

## COLLOQUE HEAD 2025

« Secret professionnel : actualités, enjeux et défis »

Philippe Mettoux

Notion polysémique par excellence, le secret investit tous les champs de l'activité humaine : secrets d'Etat, secret bancaire, secret médical, secret de fabrique, secret professionnel, secret de la vie privée, secret de la confession, sans oublier, parmi tant d'autres encore, l'un des plus opaques, à coup sûr, le secret des origines. Ainsi, le secret apparaît comme une constante de l'ordre juridique, tout autant que de la nature humaine.

Autant de facettes d'un même mot qui fascine et qui intrigue. La fonction du secret s'est transmise au fil du temps et les sociétés modernes en ont, à leur tour, perçu tous les profils jusqu'à l'ériger en « raison ». La plus extrême diversité se rencontre ici : de l'intimité de la vie privée à la politique des Etats, aucune sphère n'est épargnée, à l'heure même où le développement des technologies de l'information apparaît susceptible de remettre en cause ces protections classiques et, par la même, l'intangibilité du secret, notamment par la collecte et la diffusion des informations et par les risques d'intrusion dans les systèmes informatiques, transformant la société de liberté dans laquelle nous vivons en une société de surveillance.

Le respect du secret est donc le résultat d'un équilibre, d'un consensus que l'on peut contester, car les raisons qui fondent le secret s'opposent à d'autres nécessités de la vie sociale : par exemple, au secret médical s'opposent des considérations de santé publique et l'interdiction de certaines ententes entre agents économiques limite le secret des affaires.

C'est pourquoi, dans notre droit, malgré son apparente sacralité, le secret fait partie de ces notions mystérieuses et flottantes, que des siècles de pratique et d'études juridiques ont peiné à définir ou même à pleinement cerner.

C'est aussi que la preuve s'accommode mal du secret, aux termes de la combinaison de deux adages vénérables, mais toujours actuels, selon lesquels la preuve incombe au demandeur (« *actori incumbit probatio* ») et devant le juge,

c'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé (« *idem est non esse aut non probari* »).

Néanmoins, depuis une dizaine d'années, on peut noter les avancées importantes du droit à la preuve face à la sacralité du secret. S'agissant de ce secret professionnel particulier qui s'y attache au droit des affaires, il en est un signe évident de l'essor du droit à la preuve qui est l'accueil de plus en plus fréquent des mesures d'instruction *in futurum*.

Cependant, la protection des secrets d'affaires est éminemment stratégique, dans la mesure où la divulgation d'informations concurrentielles peut nuire à la compétitivité de l'entreprise, à sa profitabilité et donc à sa pérennité. En outre, comme je l'ai déjà indiqué, la notion même de « secret des affaires » a longtemps été source d'interrogations et d'incertitudes quant au règlement du conflit entre droit à la preuve et protection des secrets concernés.

Le secret des affaires était une notion connue de notre droit, bien avant sa consécration et son introduction dans le code de commerce. Au surplus, dans un arrêt du 8 février 2006, la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que « *le secret des affaires ne constitue pas, en lui-même, un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, dès lors que les mesures ordonnées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* ».

Empruntée à un arrêt plus ancien (de 1999), la formule n'était pas nouvelle et se justifiait par le fait que le secret des affaires demeurait alors un concept défini par aucun texte et qui, compte tenu de son caractère flou, pourrait paralyser la mise en œuvre de nombreuses mesures d'instruction *in futurum*. En outre, dans le conflit entre droit du plaideur de recueillir des preuves et secret des affaires, la jurisprudence conserve tout de même un garde-fou : le motif légitime, excipé par la partie demanderesse.

Alors que la loi Macron avait été impuissante à consacrer le secret des affaires en le définissant, c'est une directive de l'Union européenne sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées qui incita le droit interne à évoluer.

En effet, la loi de transposition du 30 juillet 2018 est venue protéger - au même titre que les marques, dessins, modèles et brevets - ce que les accords relatifs

aux droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC ou TRIPS de 1994) appelaient les « *renseignements non divulgués* ». Ainsi, conformément aux prévisions de l'accord ADPIC (article 39.2), l'article 2 de la directive définit le secret des affaires comme « *des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes :*

- a) *elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles;*
- b) *elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ;*
- c) *elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes. »*

La définition du secret des affaires étant très large et sa protection très resserrée, la directive a prévu un certain nombre de dérogations (article 579) désormais codifiées dans le code de commerce (articles L.151-1 à L.154-1). Ainsi, en vertu de la directive, un plaideur qui pourrait démontrer que la révélation d'un secret d'affaires aurait pour but la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national, pourrait demander à ce que le secret soit levé. De la sorte et par principe, si la protection d'un intérêt légitime l'impose, le secret des affaires peut toujours être mis de côté dans le cadre d'une demande d'expertise *in futurum* visant à collecter les informations nécessaires au succès des prétentions d'une des parties.

Cependant, on note que le secret des affaires a bien souvent été mis à mal dans le cadre de l'application de l'article 145 du Code de procédure civile qui autorise les expertises *in futurum* visant à collecter des informations nécessaires au succès des prétentions d'une des parties au litige.

Bien que ce texte participe de l'exercice du droit à la preuve des parties au procès, tel que consacré par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 avril 2012, il n'en demeure pas moins que l'exercice de ce droit par le biais d'une demande d'expertise *in futurum* se confronte indéniablement au secret des affaires. En

effet, l'article 145 du Code de procédure civile s'attache à toutes les mesures tendant à conserver ou établir la preuve des faits.

Ainsi, il est possible, par le truchement de cette procédure, de demander la nomination d'un expert, ou d'un huissier assisté de différents professionnels (comptable, informaticien, etc...). En conséquence, une telle procédure aboutit, de fait, à recueillir en tant qu'éléments de preuve, des informations pouvant relever du secret des affaires ou du secret professionnel.

Quant au secret des affaires, la jurisprudence de la Cour de cassation semblait constante. Selon elle, ce secret « [...] *ne constitue pas un argument susceptible d'interdire des demandes formulées sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile* ».

Cependant, par un arrêt du 10 juin 2021, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée sur la combinaison du secret des affaires avec les mesures d'instruction de l'article 145 du Code de procédure civile et consacre, certes de manière implicite, le droit au secret des affaires au rang de droit fondamental.

La décision est particulièrement intéressante en ce que la Cour de cassation met bien en évidence la confrontation entre droit à la preuve et droit au secret des affaires en cas de requête fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile, tout en rappelant aux juges du fond qu'il convient de vérifier que les mesures ordonnées sont nécessaires à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnées aux intérêts antinomiques en présence. L'arrêt mentionne ainsi que, « *selon ce texte [l'article 145 du Code de procédure civile], s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir, avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé. Constituent des mesures légalement admissibles, des mesures d'instruction circonscrites dans le temps et dans leur objet et proportionnées à l'objectif poursuivi. Des lors, il incombe au juge de vérifier si la mesure ordonnée était nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence* ».

Ce faisant, la Cour reconnaît ici la confrontation entre deux droits fondamentaux et pose trois conditions cumulatives qui doivent être réunies pour que le droit au secret cède devant le droit à la preuve.

Ainsi, le juge doit-il constater que « *les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime, sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées, et ne portent pas une atteinte disproportionnée aux droits de l'autre partie au regard de l'objectif poursuivi* ».

De la sorte, la Cour de cassation confirme la nécessité d'opérer un contrôle classique de proportionnalité des lors que le droit à la preuve se confronte à ce qui est désormais le droit au secret des affaires.

Cette reconnaissance, certes tacite mais bien réelle, d'un droit au secret des affaires, vient quelque peu inverser la tendance jurisprudentielle qui, ces dernières années, semblait être en faveur du droit à la preuve, à tel point que certains auteurs s'interrogent désormais quant à l'efficacité à venir de l'expertise *in futurum*.

De fait, l'appréciation des critères du contrôle de proportionnalité étant largement dépendante du juge, la primauté du droit à la preuve face au droit au secret n'en est que plus incertaine.

Enfin, il est très intrigant de remarquer qu'en utilisant les dogmes du droit externe que sont la « fondamentalisation » et le principe de proportionnalité, la Cour de cassation semble rejoindre une ligne différente de celle prônée - tant par la CJUE que par la CEDH - semblant vouloir faire la part belle au secret des affaires et ce, au détriment de la sacro-sainte transparence, souvent exigée en la matière.

En outre, cela confirme peu ou prou les conclusions émises en matière de secret professionnel. Ainsi, bien que l'essor du droit à la preuve soit incontestable et malgré les tentatives de les entamer, on ne peut nier qu'en droit interne, le secret professionnel, comme le secret des affaires, semblent encore de beaux jours devant eux...