LE SECRET PROFESSIONNEL A L'ERE DE L'EXTERNALISATION DES SERVICES EN DROIT IVOIRIEN

Dogodana COULIBALY
Maître-Assistant, UAO-Bouaké (Côte d'Ivoire)

RÉSUMÉ

Le secret professionnel, qui est un moyen de protection de la vie privée, ne parvient pas à assurer complètement sa fonction dans les opérations d'externalisation des services. Premièrement, la pratique d'externalisation révèle au prestataire de services d'externalisation les données à caractère personnel des personnes qui sont en relation d'affaires avec le professionnel qui y a recours. Aussi, dans l'exécution de sa mission, le prestataire découvre une infinité de données sensibles des partenaires et clients de son cocontractant. L'externalisation consacre donc la divulgation des informations couvertes par le secret professionnel sans l'accord préalable de leurs titulaires. Deuxièmement, en dépit de cette immixtion dans la sphère privée de leur vie, les victimes de cette pratique ne sont pas sûres d'engager avec succès ni la responsabilité civile ni la responsabilité pénale des auteurs de cette divulgation. Cela dit, l'externalisation qui est une exigence de l'économie moderne n'est pas à proscrire ; car elle peut se faire dans le respect du droit à la protection de la vie privée de tous. À cette fin, tous ceux qui sont intéressés par cette pratique, à l'instar des clients et partenaires du professionnel qui externalise son activité, doivent préalablement et valablement consentir à l'opération d'externalisation.

Mots clés : vie privée – secret professionnel – externalisation des services –divulgation – consentement – responsabilité

ABSTRACT

Professional secrecy, which is a means of protecting privacy, fails to fully perform its function in outsourcing operations. First of all, the outsourcing practice discloses to the outsourcing service provider the personal data of all persons who have a business relationship with the trader using it. Also, in the execution of its mission, the service provider discovers a host of sensitive data of the partners and customers of its co-contractor. Outsourcing therefore enshrines the disclosure of information covered by professional secrecy without the prior consent of the holders of that information. Secondly, despite this interference in the private sphere of their lives, the victims of this practice are not sure whether to successfully engage either civil or criminal liability of the perpetrators of this violation. That said, outsourcing, which is a requirement of the modern economy, is not to be avoided; because it can be done while respecting the right to privacy of all. To this end, all those who are interested in this practice, like the customers and partners of the professional who outsources his activity, must first and validly consent to the outsourcing operation.

Keywords: privacy – professional secrecy – outsourcing of services – disclosure – consent – liability

Plan

Introduction 3

I- UNE VIOLATION CERTAINE 7

A- LA CERTITUDE DE LA DIVULGATION DU SECRET 7

1- Une révélation évidente 7

2- Une découverte assurée 10

B- LA CERTITUDE DU DÉFAUT DE CONSENTEMENT 12

1- Un défaut tenant au contrat d'externalisation 12

2- Un défaut tenant à la technicité de l'externalisation 14

II- UNE RESPONSABILITÉ INCERTAINE 16

A- L'INCERTITUDE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE 16

1- La négation préjudiciable de la nature contractuelle de l'obligation 16

2- L'admission compromettante de la nature délictuelle de l'obligation 18

B- L'INCERTITUDE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE 20

1- Une responsabilité appréciée en théorie 20

2- Une responsabilité dépréciée en pratique 22

Conclusion 24

Introduction

De la division du travail[1] à l'externalisation des services, un pas a été franchi dans le conflit entre le secret professionnel et les techniques d'organisation du débiteur de l'obligation au secret[2]. Si la division du travail n'occasionne qu'une discrétion, en mettant la matière du secret à la disposition des différents membres et organes du professionnel, l'externalisation des services la divulgue aux *penitus extraneus*. Pourtant, le droit au respect de la vie privée, que sous-tend le secret professionnel, est un impératif qui s'impose à tout dépositaire par état, par profession ou par fonction temporaire ou permanente de secret[3]. Ainsi s'affrontent un droit fondamental de la personnalité et une technique d'organisation des activités économiques qui se présente comme une nécessité de l'économie actuelle[4].

Le secret professionnel pourrait s'appréhender comme l'obligation faite aux professionnels de ne pas révéler les informations qu'ils ont sur leurs clients et partenaires à l'occasion de leurs professions[5]. Il recouvre donc deux réalités. La première est qu'il pèse sur le professionnel l'obligation de ne pas révéler, à un tiers, ce qui lui a été confié, ce qu'il a appris, voire ce qu'il a compris ou déduit sur ses partenaires et les tiers à l'occasion de son activité professionnelle. La deuxième est l'interdiction faite au tiers d'entrer dans le cercle des confidents, sauf s'il y a été dument autorisé par le créancier de l'obligation au secret[6]. Dans ces conditions, il s'établit un lien de droit où le client est le créancier et le professionnel, le débiteur de l'obligation au secret professionnel.

Le secret professionnel est une obligation générale, *de non facere*, qui prend diverses dénominations en fonction du domaine auquel il s'applique[7]. C'est pourquoi il se décline

[1] A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, Livre I*, Traduction française de G. GARNIER, 1881 à partir de l'édition revue par A. BLANQUI en 1843, Consulté le 14/08/2022 à 10h., sur Adam Smith - richesse des nations.pdf (eklablog.com), Tome I (1776) ; E. DURKHEIM, *De la division du travail social (1893)*, Livre I, 184 p., Consulté le 14/08/2022 à 9h, sur De la division du travail social (free.fr).

[2] D. COULIBALY, *Le secret bancaire*, Thèse de doctorat, Université Alassane OUATTARA – Bouaké (Côte d'Ivoire), 2018, p. 105 ; S. NGUECHE, « La discrétion fiscale en droit camerounais », *Rafip n°7* – 1er semestre 2020, pp. 115-140.

[3] La Déclaration universelle des droits de l'Homme 1948, visé dans le préambule de la loi n°2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire, *JORCI* n°16 (numéro spécial) du mercredi 9 novembre 2016, pp. 129-144, consacre en son article 12 la protection de la vie privée du citoyen ; le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques, Conclu à New York le 16 décembre 1966, Ratifié par la Côte d'Ivoire le 26 mars 1992 A et entré en vigueur le 26 juin 1992 ; la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, Adoptée à Nairobi, en juin 1981 ; Loi n° 2019-574 Portant Code pénal, *JORCI.* n°4 (numéro spécial), Mercredi 13 mars 2019, pp. 201-252, en ses articles 447 et 448, prévoit et réprime la violation du secret professionnel. La vie privée peut s'appréhender comme les informations portant non seulement sur la situation de la fortune, mais aussi sur le mode de vie et la personnalité de l'individu concerné.

[4] S. BELLAAJ épse KCHAOU, *Adaptation aux risques liés aux stratégies d'externalisation : cas des entreprises industrielles tunisiennes*, Thèse de doctorat, Université de SFAX, Université Paris 8, 2009, p. 9 ; E. DENECE, V. GAUDIN, « Sous-traitance et externalisation : quels risques pour les établissements financiers et les entreprises de services et de conseil ? », *Centre Français de Recherche sur le Renseignement*, Avril 2009, p. 18.

[5] M. BLONDET, « Le secret professionnel », *In, La chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de M. PATIN, éd., CUJAS*, Novembre 1964, pp. 200-221.

[6] D. COULIBALY, *Le secret bancaire*, *Op. cit.*, p. 3 ; J.-M. BURGUBURU, « Contenu et limites du secret professionnel », Rapport au Congrès UIA, novembre 2012, Consulté le 11/08/2022 à 08h30mn sur limites au secret professionnel par JM Burguburu : LE CERCLE DU BARREAU (cercle-du-barreau.org)

[7] P. REUTER, « Le droit au secret et les institutions internationales », *In, Annuaire français de droit international*, volume 2, 1956, p. 46.

notamment en secret fiscal[8], secret de l'instruction ou des délibérations, secret médical[9], secret bancaire[10], ou en secret professionnel de l'avocat[11]. Dans la présente étude, le secret professionnel sera appréhendé comme une obligation ; c'est-à-dire un lien de droit en vertu duquel une personne – le titulaire du secret – peut exiger d'une ou plusieurs autres de garder sous le sceau du secret les informations la concernant.

L'externalisation est l'action d'externaliser, c'est-à-dire de confier l'exécution d'une tâche, de services à une autre entreprise. Le concept d'externalisation des services est né aux États-Unis sous le terme générique de « *outsourcing* » dans les années soixante[12]. La pratique d'externalisation apparaitra dans les années quatre-vingt-dix en France en prenant le vocable « impartition » qui renvoyait à ce que l'on fait faire à d'autres[13].

Selon une lettre-circulaire de la commission bancaire de l'UMOA : « *l'externalisation est ''le processus par lequel l'établissement délocalise sous la responsabilité d'un tiers, des infrastructures ou systèmes ou lui confie, de manière durable et à titre habituel, la réalisation de prestations de services ou d'autres tâches opérationnelles essentielles ou importantes par sous-traitance, mandat ou délégation* »[14]. Dans les limites de la présente recherche, le juge ivoirien n'a pas encore donné de définition à l'externalisation. Les contours de cette pratique sont surtout discutés par la doctrine notamment européenne[15]. Ainsi, pour certains, externaliser est le fait de confier une activité à un prestataire extérieur après l'avoir réalisée en interne[16]. Pour d'autres, externaliser est l'action de faire réaliser par un tiers, sur ses ordres et spécifications, tout ou partie des biens ou services dont l'entreprise a besoin ou qu'elle doit fournir à ses propres clients[17]. Cette dernière définition sera privilégiée dans cette analyse en ce

[8] S. NGUECHE, « La discrétion fiscale en droit camerounais », *Loc. cit.*, pp. 115-140 ; J.-P. CHEVALIER, « Confidentialité et droit fiscal », *In, Revue internationale de droit comparé*, Vol. 50 N°2, Avril-juin 1998, pp. 611-628 ; H. BRUN, « Le recouvrement de l'impôt et les droits de la personne », *In, Les Cahiers de droit*, Volume 24, numéro 3, 1983, p. 456-475.

[9] La loi n° 2019-677 du 23 juillet 2019 portant orientation de la politique de santé publique en Côte d'Ivoire, *JORCI*, du 07 octobre 2019 dispose en son article 82 que « *l'État garantit le respect du secret médical* ». ; Y. SANOGO, « Le secret médical en Côte d'Ivoire : mythe ou réalité », Consulté le 24/08/2022, à 16h, sur https://www.village-justice.com/articles/secret-medical-Ivoire-mythe-realite,14457.html

[10] Loi n° 93-661 du 9 août 1993 relative au secret bancaire, *JORCI*, du 23 septembre 1993, pp. 687-689 ; D. COULIBALY, *Le secret bancaire*, *Op. cit.*, 422 p.

[11] M. VLIES, M. DAL, « Le secret professionnel et le devoir de discrétion de l'avocat », *LARCIER*, 2013, pp. 232-241.

[12] L. FALLET, G. PERRIN, « L'infogérance, délégation du système d'information », *Architecture des Systèmes d'Information de Rouen*, Janvier 2003, p. 4.

[13] N. F. BEKANHOULE, *Analyse des risques liés à l'externalisation de la fonction comptable chez le prestataire : cas de FIDECA Côte d'Ivoire*, Mémoire professionnel, Centre Africain d'Études Supérieures en Gestion (CESAG), Octobre 2013, pp. 16-17.

[14] Secrétariat général de la Commission bancaire de l'UMOA, Lettre-circulaire aux établissements de crédit et aux compagnies financières, N/Réf. : CB :DSP : n° 000423/2022, du 28 février 2022, dont l'objet est : externalisation des activités par les établissements de crédit et les compagnies financières.

[15] Lexbase, « Pratique de l'externalisation en conformité avec le droit du travail », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n˚103 du 15 janvier 2004, N° Lexbase : N0018ABB, p. 1 ; M. D'HAULTFOEUILLE, « *Outsourcing IT* : Une opération juridique complexe (seconde partie) », *Lexbase Hebdo édition affaires*, n˚57 du 6 février 2003, N° Lexbase : N5752AAB, p. 1 ; E. DEGRAVE, Y. POULLET, « L'externalisation de l'administration, les nouvelles technologies et la protection de la vie privée », *Lacier, Journal des Tribunaux*, n°6308, 26 avril, 2008, p. 277-285 ; G. BOURDEAUX, « L'externalisation dans le secteur bancaire », *Humanisme et Entreprise* 2008/4 (n° 289), p. 9-28.

[16] J. BARTHELEMY, « Comment réussir une opération d'externalisation », *Revue française de gestion n° 151*, 2004/4, p. 9 ; O. DE LA VILLARMOIS, H. TONDEUR et T. NGOC VAN HUYNH, « L'externalisation de la fonction comptable et financière : définition et facteurs explicatifs », *ResearchGate*, January, 2003, pp. 2-3.

[17] S. BELLAAJ épse KCHAOU, *Adaptation aux risques liés aux stratégies d'externalisation : cas des entreprises industrielles tunisiennes*, *Op. cit.*, p. 19 ; A. BRUDER, « Contrat d'outsourcing : vigilance de mise lors de la rédaction du contrat cadre », *Petites affiches - 17/04/2009 - n° 77*, p. 3 ; E. DENECE, V. GAUDIN, « Sous-

qu'elle englobe toutes les hypothèses d'externalisation et est conforme à la conception de la commission bancaire de l'UMOA.

En pratique, l'externalisation est une méthode de management qui permet à l'entreprise qui y recourt, soit d'améliorer sa structure, soit de disposer d'une nouvelle stratégie d'organisation et d'optimisation[18]. Elle peut se faire sous la forme d'une organisation en réseau[19], d'une sous-traitance ou par une filialisation[20]. L'externalisation peut aussi se faire avec ou sans délocalisation du service concerné. Quand elle est faite sans délocalisation, elle est dite « *externalisation domestique* »[21], alors l'entreprise qui externalise fait gérer l'activité externalisée dans ses locaux. Lorsqu'il y a délocalisation, l'entreprise utilisatrice transporte son activité dans les locaux du prestataire qui la gère pour son compte, c'est le cas de la majorité des entreprises d'infogérance[22], du *cloud computing*[23].

L'externalisation est exclusivement faite dans l'intérêt des parties au contrat d'externalisation, le prestataire et le professionnel qui externalise[24]. Mais, les risques de cette technique managériale touchent frontalement le droit à la vie privée des clients et partenaires de l'entreprise qui y a recours. Initialement restreinte aux activités accessoires des entreprises, c'est-à-dire celles qui ne relèvent pas du cœur de métier, l'externalisation concerne désormais tous les services de l'entreprise[25].

La locution « à l'ère de », quant à elle, renvoie à : « à la période de », « au moment de ». Elle vise à apprécier la portée du secret professionnel dans une économie extravertie.

La présente étude invite à analyser le secret professionnel à l'épreuve de l'externalisation des services dans le droit positif ivoirien. Elle se concentre sur ce droit dans un souci de précision et d'efficacité. Sinon que les arguments de droit seront pris aussi bien en Afrique qu'ailleurs. Cette étude tire son originalité dans le fait que l'impact de l'externalisation sur le secret professionnel a rarement attiré l'attention des chercheurs. Autrement dit, le respect de l'obligation au secret professionnel des clients et partenaires dans les opérations d'externalisation des services, dans la limite des présentes recherches, est un champ à défricher même au-delà des frontières africaines. Les analyses qui ont été consacrées à la technique

---

traitance et externalisation : quels risques pour les établissements financiers et les entreprises de services et de conseil ? », *Loc. cit.*, p. 2.

[18] G. BOURDEAUX, « L'externalisation dans le secteur bancaire », *Loc. cit.*, p. 10 ; M. D'HAULTFOEUILLE, « *Outsourcing IT* : Une opération juridique complexe (seconde partie) », *Loc. cit.*, p. 1.

[19] L. BOIVIN, « Externalisation des services publics et division raciale du travail : la mobilisation novatrice de travailleuses d'agences », *Centre Justice et Foi*, Janvier 2016, p. 2.

[20] J. BARTHELEMY, « Comment réussir une opération d'externalisation », *Loc. cit.*, p. 17.

[21] G. BOURDEAUX, « L'externalisation dans le secteur bancaire », *Loc. cit.*, p. 10.

[22] L. FALLET, G. PERRIN, « L'infogérance, délégation du système d'information », *Loc. cit.*, p. 3. L'infogérance est un contrat par lequel l'infogérant prend en charge la gestion de tout ou partie du système d'information d'une entreprise. Une société spécialisée s'occupe ainsi de gérer une partie des activités interne de l'entreprise.

[23] B. DELMAS-LINEL, « Promesses du *Cloud Computing* et protection des données à caractère personnel : la remise en question du cadre juridique français et européen », *Lexbase Hebdo, édition affaires n˚292,* avril 2012, pp. 1-6. Le *Cloud Computing* se réfère à un système d'archivage numérique. ; Autorité de Contrôle Prudentiel, « Les risques associés au Cloud computing », *Banque de France, Analyses et Synthèses*, n°16 – juillet 2013, p. 5 : « *Concept : le Cloud computing consiste à déporter sur des serveurs distants des données et des traitements informatiques traditionnellement localisés sur des serveurs locaux, voire sur le poste de l'utilisateur. Il permet l'accès via un réseau, généralement entendu comme Internet, à la demande et en libre-service, à des ressources informatiques virtualisées et mutualisées habituellement facturées à l'usage* ».

[24] L. FALLET, G. PERRIN, « L'infogérance, délégation du système d'information », *Loc. cit.*, p. 4 : « *C'est pour se concentrer sur son métier et y dédier toutes ses ressources, que l'entreprise externalise des fonctions telles que la paie, la comptabilité, la gestion de son informatique globale, de sa maintenance, ou de certains services tels que la sécurité du système, sauvegarde et stockage de données. L'externalisation est donc la prise en charge, à long terme, de tout ou partie des fonctions informatiques, administratives, logistiques* ».

[25] S. BELLAAJ épse KCHAOU, *Adaptation aux risques liés aux stratégies d'externalisation : cas des entreprises industrielles tunisiennes*, *Op. cit.*, pp. 11, 20 et 25-26 ; T. DE BELLAIGUE, « Externalisation : légitimité et opportunité », *Loc. cit.*, p. 21.

d'externalisation n'ont apprécié que les rapports entre l'entreprise qui externalise son activité et l'entreprise prestataire[26]. Elles révèlent que l'externalisation a certes des avantages, mais qu'elle implique d'énormes risques pour l'entreprise qui externalise. Ces études ne se sont pas intéressées à la protection de la vie privée de celui qui est tiers au contrat d'externalisation et dont les informations personnelles sont communiquées au professionnel qui externalise ses services.

Cette réflexion pourrait contribuer à asseoir une position scientifique claire sous un angle quasi ignoré aussi bien par la doctrine, que par les titulaires du secret et les professionnels. Elle pourrait éveiller, en outre, la conscience tant des professionnels que du public sur une pratique qui met à mal la vie privée des clients et partenaires du professionnel qui externalise. L'analyse pourrait pareillement lever le voile sur le changement de paradigmes de la société qui se numérise à une vitesse vertigineuse. Ce travail vise *in fine* à esquisser des pistes de réflexion dans le but d'une conciliation des nécessités d'externalisation et de la jouissance d'un droit constitutionnellement garanti : le droit à la vie privée.

De plus en plus, l'individu se plie aux exigences des professions – comptabilité, conseils fiscaux, avocat, banque – auxquelles la complexité de la vie moderne et parfois l'État l'oblige à recourir[27]. Dans la pratique, le pénitent doit tout dire à son confesseur, le prévenu à son avocat, le malade à son médecin, le contribuable au fisc, le client à son banquier ou à son expert-comptable, pour obtenir pleinement son secours. Dans de telles conditions, ils ne peuvent avoir la quiétude que s'ils sont assurés du silence de ces professionnels. Le Code pénal[28], la loi relative à la protection des données à caractère personnel[29] et la loi relative au secret bancaire[30] leur donnent cette assurance en érigeant la violation du secret professionnel en un délit pénal et civil.

Pourtant, dans la pratique d'externalisation, l'entreprise qui externalise son activité invite un tiers dans la gestion de ses affaires, alors qu'il a en sa possession d'énormes informations et données sur ses clients et partenaires. Ainsi, le donneur d'ordre met à la disposition du prestataire, tiers au cercle des confidents, des informations couvertes par le secret professionnel. Encore que de telles pratiques se réalisent sans l'accord ou l'accord préalablement éclairé du maître du secret. Alors que, c'est un secret de polichinelle que le secret correspond à un instinct profond de l'être humain. Par tempérament, l'Homme aime entourer d'un voile opaque tout ce qui touche à sa personne, à ses faits et gestes, ou encore à son patrimoine[31]. En fait, il est impossible de concevoir un être conscient sans secret[32]. Dans ces circonstances, l'étude pose le problème de l'impact de l'externalisation des services sur la protection offerte par le secret professionnel. Autrement dit, la pratique d'externalisation des services ne sonne-t-elle pas le glas du secret professionnel ?

---

[26] F. ECALLE, « L'externalisation des services publics », *FIPECO*, Juin, 2023, 6p. ; D. HOUTCIEFF, « Conventions d'externalisation de l'administration et de la gestion des sociétés : une cause à plaider … », *Gaz. Pal.*, n° 114c6, 24 janv., 2013, 2p. : J. COLBEAUX, « Externalisation : l'incertaine application de l'article L.122-12 du Code du travail », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n°27, 13 juin, 2002.

[27] M. BLONDET, « Le secret professionnel », *Loc. cit.*, p. 201.

[28] Loi n° 2019-574 portant Code pénal, *Précité*, p. 242, notamment en ses articles 447 et 448.

[29] Loi n°2013-450 du 19 juin 2013 relative à la protection des données à caractère personnel, *JORCI*, du 8 août 2013, pp. 474-482. Cette loi appréhende la donnée à caractère personnel comme « *toute information de quelque nature qu'elle soit et indépendamment de son support, y compris le son et l'image relative à une personne physique identifiée ou identifiable directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identifié physique, physiologique, génétique, psychique, culturelle, sociale ou économique* ».

[30] Loi n° 93-661 du 9 août 1993 relative au secret bancaire, *JORCI*, du 23 septembre 1993, pp. 687-689.

[31] J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Le secret bancaire : approches nationale et internationale*, Ed. Revue Banque, Paris, 2014, p. 13.

[32] D. COULIBALY, *Le secret bancaire*, *Op. cit.*, p. 1.

L'externalisation des services semble révéler le secret professionnel alors que la sanction de l'auteur de cette révélation n'est pas toujours certaine. D'abord, peu importe la forme que prend cette pratique, elle met à la disposition de tiers les informations couvertes par le secret professionnel sans le consentement éclairé de leurs titulaires. Ensuite, l'irréversibilité des informations externalisées perpétue la violation de la confidentialité professionnelle. En outre, cette méconnaissance de l'obligation au secret donne difficilement lieu à l'établissement de la responsabilité du responsable de la divulgation. L'analyse constate donc que la violation certaine (I) du secret professionnel contraste avec la responsabilité incertaine (II) des débiteurs de cette obligation.

I- UNE VIOLATION CERTAINE

La technique d'externalisation implique la communication de données personnelles au prestataire. Lesdites données concernent le plus souvent les partenaires et clients du professionnel qui externalisent ses activités. Or, les titulaires desdites données ne sont pas toujours informés de cette communication. Dans ces circonstances, Il y a une certitude de la divulgation du secret (A) et une certitude du défaut de consentement (B).

A- LA CERTITUDE DE LA DIVULGATION DU SECRET

Volontairement ou involontairement, les professionnels possèdent des données sensibles sur leurs clients ou leurs partenaires. L'externalisation par de tels professionnels de tout ou partie de leurs activités emporte très souvent une révélation évidente (1) ou une découverte assurée (2) du secret.

1- Une révélation évidente

Dans le processus d'externalisation, le professionnel révèle en connaissance de cause les données à caractère personnel de ses partenaires et clients à des tiers. En effet, l'opération d'externalisation nécessite un état des lieux des infrastructures, de l'organisation, des moyens techniques et humains sur lesquels repose l'opération. Cet état est nécessaire en ce sens que les entreprises développent des modes de fonctionnement complexes, qui ne reposent pas toujours sur des procédures écrites. En réalité, elles sont, le plus souvent, le fruit d'habitudes et d'expériences non nécessairement écrites qui perdurent tant que les affaires prospèrent. Mais, lorsqu'un tiers doit intervenir dans les activités du professionnel, il s'impose de procéder autrement en remettant les procédures à plat, en conceptualisant l'organisation, en identifiant les circuits de l'information[33].

L'externalisation appelle donc une spécification du besoin du professionnel qui souhaite externaliser. Il doit alors décrire avec précision ses objectifs, ses besoins, et les porter à la connaissance du prestataire. En pratique, cette expression de besoin se fait dans un cahier des charges[34]. Ce document est le fondement des droits et obligations des parties au contrat d'externalisation. Ce travail permet au donneur d'ordre d'exprimer clairement ses besoins au prestataire. Ainsi, le partenariat se construit sur des bases bien définies. Un tel travail emporte très souvent communication des informations et des données personnelles des clients et partenaires touchés par l'externalisation. Il implique, après coup, une méconnaissance du droit au respect de la vie privée des personnes en relation avec le professionnel qui externalise ses activités. En clair, il y a violation du secret par l'externalisation des services dans la mesure où le contrat d'externalisation a, ou a très souvent, pour objet la gestion d'activités impliquant des

[33] I. RENARD, « L'externalisation en pratique : un plan type de contrat, des clauses entièrement rédigées, tous les pièges à éviter », *Loc. cit.*, p. 26.
[34] I. RENARD, « L'externalisation en pratique : un plan type de contrat, des clauses entièrement rédigées, tous les pièges à éviter », *Id.*, p. 46.

informations confidentielles de tiers. Ces données sont, la plupart du temps, communiquées au prestataire sans l'accord préalable de leurs propriétaires.

Au-delà des violations induites par la phase préparatoire du contrat d'externalisation, la conclusion, voire l'exécution, de ce contrat, ne remédie pas à cette situation de violation volontaire du secret professionnel. Ce type de contrat emporte la méprise du droit à la protection de la vie privée étant donné que les titulaires des informations sécrètes ne sont pas associés à la conclusion dudit contrat. En d'autres termes, ni les clients, ni les partenaires du professionnel qui externalise ne consentent à l'opération d'externalisation qui porte essentiellement sur leurs informations. Il est vrai que techniquement, ces personnes sont tiers au contrat d'externalisation et dans cette optique, il ne pèse sur les contractants aucune obligation d'information à leur égard. Seulement que, ces contrats d'externalisation notamment du *cloud computing*, de *l'infogérance* ont la particularité de porter sur la matière qui intéresse ces tiers. Les paradigmes contractuels semblent contribuer à la violation du secret professionnel et de la vie privée des clients et partenaires du professionnel[35]. Il conviendrait d'infléchir l'effet relatif du contrat en exigeant dans les contrats d'externalisation l'accord, intègre et préalable des tiers intéressés non seulement à la conclusion, mais également à toute modification du contrat.

En sus, le débiteur de l'obligation au secret divulgue la vie privée de ses partenaires pour servir ses intérêts. En fait, le professionnel recourt à l'externalisation pour des raisons qui tiennent essentiellement à la prospérité de ses activités. Il externalise une activité afin, d'une part, de bénéficier d'une réduction des coûts et augmenter sa productivité[36], d'autre part, de profiter d'une mise à jour constante des outils de travail de son secteur d'activité pour améliorer ses offres, la qualité et la rapidité de ses réponses et redorer son image auprès du public. Cette situation réalise la violation de secret professionnel du banquier aux termes de l'article 30 alinéa 2 de la loi-cadre UMOA portant réglementation bancaire, transposée dans les États membres. Ce texte prescrit l'interdiction, pour les personnes tenues au secret bancaire, d'utiliser les informations confidentielles dont elles ont connaissance dans le cadre de leur activité, pour réaliser directement ou indirectement des opérations pour leur propre compte ou en faire bénéficier d'autres personnes[37].

L'argument le plus souvent mis en avant pour déclarer le respect de la vie privée des clients et partenaires dans les opérations d'externalisation, est que celui à qui l'information est révélée est lui-même soumis au secret professionnel soit par la loi soit contractuellement. Toutefois, le fait d'être légalement soumis au secret ne donne pas carte blanche au professionnel concerné d'accéder comme bon lui semble à la vie privée des autres. En effet, l'avocat, le banquier et tous les confidents nécessaires sont légalement soumis au secret professionnel. Il s'agit là d'une obligation générale instituée par la loi. Cela ne peut pas donner le droit à ces professionnels de prendre connaissance de toutes les informations sensibles des citoyens. Il est fréquent qu'un client commette un avocat en Côte d'Ivoire pour la sauvegarde de ses intérêts dans un dossier devant le juge à l'étranger. Dans la pratique, lorsque l'avocat ne veut pas

---

[35] D. ATEGBO, « Entretien et nettoyage des locaux de la banque : Des menaces sur le devoir de protection du secret bancaire », *Les banques en contact*, N°001/ Mai - Juin - Juillet 2016, p. 6.

[36] A. BRUDER, « Contrat d'outsourcing : vigilance de mise lors de la rédaction du contrat-cadre », *Loc. cit.*, p. 1 ; CNIL, « Les questions posées pour la protection des données personnelles par l'externalisation hors de l'Union européenne des traitements informatiques », *Loc. cit.*, p. 4 ; J. COLBEAUX, « Externalisation : l'incertaine application de l'article L. 122-12 du Code du travail », *Lexbase Hebdo édition sociale n°27,* 13 juin 2002, p. 1 ; E. DENECE, V. GAUDIN, « Sous-traitance et externalisation : quels risques pour les établissements financiers et les entreprises de services et de conseil ? », *Loc. cit.*, p. 2.

[37] Loi-cadre portant réglementation bancaire, Consulté le 24/10/2022, à 09h40 mn sur Mise en page 1 (bceao.int) ; voir aussi Ordonnance n° 2009-385 du 1er décembre 2009 portant réglementation bancaire, *JORCI* n° 6 du mercredi 04 juillet 2012, p. 113 et la Loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant règlementation bancaire, Consulté le 24/10/2022, à 11h sur Senegal - Loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant reglementation bancaire (www.droit-afrique.com)

effectuer le déplacement, il sollicite les services d'un de ses confrères dans l'État étranger pour le représenter dans ledit dossier. Généralement, ces conventions sont passées à l'insu du client de l'avocat. Pourtant, le client savait bien qu'il y avait des avocats dans cet État, mais il a tout de même sollicité les services de l'avocat en Côte d'Ivoire.

Dans de telles conditions, le secret professionnel de l'avocat ne peut être respecté que si l'accord intègre et préalable du client est acquis. Arguer le contraire serait soutenir que le débiteur de l'obligation au secret professionnel puisse se délier voire en disposer librement. En l'espèce, l'avocat – débiteur de l'obligation – en révélant les données à caractère personnel de son client – créancier de ladite obligation – à un tiers, viole son obligation professionnelle au secret[38]. Il peut lier ou délier son cocontractant de l'observation de ses informations personnelles ; mais, il ne le peut en ce qui concerne celles de ses clients et partenaires. Ceux-ci sont seuls maîtres des données sensibles les concernant. L'on peut aussi se trouver dans une « sous-traitance en cascade », c'est-à-dire une situation dans laquelle une fonction externalisée repose elle-même sur la sous-traitance. Ainsi, le prestataire effectif de la prestation ne dépend alors que du preneur d'ordre et non du donneur d'ordre. En clair, il n'existe pas de lien contractuel entre l'entreprise au profit de laquelle est réalisée la prestation et celle qui exécute ladite prestation[39].

Ces hypothèses montrent que le débiteur de l'obligation au secret professionnel est bien conscient de la révélation d'informations confidentielles concernant ses partenaires et clients. De tels labyrinthes juridiques, en révélant les données à caractère personnel à des personnes qui n'y ont pas droit, méprisent le secret professionnel.

L'État, aussi, fait souvent appel à des partenaires privés pour réaliser des travaux, fournir des biens ou de services ou pour prendre en charge, à plus long terme, l'exécution d'une mission de service public[40]. La dématérialisation de l'administration ivoirienne fournit un exemple palpable. L'aboutissement de ce projet permettra aux citoyens d'effectuer leurs démarches administratives par *Internet*, comme la déclaration de naissance d'un enfant à l'instar des déclarations fiscales *via* le portail *e.impôt*. La mise en place de tels outils suppose une maîtrise des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Mais, l'École Nationale d'Administration ne forme pas les fonctionnaires de l'administration ivoirienne à la maîtrise de ces technologies. Il est donc logique que l'État recoure à des particuliers chargés de créer les sites *Internets* et les bases de données des administrations, de mettre au point les programmes permettant aux autorités de communiquer entre elles, d'authentifier les signatures électroniques, d'offrir des services divers tels que l'enregistrement d'informations dans une base de données sécurisée, l'archivage des données.

De plus, ne disposant pas toujours lui-même de serveurs appropriés, la dématérialisation implique que l'État recourt à des prestataires offrant de tels services pour y loger toutes les informations produites par la numérisation. Ces partenariats public-privé n'assurent pas réellement la protection de la vie privée des citoyens en cela que l'État ne requiert presque jamais leur accord. En effet, beaucoup de partenariats public-privé impliquent l'utilisation de données à caractère personnel. Cette situation fait penser à la société à laquelle l'État de Côte d'Ivoire a confié la confection des cartes nationales d'identité et d'électeur. Ici, sans l'accord préalable des citoyens, l'État ivoirien a mis à la disposition de tiers leurs données sensibles.

[38] A. MASSON, D. SINGH, « L'externalisation de la production de services juridiques des cabinets d'avocats vers les pays à bas coût — Chroniques "Droit, Management et Stratégie", en partenariat avec l'ESSEC », *Lexbase Hebdo édition professions n˚154,* 25 juillet 2013, p. 2.

[39] E. DENECE, V. GAUDIN, « Sous-traitance et externalisation : quels risques pour les établissements financiers et les entreprises de services et de conseil ? », *Loc. cit.*, p. 7.

[40] E. DEGRAVE, Y. POULLET, « L'externalisation de l'administration, les nouvelles technologies et la protection de la vie privée », *Loc. cit.*, p. 277.

Il est ainsi établi que dans le cadre d'une opération d'externalisation, le secret professionnel est très souvent dévoilé pour les nécessités du contrat d'externalisation. L'externalisation est également l'occasion pour les prestataires de découvrir les données à caractère personnel de tiers en s'ingérant dans le cercle des confidents.

2- Une découverte assurée

Pour les nécessités de sa mission, le prestataire est amené à prendre connaissance des données sensibles aussi bien de son cocontractant que des personnes en relation d'affaires avec ce dernier.

Dans une hypothèse pratique, une banque a signé avec une société de prestation de services, un contrat d'entretien de ses locaux. L'agent chargé du nettoyage du bureau du directeur de la banque a été pris en train de photographier des dossiers rangés sur la table, à l'aide de son *smartphone*. Interrogé sur la motivation de son acte, il avoue avoir remarqué inscrit le nom de son oncle sur un dossier et que sa curiosité a été plus forte de savoir le montant que la banque avait consenti à la demande de prêt de ce dernier. Ainsi, irait-il le communiquer à son père, preuve à l'appui[41]. Cette situation est révélatrice des risques que l'externalisation des services fait courir à l'obligation au secret professionnel. En effet, les systèmes de sécurité et de nettoyage des cabinets d'avocat, d'expert-comptable, des locaux d'établissements bancaires sont le plus souvent assurés par une entreprise tierce. Tous ces contrats constituent des occasions dans lesquelles les données relatives aux opinions ou activités religieuse, philosophique, politique, syndicale, à la vie sexuelle ou raciale, à la santé, aux mesures d'ordre social, aux poursuites, aux sanctions pénales ou administratives peuvent être découvertes par ces tiers.

Si les dispositions sont prises pour ne pas filmer la saisie du code secret, il convient de dire que les caméras dans les guichets automatiques ne sont pas, nécessairement, protectrices du secret professionnel. En fait, l'usage des cartes magnétiques est conditionné à la saisie d'une signature électronique appelée code secret dans les guichets. Sauf que les caméras de surveillance dans les guichets automatiques ne sont pas désactivées lorsqu'un usager manipule son code secret. Ceci expose la vie privée de la clientèle bancaire étant donné qu'à l'exception du pré carré de saisie du code secret, tous les gestes dans ces distributeurs sont enregistrés. Pis encore, les agents chargés de la gestion de ces caméras ne sont pas tous des banquiers de formation. Ils sont, en règle générale, mis à la disposition de la banque par des sociétés de gardiennage ou de sécurité informatique. Ce type de télé visualisations qui s'apparente à du voyeurisme a pourtant été sanctionné en matière sociale par la Cour suprême de Côte d'Ivoire. Dans l'espèce, l'employeur avait fait installer une caméra dans le hall des toilettes, connectée sur un écran et un magnétoscope dissimulé dans un tiroir du bureau du Directeur Général. À cette occasion, la juridiction suprême ivoirienne a décidé que, viole la vie privée des salariés, le seul fait d'installer la caméra dans le diffuseur d'odeur et peu importe que cette installation ait été faite dans les toilettes mêmes ou dans le hall[42].

Il est vrai qu'il pèse sur les établissements de crédit une obligation de sécurité qui les oblige à faire une surveillance continue de ses locaux. Cela dit, la satisfaction de cette exigence doit se faire dans le strict respect du droit à la protection de la vie privée de la clientèle.

L'on pourrait arguer que les personnes, auprès desquelles les services sont externalisés, sont tenues contractuellement à l'observation du secret professionnel. Cet argument ne peut emporter conviction dans la mesure où elles ne contractent pas avec le créancier de l'obligation au secret ; elles le font plutôt avec le débiteur. Soutenir que cette technique permet de sauvegarder la confidentialité professionnelle serait de permettre à l'acteur passif, le débiteur,

[41] D. ATEGBO, « Entretien et nettoyage des locaux de la banque : des menaces sur le devoir de protection du secret bancaire », *Op. cit.*, p. 6.

[42] CSCJ, 05 avril 2007, arrêt n° 193, Sté UNILEVER-CI c/ salariés, *Inédit*.

du lien d'obligation de s'arroger le droit de rompre son engagement sans conséquence. Les prestataires de services d'externalisation n'ont très souvent aucun lien contractuel avec le titulaire du secret. Ainsi, toute communication à eux faite, sans l'accord du titulaire, portant sur des informations confidentielles, réalise la violation du secret professionnel. En clair, la limitation contractuelle du secret professionnel ne peut valablement se faire qu'avec le consentement du maître du secret[43].

En pratique, l'externalisation rend poreux le secret professionnel. L'entreprise qui externalise son activité contracte avec des sociétés spécialisées qui mettent à sa disposition certains de leurs salariés. De la sorte, le donneur d'ordre n'est pas directement le cocontractant des personnes qui connaissent, matériellement, les informations sensibles de ses clients et partenaires. Même si le débiteur du secret astreint son cocontractant, par les liens du contrat, à l'observation de l'obligation au secret des personnes qui sont en relation avec lui, cette obligation ne peut s'étendre aux salariés de celui-ci. Autrement, l'effet relatif des contrats s'en trouverait atteint[44]. Par voie de conséquence, celui qui réalise matériellement les tâches au sein de l'organisme tenu au secret ne peut être habilité à partager la confidentialité. Cela est vrai même s'il s'est engagé envers son employeur à garder sous le sceau du secret les informations qu'il aura apprises dans le cadre de son travail. En fait, la recherche du fondement juridique soumettant cette catégorie de personnes à l'observation de la confidentialité professionnelle est complexe à trouver. Ici, le secret professionnel disparaît dans un labyrinthe contractuel monté par le dépositaire des informations secrètes.

Le risque de piratage informatique lors de l'externalisation met aussi en danger les données personnelles des partenaires du donneur d'ordre[45]. L'acquisition et le développement d'applications, de logiciels sont, non seulement des occasions de découverte des informations confidentielles, mais aussi d'intrusion par l'insertion de failles informatiques en vue de prendre plus tard le contrôle. Les affaires de piratage informatique du 20 septembre 2010 sur les « *Cartes Prépayées Rubis* » de la BIAO-CI et du 07 août 2018 sur les « *Cartes Cristals* » du groupe NSIA démontrent qu'il ne s'agit pas d'hypothèses d'école. De plus, la mise à disposition de certains applicatifs tels que *BNIONLINE, SG CONNECT* nécessite la communication des certaines informations au prestataire. Le cas des cartes magnétiques est un exemple. En réalité, les banques ne fabriquent pas elles-mêmes ces cartes. Elles externalisent cette activité en demandant à des prestataires comme GEMALTO, OBERTHUR TECHNOLOGIE ou MORPHO de le faire. L'intervention de VISA ou du groupe Mastercard dans le processus de distribution peut exposer les informations confidentielles. Pour les besoins de ladite mission, elles donnent des informations confidentielles de tiers à ces sociétés. Pire encore, les banques ne requièrent pas l'accord préalable et éclairé de leurs clients. Dans la pratique, il arrive que les banques fassent signer des documents à leurs clients qui stipulent que, pour les besoins du service, leurs données personnelles seront communiquées à d'autres personnes morales ou physiques. Mais qu'elles s'engagent à assurer la confidentialité desdites données. De telles signatures ne peuvent valoir accords. Ces documents ne précisent pas l'identité des personnes auxquelles les banques entendent donner les informations à caractère personnel. Ils ne précisent pas, non plus, les informations qui feront l'objet de cette communication. Un tel accord, en raison de son imprécision et de son caractère général, ne peut être éclairé et donc valoir consentement du titulaire d'informations confidentielles à les révéler.

L'externalisation révèle au tiers les données à caractère personnel des clients et des partenaires du donneur d'ordre. Elle donne aussi au tiers l'occasion de découvrir le secret des

[43] T. BONNEAU, *Droit bancaire*, 15e éd., Montchrestien, Paris, 2023, p. 308 ; J.-P. BERTREL, P. DE COULIBEAUF et B. SAINT-ALARY, *Relation entreprises-banques*, Francis le Febvre, Paris, 1992.
[44] H. A-M. ASSI-ESSO, *Droit civil : les obligations*, 1ère éd., Abidjan, UIBA, 2012, pp. 183-184.
[45] E. DENECE, V. GAUDIN, « Sous-traitance et externalisation : quels risques pour les établissements financiers et les entreprises de services et de conseil ? », *Loc. cit.*, p. 20.

clients et des partenaires de celui-ci. Il en est ainsi, alors même que les circonstances, voire la technicité de l'externalisation rendent quasi impossible un consentement éclairé des clients et partenaires de l'entreprise qui externalise son activité.

B- LA CERTITUDE DU DÉFAUT DE CONSENTEMENT

La certitude du défaut de consentement du propriétaire des informations confidentielles externalisées renvoie aussi bien à l'absence totale du consentement qu'à un consentement non intègre de celui-ci. En pratique, le manque de consentement est dû, d'une part, au défaut de consentement tenant au contrat d'externalisation (1) et, d'autre part, à la technicité de l'externalisation (2).

1- Un défaut tenant au contrat d'externalisation

En raison de la nature contractuelle de l'opération d'externalisation, les clients et partenaires du professionnel qui externalise ne peuvent exprimer leur consentement. Cette idée s'explique par le fait qu'ils sont tiers à cette relation. Le contrat d'externalisation lie le donneur d'ordre et le prestataire. Le traitement des données à caractère personnel dans un tel contexte n'est pas interdit, mais il doit être subordonné au consentement exprès et préalable de toute personne concernée.

Toutefois, conformément à la loi relative aux données à caractère personnel, il peut être dérogé à cette exigence du consentement préalable sous plusieurs conditions. La première est que le responsable du traitement doit être dûment autorisé et le traitement nécessaire en vertu d'une obligation légale. La deuxième condition est que le traitement des informations confidentielles doit s'inscrire dans l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le professionnel auquel les données sont communiquées. Troisièmement, l'accord préalable de la personne concernée par les données à caractère personnel n'est pas nécessaire si la divulgation constitue l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à sa demande. Enfin, la sauvegarde de l'intérêt ou des droits et libertés fondamentaux de la personne concernée par les données sensibles peut nécessiter la communication de tels renseignements[46].

À l'analyse, deux constats s'imposent. Le premier est que l'exception qui sous-tend que l'accord préalable de la personne concernée par les données à caractère personnel n'est pas nécessaire si la divulgation constitue l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à sa demande pourrait violer la vie privée. En effet, la personne concernée par les informations confidentielles pourrait espérer que son cocontractant puisse satisfaire ses engagements contractuels tout seul. L'externalisation de ses données personnelles ne serait donc pas respectueuse de sa vie privée, car elle surprend sa volonté. Pour que la vie privée soit respectée dans de telles circonstances, il revient au professionnel, qui ne peut seul exécuter ses engagements contractuels, de requérir le consentement de la personne concernée préalablement à la divulgation des données personnelles. De plus, le recours à une autorité administrative même indépendante ne semble pas très respectueux de la vie privée. Techniquement, le pouvoir exécutif devient juge et partie. L'autorisation de manipuler les données personnelles des individus devrait être demandée au juge, traditionnellement protecteur des libertés[47].

Le deuxième constat est que l'externalisation des services des avocats, des banquiers, de la comptabilité qui n'entre pas dans ces exceptions est faite sans l'accord éclairé et préalable de

[46] Article 14 de la loi n° 2013-450 du 19 juin 2013 relative à la protection des données à caractère personnel, *JORCI* du 8 août 2013, p. 474.

[47] G. TANH, « La surveillance des données personnelles en période de pandémie : agir sans nuire ? », *Loc., cit.*, p. 81.

la personne concernée par les informations confidentielles. De même, l'externalisation des activités de l'Administration n'entre pas toujours dans les cas énumérés par la loi[48]. Elle se fait donc en violation du droit au respect de la vie privée des usagers.

Pour assurer une protection de la vie privée pendant l'exécution du contrat d'externalisation, il conviendrait d'instituer au profit de chaque personne concernée une clause d'évolution qui lui permettra de suivre l'évolution du traitement de ses données à caractère personnel. Ainsi pourra-t-elle dénoncer son accord, s'il lui paraît, à un moment quelconque de la vie du contrat, que le traitement pourrait nuire à sa vie privée. En cours de contrat, les besoins de l'entreprise qui externalise peuvent évoluer ; les techniques d'exploitation peuvent également s'améliorer[49]. Un tel changement peut créer plus de risque pour la protection des données sensibles des personnes liées au professionnel qui externalise son activité. Il conviendrait alors d'informer toutes personnes concernées par les informations confidentielles, de leur expliquer le changement, ses raisons, ses finalités et l'impact qu'il pourrait avoir sur leur vie privée.

Légalement, le responsable du traitement – le professionnel qui externalise – est tenu de mettre en œuvre toutes les mesures techniques et organisationnelles appropriées pour assurer la protection des données qu'il traite. Cette garantie couvre la destruction accidentelle ou illicite, la perte accidentelle, l'altération, la diffusion ou l'accès non autorisé, surtout lorsque le traitement comporte des transmissions de données dans un réseau, ainsi que contre toute autre forme de traitement illicite[50]. Ainsi doit-il empêcher certaines actions et garantir d'autres. Au titre des actions à prévenir, le professionnel doit empêcher toute personne non autorisée d'accéder aux installations utilisées pour le traitement de données. Ici, la question de celui qui peut autoriser l'accès aux données personnelles se pose. La première réponse serait de dire que toute personne peut être habilitée par la loi à accéder aux installations de traitement des données à caractère personnel. En raison des caractères général et impersonnel de la loi, une telle réponse ouvrirait une brèche dans la protection du secret professionnel. La loi pourrait instituer des hypothèses spécifiques qui permettraient à des personnes spécifiées d'accéder aux données à caractère personnel. Hormis ces cas d'espèce, seul le titulaire des informations sensibles, maître du secret, est autorisé à accéder à de telles installations. Celui-ci étant le seul à décider de qui peut entrer dans sa vie privée, peut autoriser un tiers à accéder à de telles données.

Le professionnel qui procède à la conservation des données sensibles doit veiller à ce que les supports de données ne puissent pas être copiés, modifiés ou déplacés ou lesdites données lues par une personne non autorisée. Pour y parvenir, il doit crypter les données ou codifier les supports. Sauf que l'externalisation de la gestion de telles données donne nécessairement la possibilité au prestataire de les décrypter ou de décoder les supports. Le plus souvent, le prestataire est chargé du stockage et du cryptage des données. Dans ces circonstances, certaines données lui sont nécessairement révélées. Il ne fait l'ombre d'aucun doute que de nombreuses autres informations sont découvertes par le prestataire dans l'exécution de sa mission. Le professionnel est aussi tenu d'assurer l'authenticité des données à lui confiées, en empêchant l'introduction non autorisée de toute donnée dans le système d'information, ainsi que toute prise de connaissance, toute modification ou tout effacement non autorisé de données enregistrées. Dans la même veine d'idée, pour les personnes autorisées, le responsable du traitement doit veiller à ce qu'elles ne puissent accéder qu'aux données relevant de leur autorisation. Il doit, *a priori*, garantir que puisse être vérifiée et constatée l'identité des tiers auxquels des données

[48] G. TANH, « La surveillance des données personnelles en période de pandémie : agir sans nuire ? », *Loc. cit.*, p. 75. C'est le cas de la dématérialisation des services de l'Administration, de la confection des cartes nationales d'identité par des entités privées.

[49] L. FALLET, G. PERRIN, « L'infogérance, délégation du système d'information », *Loc. cit.*, p. 24.

[50] Loi n° 2013-450 du 19 juin 2013 relative à la protection des données à caractère personnel, précitée en son article 29.

peuvent être transmises par des installations. Il doit, *a posteriori*, attester que peut être examinée et constatée l'identité des personnes ayant eu accès au système d'information contenant des données à caractère personnel. En sus, la nature des données qui ont été introduites, modifiées, altérées, copiées, effacées ou lues dans le système, le moment auquel ces données ont été manipulées doivent être clairement spécifiés[51].

Lorsqu'un cabinet d'avocat confie la gestion de son réseau informatique à un prestataire sans le consentement de ses clients, il s'arroge le droit d'autoriser un tiers à accéder non seulement aux installations de traitement des données personnelles, mais aussi auxdites données. Ce qui pourrait être violation du secret professionnel en ce sens que ce prestataire n'est ni autorisé par la loi ni autorisé par le propriétaire des données sensibles. Il en va pareillement d'une banque, qui a recours à l'infogérance.

Le contrat d'externalisation ne concerne que le professionnel ou responsable de traitement et le prestataire des services d'externalisation. Ainsi, les clients et les partenaires du professionnel ne peuvent se prévaloir des avantages dudit contrat. L'effet relatif du contrat s'y oppose. Pourtant, ce contrat institue un cadre de révélation des informations confidentielles à des tiers. De surcroît, si la technicité est, en règle générale, la première raison de l'externalisation, elle empêche aussi un accord éclairé du titulaire des données à caractère personnel.

2- Un défaut tenant à la technicité de l'externalisation

Le contrat d'externalisation peut paraître simple à mettre en œuvre, mais le contrôle qu'il permet d'exercer sur le prestataire est le plus souvent aléatoire[52]. Cette incertitude s'explique par la technicité ou de la technologie de pointe pour laquelle l'externalisation est pratiquée. Très souvent, l'entreprise y a recours, car elle n'a pas les ressources tant humaines que techniques nécessaires pour développer, elle-même, cette activité de façon satisfaisante. Il va sans dire qu'elle ne peut pas maîtriser et contrôler efficacement l'activité de telle manière à assurer à ses clients et partenaires la protection de leur vie privée. Dans le cadre de l'externalisation, les prestataires proposent, généralement, des offres de service parfois très sophistiquées et une expertise rare, voire unique. Il en est ainsi de la plupart des externalisations de traitements informatiques[53].

La doctrine s'accorde à dire que les risques généralement associés à l'externalisation sont notamment la perte de compétences, la perte de maîtrise de la fonction, la perte de contrôle du service et la mauvaise foi des prestataires[54]. Ainsi, le professionnel qui externalise son activité court le risque que ses informations confidentielles soient divulguées à l'extérieur, peut-être même à des concurrents. Dans ces circonstances, si le professionnel ne peut se protéger lui-même, il lui sera difficile de protéger les informations confidentielles de ses clients et partenaires. De plus, externaliser implique l'ajout à ses propres risques de divulgation des informations sensibles de ses clients et partenaires ceux de son cocontractant, prestataire extérieur[55]. Déjà dans son organisation, le professionnel, par le biais de la discrétion, communique les données sensibles à son personnel. Cette communication nécessaire n'est pas sans risque pour les données personnelles, car les salariés peuvent être source de divulgation de

[51] Loi n° 2013-450 du 19 juin 2013 relative à la protection des données à caractère personnel précitée en son article 41.
[52] E. DENECE, V. GAUDIN, « Sous-traitance et externalisation : quels risques pour les établissements financiers et les entreprises de services et de conseil ? », *Loc. cit.*, p. 16.
[53] CNIL, « Les questions posées pour la protection des données personnelles par l'externalisation hors de l'Union européenne des traitements informatiques », *Loc. cit.*, p. 14.
[54] S. BELLAAJ épse KCHAOU, *Adaptation aux risques liés aux stratégies d'externalisation : cas des entreprises industrielles tunisiennes*, *Op. cit.*, p. 47.
[55] G. ISOUARD, « La protection du secret des affaires entre tradition prétorienne et apports normatifs », *Loc., cit.*, p. 177.

tels renseignements. L'on a encore en mémoire les révélations d'Edward SNOWDEN sur les écoutes numériques de grande ampleur par la *National Security Agency* (NSA) américaine, qui a conduit le Parlement européen à adopter une résolution faisant d'une protection effective des données personnelles la condition sine qua non de la conclusion d'accords nouveaux et de la viabilité d'accords passés[56].

Dans une espèce soumise aux juges gabonais, une employée de banque a publié dans la presse et sur Internet le relevé de compte bancaire d'un client. Saisi pour connaître de ces faits, le Tribunal de première instance de Libreville a condamné, d'une part, la banque au paiement de trois cent cinquante millions de francs CFA au titre de dommages-intérêts et, d'autre part, l'employée, à six mois de prison fermes et à une amende de deux cent cinquante mille francs CFA[57]. Il est donc clair qu'en externalisant, les risques de violation du secret professionnel se multiplient.

La technicité et la complexité des services externalisés entrainent une irréversibilité des données externalisées. Cette irréversibilité constitue un risque important pour la vie privée d'une part, du professionnel qui externalise et d'autre part, des personnes en relation avec lui. L'irréversibilité des informations, objet d'externalisation, évoque l'impossibilité dans laquelle le professionnel qui externalise son activité se trouve de reprendre intégralement lesdites informations. En fait, même si le prestataire restitue les supports contenant les données personnelles, la rupture du contrat d'externalisation n'emporte pas son amnésie. De la sorte, les informations qu'il a apprises, déduites ou comprises demeurent en sa possession.

Pour que l'externalisation soit respectueuse de la vie privée de toutes les personnes concernées, celles-ci doivent être en mesure d'évaluer les risques pour la confidentialité de leurs données personnelles. À cette fin, un cahier des charges déterminant les conditions de respect et de sauvegarde des données sensibles doit être établi. Ce document devrait d'être communiqué à toute personne qui a fait confiance à un professionnel en lui communicant ses données personnelles afin qu'elle se prononce, en connaissance de cause, pour ou contre l'opération[58]. En outre, la vie privée des personnes concernées par l'externalisation serait davantage protégée si le professionnel établissait un système d'externalisation où les données à caractère personnel ne seraient connues que de lui. Il conviendrait aussi de veiller à ce que la technicité permette une réversibilité de toutes les informations externalisées à l'expiration du contrat[59]. Pour être conforme aux différents textes réglementant le droit au respect de la vie privée, toute externalisation doit être précédée du consentement, de chacun des clients et partenaires de celui qui externalise son activité. Le consentement doit porter sur l'ampleur et la sensibilité des données personnelles concernées, mais également sur l'entité prestataire[60]. L'analyse de la pratique d'externalisation et de la réglementation de la protection des données personnelles s'intéressent essentiellement aux intérêts des parties au contrat d'externalisation. Pourtant, ces opérations impliquent toujours les intérêts et la quiétude de tiers[61]. En clair, la pratique d'externalisation semble occasionner la violation du secret professionnel en cela qu'elle est, généralement sinon toujours, mise en œuvre sans l'accord préalable des titulaires des informations confidentielles dévoilées. Cela dit, l'externalisation ne semblerait pas sonner le

[56] N. OCHOA, *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, Thèse de doctorat, Université Paris I – Panthéon – Sorbonne, 2014, p. 560.

[57] Consulté le 30/11/2022 à 17 h 50 mn., sur http://www.jeuneafrique.com/Article/DEPAPA89366/secret-bancaire-violation-bgfi-bankune-banque-gabonaise-condamnee-a-payer-350-millions-de-fcfa-a-un-client.html.

[58] A. BRUDER, « Contrat d'outsourcing : vigilance de mise lors de la rédaction du contrat cadre », *Loc. cit.*, p. 1.

[59] L. FALLET, G. PERRIN, « L'infogérance, délégation du système d'information », *Loc. cit.*, p. 25 ; A. BRUDER, « Contrat d'outsourcing : vigilance de mise lors de la rédaction du contrat cadre », *Loc. cit.*, p. 2.

[60] G. VAYSSET, « Externalisation et surveillance », *Loc. cit.*, p. 6.

[61] B. DELMAS-LINEL, « Promesses du *Cloud Computing* et protection des données à caractère personnel : la remise en question du cadre juridique français et européen », *Loc. cit.*, p. 4.

glas du secret professionnel si la violation de cette valeur sociale importante pouvait être assortie de la sanction de l'auteur de ladite violation.

II- UNE RESPONSABILITÉ INCERTAINE

L'incertitude de la sanction de ceux qui divulguent le secret professionnel exprime la difficulté dans laquelle la victime se trouve, d'obtenir réparation du préjudice subi du fait de l'immixtion de tiers dans sa vie privée. Cela est dû à l'incertitude tant de la responsabilité civile (A) que de la responsabilité pénale (B) pour violation du secret professionnel.

A- L'INCERTITUDE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Les victimes de la violation du secret ne sont pas certaines d'obtenir gain de cause en mettant en œuvre la responsabilité civile de l'auteur. Cette situation tient, d'une part, à la négation préjudiciable de la nature contractuelle de l'obligation (1) et, d'autre part, à l'admission compromettante de la nature délictuelle de l'obligation (2) au secret professionnel.

1- La négation préjudiciable de la nature contractuelle de l'obligation

La difficulté de la victime, d'une violation du secret professionnel, à obliger le professionnel à répondre de son inexécution, est due essentiellement à la négation jurisprudentielle de la nature contractuelle de l'obligation au secret professionnel.

La méprise sur la nature contractuelle de l'obligation et partant de la nature de la responsabilité qui lie le titulaire d'informations sensibles au professionnel qui traite ces données a été observée dans une espèce soumise au tribunal de commerce d'Abidjan[62]. S'il est vrai qu'elle ne concernait pas une opération d'externalisation, elle impliquait le secret professionnel, notamment celui du banquier. En effet, à l'occasion d'une procédure de divorce devant le juge des affaires matrimoniales, l'épouse produisait un extrait du compte bancaire appartenant à son époux. Estimant que la banque a violé son secret professionnel en communiquant à un tiers des informations sensibles, l'époux a saisi le juge à l'effet de condamner la banque à lui payer des dommages et intérêts. Au soutien de son action, il invoque, d'une part, la loi relative au secret bancaire pour la violation du secret professionnel du banquier et d'autre part, l'article 1145 du Code civil[63] précité pour se dispenser de la charge de la preuve du dommage et du lien de causalité. La difficulté du juge était de déterminer la nature de l'obligation résultant de la violation du secret professionnel du banquier. À ce propos, le Tribunal a jugé, le 05 juillet 2013, que l'article 1145 invoqué par le demandeur à l'appui de sa demande de dommages et intérêts « *est donc inapplicable en l'espèce, dans la mesure où il se rapporte à la responsabilité contractuelle et non délictuelle* ».

Il appert que le juge nie à l'obligation issue des rapports contractuels du professionnel de banque et de ses clients, sa nature contractuelle. Or, il a, lui-même, soutenu que « *en effet, la SGBCI reconnait qu'un relevé émanant de ses services s'est retrouvé entre les mains d'une personne tierce à la convention d'ouverture de compte, qu'elle a conclu avec monsieur* (…) *et elle n'établit pas que c'est à la demande du titulaire du compte que le relevé a été délivré* »[64], consacre indirectement la nature contractuelle de l'obligation de secret professionnel. En fait, le secret professionnel est avant tout l'expression d'une obligation de loyauté qui lie normalement deux contractants[65]. C'est d'ailleurs sous cet aspect que ce secret est d'abord

[62] Tribunal de commerce d'Abidjan, Jugement, RG n°464/2013, du 05 juillet 2013, Précité.

[63] Code civil des Français de 1804, applicable au Sénégal et Dépendances par arrêté du 5 novembre 1830 et en Côte d'Ivoire par décret du 16 novembre 1896. L'article 1145 dispose que « *si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages et intérêts par le seul fait de la contravention* ».

[64] Tribunal de commerce d'Abidjan, Jugement, RG n°464/2013 du 05 juillet 2013, Précité. ; Tribunal de commerce d'Abidjan, Ordonnance, RG n° 1591/14 du 16/7/2014, Précité.

[65] D. COULIBALY, *Le secret bancaire, Op. cit.*, p. 113.

apparu ; c'est après que la loi s'en saisit, l'imposa et l'assortit de sanctions pénales[66]. Mais, le secret entre le professionnel et ses clients n'a pas perdu, pour autant, sa nature contractuelle[67]. À l'instar de tout secret professionnel, le secret bancaire se crée dans un cadre contractuel pour ce qui est de sa dimension banque client. Encore que, même institué par la loi, le secret professionnel déploie tous ses effets dans le cadre contractuel. D'ailleurs, même à l'égard des tiers, le professionnel n'engage, généralement, sa responsabilité délictuelle que parce qu'il est en contrat avec son client. Le tiers intéressé par le secret étant, lui-même, dans la plupart des cas, le cocontractant du client de ce professionnel.

Pour une partie de la doctrine, même s'il n'est pas expressément stipulé dans le contrat, le secret professionnel est toujours sous-entendu. Il s'agit, alors, d'une obligation contractuelle implicite[68]. Dans la réalité, en confiant ses données sensibles au banquier, à l'avocat, voire à l'administration, le client ou l'usager fait aussi une offre implicite de voir lesdites informations conservées sous le sceau du secret. Dès lors, toute obligation qui en serait issue emporte la nature contractuelle. La violation de cette obligation emporterait la responsabilité contractuelle[69] du professionnel que cette violation soit due à son fait personnel ou à celui d'un tiers dont il doit répondre[70].

En outre, pour débouter le demandeur, le tribunal estime que si l'exigence de la faute du débiteur de l'obligation au secret professionnel du banquier est satisfaite, celle du préjudice reste à démontrer. Pourtant, toute confiance abusée est source de torture morale et donc d'un préjudice qui doit être réparé[71]. Encore qu'aussi bien pour la lettre que pour l'esprit de l'article 1145 du Code civil napoléonien précité, l'octroi de dommages et intérêts est systématique en cas de violation d'une obligation de *non facere*.

L'obligation au secret professionnel est, non seulement, une obligation *de non facere*[72], mais aussi une obligation de résultat. C'est une obligation de ne pas faire en ce qu'il est interdit aux professionnels de divulguer les informations qui leur sont confiées. C'est aussi une obligation de résultat, car, dans les faits, le professionnel ne s'oblige pas seulement à mettre tous les moyens en œuvre pour ne pas profaner la confidence qui lui a été confiée. D'une part, il promet de ne pas révéler ces informations à autrui. D'autre part, il s'engage à ne pas laisser un tiers découvrir le secret. C'est le résultat qui est promis. Cette acception de la confidentialité professionnelle a été bien comprise par une cour d'appel du Luxembourg le 2 avril 2003[73]. Dans cette espèce, un client reprochait au banquier la révélation de son secret à des autorités fiscales étrangères. Réformant partiellement le jugement du tribunal, la Cour d'appel de Luxembourg a précisé qu'« *il est dans le cours normal des choses que les renseignements confiés lors de la conclusion d'un contrat avec une banque puissent être gardés secrets. Il n'y a pas d'aléa particulier que ce résultat, qui rentre dans les prévisions des parties au contrat et que le*

[66] M. CONTAMINE-RAYNAUD, « Le secret bancaire et le contrôle de l'État sur les opérations de change et sur leurs effets délictuels », *In, Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46 n° 2, Avril-juin 1994, p. 487.

[67] G. ISOUARD, « La protection du secret des affaires entre tradition prétorienne et apports normatifs », *Loc., cit.*, p. 180.

[68] Le secret bancaire sous-tend une obligation en vertu de laquelle son titulaire peut exiger de l'obligé une abstention. Sur les obligations implicites voir : N. SILUÉ, « L'obligation implicite de l'employeur », *In, Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, n° 2, 2015, p. 113.

[69] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Droit bancaire*, 10e éd., Dalloz, 2010, p. 41.

[70] J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Le secret bancaire : étude de droit comparé (France – Suisse – Luxembourg)*, Thèse, Tome I et II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, pp. 309-319.

[71] D. COULIBALY, *Le secret bancaire, Op. cit.*, p. 146.

[72] Article 1126 du Code civil de 1804 : tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, c'est-à-dire une obligation « *de dare* » qui consiste à transférer la propriété d'un bien. Il peut aussi consister à ce qu'une partie s'oblige à faire « *de facere* » consistant à accomplir une prestation positive. Ou encore à ne pas faire, obligation « *de non facere* ». Cette dernière hypothèse imposant une abstention consiste à s'abstenir de certains actes comme l'interdiction de révéler les informations bancaires.

[73] Cour d'appel du Luxembourg, 2 avril 2003, Précité, p. 52.

législateur protège par des sanctions pénales, ne soit pas atteint »[74]. Cette position prétorienne qui consacre clairement la nature de l'obligation de résultat issue des rapports entre le professionnel de banque et son client pourrait s'appliquer à tous les secrets professionnels. En raison de sa logique, cette décision pourrait inspirer les juges ivoiriens en cas de saisine sur la même question. Suivant cette jurisprudence, le client dont la vie privée a été profanée n'a pas à faire la preuve d'un quelconque dommage encore moins d'un lien de causalité. Le juge doit donc se contenter de constater la violation de l'obligation d'abstention, qui serait ici, la divulgation d'une donnée secrète. Dès lors que cette constatation est faite, le juge se doit d'allouer des dommages et intérêts à la victime en tenant compte de l'importance, de l'impact de l'information divulguée ainsi que les circonstances de sa divulgation. La négation de la nature contractuelle de l'obligation au secret professionnel dans la relation banquier-client pourrait affaiblir la protection qu'il offre.

Il est constant que le secret professionnel qui pèse sur le professionnel à l'égard de son client, déploie ses effets dans le cadre contractuel et l'engagement qui en résulte est une obligation contractuelle. Celle-ci est à la fois une obligation de ne pas faire et une obligation de résultat. Il est tout aussi établi que le secret professionnel peut produire ses effets en l'absence de tout contrat. C'est l'hypothèse où le professionnel divulgue les informations confidentielles d'une personne sans être contractuellement lié à celle-ci. Sauf que la responsabilité délictuelle qui devrait sanctionner une telle violation est aussi incertaine.

2- L'admission compromettante de la nature délictuelle de l'obligation

La victime d'une violation du secret professionnel peut ne pas être en relation contractuelle avec le professionnel qui viole son obligation. Ainsi, deux types d'obligations peuvent naître à l'encontre du professionnel. Il peut s'agir d'une obligation contractuelle si la victime est liée au professionnel par un contrat ou d'une obligation délictuelle si elle n'a aucun lien contractuel avec l'auteur de la violation. Sauf qu'en Côte d'Ivoire, le juge compétent en matière commerciale a estimé que l'obligation issue des rapports entre le professionnel tenu au secret et ses clients a un caractère extracontractuel. Pour lui, la violation du secret professionnel entraine la responsabilité extracontractuelle, quelles qu'en soient les circonstances. Cette responsabilité implique que la victime satisfasse aux conditions posées par l'article 1382 du Code civil napoléonien encore applicable en Côte d'Ivoire pour avoir réparation. Cette exigence rend hasardeuse la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle du professionnel tenu au secret.

Pourtant, le banquier accomplissant une mission de service public, entendu au sens large, voit ses obligations de prudence, de vigilance et de diligence renforcées[75].

Dans un premier temps, le fait générateur de responsabilités renvoie à un évènement, fait juridique, volontaire ou non, qui a causé un dommage[76]. Il peut s'agir d'une faute, c'est-à-dire la transgression d'un devoir préexistant ou méconnaissance d'un standard de conduite abstrait qui se retrouve dans ce qui n'est pas permis par la normativité[77]. L'on se réfère ici à l'élément psychologique de la faute, à son imputabilité entendue comme la capacité requise pour l'imputation de l'acte à l'agent. Le fait générateur peut aussi être une imprudence ou une omission. Contrairement à la faute, l'auteur n'a pas véritablement conscience du caractère illicite de l'acte générateur de responsabilités. Le fondement de la responsabilité peut être constitué par un risque même si cette modalité-ci est peu probable en matière de secret professionnel. En matière d'externalisation des services, même si elle peut être faite par erreur,

[74] Cour d'appel du Luxembourg, 2 avril 2003, Précité.
[75] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Droit bancaire*, *Op. cit.*, p. 43.
[76] F. TERRE, P. SIMLER, et *al.*, *Droit civil : les obligations*, *Op. cit.*, p. 999.
[77] P. PHILIPPE, « La place de la responsabilité objective notion et rôle de la faute en droit français », *In, Revue juridique de l'Ouest*, 4, 2010, pp. 408.

négligence ou imprudence, la révélation des données personnelles est, en règle générale, consciente.

Ensuite, le dommage désigne la lésion subie, l'atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne ou plus généralement l'atteinte à un droit. Le dommage se distingue du préjudice en ce que le premier évoque toute atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité, d'une situation et par extension, toute atteinte à un droit ou un intérêt, objectivement perceptible, existant indépendamment de l'idée que peut s'en faire la personne qui en est victime et des conséquences diverses qu'il peut avoir pour elle[78]. Le deuxième – le préjudice – désigne la répercussion que le dommage a sur la personne de la victime. Il peut s'agir de répercussion sur ses avoirs, son économie, son être ou son état mental[79]. Plus concrètement, il s'agit des diverses conséquences, qu'elles soient patrimoniales ou extrapatrimoniales, découlant du dommage à l'égard de la victime de celui-ci. C'est ainsi qu'un dommage unique peut générer des préjudices multiples. Dans le cadre de l'externalisation des services, le dommage est constitué par l'intrusion de tiers dans l'intimité du partenaire du professionnel qui externalise son activité. Le préjudice résulte, quant à lui, de la souffrance morale subie par la personne dont l'intimité est dévoilée.

Enfin, pour engager la responsabilité délictuelle, il faut un lien de causalité, c'est-à-dire une relation de cause à effet entre le fait générateur et le préjudice subi ; car, il ne suffit pas à la victime d'un dommage d'établir l'existence d'une faute pour obtenir la condamnation de son auteur à la réparer[80]. Le lien de causalité peut s'apprécier comme le rapport de cause à effet qui lie le fait générateur de responsabilités au dommage souffert par la victime[81]. Il s'agit de l'élément intellectuel qui permet d'établir une corrélation entre le fait dommageable et le dommage lui-même. Ce lien permet d'apprécier que la faute alléguée a effectivement et directement causé le dommage dont se plaint la victime[82].

La caractéristique d'obligation de *non facere* du secret professionnel fait que la réunion de ces éléments classiques de la responsabilité civile délictuelle est une gageure. Cette exigence constitue un risque pour la protection de la vie privée des citoyens. Il semble, cependant, certain que l'inexécution d'une obligation au secret ne se répare pas ; si une information stratégique est divulguée, le mal est fait, et l'autre partie éprouvera souvent de grandes difficultés d'une part à établir la preuve de la faute commise, et d'autre part le quantum du préjudice subi[83].

Pour éviter une telle inefficacité du droit à protéger les données à caractère personnel des citoyens, un juge français a décidé que la simple divulgation du secret professionnel emporte systématiquement indemnisation[84]. Dans l'espèce, une société de presse avait publié un article relatif à la vie sentimentale d'une princesse intitulé « *C. et V. L., désormais ils se montrent au grand jour* ». La princesse avait obtenu du tribunal de grande instance de Paris, sur le fondement de l'article 9 du Code civil français[85], la condamnation de la société de presse à des dommages

[78] R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Dalloz/Revue de science criminelle et de droit pénal comparé/3 n° 3*, 2010, pp. 561-562.
[79] F.-P. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé », *JCP 1957, I, 1351*, n°11 et s.
[80] CSCJ, 09 déc. 2003, Arrêt n° 559, *CNDJ, Recueil des Arrêts de la Cour Suprême* n° 4, 2000, pp. 55-57 ; CSCJ, 06 juil. 2006, Arrêt n° 390/06, *CNDJ, Recueil des Arrêts de la Cour Suprême* n° 3, 2007, p. 61 ; CSCJ, 14 janv. 1992, Arrêt n° 01, Pourvoi n° 70-93 S, du 28 mars 1991.
[81] P. MALAURIE, L. AYNÈS et *al*., *Les obligations*, *Op. cit.*, p. 45.
[82] M. LATINA, « Devoir de conseil et lien de causalité », *Lextenso, Defrénois*, n°12, 30/06/2016, p. 702.
[83] I. RENARD, « L'externalisation en pratique : un plan type de contrat, des clauses entièrement rédigées, tous les pièges à éviter », *Loc. cit.*, p. 50.
[84] Civ. 1re, 5 nov. 1996, H. CAPITANT, F. TERRE et *al*., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1, Introduction personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions, Op. cit*., p. 149.
[85] Code civil français, édition 2022 en son article 9 dispose que « *Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre,*

et intérêts. Alors que la défenderesse au pourvoi sollicitait l'application de l'article 1382 du Code civil, le juge suprême français a décidé que « *la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation* »[86]. Il est vrai que cette décision n'est pas du droit positif ivoirien, mais la disposition qui l'a fondé résume très bien l'esprit des lois protégeant la vie privée en Côte d'Ivoire. Les juges ivoiriens devraient donc suivre cette posture de la Cour de cassation française.

De ce qui précède, l'externalisation entraine une immixtion fautive dans la vie privée des clients et partenaires du donneur d'ordre ; sauf que la sanction d'une telle immixtion est difficile au plan civil. La mise en œuvre de la responsabilité pénale, pour cette cause, semble toute aussi une arlésienne.

B- L'INCERTITUDE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

En matière d'externalisation des services, les dispositions législatives incriminant la divulgation du secret existent ; même si elles ne sont pas mises en œuvre. L'analyse conclut donc à une responsabilité pénale appréciée en théorie (1) contrebalancée par une responsabilité dépréciée en pratique (2).

1- Une responsabilité appréciée en théorie

Pour protéger la vie privée par le biais du secret professionnel, le législateur a pris le soin d'incriminer et d'assortir de diverses sanctions la violation du secret professionnel. En pratique, la sanction pénale, en matière de répression de la violation du secret professionnel, est fonction de la spécificité du secret professionnel concerné.

Pour les professionnels dépositaires de données à caractère personnel qui ne sont pas soumis à un texte pénal spécial s'appliqueront, les articles 447 et 448 du Code pénal[87]. Le premier de ces textes punis d'un emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de cinquante mille à cinq cent mille de francs chacun de ses dépositaires, par état ou profession ou par fonction temporaire ou permanente d'un secret qu'on lui confie, qui, hors le cas où la loi oblige ou autorise à se porter dénonciateur, révèle ce secret. Le second, quant à lui, réprime d'un emprisonnement d'un à trois mois et d'une amende de cinquante mille à cinq cent mille de francs celui qui, sans autorisation, révèle un fait secret par nature ou déclaré secret par la juridiction ou l'autorité saisie, parvenue à sa connaissance au cours d'une procédure judiciaire ou administrative à laquelle il a assisté soit comme partie, soit comme témoin, interprète ou représentant d'une des parties.

Techniquement, les professionnels, responsables de traitement, régis par la loi relative à la protection des données à caractère personnel, sont soumis à l'article 447 précité. En effet, cette dernière loi interdit non seulement la prospection des données sensibles, leur manipulation et leur divulgation. Cependant, elle n'assortit pas la violation de cette prescription de sanctions pénales. Il en est de même de la loi instituant le Code de déontologie médicale et de celle portant orientation de la politique de la santé publique[88] qui interdit la violation du secret médical sans déterminer la sanction pénale en cas de non-respect de cette obligation. La dernière loi citée dispose même en son article 82 que « *l'État garantit le respect du secret médical* ». Aussi les

saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

[86] Civ. 1re, 5 novembre 1996, H. CAPITANT, F. TERRE et *al*., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1, Introduction personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions, Op. cit*., p. 149.

[87] Loi n° 2019-574 portant Code pénal, *Précité*, p. 242, notamment en ses articles 447 et 448.

[88] Loi n° 62-248 du 31 juillet 1962 instituant un Code de déontologie médicale, *JORCI* du 16 août 1962, p. 964 ; La loi n° 2019-677 du 23 juillet 2019 portant orientation de la politique de santé publique en Côte d'Ivoire, *JORCI*, du 07 octobre 2019.

textes régissant la profession d'avocat imposent-ils clairement à ces professionnels le respect du secret professionnel, mais ne prévoient pas de sanctions pénales spécifiques[89].

La loi relative au secret bancaire, notamment l'article 21, s'applique au professionnel de banque[90]. Les sanctions encourues pour la violation du secret professionnel du banquier varient en fonction des circonstances du délit. L'agent de l'établissement de crédit qui commet l'acte de révélation du secret bancaire et dont la responsabilité pénale est établie, subira une peine d'emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de deux cent mille à deux millions de francs CFA. En cas de récidive, la peine sera portée au double. Celui qui, sans le révéler à autrui, utilise les informations bancaires dont il a connaissance dans le cadre de ses activités pour réaliser directement ou indirectement des opérations pour son propre compte ou en faire bénéficier d'autres personnes sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de dix millions à cent millions de francs CFA, ou de l'une de ces deux peines seulement. En cas de récidive, le maximum de la peine pourra être porté à cinq ans d'emprisonnement et à trois cents millions de francs CFA d'amende[91]. Si l'infraction est commise par voie de presse, la publication, la diffusion, la divulgation et la reproduction du contenu du secret sont punies d'un emprisonnement de quatre mois à deux ans et d'une amende de cinq cent mille à cinq millions de francs CFA. Pour ce qui est de cette dernière sanction, il conviendrait de prévoir aussi le retrait et la destruction des supports de diffusion du contenu du secret. Par exemple, si un journal de la presse écrite violait le secret professionnel, le numéro de publication portant cette information pourrait être saisie et détruit pour mettre fin à l'expansion de la violation[92].

Le fait générateur de la responsabilité pénale correspond à un comportement qui viole la loi pénale. L'élément matériel du délit de violation du secret professionnel consiste en la divulgation d'une information confiée à un dépositaire par état ou profession ou par fonction temporaire ou permanente. Cette divulgation peut se faire par un acte positif, mais également par un acte négatif, une abstention. À titre d'exemple d'infraction de violation du secret professionnel par commission, il y a le fait pour le dépositaire d'informations secrètes de les porter à la connaissance de tierces personnes ou du public. La forme de la transmission desdites informations est sans importance. Il peut s'agir d'un écrit, d'une parole, voire d'un geste qui porte un renseignement. Les mobiles qui ont poussé à cette révélation sont, pareillement, sans importance, car, l'infraction de violation du secret professionnel ne suppose pas nécessairement une intention de nuire. Cependant, il n'est pas exclu qu'une omission puisse consommer la violation du secret professionnel. Il en irait ainsi du débiteur de l'obligation au secret professionnel qui manquerait de prendre un acte que la loi ou le contrat lui imposait. Par exemple, le gestionnaire de fichiers informatiques contenant les données personnelles de la clientèle, qui omettrait de prendre les dispositions techniques nécessaires à la protection

---

[89] Pour la profession d'avocat : les articles 6, 44, du Règlement n° 05/CM/UEMOA relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'avocat dans l'espace UEMOA, du 25 septembre 2014 et l'article 77 de la loi n° 81-588 du 27 juillet 1981, réglementant la profession d'avocat, *JORCI* n° 38 du jeudi 03 septembre 1981, p. 465. Pour le médecin : l'article 7 de la loi n° 62-248 du 31 juillet 1962 instituant un code de déontologie médicale, *JORCI*, du 16 août 1962, p. 964.

[90] La loi n° 93-661 du 9 août 1993 relative au secret bancaire, *JORCI* du 23 septembre 1993, pp.687-689 dispose en son article 21 que « *est considéré comme délit de violation du secret bancaire, l'acte de révélation ou de divulgation du secret. Le désistement de la victime n'a aucune incidence sur les poursuites. L'action publique se prescrit par trois ans à compter de la commission du délit. Si la violation de la discrétion a été répétée, le délai ne commencera à courir qu'à partir du dernier acte de révélation. Le délit de violation du secret bancaire sera puni d'une peine d'emprisonnement de un mois à un an et d'une amende de 200.000 francs à 2.000.000 de francs. En cas de récidive, la peine sera portée au double. Si l'infraction est commise par voie de presse, la publication, la diffusion, la divulgation et la reproduction du contenu du secret sont punies d'un emprisonnement de quatre mois à deux ans et d'une amende de 500.000 à 5 millions de francs* ».

[91] Article 70 de la Loi-cadre portant réglementation bancaire UMOA, précitée.

[92] D. COULIBALY, *Le secret bancaire*, *Op. cit.*, p. 162.

desdites données. En la matière, l'élément matériel ne suffit pas, à lui seul, à engager la responsabilité pénale du délateur. Il lui faut adjoindre un élément intentionnel.

L'élément moral ou dol criminel exprime un principe général de droit qui veut qu'il n'y ait pas de crime ou de délit sans intention de le commettre[93]. L'exigence de l'élément intentionnel implique que l'acte ait été l'œuvre de la volonté de son auteur. Il s'agit du lien entre l'acte et son auteur qui suppose la conscience du fait infractionnel. En clair, c'est la volonté tendue à dessein vers un but interdit par la loi pénale[94]. En ce qui concerne le secret professionnel, le défaut d'élément intentionnel accompagnant la révélation, comme vouloir porter à la connaissance d'autrui une information connue en raison de sa profession, n'emporte pas un délit pénal[95]. Dès lors, si une telle divulgation peut donner lieu à des dommages et intérêts, elle ne saurait être punie pénalement.

La recherche de l'élément moral qui impose à la partie poursuivante de rapporter la preuve de la volonté du professionnel dans la révélation du secret pourrait être une échappatoire pour ce dernier. Du fait du caractère professionnel des débiteurs au silence, l'élément moral, même s'il doit être prouvé, pourrait être induit[96]. En sus, en raison du caractère fondamental du droit au respect de la vie privée et de la nature d'obligation de sécurité qui pèse aussi sur le professionnel, il siérait de faire de la violation du secret professionnel une infraction involontaire. Ainsi, les professionnels doubleraient davantage de vigilance dans le traitement et la circulation des données à caractère personnel. En matière d'externalisation, la faute est pratiquement toujours imputable à la volonté du professionnel. Les éléments matériel et moral sont donc constants dans les opérations d'externalisation en ce qu'elles impliquent, généralement, le transfert volontaire et conscient des données à caractère personnel sans l'accord préalable de leurs titulaires. En réalité, le professionnel qui externalise son activité sait pertinemment qu'il met ou mettra à la disposition du prestataire des informations qui ne sont pas les siennes. Il divulgue donc des éléments couverts par le secret professionnel en toute connaissance de cause.

Il est constant que la vie privée de tout citoyen est pénalement protégée. Cette protection tire sa source d'une part dans le Code pénal et d'autre part dans les lois spécifiques à certains secteurs d'activités. Dans le même souci de protection du secret professionnel, la loi portant Code de procédure pénale en son article 6 donne la possibilité de mettre en mouvement l'action publique tant au ministère public qu'à la victime. Malheureusement, cet effort du législateur contraste avec une absence de mise en mouvement de l'action publique aussi bien par la victime que par le ministère public pour violation du secret professionnel.

2- Une responsabilité dépréciée en pratique

Le secret professionnel semble constamment violé notamment dans les opérations d'externalisation. Mais, la seule réunion des éléments constitutifs de la violation du secret professionnel ne suffit pas à aboutir à la sanction du délateur. Encore faut-il que l'action publique soit mise en mouvement. L'action publique est mise en mouvement et exercée au nom de la société, principalement par le parquet et subsidiairement par les fonctionnaires et agents auxquels elle est confiée par la loi et la victime[97]. Elle a pour objet d'enclencher l'application

---

[93] B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, 21e éd., SIREY, 2018, p. 125.
[94] B. BOULOC, *Droit pénal général*, 19e éd., Dalloz, Paris, 2005, p. 232.
[95] B. BOULOC, « Le secret professionnel du commissaire aux comptes », *Loc. cit.*, p. 2. : « *Le délit de violation du secret professionnel requiert un élément intentionnel. Faite par imprudence ou négligence, la révélation peut constituer une faute civile donnant lieu à des dommages-intérêts. En revanche, elle devient délit si la révélation est faite en connaissance de cause, mais le mobile importe peu. En particulier, il n'est pas nécessaire que l'agent ait eu la volonté de nuire à autrui* ».
[96] P. VERDIER, « Secret professionnel et partage des informations », *Loc. cit.*, p. 8.
[97] Article 6 de la loi n°2018-975 du 27 décembre 2018 portant Code de procédure pénale, *Précité*, p. 49.

de la loi pénale à l'auteur du fait infractionnel et la réparation du dommage causé à la société[98]. Le soin de mettre en jeu l'action publique revient en premier lieu au ministère public[99]. Il jouit également d'un quasi-monopole dans l'exercice de cette action. Il a pour rôle de recevoir les plaintes et les dénonciations et d'apprécier la suite à leur donner. Ainsi, ni le retrait de la plainte ni la rétractation de la victime n'éteignent l'action publique ni n'arrêtent les poursuites engagées contre les personnes impliquées dans la violation d'une loi pénale et donc du secret professionnel. Le dernier alinéa de l'article 51 du Code de procédure pénale renforce cet argument en disposant que toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République. L'expression « *autorité constituée* » renvoie aux procureurs de la République, aux juges d'instruction, aux maires et à leurs adjoints, aux directeurs, commissaires, et officiers de police, aux sous-officiers de gendarmerie, commandants de brigade ou chefs de poste[100]. Les catégories de fonctionnaires qui ont le droit de déclencher une telle action sont les inspecteurs et agents assermentés des Eaux et forêts, les gardiens particuliers assermentés[101].

La loi, en multipliant le nombre de personnes qui peuvent prendre l'initiative de l'action publique, crée un cadre théorique favorable à la protection du citoyen et donc du client contre la violation de ses droits, notamment son droit au respect de la vie privée. En effet, l'action étant ouverte à une multitude de personnes, chacune d'elles se trouve constituée gardienne du secret. Toutes ces personnes ont pour mission de dénoncer les violations du secret professionnel en ce que sa divulgation est un délit pénal dont la poursuite n'est pas subordonnée à la seule plainte de la victime. Ainsi, les débiteurs de cette obligation se trouvent dans un système de contrôle à plusieurs niveaux, ce qui devrait les obliger à redoubler de vigilance dans la protection des données à caractère personnel de leurs clients et partenaires. Sauf qu'aucune action pénale, connue de cette étude pour violation de secrets professionnels notamment dans le cadre d'une externalisation, n'a été intentée en Côte d'Ivoire à ce jour, alors qu'il y a eu des cas de violation de ce droit comme l'atteste la jurisprudence[102].

Cette inaction des autorités de poursuite pourrait être difficile à justifier. Elle ne pourrait pas s'expliquer par le choix par elles fait de ne pas s'ingérer dans une économie libérale. Non plus l'argument de la peur d'entraver le développement des activités économiques ne pourrait convaincre en raison de ce que l'État, lui-même, a érigé le droit à la protection de la vie privée au rang de norme fondamentale de la personne[103]. Aussi, demander aux parties au contrat d'externalisation de respecter la vie privée de leurs clients et partenaires ne constitue en rien un interventionnisme de l'État dans les activités économiques capable de décourager l'investissement. Il ne s'agit là que d'une réglementation et non d'une interdiction de la pratique d'externalisation. De plus, cette réglementation est un gage de sécurité pour les investisseurs aussi bien nationaux qu'étrangers.

---

[98] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Op. cit*. p. 27.

[99] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Op. cit.*., p. 657. Le ministère public est défini d'une manière générale comme l'organe qui fait partie d'une juridiction, mais y assume un rôle à part, consistant à inviter les magistrats du siège à juger de telle façon : soit dans le sens du gouvernement et, le cas échéant, sur instructions de celui-ci, devant les tribunaux judiciaires, soit pour des raisons de droit ou de fait qu'il formule librement, devant les juridictions administratives ou judiciaires *« la plume est serve, mais la parole est libre »*.

[100] Article 27 de la loi n°2018-975 du 27 décembre 2018 portant Code de procédure pénale, *Précité*, p. 51.

[101] Les articles 34 à 41 de la loi n°2018-975 du 27 décembre 2018 portant Code de procédure pénale, *Précité*, p. 52.

[102] CSCJ, 05 avril 2007, arrêt n° 193, Sté UNILEVER-CI c/ salariés, *Inédit* ; Tribunal de commerce d'Abidjan, Jugement RG n°464/2013, du 05 juillet 2013, Précité. *;* Tribunal de commerce d'Abidjan, Jugement, RG n°687/2013 du 12/07/2013, *Précité.* ; Tribunal de commerce d'Abidjan, Jugement, RG n°027/2013, du 17/01/2013. ; Tribunal de commerce d'Abidjan, Ordonnance de référée, RG n°1591/14, du 16/07/2014.

[103] G. TANH, « La surveillance des données personnelles en période de pandémie : agir sans nuire ? », *Loc., cit.,* p. 81.

L'inertie, des autorités chargées de veiller aux intérêts de la société dans les opérations d'externalisation, expose cette valeur sociale fondamentale. En sus, la victime qui devrait suppléer la défaillance des autorités publiques en mettant en mouvement l'action publique reste muette face à la méconnaissance de son droit au respect de la vie privée. Cette inaction de la partie lésée par l'infraction rend incertain le déclenchement de l'action publique par le biais de l'action pénale privée[104]. Alors que le Code de procédure pénale en son article 6 alinéa 2 donne à toute personne dont l'intimité a été profanée les moyens d'au moins déclencher l'action publique en vue de son exercice par l'autorité compétente. Ainsi peut-elle mettre en mouvement l'action publique par citation directe[105], plainte[106] ou plainte avec constitution de partie civile[107]. Les justiciables ivoiriens doivent prendre leur courage et saisir le juge pénal pour de tels faits pour pallier l'inertie voire l'indifférence des autorités publiques de poursuite.

En somme, l'incertitude de la responsabilité civile ne favorise pas une protection du secret professionnel dans les opérations d'externalisation des services. Au plan pénal, même si le législateur a joué sa partition, non seulement, en incriminant ce phénomène, mais aussi en prévoyant des sanctions pénales, les acteurs tant privés que publics chargés de la mise en mouvement et de l'exercice de cette action ne semblent pas montrer d'enthousiasme à poursuivre cette infraction.

Conclusion

L'analyse sur le secret professionnel retient que plus un secret a de gardiens, plus il s'échappe[108]. La pratique d'externalisation des services occasionne la divulgation du secret professionnel. Ceci viole la vie privée des clients et partenaires du donneur d'ordre en ce qu'ils ne consentent pas à ce que leurs informations soient divulguées. Pire encore, ils ne sont pas sûrs de pouvoir engager la responsabilité de leur bourreau. Cela dit, dans une économie globalisée et mondialisée, l'externalisation des services se présente comme une nécessité. Mais, si elle est une démarche stratégique bénéfique pour l'entreprise qui externalise, l'externalisation doit tenir compte des intérêts des personnes qui sont en rapport d'affaires avec le professionnel qui y a recours. Dans cette optique, ces personnes doivent toutes consentir à l'externalisation des informations les concernant.

[104] G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, Thèse de doctorat, Université de Bordeau, 2014, p. 455.
[105] O. FANDJIP, « Les ''citations directes'' en droit camerounais du contentieux administratif », *Jurisdoctoria n° 8*, 2012, p. 135.
[106] B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale : responsabilité pénale, enquêtes et procès, exécution des sanctions*, *Op. cit.*, p. 646.
[107] Article 106 de la loi n° 2018-975 du 27 décembre 2018 portant Code de Procédure pénale, *Précité*, p. 58.
[108] G. ISOUARD, « La protection du secret des affaires entre tradition prétorienne et apports normatifs », *Loc., cit.*, p. 177.