

**Avocat - Statut – Secret professionnel – Correspondances échangées entre un avocat et son client – Saisie pratiquée par l'autorité de la concurrence – Document étranger à l'exercice des droits de la défense (oui).**

**Observations.**

*Si les documents et les correspondances échangés entre le client et son avocat sont, en toutes matières, couverts par le secret professionnel, il demeure qu'ils peuvent notamment être saisis dans le cadre des opérations de visite prévues par l'article L. 450-4 du Code de commerce dès lors qu'ils ne relèvent pas de l'exercice des droits de la défense.*

La société [2] a formé un pourvoi contre l'ordonnance du premier président de la cour d'appel de Versailles, en date du 20 septembre 2022, qui a prononcé sur sa requête en annulation des opérations de visite et de saisie effectuées par la direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités de Nouvelle-Aquitaine en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles.

(...)

Faits et procédure

1. Il résulte de l'ordonnance attaquée et des pièces de procédure ce qui suit.
2. Le 20 juin 2021, des opérations de visite et saisie, autorisées par le juge des libertés et de la détention sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce, ont été pratiquées dans les locaux de la société [2] et ont donné lieu à l'établissement de deux procès-verbaux concernant, pour l'un, les documents papier et, pour l'autre, les documents informatiques.
3. La société [2] a contesté le déroulement de ces opérations.

Examen des moyens

(...)

Sur le second moyen

Enoncé du moyen

5. Le moyen critique l'ordonnance attaquée en ce qu'elle a débouté la société [2] de l'ensemble de ses demandes, alors :

« 1°/ que sont couverts par le secret professionnel et, partant, insaisissables, en matière de concurrence, les travaux de conseil de l'avocat et les correspondances échangées par celui-ci avec son client, comme participant d'un exercice effectif et concret des droits de la défense et du droit à un procès équitable, fût-ce en amont de toute action judiciaire potentielle ou en cours ; qu'en retenant en l'espèce, pour débouter la société [2] de ses demandes, que seuls auraient été insaisissables ou restituables « les correspondances entre l'occupant des lieux visités et un avocat en raison de leur confidentialité ( ) en lien avec l'exercice des droits de la défense » ou encore « les documents couverts par le secret professionnel de la défense et du conseil ( ) pour autant que ces documents relèvent de l'exercice des droits de la défense » (ordo. attaquée, p.4),

le président délégué a violé les articles 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 et L. 450-4 du code de commerce, ainsi que les articles préliminaire, 56-1, 56-1-1, 591 et 593 du code de procédure pénale, ensemble l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2°/ subsidiairement qu'aux termes de l'article 56-1 du code de procédure pénale, les dispositions de ce texte sont applicables, non seulement aux « perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile » (al. 1<sup>er</sup>) et aux « perquisitions effectuées dans les locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats » (al. 10), mais aussi 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 » (al. 11) ; que l'article 56-1-1 du code de procédure pénale étend en outre le régime de protection aux documents saisis « à l'occasion d'une perquisition dans un lieu autre que ceux mentionnés à l'article 56-1 » ; qu'en décidant cependant en l'espèce, pour débouter la société [2] de ses demandes, que les dispositions des articles 56-1 et 56-1-1 du Code de procédure pénale constituent des « régimes spéciaux de perquisitions édictés en matière de procédure pénale » et « ne s'appliquent pas en matière de droit de la concurrence pour la mise en œuvre de l'article L. 450-4 du Code de commerce » (ordo. attaquée, p.4), le président délégué a violé les articles susvisés, ensemble les articles préliminaire, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

3°/ en outre dans ses conclusions, la société [2] demandait expressément et précisément que soit annulée « la saisie des pièces relevant de la protection du secret professionnel entre un avocat et son client, listées en les pièces 13bis, 14bis, 15 saisies dans les locaux de [2] à [Localité 1] le 24 juin 2021 et contenues sur la clé USB fournie en pièce 16bis » (conclusions récapitulatives n°2, p.22) ; qu'en retenant en l'espèce, pour débouter la société [2] de ses demandes, qu'elle aurait refusé d'extraire du grand nombre d'éléments effectivement saisis « les fichiers en lien avec l'exercice des droits de la défense » en ne « met(tant) pas la juridiction du premier président en mesure d'exercer le contrôle qui lui est dévolu » (ordonnance p.5), cependant que la société [2] avait identifié et produit tous les éléments qu'elle estimait couverts par le secret, en sollicitant ainsi du juge saisi qu'il exerce effectivement son contrôle, fût-ce en opérant un tri plus sélectif que celui demandé, le président délégué a, en refusant lui-même d'exercer son office, violé les articles L. 450-4 du code de commerce, 591 et 593 du code de procédure pénale, ensemble l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

4°/ enfin que les motifs contradictoires ou inintelligibles équivalent à une absence de motifs ; qu'en écartant tout d'abord la thèse de la société [2] selon laquelle toutes correspondances entre un avocat et son client sont couvertes par le secret, en considérant que seuls étaient insaisissables ou restituables les éléments qui « relèvent de l'exercice des droits de la défense » (ordonnance attaquée, p.4), en énonçant pourtant à la suite, pour débouter la société [2] de ses demandes, qu'elle n'aurait pas démontré « que les pièces dont elle estime qu'elles n'auraient pas dû être saisies relèvent de la protection du secret des correspondances entre un avocat et son client » (ordonnance attaquée, p.6), le président délégué a, statuant par une motivation contradictoire, violé les articles L. 450-4 du code de commerce, 591 et 593 du code de procédure pénale. »

Réponse de la Cour

6. Le moyen, qui manque en fait en ce qu'il soutient en sa quatrième branche que le premier président s'est contredit, n'est pas fondé pour les motifs qui suivent.

7. En premier lieu, si, selon les principes rappelés par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, les documents et les correspondances échangés entre le client et son avocat sont, en toutes matières, couverts par le secret professionnel, il demeure qu'ils peuvent notamment être saisis dans le cadre des opérations de visite prévues par l'article L. 450-4 du code de commerce dès lors qu'ils ne relèvent pas de l'exercice des droits de la défense.

8. En deuxième lieu, les dispositions des articles 56-1 et 56-1-1 du code de procédure pénale ne sont pas applicables aux opérations de visite et de saisie autorisées en application de l'article L. 450-4 du code de commerce, sauf, s'agissant du premier de ces articles, si ladite visite a lieu dans l'un des lieux qu'il mentionne, et ce, en application du dernier alinéa dudit article.

9. En troisième lieu, comme l'a relevé à juste titre le premier président, la société [2], à qui il appartenait d'identifier au sein des fichiers saisis ceux relevant de l'exercice des droits de la défense, n'a pas mis en mesure le juge d'exercer son contrôle.

(...)

PAR CES MOTIFS,

REJETTE le pourvoi.

### **Droit de la concurrence et droits de la défense**

1. Le secret professionnel, on le sait, résiste aux dispositions adoptées pour lutter contre le blanchiment de capitaux, le terrorisme ou la grande criminalité<sup>1</sup>, ou pour lutter contre la fraude ou l'évasion (on l'appelle maintenant « l'ingénierie ») fiscale<sup>2</sup>.

Cela paraît moins évident dans le domaine du droit de la concurrence. L'arrêt annoté, prononcé par la Cour de cassation de France, il est vrai par la chambre criminelle qui s'est toujours singularisée par une approche très restrictive du périmètre du secret professionnel (elle le corsète par une vision très étriquée des droits de la défense, considérant que ceux-ci ne trouvent à s'exercer que lorsqu'une procédure pénale est entamée contre le prévenu protégé par le secret – on l'a notamment vu dans l'affaire *Sarkozy*, lorsque la chambre criminelle a considéré qu'était régulière la captation, l'enregistrement et la transcription des propos échangés entre un avocat et un tiers régulièrement placé sous écoutes dès lors que cet avocat n'exerçait pas la « défense » - il ne faisait encore que le conseiller – dudit tiers qui n'était pas (encore) mis en examen<sup>3</sup>) qui

---

<sup>1</sup> C.J.C.E., 26 juin 2007, *cette revue*, 2007, p. 1120 ; C.C., 23 janvier 2008, *cette revue*, 2008, p. 180 et obs F. ABU DALU, « À qui perd gagne », *J.T.*, 2008 et obs. G.A. DAL et J. STEVENS, « La Cour constitutionnelle et la prévention de blanchiment de capitaux : le rappel à l'ordre » ; Cour Eur. D.H., 6 décembre 2012, *cette revue*, 2013, p. 16, et obs. J.Cl. DELEPIÈRE, « Le secret professionnel de l'avocat versus l'obligation de déclaration à la CTIF : est-ce le seul et vrai problème ? Ne se trompe-t-on pas dangereusement de débat ? » et de G.A. DAL, « Le secret professionnel de l'avocat versus l'obligation de déclaration à la CTIF : ne s'est-on pas plutôt trompé de législation ? » ; C. C., 24 septembre 2020, *cette revue*, 2020, p. 1634 et obs. P. HENRY, « Les avocats et la prévention du blanchiment de capitaux : quelques précisions essentielles pour la protection du secret professionnel ».

<sup>2</sup> C.J.U.E., 8 décembre 2022, *cette revue*, 2023, p. 52 ; C.J.U.E., 29 juillet 2024, *cette revue*, 2024, p. 1572, *La Tribune d'Avocats.be*, n° 259 du 12 septembre 2024 avec les observations de Jean-Pierre BUYLE. Pour une application particulière, voyez aussi C.J.U.E., 26 septembre 2024, *cette revue*, 2024, p. 1579.

<sup>3</sup> Cass. Fr., 22 mars 2016, *cette revue*, 2016, p. 1027 et obs. J.P. BUYLE et P. HENRY, « L'affaire *Bismuth* : le secret professionnel est un droit fondamental, pas un poison ».

paraît incompatible avec les principes affirmés et maintes fois réaffirmés par les cours luxembourgeoise et strasbourgeoise puisque celles-ci ne tolèrent pas d'exception au secret professionnel de l'avocat lorsque celui-ci intervient tant pour assurer la défense proprement dite d'un client faisant l'objet de poursuites que pour « évaluer sa situation juridique », c'est-à-dire pour le conseiller, même indépendamment de toute action judiciaire<sup>4</sup>.

2. Par l'arrêt annoté, la Cour de cassation de France considère donc que le secret professionnel ne peut faire obstacle à la saisie de consultations adressées « en amont de toute procédure judiciaire potentielle ou en cours » par un avocat à sa cliente. Pareillement, elle estime que l'insaisissabilité des correspondances se trouvant dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, ou dans les locaux de l'Ordre des avocats ou des Caisses de règlement pécuniaire des avocats, prévue par les dispositions du Code de procédure pénale, ne s'applique pas aux saisies ordonnées en matière de concurrence en application des dispositions de Code de commerce.

On peine à considérer que pareille décision puisse être justifiée au regard des enseignement des arrêts de la Cour européenne de droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne cités en début de ce bref commentaire, qui fondent le secret professionnel de l'avocat tant sur l'article 6 de la Convention (droit à un procès équitable) que sur son article 8 (protection de la vie privée).

Mais on ne peut non plus s'empêcher de se rappeler quelques précédents tout aussi surprenants.

3. Ainsi, tout d'abord, d'une décision de la Commission de l'Union européenne du 23 juillet 2010 dans une affaire *Perindopril (Servier)*<sup>5</sup>. La Commission avait admis la licéité de la saisie de correspondances par laquelle un avocat belge transmettait à sa cliente une proposition confidentielle qu'il avait reçue de l'avocat d'une de ses concurrentes. Les particularités de cette affaire empêchait peut-être de lui conférer valeur de précédent mais on observera en tout cas que les justifications avancées par la Commission avaient de quoi inquiéter.

Elle avait tout d'abord écarté le Règlement de l'Ordre national (des avocats belges) en argumentant que le fondement juridique des inspections qu'elle mène dans le cadre des procédures de concurrence est le droit de l'Union européenne et que, par définition, le droit national n'y est pas applicable. L'étendue de ses pouvoirs ne pourrait donc dépendre de ce que pourrait décider un Barreau.

Elle avait ensuite rappelé que les règles protégeant la correspondance échangée entre avocats étaient fondées sur des considérations d'ordre public, plutôt que sur la protection des droits fondamentaux. Les communications entre avocats peuvent faciliter la résolution des conflits civils ou commerciaux et alléger la charge de travail des tribunaux. En revanche, lorsqu'il s'agit

---

<sup>4</sup> Aux arrêts cités aux notes précédentes, ajoutez notamment Cour Eur. D. H., 24 juillet 2008, *J.T.*, 2008, p.550, *J.L.M.B.*, 2009, p. 864 et obs. A. JACOBS et P. HENRY, « Non, les cabinets d'avocats ne sont pas des banques de données ! ».

<sup>5</sup> Commission européenne, 23 juillet 2010, *Perindopril (Servier)*, [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39612/39612\\_3076\\_12.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39612/39612_3076_12.pdf). Sur cette décision voyez P. HENRY et M. TRONCOSO-FERRER, « Le secret professionnel face aux autorités de la concurrence : à propos de la décision *Perindopril (Servier)* de la Commission européenne », *La Tribune d'Avocats.be* 2011/1, pp. 28-30 ; F. LUGENTZ, « Les perquisitions en matière économique et financière », *Rev. Dr. Pen. Entr.*, 2009, p. 23 ; V. NIORÉ, *Perquisitions chez l'avocat*, p. 209.

d'enquêtes poursuivant des intérêts publics, cette protection ne serait pas adéquate, puisque l'accès aux documents en cause est nécessaire pour rechercher la vérité<sup>6</sup>.

4. Ainsi encore d'un arrêt assez abscons de notre Cour constitutionnelle du 10 décembre 2014.

Cet arrêt valide largement les articles 11 et 12 de la loi du 3 avril 2013 qui prévoient que, lorsqu'il y a contestation sur la légalité de la saisie et l'utilisation d'un document ou de données informatiques saisies par l'auditorat de l'Autorité belge de la concurrence, un recours peut être introduit devant la Cour d'appel de Bruxelles, mais uniquement à l'issue de la procédure d'instruction et à la condition que ces données aient été utilisées pour soutenir les griefs qui seront articulés dans le projet de décision motivée soumis par l'auditorat au Collège.

Avocats.Be et l'I.J.E. faisaient valoir que ces articles permettaient donc à l'auditorat de disposer des documents ou données saisis en violation du secret professionnel de l'avocat ou de la confidentialité des avis des juristes d'entreprises pendant toute la procédure et que ce n'était qu'à l'issue de celle-ci, et pour autant qu'ils soient utilisés par l'auditorat, qu'il serait statué sur la légalité de leur saisie. Ils y voyaient une violation du droit à un procès équitable, du secret des lettres et des principes d'égalité et de non-discrimination puisque, en matière pénale, un contrôle de la légalité de pareille saisie peut être effectué immédiatement par les juridictions d'instruction.

La Cour ne les avait pas suivis. S'emparant de l'enseignement de l'arrêt *A. Menarini Diagnostics S.R.L. / Italie* du 27 septembre 2011 de la Cour européenne des droits de l'homme qui dispose que « la nature d'une procédure administrative peut différer, sous plusieurs aspects, de la nature d'une procédure pénale au sens strict du terme » et que « si ces différences ne sauraient exonérer les États contractants de leur obligation de respecter toutes les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6, elles peuvent néanmoins influencer les modalités de leur application », elle avait posé qu'il appartient à la Cour d'appel de Bruxelles, seule compétente pour ce genre de recours, de veiller à ce qu'aucune donnée obtenue illégalement ne puisse être utilisée, directement ou indirectement, à l'appui des griefs que retiendra l'auditorat. « Sous cette réserve », elle considère que cette obligation d'écarter les documents ou données illégalement recueillis dont l'auditorat voudrait faire usage constitue une garantie suffisante du caractère équitable du procès. J'avoue ne pas comprendre la portée de la réserve. La Cour voulait-elle dire qu'il appartient à l'Autorité de la concurrence de respecter le secret professionnel ? Ne serait-ce pas tautologique ?

5. Même si l'on n'est plus dans le domaine du droit de la concurrence, je pense aussi à l'arrêt T-797/22 du Tribunal de l'Union européenne du 2 octobre 2024<sup>7</sup>.

En substance, il valide l'article 1<sup>er</sup>, points 12 et 13, du Règlement 2022/1904 du Conseil de l'Union européenne modifiant le règlement n°833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine, en ce qu'il interdit, sous quelques exceptions, la fourniture de services de conseils juridiques non liés à une procédure, actuelle ou future, au gouvernement russe ainsi qu'aux personnes morales, entités ou organismes établis en

---

<sup>6</sup> Je suis revenu sur cette décision plus récemment : P. HENRY, « Secret professionnel et droit de la concurrence : pourquoi tant d'incertitude ?, in *Liber amicorum Denis Philippe*, vol. 2, *Cabinet de curiosités pour un juriste passionné*, Larcier, Cridès, 2022, pp. 1281-1296.

<sup>7</sup> T.P.I.U.E., 2 octobre 2024, *cette revue*, 2025, p. 48.

Russie. Parmi ces exceptions, l'une précise que l'avocat qui souhaite solliciter une autorisation de consulter en dehors dudit contexte contentieux doit révéler l'identité de son client et des données relatives à l'objet de sa consultation, ce que les Ordres d'avocats dénonçaient comme contraire au secret professionnel. Mais, dit le Tribunal, le droit au secret professionnel connaît quelques exceptions, notamment quand elles sont prévues par la loi, ce qui est indiscutable en l'occurrence, et qu'elles sont nécessaires et proportionnées au but poursuivi. Et le Tribunal d'affirmer que tel est ici le cas : « l'interdiction litigieuse répond de manière appropriée et cohérente à l'objectif d'intensifier encore la pression exercée sur la Fédération de Russie pour qu'elle mette un terme à sa guerre d'agression contre l'Ukraine » (considérant 103).

J'ai déjà dénoncé le caractère dangereux de ce précédent qui ouvre la porte à des dispositions similaires au sujet de tous les États sur lesquels nous souhaiterions exercer des pressions, qui sont légion (j'imagine ne pas avoir à les énumérer...)<sup>8</sup>.

6. Le secret professionnel est-il soluble dans le droit de la concurrence ? Il est vrai que La Concurrence (avec deux majuscules) semble aujourd'hui être notre nouveau Dieu, l'ultime vertu au nom de laquelle nous serions prêts à oublier tous nos principes.

Robespierre, que Claude Parmentier admire tant, disait : « L'âme de la république, c'est la vertu. C'est l'amour de la patrie, le dévouement magnanime qui confond tous les intérêts dans l'intérêt général<sup>9</sup> ».

Faut-il aujourd'hui le pasticher ? L'âme de l'Union européenne, c'est la concurrence. C'est l'amour du profit, le libéralisme qui absorbe tous les intérêts pour celui des entrepreneurs... ?

J'espère être trop pessimiste. Après tout, les quatre décisions que j'analyse n'émanent ni de la Cour européenne des droits de l'homme, ni de la Cour de justice de l'Union européenne. Tout espoir n'est donc pas (encore) perdu...

Patrick Henry  
Ancien président d'Avocats.be  
Rédacteur en chef de la J.L.M.B.

---

<sup>8</sup> P. HENRY, « À la guerre comme à la guerre ? », *Journal de droit européen*, 2024, n° 313, p. 417.

<sup>9</sup> M. ROBESPIERRE, *Discours du 18 pluviôse an II*, cité par Cl. PARMENTIER, « Réhabilitons Maximilien Robespierre », in *Luttons, Liber amicorum Patrick Henry*, Larcier, 2019, pp. 989-1008, spéc. p. 1000.