

Frédéric FORGUES

Avocat au barreau de Paris
et à la CPI

et Françoise HECQUET

Avocat au barreau de Paris

Avocats : le secret professionnel est mort, vive le secret juridique ! ^{121b9}

Il était traditionnellement affirmé que le secret professionnel de l'avocat était d'ordre public, absolu, général et illimité. Si cela a longtemps été exact (du moins partiellement), tel n'est plus le cas. Ainsi, le domaine du secret professionnel s'est réduit au fur et à mesure que l'intervention de l'avocat croissait. Certes, il pèse toujours de manière impérieuse sur les avocats. Mais le secret professionnel n'est guère plus opposable à l'autorité judiciaire, qui, sur la base de simples soupçons, peut fouler aux pieds la confidentialité des échanges entre un avocat et son client. Notamment, les entreprises ne sont plus à l'abri d'une immixtion de l'autorité judiciaire dans la relation avocat-client. Il est désormais grand temps de consacrer un secret juridique opposable, dans l'intérêt du client, aux tiers, et notamment à l'autorité judiciaire, à l'image du secret médical, du secret des sources ou du secret des affaires.

1 Le tragique de l'époque, les convulsions du terrorisme international, la guerre ici, là et partout, le raidissement des opinions nationales et même le triomphe des populismes... Tout converge à restreindre les libertés individuelles – voire à les fouler aux pieds – au nom de la sécurité des biens, des nations et des personnes. Il est même dissonant d'exiger la protection d'un secret, surtout lorsqu'il est qualifié de « professionnel ». Car ainsi nommé, il vise à maintenir occultes certaines informations. Or dans un monde dominé par la technologie (internet, réseaux sociaux, géolocalisation, big data) tout doit être transparent (les revenus, les comptes en banque, le patrimoine, la postérité...) et ce qui demeure secret est essentiellement suspect. Et si la préservation du secret professionnel est revendiquée par les avocats, c'est forcément qu'ils veulent se ménager un îlot d'immunité, conserver des prébendes, se soustraire au droit commun.

2 L'histoire et le droit positif convainquent pourtant qu'il n'en est rien. Ainsi dans la conception française le secret professionnel de l'avocat est-il exclusivement instauré au profit du client. Il pèse donc comme un fardeau pour le professionnel qui ne peut, sauf rares exceptions, s'en délier. Et si les avocats le défendent aussi chèrement, c'est que ce secret participe de leur déontologie, et partant de leur raison d'être. Car à l'opposé de l'éthique, il y a le commerce. Or l'avocat n'est pas un professionnel ou un prestataire de services comme un autre : il est un auxiliaire de justice à travers lequel s'exercent les droits de la défense.

3 Le sort réservé à notre profession en France en 2016 est peu enviable : la France a été condamnée trois fois en 2015 par la Cour de

Strasbourg pour le traitement que sa justice a infligé à des avocats¹. La culture, en termes de droits de la défense, de nos politiques et de nos magistrats est souvent étique, quand ces derniers ne nous sont pas franchement hostiles. Un rapport récent semblait mettre sur le même plan les tentatives d'assassinat dont des magistrats spécialisés auraient pu faire l'objet et... la défense jugée trop offensive de certains de nos confrères² ! Un avocat grenoblois a été interdit d'exercer trois ans par les magistrats d'appel avec lesquels il avait eu maille à partir, après avoir pourtant été d'abord relaxé par le Conseil de l'Ordre³... Et même sans s'attarder sur ces épiphénomènes, aussi inquiétants soient-ils, la jurisprudence récente, nationale et européenne (II), n'est pas propice à la protection du secret professionnel de l'avocat (I). Pourtant, d'autres secrets – tout aussi vitaux que celui-ci mais pas plus que lui – demeurent intangibles, quand ils ne sont pas nouvellement consacrés par le droit positif. Ne pourrait-on pas se servir des débats qui ne manqueront pas d'intervenir dans un avenir proche pour renforcer le secret professionnel de l'avocat, voire instaurer un secret juridique opposable à tous (III) ?

1) V. Forgues F., « Sébastien, François, Morice et les autres (la bande à Bono) », La Croix (<http://justice.blogs-la-croix.com/sebastien-francois-morice-et-les-autres-la-bande-a-bono/2016/01/28/>)

2) V. Rapport du groupe de travail relatif à la protection des magistrats, 28 juin 2016

3) Précisons qu'il avait dans l'intervalle été placé en garde à vue et brièvement interné psychiatriquement dans un établissement où il n'avait reçu aucun soin puisque, justement, il n'était pas plus fou que tout un chacun. Son cabinet, situé au sein de son domicile a concomitamment été cambriolé et ses dossiers jetés dans un champ voisin. Il n'est certes pas possible d'attribuer ce dernier avatar à l'autorité judiciaire, mais le calendrier est fâcheux et le hasard fait mal les choses. Cet épisode est en tout cas navrant. Sur la question, v. « L'avocat Bernard Ripert interdit d'exercer pendant 3 ans », Le Point, 23 juin 2016 (http://www.lepoint.fr/societe/l-avocat-bernard-ripert-interdit-d-exercer-pendant-3-ans-23-06-2016-2049167_23.php).

NDA La présente contribution est inspirée de l'intervention du bâtonnier Jean-Yves Le Borgne au Campus des avocats en juillet 2016 à Paris. Les auteurs remercient MM. V. Nioré, G. August, O. Cousi et B. Cahen, avocats à la cour, pour leur aide précieuse

I. D'où venons-nous ?

4 Principe. Trouvant son origine dans le droit romain qui consacrait le secret des défenseurs (*advocatus*)⁴, le secret professionnel de l'avocat était semblable au secret pesant sur les personnels soignants (secret médical) ou les ministres du culte (secret des confessions). Le propre de toute règle juridique étant d'être assortie d'une sanction – et idéalement d'une sanction répressive –, la violation de ce secret était sanctionnée par le Code pénal de 1810. Comme l'écrivait Floriot : « Le secret professionnel semble une notion très simple. Le prêtre ne doit rien répéter des confidences de ses ouailles, le médecin, l'avocat, ne peuvent jamais révéler à quiconque ce qu'ils savent de leur client »⁵. Le Code pénal n'indiquait toutefois pas ce qui relevait de ce secret. On ignorait ainsi quel était le contenu de ce secret professionnel, de sorte que, dans le silence de la loi, on avait tendance à le décrire comme d'ordre public, général, absolu et illimité.

5 C'est bien connu : tout est dans tout, et vice versa. Plus sérieusement, la question du contenu du secret ne s'était réellement posée, par définition, que lorsque ce dernier était dévoilé à autrui ou connu de celui-ci de manière « accidentelle ». Car si le dépositaire du secret en révèle l'existence, la solution est limpide : ce dernier subira les fourches caudines de la loi pénale. Mais *quid* lorsque c'est incidemment que le secret qu'a révélé le client à son conseil a été en possession de tiers (et, singulièrement, de l'autorité judiciaire) ? Un arrêt de la Cour de cassation de 1886⁶ est cristallin : cette autorité ne peut s'en prévaloir, y compris lorsque la correspondance litigieuse n'est pas encore parvenue à l'avocat⁷.

6 On est immédiatement ivre de nostalgie pour cette période bénie, mais une mise en perspective dissipe vite cette mélancolie. Le ministère de l'avocat n'était en effet pas aussi étendu qu'aujourd'hui : son intervention se limitait en pratique à plaider (et encore, pas tous les jours). La présence de l'avocat dans le cabinet du juge d'instruction date ainsi de 1897 ; la fin de l'avocat dilettante a été décrétée dans les années 1920 quand il fut dorénavant exigé des membres du

barreau un exercice stable et exclusif de toute autre profession ; longtemps, il a été interdit de solliciter des honoraires ; jusqu'en 1971, les avoués près les tribunaux rédigeaient les écritures civiles ; la profession d'avocat d'affaires n'a été inventée par MM. Bredin et Badinter que dans les années 1970 ; enfin, jusqu'à l'absorption de ces derniers en 1992, la rédaction d'actes juridiques appartenait aux conseils éponymes. On était globalement à l'abri des confidences de ses clients... En réalité, plus le champ d'intervention de l'avocat s'est élargi, plus le secret s'est rétréci.

II. Où en sommes-nous ?

7 La loi n° 77-1130 du 31 décembre 1971 a d'abord été modifiée à la suite de la fusion entre les avocats et les conseils juridiques en 1992, et son article 66-5, alinéa premier dispose désormais : « en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel »⁸. Quant à l'enquête pénale et l'instruction préparatoire, il convient de distinguer les perquisitions (B) des interceptions téléphoniques (A).

A. Les interceptions téléphoniques

8 L'article 100-5 du Code de procédure pénale dispose : « À peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense ». Et l'article 100-7, alinéa 2 du même code d'ajouter : « Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction »⁹. Est certes traditionnellement exigée l'existence d'indices préalables de participation de l'avocat à une in-

8) Cet article a été modifié à plusieurs reprises, dont la dernière fois par L. n° 2011-331, 28 mars 2011. Sa rédaction, un peu redondante, est destinée à « neutraliser » certaines jurisprudences de la Cour de cassation qui, malgré l'esprit assez clair de la loi, continuaient à considérer que le secret professionnel ne pouvait être opposé au juge poursuivant ou saisissant que lorsque l'information privilégiée avait trait aux droits de la défense *stricto sensu*, savoir la défense d'une personne mise en cause du point de vue pénal ; l'on verra au demeurant que cette conception est malheureusement toujours d'actualité, v. *infra* n° 9.

9) Il faut en outre que ladite écoute, nécessairement ordonnée ou autorisée par un juge du siège, soit destinée, sur la base d'indices préalables, à établir la participation d'un avocat à une infraction (Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, n° 03-82909). Enfin, les enregistrements doivent être détruits après le délai de prescription de l'infraction concernée, à la diligence du procureur de la République ou du procureur général (CPP, art. 100-6).

4) Inspiré du secret qui pesait sur les exécuteurs testamentaires, car les *advocatus* ne représentaient pas tant une corporation qu'une fonction, celle de défendre qui était publiquement accusé.

5) V. Floriot R. et Combaldieu R., *Le secret professionnel*, 1973, Flammarion, p. 11.

6) V. Cass. crim., 12 mars 1886 : DP 1886,1, p. 345.

7) En l'espèce, un juge d'instruction avait saisi la lettre d'un détenu qui demandait à un avocat de le défendre lors d'un procès à venir et lui indiquait, accessoirement l'emplacement de certains effets dont il eût été judiciaire, selon le détenu, de se débarrasser.

fraction¹⁰. Toutefois, et selon nous, deux règles prétoriennes sont de nature à vider cette exigence de tout contenu réel. D'abord, la décision du juge de recourir aux écoutes téléphoniques est insusceptible de recours juridictionnel : seule est contrôlée la validité formelle de l'écoute, justiciable d'une éventuelle nullité, à l'exclusion de l'opportunité de celle-ci (« Attendu que les juges ont vérifié la régularité en la forme des commissions rogatoires techniques, lesquelles ne sont soumises à aucune exigence de motivation spéciale ; d'où il suit que le moyen ne peut être qu'écarté »)¹¹. Ensuite, si les écoutes téléphoniques litigieuses font apparaître l'existence d'une autre infraction, celle-ci pourra faire l'objet d'une procédure incidente sans que la régularité de l'interception ne puisse à aucun moment être discutée dans le cadre de cette nouvelle « affaire »¹².

9 Enfin et plus largement, l'interdiction générale d'intercepter les conversations téléphoniques entre un avocat et son client s'entend, s'agissant du premier, de l'avocat officiellement désigné dans la procédure en cause et, s'agissant du second, du client mis en examen, témoin assisté ou gardé à vue dans cette même procédure¹³. Hors de ce cadre, point d'avocat, point de client, point de droits de la défense et, par voie de conséquence, point de secret professionnel... Est tout juste secrète la conversation entre un avocat et son bâtonnier, pourvu que ladite conversation ne fasse point apparaître – ce qui suppose qu'on l'ait écoutée – la commission d'une infraction... par le bâtonnier¹⁴. Le salut ne viendra pas cette fois de Strasbourg car, s'agissant de la conventionnalité du droit positif français relatif aux surveillances téléphoniques entre un avocat et son client, la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁵ a estimé que : « [le secret professionnel] se décline avant tout en obligations à la charge des avocats et que c'est dans la mission de défense dont ils sont chargés qu'il trouve son fondement [que] le droit français énonce très clairement que le respect des droits de la défense commande la confidentialité des conversations téléphoniques entre un avocat et son client, et fait en conséquence obstacle à la transcription de telles conversations, même lorsqu'elles ont été surprises à l'occasion d'une mesure d'instruc-

tion régulière. Il n'admet à cette règle qu'une seule exception : la transcription est possible lorsqu'il est établi que le contenu d'une conversation ainsi surprise est de nature à faire présumer la participation de l'avocat lui-même à des faits constitutifs d'une infraction (...) cette approche est compatible avec la jurisprudence rappelée ci-dessus en ce qu'elle revient à retenir que, par exception, le secret professionnel des avocats, qui trouve son fondement dans le respect des droits de la défense du client, ne fait pas obstacle à la transcription d'un échange entre un avocat et son client dans le cadre de l'interception régulière de la ligne du second lorsque le contenu de cet échange est de nature à faire présumer la participation de l'avocat lui-même à une infraction, et dans la mesure où cette transcription n'affecte pas les droits de la défense du client ».

B. Les perquisitions

10 La question est régie par l'article 56-1 du Code de procédure pénale. Selon ce texte, « les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci ». Et la loi de préciser que le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. À peine de nullité, aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. Le juge des libertés et de la détention statue sur cette contestation, dans un délai de cinq jours, par ordonnance motivée non susceptible de recours. Ce dispositif n'est pas selon nous compatible avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La rue de Montpensier a jugé conformes à la Constitution les dispositions relatives aux visites domiciliaires en matière fiscale seulement à raison, d'abord, de la faculté d'appel de l'ordonnance autorisant la visite des agents de l'administration fiscale et, sous condition, ensuite, de la possibilité de recours contre le déroulement des opérations¹⁶.

10) V. encore récemment, Cass. crim., 22 mars 2016, n° 15-83207, PB.

11) *Ibid.*

12) *Ibid.*

13) *Ibid.*

14) V. Cass. crim., 22 mars 2016, n° 15-83205, PB ; cette proposition des hauts magistrats répressifs à envisager des délits systématiquement commis dans nos cabinets est fascinante.

15) V. CEDH, 16 juin 2016, n° 49175/11, *Versini-Campinchi et Crasanski c/ France*.

16) V. Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC.

La Cour de cassation a pourtant estimé que la question prioritaire visant la constitutionnalité de l'article 56-1 du CPP ne présentait pas de caractère sérieux...¹⁷.

11 De même, les trois tempéraments jurisprudentiels au principe de l'insaisissabilité des documents dans les cabinets d'avocats font de cette règle l'exception. Ainsi, en premier lieu, et nonobstant la lettre très claire de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, l'immunité de saisie ne concerne pas les activités de conseil. Ainsi, selon la Cour de cassation¹⁸ « si (...) les correspondances échangées entre le client et son avocat sont, en toutes matières, couvertes par le secret professionnel, il demeure que le juge d'instruction tient de l'article 96 du Code de procédure pénale le pouvoir de les saisir dès lors qu'elles ne concernent pas l'exercice des droits de la défense ». Quand on sait ce que la haute juridiction entend par droits de la défense¹⁹, on en déduit que selon elle, rien ne s'opposerait à ce que, par exemple, l'avocat civiliste ou fiscaliste d'un client par ailleurs mis en cause pénalement soit perquisitionné, et des échanges confidentiels saisis. De même, traditionnellement, sont saisissables les écrits constituant le corps des infractions imputées au client²⁰. Cette solution pourrait relever du simple bon sens. Elle est néanmoins perverse. Car si, bien entendu, nul ne songerait à rendre insaisissable un poignard ayant servi à un meurtre sous prétexte qu'il est dissimulé dans un cabinet d'avocat, il en est autrement des correspondances, écrits ou pièces adressés ou déposés là. En effet, pour savoir s'ils contiennent un délit, il faut en prendre connaissance... donc violer leur confidentialité. Or non seulement cela bafoue la règle de l'inviolabilité des échanges entre l'avocat et son client, mais cela corrompt la relation même entre le client et son conseil²¹.

17) V. Cass. crim., QPC, 3 avr. 2013, n° 12-88021 : AJ pénal 2013, p. 353. Pourtant, selon nous, la procédure prévue à l'article 56-1 ne garantit ni le droit au recours effectif, ni les droits de la défense, et ne satisfait donc pas aux exigences du procès équitable. Du point de vue constitutionnel, l'article 56-1 méconnaît à la fois l'inviolabilité du domicile, les droits de la défense, le droit à un recours effectif et le droit à un procès équitable qui impliquent un équilibre entre les droits des parties (tous droits protégés par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme). Singulièrement, il prive l'avocat et le bâtonnier de la possibilité d'exercer un recours à l'encontre tant de la décision de perquisition que de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention.

18) V. Cass. crim., 7 mars 1994, n° 93-84931 : Bull. crim., n° 87.

19) V. *supra* n° 9.

20) V. par ex. CA Versailles, 28 avr. 1982 : Gaz. Pal. Rec. 1982, 1, p. 310.

21) Un client, a fortiori s'il a quelque chose à se reprocher, ne se confiera jamais totalement s'il craint que les informations qu'il révèle puissent être écoutées ou saisies par l'autorité judiciaire. Or une défense de qualité, contrairement à une idée reçue, tend vers la vérité, et celle-ci ne peut jaillir que dans un climat de confiance.

12 Enfin, et toujours selon la jurisprudence, le défenseur ne peut opposer le secret professionnel à un magistrat qui perquisitionnerait dès lors qu'il est lui-même soupçonné et que les écrits litigieux établiraient sa participation à une infraction²². Quand on sait la facilité avec laquelle des personnes sont, en certaines matières, mises en examen, sans que cette mise en examen ne soit susceptible d'un autre recours qu'une requête en nullité, cette hypothèse n'a rien de marginale. En conclusion, tout est théoriquement saisissable... Sauf ce qui n'a aucun intérêt pour le juge visiteur. On notera que la Cour régulatrice a eu plus de scrupule quand il s'est agi d'apprécier la validité d'une perquisition et des saisies subséquentes pratiquées dans ses propres locaux et destinées à établir un trafic d'influence de la part d'un de ses membres. Elle a ainsi estimé²³ « qu'en refusant d'annuler la saisie de l'avis du rapporteur et du projet rédigé par lui, alors que cette appréhension n'était pas indispensable à la recherche de la preuve d'un trafic d'influence, dont seul était suspecté un magistrat étranger à la chambre criminelle, qu'il n'existait aucun indice de participation d'un membre de la formation de jugement ayant participé au délibéré à une quelconque infraction et qu'en conséquence, en procédant ainsi, les juges d'instruction avaient porté une atteinte non nécessaire au secret du délibéré, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé et le principe énoncé ci-dessus ». Un tel raisonnement ne pourrait-il pas s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux cabinets d'avocat ? Certes, depuis un an, et s'agissant en tout cas du barreau de Paris, aucune perquisition n'a eu lieu dans un cabinet d'avocat dans une affaire financière. Mais cette trêve n'est peut-être que précaire. Or comme l'écrivait un confrère, « l'enchaînement de décisions prétoriques restreignant toujours davantage le secret professionnel fait malheureusement planer l'ombre d'un nouveau paradigme social où la transparence serait naturellement pure et le secret systématiquement suspect »²⁴. Et la législation récente ne laisse pas d'inquiéter.

III. Où allons-nous ?

13 La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 « renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale » a ajouté au Code de procédure pénale les articles 706-95-1 et suivants, aux termes desquels « si les néces-

22) V. par ex. Cass. crim., 27 juin 2001, n° 01-81865 : Bull. crim., n° 163.

23) V. Cass. crim., 22 mars 2016, n° 15-83205, préc.

24) V. Cousi O., « Secret story », *Conseils & Entreprises*, n° 136, juin 2016, p. 23.

sités de l'enquête relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 l'exigent, le juge des libertés et de la détention peut, à la requête du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée l'accès, à distance et à l'insu de la personne visée, aux correspondances stockées par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique (...). Lorsque l'identifiant informatique est associé au compte d'un avocat, d'un magistrat, d'un sénateur ou d'un député, l'article 100-7 est applicable ». Or, on l'a vu²⁵, l'article 100-7 ne prévoit qu'un simple avis au bâtonnier. Ainsi et désormais, si l'autorité judiciaire dispose d'un soupçon sur la participation d'un avocat à un délit ne portant pas nécessairement atteinte à l'ordre public où la sûreté nationale (car les articles 706-73 et 706-73-1 visent également l'aide au séjour irrégulier, l'escroquerie en bande organisée, le travail dissimulé ou certains délits environnementaux, et pas seulement le terrorisme, le blanchiment ou le trafic de stupéfiants), un magistrat pourra, sans contrôle *a priori* et moyennant un simple avis donné au bâtonnier (qui ne pourra pas en faire état à peine de violer le secret de l'enquête et de l'instruction), s'introduire à distance dans la boîte électronique d'un avocat ! Plus encore, l'article 706-95-3 dispose que « le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision du magistrat qui les a autorisées ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes » ! En substance, l'autorité judiciaire peut, sur la base d'un simple « soupçon »²⁶, prendre à distance connaissance des correspondances entre un avocat et ses clients, y détecter, si bon lui semble, une infraction, et, sans possibilité d'annulation ultérieure, engager des poursuites pour un autre motif contre qui de droit ! Cela est inacceptable.

14 Ainsi, à titre de comparaison, la Cour suprême du Canada a récemment donné raison à la chambre des notaires du Québec²⁷. Les « Sages » canadiens ont rappelé que « toute législation portant atteinte au secret professionnel et n'étant pas absolument nécessaire [était] abusive ». En l'espèce, étaient contestées les dispositions de la loi permettant au fisc canadien, sur requête, d'obtenir des avocats et notaires des renseignements concernant leurs clients, à des fins de lutte contre la fraude fiscale. Y compris pour ce motif d'intérêt général, et alors même que la loi prévoyait l'intervention

d'un juge judiciaire, la Cour suprême du Canada a rappelé que « mis à part quelques rares exceptions, la règle générale demeure que l'information protégée par le secret professionnel détenu par un conseiller juridique est à l'abri de la divulgation ».

15 L'exemple du secret médical. L'article L. 1110-4 du Code de la santé publique dispose que « toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention ou aux soins a droit au respect de sa vie privée et au secret des informations la concernant ». Il s'agit d'un droit-crédence au profit du patient, opposable à tous, professionnels de santé (sous peine de sanctions pénales, C. pén., art. 226-13) comme *penitus extranei*. La jurisprudence relative aux avocats démontre bien que ce secret médical excède le simple secret professionnel et obéit à un régime de protection propre. Ainsi, alors que traditionnellement l'avocat est délié de son secret professionnel pour les stricts besoins de sa défense propre, tel n'est pas le cas du secret médical dont il a pu être un détenteur occasionnel : l'avocat ne peut dès lors pas verser, y compris pour les besoins de sa défense, des pièces médicales remises par son client sans que ce dernier ne l'ait expressément autorisé à le faire²⁸. De même, la loi n'autorise que restrictivement la divulgation des informations couvertes par le secret médical, et à des fins de sécurité publique (en vue de l'hospitalisation d'office dans un établissement de soins psychiatriques, pour la lutte contre le dopage dans le sport et, avec l'accord de la victime, en cas de sévices constatés sur sa personne²⁹). Ne serait-il pas temps de créer un secret juridique, comparable au secret médical, dont la définition serait positive (un droit subjectif pour le client) et non pas négative (une seule obligation pour l'avocat) ? Les partisans de l'avocat en entreprise réclament à cor et à cri ce statut pour que nos entreprises soient compétitives vis-à-vis des entreprises étrangères dont les *in-house lawyers* bénéficient du secret professionnel³⁰. Mais à quoi bon faire bénéficier les directeurs juridiques du secret professionnel et de la déontologie des membres du barreau, si ce secret est essentiellement une charge pour eux et qu'ils ne pourront l'opposer qu'à... leurs supérieurs hiérarchiques non-avocats ? Nous doutons que ce soit là le but recherché. Sans fascination particulière pour le droit anglo-américain, ne pourrait-on pas s'inspirer du *legal privilege*, droit subjectif pour le

25) V. *supra* n° 8

26) Mais qui peut s'estimer au-dessus de tout « soupçon » ? Hegel écrivait que « seule la pierre est innocente ».

27) V. Chambre des notaires du Québec c/ Le Procureur général du Canada, 3 juin 2016, 2016 CSC 20.

28) V. Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2012, n° 11-14486 : JCP G 2012, n° 28, p. 1418.

29) Sur la question, v. Le Lamy Droit de la santé, 3^e partie, étude n° 311, § 28).

30) V. de Moucheron B., PueI S., Cousi O. et Boulanger A., « À nos ex-futurs confrères, juristes d'entreprise », *Lemondfr*, 10 mars 2015.

client, qui a droit à la confidentialité du *dominant purpose* (i.e. l'objet de la communication) ?

16 Le secret des affaires temporairement au secours du secret juridique ? Une espèce avait failli créer un précédent intéressant en la matière : le président d'un tribunal de commerce, saisi par voie de requête sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, avait ordonné à un huissier de justice de se faire remettre et conserver sous séquestre des documents sur support informatique permettant à la société requérante de faire ultérieurement valoir ses droits à l'encontre d'une autre société. Dans le cadre d'une autre instance, ce même président, devenu entre-temps juge des référés, avait distingué entre, d'une part, les pièces touchant aux secrets de l'entreprise objet de la saisie, intangibles, de celles n'y touchant point, seules consultables. La cour d'appel³¹ avait annulé l'ordonnance entreprise, et affirmé que l'avocat de la société saisissante pourrait prendre connaissance des documents séquestrés pour débattre équitablement de leur communication au cours d'une nouvelle audience devant le juge des référés, la conciliation du principe du contradictoire et de la protection due au secret des affaires étant assurée, selon les magistrats d'appel, en réservant la consultation des documents litigieux aux seuls avocats, tenus au secret professionnel à l'égard de toute personne leur confiant une information confidentielle en raison de leur qualité. La haute juridiction a cassé cet arrêt au motif que « le secret professionnel des avocats ne s'étend pas aux documents détenus par l'adversaire de leur client, susceptibles de relever du secret des affaires, dont le refus de communication constitue l'objet même du litige »³².

31) V. CA Paris, 25 sept. 2014, D.

32) V. Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2016, n° 14-25729 PB.

17 La directive (UE) n° 2016/943 du 8 juin 2016, qui doit être transposée en droit interne au plus tard le 9 juin 2018, « établit des règles protégeant les secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites ». Le secret d'affaires est défini comme l'ensemble des informations qui « a) 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) ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ; c) 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 ». On peut se réjouir de l'adoption de cette directive, car le secret des entreprises « est indispensable à la protection de l'innovation dans un environnement concurrentiel de plus en plus complexe, exposé en permanence aux « grandes oreilles » des technologies de communication ; la protection des informations, des idées et des projets qui feront l'économie de demain est un des défis juridiques du XXI^e siècle »³³.

18 Mais plus encore, protégés par un véritable secret juridique consacré et rappelé dans le droit positif, nous pourrions participer à la protection du secret des affaires de nos clients (et plus largement à leur défense, dans tous les sens du terme). Cela est résolument un combat d'avenir !

33) V. Cousi D., « Protégeons le secret qui protège nos entreprises », *lemonde.fr*, 11 févr. 2014.