



## **RAPPORT DE Mme KERNER-MENAY, CONSEILLÈRE**

**Arrêt n° 647 du 6 décembre 2023 (B) – Première chambre civile**

**Pourvoi n° 22-19.285**

**Décision attaquée : Cour d'appel de Toulouse du 10 mai 2022**

**la société Opti'Cotis (SARL)**

**C/**

**M. [I] [C]**

**le Conseil national des barreaux (CNB)**

---

### **1 - Rappel des faits et de la procédure**

Par une convention du 15 juillet 2010, M. [C], avocat inscrit au barreau de Toulouse jusqu'en mai 2020 puis auprès de celui de Tarbes depuis cette date (l'avocat) a conclu avec la Sarl Opti'Cotis (la société) dont la gérante est Mme [Y], son épouse, une convention de prestations juridiques aux termes de laquelle il est indiqué que la société, le chargeait, moyennant un montant d'honoraire forfaitaire, pour le compte de sa clientèle de l'optimisation du « taux Accidents du travail » et qu'à cette fin, il lui était confié la vérification, au regard de la réglementation en vigueur, du bien-fondé des cotisations réclamées par les organismes sociaux au titre des accidents du travail et maladies professionnelles ainsi que toutes les analyses et actions subséquentes.

Cette convention a été dénoncée par l'avocat le 24 septembre 2019 après séparation du couple en janvier 2019 et après un arrêt maladie de janvier à août 2019.

Le 19 mars 2019, la société a déposé plainte contre l'avocat pour abus de confiance, démarchage de clientèle et rétention de dossiers durant son arrêt de maladie, concrétisés par la signature de contrat de prestations juridiques identiques à celles signées avec la société, auprès des anciens clients de cette dernière.

Par ordonnance du **4 février 2020**, à l'initiative de la société, le juge des référés a ordonné à l'avocat de « cesser immédiatement toutes les démarches directes auprès des entreprises historiquement clientes de la société Opti'Cotis et ce sous astreinte ».

Sur requête de la société, aux visas des articles 145, 845 et 846 du code de procédure civile, le président du tribunal judiciaire de Toulouse a, par une ordonnance du **8 octobre 2020**, désigné un huissier de justice assisté, le cas échéant, d'experts informatiques, d'un serrurier et de la force publique, avec pour mission, notamment, de se rendre au cabinet professionnel de l'avocat, de procéder à la recherche d'un tableau « excel » reproduisant la liste nominative de tous les dossiers suivis sous la convention, les échanges de courriers et conventions récemment signées avec les entreprises historiquement clientes de la société, la liste des formations facturées et dossiers directement ouverts au profit du cabinet depuis septembre 2018 avec ces clients historiques, la liste des factures directement payées au cabinet d'avocat au lieu et place de la société pour les clients historiques en détournement de chiffres d'affaires 2019 et 2020 encaissées depuis septembre 2018, la liste des avis de crédits URSSAF obtenus pour les entreprises historiquement clientes servant à la facturation des honoraires de la société et copie de tous fichiers, courriers électroniques en rapport avec la mission. L'ordonnance a également prévu que les copies de documents et fichiers ainsi obtenus seraient conservés sous séquestre par l'huissier.

L'ordonnance a été exécutée le **13 novembre 2020** en présence du bâtonnier appelé par l'avocat.

Par acte du **20 novembre 2020**, invoquant les articles 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 et 2 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) l'avocat a assigné la société pour obtenir, la rétractation de l'ordonnance du 8 octobre 2020, l'annulation des mesures réalisées, l'interdiction à l'huissier instrumentaire de remettre à la société les pièces et éléments recueillis outre la restitution de ces pièces.

Par une ordonnance contradictoire du **15 juin 2021**, le juge des référés a dit n'y avoir lieu à rétractation de l'ordonnance du 8 octobre 2020 et rejeté la demande de dommages et intérêts formée par la société.

Il a essentiellement retenu que :

- la preuve d'une suspicion d'actes de concurrence déloyale était suffisamment démontrée justifiant la nécessité d'améliorer la situation probatoire de la requérante par une mesure d'instruction dérogeant au principe du contradictoire au regard du risque de dissimulation de ces preuves,
- il n'existe aucun texte régissant les mesures d'investigations civiles diligentées à l'encontre d'un avocat,

- le renvoi aux textes de la procédure pénale n'est ni pertinent s'agissant du but de l'action qui ne s'inscrit pas dans la recherche d'une infraction pénale commise par l'avocat, ni adapté s'agissant de la mise en oeuvre au regard de la présence nécessaire d'un magistrat,
- la protection du secret professionnel qui entoure l'activité d'un avocat et dont le but est de protéger ses clients, et non lui-même, du risque de voir divulguer des informations confidentielles au cours des opérations de saisie, est assurée en matière civile par la proportionnalité des mesures d'instruction autorisées,
- la nature et le périmètre des mesures d'instruction autorisées opérant une distinction entre les prestations réalisées dans le cadre de la convention avec la société et celles réalisées dans le cadre de l'activité libérale de l'avocat étaient justifiées et limitées permettant la protection du secret professionnel des autres clients de l'avocat qui ne relevaient pas de ce dernier avec la société.

Par déclaration en date du 30 juin 2021, l'avocat a interjeté appel de cette ordonnance. Le Conseil national des barreaux est intervenu volontairement à l'instance.

Par un arrêt du **10 mai 2022**, la **cour d'appel** de Toulouse (la CA) a :

- déclaré recevable l'intervention volontaire du conseil national des barreaux (CNB),
  - infirmé l'ordonnance du 15 juin 2021 en toutes ses dispositions,
- Statuant à nouveau,
- prononcé la rétractation de l'ordonnance du 8 octobre 2020,
  - prononcé la nullité du procès verbal d'huissier du 13 novembre 2020 établi en exécution de l'ordonnance rétractée,
  - ordonné la restitution des pièces saisies par l'huissier dans les 15 jours de l'arrêt.

Elle a essentiellement retenu que :

- aucun texte légal n'autorise la consultation ou la saisie des documents détenus par un avocat au sein de son cabinet en dehors de la procédure pénale de l'article 56-1 du code de procédure pénale,
- en autorisant au sein du cabinet d'avocat de Me [C] la consultation de tous les dossiers ouverts au nom de clients de la Sarl Opti'Cotis (même listés et encadrés par des mots clés tels que le nom de clients dits historiques), la consultation des conventions conclues depuis la résiliation du 29 septembre 2019 de la convention du 15 juillet 2010, la consultation des courriels et documents comptables professionnels de deux avocats Maître [C] et Maître [H] son ancienne collaboratrice qui plus est n'est pas partie à la procédure, la copie de toute pièce en relation avec la mission et en autorisant la consultation des boîtes mail professionnelles et/ou personnelles de deux avocats, le juge a autorisé des mesures qui ne sont pas légalement admissibles en ce qu'elles portent atteinte au secret professionnel des avocats,
- au surplus, la consultation de la boîte mail professionnelle et personnelle de Me [H] à qui la Sarl Opti'Cotis reproche l'aide apportée à Me [C] dans le détournement invoqué de clientèle, ne constitue pas une mesure circonscrite aux faits de concurrence déloyale invoqués dans la requête, alors qu'en sa qualité de collaboratrice jusqu'à la résiliation de la convention du 15 juillet 2010, elle agissait pour le compte de Me [C] et au-delà de cette date, il n'est justifié d'aucune activité d'assistance aux faits reprochés.

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi qui comprend un moyen articulé en quatre branches.

## 2 - Analyse succincte des moyens

La société fait grief à l'arrêt de rétracter l'ordonnance du 8 octobre 2020, de prononcer la nullité du procès-verbal d'huissier du 13 novembre 2020 établi en exécution de l'ordonnance rétractée et d'ordonner la restitution des pièces saisies par l'huissier alors :

« 1°/ qu'il incombe au juge saisi d'une demande de mesure d'instruction *in futurum* 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 ; qu'en rétractant l'ordonnance ayant fait droit à la mesure d'investigation sollicitée par la société Opti'Cotis au prétexte qu'elle n'était pas légalement admissible puisqu'elle portait sur des pièces couvertes par le secret professionnel des avocats, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si la mesure était nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la requérante et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 145 du code de procédure civile, de

l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et de l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen ;

2°/ que le règlement intérieur national de la profession d'avocat ne peut, sans méconnaître les dispositions légales et réglementaires encadrant les mesures d'instruction et la définition légale du secret professionnel des avocats, poser des interdictions de consultation ou de saisie de documents détenus par un avocat au sein de son cabinet que ne prévoient pas ces dispositions ; qu'en rétractant pourtant l'ordonnance ayant fait droit à la mesure d'investigation sollicitée par la société Opti'Cotis au prétexte que l'article 2.2 du règlement intérieur national de la profession d'avocat stipulait qu'aucune consultation ou saisie de documents ne peut être pratiquée au cabinet ou au domicile de l'avocat sauf dans les conditions de l'article 56-1 du code de procédure pénale, la cour d'appel a statué par un motif impropre et privé sa décision de base légale au regard de l'article 145 du code de procédure civile et de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 ;

3°/ que s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès civil 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, sur requête ou en référé ; qu'en rétractant pourtant l'ordonnance ayant fait droit à la mesure d'investigation sollicitée par la société Opti'Cotis au motif qu'aucun texte légal n'autorisait cette consultation ou cette saisie en dehors de l'article 56-1 du code de procédure pénale, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 145 du code de procédure civile ;

4°/ que le secret professionnel des avocats n'a pas pour objet de protéger l'avocat contre les actions en concurrence déloyale de ses partenaires en affaire et ne peut donc être opposé pour interdire la mesure d'instruction portant sur des documents et échanges qui n'étaient pas couverts par le secret professionnel lorsque les parties étaient en relations d'affaires et ne peuvent le devenir après leur rupture ; qu'en ne recherchant pas, comme il le lui était demandé, si le secret professionnel pouvait être opposé à une telle mesure d'instruction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 ».

### 3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

mesures d'instruction *in futurum*, droit à la preuve et secret professionnel de l'avocat

### 4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

#### ■ Les mesures d'instruction *in futurum*

L'article 145 du code de procédure civile énonce : « 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, sur requête ou en référé ».

Selon l'article 493 du code de procédure civile, l'ordonnance sur requête est une décision rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse. L'article 496 du même code dispose que s'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance, l'article 497 ajoutant que le juge a la faculté de modifier ou de rétracter son ordonnance, même si le juge du fond est saisi de l'affaire.

La mise en oeuvre des mesures d'instruction, ordonnées à la suite d'une procédure sur requête, non contradictoire suivie le cas échéant d'une instance « en référé-rétractation », ou *ab initio* en référé (« référé probatoire » ou « *in futurum* »), obéit à des conditions de fond spécifiques (ch. mixte, 7 mai 1982 : Bull. civ. ch. mixte, n° 2 ; D. 1982, 541) car elles interviennent dans un contexte précontentieux de sorte qu'elles ne sont soumises ni à la condition d'urgence (2<sup>ème</sup> Civ., 9 novembre 2000, pourvoi n°98-10.549), ni à l'absence de contestations sérieuses (Com., 7 novembre 1989,

pourvoi n°88-15.482). De même, les dispositions de l'article 146 du code de procédure civile qui interdisent au juge d'ordonner une mesure d'instruction pour suppléer la carence d'une partie ne s'appliquent pas lorsque le juge est saisi d'une demande fondée sur l'article 145 (2<sup>ème</sup> Civ., 11 avril 2013, pourvoi n°11-19.419 ; 10 mars 2011, pourvoi n°10-11.732). Ils'ensuit que les auteurs ont qualifiés l'article 145 du code de procédure civile de texte «autonome» dès lors que les conditions générales du référé ne sont pas applicables.

Le juge des requêtes doit vérifier, outre les circonstances particulières exigeant pour le requérant de ne pas procéder de façon contradictoire (2<sup>ème</sup> Civ., 23 nov. 1994 : Bull. civ. II, n° 241 ; 2<sup>ème</sup> Civ., 5 juin 2014, n° 13-20.333 ; 2<sup>ème</sup> Civ., 23 juin 2016, n° 15-16.634), l'existence d'**un motif légitime, seules des mesures légalement admissibles pouvant être ordonnées.**

### **Le motif légitime**

Saisi en référé d'une demande de rétractation de l'ordonnance sur requête ayant ordonné une mesure sur le fondement des textes susvisés, le juge est tenu d'apprécier au jour où il statue, les mérites de la requête initiale. Il doit s'assurer, outre les conditions du recours à une procédure non contradictoire, qu'au jour du dépôt de la requête et à la lumière des éléments de preuve produits à l'appui de la requête et de ceux produits ultérieurement devant lui, de **l'existence d'un motif légitime.**

La doctrine enseigne<sup>1</sup> :

« 13. – Le demandeur doit établir l'existence d'un motif légitime à son action à l'égard de tous les défendeurs. La légitimité du motif est intimement liée à la situation des parties et à la nature de la mesure sollicitée, le motif n'étant légitime que si les faits à établir ou à conserver sont eux-mêmes pertinents et utiles (J. Normand, 1990, p. 134. – Impl. Cass. 2<sup>ème</sup> Civ., 7 janv. 1999 : Gaz. Pal. 2000, 2, somm. p. 26). Cette condition est essentielle. L'article 145 du CPC permet d'agir alors que le litige qui suscite la saisine n'est qu'éventuel, c'est-à-dire alors même que la formulation de prétentions au fond serait prématurée et irrecevable. Certes, l'article 31 du Code de procédure civile est applicable et un intérêt à agir in futurum est requis (1<sup>ère</sup> Civ., 28 mars 2018, pourvoi n° 17-11.628 [...], mais il est reconnu en l'état d'une perspective incertaine. Or, les preuves sont la clé de bien des litiges, de sorte qu'une mesure d'instruction ordonnée in futurum s'avère souvent décisive de la solution du contentieux lui-même, que celle-ci soit judiciaire ou pas. Or, cette exigence de motivation fait obstacle à ce qu'il soit recouru à la procédure de l'article 145 de manière abusive : elle ne doit pas permettre de pallier les erreurs ou négligences d'un plaideur, pour qui il serait aisé de réunir les preuves demandées sans recourir au juge (Com., 18 févr. 1986 : Bull. civ. IV, n° 26 ; Gaz. Pal. 1986, 2, somm. p. 422, obs. S. Guinchard et Moussa). En outre, le référé de l'article 145 est très efficace et peut permettre d'obtenir des mesures particulièrement intrusives dans les secrets légitimes d'autrui. Et sans de solides garde-fous, il pourrait être aisément détourné de sa finalité (J. Normand, Les limites du référé probatoire : RTD civ. 1990, p. 134. – R. Perrot, Art. 145 du NCPC. Détournement de procédure : Procédures 2003, comm. 116). Le recours au juge ne peut pas plus n'être qu'un moyen de pression ou de déstabilisation de l'adversaire (2<sup>ème</sup> Civ., 26 juin 2014, n° 13-18.319).[...]

Ainsi, un motif ne sera légitime que s'il est supérieur à celui justifiant le refus de la mesure sollicitée et ne porte pas atteinte à des intérêts de la partie en défense qui soient plus « légitimes » : ceci est d'autant plus déterminant qu'une mesure d'instruction n'est pas nécessairement neutre, même si elle s'inscrit dans un débat qui n'est que virtuellement contentieux ; elle peut permettre d'obtenir des éléments dont une partie ne devrait pas pouvoir disposer, ou des éléments qui seront déterminant du procès ultérieur au fond.

---

<sup>1</sup> Xavier Vuitton : Lexisnexis. JCL huissiers de justiceV° Référé-Fasc.50: Référés spéciaux-référé probatoire

*Aussi, l'absence de motif légitime peut-elle résulter de la circonstance que la mesure sollicitée mettrait, si elle était ordonnée, en péril les intérêts légitimes de l'adversaire (2<sup>ème</sup> Civ., 14 mars 1984 : Bull. civ. II, n° 49. – Com., 5 janv. 1988 : Bull. civ. IV, n° 7. – 2<sup>ème</sup> Civ., 7 janv. 1999 : Procédures 1999, comm. 60, obs. R. Perrot, rappelant en réalité que l'allégation du secret des affaires n'était pas un argument absolu mais que sa pertinence doit être appréciée au cas par cas. – Soc., 19 déc. 2012, n° 10-20.526 : le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées »).*

La caractérisation du motif légitime relève du pouvoir souverain des juges du fond (2<sup>ème</sup> Civ., 14 mars 1984: Bull. civ. II, n° 49; 2<sup>ème</sup> Civ., 10 juill. 1991, pourvoi n° 90-14.306 P; 2<sup>ème</sup> Civ., 25 oct. 1995, n° 94-10.516 P ; 2<sup>ème</sup> Civ., 12 juill. 2012, pourvoi n° 11-18.399 P. ; 2<sup>ème</sup> Civ., 10 déc. 2020, pourvoi n° 19-22.619 P).

Toutefois, la Cour de cassation exerce un contrôle de motivation et censure pour défaut de base légale, la cour d'appel qui, pour ordonner en référé une expertise, se borne à énoncer que la partie qui la demande a un motif légitime suffisant en l'état pour justifier pareille mesure, sans caractériser aucunement ce motif légitime. (Com. 18 oct. 1988: Bull. civ. IV, n° 280.; 2<sup>ème</sup> Civ., 15 janvier 2009, Bull. n° 15 ; 6 mai 1999, pourvoi n° 96-21.797).

### **Des mesures légalement admissibles**

Les mesures admissibles sont celles prévues par les articles 10, 11, et 232 à 284-1 du Code de procédure civile (Soc., 26 mai 2011, n° 10-20.048 ; 1<sup>ère</sup> Civ., 3 nov. 2016, n° 15-20.495).

La mesure ordonnée doit être licite. A titre d'exemple, il a été jugé que dès lors qu'il résulte de l'art. 16-11, al. 5 du code civil. qu'une mesure d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être décidée qu'à l'occasion d'une instance au fond relative à la filiation, elle ne peut être ordonnée en référé sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile (1<sup>ère</sup> Civ., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-16.696 P. De même en matière d'identification par examen comparé des sangs (1<sup>ère</sup> Civ., 12 juin 2018, pourvoi n° 17-16.793 P). Exclue de l'article 145, une demande d'expertise préalable à une procédure d'inscription de faux (1<sup>ère</sup> Civ., 11 juin 2003, pourvoi n° 00-11.931 P). Elle ne doit pas conduire à conférer à l'huissier instrumentaire un pouvoir d'appréciation au fond des pièces sélectionnées (2<sup>ème</sup> Civ., 10 janvier 2013, pourvoi n° 12-12.375).

En outre, la mesure d'instruction ordonnée ne doit pas s'analyser en une mesure générale d'investigation qui excède les prévisions du texte de l'article 145 du code de procédure civile (2<sup>ème</sup> Civ., 7 janv. 1999, pourvoi n° 97-10.831 P. ; 2<sup>ème</sup> Civ., 25 mars 2021, pourvoi n° 20-14.309 P.). La mesure doit impérativement être circonscrite dans son objet (2<sup>ème</sup> Civ. 26 juin 2014, pourvoi n° 13-16.847 ; 2<sup>ème</sup> Civ., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-71.674), et dans le temps (2<sup>ème</sup> Civ., 15 novembre 2012, n° 11-28.150 ; 2<sup>ème</sup> Civ., 14 nov. 2013, pourvoi n° 12-26.930 P). Sur l'exigence de mesures circonscrites dans le temps et dans leur objet et proportionnées au but probatoire poursuivi : 2<sup>ème</sup> Civ., 21 mars 2019, pourvoi n° 18-14.705 et 10 juin 2021, pourvoi n° 20-10.570).

Très récemment enfin, la deuxième chambre (2<sup>ème</sup> Civ., 25 mars 2021, pourvoi n° 20-14.309) a jugé : « Il résulte de l'article 145 du Code de procédure civile que constituent des mesures légalement admissibles des mesures d'instruction circonscrites dans le temps et dans leur

objet et proportionnées à l'objectif poursuivi. Il incombe, dès lors, 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 ».

Cet arrêt a été commenté par Xavier Vuitton, déjà cité, : « ...donner une portée générale à l'obligation ainsi faite au juge, sans la restreindre aux cas où la légalité de la mesure suppose le recours au droit à la preuve, bouleverserait profondément le référé *in futurum*, puisque cela reviendrait à remplacer le motif légitime par le droit à la preuve, alors qu'une différence importante existe entre les deux notions : là où le motif légitime suppose la preuve que la mesure sollicitée pourrait être utile et opérante dans le cadre d'un futur litige potentiel au fond, le droit à la preuve requiert d'établir que l'objet de la mesure est « nécessaire » à son exercice devant d'éventuels juges du fond. Il serait injustifié d'exiger systématiquement la preuve qu'aucun autre moyen alternatif, même plus complexe, aléatoire ou coûteux, n'existerait pour pouvoir obtenir une mesure d'instruction *in futurum* ».

Il pose la question de la confrontation entre l'article 145 du code de procédure civile et le droit à la preuve.

## ■ Le droit à la preuve

L'article 9 du code de procédure civile indique qu'il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. Cette règle trouve ses limites lorsque le demandeur n'est pas en mesure d'apporter aux débats des éléments nécessaires à sa démonstration, notamment lorsque ceux-ci se trouvent entre les mains d'un adversaire.

Le « droit à la preuve » s'est d'abord imposé, devant la CEDH<sup>2</sup>, comme instrument de contrôle de la conventionnalité des règles probatoires nationales, au regard du droit à un procès équitable et de celui d'accès au juge qui en découle, droits qui impliquent que chaque partie à l'instance, « se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves ». Ce contrôle vise les modes admissibles de preuve devant les juridictions nationales, et s'opère, au travers du prisme propre à la CEDH, d'un examen de la proportionnalité entre deux intérêts conventionnellement protégés : ceux que protègent le droit au respect de la vie privée et celui de toute partie à soumettre au juge les preuves qu'il détient au soutien d'une prétention légitime.

Sous l'impulsion de la jurisprudence européenne, ce droit à la preuve, création prétorienne, fondé d'abord sur l'article 9 du code de procédure civile puis sur l'article 6 de la Conv. EDH, consacrant le droit à un procès équitable, a été admis par notre Cour et a connu un développement important.

Dans un arrêt du 15 mai 2007, la chambre commerciale (Com., 15 mai 2007, n° 06-10.606, Bull. IV, n° 130 Com. 15 mai 2007, B. 130) a fait entrer «le droit à la preuve» dans notre droit positif : « Méconnaît les dispositions des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la cour d'appel qui retient que la production en justice de pièces relatives à la santé du dirigeant d'une société constitue une atteinte à la vie privée de celui-ci sans rechercher si cette atteinte pouvait être justifiée par l'exigence de la protection des droits de la défense de la société et de ses actionnaires et restait proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence».

---

<sup>2</sup> Cf rapport Mme Verdun sous pourvoi n° 12-21.244 ; CEDH 10 oct. 2006, n° 7508/02, L. L. c/ France, D. 2006. 2692 ; CEDH 13 mai 2008, n° 65097/01, pts n° 42 et 43, reproduits en annexe 1 ; D. 2009. 2714, spéc. 2717, obs. T. Vasseur ; RTD civ. 2008. 650, obs. J.-P.Marguénaud ; JCP 2008. I. 167, n° 13, obs. F. Sudr

Dans le domaine du respect de la vie privée, la première chambre civile, par un arrêt de principe du 5 avril 2012 (1<sup>ère</sup> Civ., 5 avril 2012, pourvoi n°11-14.177, Bull. civ. I, n° 85) a, à la suite de la Cour EDH, tout d'abord reconnu un droit à la preuve et en a précisé les conditions de conciliation avec le respect dû à la vie privée. Elle censure pour défaut de base légale, une cour d'appel qui écarte des débats une lettre missive au motif que la production de celle-ci violerait l'intimité de la vie privée de son rédacteur et le secret des correspondances sans rechercher si cette production n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence (V. Aussi; 1<sup>ère</sup> Civ., 16 octobre 2008, n°07-15.778, Bull. I, n°230 ; 1<sup>ère</sup> Civ. 1re, 31 octobre 2012, n° 11-17.476, Bull. I, n°224).

Le respect de la vie privée ne constitue pas, en soi, un obstacle à l'application de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que la mesure ordonnée repose sur un motif légitime et est nécessaire et proportionnée à la protection des droits du requérant de sorte que la mesure ordonnée, circonscrite dans son objet, était légalement admissible au sens de l'article 145 du code de procédure civile (1<sup>ère</sup> Civ., 20 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.082 ; 2<sup>ème</sup> Civ., 14 novembre 2019, pourvoi n° 18-22.008).

Comme l'explique, dans ce domaine, la doctrine<sup>3</sup>, le principe reste celui du droit au respect de la vie privée tandis que le droit à la preuve n'est admis que sous réserve de deux conditions cumulatives : que la preuve illicite soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve<sup>4</sup>, c'est-à-dire que l'atteinte portée à la vie privée d'autrui soit justifiée par le fait que la preuve illicite est la seule possible. C'est au demeurant également la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) dans une décision ayant condamnée la France et par laquelle la juridiction européenne reconnaissait pour la première fois le droit à la preuve (CEDH 10 oct. 2006, LL c/ France, req. n° 7508/02, D. 2006. 2692 ; RTD civ. 2007. 95, obs. J. Hauser). La seconde condition posée par la Cour de cassation; à l'instar de la CEDH est celle de l'exigence de proportionnalité : pour être recevable, la preuve litigieuse doit être « proportionnée aux intérêts antinomiques en présence.[...] Si la preuve indispensable ne peut être obtenue par la partie demanderesse par ses propres moyens, au nom de son droit à la preuve, elle doit pouvoir obtenir une mesure d'instruction du juge<sup>5</sup>.

Dans un arrêt très récent, la chambre commerciale a jugé que constituent des mesures légalement admissibles, au sens de l'article 145 du code de procédure civile, les mesures d'instruction circonscrites dans le temps, dans leur objet et proportionnées à l'objectif poursuivi. À cet égard, il incombe au juge saisi d'une contestation de vérifier si la mesure ordonnée est nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence (Com, 28 juin 2023, n° 22 - 11. 752, P).

---

<sup>3</sup> Dalloz, Répertoire de droit civil, Preuve : règles de preuve – Les principes fondamentaux – Gwendoline Lardeux, n° 297 et suivants

<sup>4</sup> Le rapporteur souligne

<sup>5</sup> en ce sens, G. LARDEUX, Le droit à la preuve : tentative de systématisation, RTD civ. 2017. 1.

Le commentaire de M. François Expert, est paru au [Dalloz Actualités du 7 juillet 2023](#) :

*« la chambre commerciale de la Cour de cassation reprend pour la première fois à son compte l'affirmation des chambres civiles suivant laquelle les mesures d'instruction in futurum doivent être « nécessaires à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnées aux intérêts antinomiques en présence », tout en précisant les contours de cette exigence. L'arrêt illustre, dans le même temps, l'ampleur des possibilités offertes à un requérant s'agissant de la recherche de preuves au domicile d'un tiers, et démontre combien le droit à la preuve est conquérant, ici au détriment de la protection de la vie privée [...] Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation rejette dans un premier temps les griefs relatifs à la dérogation au principe du contradictoire et à l'existence d'un motif légitime. Les motifs sont ici classiques et n'appellent pas de commentaire particulier.*

*Dans un second temps, la Cour de cassation rejette les griefs relatifs au caractère non nécessaire des mesures ordonnées et à la disproportion de l'atteinte à la vie privée de l'ancien salarié. C'est le cœur de l'arrêt, qui justifie vraisemblablement sa publication au Bulletin.*

*Tout en approuvant la cour d'appel d'avoir retenu que les mesures ordonnées étaient suffisamment circonscrites dans le temps et dans leur objet, la chambre commerciale confirme en effet, pour la première fois, la nécessité de contrôler que « [c]es mesures [...] étaient nécessaires à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnées aux intérêts antinomiques en présence », tout en contribuant à définir les modalités de ce contrôle.[...]*

*On sait que la condition posée par l'article 145 du code de procédure civile suivant laquelle les mesures ordonnées doivent être « légalement admissibles », recouvre aujourd'hui une double exigence : les mesures doivent être, d'une part, « circonscrites dans le temps et dans leur objet », et d'autre part, « proportionnées à l'objectif poursuivi » (Civ. 2e, 25 mars 2021, n° 20-14.309 P, préc. ; 25 mars 2021, n° 19-20.156, préc. ; v. déjà, Civ. 2e, 5 janv. 2017, n° 15-27.526, RTD civ. 2017. 491, obs. N. Cayrol ; 21 mars 2019, n° 18-14.705, D. 2019. 2374, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra (CDEDEA n° 4216) ).*

*La précision selon laquelle ces mêmes mesures doivent être « nécessaires à l'exercice du droit à la preuve du requérant » apparaît, de prime abord, récapituler ces deux exigences, imposant au juge un contrôle de proportionnalité objectif portant sur l'adéquation entre le périmètre des mesures sollicitées et le procès envisagé. Les mesures ordonnées ne doivent pas s'analyser en une « mesure générale d'investigation », mais être « circonscrites aux faits litigieux » (Com. 23 juin 2021, n° 20-22.253 ; 24 mars 2022, n° 20-22.955), de sorte que les preuves susceptibles d'être appréhendées soient « en rapport direct avec les faits dénoncés » (Com. 17 janv. 2018, n° 15-29.114). En pratique, cette obligation conduit le juge à vérifier que ces mesures sont définies de manière précise et adéquate, en s'assurant notamment, en cas de saisies numériques, que les mots-clefs retenus par l'ordonnance sont suffisamment restrictifs (Civ. 2e, 10 juin 2021, n° 20-11.987 P, préc. ; 24 mars 2022, n° 20-21.925 P, préc.).*

*Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation procède classiquement à ce contrôle objectif [...]. L'arrêt commenté, tout en réaffirmant l'exigence suivant laquelle les mesures ordonnées doivent être « nécessaires à l'exercice du droit à la preuve du requérant », apporte sur ce point une importante et louable clarification. Avec la cinquième branche de son moyen de cassation, l'ancien salarié reprochait en effet à la Cour d'appel d'avoir retenu que la mesure ordonnée était « légalement admissible », « sans rechercher [si la société requérante] ne disposait pas d'autres moyens d'obtenir les preuves recherchées ». La chambre commerciale rejette ce grief en retenant que « la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer la recherche invoquée par la cinquième branche, que ses constatations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision ». Il en résulte que le contrôle de la « nécessité » des mesures ordonnées pour l'exercice du droit à la preuve du demandeur ne suppose pas de s'assurer que ce dernier ne disposait d'aucun autre moyen de se procurer des preuves en vue du procès projeté.*

*Cette solution, qui évite l'ajout d'une condition autonome, peut être pleinement approuvée. Ceci étant, dès lors qu'elle n'impose pas au juge de s'assurer du caractère « indispensable » des mesures sollicitées, la précision suivant laquelle ces mesures doivent être « nécessaires à l'exercice du droit à la preuve du requérant » paraît d'une utilité pour le moins limitée. Cette précision semble en définitive, soit redondante avec celles suivant lesquelles ces mêmes mesures doivent répondre à un « motif légitime », être « circonscrites dans le temps et dans leur objet » et « proportionnées à l'objectif poursuivi », soit s'assimiler, purement et simplement, à l'exigence de proportionnalité entre les « intérêts antinomiques en présence ». Sous couvert d'une explicitation de la notion de mesure « légalement admissible », l'opportunité de cette multiplication d'exigences aux contours peu étanches apparaît incertaine.»*

## ■ Le secret professionnel de l'avocat

### ■ Les textes

Aux termes de l'article **66-5, alinéa 1, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : « 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. »

L'article **4 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005** relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat dispose quant à lui : « Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. »

L'article **2.1**, intitulé « Principes », du Règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) prévoit : « L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps. Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel ».

L'article **2.2** intitulé « Etendue du secret professionnel » précise : « Le secret professionnel couvre en toute matière, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique ...) :

- 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, toutes les informations et confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de la profession ;
- le nom des clients et l'agenda de l'avocat ;
- les règlements pécuniaires et tous maniements de fonds effectués en application de l'article 27 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1971 ;
- les informations demandées par les commissaires aux comptes ou tous tiers, (informations qui ne peuvent être communiquées par l'avocat qu'à son client).

La violation du secret professionnel constitue pour l'avocat un délit prévu et puni par l'article **226-13** du code pénal. Elle constitue également une faute déontologique susceptible de sanctions disciplinaires.

Si le secret professionnel de l'avocat n'a pas valeur constitutionnelle ([Cons. const. 24 juill. 2015, Assoc. French Data Network, n° 2015-478 QPC](#)), il fait l'objet, sous l'impulsion de la jurisprudence de la CEDH (24 juillet 2008, André c/ France, 21 janvier 2010, Xavier Da Silveirac/ France), d'une protection renforcée.

Ainsi, en matière pénale, lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une infraction, le code de procédure pénale organise les perquisitions dans un cabinet d'avocat. Leur régime a connu de fortes évolutions prenant en compte la jurisprudence de la CEDH qui a, à plusieurs reprises, énoncé que si le droit interne pouvait prévoir la possibilité d'une perquisition au domicile ou au cabinet d'un avocat, celle-ci devait impérativement être assortie de garanties particulières contre l'atteinte au secret professionnel (v. par ex. CEDH 7 juin 2007, Smirnov c. Russie, n° 71362/01 ; 22 mai

2008, Iliya Stefanov c. Bulgarie, n° 65755/01 ; 24 juill. 2008, André et autres c. France, n° 18603/03, D. 2008. 2353, et les obs.; [CEDH 17 mai 2018, Wolland c/ Norvège, req.39731/12](#)).

L'article **56-1** alinéa 1 à 3 du code pénal, dans sa version applicable au litige, précise les conditions de réalisation d'une perquisition dans le cabinet de l'avocat :

« 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.** 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. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.

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.

Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué, qui n'est pas joint au dossier de la procédure. Si d'autres documents ou d'autres objets ont été saisis au cours de la perquisition sans soulever de contestation, ce procès-verbal est distinct de celui prévu par l'article 57. Ce procès-verbal ainsi que le document ou l'objet placé sous scellé fermé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure.

Et dans son dernier alinéa, il précise : « Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions ou visites domiciliaires effectuées, sur le fondement d'autres codes ou de lois spéciales, dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ou dans les locaux mentionnés à l'avant-dernier alinéa ».

La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, tout en prévoyant la protection du secret professionnel de l'avocat dans l'article préliminaire du code de procédure pénale qui dispose que « Le respect du secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, est garanti au cours de la procédure pénale dans les conditions prévues par le présent code », a modifié l'article 56-1 visé ci-dessus et exige désormais une décision écrite et motivée du juge des libertés et de la détention (JLD) saisi par le magistrat qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition, l'objet de celle-ci et sa proportionnalité au regard de la nature et de la gravité. Une procédure de contestation de la mesure devant le JLD est organisée.

Suivant une décision QPC n°2022-1030 du 19 janvier 2023, relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 56-1 du code de procédure pénale dans sa rédaction résultant de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, le Conseil constitutionnel a retenu que « les dispositions contestées ne s'appliquent pas aux documents couverts par le secret professionnel de la défense. D'autre part, parmi les documents couverts par le secret professionnel du conseil, seuls sont susceptibles d'être saisis ceux qui ont été utilisés aux fins de commettre ou de faciliter la commission des infractions de fraude fiscale, corruption, trafic d'influence, financement d'une entreprise terroriste ou encore de blanchiment de ces délits. »

## ■ La doctrine

Elle enseigne que le secret professionnel de l'avocat est une obligation impérieuse de l'avocat, un droit pour le client, opposable aux tiers en toutes circonstances.

« Le secret professionnel de l'avocat est historiquement un des trois grands secrets protégés par la société libérale du monde occidental avec le secret médical et le secret de la confession pour être ensuite étendu à d'autres professions qui doivent en bénéficier pour le bien de la société<sup>6</sup>. Il trouve ses fondements dans le respect des droits de la défense et l'intérêt général et fait l'objet d'une protection renforcée dès lors que sa violation constitue un délit.

Le premier fondement, celui du respect des droits de la défense, commande notamment de respecter les communications des accusés avec les avocats qu'ils ont choisis ou consultés. Le secret est ainsi lié à la confiance nécessaire pour la défense du client.[...]

Le second est l'intérêt général. Le secret professionnel n'est en aucun cas, contrairement à une croyance populaire, établi dans l'intérêt de l'avocat, ni même dans l'intérêt de son client, mais dans l'intérêt général et d'ordre public, en l'occurrence l'ordre public professionnel. [...] Sans doute sa violation peut causer un préjudice à un particulier, mais cette raison ne suffirait pas pour en justifier l'incrimination.[...]

Fondement alternatif : l'intérêt privé. Parce qu'il est établi au profit du client de l'avocat, et à lui seul, et que ce même client n'y est pas tenu, une partie de la doctrine, tout en reconnaissant le caractère déterminant et principal de l'intérêt général du secret professionnel de l'avocat, considère qu'un volet de la protection du secret professionnel, le respect de la confiance, est d'intérêt privé (Il cite R. Martin, déontologie de l'avocat, Litec). Ce fondement transparaît de la jurisprudence de la chambre criminelle qui accepte d'annuler, par exemple, la saisine de documents en violation du secret professionnel de l'avocat, uniquement si les droits de la défense ont été violés et en application du principe » pas de nullité sans grief».[...]

Puisque ce secret a pour fondement l'intérêt général, il est donc absolu et d'ordre public (Crim. 8 mars 1947, D.1948.109 ; Crim 22 décembre 1966, n°66-92.897,P).[...].

## ■ La jurisprudence

Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévus ou autorisés par la loi, l'avocat ne peut commettre, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel (1<sup>ère</sup> Civ., 12 octobre 2016, pourvoi n°15-14.896 P). L'avocat ne peut être délié du secret professionnel par son client, seul ce dernier pouvant y renoncer, par exemple en divulguant lui-même la teneur d'une correspondance qu'il a adressée à son défenseur (1<sup>ère</sup> Civ., 30 sept. 2008, n° 07-17.162 ; 1<sup>ère</sup> Civ., 30 avr. 2009, n° 08-13.596). Cependant, le secret professionnel qui pèse sur l'avocat cède dans la stricte mesure des exigences nécessaires à l'exercice de sa défense, par exemple dans un conflit l'opposant à son employeur (Soc., 12 mai 2017, pourvoi n° 15-28.943, 15-29.129), ou à son client pour un litige relatif à des honoraires (2<sup>ème</sup> Civ., 13 décembre 2018, pourvoi n°17-31.518). Il s'agit de le délier de son secret pour lui permettre de se défendre<sup>7</sup>. Ces principes ont été rappelés très récemment

---

<sup>6</sup> Thierry Wickers / Stéphane Bortoluzzi / Dominique Piau : Dalloz Action : Règles de la profession d'avocat, Ed. 2022-2023, n°412.10 et n°411 et 411.03, 411-13 et suivants

<sup>7</sup> H. Ader et A. Damien, Règles de la profession d'avocat , 17<sup>ème</sup> éd., par S. Bortoluzzi, D. Piau et T. Wickers, Dalloz 2022, n° 412.271

par la deuxième chambre civile (2<sup>ème</sup> Civ., 29 septembre 2022, pourvoi n° 21-13.625).

## ■ Conciliation entre droit à la preuve et secret professionnel de l'avocat

**Mme Gwendoline Lardeux** (Dalloz Répertoire de droit civil : Preuve : règles de preuve – Les principes fondamentaux –) :

294. La nécessaire conciliation entre vérité et secrets. - La jurisprudence admet de concilier le secret de la vie privée avec le droit à la preuve mais a érigé le secret professionnel du notaire en absolu, solution devant sans doute être étendue à tous les secrets professionnels. Il n'est pourtant aucune raison de nier l'impératif de vérité en cette occurrence, tandis que la Cour de cassation devra sans doute revenir à plus de modération sous l'impulsion de la Cour de justice de l'Union européenne.

342. Caractère absolu des secrets professionnels. Tout secret professionnel est considéré en jurisprudence comme un obstacle absolu à une demande de preuve. En d'autres termes, une preuve dévoilant un tel secret est systématiquement déclarée irrecevable (l'arrêt précité du 21 juillet 1987, acceptant que la vie privée puisse s'effacer devant la nécessité de prouver l'adultère d'un époux [V. supra, n° 335], n'avait pas admis, à l'inverse, que le secret professionnel puisse être écarté). Ainsi en est-il du secret professionnel d'une assistante sociale (2<sup>ème</sup> Civ., 24 juin 1992, n° 90-18.021, Bull. civ. II, n° 173 ; RTD civ. 1993. 104, obs. J. Hauser), de celui d'un prêtre (Civ. 2e, 23 avr. 1966, Bull. civ. II, n° 476), d'un notaire (Civ. 1re, 13 nov. 1996, n° 94-17.088, Bull. civ. I, n° 398 ; D. 1996. 264), d'un expert-comptable (Com. 8 févr. 2005, n° 02-11.044, Bull. civ. IV, n° 22 ; D. 2005. 774, obs. V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2005. 384, obs. J. Mestre et B. Fages), ou encore de celui des membres et des agents de la COB (Commission des opérations de bourse, devenue l'Autorité des marchés financiers. – Com. 31 mai 2005, n° 03-18.211, inédit).

343. Justification. - La force accordée aux secrets professionnels s'appuie sur les conditions d'intérêt général qui les fondent. Les propos d'Émile GARÇON méritent d'être rappelés à cet égard : « 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, ne l'avocat, ni le prêtre ne pourraient 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 » (C. pén., art. 378). Ces secrets sont néanmoins également fondés sur le respect de la vie privée dont on sait que, depuis l'arrêt du 5 avril 2012, il peut devoir s'effacer devant l'impératif de vérité. C'est pourquoi, à la suite de cette décision, la question avait été posée de savoir si la solution serait la même lorsque le droit à la preuve serait confronté aux secrets professionnels (G. LARDEUX, note préc. [V. supra, n° 316]). Pour y répondre, il faut déterminer si la dimension d'intérêt général des secrets professionnels est suffisamment prédominante pour qu'ils ne puissent jamais devoir céder devant le droit à la preuve.

**367. Le secret professionnel des avocats.** - La question de la primauté du secret professionnel des avocats face au droit à la preuve est plus complexe (B. BOULOC, Le secret professionnel de l'avocat, in Mélanges R. Gassin, 2007, PUAM, p. 121).

368. Parce que l'avocat est le défenseur de ses clients en justice, on considère classiquement que le secret auquel il est tenu est de même nature que celui des médecins, marqué par une forte dimension d'intérêt général. Le respect dû aux droits de la défense justifie pleinement cette analyse. Par conséquent, l'avocat ne peut en être délié par son client, seul ce dernier pouvant y renoncer, par exemple en divulguant lui-même la teneur d'une correspondance qu'il a adressée à son défenseur (1<sup>ère</sup> Civ., 30 sept. 2008, n° 07-17.162 ; 1<sup>ère</sup> Civ., 30 avr. 2009, n° 08-13.596, inédit ; D. 2009. 2704, obs. B. Blanchard).

370. Le secret porte sur les correspondances entre l'avocat et son client (Civ. 1re, 14 janv. 2010, n° 08-21.854, Bull. civ. I, n° 4 [...] mais ne s'étend pas aux correspondances entre un avocat et les autorités ordinales (Civ. 1re, 22 sept. 2011, n° 10-21.219, Bull. civ. I, n° 148 [...]). **Le droit à la preuve pouvant se recommander de l'article 6 de la Convention EDH, texte supérieur à toute loi nationale, l'article 66-5 précité ne devrait pas faire obstacle à ce que, dans les hypothèses où l'avocat n'agit pas en tant que défenseur, son secret professionnel tombe aux mêmes conditions que tous ceux fondés exclusivement sur le respect de la vie privée.** Conforte cette position le fait que le Conseil constitutionnel a refusé de reconnaître valeur constitutionnelle au secret

professionnel des avocats (Cons. const. 24 juill. 2015, Assoc. French Data Network, n° 2015-478 QPC, AJDA 2015. 1514 ; D. 2015. 1647 ; D. 2016. 1461, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano).

### **Dalloz action, règles de la profession d'avocat déjà cité ci-dessus :**

«412.22. Ordonnances obtenues non contradictoirement (145 cpc). Un huissier de justice ne saurait se présenter dans un cabinet d'avocat pour y saisir, à la demande d'un tiers sur la base d'une ordonnance de référé, des consultations ou correspondances adressées par l'avocat à son client (CNB avis n° 2006-075, 29 novembre 2006 et article 66-5 code de l'avocat). Si l'hypothèse d'une telle tentative envers un cabinet d'avocat est assez rare, et suppose que la vigilance du magistrat ait été surprise sur ce point, l'exécution de telles missions de saisie chez le client, notamment dans le cadre d'ordonnances obtenues non contradictoirement au visa de l'article 145 du code de procédure civile connaît un développement préoccupant qui nécessite une mise au point. En effet, l'article 145 du code de procédure civile ne saurait être utilisé pour rechercher l'existence, la trace ou le contenu d'échanges entre un cabinet d'avocat et son client, du fait du secret professionnel qui est d'ordre public, général, absolu et limité dans le temps et ne saurait dès lors solliciter la recherche sur des ordinateurs, de « tous documents informatiques susceptibles d'apporter la preuve de l'édition ou de la réception en provenance d'un cabinet d'avocat » (Paris, comm. plen. avis n° 219787, 10 janvier 2013 : une telle mesure visant la saisie de pièces soumises au secret professionnel ne pouvant légalement être sollicitée dès lors qu'elle constitue une violation du secret professionnel alors même que seules les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être sollicitées sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile). Une telle ordonnance ne peut qu'être rétractée (Com., 10 février 2015, n° 13-14.779) et les pièces ainsi obtenues ne manqueront pas d'être rejetées des débats. A cet égard, le seul fait de solliciter une telle ordonnance, y compris indirectement tel que par l'usage de mots clés faisant référence au cabinet d'avocat aux dossiers de ce dernier, constitue pour l'avocat, une violation du secret professionnel, ainsi qu'un manquement à la loyauté et à la confraternité».

### **M. Xavier Vuitton (JCL Encyclopédie des huissiers de justice ; Fasc. 50 Référés spéciaux)**

46. – D'une part, une mesure ne peut être ordonnée que si elle est licite. N'est en effet pas « légalement admissible » une mesure qui heurterait de manière disproportionnée les droits et libertés fondamentaux en présence (secret professionnel, vie privée, secret médical, présomption d'innocence, etc.). Le juge des référés ne pourrait pas, par exemple, confier à un huissier une mission qu'il ne serait pas en droit d'accomplir ou fixer des modalités qui s'apparenteraient à un stratagème tendant à inciter un tiers à commettre certains actes répréhensibles.[...]

Il s'en déduit aussi que la mesure ordonnée par le juge des référés ne peut porter atteinte à un secret légalement protégé que si la loi et le droit à la preuve le permettent et uniquement dans les limites qu'ils fixent (1<sup>ère</sup> Civ., 11 juin 2009, n° 08-12.742).

Car tous les secrets ne sont pas absolus et n'ont pas la même force. Si les possibilités de porter atteinte aux secrets professionnels des avocats, notaires ou médecins sont rares, le secret bancaire, les secrets de fabrication ou le secret des affaires cèdent plus aisément face à la nécessité légitime d'établir une preuve. Il a ainsi été jugé qu'ordonner la remise d'un enregistrement effectué par un journaliste ne constituait pas une mesure légalement admissible (TGI Paris, ord., 20 nov. 2014, n° 14/59764 : Procédures 2015, comm. 91, obs. Chavent-Leclère). Le secret de l'instruction est opposable qui ne peut ordonner la communication du dossier pénal d'une instruction en cours (TJ Paris 10 juillet 2020, pourvoi n°20/52615). Le secret bancaire institué par l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier est opposable au juge des référés *in futurum* (Com., 16 janv. 2001, n° 98-11.744; Com., 28 févr. 2006, n° 04-17.545, F-D) mais ne peut servir de défense à une éventuelle future action en responsabilité contre le banquier (Com., 29 nov. 2017, n° 16-22.060). Le secret des affaires fait légitimement obstacle à l'octroi d'une mesure d'instruction *in futurum* (J. Normand : RTD civ. 1980, p. 186. – Com., 7 mars 2018, n° 16-17.632) mais ne constitue cependant pas un obstacle systématique et absolu à l'octroi d'une mesure d'instruction (2<sup>ème</sup> Civ., 7 janv. 1999 : Bull. civ. II, n° 457).

En présence d'un secret, et plus généralement d'un obstacle juridique, susceptible de céder face au droit à la preuve, le juge se doit de mettre en balance le droit au secret du défendeur et le droit à la

preuve du demandeur (1<sup>ère</sup> Civ., 22 juin 2017, n° 15-27.845 ; Com 15 mai 2019, pourvoi n° 18-10.491 ; Com. 5 juin 2019, n° 17-22.192).

Récemment, la Cour de cassation (2<sup>ème</sup> Civ., 25 mars 2021, n° 20-14.309) a semblé aller plus loin en jugeant que « Il résulte de l'article 145 du Code de procédure civile que constituent des mesures légalement admissibles des mesures d'instruction circonscrites dans le temps et dans leur objet et proportionnées à l'objectif poursuivi. Il incombe, dès lors, 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 ».

Mais donner une portée générale à l'obligation ainsi faite au juge, sans la restreindre aux cas où la légalité de la mesure suppose le recours au droit à la preuve, bouleverserait profondément le référé *in futurum*, puisque cela reviendrait à remplacer le motif légitime par le droit à la preuve, alors qu'une différence importante existe entre les deux notions : là où le motif légitime suppose la preuve que la mesure sollicitée pourrait être utile et opérante dans le cadre d'un futur litige potentiel au fond, le droit à la preuve requiert d'établir que l'objet de la mesure est « nécessaire » à son exercice devant d'éventuels juges du fond. Il serait injustifié d'exiger systématiquement la preuve qu'aucun autre moyen alternatif, même plus complexe, aléatoire ou coûteux, n'existerait pour pouvoir obtenir une mesure d'instruction *in futurum*.

**M. Barbier** au Répertoire de droit civil<sup>8</sup> a critiqué l'arrêt en ce sens :

*« Le secret de l'avocat peut donc céder pour les besoins de la défense de son client (et plus uniquement pour les besoins de sa propre défense), dès lors que la production de la correspondance concernée est strictement nécessaire à cette défense. La voie ouverte à la divulgation de correspondances entre avocats pour le besoin de protéger le client de l'un d'eux a de quoi inquiéter. Un avocat doit, par principe, pouvoir écrire en toute sérénité à un confrère sans avoir à se demander ce qui pourrait se retourner contre son client si la correspondance venait à être produite en justice. Il en va de la qualité et de la sincérité des échanges au sein de la profession. Aussi doit-on espérer que le contrôle de proportionnalité opéré par le juge entre la levée du secret et la défense des intérêts d'un client soit le plus strict possible et prenne la mesure de l'importance du secret en ce lieu. »*

La 1<sup>ère</sup> chambre a jugé le secret des affaires et le secret professionnel ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile. La seule réserve à l'appréhension et à la communication de documents sur le fondement de ces dispositions tient au respect du secret des correspondances entre avocats ou entre un avocat et son client, tel qu'édicte par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 (sommaire : 1<sup>ère</sup> Civ., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-20.495, Bull. 2016, I, n° 203).

■ Qu'en est-il de la confrontation entre les dispositions de l'article 145 et d'autres secrets ?

### **Secret médical**

Le secret médical, tel qu'il résulte de l'article L 1110-4 du code de la santé publique, est institué dans l'intérêt du patient et s'impose à tout médecin. Le Conseil Constitutionnel a rattaché ce secret à la vie privée (*Cons. const.*, 12 août 2004, n° 2004-504 DC). Il a validé l'article 21 bis de la loi du 13 juillet 1983, qui permet la communication à l'administration de données médicales, concernant un fonctionnaire, sans que puisse lui être opposé le secret médical, pour les accidents ou maladies reconnus imputables au service administratif au regard de l'objectif à valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics, en censurant toutefois la partie du dispositif qui ne limitait pas suffisamment les personnes pouvant avoir accès à ces données (*Cons. const.*, 11 juin 2021, n° 2021-917 QPC : JO 12 juin 2021, texte n° 83). La première chambre civile a, dans un arrêt du 15 juin 2004, n° 01-

---

<sup>8</sup> Hugo Barbier, « la levée du secret professionnel de l'avocat pour les besoins de la défense de son client », RTD civ. 2022. 897.

02.338, considéré que : « Si le juge a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droit s'y sont opposés »

Elle a ensuite étendue cette règle à l'établissement de santé: « si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un établissement de santé à lui transmettre des informations couvertes par le secret sans l'accord de la personne concernée ou de ses ayants droits, le secret médical constituant un empêchement légitime que l'établissement de santé a la faculté d'invoquer ; qu'il appartient au juge saisi sur le fond d'apprécier, en présence de désaccord de la personne concernée ou de ses ayants droit, si celui-ci tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence quant à l'exécution du contrat d'assurance ; qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel a donc violé les textes susvisés » (1<sup>ère</sup> Civ., 7 décembre 2004, n° 02-12.539).

Un arrêt plus récent de la deuxième chambre civile (2<sup>ème</sup> Civ., 22 novembre 2007, n° 06-18.250) juge : « Mais attendu que si le secret médical, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi et lui fait obligation de protéger contre toute indiscrétion les documents médicaux concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées, une expertise médicale qui, en ce qu'elle ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges, est susceptible d'influencer leur appréciation des faits, constitue un élément de preuve essentiel qui doit pouvoir être débattu par les parties ; qu'il en résulte que le secret médical ne saurait être opposé à un médecin-expert appelé à éclairer le juge sur les conditions d'attribution d'une prestation sociale, ce praticien, lui-même tenu au respect de cette règle, ne pouvant communiquer les documents médicaux examinés par lui aux parties et ayant pour mission d'établir un rapport ne révélant que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées et excluant, hors de ces limites, ce qu'il a pu connaître à l'occasion de l'expertise ».

### **Secret professionnel du notaire**

Le caractère intangible du secret professionnel du notaire, pour une procédure ne concernant pas la mise en oeuvre des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile mais au cours de laquelle une partie demandait que soient écartées des correspondances relevant du secret professionnel du notaire a été consacré :

1<sup>ère</sup> Civ ., 4 juin 2014, pourvoi n° 12-21.244, Bull. n° 101 : « Mais attendu que le droit à la preuve découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut faire échec à l'intangibilité du secret professionnel du notaire, lequel n'en est délié que par la loi, soit qu'elle impose, soit qu'elle autorise la révélation du secret ; qu'ayant exactement retenu que les lettres produites évoquant les relations que leur auteur, M. [C...], notaire, avait entretenues avec l'acquéreur et son intermédiaire, M. [Z...], à l'occasion de la préparation des actes de ventes à réméré litigieux, étaient couvertes par le secret professionnel, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision d'écarter ces pièces des débats ;»

**Mme Lardeux** au Répertoire de procédure civile<sup>9</sup> a critiqué ainsi cet arrêt :

« 344. Afin de prouver le dol commis à l'occasion de deux ventes immobilières à réméré, les vendeurs avaient produit « quatre lettres que le notaire instrumentaire avait adressées à l'acquéreur et à son mandataire ». Mais alors que le pourvoi invoquait la nécessité de concilier le respect du secret professionnel avec le droit à la preuve, s'appuyant expressément sur l'arrêt du 5 avril 2012, la Cour de cassation le rejette sèchement, au motif que « le droit à la preuve découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut faire échec à l'intangibilité du secret professionnel du notaire, lequel n'en est délié que par la loi, soit qu'elle impose, soit qu'elle autorise la révélation du secret ». En d'autres termes, la recherche au cas par cas d'un compromis entre droits de l'homme et droit à la preuve ne concerne pas les secrets professionnels, érigés en absolus face à l'impératif de vérité.

---

<sup>9</sup> Règles de preuve : les principes, n°344 et svts

345. Critiques. - Pour fonder sa décision, la Cour de cassation reprend les termes de l'article 226-14 du code pénal qui prévoit en effet que la révélation d'un secret professionnel n'est possible que dans les cas où la loi l'impose ou l'autorise. Une telle justification peut ne pas convaincre cependant dans la mesure où le texte permettant de faire tomber le secret professionnel existe : il s'agit de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme... Est-il cohérent de la part de la Haute juridiction d'invoquer ce texte pour créer le droit à la preuve, puis de l'ignorer pour assurer une primauté absolue aux secrets professionnels ? D'autant plus que la Convention précitée est un texte supranational qui s'impose à toute loi interne. La justification de l'arrêt du 4 juin 2014 doit donc être recherchée ailleurs.

346. Seul l'intérêt général défendu par le secret professionnel peut justifier que celui-ci s'impose en tout état de cause face au droit à la preuve. Néanmoins, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt ici mentionné, on discerne mal de quel intérêt général il pourrait s'agir. Que le dol invoqué entraîne la nullité relative du contrat semblerait plutôt plaider pour reconnaître que seuls des intérêts privés étaient en cause (C. civ., art. 1179). Par ailleurs, on ne voit pas d'autre fondement au secret auquel le notaire est tenu que le respect de la vie privée de ses clients. Pour quelle raison alors devrait-il être considéré comme « intangible » et l'emporter systématiquement sur la recherche de la vérité alors que, lorsque la vie privée est invoquée seule, il a été reconnu qu'elle doit parfois s'effacer ? Si l'on ajoute à cela que le secret du notaire peut être levé sur autorisation judiciaire (1<sup>ère</sup> Civ., 20 juill. 1994, n° 92-21.615, Bull. civ. I, n° 263 ; RTD civ. 1996. 166, obs. J. Mestre) et que sa violation est sanctionnée par une simple amende de 15 euros et, en cas de récidive, par une suspension de fonction de trois mois (loi du 25 ventôse an XI, art. 23, modifié par l'ordonnance n° 2000-916 du 19 sept. 2000), son intangibilité, une nouvelle fois, paraît fragile.

347. Ce qui explique alors cette décision est sans doute la volonté de la Cour de cassation de ne pas distinguer parmi les secrets professionnels en fonction de leur force. En témoigne la référence à l'article précité du code pénal qui concerne l'ensemble de ces secrets, sans distinction. La portée de la décision de la Haute juridiction est donc générale, ce qui a incontestablement l'avantage de la simplicité et assure la prévisibilité des décisions de justice, mais cela se paie d'un renoncement à la vérité auquel la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas résolue ».

#### **H. Barbier RTD civ. 2014. 658 :**

« Le secret professionnel du notaire est au-dessus de la mêlée probatoire en somme. Il est épargné de la mise en relation des intérêts contradictoires en présence et de la recherche de l'éventuelle nécessité probatoire pour la partie qui tente de le lever, alors même que celles-ci permettent de lever les secrets des correspondances attachés à la vie privée [...] ou encore attachés au secret des affaires (Civ. 2e, 8 févr. 2006, n° 05-14.198, Bull. civ. II, n° 44 ; D. 2006. 532) ».

#### **■ Secret des affaires et secret bancaire**

Il est jugé que le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'art. 145, dès lors que la mesure d'instruction sollicitée procède d'un motif légitime et qu'elle est nécessaire à la protection des droits du requérant (Com., 10 février 2015, pourvoi n° 14-11.909 ; Com., 19 mars 2013, pourvoi n° 12-13.880 ; 8 février 2006, pourvoi n° 05-14.198, Bull. n° 44 ; 2<sup>ème</sup> Civ., 7 janvier 1999, pourvoi n° 97-10.831, Bull. 1999, II, n° 3, pourvoi n° 95-21.934, Bull. n° 4)<sup>10</sup>.

Le secret bancaire est reconnu en droit français par l'article L. 511-33 du code monétaire et financier. Sauf exceptions prévues par la loi, il peut être opposé à tout

<sup>10</sup> Depuis la loi du 30 juillet 2018, créant les articles L.151-2 et suivants et les décrets d'application introduisant les articles R.152-1 à R.153-10 du code de commerce sous un titre V intitulé, de la protection du secret des affaires, le secret des affaires fait l'objet d'une protection particulière confiant la possibilité au président du tribunal saisi sur requête sur le fondement de l'article 145 du cpc ou au cours d'une mesure d'instruction ordonnée sur ce fondement, d'ordonner d'office le placement sous séquestre provisoire des pièces demandées afin d'assurer la protection du secret des affaires, le juge des référés étant compétent pour toute demande de rétraction ou de modification de l'ordonnance. En outre, le nouveau régime permet au juge de restreindre l'accès à la pièce aux seules personnes habilitées à assister ou à représenter les parties. Il statue sans audience sur la communication ou la production de la pièce.

tiers, notamment lors d'une demande de communication de pièces. La jurisprudence de la chambre commerciale est constante (Par exemple : Com. 8 juill. 2003, pourvoi n° 00-11.993 , Bull. civ. IV, n° 119 ; Com. 21 févr. 2012, pourvoi n° 11-10.900). Un tel secret est fondé sur la protection de la vie privée du client (Com. 21 sept. 2010, pourvoi n° 09-68.994).

Mais la chambre commerciale a admis que le secret bancaire devait être écarté à propos du contentieux dans lequel une banque invoquait son secret professionnel pour n'avoir pas à justifier le montant de la somme qu'elle réclamait aux héritiers d'une caution (Com. 16 déc. 2008, n° 07-19.777, Bull. civ. IV, n° 206). Elle a encore jugé que le secret bancaire ne constitue pas un empêchement légitime au sens de l'article 145 du code de procédure civile lorsque la demande de communication de documents est dirigée contre l'établissement de crédit non en sa qualité de tiers confident, mais en celle de partie au procès intenté contre lui en vue de rechercher son éventuelle responsabilité dans la réalisation de l'opération contestée (Com., 29 novembre 2017, pourvoi n° 16-22.060, Bull. 2017, IV, n° 155).

M. Kébir a pu commenter cet arrêt en ce sens<sup>11</sup> :

*« Cette position revient à dire que l'établissement de crédit ne peut invoquer le secret professionnel au bénéfice de sa propre défense. En l'occurrence, si la société bénéficiaire du virement avait été partie au litige et que le juge des requêtes avait ordonné à la banque, en qualité de tiers, de fournir des informations couvertes par le secret, celle-ci aurait pu se retrancher derrière le secret. Autrement dit, la banque ne peut invoquer le secret que pour faire échec à la transmission d'une information lorsqu'elle est en position de « tiers confident » pour reprendre les termes employés dans l'arrêt rapporté. Or, ce n'était pas le cas en l'espèce puisque la banque était directement concernée par une éventuelle action en responsabilité. Cette solution semble opportune en ce qu'elle évite que l'établissement ne se réfugie derrière le secret bancaire auquel il est soumis et qu'il l'érige en moyen de défense. Cela contreviendrait au sens premier du secret bancaire « (qui) n'existe pas dans l'intérêt du banquier » (D. 1992. 32, obs. M. Vasseur). L'arrêt rapporté démontre aussi que dans un certain nombre d'hypothèses, « le secret recule devant des intérêts jugés supérieurs » (Rép. pr. civ., v° Preuve, par F. Ferrand, n° 532), au rang desquels se trouve certainement le droit à la preuve. »*

Dans un arrêt du 15 mai 2019 (Com. 15 mai 2019, pourvoi n° 18-10.491 P.), la chambre commerciale a jugé que *« Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la communication à M. et Mme R... des informations figurant au verso des chèques qu'ils avaient émis **n'était pas indispensable** à l'exercice de leur droit à la preuve, pour rechercher l'éventuelle responsabilité de la banque lors de l'encaissement des dits chèques, **et proportionnée** aux intérêts antinomiques en présence, **incluant la protection du secret dû aux bénéficiaires de ces chèques**, la cour d'appel a privé sa décision de base légale »*.

La doctrine a commenté cet arrêt en ce sens<sup>12</sup> :

*« L'emploi du terme « indispensable » n'est pas anodin. Il traduit un renforcement des exigences de la Cour de cassation par rapport à sa jurisprudence antérieure qui faisait référence à une atteinte seulement « nécessaire ». Quant au critère de proportionnalité, il est destiné à éviter toute atteinte excessive au secret bancaire. Si les juges du fond apprécient souverainement la réunion de ces conditions, leur combinaison permet d'éviter, d'une part, l'invocation intempestive du secret bancaire*

---

<sup>11</sup> Mehdi Kebir, « Ordonnance sur requête : le secret bancaire n'est pas toujours un empêchement légitime », Dalloz actualité, 8 décembre 2017.

<sup>12</sup> Hugues Michelin-Brachet, « droit à la preuve et secret bancaire : le délicat arbitrage », Recueil Dalloz, D. 2019. 1595

*par la banque et, d'autre part, le dévoiement de l'article 145 du code de procédure civile. Il en résulte l'instauration d'un équilibre entre la transparence nécessaire à la manifestation de la vérité et la nécessité d'éviter toute instrumentalisation des mesures d'instruction in futurum. Que le secret bancaire soit protégé, cela est évidemment nécessaire, car il est « l'un des derniers remparts contre les atteintes au respect de la vie privée » et, plus largement, les immixtions dans les affaires d'autrui. Le secret bancaire peut s'analyser à ce titre comme une mesure de protection des libertés individuelles. Dans le cadre des relations qu'il entretient avec ses clients, le banquier recueille, en effet, des informations concernant leur fortune, leurs affaires ou leur vie privée, ces relations se maintenant en raison de la confiance qu'inspire la banque à son client. Or, si le secret bancaire venait à être éventé aisément, c'est le bon fonctionnement du système bancaire dans son ensemble qui serait menacé. C'est bien cette préoccupation qu'ont eue à l'esprit les magistrats de la chambre commerciale de la Cour de cassation puisqu'ils ont pris soin d'indiquer dans leur arrêt que les intérêts à prendre en compte pour procéder au contrôle de proportionnalité incluent « la protection du secret dû aux bénéficiaires de ces chèques ». Si la protection du droit à la preuve peut conduire au recul du secret bancaire, d'autres secrets résistent encore à la pression exercée par le droit à la preuve. À la différence du secret bancaire qui est relatif, d'autres secrets professionnels sont plus puissants et se caractérisent par leur absoluité. Tel est le cas des avocats dont le secret est d'ordre public, général, absolu et illimité dans le temps (art. 2.1 RIN). Tel est aussi le cas des médecins dont le secret est général et absolu ou encore des notaires dont la Cour de cassation a souligné récemment l'intangibilité du secret qui ne peut être levé que par la loi. Il est douteux que ces secrets, à l'instar du secret bancaire, viennent à être infléchis. Qui oserait, en effet, s'adresser à un avocat, à un médecin ou à un confesseur, si le secret à eux confié risquait d'être divulgué ? »*

## 5. Examen du pourvoi

La **première branche** est prise d'un défaut de base légale au regard de l'article 145 du code de procédure civile, de l'article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 et de l'article 8 de la Conv. EDH. Il fait grief à la CA de rétracter la mesure d'instruction ordonnée, au seul motif qu'elle n'était pas légalement admissible puisqu'elle portait sur des pièces couvertes par le secret professionnel de l'avocat sans rechercher si elle était nécessaire à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence.

Le **MA** précise que cette recherche est imposée par la Cour de cassation pour d'autres secrets et par la Cour EDH pour le secret professionnel de l'avocat (CEDH 16 décembre 1992 aff.Niemitz c. Allemagne, req. 13710/88) ; qu'elle lui était demandée (conclusions pages 11 à 14 et 19 à 29). Il ajoute que si la CA avait fait cette recherche, elle aurait pu adapter l'étendue de la mesure d'instruction pour qu'elle ne porte pas une atteinte excessive au secret professionnel protégé. Il ajoute que certaines mesures demandées portaient sur l'activité passée ayant existé entre l'avocat et la société, d'autres sur celle qu'il avait développé seul avec la clientèle de cette dernier, certains documents étant de simples tableaux et correspondances.

Le **MD** de l'avocat soulève l'irrecevabilité du grief aux motifs d'une part, que l'argument développé est contraire aux conclusions d'appel de la société (pages 11§7, 12§1) qui se contentait de soutenir que le secret professionnel de l'avocat était inapplicable entre eux et demandait à la CA de dire que ce secret professionnel était inopposable entre la société et l'avocat pour toutes les informations de suivi des entreprises clientes historiques de la société. Il soulève également la nouveauté de la critique, mélangée de fait et de droit, la société n'ayant pas demandé à la CA de

procéder à un contrôle de proportionnalité entre le droit à la preuve, non mentionné dans ses conclusions, et le secret professionnel de l'avocat. Il soutient qu'au demeurant, le secret professionnel de l'avocat fait obstacle à la mise en oeuvre du contrôle de proportionnalité du fait de son caractère général, absolu et d'ordre public, et qu'il ne peut céder lorsque les mesures d'instructions n'ont pas pour objet la poursuite d'une infraction mais la sauvegarde d'intérêts privés comme en l'espèce ; qu'il est inconcevable que le secret professionnel de l'avocat soit moins bien protégé en matière civile qu'en matière pénale ; que les dispositions de l'article 145 n'offrent pas les mêmes garanties que celles prévues par le code de procédure pénale. Il ajoute que la solution retenue par la Cour de cassation en matière de droit à la preuve confronté au respect de la vie privée et au secret des affaires n'a pas vocation à s'appliquer dans tous les cas où un secret rend illégale la production en justice ou la saisie d'une pièce. Il cite encore la doctrine qui enseigne que tous les secrets ne sont pas absolus et n'ont pas la même force, certains demeurant intangibles à l'instar du secret professionnel du notaire (cf arrêt du 4 juin 2015, pourvoi n° 12-21.244 cité ci-dessus). Il retient que la jurisprudence de la CEDH (arrêt de 1992 ci-dessus visé) est inopérante puisque concernant l'hypothèse où il était reproché à un avocat d'avoir commis une infraction. Enfin, il remarque qu'en toute hypothèse, à supposer même que ce contrôle de proportionnalité puisse être étendu au secret professionnel de l'avocat, il ne ressort pas des constatations de l'arrêt, ni des conclusions de la société que ces mesures auraient été indispensables à la défense des intérêts de la société, ni que les mesures ordonnées n'auraient porté une atteinte disproportionnée au secret professionnel de l'avocat. Au contraire, il en ressort que l'atteinte au secret professionnel de l'avocat aurait été disproportionnée eu égard à l'intérêt exclusivement privé qu'elle avait pour but de servir.

Le **MD** du CNB indique que dès lors que la CA avait constaté que la mesure n'était pas légalement admissible, dans la mesure où elle avait été pratiquée dans un cabinet d'avocat sans respecter les garanties spécifiques de l'article 56-1 du code de procédure pénale et de l'article 8 de la Conv. EDH, ou encore que cette mesure ne pouvait pas porter sur les dossiers de Me [H], qui n'était pas concernée par les agissements de concurrence déloyale dénoncés, la CA n'était pas tenue de vérifier si cette mesure était nécessaire, et proportionnée à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence.

► Dans ses conclusions, la société précisait que le secret professionnel de l'avocat était inapplicable et lui était opposable. Elle indiquait que tous deux étaient liés par une convention de prestations juridiques assurant à ce dernier près de 70% de son chiffre d'affaires, la levée du secret professionnel s'étant naturellement toujours opérée pour toutes les correspondances nécessaires au suivi de toutes les entreprises clientes historiques de la société», ajoutant qu'il n'y avait aucun lien contractuel entre l'avocat et les entreprises clientes de la société qui étaient destinataires de toutes les données afférentes à ses clients historiques qui n'étaient pas ceux de l'avocat (pages 11 et 12), ajoutant qu'au surplus, aucun honoraire n'était versé directement par les entreprises clientes de la société à l'avocat, que l'avocat était seulement dépositaire d'informations contractuelles confiées par sa principale cliente et qu'en poursuivant des relations avec des clients historiques de la société, il avait violé le secret professionnel auquel il était tenu vis-à-vis d'elle.

Elle faisait encore valoir, se référant notamment à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de secret des affaires, que le contenu de la mesure « doit être apprécié au regard de la nécessité de ne pas porter une atteinte excessive aux droits d'autrui » et que « c'est au prix de ces contrôles démultipliés, spécifiquement attachés au droit à la preuve, que le constat de l'article 145 a été considéré comme admissible et proportionné à l'objectif poursuivi (pages 31, 32).

La **deuxième branche** est prise d'un défaut de base légale au regard de l'article 145 du code de procédure civile et de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. Elle soutient qu'en rétractant l'ordonnance faisant droit aux mesures d'investigations sollicitées par la société, au prétexte que l'article 2.2 du règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) stipule qu'aucune consultation ou saisie de documents ne peut être pratiquée au cabinet ou domicile de l'avocat sauf dans les conditions de l'article 56-1 du code de procédure pénale, alors que ce texte n'a aucune valeur légale ou réglementaire, la CA a statué par des motifs impropres.

Le **MA** précise que le RIN des avocats ne peut pas édicter des règles plus strictes que celles prévues par la loi et le règlement concernant le secret professionnel de l'avocat, dès lors même en l'absence de texte spécifique le prévoyant, l'article 145 du code de procédure civile était applicable.

Le **MD** de l'avocat expose que la CA n'a pas fondé son raisonnement uniquement sur l'article 2.2 du RIN, mais au contraire, au regard de l'ensemble des dispositions légales, la cour d'appel a considéré que la mesure demandée n'était pas légalement admissible et qu'en conséquence, elle ne reposait pas sur un motif légitime, de sorte qu'elle a bien statué sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile.

Le **MD** du CNB fait valoir qu'au regard de la jurisprudence de la CEDH, seules les saisies de documents dans un cabinet d'avocat qui respectent les garanties de l'article 56-1 du code de procédure pénale sont conformes à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH), l'article 2.2 du RIN n'ajoute donc pas une condition à la loi.

#### **Proposition de rejet non spécialement motivé :**

► **Ce grief n'est pas fondé.** La cour d'appel, examinant, au regard des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, la condition du motif légitime, et le caractère légalement admissible des mesures demandées, ne s'est pas seulement fondée sur l'article 2.2 du RIN de la profession d'avocat, mais aussi sur les dispositions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 sur le secret professionnel de l'avocat, en rappelant les termes avant d'examiner le détail des mesures autorisées au sein du cabinet d'avocat de M. [C], pour retenir que ces mesures n'étaient pas légalement admissibles en ce qu'elles portaient atteinte au secret professionnel des avocats, ajoutant qu'au surplus la consultation de la boîte mail et personnelle d'une avocate collaboratrice ne constituait pas une mesure circonscrite aux faits de concurrence déloyale invoqués dans la requête, alors que cette collaboratrice jusqu'à la résiliation de la convention du 15 juillet 2010, agissait pour le compte de l'avocat et qu'au delà de cette date, il n'était justifié d'aucune

activité d'assistance aux faits reprochés. Retenant ainsi l'absence de motif légitime, la CA a légalement justifié sa décision.

La **troisième branche** est prise d'une violation, par refus d'application de l'article 145 du code de procédure civile. Elle critique la CA d'avoir rétracté l'ordonnance litigieuse au motif qu'aucun texte légal n'autorise cette consultation ou la saisie en dehors de l'article 56-1 du code de procédure pénale alors que lorsqu'il existe un motif légitime permettant de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution, les mesures légalement admissibles peuvent être ordonnées.

**Proposition de rejet non spécialement motivé :**

► **Ce grief n'est pas fondé.** La cour d'appel, examinant, au regard précisément des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, la condition du motif légitime, et le caractère légalement admissible des mesures demandées, ne s'est pas seulement fondé sur le fait qu'aucun texte légal n'autorisait cette consultation et cette saisie en dehors de l'article 56-1 du code de procédure pénale. En effet, après avoir rappelé les termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 sur le secret professionnel de l'avocat, puis examiné le détail des mesures autorisées au sein du cabinet d'avocat de M. [C], la CA a retenu que ces mesures n'étaient pas légalement admissibles en ce qu'elles portaient atteinte au secret professionnel des avocats, ajoutant qu'au surplus la consultation de la boîte mail et personnelle d'une avocate collaboratrice de l'avocate ne constituait pas une mesure circonscrite aux faits de concurrence déloyale invoqués dans la requête alors que cette collaboratrice jusqu'à la résiliation de la convention du 15 juillet 2010 agissait pour le compte de l'avocat et qu'au delà de cette date, il n'était pas justifié d'aucune activité d'assistance aux faits reprochés. Retenant ainsi l'absence de motif légitime, la CA a fait application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile.

La **quatrième branche** est prise d'un défaut de base légale au regard de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971. Elle fait grief à la CA de ne pas avoir recherché, comme il le lui était demandé, si le secret professionnel de l'avocat pouvait être opposé à une telle mesure d'instruction dès lors que le secret professionnel des avocats n'a pas pour objet de protéger l'avocat contre les actions en concurrence déloyale de ses partenaires et ne peut donc être opposé pour interdire la mesure d'instruction portant sur des documents et échanges qui n'étaient pas couverts par le secret professionnel lorsque les parties étaient en relation d'affaires.

Le **MA** soutient que le secret professionnel a pour objet la protection des droits de la défense et n'a vocation à jouer que s'il a pour objet de protéger le client, mais il ne peut être valablement invoqué pour protéger l'avocat de la recherche de preuves pour les fautes qu'il aurait commises dans le cadre de sa relation avec son client. Il ajoute que la société n'est pas un tiers et que les documents sollicités n'étaient pas couverts pendant le temps de la relation contractuelle. Il fait valoir que leur révélation à la société ne porte pas atteinte au secret dont aurait dû bénéficier les clients de l'avocat s'ils avaient été révélés à des tiers car la société n'est pas un tiers.

Le **MD** de l'avocat soutient que le grief manque en fait. Il ajoute qu'il est aussi infondé. Il précise que la société est bien un tiers au regard de la relation de l'avocat.

Le **MD** du CNB fait valoir que la protection, par l'article 8 de la Conv. EDH, de la confidentialité d'un cabinet d'avocat s'applique en toutes circonstances, il est donc indifférent que la demande de saisie soit effectuée par un ancien client.

**Proposition de rejet non spécialement motivé** , le grief manque en fait.

► La **CA** a retenu qu'en autorisant au sein du cabinet d'avocat de Me [C] la consultation de tous les dossiers ouverts au nom de clients de la Sarl Opti'Cotis (même listés et encadrés par des mots clés tels que le nom de clients dits historiques), la consultation des conventions conclues depuis la résiliation du 29 septembre 2019 de la convention du 15 juillet 2010, la consultation des courriels et documents comptables professionnels de deux avocats Maître [C] et Maître [H], son ancienne collaboratrice qui plus est n'est pas partie à la procédure, la copie de toute pièce en relation avec la mission et en autorisant la consultation des boîtes mail professionnelles et/ou personnelles de deux avocats, le juge a autorisé des mesures qui ne sont pas légalement admissibles en ce qu'elles portent atteinte au secret professionnel des avocats.

Ainsi, dès lors que la CA a retenu que les documents et échanges sollicités étaient couverts par le secret professionnel, elle a implicitement et nécessairement retenu que le secret professionnel de l'avocat pouvait être efficacement opposé à la société et fait la recherche prétendument omise.

\*\*\*

Il conviendra d'apprécier la pertinence du moyen au regard des observations formulées.