

HEAD

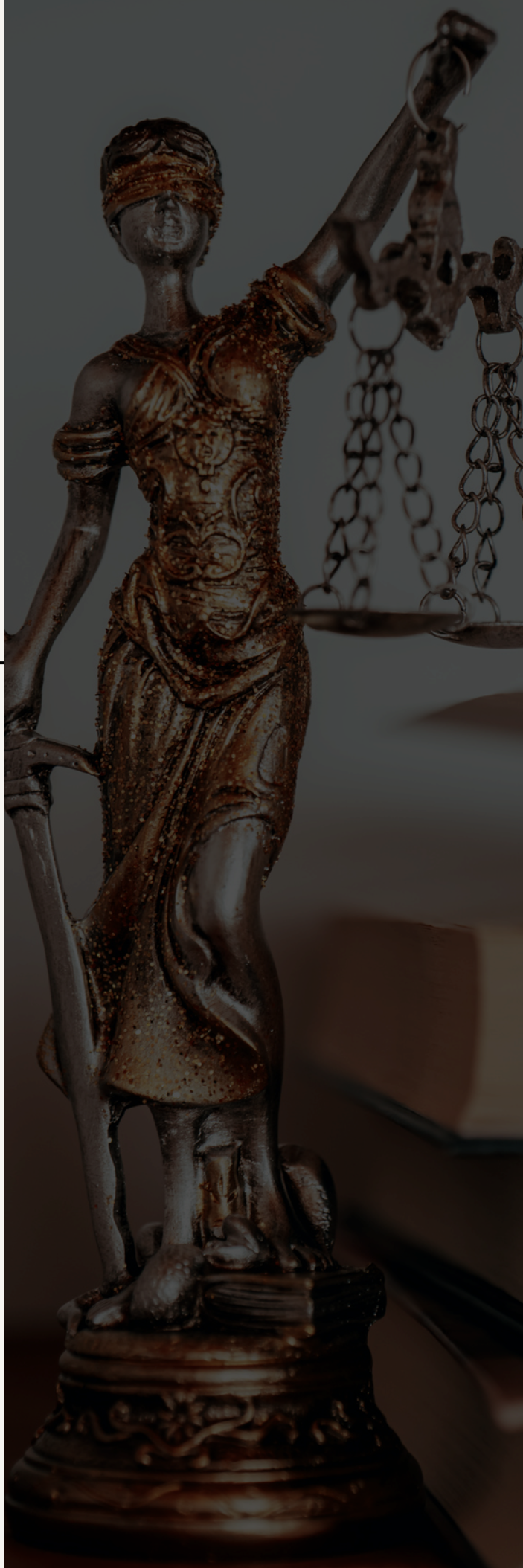
HAUTES ÉTUDES APPLIQUÉES DU DROIT

ACTES DU COLLOQUE

19 JUIN 2025

Secret professionnel : actualité, enjeux et défis

Organisé par le
Laboratoire de Recherche HEAD



SECRET PROFESSIONNEL : ACTUALITÉ, ENJEUX ET DÉFIS

**Actes du Colloque du Laboratoire de
recherches des Hautes Études
Appliquées du Droit**

Sous la direction du Professeur Thierry Rambaud, Professeur de l'Université
Paris Cité, Avocat au sein du cabinet Mayer Brown Paris

SOMMAIRE des contributions

1

« Observations sur le recul du secret professionnel de l'avocat »

par Emmanuel Brochier, avocat au Barreau de Paris, associé fondateur du cabinet Darrois Villey Maillot Brochier

2

« L'importance du secret des affaires, vue d'un magistrat de la Cour de cassation »

par Renaud SALOMON, Avocat général à la Cour de cassation, Professeur associé à l'université de Paris Dauphine PSL, Membre associé de l'Institut de criminologie de l'université de Paris Panthéon-Assas

3

« Observations pratiques sur le secret professionnel en France et ailleurs »

par Matthieu Brochier, associé au sein du cabinet Darrois Villey Maillot Brochier

4

« Secret professionnel : actualités, enjeux et défis »

par Philippe Mettoux, Conseiller d'État honoraire

5

« Secret et cybersécurité : cyber-risques sur les données numériques »

par Myriam Quéméner, Avocat général honoraire, Docteur en droit

6

« Secret professionnel : mise en perspective éthique »

par Didier Truchet, Professeur Émérite de l'Université Paris Panthéon Assas

7

Synthèse du Colloque

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

8

Annexe : Programme du Colloque

1

« Observations sur le recul du secret professionnel de l'avocat »

Par Emmanuel Brochier, avocat au Barreau de Paris, associé fondateur du cabinet Darrois Villey Maillot Brochier

I. Le secret professionnel de l'avocat parmi d'autres secrets

On ne peut réfléchir au secret professionnel sans envisager la question du secret en général. Aujourd'hui la transparence est obligatoire en toute circonstance. Elle est vertu tandis que le secret est une faute. Aux yeux de l'opinion publique celui qui viole le secret gagne, celui qui défend le secret perd la bataille.

Et pourtant le secret est une richesse qui a de multiples facettes et celui qui sait n'est pas forcément l'ennemi de celui qui ne sait pas.

Le secret est une clé de la littérature. Balzac, par exemple, en fait le plus grand usage dans ses œuvres. Cézard Birotteau, est victime d'une conspiration secrètement ourdie contre lui, Le Père Goriot cache dans sa misérable sous-pente les sacrifices qu'il fait pour ses filles qu'il aime et dans la nouvelle Gobseck selon les propos de l'auteur « *une dizaine d'usuriers, rois silencieux et inconnus, échangent des secrets et se révèlent les mystères de la finance. Ils possèdent les secrets de toutes les familles* ». Le secret donne, c'est certain, un pouvoir à celui qui le détient.

L'intimité est indispensable à chacun. Un homme, une femme ne peut se construire sans histoire ou secret : secret de famille, histoire d'amour, histoire de conviction, religieuse ou politique, toutes ces histoires ou secrets qu'il garde en lui comme une souffrance ou comme un souvenir précieux, un guide pour l'avenir, comme une richesse qu'il ne partage pas.

Tous les secrets s'affaiblissent. Souvenez-vous du livre de cet ancien président de la République qui, sans gêne, livrait des secrets d'État. Le secret de la vie privée bien que doublement protégé par le code civil (article 9) et par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (article 8 alinéa 1) est lui aussi très faible aujourd'hui. Jusqu'en 1991, la Cour de cassation protégeait le patrimoine, la publication des feuilles d'impôts des un ou des autres était punie au nom du secret de la vie privée. Aujourd'hui elle est souhaitable et parfois obligatoire les politiques doivent procéder à une publication de leur patrimoine qui va jusqu'à un détail absurde. Combien de titres, combien de dividendes, combien d'options d'achat etc.... et quand un article de presse divulgue la liaison d'un président de la République, le journal plaide, « *l'information légitime du public* », ou encore que « *le comportement du président de la République, relève d'un débat général, et concerne l'histoire contemporaine* ». En définitive, il est condamné sur le fondement de l'article 9 du Code civil au motif « *que cette information ne s'inscrit pas dans un article destiné à faire le lien entre cette relation et le fonctionnement de la vie politique française* », le journal est condamné soit, mais à quoi est-il condamné ? au paiement d'une indemnité de 15 000 €, on rencontre ici le problème grave de l'inefficacité des décisions de justice.

Ce phénomène de recul du secret n'est pas seulement le fait des réseaux sociaux, c'est aussi plus largement le fait que notre société vit dans la peur, peur de la pudeur, peur de l'avenir, peur de l'autre. Alors y a-t-il des secrets qui résistent à ce mouvement ?

Le secret du délibéré n'est jamais critiqué et c'est une heureuse exception. Le secret des sources des journalistes est ardemment défendu, mais paradoxalement il permet la violation d'autres secrets de

l'enquête ou de l'instruction. Un peu à contre-courant, un texte européen est venu protéger il y a quelques années le secret des affaires mais ces exceptions sont bien peu nombreuses.

II. Les atteintes répétées au secret professionnel de l'avocat

Dans ce contexte, un constat s'impose : le secret professionnel ne cesse de reculer. Il est défini par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 71 modifiée en dernier lieu par la loi du 28 mars 2011 :

« 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 de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces au dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

Cette définition, large et claire, est stable depuis cette date, elle a même été rappelée à plusieurs reprises récemment par la loi.

Ainsi depuis la loi du 22 décembre 2021, l'article préliminaire du code de procédure pénale comprend un alinéa dans les termes suivants *« le respect du secret professionnel de la défense et du conseil prévu à l'article 66-5 de la loi n°71.11.30 du 31 décembre 1971 est garanti au cours de la procédure pénale dans les conditions prévues par ce présent code ».*

De même, l'article 56-1 du code de procédure pénale qui résulte de la même loi du 22 décembre 2021 prévoit en cas de perquisition dans un cabinet d'avocat que *« le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat et à ce qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil prévu par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, ne soit saisi et placé sous scellé ».*

L'article 2 du règlement intérieur national de la profession d'avocat édicte que *« le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est, absolu, et illimité dans le temps ».*

La cour de justice de l'union européenne protège également les communications entre l'avocat et son client. C'est un principe communautaire : la Cour a jugé que le secret professionnel constitue *« une garantie essentielle de la liberté de l'individu et du bon fonctionnement de la justice »* (CJUE 19 février 2002- édit Wonters).

La cour européenne des droits de l'homme a elle aussi, rendu de nombreuses décisions sur le même sujet *« c'est la base de la relation de confiance entre l'avocat et son client »* (CEDH 25 mars 1992 Campbell/ Royaume uni).

Un paragraphe de l'arrêt du 6 décembre 2012 (Michaud / France par 118) mérite d'être rappelé *« si l'article 8 protège la confidentialité de toute correspondance entre individus, il accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients. Cela se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables. Or, un avocat ne peut mener à bien cette mission fondamentale s'il n'est pas à même de garantir à ceux dont il assure la défense que leurs échanges demeureront confidentiels. C'est la relation de*

confiance entre eux, indispensable à l'accomplissement de cette mission qui est en jeu. En découle, indirectement, mais nécessairement, le respect du droit du justiciable à un procès équitable ».

En quelques lignes tout est dit.

Et pourtant, malgré ces fortes déclarations le recul est certain.. Ce n'est pas le principe qui est attaqué mais son périmètre et les modalités de sa mise en œuvre :

- L'article 56-1 du Code de procédure pénale dispose que l'on peut s'opposer en cas de perquisition à la saisie d'un document « *relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil* ».

Une condition est donc subrepticement ajoutée à la définition de l'article 66-5 puisque les mots « *relevant de l'exercice des droits de la défense* » n'y figurent pas.

Cette nouvelle condition, dont les termes sont ambigus marque un net recul de la définition du secret professionnel et permet à la jurisprudence de refuser l'accès au secret professionnel. Ainsi, en matière d'enquête de concurrence, la chambre criminelle a jugé le 24 septembre 2024 que : « *si selon les principes rappelés par l'article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, les documents et les correspondances échangés entre le client et son avocat sont en toutes matières, couverts par le secret professionnel, il demeure qu'ils peuvent être notamment saisis, dans le cadre des opérations de visite prévues par l'article L 450-4 du code de commerce, dès lors qu'ils ne relèvent pas de l'exercice des droits de la défense* ».
- Le secret professionnel du conseil n'est plus opposable aux mesures d'enquête et d'instruction relatives aux infractions suivantes : fraude fiscale, corruption et trafic d'influence, terrorisme et blanchiment de ces délits, à condition que les consultations de l'avocat et les pièces, établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou faciliter ses infractions.
- La chambre criminelle a toujours refusé d'appliquer le secret professionnel à la matière du conseil.
- Loin de devoir toujours protéger les secrets, il existe des circonstances dans lesquelles l'avocat est obligé sous peine de sanction pénale et déontologique de dénoncer son client au Bâtonnier : « *les avocats sont tenus de déclarer les opérations portant sur des sommes dont ils savent, soupçonnent ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme* (article L 561-15 du CMF) ».

Cela s'applique lorsque l'avocat assiste un client dans la préparation ou la réalisation d'une opération d'achat ou de vente d'une société, d'un immeuble ou la gestion de fonds ou d'autres actifs, ou lorsqu'il donne des conseils en matière fiscale.
- Même en matière civile, le secret professionnel recule. La Cour d'appel de Toulouse avait jugé qu'aucun texte n'autorise la saisie de documents en dehors des mesures de perquisition prévues par l'article 56-1 du code de procédure pénale. Dans un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 6 décembre 2023, la Cour de cassation a jugé que « *le secret professionnel de l'avocat 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 sollicitées, destinées à établir les fautes de l'avocat, sont indépendantes à l'exercice du droit à la preuve du requérant, proportionnées aux intérêts antinomiques en présence et mises en œuvre avec des garanties adéquates ».

Toutes ces restrictions ont une justification que l'on peut approuver ou réfuter, mais leur multiplication est inquiétante, et révèle une hostilité forte au principe même. En résumé, même si on réaffirme le principe par de multiples déclarations solennelles, on restreint sa mise en œuvre et son application dans le même temps.

Tel est le bulletin de santé du secret professionnel. Solide en apparence, mais en vérité, sans cesse attaqué et fragilisé. Et quand le secret professionnel recule, c'est la défense toute entière qui s'affaiblit.

Il ne faut pas croire que c'est un privilège pour les Avocats, non c'est un droit pour les clients. Et c'est une obligation impérieuse pour les avocats qui n'a pas d'autre but que de construire et de préserver le lien de confiance entre le client et l'avocat.

Alors quelle solution ? certains ont plaidé pour l'exclusion de l'activité de conseil du secret professionnel. Je n'y crois pas, d'abord parce que l'activité de conseil a également besoin de la protection du secret professionnel, et ensuite parce que cette limitation dont la frontière avec la défense est très incertaine ne ferait certainement pas cesser les critiques et les attaques.

Il faut continuer inlassablement à plaider pour le secret professionnel, à répéter que tout ce qui n'est pas révélé, n'est pas forcément une faute ou un crime.

Je terminerai mon propos en citant le code pénal annoté d'Emile Garçon, (édition 1952) : « *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 pourrait accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social, que ces confidents nécessaires soient astreints à la discrétion, que le silence leur soit imposé, sans condition, ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié ».*

2

« L'importance du secret des affaires, vue d'un magistrat de la Cour de cassation »

Par Renaud SALOMON, Avocat général à la Cour de cassation, Professeur associé à l'université de Paris Dauphine PSL et Membre associé de l'Institut de criminologie de l'université de Paris Panthéon-Assas

L'exigence de sécurité juridique, imprégnant le droit commercial dès son origine, s'est rapidement transposée en obligation de transparence, laquelle a longtemps constitué un frein à la reconnaissance en droit français du secret des affaires. En effet, au-delà de certaines lois dont le titre est évocateur, telles que la loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, le droit commercial impose notamment l'immatriculation des participants à la vie des affaires au registre du commerce et des sociétés, l'obligation pour les sociétés de capitaux de déposer leurs comptes sociaux au greffe du tribunal de commerce, la publicité par voie d'annonces légales imposées pour les principales opérations réalisées par les sociétés ou les opérations portant sur le fonds de commerce, les informations et publicités requises des sociétés cotées, le recul sensible du secret bancaire...

C'est pourquoi la protection du secret des affaires a été introduite tardivement en droit français, par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, lors de la transposition en droit interne de la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et informations commerciales non divulgués.

Le secret des affaires était à ce jour une notion juridique de « *droit mou* », selon l'expression du Doyen Carbonnier, englobant, tel un inventaire à la Prévert, le droit de la propriété industrielle et intellectuelle mais également plus généralement des pans entiers du droit de la concurrence déloyale.

La loi du 30 juillet 2018 a donné lieu à une définition renouvelée du secret des affaires (I), permettant de la sorte une protection également renouvelée de sa protection (II).

I. Une définition renouvelée du secret des affaires

Le secret des affaires, dont seront étudiés les éléments constitutifs (A), connaît des limites incompressibles (B).

A. Les éléments constitutifs du secret des affaires

Pour relever du secret des affaires, une information doit, selon l'article L. 151-1 du Code de commerce, répondre à trois critères, cumulativement exigés.

1) Tout d'abord, l'information ne doit pas « *en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, [être] généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité* ».

2) Ensuite, l'information « *revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret* ». Le considérant 14 de la directive du 8 juin 2016 est plus loquace : « *Ces savoir-faire*

ou informations devraient avoir une valeur commerciale, effective ou potentielle. Ces savoir-faire ou informations devraient être considérés comme ayant une valeur commerciale, par exemple lorsque leur obtention, utilisation ou divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle ».

3) Enfin, l'information doit faire « *l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret* ». Afin de vérifier ce troisième critère, le plus essentiel de tous, il reviendra au juge d'apprécier, selon une démarche *in concreto* poussée, si le détenteur du secret, sollicitant sa protection, a entrepris des mesures suffisantes pour assurer le contrôle relatif de l'information. Une telle volonté pourra en particulier résulter d'accords de confidentialité, pour établir une volonté de contrôle. La protection par de tels accords du secret des affaires permettra à son titulaire de se préconstituer des preuves écrites, indispensables à la mise en œuvre de la protection prévue par la loi.

Par ailleurs, afin de pouvoir utilement bénéficier du secret des affaires, « *le détenteur du secret doit mettre en place un certain nombre de mesures destinées à restreindre l'accès au secret, que ce soient des mesures de sécurité physique (contrôle de l'accès aux locaux, de la circulation des visiteurs, etc.) ou des mesures de sécurité informatique (contrôle de l'accès au réseau puis aux données, chiffrement des données sensibles, configuration de pare-feu, etc.), ou des mesures d'organisation (classification des informations, sensibilisation du personnel)* » (S. Schiller, *Le secret des affaires*, LexisNexis, Cahiers du droit de l'entreprise, janv.-févr. 2020, dossier 1). D'ailleurs, selon un très logique parallélisme des formes, l'obligation de confidentialité cesse « *si les informations en cause ont entre-temps cessé de constituer un secret des affaires ou sont devenues aisément accessibles* » (C. com., art. L. 153-2, dernier alinéa 5) et si le détenteur ne prend plus de mesures raisonnables pour empêcher leur divulgation.

B. Les limites incompressibles au secret des affaires

A titre liminaire, on relèvera que si la loi permet la transmission d'informations confidentielles au cours d'une procédure contentieuse, elle met en place aussitôt un certain nombre de conditions afin de protéger le caractère confidentiel de la pièce à l'égard des parties au procès (C. com., art. L. 153-1 et 153-2).

Mais surtout, transposant l'article 5 de la directive de 2016, le droit interne a prévu quatre exceptions au secret des affaires.

1) En premier lieu, l'article L. 151-8 du Code de commerce dispose : « *à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue : 1° Pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la presse, et à la liberté d'information telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ».

2) En deuxième lieu, ce même texte prévoit que le secret des affaires est inopposable lorsque « *son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue : [...] 2° Pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* ».

L'article 6, I, de cette même loi a défini le lanceur d'alerte, condition préalable au fait justificatif de l'article 122-9 du Code pénal, comme *“une personne physique qui révèle ou signale, sans contrepartie et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance”*.

De son côté, l'article L. 1132-3-3 du Code du travail prévoit qu'aucune personne ayant témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime ne peut faire l'objet d'une mesure disciplinaire, notamment en raison d'une violation du secret des affaires (Soc., 6 mai 2025, n° 23-15.641: JCP E 2025, 1285, note R. Salomon).

3) En troisième lieu, l'article L. 151-8 du Code de commerce prévoit l'inopposabilité du secret *« pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national »*.

Ainsi, il résulte de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments couverts par le secret des affaires, à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi. La Cour de cassation a donc censuré logiquement un arrêt d'une cour d'appel qui avait condamné une société au paiement de dommages et intérêts pour avoir produit, au cours de l'instance, une pièce protégée par le secret des affaires, sans rechercher si cette pièce n'était pas indispensable pour prouver les faits allégués de concurrence déloyale et si l'atteinte portée par son obtention ou sa production au secret des affaires n'était pas strictement proportionnée à l'objectif poursuivi (Com., 5 févr. 2025, n° 23-10.953 : B.- Dans le même sens : Com., 5 juin 2024, n° 23-10.954 : B).

Le secret professionnel sera également inopposable *« notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives »* (C. com., art. L. 151-7).

4) Enfin, il résulte de l'article L.151-9 du Code de commerce que le secret, obtenu ou divulgué par les salariés ou leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime de leurs fonctions d'information et de consultation, n'est pas opposable à l'occasion d'une instance relative à une atteinte à ce secret. Le 2° de ce même texte précise que la divulgation de l'information doit être *« nécessaire »* à l'exercice des fonctions du représentant du salarié, ce qui restreint par conséquent la portée pratique de l'inopposabilité du secret des affaires.

II. Une protection renouvelée du secret des affaires

Les articles L. 152-1 et suivants du Code de commerce ont prévu des actions en prévention, en cessation ou en réparation (B) d'une atteinte au secret des affaires (A).

A. L'atteinte au secret des affaires

L'atteinte au secret peut être constituée soit par l'obtention illicite du secret (1), soit par son utilisation ou sa divulgation illicite (2).

1) L'obtention illicite du secret des affaires

L'accès au secret sans le consentement du détenteur légitime du secret est illicite selon l'article L. 151-4 du Code de commerce.

Il s'agit tout d'abord, aux termes de l'article L. 151-4, 2°, du Code de commerce, « *de tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale* ». Le considérant n° 4 de la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 vise au titre d'une telle atteinte les cas de vol, de copie non autorisée, d'espionnage économique ou encore, d'un non-respect des exigences de confidentialité.

Par ailleurs, il ressort de l'article L. 151-5, qu'une telle atteinte peut résulter également d'une violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou en limiter sa diffusion, qui résulte bien souvent dans la pratique des affaires d'un accord de confidentialité.

De manière moins précise, l'article L. 151-4, 2°, du Code de commerce ajoute que l'atteinte illicite au secret des affaires peut également, ajoute l'article être réalisée sans le consentement du détenteur légitime lorsqu'elle résulte de « *tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale* ». Au demeurant, rien de bien nouveau, car un tel comportement déloyal est déjà sanctionné en jurisprudence au titre des pratiques commerciales déloyales entre entreprises ou des actes de concurrence déloyale sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile (C. civ., art. 1240).

2) L'utilisation ou la divulgation illicite du secret des affaires

L'article L. 151-5 du Code de commerce interdit l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires. En toute logique, l'obtention illicite du secret que nous venons de voir, vient contaminer son utilisation ou sa divulgation ultérieure.

En outre, est prohibée par les articles L. 151-5, alinéa 2, et L. 151-6 l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires par une personne qui « *savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances que ce secret a été obtenu ou était utilisé ou divulgué de façon illicite* ».

B. Les actions en prévention, en cessation ou en réparation du préjudice résultant d'une atteinte au secret des affaires

Il convient de distinguer les actions provisoires (1) des actions définitives (2).

1) Les actions provisoires

Elles sont prévues à l'article L. 152-4 du Code de commerce, aux termes duquel, « *pour prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, la juridiction peut, sur requête ou en référé, ordonner des mesures provisoires et conservatoires* ».

L'obtention de mesures conservatoires ou provisoires n'est ici conditionnée à aucune contestation sérieuse.

Elle peut, selon l'article L. 152-4, être indifféremment sollicitée devant le juge des référés, procédure par essence contradictoire, ou dans le cadre d'une procédure sur requête, lorsque le requérant « *est fondé à ne pas appeler de partie adverse* » (CPC, art. 493), en particulier en cas de risque de dépérissement des preuves.

La juridiction compétente peut alors ordonner « *toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée* » (C. com., art. R. 152-1). On rapprochera cette exigence textuelle de la jurisprudence

classique de la Cour de cassation, selon laquelle si 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, c'est à la condition que le juge constate 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 (Civ. 2^{ème}, 10 juin 2021, n° 20-11.987 : B.- Dans le même sens : Civ. 2^{ème}, 25 mars 2021, n° 19-22.965.- Egalement : Com., 5 juin 2019, n° 17-22.192 : B).

Qu'il ait agi par voie de référé ou par voie de requête, le demandeur devra en toute hypothèse saisir le juge du fond dans un délai de vingt jours ouvrables à compter de la date de l'ordonnance ou de 31 jours civils si ce dernier délai est plus long (C. com., art. R. 152-1), à peine de caducité des mesures provisoires ordonnées.

2) Les actions portant sur le fond du droit

a. Les mesures en nature : la cessation de l'atteinte au secret professionnel

En cas d'atteinte ou de simple risque d'atteinte à un secret des affaires, l'article L. 152-3 du Code de commerce prévoit que son détenteur peut demander en justice des mesures de nature à empêcher ou faire cesser une telle atteinte. Le cas échéant, la juridiction peut prescrire, y compris sous astreinte, toute mesure de nature à empêcher ou à faire cesser une telle atteinte.

Lorsque le juge pose une interdiction, il peut la moduler dans le temps, sous réserve toutefois qu'elle soit « *suffisante pour éliminer tout avantage commercial ou économique que l'auteur de l'atteinte au secret des affaires aurait pu tirer de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret des affaires* » (C. com., art. L. 152-3).

Par ailleurs, l'article L. 152-3 du Code de commerce soumet cette cessation judiciaire de l'atteinte au secret professionnel au principe de proportionnalité : « *la juridiction peut, sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts, prescrire, y compris sous astreinte, toute mesure proportionnée de nature à empêcher ou à faire cesser une telle atteinte* ».

Pas davantage, les mesures ordonnées ne doivent causer à l'auteur de l'atteinte de bonne foi un dommage disproportionné. C'est pourquoi le juge peut décider, à la demande de l'auteur de l'atteinte, de remplacer ces mesures par le versement d'une indemnité selon l'article L. 152-3 du Code de commerce.

b. Les mesures par équivalent : l'obtention de dommages et intérêts

Elles peuvent soit, comme nous venons de l'indiquer, se substituer aux mesures en nature, soit s'y ajouter.

Pour calculer les dommages et intérêts, le juge doit, en application de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 152-6 du Code de commerce, prendre en considération distinctement divers paramètres: les conséquences économiques négatives de cette atteinte au secret, y compris le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, y compris la perte de chance ; le préjudice moral ; et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels.

La juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui tient notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée.

3

« Propos sur le Secret professionnel »

Par Matthieu Brochier, Avocat associé du Cabinet Darrois Villey Maillot Brochier, ancien Secrétaire de la Conférence

À travers le partage de quelques expériences pratiques – en complément et en contrepoint des éclairages juridiques qui vous ont été présentés ce matin et qui le seront encore par la suite – je souhaiterais attirer votre attention sur l'importance du secret, mais aussi réfléchir avec vous sur ce qu'est, au juste, ce secret. Au fil du partage de ces expériences, je parlerai de l'étendue du secret professionnel de l'avocat et, parallèlement, de la confidentialité des avis et des travaux des juristes d'entreprises.

Je vous proposerai d'abord quelques observations pratiques sur le secret professionnel de l'avocat en France, qui est parfois mal perçu, à tort, avant d'ouvrir la réflexion à une comparaison internationale sur la manière dont ce secret est envisagé dans d'autres pays.

I. Observations pratiques sur le secret professionnel en France

Le secret professionnel est un outil de travail. Au même titre qu'un peintre a des pinceaux, un conducteur un volant, l'avocat a le secret professionnel dans sa boîte à outils et c'est un outil quotidien et fondamental. En voici deux illustrations.

Premier exemple, sans divulguer nom bien sûr puisque je suis tenu au secret professionnel. J'ai été sollicité il y a plusieurs années par la sœur d'une famille, avec un père généreux, mais relativement désordonné dans l'organisation de son patrimoine. La sœur est venue me voir parce que son frère et elle étaient en conflit au sujet des droits de chacun sur le patrimoine familial. Pour comprendre ce différend et proposer des solutions, il m'a fallu reconstituer l'organisation de ce patrimoine, ce qui impliquait de revenir sur plusieurs dizaines d'années d'actes juridiques, mais également de revenir sur une longue histoire familiale de relations entre le père, le frère et la sœur. C'est seulement après avoir compris ce qui s'est passé que j'ai pu déterminer l'outil, parmi le procès, la médiation et la négociation, qui était le plus adapté. Lorsque je rencontre la sœur pour la première fois, sa confiance n'était pas acquise. La loi pourtant la protégeait, car tout ce qu'elle me disait reste entre nous et, si je le révélais, j'étais passible de sanctions disciplinaires et pénales. Le secret permet la confiance et la parole. C'est essentiel et je le répète systématiquement au premier rendez-vous.

Il est fondamental de comprendre que le secret n'est pas fait pour cacher ; il est fait, au contraire, pour partager, parler et trouver la meilleure solution. En l'occurrence, que la sœur puisse me parler confidentiellement librement de son histoire familiale et de son père est essentiel pour me permettre d'appréhender sa situation. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'Homme (la « CEDH ») confirme, au regard du droit à un procès équitable, que « *si un avocat ne peut s'entretenir avec son*

client sans [...] surveillance et en recevoir des instructions confidentielles, son assistance perdrait beaucoup de son utilité »¹.

Deuxième exemple, en contrepoint. Des enquêteurs d'une autorité administrative indépendante se sont présentés au sein d'une société dont je suis le conseil, pour demander la remise de documents, notamment des boîtes mails de dirigeants. Face aux enquêteurs, j'ai conseillé au dirigeant de l'entreprise de faire appliquer la loi qui assure la protection du secret avocat-client dans les enquêtes. En réaction, j'ai perçu un reproche dans le regard des enquêteurs qui m'ont indiqué, devant mon client : « *Maître, est ce que ce veut dire que votre client a quelque chose à cacher ?* » puis ont interpellé mon client « *Vous avez quelque chose à cacher ? Tout innocent n'a rien à cacher puisqu'il est innocent* ». J'ai alors indiqué que je demandais simplement l'application de la loi pour mon client, ce qui n'était en rien un signe de sa culpabilité ... sauf à ce que l'application de la loi soit une faute. Certains projets d'opérations internes à une entreprise et travaillés avec un avocat, certains documents légaux ne regardent pas les enquêteurs ; le fait de ne pas leur remettre ne nuit pas à l'efficacité de l'enquête. Heureusement qu'il y a des enquêtes et elles doivent être efficaces, mais les enquêteurs n'ont pas forcément besoin de tous les papiers de l'entreprise, dont certains sont protégés par la loi. La protection du secret professionnel n'est pas une entrave à la justice, mais une condition de son bon fonctionnement. Ce n'est pas moi qui le dit, c'est la Cour européenne des droits de l'Homme.

Ces deux exemples simples montrent bien la tension autour du secret : d'un côté, le besoin pour l'avocat de parler et de comprendre la situation de son client ; de l'autre, le besoin des enquêteurs, des autorités, des juges et même des contradicteurs d'obtenir des informations. L'avocat que je suis se trouve au milieu de tout cela et doit, avec et grâce au secret professionnel, comprendre comment assister au mieux ses clients.

Le secret est également une responsabilité. On me confie quelque chose qui n'est pas à moi et cela n'est pas à moi d'en disposer. Qu'il s'agisse d'un secret de famille, intime, juridique ou professionnel, on me donne une information qui ne m'appartient pas et mon travail, ma responsabilité civile et pénale, est de le conserver, de ne pas la divulguer. À ce titre, le secret professionnel de l'avocat constitue, tout à la fois, « *un devoir pour l'avocat et un droit fondamental pour le justiciable* »².

Je voudrais également évoquer la distinction entre le conseil et le contentieux, qui est évoquée à l'article 56-1 du code de procédure pénale. J'ai beaucoup de mal à tracer la frontière entre ces deux domaines. Je fais du contentieux, mais il m'apparaît souvent préférable de prévenir plutôt que guérir, d'anticiper le procès et négocier pour l'éviter (plutôt que de le gagner !). À quel moment est-ce du conseil ? À quel moment est-ce de la défense ? Je ne vois pas de limite claire. D'ailleurs, si l'on adopte une vision pessimiste ou hypocondriaque, chaque question juridique révèle un risque : pour toute consultation d'avocat, on est donc déjà dans la défense. Tout ce que vous entendrez sur la distinction conseil – défense mérite donc d'être systématiquement interrogé. D'autant que le Règlement Intérieur National de la profession d'avocat prévoit que le secret est « *général et absolu* »³ et que la Cour de justice de l'Union européenne (la « *CJUE* »), en 2024, a rendu un arrêt important qui énonce

¹ CEDH, *S. c. Suisse*, 1991 ; *Brennan*, 2001, §58 cités dans le Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

² Martin R., Landry D., JCl. Procédure civile, fasc. 300-90, *Avocats – obligations et prérogatives*, §104.

³ Règlement Intérieur National de la profession d'avocat, art. 2 : « *le secret est d'ordre public, il est général, absolu et illimité dans le temps* ».

qu'une consultation juridique d'un avocat bénéficie d'une protection, quel que soit le domaine du droit⁴. De même pour la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 qui mentionne le conseil et la défense, en son article 66-5 et pose un principe de protection général du secret professionnel « *en toutes matières* »⁵.

II. Observations pratiques sur le secret professionnel ailleurs

Notre cabinet traite des dossiers et des clients de toutes nationalités. Je travaille donc avec des avocats et des clients étrangers qui ont des conceptions du secret professionnel différentes de la mienne. C'est particulièrement intéressant de s'informer et de confronter nos notions de « *secret professionnel* » à celles d'ailleurs.

Dans les pays de *Common Law* – au Royaume-Uni⁶, aux États-Unis⁷ –, le juriste d'entreprise bénéficie d'une confidentialité pour ses travaux et ses échanges, écrits ou oraux. Aujourd'hui, en France, ce n'est pas le cas. Paradoxalement donc, je parle plus librement avec un juriste interne étranger qu'avec un juriste interne français. Cela n'a pas de sens mais il n'empêche que je vois la différence entre le juriste qui est « *protégé* » et celui qui ne l'est pas. Dans la première hypothèse, il y a une liberté de ton, de parole, de réflexion au débat juridique pour trouver la meilleure solution qui est différente.

Au-delà des pays de *Common Law*, le secret professionnel existe également en Allemagne, mais on le trouve sous une forme particulière. Le droit allemand assure non seulement la confidentialité de l'information et les communications entre l'avocat et son client, mais garantit surtout l'indépendance de l'avocat face aux ingérences de l'Etat, en interdisant qu'il puisse être contraint à témoigner dans une procédure. Toutefois, la protection de l'avocat en Allemagne varie selon que l'affaire relève de la procédure civile ou de la procédure pénale⁸. Depuis une réforme du code de procédure pénale, les juristes d'entreprise, même inscrits au barreau, ne bénéficient pas du droit au silence en matière pénale, leurs documents pouvant être saisis. En revanche, en matière civile, ils peuvent refuser de témoigner et préserver la confidentialité des documents liés aux activités juridiques de leur employeur.

Conclusion

Pour finir sur une note positive sur le secret de l'avocat, la CJUE a réaffirmé récemment la confidentialité de tous les échanges entre un avocat et son client, en matière de conseil comme de défense, et jugé qu'une réglementation nationale rendant ce secret inopposable à l'administration dans de larges pans de l'activité de l'avocat est contraire au droit communautaire⁹. Les progrès et la défense des droits proviennent souvent des juridictions européennes. Par ailleurs, dans une décision rendue dans un pays voisin à la suite d'une décision de la CEDH¹⁰, une procédure pénale a été

⁴ CJUE, 26 sept. 2024, aff. C-432/23 selon lequel : « *une consultation juridique d'avocat bénéficie, quel que soit le domaine du droit sur lequel elle porte, de la protection renforcée garantie par l'article 7 de la Charte aux communications entre un avocat et son client.* ».

⁵ Loi n°71-1130 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques du 31 décembre 1971, art. 66-5.

⁶ N. Lenoir, *La confidentialité des juristes in house : un legal privilege à la française !*, Le Club des Juristes, févr. 2024.

⁷ K. Andersen Moran et alii, *Key differences in the legal privileges in the US and England*, Kennedyslaw, sept. 2023.

⁸ Baker McKenzie, *Global Privilege and Professional Secrecy Guide*, 5th Ed., 2025, p. 107-108.

⁹ CJUE, 26 sept. 2024, aff. C-432/23

¹⁰ CEDH, 6 juin 2024, n°36559/19

annulée à cause de l'exploitation dans l'instruction des conversations entre une avocat et son client¹¹. En définitive, le secret n'est pas un privilège de l'avocat : il est une garantie démocratique, au service du citoyen. Si, comme moi, vous pensez qu'il est sain, dans une société démocratique, de pouvoir se parler sans qu'un tiers écoute, sachez que les décisions qui vous déplaisent peuvent être contestées et débattues. C'est précisément le métier de l'avocat : se battre pour ce en quoi il croit.

¹¹ Pages Monaco, 28 février 2025, *Affaire Rybolovlev : la Cour d'appel de Monaco annule toute la procédure*

4

« Secret professionnel : actualités, enjeux et défis »

Par Philippe Mettoux, Conseiller d'État honoraire, arbitre international, médiateur et conseil en gouvernance

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 rentabilité 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^{ème} 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 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...

5

« Secret et cybersécurité : Cyber risques sur les données numériques »

Par Myriam Quéméner, Avocat général honoraire, Docteur en droit

Les cybermenaces constituent désormais un véritable fléau qui vise tous les secteurs d'activités économiques, en particulier les professions détentrices de données numériques sensibles qui représentent de la valeur et qui sont ensuite négociables et revendables. Tel est le cas des professions du chiffre et du droit comme les avocats dont les données sensibles doivent rester normalement secrètes mais qui sont très convoitées en raison de la valeur qu'elles représentent.

En effet, les cabinets d'avocats sont souvent la cible de cyberattaques réalisées par des cybercriminels variés. L'exposition des cabinets d'avocats à la menace informatique s'explique notamment par leur accès à des données sensibles, mais également en raison de leurs clients que certains cybercriminels veulent viser. L'ANSSI relève dans un rapport récent¹ que la surface d'attaque des cabinets d'avocats ne cesse de s'étendre, notamment du fait de la numérisation croissante de la profession et des procédures judiciaires. Or, les cyberattaques informatiques peuvent avoir de graves conséquences dans le domaine financier et réputationnel. Après avoir présenté les modes opératoires utilisés contre les cabinets d'avocats et leur conséquences souvent désastreuses, il conviendra d'envisager comment anticiper et remédier à ces attaques numériques.

I. Le constat : des rançongiciels à l'espionnage économique et stratégique

Depuis plusieurs années, l'ANSSI constate une forte augmentation du nombre de cyberattaques par le recours à des rançongiciels². Ce moyen conduit à l'exfiltration de données que les cybercriminels menacent de rendre publiques si la rançon n'est pas payée.

Les cyberattaques s'accroissent constamment en raison notamment de nouvelles innovations numériques. Par exemple le déploiement du Cloud computing a généré de réelles vulnérabilités pour les données hébergées par les cabinets d'avocats. Le cloud complexifie la localisation exacte du stockage des données, dont la confidentialité peut notamment être menacée par l'extraterritorialité de certaines législations. La fuite de données à caractère personnel peut également porter atteinte au

¹ Etat de la menace informatique contre les cabinets d'avocats
<https://www.cert.ssi.gouv.fr/uploads/CERTFR-2023-CTI-004.pdf>

² Codes malveillants déployés par des cybercriminels pour chiffrer les données d'un système d'information. Les attaquants contactent ensuite les victimes pour leur demander une rançon en échange de la clé de déchiffrement.

secret professionnel et engager la responsabilité des avocats au regard de la loi Informatique et Libertés et du Règlement général sur la protection des données (RGPD) européen.

Les données sensibles détenues par les cabinets d'avocats en font également des cibles de choix pour des attaquants cherchant à surveiller les activités d'avocats ou de leurs clients. Depuis au moins la fin des années 2000, des acteurs présumés étatiques ont compromis des cabinets dans le but de collecter des informations utiles à des missions d'espionnage économique ou stratégique. Ce type d'acteur s'intéresse particulièrement aux brevets, aux dossiers de fusion-acquisition, aux procédures judiciaires ou d'arbitrage, ou encore à l'application de sanctions et d'embargos internationaux. L'ANSSI relève dans son rapport³ une hausse du nombre d'attaques conduites contre le secteur par des entreprises privées et des mercenaires possédant des capacités de lutte informatique offensive. Ces organisations, dotées pour certaines de compétences avancées, proposent leurs services à de nombreux États à travers le monde, mais également à des particuliers. Plusieurs cabinets d'avocats ont été la cible d'attaquants recrutés par des enquêteurs privés, des entrepreneurs ou des personnalités politiques pour surveiller la partie adverse.

D'autres groupes de cybercriminels se spécialisent sur le vol de technologies des clients des cabinets d'avocats. En 2017, le groupe APT10 7 aurait compromis un cabinet américain spécialisé en droit de la propriété intellectuelle. Le cabinet conseillait par ailleurs des entreprises chinoises préparant leur entrée sur le marché américain. Les attaquants se seraient introduits dans les systèmes d'information en utilisant des identifiants probablement dérobés durant de précédentes attaques, puis auraient exfiltré de grandes quantités de données via le service de partage de fichiers Dropbox. Le groupe APT10 est accusé publiquement d'opérer pour le compte du ministère chinois de la Sécurité d'État (MSE) par l'Australie, le Canada, les États-Unis, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni.

Des cabinets d'avocats sont parfois la cible d'attaques opportunistes ou ciblées ayant eu pour conséquence de déstabiliser leurs activités ou visant directement à intimider leurs clients. Ces opérations consistent essentiellement en la divulgation d'informations exfiltrées que les attaquants jugent compromettantes pour les cabinets et/ou leurs clients ou à rendre indisponibles leur système d'information en chiffrant leurs données. Ce type d'attaque est notamment le fait de groupes hacktivistes cherchant à dénoncer les pratiques de certains cabinets ou leur soutien à des gouvernements étrangers, par exemple dans le contexte de tensions internationales. Néanmoins, des acteurs présumés étatiques emploieraient également ce mode d'action en représailles à des politiques jugées agressives ou pour décrédibiliser des dissidents réfugiés à l'étranger. Certaines cyberattaques peuvent conduire à la disparition de certains cabinets.

II. Exemples de cyberattaques

En 2021, lors d'une cyberattaque visant un cabinet d'avocats, des fichiers avaient été piratés dont certains relatifs à l'attentat de Charlie Hebdo et l'assassinat du professeur Samuel Paty. Des éléments de cette procédure judiciaire avaient été publiés sur le darknet en novembre 2021. Plus de 13 millions

³Rapport « Etat de la menace informatique contre les cabinets d'avocats 2023 », <https://www.cert.ssi.gouv.fr/uploads/CERTFR-2023-CTI-004.pdf>

de documents avaient été proposés à la vente pour 30 000 dollars sur le réseau Tor. Les enquêteurs avaient rapidement déterminé que le cabinet *avait été victime du rançongiciel Everes*⁴.

Un hacker se prétendant éthique⁵ s'était positionné comme négociateur dans l'affaire dite Everest, qui avait conduit en 2021 à une fuite de données liées à l'instruction de l'attentat de « Charlie Hebdo ». Il a été reconnu coupable d'association de malfaiteurs et de complicité de tentative d'extorsion⁶. Il est aussi interdit d'exercer dans le domaine de la cybersécurité pendant cinq ans, dont quatre avec sursis. Il doit enfin s'acquitter d'une amende de 13 000 euros et verser, au total, 39 000 euros de préjudice aux différentes parties civiles.

Récemment, le cabinet Williams & Connolly⁷, a informé ses clients qu'une partie limitée des comptes de messagerie d'avocats avait été piratée à l'aide d'une faille "zero-day"⁸, c'est-à-dire une. Ces attaques visaient à recueillir des renseignements stratégiques dans le cadre de la compétition géopolitique et stratégique entre la Chine et les Etats-Unis.

III. Les cyber conseils

Le rapport de l'Anssi précité fait une série de recommandations afin d'anticiper ces menaces numériques étant précisé qu'il convient aussi de suivre désormais au vu de l'instabilité du monde les enjeux et les évolutions géopolitiques dès lors que les cabinets d'avocats ont des activités à l'international.

Afin de réduire les cyber risques, il convient de cartographier les menaces possibles, cartographier les risques comme l'externalisation de certaines tâches qui peut être sources de vulnérabilités. Il est nécessaire de lister les contrats de ces prestataires (hébergeurs, intégrateurs, mainteneurs, éditeurs de solutions, etc.), et les impacts sur le secret de l'instruction, le secret professionnel ou le secret des

⁴ <https://www.solutions-numeriques.com/proces-requis-pour-le-complice-presume-dun-groupe-de-hackers-ayant-vise-un-cabinet-davocats-parisien>

⁵ Florent Curtet

⁶ [s://www.lemonde.fr/pixels/article/2024/12/16/le-hackeur-florent-curtet-condamne-a-deux-ans-de-prison-avec-sursis_6452291_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2024/12/16/le-hackeur-florent-curtet-condamne-a-deux-ans-de-prison-avec-sursis_6452291_4408996.html)

⁷ <https://www.lexpress.fr/monde/des-cabinets-davocats-americains-pris-pour-cibles-par-des-hackers-chinois-BQEFDXNQFHU3C7Y4SP3WR63IE/>

⁸ Vulnérabilité inconnue des concepteurs du logiciel

affaires. Cette réflexion doit intégrer les menaces décrites dans ce document. Pour chaque utilisation d'un service numérique (échange de fichiers, messagerie, etc.), toujours s'interroger sur le niveau de confiance à accorder à ce service pour protéger les informations traitées au bon niveau, notamment sur l'origine du fournisseur du service, la localisation du service ou encore son niveau de protection (HTTPS, authentification, traçabilité, etc.). Il faut aussi faire un inventaire des données métier. Il est primordial de réaliser un inventaire des données métier : format, emplacement, sensibilité, responsabilité, besoin d'en connaître, etc. Il est pertinent aussi de faire régulièrement une sauvegarde hors-ligne et de stocker celle-ci dans un lieu physique sécurisé (export sur un disque externe USB et stockage dans un coffre par exemple). On doit aussi prévoir à l'avance un mode d'organisation dégradé. Il est important d'organiser à l'avance un mode d'organisation dégradé dans le cas où le système d'information est indisponible à la suite d'une attaque : canal de communication de secours, récupération des données depuis la sauvegarde sur un poste de travail ou un serveur isolé. Enfin, il faut prévoir un poste de travail de secours, ou un moyen de se doter d'un nouveau matériel, et une procédure de restauration des données en cas de compromission des postes.

Enfin, il faut prévoir un poste de travail de secours, ou un moyen de se doter d'un nouveau matériel, et une procédure de restauration des données en cas de compromission des postes

« Mise en perspective éthique »

Par Didier Truchet, Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon- Assas

Le programme m'invite à une mise en perspective éthique. Je tenterai donc de mettre le secret professionnel des avocats en perspective avec l'ensemble du droit du secret. C'est seulement ainsi que je peux espérer contribuer à votre information et à votre réflexion sur votre secret professionnel, que vous connaissez mieux que moi, qui ne suis pas avocat.

Par nature et par fonction, toute déontologie a tendance à enfermer la profession concernée dans une vision corporatiste, au sens neutre, historique et non péjoratif du terme. J'ai souvent observé que la vôtre n'échappait pas à ce risque d'enfermement autorégulateur. Le regard extérieur peut être utile pour montrer que la déontologie en général et sa signification sociale ont beaucoup changé depuis vingt ans et que le droit du secret est concerné par cette évolution.

Seule une vision globale du droit français qui le régit permet de comprendre les évolutions, les intérêts, les revendications et les incompréhensions qui pèsent sur chacun des secrets, parmi lesquels celui des avocats, que la loi protège. Mon propos est de redonner à ce droit, la cohérence et l'intelligibilité qu'il me semble avoir perdues.

Apparemment pourtant, il se porte bien puisque la loi n'a jamais autant protégé de secrets : aux secrets historiques parmi lesquels on peut citer sans être exhaustif, les secrets professionnels de toute nature, celui de l'instruction, celui de la défense nationale, le secret des correspondances, les secrets bancaire et fiscal pour ce qu'il en reste etc. le législateur a ajouté récemment une protection particulière du secret des origines, du secret des sources des journalistes, des affaires, ou en matière de renseignement¹ ...

En réalité, le droit français du secret n'est pas satisfaisant parce qu'il ne permet plus à ceux qui y sont tenus de savoir à coup sûr ce qu'ils doivent dire et ce qu'ils doivent taire. Les exceptions aux règles du secret², leurs violations, les fuites dans la Presse en témoignent par l'absurde. Par contrecoup, les clients, les patients, les administrés, les citoyens ignorent largement le degré de protection des informations confidentielles les concernant contre une divulgation limitée à certaines personnes ou autorités ou dans le public.

Encore faut-il qu'ils s'en soucient : le secret de la vie privée est -il toujours une valeur éthique et sociale partagée par tous lorsque tant de personnes racontent leur vie privée dans des livres, des journaux, des sites électroniques, des réseaux sociaux... ? Une règle substantiellement éthique dont la société ne perçoit plus la légitimité est toujours menacée.

¹ Cf en dernier lieu, la loi du 13 juin 2025 visant à sortir la France du piège du narcotrafic et la décision du Conseil constitutionnel n° 2025-885 DC du 12 juin 2025.

² Qui ne se limitent pas à celles, de plus en plus larges, qu'édicte l'article 226-14, C. pén.

Or les attentes de la société changent considérablement sur au moins trois points

- Aujourd'hui, ce n'est plus le secret qui est évident pour l'opinion publique, c'est la société de l'information, la transparence, l'open-data, la science ouverte, *mee too*, le lancement d'alerte, les déclarations publiques d'intérêts et de patrimoine...
- Le secret n'est plus nécessairement considéré comme une exigence éthique. L'opinion publique s'indigne lorsqu'elle découvre qu'une information a été tue par celui qui était tenu au secret alors que sa révélation aurait pu éviter un dommage ou une infraction. On le voit particulièrement dans le domaine de la santé et de l'ordre public, spécialement quand des enfants sont en cause. Il faut l'admettre à l'heure de la victimisation : on peut s'estimer aujourd'hui autant victime du respect d'un secret légalement protégé que de sa violation.
- Parce que l'information a toujours été un instrument de pouvoir, nous voulons être maître de celles qui nous concernent et de leur divulgation ou de leur non-divulgation publique. Pour beaucoup d'entre nous, cette maîtrise est une exigence éthique qui s'impose à ceux qui détiennent des informations nous concernant.

Vous pensez peut-être que le secret professionnel des avocats résiste mieux, parce qu'il est pour vous une évidence. Il l'est aussi pour moi aussi, car je crois profondément à sa nécessité dans une démocratie et un Etat de droit. Mais il faut se méfier des évidences historiques lorsqu'elles ne sont plus évidentes pour tous. Votre secret n'est pas tant menacé par les ingérences du législateur et du juge que par l'évolution de la société. Je regrette que vos organisations représentatives le traitent de plus en plus non comme une valeur qu'il faudrait promouvoir mais seulement comme une forteresse assiégée qu'il faudrait défendre. Ce n'est plus la bonne stratégie à mes yeux car elle risque de donner le sentiment d'un combat corporatiste (cette fois-ci, au sens péjoratif du terme) d'arrière-garde. Il faudrait être plus pédagogique envers l'opinion publique

Je voudrais développer trois points :

- La polysémie du mot secret, qui en obscurcit le sens ;
- La légitimité du secret, qui doit être repensée et réaffirmée ;
- La nécessité de voir désormais les secrets, y compris votre secret professionnel, comme une règle d'un droit plus large de l'information, afin d'en affermir la légitimité et le respect.

I. La polysémie du mot « secret »

Il ne faut pas accorder trop d'importance à la diversité des sens du mot « secret » car on sait en général ce qu'il signifie au sens de la règle que l'on applique. Mais il est utile d'être conscient de cette polysémie car elle obscurcit la compréhension du terme par l'opinion publique et parfois aussi par les juristes eux-mêmes.

Ce n'est pas moi qui vais jouer sur les mots ; ce sont les textes qui le font. Le même texte peut employer le mot « secret » à quelques lignes d'intervalle dans au moins trois acceptions. Elles tournent toutes autour de la notion d'information mais sont différentes. Le secret peut désigner une obligation (mais j'y reviendrai, un droit aussi), l'information elle-même, ou le statut de celle-ci.

Le plus souvent, « secret » désigne dans le vocabulaire juridique, une obligation de taire des informations que l'on détient : en ce sens, le titre du paragraphe du Code pénal « De l'atteinte au secret professionnel », qui désigne la violation de l'obligation de taire.

C'est aussi en ce sens que de nombreux textes législatifs et réglementaires disent d'une personne qu'elle est « tenue au secret professionnel » en précisant parfois « dans le respect des articles 226-13 et 226-14 du code pénal »³.

Ils ne le disent pas expressément pour les avocats mais c'est bien une obligation qu'évoque l'article 4 du décret 2023-552 du 30 juin 2023 portant code de déontologie des avocats lorsqu'il écrit : « *Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public, absolu, général et illimité dans le temps* » et ajoute « *L'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel* ».

Plus rarement, « secret » signifie une information qui doit rester confidentielle. Cette acception est celle du vocabulaire courant (ainsi de l'enfant qui dit « je vais te dire un secret mais tu ne le répéteras à personne ! »), mais elle se trouve aussi dans le vocabulaire juridique. C'est le cas avec l'article 21.2.3 « Secret professionnel » du Règlement intérieur national : « *Il est de la nature même de la mission de l'avocat qu'il soit dépositaire des secrets de son client ...* ». La phrase n'aurait aucun sens si secret renvoyait ici à une obligation⁴.

Enfin, secret peut aussi désigner un statut juridique, une règle de protection d'une information contre toute divulgation. Une parfaite illustration en est donnée par l'article 226-13 C. pén. lui-même : « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire [...] est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende* ». Dans cette phrase « secret » ne peut évidemment signifier ni obligation ni information car elle serait absurde. Il signifie « couverte par une règle interdisant sa révélation ».

Il en va de même avec :

- l'article 11 alinéa 1, CPP (« *Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète* »).
- l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques « *... toutes les pièces sont couvertes par le secret professionnel* », du moins, -il est important de le rappeler- « *dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense* ».

II. La légitimité du secret

Ce point me semble plus important que le précédent. Dans une société de l'information, il faut à nouveau expliquer pourquoi le secret est parfois légitime et justifier les règles par leur nécessité

³ Par exemple, art. L 121-6 du Code général de la fonction publique : « *L'agent public est tenu au secret professionnel dans le respect des articles 226-13 et 226-14 du code pénal* ».

⁴ Autre cas, l'article 413, al 1, C. pén. (dont la rédaction est particulièrement défectueuse) : « *Présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès* »

éthique, sociale et juridique. Il est donc nécessaire de dire et redire quels intérêts ces règles protègent. Or comme il est normal dans une société aussi diverse que la nôtre, ces intérêts sont très variés, entremêlés et parfois contradictoires. Il convient donc de se placer dans une logique de balance des intérêts en présence, de proportionnalité entre eux. Affirmer sans nuance ni explication le caractère général et absolu d'un secret ne suffit plus à en attester la valeur éthique, surtout lorsque trop d'exceptions légales contredisent l'affirmation.

Il peut principalement s'agir d'un intérêt général ou public. Prenons le cas des journalistes depuis la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection des sources du journaliste : dans la rédaction qu'elle lui a donnée, l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse dispose que « *le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public* ». Ce cas est intéressant car les journalistes ne sont pas tenus à un secret professionnel. Il s'agit clairement de protéger le libre exercice de leur fonction, dans l'intérêt général de la liberté d'expression et du débat démocratique.

Le secret de la défense nationale ou celui de l'instruction sont eux aussi institués dans l'intérêt général, encore que le second devrait aussi protéger la présomption d'innocence en matière pénale et disciplinaire.

Dans d'autres cas, il peut s'agir d'intérêts principalement privés : ainsi du secret des origines, des affaires ou de la vie privée.

Si l'on s'attache aux secrets dont la violation est punie par l'article 223-13 C. pén., dont les secrets dits professionnels, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu une décision particulièrement intéressante le 13 octobre 2020 (n° 19-87.341) : « *L'infraction prévue à l'article 226-13 du code pénal est destinée à protéger la sécurité des confidences qu'un particulier est dans la nécessité de faire à une personne dont l'état ou la profession, dans un intérêt général et d'ordre public, fait d'elle un confident nécessaire* ». La Cour montre bien les intérêts qui sont en jeu⁵.

La question essentielle à mes yeux est la suivante : le secret professionnels est-il dans l'intérêt du professionnel qui reçoit et détient une information ou dans l'intérêt de la personne, client ou autre, concernée par cette information. Pour qui précisément, est-il un droit ou une obligation ?

La réponse n'est pas aussi évidente qu'on pourrait le croire si l'on compare le secret professionnel du médecin et celui des avocats.

Celui des médecins a connu une véritable révolution, initiée par la jurisprudence et confirmée par la « loi Kouchner »⁶. L'article R 4127-4, CSP (Code de déontologie médicale) dispose : « *Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies*

⁵ L'affaire concernait le secret médical, mais sa portée concerne tous les secrets dont la violation est sanctionnée par les peines édictées par l'article 226-13.

⁶ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

par la loi. ». Cela fait que le patient est maître du secret. Celui-ci comporte donc un double visage : une obligation professionnelle pour le médecin et un droit pour le patient. Car il s'agit bien d'un droit : selon l'article L 1110- 4 I CSP, « *toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou service, un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins [...] a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant* ».

La comparaison avec des professions de santé ne tourne pas à l'avantage des professions du droit. Ces dernières campent à mes yeux sur des textes qui ne sont plus en phase avec la réalité du moment, faute d'une réflexion récente sur ce qui leur semble trop évident. Revenons sur l'article 4 du Code de déontologie des avocats : « *L'avocat est le confident nécessaire de son client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public, absolu, général et illimité dans le temps* ». Ces formules traditionnelles sont belles, mais elles ne disent pas assez clairement quel intérêt (ou quels intérêts) le secret professionnel de l'avocat poursuit aujourd'hui.

En tout cas, cet intérêt ne peut pas être celui du client ou seulement celui du client, car le §3 de cet article dispose que « *l'avocat ne peut en être relevé par son client ni par quelque autorité ou personne que ce soit, sauf dans les cas prévus par la loi.* » Le client, bien sûr, n'est pas tenu au secret, mais s'il était autant maître du secret de l'avocat que le patient l'est de celui du médecin, il pourrait relever l'avocat de son obligation de secret. Je redis qu'il me semble que votre profession devrait mieux s'expliquer sur ce point qui n'est pas toujours compris par le client et mieux montrer que le secret est dans l'intérêt de celui-ci et non une protection des avocats⁷.

III. Réorganiser le droit du secret

Pour rendre au secret sa lisibilité et sa force, je propose de le mettre en phase avec la réalité éthique, technique et sociale d'aujourd'hui et d'en faire un élément du statut juridique d'une information. Je suggère de considérer que la publicité de l'information est le principe et que son secret est l'exception.

Cela implique deux exigences :

- Prendre le secret au sens de protection contre la divulgation.
- En justifier l'existence par l'intérêt (ou les intérêts) qu'il y a à protéger l'information et qui sont supérieurs à celui qu'il y aurait à la divulguer.

On pourrait s'inspirer de l'article L 311-5, CRPA selon lequel, par exception au principe de la communicabilité des documents administratifs au public, ne sont pas communicables ceux « *dont la consultation ou la communication porterait atteinte* :

a) *Au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ;*

b) *Au secret de la défense nationale ;*

⁷ La règle est voisine mais différentes pour les notaires, qui ne sont pas des auxiliaires de justice, mais des officiers publics et ministériels chargés d'une mission de service public. L'article 8 du décret n° 2023-1297 du 28 décembre 2023 relatif au code de déontologie des notaires dispose que « *le notaire et toute personne placée sous son autorité sont tenus au secret professionnel. Le secret professionnel est général et absolu. Le notaire, confident de ses clients, y est tenu dans les conditions prévues par le code pénal et toutes autres dispositions législatives ou réglementaires* ». L'article 22 ajoute que « *l'intérêt du client prime toujours le sien* ».

c) A la conduite de la politique extérieure de la France ;

d) A la sûreté de l'État, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la sécurité des systèmes d'information des administrations ;

e) A la monnaie et au crédit public ;

f) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ;

g) A la recherche et à la prévention, par les services compétents, d'infractions de toute nature ;

h) Ou sous réserve de l'article L. 124-4 du code de l'environnement, aux autres secrets protégés par la loi ».

Dans cette perspective, le « *Legal Privilege* » de certaines professions deviendrait non plus la règle de principe de leur déontologie, mais une exception justifiée par un intérêt légitime à un principe général de liberté de l'information.

Appliquée aux avocats, cette perspective conduirait à dire que l'avocat est libre de révéler les informations qu'il détient, sauf quand la loi le lui interdit.

Elle appelle trois observations :

- Cela se ferait à droit constant ; en particulier, le secret couvrirait toujours les informations reçues dans le cadre des missions de défense et de conseil pour lequel il a été historiquement conçu.
- Les exceptions actuelles (l'avocat lobbyiste, l'avocat fiduciaire, l'avocat mandataire sportif, la lutte contre le blanchissement d'argent, le cas particulier des marchés publics) demeureraient. Ces exceptions auraient à peine besoin d'être mentionnées puisqu'elles seraient absorbées par le principe de liberté de l'information. Ce qui ne serait pas plus mal car les textes qui les prévoient sont obscurs et mal compris par l'opinion publique et les clients. Et elles contredisent par trop l'affirmation selon laquelle votre secret professionnel « *est d'ordre public, absolu, général et illimité dans le temps* ».
- Cette perspective est conforme à la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection de la profession d'avocat adoptée le 12 mars dernier. Elle n'emploie pas le terme « secret professionnel » mais le § 3 de son article 6 (« Droits professionnels des avocats⁸ ») stipule :
« *Les Parties veillent à ce que les avocats : [...] : b) puissent communiquer de manière confidentielle avec leurs clients ou clients potentiels, quels que soient les moyens et quelle que soit la forme que prend cette communication ;
c) ne soient pas tenus de communiquer des informations ou de remettre des pièces reçues, directement ou indirectement, de clients ou de clients potentiels, ni de révéler la teneur de leurs échanges avec ces derniers ou de remettre les pièces élaborées en vue de ces échanges ou de*

⁸ Ce terme « Droits » et non pas « devoirs » peut intriguer. Il s'explique sans doute par le fait que la Convention s'adresse aux États qui y sont parties et qui doivent protéger les droits des avocats, et non aux avocats eux-mêmes pour lesquels ces droits sont en réalité des obligations, dans la perspective françaises du moins.

procédures judiciaires dans lesquelles ils les représentent, et ne soient pas non plus tenus d'en révéler l'existence ou le contenu s'ils sont appelés à témoigner ».

Mettre en œuvre la réorganisation du droit français du secret que je préconise ne serait pas simple. Il faudrait établir une grille des exceptions à la publicité des informations précisant non seulement quelles sont les informations concernées, mais aussi quelles sont les personnes tenues de les taire et celles auxquelles le secret est opposable.

Mais c'est à mon avis nécessaire pour mieux protéger les secrets légitimes dans une société démocratique devenue celle de l'information et dont les membres admettent difficilement que quiconque détienne sur eux des informations dont ils ne seraient pas maîtres, ce qui est aujourd'hui une exigence proprement éthique.

Car je le redis : je crois profondément à la nécessité du secret professionnel des avocats. Mais il n'a plus l'évidence que la profession lui prête trop aisément : il faut le refonder.

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 justiciable ».

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 Quémener, 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.

I. La dynamique de la jurisprudence devant nos juridictions suprêmes.

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 une certaine 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.

II. La concurrence des secrets entre eux

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 accéder 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.

III. Les défis posés par l'intelligence artificielle

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.