

CONFIDENTIALITE ET AMIABLE
Ordre des avocats de Paris
22 septembre 2021

Modératrice :

Martine Bourry D'antin

Intervenantes :

Soraya Amrani Mekki

Charlotte Butruille Cardew

Carine Denoit Benteux

Qu'est ce que la confidentialité ?

- Définition Larousse : Caractère d'une information confidentielle ; secret. Donc lié au secret
- Enjeux :
 - intérêt des modes amiables (/ / Arbitrage)
 - Quelles sanctions en cas de non respect : irrecevabilité de la preuve, responsabilité civile, pénale, disciplinaire ?
 - Critère de choix du mode amiable : Processus collaboratif, Médiation, procédure participative. NB : pas de confidentialité de la médiation pénale *Crim 12 mai 2014, n°03-82.098 : « Attendu que, contrairement à ce qui est allégué, les juges n'ont pas méconnu les dispositions de l'article 24 de la loi du 8 février 1995, lesquelles, en vertu de l'article 26 de cette même loi, ne sont pas applicables aux procédures pénales ».*

Domaine de la confidentialité

- Engagement légal, par référence à un règlement, adhésion à un centre, par contrat...
- Types de confidentialité
 - Confidentialité interne et confidentialité externe
- Personnes tenues par la confidentialité
 - Confidentialité imposée au médiateur/conciliateur : obligation légale et déontologique
 - Confidentialité imposée aux parties : liberté et responsabilité contractuelle
 - Confidentialité imposée aux avocats : secret professionnel, responsabilité pénale et disciplinaire
- Éléments couverts par la confidentialité
 - Correspondances d'avocats
 - Déclaration et constatations
 - Pièces échangées

Réglementation existante

Directive européenne applicable à la médiation ET à la conciliation, 21 mai 2008, art 7:

La confidentialité est importante dans le cadre du processus de médiation et la présente directive devrait par conséquent prévoir un degré minimum de compatibilité entre les règles de procédure civile concernant les modalités de protection de la confidentialité de la médiation dans toute procédure ultérieure, qu'il s'agisse d'une procédure judiciaire civile ou commerciale ou d'un arbitrage.

Étant donné que la médiation doit être menée de manière à préserver la confidentialité, **les États membres veillent à ce que, sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci excepté».**

a) lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'État membre concerné, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne; ou

b) lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord.

Applicable à la médiation et à la conciliation (pas de différence)

Vise le médiateur et les « *participants à l'administration du processus de médiation* »

Refuse qu'ils soient « tenus de » mais ne dit pas si peut être spontané

Transposition de la directive en droit français

Article 1531 CPC : générique Médiation et conciliation conventionnelle:

*La médiation et la conciliation conventionnelles sont soumises au **principe de confidentialité** dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée.*

Art 21-3 L. 8 février 1995 :

« Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.

Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.

Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :

- a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;
- b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.

Lorsque le médiateur est désigné par un juge, **il informe ce dernier de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord** ».

Vise le tiers ou les parties également ?

La confidentialité continue de couvrir ce qui s'est passé **en amont de l'accord**, la levée du secret ne portant que sur le contenu de l'accord lui-même.

Contrairement à ce que croient ou redoutent parfois avocats et parties, le médiateur ne parlera pas au juge de ce qui s'est passé en médiation, même si le médiateur ou conciliateur est un ancien magistrat

ATTENTION NE VISE PAS LES DOCUMENTS

Conciliation et médiation judiciaire

Médiation judiciaire

Art 131-14 CPC : Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être **ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance.**

Conciliation judiciaire

Art 129-4 al. 2 CPC : Les constatations du conciliateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties ni, en tout état de cause, dans une autre instance.

Ex : CA Paris 20 mars 2002, Gaz Pal Le Tarnec : Les opérations de médiation ordonnées par une juridiction sont soumises au principe de la confidentialité. En conséquence, le médiateur ne peut, sans l'accord express des parties, reproduire dans son rapport les déclarations faites par ces parties tout au long des opérations de médiation qui avaient échoué. Il ne pouvait davantage donner son sentiment sur le fond de l'affaire, ni formuler des propositions de transaction sans violer les principes de confidentialité et de loyauté qui doivent présider au déroulement de la médiation et participent de sa nature même.

Aucun élément du dossier n'établissant que la Société intimée ait donné son accord pour l'établissement et la communication d'un tel rapport, lequel ne pouvait en tout état de cause être valablement produit dans le cadre d'une instance distincte, le Tribunal de commerce l'a justement écarté des débats.

Ne vise que le tiers et pas les parties ni leurs conseils

Conséquence de cette obligation de confidentialité :
CE 14 janvier 2018, n^{os}408265, 408423, 408424.

Annulation de la disposition de la loi sur l'aide juridique qui prévoyait l'exposé, par le médiateur, des termes de l'accord lorsque celui-ci intervient à l'issue d'une médiation judiciaire n'ayant pas fait l'objet d'une demande d'homologation par les parties. En ce cas, l'information du juge n'est plus la conséquence nécessaire d'une demande d'homologation.

Quid des avocats ? Confidentialité et secret professionnel

RIN :

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

Sanction pénale L226-13 CP, sanction disciplinaire. Ne s'applique pas aux pièces détenues par l'adversaire du client !

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

- les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci ;
- les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention officielle ;
- les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier, toutes les informations et confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de la profession ;
- le nom des clients et l'agenda de l'avocat ;
- les règlements pécuniaires et tous maniements de fonds effectués en application de l'article 27 alinéa 2 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 ;
- les informations demandées par les commissaires aux comptes ou tous tiers, (informations qui ne peuvent être communiquées par l'avocat qu'à son client).

Quid des avocats ? Confidentialité des correspondances

Article 3 : **la confidentialité – correspondances entre avocats** (L. n° 71-1130 du 31 déc. 1971, art. 66-5)

3.1 Principes : Tous les échanges entre avocats, verbaux ou écrits quel qu'en soit le support (papier, télécopie, voie électronique ...), sont par nature confidentiels. Les correspondances entre avocats, quel qu'en soit le support, ne peuvent en aucun cas être produites en justice, ni faire l'objet d'une levée de confidentialité.

3.2 Exceptions Peuvent porter la mention officielle et ne sont pas couverts par le secret professionnel, au sens de l'article 66.5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 :

- une correspondance équivalant à un acte de procédure ;
- une correspondance ne faisant référence à aucun écrit, propos ou éléments antérieurs confidentiels. Ces correspondances doivent respecter les principes essentiels de la profession définis par l'article 1er du présent règlement.

V. Correspondances si mention officielle donc pas confidentiel.

Pas les correspondances avec un notaire ou expert mais pourrait constituer un manquement à la délicatesse.

Qui des parties ?

- Pas de responsabilité pénale ni disciplinaire
- Responsabilité contractuelle très peu sanctionnée
- Intérêt à ne pas leur communiquer les éléments laissés entre les seules mains des avocats

Degrés de confidentialité

- **Processus collaboratif : une confidentialité renforcée**

- Pas de textes : essence du processus et mention « confidentiel »
- confidentialité renforcée : tous les documents et informations échangés sont confidentiels, les avocats en sont séquestre, et, en cas d'échec du processus, ne pourront être évoqués ni communiqués devant les tribunaux ;
- chaque partie remet à son avocat les pièces du dossier, que celui-ci va intégrer dans un classeur spécifique avec une mention « confidentiel – processus collaboratif ».
- // clause de déport. dans l'hypothèse d'un échec du processus collaboratif, l'avocat n'a à remettre à son successeur que les pièces qui lui auront été remises par son client
- // Absence de transmission matérielle des pièces du dossier. Pour certains documents particulièrement sensibles, il pourra être décidé d'un commun accord entre avocats, qu'ils ne soient pas même montrés au cours des réunions plénières. L'avocat auquel il aura été remis une pièce sensible par son client pourra, si l'information qu'elle contient est nécessaire aux négociations, la montrer uniquement à son confrère, qui se contentera alors d'attester de son existence auprès de son client
- Les rapports établis par les tiers intervenants ne pourront être communiqués au successeur et déconfidentialisés qu'avec l'accord exprès et écrit des parties.
- NB : L'article 1230 du Code civil : la résolution du contrat n'affecte pas les clauses de confidentialité. En revanche, aucune mention n'est faite relativement à la résiliation. Tel devrait pourtant être le cas *a fortiori*, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une conséquence de l'inexécution. Le contrat conserve sa raison d'être, mais peut être résilié d'un commun accord.
- Conseil : faire signer un accord de confidentialité aux tiers intervenants
- **Attention aux réunions en visio !**

Degrés de confidentialité

- Confidentialité limitée en procédure participative
 - Les textes ne visent pas la confidentialité
 - Pour bénéficier des avantages de la procédure participative, il faut communiquer les éléments échangés. Art 1560 CPC : Lorsque les parties ne sont parvenues qu'à un accord partiel et à moins qu'elles ne demandent que son homologation conformément à l'article 1557, elles peuvent saisir le juge à l'effet qu'il statue sur le différend résiduel soit conformément aux règles régissant la procédure applicable devant lui, soit par une requête conjointe signée par les avocats les ayant assistées au cours de la procédure participative dans les conditions prévues par le présent paragraphe. Cette requête contient, à peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, outre les mentions prévues par l'article 57 :— les points faisant l'objet d'un accord entre les parties, dont elles peuvent demander au juge l'homologation dans la même requête ; — les prétentions respectives des parties relativement aux points sur lesquels elles restent en litige, accompagnées des moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée, avec l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées. **Sous la même sanction, cette requête est accompagnée de la convention de procédure participative, des pièces prévues à l'article 2063 du code civil, le cas échéant, du rapport du technicien, ainsi que des pièces communiquées au cours de la procédure conventionnelle**

Degrés de confidentialité

- **Liberté et opportunité de délimiter la confidentialité art 1545 CPC :**

Art 1545 al 2 CPC : La communication des prétentions et des moyens en fait et en droit, des pièces et informations entre les parties se fait par l'intermédiaire de leurs avocats selon les modalités prévues par la convention ; ceux-ci les portent à la connaissance des intéressés par tous moyens appropriés. Un bordereau est établi lorsqu'une pièce est communiquée.

Pertinence de la confidentialité pour ce qui concerne ces communications de pièces ?

Quel que soit le mode de communication, la confidentialité ne peut être assurée. S'en dessaisir est sinon téméraire, du moins imprudent, et susceptible d'être source de difficultés.

La confidentialité attachée à la communication d'une pièce reste relative. // Droit à la preuve.

Contre-productif si l'accord des parties n'est que partiel car empêche une procédure accélérée.

Sanction du non respect de la confidentialité

- **Irrecevabilité de la preuve illicite et déloyale ?**

Qualifié d'abus de droit au recours mais dans une procédure spécifique. CEDH, 5^e sect., 13 déc. 2011, req. n° 67037/9, *François Mandil c/ France* ; req. n° 24697/9, *Barreau et al. c/ France* et req. n° 477/08, *Deceuninck c/ France*) : en qualifiant d'abus de droit de recours individuel et en rejetant la requête fondée sur des informations confidentielles obtenues au cours d'une médiation.

Doit être combiné avec le **droit à la preuve** : Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2012, n° 11-14.177 : Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision

Contrôle de proportionnalité : Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2017, n° 15-12.403 : Vu l'article 9 du Code civil, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du Code de procédure civile ; Attendu que le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit **indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi**.

Concrètement, si une partie n'a aucun autre moyen de prouver, et produit un élément en violation de l'obligation de confidentialité, cette production sera soumise au contrôle de proportionnalité opéré par les juges, et le cas échéant, prise en compte ou écartée du débat en application de ce contrôle.

Sanction du non respect de la confidentialité

- Usage comme commencement de preuve par écrit :
 - Si les parties oublient de préciser la mention « confidentiel »
 - Sinon, la confidentialité doit couvrir ce qui a pu être dit ou fait. Civ. 2, 10 nov 2016, n°15-25681 : « Mais attendu qu'ayant relevé que les paiements effectués en 2012 à hauteur de trente mille euros étaient intervenus au cours de la tentative de médiation ayant échoué et alors que les parties recherchaient une transaction et retenu que M. X... avait précédemment conclu en soulevant la prescription de la demande formée par la société Saint Honoré, la cour d'appel en a exactement déduit que ces paiements, peu important qu'ils aient été faits directement à la créancière, ne caractérisaient pas la volonté non équivoque du débiteur de renoncer à se prévaloir de la prescription acquise et a déclaré, à bon droit, irrecevable comme prescrite l'action engagée par la société Saint Honoré » ;

Sanction du non respect de la confidentialité

- Responsabilité de la partie ?
 - Responsabilité contractuelle mais difficulté à évaluer les dommages et intérêts
- Responsabilité du tiers intervenant ?
 - Non renouvellement du conciliateur
 - Responsabilité disciplinaire (quel organe ?)

Responsabilité de l'avocat ?