

## CONCOURS COMPLÉMENTAIRE ENM 2021

### Le secret à l'ère de la transparence

Le secret peut être défini comme le cantonnement d'une information à la sphère individuelle et privée, par opposition au domaine public (doc 1). Norme professionnelle protégée par le droit, il occupe cependant une place délicate dans une société qui a érigé en principes vérité et transparence. Il apparaît ainsi essentiel de concilier l'exigence démocratique du droit à l'information avec la protection de secrets sans lesquels aucune relation de confiance ne peut se créer entre professionnels et particuliers. L'office du juge est particulièrement fondamental en la matière, puisqu'il doit apprécier concrètement la nécessité de la protection du secret et les limites à lui apporter.

La protection du secret, garantie par le droit, à peu à peu été mise à mal par l'avènement de la transparence (I). Le renouveau récent du secret à l'ère de la transparence demeure fragile et invite à un équilibre renouvelé entre secret et transparence (II).

I/ La protection du secret fragilisée à l'ère de la transparence

Garantie par le droit, la protection du secret (A) est fragilisée par l'avènement de la transparence (B).

A) La protection du secret face à la transparence

Le législateur a institué de nombreux secrets professionnels : l'article 11 du Code de procédure pénale impose le secret de l'enquête et de l'instruction (doc 1), l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique organise le secret médical (doc 7), quand l'article L. 151-1 du Code de commerce régit le secret des affaires (doc 12). Le secret des sources journalistiques est quant à lui protégé par l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881, issu de la loi Dati du 4 janvier 2010 (doc 2). Le même article, en son alinéa 3, permet uniquement qu'une atteinte soit portée au secret des sources des journalistes en cas d'« impératif prépondérant d'intérêt public », si les mesures sont « strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi ».

Le Code pénal, en son article 226-13, punit la violation du secret professionnel d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Il encadre strictement les exceptions à ce principe à l'article 226-14 (doc 1). La protection du secret est également assurée par le juge, notamment en droit des affaires. Ainsi, dans son arrêt du 22 juin 2017, la première chambre civile invite les juges du fond à opérer un contrôle de proportionnalité entre la nécessité de la mesure d'instruction permise par l'article 145 du Code de procédure civile et la préservation du secret des affaires (doc 12). Par ailleurs, le juge assure, dans un arrêt de 2015, la répression effective de la divulgation par voie de presse d'un portrait-robot (doc 5). Le secret est ainsi un principe consacré, mais qui va connaître une remise en cause.

B) La fragilisation du secret à l'ère de la transparence

Les lois du 4 janvier 2010 puis du 14 novembre 2016 renforcent le secret des sources des journalistes inscrit à l'article 2 de la loi du 29 juillet 1889 (doc 2). Cette protection renouvelée, qui raréfie davantage les occasions de répression du délit de recel du secret de l'instruction, illustre la concurrence qui existe entre la protection de différents secrets à l'ère de la transparence. A moins que la transmission d'une pièce du dossier au journaliste n'apparaisse de manière manifeste, les condamnations de journalistes pour recel du secret de l'instruction demeurent exceptionnelles affaiblissant nécessairement la force du secret de l'instruction. La jurisprudence européenne assure quant à elle la protection des sources journalistiques, et condamne la France pour des sanctions disproportionnées à l'encontre de journalistes pour recel de violation du secret professionnel (doc 2,9).

Le garde des Sceaux, Éric Dupond-Moretti a annoncé vouloir défendre la présomption d'innocence et le secret de l'instruction et met en garde contre la « transperçanse » (doc 4). En effet, la forte demande de transparence de la société peut engendrer une ère de soupçon généralisé. Par exemple, les professionnels de la finance et du droit peuvent révéler des opérations financières couvertes par le secret dès lors que celle-ci apparaissent douteuses. Ainsi, une incertitude suffit à entraîner une obligation de dénonciation. De même, le secret médical

est de plus en plus atteint ce qui pourrait dissuader certaines personnes de consulter pour être soignées. Enfin, la production en justice d'écoutes téléphoniques entre un avocat et son client a été admise. Ainsi, c'est la nécessaire confiance entre le professionnel et son patient ou client, dans ces domaines, qui pourrait être menacée (doc 6), imposant un nouvel équilibre entre secret et transparence.

## II/ Le renouveau discuté du secret à l'ère de la transparence

Une réaffirmation jurisprudentielle et législative du secret est constatée (A). Cependant, la conciliation entre secret et transparence doit être renouvelée au vu des enjeux actuels, en particulier sur le plan sanitaire (B).

### A) Le renouveau du secret à l'ère de la transparence

La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans son arrêt du 24 mars 2020, fait prévaloir le secret de l'enquête sur la liberté de l'information (doc 9). En cassant l'arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris qui confirmait l'ordonnance de non-lieu suite à une plainte pour violation du secret professionnel et recel de secret, celle-ci rappelle l'importance du secret de l'enquête. En vertu du dernier alinéa de l'article 11 du CPP, seul le ministère public peut communiquer sur une enquête en cours. Or, en l'espèce, deux articles de presse avaient relaté les propos d'un commandant de police relatifs à une enquête pour des faits de dégradation d'une rame de métro. Le délicat équilibre entre protection du secret professionnel et liberté d'information ne pourra cependant se passer d'un dialogue des juges, au niveau national et européen.

La loi du 30 juillet 2018, issue de la transposition d'une directive européenne du 8 juin 2016, a renforcé, de son côté, la protection du secret des affaires, en créant un titre V au sein du code de commerce. Elle instaure une nouvelle définition précise des informations couvertes par un tel secret à l'article L.151-1 dudit code. En outre, elle précise les modalités par lesquelles le juge doit veiller au respect du caractère secret de l'information au cours de l'instance notamment en décidant d'en limiter la communication. La loi prévoit une obligation de confidentialité pour toute personne ayant accès à une pièce couverte par le secret et le juge peut désigner les personnes habilitées à en avoir accès (doc 12). Ce renouveau du secret s'inscrit dans une dynamique de recherche d'un nouveau rapport équilibré entre secret et transparence.

### B) Un équilibre recherché entre secret et transparence

Dans leur rapport d'information remis le 18 décembre 2019, dans le cadre d'une mission d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction, les députés Xavier Breton et Didier Paris ont formulé 19 recommandations visant à renouveler la protection de ce secret professionnel (doc 3). Ils recommandent notamment l'inscription dans le CPP du droit à l'information en tant qu'« impératif prépondérant d'intérêt public », limité à un usage « strictement nécessaire et proportionné » (doc 11). Ce dernier permettrait au procureur et à la hiérarchie de la police et de la gendarmerie de s'exprimer plus librement. Néanmoins, cet assouplissement ne concernerait pas les informations judiciaires placées sous la direction du juge d'instruction (doc 10). Il serait compensé par un renforcement de l'effectivité des sanctions de violation du secret professionnel (trois ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende).

Sur le plan sanitaire, la loi du 23 mai 2020 instituant l'état d'urgence prévoit la collecte de nombreuses données médicales ou non accessibles à des non-professionnels de santé en violation du secret médical et sans le consentement des intéressés, qui peuvent être conservés y compris après la période de prorogation de l'état d'urgence (doc 7). En outre, le secret médical peut être écarté classiquement pour informer les proches du patient en cas de diagnostic ou pronostic grave. Désormais, c'est aussi le cas en présence d'infractions pénales physiques ou sexuelles comme le constat de violence conjugale. Si la victime est en danger immédiat et ne peut pas se protéger, le médecin doit prévenir le procureur de la République, même sans son consentement (doc 8).