

Synthèse du Colloque
par Raphaële Bouniol-Brochier, avocate au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Monsieur le Ministre,
Monsieur l'Avocat Général,
Messieurs les Professeurs,
Chères consœurs, Chers confrères,
Chers intervenants
Chers élèves
Chers tous,

Je remercie l'école HEAD pour son invitation.

Et l'honneur qui m'est fait de clôturer ce colloque passionnant sur le secret professionnel.

Nous avons pu écouter, tout au long de cette journée, des interventions de grande qualité.

Qui nous montrent à quel point ce secret est précieux.

Nous y sommes, je crois, tous viscéralement attachés.

De même qu'à tous les secrets : celui du médecin et des professionnels de santé, du prêtre, du banquier, de l'expert-comptable, et de ses autres dépositaires.

Mais aussi le secret des affaires, dont la très récente jurisprudence de la chambre commerciale du 14 mai dernier montre qu'il peut être mis à mal par des mesures *in futurum* (23-23.897).

- 1.** Dans leurs allocutions d'ouverture, Monsieur le Ministre, mes confrères Laurence Dumure-Lambert et Emmanuel Brochier, ainsi que Monsieur l'avocat général, Renaud Salomon, ont montré que parmi d'autres secrets, le secret professionnel, menacé par de nouvelles exigences de transparence, revêt une importance particulière.

Je retiendrai, hélas, le bulletin de vie fragilisé du secret professionnel.

Mais aussi, comme boussole, les motifs de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme *Michaud c. France*, qui nous rappelle, je cite, que

« les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables ».

2. C'est bien tout l'enjeu de la confrontation qui a été faite par notre premier panel entre secret professionnel à la française, qui se fonde sur une approche *in personam* et Legal Privilege, qui lui se fonde sur une approche *in rem*.

Je remercie :

- le Professeur Joël Moret-Bailly, pour les précisions qu'il nous a apporté sur les définitions du secret et l'importance des textes, notamment de l'article 66-5 de la loi de 1971 qui protège « *le secret professionnel de la défense et du conseil* » (c'est important) mais aussi de l'apport fondamental du droit européen.
- Je remercie aussi Monsieur Philippe Mettoux, pour son éclairage précieux sur le secret des affaires, ainsi que sur les règles et contraintes applicables aux juristes d'entreprises et la complémentarité que nous devons nouer entre professionnels du droit.
- Je remercie encore mes confrères Raphaël Gauvain et Matthieu Brochier pour leurs analyses fines sur les exemples pratiques – notamment les visites AMF ou en matière de concurrence – où finalement tout se joue et les questions posées par le droit de la preuve, la déloyauté étant désormais admise si elle est proportionnée : mais s'il n'y a plus de borne à la déloyauté, où sont les limites de la proportionnalité ?

L'arrêt de la première chambre civile du 6 décembre 2023 (Civ. 1^{ère}, 6 déc. 2023, n° 22-19.285) qui a jugé que le secret professionnel ne constitue pas un obstacle aux mesures 145, pose la question de cette limite.

- 3.** Dans un deuxième panel, le Professeur Marc Segonds, Mme Fontaine-Castets et mon Confrère Christophe Ingrain, sont revenus sur les exigences nouvelles de compliance.

Ils nous ont rappelé l'importance de nos règles déontologiques lors des enquêtes internes, dont les contours ont été fixés par une jurisprudence récente de la chambre sociale du 27 novembre 2024 (Soc., n° 23-11.720).

Surtout, ils ont mis en lumière les très délicates questions liées aux demandes des autorités administratives, notamment en matière de LCB-FT, seules 15 déclarations de soupçon ayant été faites par des avocat en France selon le rapport d'activité de Tracfin de 2024 (contre par ex : 35 aux Pays-Bas, 81 au Luxembourg, 29 en Espagne), ce qui montre une certaine réticence dans notre pays à la délation, ce qui peut faire notre fierté.

- 4.** Enfin, notre troisième panel, composé du Professeur Thibault Douville, Myriam Quéméner, Emmanuelle Bartoli et Constantin Pavléas, nous a montré les défis nombreux posés par la cybersécurité et la transformation numérique.

Ainsi, à titre d'ouverture et en ma qualité d'avocate aux conseils, je vous proposerai une réflexion prospective sur trois points : (i) la dynamique de la jurisprudence devant nos juridictions suprêmes, (ii) la concurrence des secrets entre eux et (iii) les défis posés par l'intelligence artificielle.

- 1.** Revenons, en premier lieu, sur les cinq arrêts rendus le 11 mars et le 8 avril dernier par la chambre criminelle s'agissant des perquisitions qui sont effectuées dans le cabinet d'un avocat où à son domicile.

Ces arrêts ont clarifié : le rôle du bâtonnier, d'une part, et le champ d'application de l'article 56-1 du code de procédure pénale, d'autre part.

L'on constate à chaque fois un certain trompe l'œil: une consécration, en principe, de l'importance du secret professionnel, puis un coup de canif perfide.

- S'agissant du bâtonnier, la chambre criminelle consacre sa mission générale d'assurer les droits de la défense.

Elle juge qu'il n'est pas partie à la procédure au cours de laquelle sont effectuées les perquisitions éventuelles et les saisies :

le texte précise qu'il est présent et que le contenu de la décision du JLD qui autorise la perquisition est porté à sa connaissance.

Un commentaire récent le qualifie *d'amicus curiae* : disons-le d'emblée, nous ne partageons pas cet avis car son rôle est bien plus important.

Le bâtonnier est partie à l'instance distincte qui porte sur la contestation de la saisie, devant le JLD, puis le président de la chambre de l'instruction.

Il peut donc se pourvoir contre la décision du dernier qui, même lorsque la décision du JLD rendue sur la contestation de la saisie ne lui fait pas grief et qu'il n'a pas lui-même exercé ce recours (c'est le cas où le président de la CHINS ordonne le versement à la procédure de documents dont le JLD avait ordonné la restitution).

Mais le bâtonnier n'a pas accès à la procédure d'instruction car selon la chambre criminelle, il est suffisamment éclairé par l'ordonnance du JLD.

Si cette position résulte d'une lecture stricte du texte, elle pose question sous l'angle de l'effectivité des droits de la défense.

- S'agissant du champ d'application du texte, la chambre criminelle rappelle :

- En premier lieu, l'inopposabilité du secret en cas de mise en cause de l'avocat.

Toutefois, dans ce cas, il doit exister des « *raisons plausibles* » de sa qualité d'auteur ou complice de l'infraction, qui doivent être précisément motivées, sous peine de censure, au visa de l'article 8 de la Convention européenne. C'est la seule cassation qu'elle prononce dans ces cinq affaires.

- En second lieu, et il s'agit du point le plus problématique, la chambre criminelle confirme la possibilité de saisir des documents pourtant protégés par le secret professionnel « de la défense et du conseil » prévu par l'article 66-5 de la loi de 1971.

Ils peuvent être saisis s'ils ne relèvent pas de ce qui est qualifié de « *l'exercice des droits de la défense* ».

Dans ces arrêts, il s'agissait de documents relatifs à la négociation d'un protocole et son exécution, de procès-verbaux d'avocats relatifs à une enquête déontologique, d'échanges antérieurs à la commission de l'infraction (une consultation d'avocat après la suspension d'un permis de conduire et avant que l'intéressé soit impliqué dans un accident de circulation) et d'un téléphone « remis » aux enquêteurs.

Cette lecture restrictive de la chambre criminelle découle directement de la décision de conformité n° 2022-1030 QPC du Conseil constitutionnel du 19 janvier 2023 de l'article 56-1 du code de procédure pénale.

On peut déceler dans cette décision le péché originel : le refus de reconnaître une valeur constitutionnelle au droit au secret des échanges et correspondance des avocats.

Mais ce n'est pas tout : le Conseil constitutionnel juge que la saisie est interdite pour les seuls documents qui relèvent de l'exercice des droits de la défense, à savoir les documents « *relatifs à une procédure juridictionnelle ou à une procédure ayant pour objet le prononcé d'une sanction* ».

Tous les autres documents, même ceux qui sont protégés, peuvent donc être saisis, notamment en matière de conseil.

La chambre criminelle pouvait difficilement se départir de la position récente des juges de la rue de Montpensier.

Toutefois, il y aurait matière à interroger les juges de Strasbourg.

Car la protection du secret professionnel de l'avocat est un principe à deux visages :

L'un procédural, puisé dans le droit fondamental à un procès-équitable,

L'autre substantiel, tiré du droit fondamental au respect de la vie privée.

C'est ce fondement substantiel qui est en péril.

Or, comme le rappelait M. Mathias Guyomar, récemment promu président de la Cour européenne des droits de l'homme, dans des conclusions prononcées en 2008 (Sect, CNB, 296845 et 296907) :

« Distinguer selon que l'avocat intervient dans un contexte exclusivement contentieux ou au contraire au titre du seul conseil juridique présenterait [...] un caractère artificiel. Il existe bien souvent, dans la pratique, un continuum entre le temps du conseil et celui de la représentation. Le secret doit couvrir ces deux temps en bloc, sauf à fragiliser la nécessaire relation de confiance qui doit exister entre un avocat et son client ».

- Le Conseil d'Etat, dans une décision récente, *Sté Artmès* rendue en matière fiscale, a opéré le même mouvement, entre reconnaissance et recul.

Il a abandonné sa jurisprudence dite *Julien* du 12 décembre 2018 (n° 414088), qui consistait à annuler l'intégralité d'une procédure fiscale et donc à prononcer la décharge de l'imposition dès lors qu'un vérificateur avait accès à un document protégé par le secret.

S'inspirant d'une jurisprudence inverse de la chambre criminelle en matière de nullité et souhaitant, selon les mots de sa rapporteure publique Céline Guibé, se départir de « l'automatisme » de sa jurisprudence *Julien*, le Conseil d'Etat a estimé que le juge doit rechercher, si cela est soutenu devant lui, si le redressement trouve son fondement, non dans le document protégé par le secret, mais dans d'autres documents saisis de manière régulière.

Mais dès lors que le document protégé a été vu, il sera toujours aisé pour l'administration fiscale de trouver une justification à l'impôt dans les pièces saisies de manière régulière.

- 2.** Dans un deuxième temps, il m'a paru intéressant de vous dire quelques mots sur la procédure devant la formation spécialisée du Conseil d'Etat, régie par les articles L. 773-1 et suivants du code de justice administrative, au cours de

laquelle le secret professionnel est en compétition avec un autre secret, celui de la défense nationale, auquel le Conseil d'Etat est très attaché.

Pour rien ne vous cacher, je suis convoquée à une audience devant cette formation lundi prochain et je me pose sérieusement la question de mon utilité.

La raison est simple : les portes de la salle d'audience restent tout aussi fermées que celles du bureau des légendes – et ne s'entrouvrent pour laisser rentrer l'avocat que très furtivement, ce qui rend son rôle inutile.

Les membres de cette formation spécialisée, ainsi que son rapporteur public, sont habilités à qualité au secret de la défense nationale.

Elle juge les recours relatifs à la mise en œuvre de techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'Etat.

L'avocat fait son recours « à l'aveugle » car il ne sait pas si le fichage, soupçonné par le client, est caractérisé et fondé.

Les échanges avec l'administration sont vains puisqu'on lui oppose le secret.

Et sa présence à l'audience est minimale puisqu'il est seulement invité à présenter des observations, sans pouvoir écouter le rapporteur public.

Car l'avocat n'est pas habilité, au même titre que les juges, au secret de la défense nationale.

La valeur de son secret est donc remise en cause puisque le droit de la défense s'avère inefficace : seul le juge sait et peut juger si le fichage est légal ou non.

Dans une décision de 2017, le Conseil d'Etat a jugé que cette dévitalisation n'est pas contraire à l'article 6 de la Convention car les pouvoirs dont est investie cette formation, qui peut notamment relever des moyens d'office et adresser des injonctions à l'administration, garantissent l'effectivité de son contrôle juridictionnel.

3. En troisième et dernier lieu, je vous propose de partager quelques réflexions récentes que nous avons eu au sein de l'ordre des avocats aux conseils, dans le cadre d'un groupe de travail dédié auquel je participe, s'agissant de l'intelligence artificielle et des défis qu'elle pose.

Parmi toutes les règles déontologiques, c'est celles qui protègent le secret professionnel qui risquent d'être le plus affectées par cette nouvelle technologie.

Un consensus est apparu sur le fait qu'aucune donnée protégée par le secret ne doit être transmise à une IA ouverte si elle n'est pas anonymisée.

La seule pseudonymisation, qui à l'inverse de l'anonymisation, n'est pas définitive, paraît insuffisante.

Se pose de manière plus délicate la question des IA « fermées », c'est-à-dire, par exemple, celles auxquelles les seuls membres du cabinet ont accès.

Certains estiment que des données protégées peuvent être communiquées à ces IA, s'il est garanti qu'elles seront ensuite immédiatement détruites, et que le client est informé, alors que d'autres, plus protecteurs – et qui n'ont pas confiance dans les IA, pensent que non.

Nous verrons quelle sera la position du Collège de déontologie, qui a été saisi, étant précisé que se pose également avec acuité la question de la localisation des serveurs, notamment hors de France et hors UE.

La jurisprudence du juge des référés du Conseil d'Etat, rendue pendant le Covid s'agissant de la plateforme Doctolib, pourrait évoluer au regard de ces nouveaux enjeux et du risque d'accès par des autorités étrangères, notamment américaines, à des données sensibles.

En conclusion, face à tant de défis, l'éthique personnelle de chacun, dont le Professeur Truchet nous a rappelé l'importance, restera un remède précieux.

Nous devons ainsi écouter le conseil donné en son temps par Voltaire, qui nous servira de point final :

« Dire le secret d'autrui est une trahison, dire le sien est une sottise ».

Je ne vous dirai pas les miens mais je vous remercie.