret lui-même qui résiste à l'enquête (A). Et même lorsque les enquêteurs en ont connaissance, force est de constater que le secret professionnel peut parfois survivre à l'enquête de l'AMF (B).

A - La protection des secrets à raison de leur teneur

Certains secrets spécifiques bénéficient d'une protection renforcée en raison de leur teneur, indépendamment de l'obligation de confidentialité qui pèse ou

non sur leur dépositaire. Tel est le cas par exemple du secret des sources journalistiques¹⁷, ou encore du secret de certains échanges entre un avocat et son client, précédemment évoqué¹⁸.

Au-delà des secrets protégés par des dispositions spécifiques, la définition large par le législateur des pouvoirs d'investigation confiés aux enquêteurs de l'AMF semble leur permettre d'accéder sans distinction à toute information non publique, quelle qu'en soit la teneur ou le support, en particulier à toutes les informations relevant du « secret des affaires » ou de la vie privée des personnes physiques.

Cette interprétation doit être nuancée, car le périmètre des informations auxquelles l'AMF est susceptible d'avoir accès est strictement limité à celles utiles à la conduite de l'enquête. Cette limite, explicitement posée par les termes de l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier qui précise que l'exercice du droit de communication est subordonné aux « nécessités de l'enquête », l'est aussi, le cas échéant, par l'ordonnance rendue par le juge des libertés et de la détention sur le fondement de l'article L. 621-12, qui détermine elle-même la portée des opérations de saisie qu'elle autorise.

Il s'en déduit qu'en toute hypothèse, l'AMF n'a accès qu'aux secrets dont la teneur rend leur connaissance nécessaire à la conduite des investigations : on voit mal par exemple, ce qui justifierait l'accès aux relevés de compte-espèces ou de communications téléphoniques du dirigeant d'un émetteur, dans le cadre d'une enquête exclusivement consacrée à la communication financière délivrée par ce dernier.

Une telle limitation, de bon sens, contribue d'ailleurs à la conformité de l'exercice par le régulateur de ses pouvoirs d'enquête aux exigences posées par l'article 8, § 2 de la CESDH, qui suppose en particulier, selon les juges de Strasbourg, que l'atteinte portée par une autorité publique au droit au secret soit « étroitement proportionnée » au but poursuivi, le respect de cette condition devant s'apprécier dans chaque espèce

15 V. Cass. com, 5 mai 1998, pourvoi n° 96-30116 pour une illustration de ce principe dans le cadre de visites domiciliaires de l'administration fiscale et sa confirmation récente par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt du 24 juillet 2008, André et autres c/ France. Sur les divergences d'appréciation entre la Chambre commerciale et la Chambre criminelle de la Cour de cassation, v. Ch. Arsouze, « Procédures boursières », *op. cit.*, p. 98 et s.

16 Si cette solution ne fait pas de doute lorsque les pièces en cause sont celles remises par le client à son avocat, elle est vivement contestée dès lors qu'il s'agit de saisir entre les mains du client les consultations adressées par son avocat ou les correspondances échangées entre eux (v. not. T. Baudesson et K. Huberfeld, *Guide pratique des visites inopinées dans l'entreprise*, Lexis-nexis-Litec, p. 72 et 75). Il ne semble pas cependant que le client de l'avocat puisse, même s'agissant de ces pièces, se prévaloir du secret professionnel, puisque lui-même n'est pas astreint à une obligation de confidentialité ; en témoigne d'ailleurs le fait qu'indépendamment même de toute procédure de nature répressive, un client reste libre de divulguer la teneur d'une consultation que lui a adressé son conseil. En revanche, dès lors que ces pièces auraient trait à l'exercice des droits de la défense, elles deviendraient insaisissables sur le fondement non pas de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, mais sur celui du principe de la libre défense tiré notamment de l'article 6 de la CESDH. En d'autres termes, entre les mains du client, c'est la teneur des pièces en cause et non leur nature qui peut constituer un obstacle à leur connaissance par le régulateur. La difficulté réside dès lors dans la définition de ce qui constitue une pièce liée à l'exercice des droits de la défense, celle retenue par la jurisprudence la plus récente semblant particulièrement large (v. par exemple Cass. crim., 13 déc. 2006, pourvoi n° 06-87169).

17 Si les journalistes ne sont pas soumis à une obligation de confidentialité (fort heureusement pour eux d'ailleurs, car l'on voit mal comment ils pourraient si tel était le cas, accomplir leur mission qui consiste précisément à informer le public), ils bénéficient en revanche d'un droit reconnu à la protection de leurs sources tiré de l'article 10 de la CESDH, dans la mesure où, selon la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), « l'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. » (v. not. arrêt du 22 février 1996, Goodwin c/ RU).

18 V. note 15.

en fonction de critères tels que l'opportunité, la durée, l'ampleur, ou encore le caractère ciblé – ou non – de l'atteinte constatée¹⁹.

Il convient d'observer à cet égard que le sort réservé par le régulateur aux secrets auxquels il a accès, qui leur permet de survivre, même une fois dévoilés à l'occasion d'une enquête, contribue au respect de cette exigence de proportionnalité.

B - La possible survie des secrets aux enquêtes de l'AMF

Une fois soustraits aux professionnels qui en sont dépositaires, les secrets ne sont pas pour autant évanouis. Bien au contraire, ils conservent même leur qualité de secret professionnel puisque leurs nouveaux dépositaires, en tant qu'agents de l'AMF, sont eux-mêmes astreints au secret sur le fondement des articles L. 621-4 et L. 642-1 du Code monétaire et financier.

Force est de constater d'ailleurs que pendant toute la durée de l'enquête, non contradictoire par nature, seuls les inspecteurs habilités spécialement désignés pour procéder à celle-ci (en règle générale deux par enquête) ont à connaître des informations recueillies. Si donc l'affaiblissement d'un secret se mesure à l'augmentation du nombre de ses dépositaires, il s'en déduit que l'atteinte portée aux secrets professionnels reste, durant la phase d'enquête, particulièrement modérée.

Dans l'hypothèse où le rapport d'enquête présenté au Collège²⁰ de l'AMF ne donne pas lieu à une procédure de sanction, les informations confidentielles recueillies au cours des investigations n'auront donc

pas franchi les murs de l'autorité, si ce n'est pour retourner dans le giron de leur dépositaire initial, dans l'hypothèse où des documents originaux auraient été saisis²¹.

Dans l'hypothèse en revanche où une procédure de sanction est ouverte à la suite de l'enquête, les pièces du dossier deviennent logiquement accessibles à l'ensemble des personnes mises en cause, celles-ci n'étant pas, quant à elles, soumises à une quelconque obligation de confidentialité. Cette divulgation peut même s'étendre au-delà du cercle restreint des mis en cause dans le cadre de la procédure de sanction, et toucher d'éventuelles parties civiles constituées dans le cadre d'une instruction à laquelle aurait été versé le dossier administratif²². Ainsi, des informations relatives au patrimoine des personnes physiques, ou touchant pour les émetteurs au secret des affaires, sont-elles divulguées de fait à l'ensemble des personnes ayant accès au dossier.

Considérant toutefois que les mis en cause n'ont pas nécessairement à connaître, pour les besoins de leur défense, l'ensemble des informations collectées au cours des investigations et qui se sont révélées dépourvues de tout lien avec les griefs qui leur ont été notifiés, l'AMF a fait le choix, afin de préserver le secret qui s'attache à ces informations, de ne pas verser dans les dossiers transmis à sa Commission des sanctions l'intégralité des pièces recueillies pendant la phase d'enquête. Seules les pièces, à charge ou à décharge, ayant un lien direct ou indirect avec les griefs notifiés y figurent. Cette pratique est vertueuse du point de vue de la protection des vies privées et permet de limiter, à la marge, l'atteinte au secret inhérente au respect du principe de la contradiction.

19 La conventionnalité de l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au secret est précisément subordonnée par l'article 8, § 2 de la CESDH à l'existence d'une loi autorisant une telle atteinte, à la poursuite d'un but légitime, enfin à la nécessité de l'atteinte portée « dans une société démocratique », cette dernière condition supposant, selon la CEDH, que l'atteinte soit « étroitement proportionnée » au but poursuivi (v. not. l'arrêt *Colas Est & autres c/ France* du 16 avril 2002 et l'ensemble des décisions antérieures évoquées par celui-ci).

En dépit de l'absence de jurisprudence de la CEDH sur ce point, nul doute que les visites domiciliaires et saisies de documents auxquelles sont susceptibles de procéder les enquêteurs de l'AMF dans les conditions précitées, constituent une ingérence d'une autorité publique dans la vie privée des personnes physiques ou morales concernées, ingérence autorisée par la loi, l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier, en vue d'un but légitime, en l'occurrence le bien être économique, qui suppose la répression des infractions visées aux articles L. 465-1 et L. 465-2 du Code monétaire et financier. La proportionnalité des actes d'investigation effectivement mis en œuvre est quant à elle contrôlée par le juge judiciaire avant (par son autorisation), pendant (directement ou par l'intermédiaire de l'OPJ désigné) et après la visite (dans le cadre des recours éventuels).

Par une décision remarquée (v. Cass. com., 30 mai 2007, *Robinson*, pourvoi n° 06-11314) la Chambre commerciale de la Cour de cassation a en revanche considéré que l'exercice par les enquêteurs des pouvoirs visés à l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier ne saurait constituer une ingérence au sens de l'article 8, § 2 de la CESDH et ne pourrait ainsi caractériser une atteinte au droit au secret. Cette décision résulte d'un constat simple : l'exercice du droit de communication ne s'accompagnant d'aucune coercition matérielle, l'accès par l'AMF aux informations suppose leur remise volontaire par leur détenteur, emportant dès lors levée du secret par celui-ci.

Si l'on suit cette analyse, l'accès par les enquêteurs de l'AMF à des informations secrètes par l'exercice de leurs pouvoirs propres dépendrait exclusivement de la bonne volonté des personnes concernées. Cette position a été critiquée par certains auteurs (v. par exemple notes sous l'arrêt précité par N. Decoopman in *Bulletin Joly Bourse*, 2007, p. 461, § 106 ou Ch. Arsouze in *Rev. Sociétés*, oct.-déc. 2007, p. 851), car elle fait peu de cas de la contrainte juridique pesant sur elles, contrainte résultant de l'existence même du délit d'entrave précédemment évoqué. Toutefois et quand bien même l'exercice par les enquêteurs de l'AMF de leur droit de communication serait considéré comme une ingérence au sens de l'article 8, § 2, il est douteux que celui-ci puisse, en pratique, être considéré comme disproportionné au regard des objectifs poursuivis, pour les motifs ci-dessus exposés.

20 Dont les membres sont eux aussi astreints au secret professionnel.

21 L'article L. 621-12 du Code monétaire et financier dispose en effet que « les pièces et les documents qui ne sont plus utiles à la manifestation de la vérité sont restitués ».

22 Rappelons à cet égard qu'aux termes de l'article L. 621-15-1 du Code monétaire et financier, le Collège est tenu de transmettre immédiatement au parquet de Paris le rapport d'enquête, dès lors que l'un des griefs notifiés est susceptible de caractériser l'une des infractions visées aux articles L. 465-1 ou L. 465-2 du même code.

Si elle a été validée par la Cour de cassation, dès lors que la sélection des pièces a été effectuée avec loyauté²³, il est vrai cependant qu'elle place les mis en cause dans une situation inconfortable, dans la mesure où il leur est en pratique impossible de remettre en cause le tri effectué par le régulateur, puisqu'ils ignorent par hypothèse la teneur des informations initiale-

ment collectées. Sans doute conviendrait-il à cet égard de réfléchir aux conditions d'un meilleur équilibre entre le droit au secret et un autre impératif contradictoire que constitue cette fois, non pas la détection des atteintes au bon fonctionnement du marché, mais la préservation des droits de la défense.

23 Dans son arrêt Messier du 19 décembre 2006 (pourvoi n° 05-18919), la Chambre commerciale a exactement indiqué que : « Le fait que l'AMF ait procédé à une sélection des pièces du dossier finalement soumis à la Commission des sanctions n'est pas, en soi, de nature à vicier la procédure, à moins qu'il ne soit démontré que, manquant à son devoir de loyauté, elle ait distrait des éléments de nature à influencer sur l'appréciation, par la Commission des sanctions puis le cas échéant par la cour d'appel, du bien-fondé des griefs retenus. »