

La production forcée de documents au regard du secret et de la confidentialité

Jean-Pierre Buyle¹

A. Introduction – Objet de la contribution	1079
B. Le secret des affaires	1079
C. Le principe du procès équitable	1080
(i) <i>Le droit à la preuve</i>	1080
(ii) <i>Le principe du contradictoire</i>	1080
D. La tension entre le respect du secret d'affaires, le droit à la preuve et le principe du contradictoire dans le cadre des articles 877 et suivants du Code judiciaire	1080
(i) <i>L'article 877 et la production de documents détenus par une partie ou par un tiers</i>	1080
(ii) <i>Les motifs de refus légitime à la production forcée de documents</i>	1081
E. La production « modulée » de documents	1082
(i) <i>La production d'une version non-confidentielle des documents (masquage de données)</i>	1082
(ii) <i>Le masquage ou le tri de documents sous contrôle d'un tiers indépendant</i>	1083
(iii) <i>Le constat descriptif d'un huissier</i>	1084
(iv) <i>L'avocat spécial</i>	1084
(v) <i>La dataroom</i>	1084
F. Réflexions d'ordre procédural liées à l'usage des articles 877 et suivants au regard du secret des affaires	1085
(i) <i>Absence de possibilité d'appel de l'ordonnance</i>	1085
(ii) <i>Différence de traitement entre les parties au procès et les tiers</i>	1087
G. L'action ad exhibendum et la médiation	1087
H. La production forcée de documents, le secret professionnel et la discrétion professionnelle	1088
(i) <i>Le secret professionnel de l'avocat</i>	1088
(ii) <i>Le secret professionnel du notaire</i>	1088
(iii) <i>La confidentialité des avis des juristes d'entreprise</i>	1089
(iv) <i>La production forcée de documents et la discrétion professionnelle du banquier</i>	1090
I. Conclusion	1091

RÉSUMÉ

Les articles 877 et suivants du Code judiciaire permettent au juge d'ordonner, à la demande d'une partie, la production d'un document lorsque des indices concordants indiquent que ce document contient des éléments déterminants pour la résolution du litige. Toutefois, cette action ad exhibendum peut avoir pour conséquence de révéler des secrets des affaires de la partie adverse et ainsi de lui causer un préjudice difficilement réparable.

La présente contribution analyse les défenses permettant de contrecarrer l'action ad exhibendum sur la base de la confidentialité et les équilibres rendant possible la conciliation entre le droit à la preuve et le secret des affaires. Ces solutions trouvent leur source dans l'article 882 du Code judiciaire qui introduit la notion de motifs légitimes de refus de production de pièces et dans l'article 879 du même code relatif aux modalités de production. Ces articles ouvrent au juge un éventail de plus en plus large de techniques de production modulée de pièces prévenant ou limitant la divulgation des secrets des affaires.

Nous examinons ensuite dans quelle mesure d'autres types d'obligations de confidentialité peuvent également constituer des motifs de refus légitimes au sens de l'article 882: le secret professionnel des avocats et des notaires, la confidentialité des avis des juristes d'entreprise, le devoir de discrétion professionnelle du banquier ou la confidentialité des pièces utilisées à l'occasion d'une médiation judiciaire.

¹ Avocat, maître de conférences à l'ULB.

SAMENVATTING

Artikelen 877 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek laten de rechter toe om, op vraag van een partij, de overlegging van een document te bevelen wanneer er met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan die aantonen dat dit document doorslaggevend voor de uitkomst van het geding is. De vordering ad exhibendum kan echter de verspreiding van zakengeheimen van de tegenpartij tot gevolg hebben wat een moeilijk herstelbare schade met zich mee kan brengen.

Dit artikel bespreekt de rechtsmiddelen die kunnen ingesteld worden om de vordering ad exhibendum te kunnen inperken op basis van de vertrouwelijkheid en door een belangenafweging te maken zodat het recht op bewijsvoering en het zakengeheim kan verzoend worden. Deze oplossingen vinden hun oorsprong in artikel 882 van het Gerechtelijk Wetboek, dat de notie van wettige redenen om de overlegging van stukken te weigeren invoert, en in artikel 879 van hetzelfde wetboek dat de wijze van overlegging bepaalt. Deze artikelen kennen de rechter een bredere waaier van technieken van 'gemoduleerde' overlegging van stukken toe, die de verspreiding van vertrouwelijke gegevens kunnen verhinderen of beperken.

Daarnaast bestuderen we ook in welke mate andere vertrouwelijkheidsverplichtingen als legitieme redenen conform artikel 882 van het Gerechtelijk Wetboek kunnen beschouwd worden zoals o.a. het beroepsgeheim van de advocaten en notarissen, de vertrouwelijkheid van de adviezen van bedrijfsjuristen, de professionele discretieplicht van de bankier en de vertrouwelijkheid van de stukken gebruikt in het kader van een gerechtelijk bemiddelingsprocedure.

A. INTRODUCTION – OBJET DE LA CONTRIBUTION

Nous nous proposons d'examiner les tensions pouvant exister entre le respect du secret des affaires et le droit à un procès équitable à l'aune des articles 877 et suivants du Code judiciaire concernant l'action « *ad exhibendum* » ordonnant la production de documents au cours d'un procès civil ou commercial.

Nous examinerons quelques solutions permettant de concilier ces deux principes à première vue contradictoires. Nous proposerons une relecture des articles 877 et suivants du Code judiciaire à la lumière des dernières évolutions doctrinales et jurisprudentielles.

nales et jurisprudentielles.

Nous étudierons d'autres types d'obligations de confidentialité pouvant dans certains cas constituer, au même titre que le secret des affaires, des motifs légitimes de refus de production de documents au sens de l'article 882 du Code judiciaire: le secret professionnel des avocats et des notaires, la confidentialité des avis des juristes d'entreprise, le devoir de discrétion professionnelle du banquier ou la confidentialité des documents utilisés à l'occasion d'une médiation judiciaire².

B. LE SECRET DES AFFAIRES

Au début du siècle dernier, le tribunal de commerce de Bruxelles avait donné une première définition des « *secrets commerciaux* »: « *On admet généralement que ces secrets peuvent inclure des listes de clients, des informations sur les consommateurs, sur la politique des prix pratiqués par l'entreprise, sur les méthodes de publicité, la situation financière, les stratégies commerciales, etc.; et plus généralement, que ça recouvre les faits et les circonstances en rapport avec l'organisation et l'activité commerciales de l'entreprise.* »³.

Nous avons-nous-mêmes défini le secret des affaires comme étant « *toutes informations ou connaissances de*

nature commerciale, financière ou administrative, (voire technique dans l'hypothèse où il ne s'agit pas d'un secret de fabrication), ayant une valeur réelle pour l'entreprise qui les détient et qui, de ce fait, bénéficie d'une protection contre leur divulgation à tout tiers susceptible de nuire à ses intérêts »⁴.

Ce secret recouvre notamment des données relatives à la rentabilité, le chiffre d'affaires, la clientèle, les distributeurs, les pratiques commerciales, les coûts, les prix, les parts de marché, les méthodes d'évaluation, les coûts de fabrication, la stratégie commerciale, l'organisation interne de l'entreprise, etc.⁵.

² Je remercie chaleureusement Me Laurent CLOUET de son efficace collaboration lors de la préparation de la présente contribution.

³ Comm. Bruxelles, 30 janvier 1908, *J.C.B.*, 1908, p. 153.

⁴ J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires: du droit à l'intimité au secret professionnel », in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 122.

⁵ J.-P. BUYLE, *o.c.*, p. 122.

C. LE PRINCIPE DU PROCÈS ÉQUITABLE

Dans sa contribution, « 'Geheim en bewijs' in aansprakelijkheidsprocedures » B. ALLEMEERSCH évoque deux principes: le droit à la preuve et le droit à un procès équitable.

(i) Le droit à la preuve

Le droit à la preuve est le droit de pouvoir rapporter la preuve des faits ou des actes fondant le droit invoqué⁶. Ce droit implique non seulement que toute partie à l'instance puisse produire les éléments de preuve en sa possession mais également qu'elle puisse requérir que les preuves dont elle ne dispose pas soient rassemblées, par l'exécution de mesures d'instruction opportunes⁷. Le droit à la preuve est une manifestation du principe général du procès équitable et de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH)⁸.

(ii) Le principe du contradictoire

Le principe général du procès équitable consacré par l'article 6 de la CEDH induit également un autre principe plus spécifique, celui du contradictoire. Ce dernier principe a pour conséquence que les parties au procès doivent avoir le droit « de prendre connaissance de toute pièce, de toute observation soumise au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision et de la discuter »⁹.

Il convient toutefois de noter, comme le remarque également G. CLOSSET-MARCHAL¹⁰, que le principe du contradictoire doit être analysé de manière plus nuancée depuis l'arrêt *Verdu / Espagne* rendu le 15 février 2007 par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹.

Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour européenne des droits de l'homme estimait que le principe du contradictoire était bafoué à partir du moment où les pièces ou moyens n'étaient pas soumis au débat contradictoire et ce indépendamment de leur lien avec le débat déjà entamé ou l'issue du litige¹².

L'arrêt *Verdu / Espagne* redéfinit les contours du principe du contradictoire. La violation du principe du contradictoire ne doit plus être sanctionnée si les éléments qui ont été soustraits au débat contradictoire n'ont pas influencé l'issue du litige¹³.

Les mesures d'instruction et la production forcée de documents n'échappent pas à cette nouvelle conception du contradictoire, qualifiée de « plus matérielle que formelle »¹⁴. Ainsi, une partie ne peut dorénavant plus invoquer le non-respect du principe du contradictoire dans le cadre d'une mesure d'instruction si les éléments qui n'ont pas été débattus (ou les pièces qui ne lui ont pas été communiquées) n'ont, en fin de compte, pas servi à la solution du litige.

D. LA TENSION ENTRE LE RESPECT DU SECRET D'AFFAIRES, LE DROIT À LA PREUVE ET LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE DANS LE CADRE DES ARTICLES 877 ET SUIVANTS DU CODE JUDICIAIRE

(i) L'article 877 et la production de documents détenus par une partie ou par un tiers

L'article 877 du Code judiciaire dispose que: « *Lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner*

que ce document ou une copie de celui-ci certifiée conforme, soit déposé au dossier de la procédure. »

L'objectif de cette disposition est de permettre à une partie de solliciter qu'un document précis contenant la preuve d'un élément précis, qui peut avoir une importance notoire pour la résolution d'un litige, ne puisse être tenu caché¹⁵.

⁶ D. MOUGENOT, « Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire », *P.&B./R.D.J.P.*, 2009, p. 114.

⁷ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, n° 100, p. 410; voy. aussi G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », in *La preuve en droit* (études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS), Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 280.

⁸ B. ALLEMEERSCH, « 'Geheim en bewijs' in aansprakelijkheidsprocedures », publié dans le présent numéro de cette revue; D. MOUGENOT, *o.c.*, 2009, p. 114.

⁹ Cour eur. D.H., 18 octobre 2007, *Asnar / France*.

¹⁰ G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé: les mesures d'instruction », *R.C.J.B.*, p. 111.

¹¹ Cour eur. D.H., 15 février 2007, *Verdu / Espagne*, § 25-27, *J.T.*, 2007, p. 543, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK.

¹² Voy. Cour eur. D.H., 21 février 2002, *Ziegler / Suisse*, § 38 et Cour eur. D.H., 15 juillet 2003, *Fortum Corporation / Finlande*; Cour eur. D.H., 25 janvier 2004, *H.A.L. / Finlande*, § 44, cités par G. CLOSSET-MARCHAL. Voy. aussi l'analyse desdits arrêts par S. VAN DROOGHENBROECK, « La convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2002-2004) », *Dossier du J.T.*, n° 57, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 154.

¹³ G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé: les mesures d'instruction », *R.C.J.B.*, p. 111 et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in *Le droit judiciaire en effervescence*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2007, pp. 412 à 414, n° 83.

¹⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé: les mesures d'instruction », *R.C.J.B.*, p. 113.

¹⁵ C. VAN REEPINGEN, *Rapport sur le projet de loi instituant le Code judiciaire*, *Pasin.*, 1967, p. 213.

Toutefois, cette action peut avoir pour effet, voire même pour mobile implicite, de dévoiler les secrets d'affaires d'un concurrent. Que l'on songe par exemple au cas où un demandeur qui, en invoquant une vente à perte et la nécessité d'ordonner la production de documents, obtient des renseignements précis sur les relations commerciales et les conditions contractuelles de son concurrent¹⁶.

Il est par conséquent nécessaire de concilier le respect du secret des affaires et le principe du procès équitable sous ses deux déclinaisons: le droit à la preuve et le droit à un procès contradictoire.

Une balance des intérêts est nécessaire en vue de concilier le respect du secret des affaires avec le principe du procès équitable.

Si le grief potentiellement causé par la révélation d'un secret d'affaires d'une partie à son concurrent apparaît d'emblée démesuré aux yeux du juge par rapport à l'utilité de la pièce pour la solution du litige, la balance des intérêts dicte au juge de s'abstenir de demander la production de ladite pièce¹⁷. Le juge décide en effet de manière souveraine de l'opportunité d'ordonner ou non la production de documents. Son refus de faire droit à la demande de production forcée de documents n'implique pas de violation du principe du contradictoire¹⁸. En cas d'hésitation de la part du juge, ce dernier peut naturellement demander que le document contenant les secrets des affaires allégués lui soit remis à lui seul afin qu'il puisse se forger sa propre opinion¹⁹. Dans cette hypothèse, la question du procès équitable reste posée.

(ii) Les motifs de refus légitime à la production forcée de documents

En tout état de cause, les dispositions du Code judiciaire ne suppriment pas l'existence des motifs supérieurs et généraux pouvant fonder un refus de production de documents. Le Code judiciaire prévoit d'ailleurs la possibilité pour une partie ou un tiers de ne pas donner suite à un ordre de produire des documents.

D'une part, l'article 878 du Code judiciaire prévoit, dans le cas où la demande de production s'adresse à un tiers, que ce tiers a la faculté de faire valoir ses observations par écrit ou en chambre du Conseil.

Le commissaire royal, commentant cette disposition, expose que le tiers peut, en effet avoir d'excellentes raisons personnelles de s'opposer à la production du document qu'il détient²⁰. Si de tels motifs de refus sont autorisés dans le chef d'un tiers au procès, ils doivent également être admis en ce qui concerne les parties à la procédure même.

D'autre part, l'article 882 du Code judiciaire prévoit que: « *La partie ou le tiers qui s'abstiennent, sans motif légitime, de produire le document ou sa copie, selon la décision du juge, peuvent être condamnés à tels dommages-intérêts qu'il appartiendra.* » Cette disposition admet le refus de production, par une partie ou un tiers lorsque ce refus est justifié par un « *motif légitime* ». Seul le refus non justifié de « *se soumettre à la décision judiciaire doit être réprimé* »²¹. Il a par exemple été jugé que la non-production de documents à la suite de leur destruction fautive justifie qu'il soit fait application de l'article 882 du Code judiciaire²².

Le secret d'affaires et plus largement, le droit à l'intimité des entreprises économiques, figurent assurément parmi les intérêts respectables dont la protection permet d'opposer un motif légitime de refus de produire certains documents²³.

D. MOUGENOT, se basant sur certaines décisions de justice²⁴, défend l'idée que le secret des affaires doit en principe céder devant l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve²⁵. Ne doit-on cependant pas nuancer quelque peu le propos? Le « *principe* » selon lequel le secret d'affaires devrait s'incliner devant le droit à la preuve a été à ce point battu en brèche par la jurisprudence que nous sommes en droit de nous demander s'il ne fait plus en réalité figure d'exception.

La reconnaissance de la nécessité de la conciliation du secret des affaires avec le principe du contradictoire a d'abord vu le jour en matière de contentieux objectif, particulièrement en matière de concurrence et de marchés publics²⁶, et ensuite de plus en plus en matière de contentieux subjectif²⁷.

¹⁶. A. PUTTEMANS, « La réglementation des ventes à pertes », *J.T.*, 1991, p. 236; VEROUGSTRATE et SWENNEN, « Chroniek Belgisch economisch recht », cité par A. PUTTEMANS; Trib. comm. Oudenaarde (prés.), 17 juillet 1979, *J.C.B.*, 1980, p. 534, et note NELISSEN; DESSARD, *o.c.*, p. 393; VAN HOUTTE, « Verkoop met verlies: een simplistisch verbod? », cité par NELISSEN.

¹⁷. Pour des exemples dans lesquels le juge s'est prudemment abstenu, voy. Liège, 14 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2001, 1289; Comm. Nivelles (réf.), 2 octobre 1991, *T.R.V.*, 1992, 474 et noot B. GILLIS, « Het bewijs in geschillen van handelspraktijken », *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2008*, 765-768, cités par B. ALLEMEERSCH, « Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs », in B. ALLEMEERSCH *et al.*, *Zakengeheim*, Bruges, die Keure, 2012, p. 19.

¹⁸. Cass., 18 janvier 2005, P.041225.N; Cass., 24 juin 2011, *T. Fam.*, 2012, 151, et note W. VANDENBUSSCHE et I. SAMOY.

¹⁹. Cass., 19 décembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, et note S. VAN OVERBEKE et *T. Gez.* 1996-97, 257, et note C. NENNEAU-HUBLET.

²⁰. C. VAN REEPINGEN, *Rapport sur le projet de loi instituant le Code judiciaire*, *Pasin.*, 1967, p. 213.

²¹. C. VAN REEPINGEN, *Rapport sur le projet de loi instituant le Code judiciaire*, *Pasin.*, 1967, p. 214.

²². Cass. (1^{er} ch.), 13 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 592-593.

²³. J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires: du droit à l'intimité au secret professionnel », in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 113.

²⁴. Comm. Liège (réf.), 3 février 1978, *J.C.B.*, 1980, 387; Comm. Hasselt (réf.), 24 janvier 1997, *Computerr.*, 1997, 107.

²⁵. D. MOUGENOT, « Le charme discret des 'petites' mesures d'instructions », *P.&B.*, 2007, p. 245, n° 19.

²⁶. Voy. C.J.C.E., 24 juin 1986, C-53-85, *Akzo Chemie / Commission*; C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Mobistar / IBPT*; C.J.C.E., 14 septembre 2008, C-450/06, *Varec*; C. const., 19 septembre 2007, n° 118/2007, *R.A.B.G.*, 2008/6, et note S. JOCHEMS.

²⁷. Voy. Bruxelles, 30 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1181-1185; Cass., 2 novembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 174.

Sur le plan du contentieux des droits subjectifs, G. CLOSSET-MARCHAL rappelle que : « *Le principe du contradictoire peut être tempéré par l'existence d'autres principes, considérés comme supérieurs, principalement le secret professionnel et le secret des affaires.* »²⁸.

Si, dans son jugement du 14 mai 2009²⁹, le tribunal de commerce de Bruxelles fait certes référence à la position de D. MOUGENOT, il précise que : « *Il a été jugé à maintes reprises qu'une partie ne peut être contrainte à rendre public ses secrets d'affaires, comme par exemple son prix d'achat et les autres conditions d'achat.* »

Dans ledit jugement du 14 mai 2009, le tribunal de commerce de Bruxelles a opté pour la production modulée d'un contrat litigieux, les parties concernées étant autorisées à retirer les passages confidentiels de la convention, à condition d'en justifier le caractère confidentiel. Cette solution est fréquemment retenue en vue de résoudre le conflit entre la protection du secret des affaires et le droit à un procès équitable.

On ne peut cependant pas écarter que se présentent des cas où une telle production modulée d'un document ne soit pas praticable et que le droit à la preuve doive, en vertu des circonstances de l'espèce, céder le pas face à la protection du secret des affaires. Il nous apparaît que les deux droits ont une légitimité équipollente et qu'il revient au juge, en fonction du cas concret qui lui est soumis, de décider quelle solution est la plus adaptée sans que le droit à la preuve ne se voit conférer une primauté de principe et dogmatique sur le respect du secret des affaires.

Dans un jugement du 3 décembre 2009³⁰ du même tribunal, dans la même affaire que celle ayant donné lieu au jugement

du 14 mai 2009, un opérateur économique avait demandé que les défenderesses soient condamnées à des dommages et intérêts, sur le fondement de l'article 882 du Code judiciaire pour avoir produit une version du contrat litigieux épurée d'informations excédant le cadre du secret des affaires.

Le tribunal répond : « *Elle [la demanderesse] soutient qu'en ne justifiant pas leur abstention de produire le contrat sur la base du seul motif légitime qui était admis par le jugement du 14 mai 2009, à savoir le secret des affaires, les défenderesses ont refusé fautivement de produire leur contrat et que ce refus lui a causé un préjudice puisqu'il l'a obligée à faire revenir la cause devant le tribunal pour régler cet incident de procédure.* »

Le tribunal de commerce reconnaît donc que le secret des affaires constitue bien un motif de refus légitime au sens de l'article 882 du Code judiciaire. En l'espèce, le tribunal de commerce considère cependant que les défenderesses ont outrepassé, par un masquage de données excessif, le périmètre de légitimité que le jugement du 14 mai 2009 leur avait autorisé.

Sous cet angle, le jugement du 3 décembre 2009 illustre que l'article 882 du Code judiciaire ne sort pas uniquement ses effets au moment de l'éventuelle demande de dommages et intérêts intentée en cas de rétention de documents par la partie visée par l'action *ad exhibendum*. En réalité, le juge détermine *ex ante* quelles sont les informations dont la rétention serait légitime et donc impropre à entraîner le paiement de dommages et intérêts. La production modulée de documents implique que le juge circonscrive anticipativement le champ des informations dont il estime qu'elles constituent des secrets des affaires méritant une légitime protection.

E. LA PRODUCTION « MODULÉE » DE DOCUMENTS

La solution la plus généralement répandue pour résoudre le conflit d'intérêts entre le droit à la preuve et le secret des affaires consiste à assortir la condamnation à communiquer certaines pièces de mesures destinées à empêcher que le demandeur ne prenne connaissance de certaines informations confidentielles³¹.

L'article 879 du Code judiciaire prévoit d'ailleurs que le juge qui ordonne la production d'un document indique : « *... les modalités et les délais dans lesquels elle doit avoir lieu.* »

(i) La production d'une version non-confidentielle des documents (masquage de données)

Comme le souligne D. MOUGENOT, cet article constitue le fondement de la recherche de solutions qui préserveront au mieux les intérêts du propriétaire de la pièce produite³². Toute mesure de production modulée naît de la combinaison des articles 882 et 879 du Code judiciaire. En fonction des caractéristiques de l'espèce et de la nature des motifs de refus légitimes anticipés, le juge ordonnera les modalités de production de documents qui lui paraissent les plus opportunes. Une de ces mesures consiste à ordonner la production

²⁸. G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé: les mesures d'instruction », *R.C.J.B.*, 1^{er} trim. 2011, p. 111.

²⁹. Comm. Bruxelles, 14 mai 2009, A/08/05692, *inéd.*, p. 6.

³⁰. Comm. Bruxelles, 3 décembre 2009, A/08/05692, *inéd.*

³¹. M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 297.

³². D. MOUGENOT, « Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire », *P.&B./R.D.J.P.*, 2009, p. 112.

des pièces utiles à la solution du litige moyennant le masquage des éléments confidentiels y figurant.

L'article 879 permet au juge de concilier collaboration à l'administration de la preuve et droit au respect du secret des affaires, dès lors que celui-ci peut apprécier et déterminer les modalités de la production de documents, notamment en fonction du respect du secret des affaires.

Le jugement du 14 mai 2009 déjà évoqué ci-dessus fournit une belle application pratique de cette conciliation entre le secret des affaires et une injonction de production de documents. L'affaire concernait un contentieux entre deux concurrents à propos de l'exploitation d'un complexe cinématographique sur le site Médiacité à Liège. Un des deux concurrents avait initialement été choisi par le développeur du projet et avait signé des conventions-cadres avec ce dernier en 1999. Des doutes étaient apparus quant à la solvabilité du premier concurrent et le développeur avait fini par confier l'exploitation du cinéma au second concurrent. Ce dernier avait annoncé par voie de presse la conclusion d'un contrat avec le développeur.

Le concurrent évincé avait dès lors intenté une procédure tendant à faire interdire l'exploitation du complexe par le second concurrent et à le faire condamner au paiement de dommages-intérêts. Avant dire droit, il avait demandé au tribunal d'ordonner la production forcée d'une copie certifiée conforme du contrat dont l'existence avait été clamée par le second concurrent dans la presse.

Le second concurrent faisait valoir que l'article 882 du Code judiciaire l'autorisait à s'abstenir de produire le contrat afin d'assurer la protection de secrets d'affaires qu'il recelait eu égard à la qualité de concurrent de la demanderesse.

Le tribunal a admis que le contrat litigieux contenait inévitablement des secrets commerciaux. Afin de concilier le droit à la preuve et le respect légitime du secret des affaires, il a dès lors ordonné la production d'une version non confidentielle du contrat en cause. Les défenderesses ont été enjointes de justifier la nature confidentielle de chaque élément retiré de la version originale.

D. MOUGENOT souligne qu'un tel masquage de données, utilisé seul, est une méthode loin d'être optimale³³.

La partie autorisée à cacher certains renseignements peut en effet être tentée de dissimuler plus de données que nécessaire afin d'évacuer des renseignements potentiellement pertinents pour la solution du litige, et qui forcément ne plaident pas en sa faveur ...

C'est précisément ce qui s'est produit dans l'affaire de l'exploitation du cinéma dans le complexe de Médiacité. Les parties défenderesses avaient retiré plus d'informations que de raison dans les documents produits à l'instance. Outre les données confidentielles, elles avaient en sus retiré toute information considérée comme non pertinente.

Le procédé est toutefois beaucoup plus efficace et impartial si le juge use de la faculté de se faire communiquer au préalable et à lui seul une version complète des documents en vue de trancher la question de la présence de secrets des affaires³⁴.

(ii) Le masquage ou le tri de documents sous contrôle d'un tiers indépendant

Comme nous venons de l'observer, le fait de laisser à une partie le soin de déterminer elle-même les informations confidentielles ou les informations contenant des secrets d'affaires donne inévitablement lieu à un problème d'impartialité.

Le masquage de documents sous contrôle d'un tiers indépendant est préférable. Dans son arrêt *Varec* du 19 septembre 2007, la Cour constitutionnelle pose d'ailleurs comme exigence qu'un juge indépendant et impartial puisse contrôler la confidentialité alléguée des pièces soustraites à la contradiction des parties³⁵. Comme indiqué ci-dessus, le juge saisi peut lui-même prendre en charge le contrôle de la présence effective de secrets des affaires dans les pièces visées.

Avec D. MOUGENOT, nous ne voyons également pas d'objection de principe à ce qu'un expert endosse le rôle de « juge » de la confidentialité des pièces « pour autant que l'expert soit lui-même indépendant et impartial et que l'expertise soit conforme au principe du procès équitable »³⁶. La technique est opportune lorsque le juge n'est pas lui-même armé pour juger de la confidentialité des documents dans des domaines pointus.

Cette solution a par exemple été privilégiée par le président du tribunal de commerce de Tongres dans son ordonnance du 13 février 2007³⁷, confirmée par la cour d'appel d'Anvers³⁸, qui concernait toutefois une mesure d'expertise.

Le contexte était celui d'un litige entre deux sociétés évoluant dans le secteur brassicole, l'une belge et l'autre allemande. La société allemande refusait de payer à la société belge des dommages et intérêts pour la rupture du contrat de fourniture les unissant, invoquant l'impossibilité pour la société belge d'écouler les quantités commandées. Un expert

33. D. MOUGENOT, « Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire », *P.&B./R.D.J.P.*, 2009, p. 116.

34. Cass., 19 décembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, et note S. VAN OVERBEKE et T. Gez. 1996-97, 257, et note C. NENNEAU-HUBLET.

35. C. const., n° 118/2007, 19 septembre 2007, considérant B.9.3.

36. D. MOUGENOT, « Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire », *P.&B./R.D.J.P.*, 2009, p. 116.

37. Prés. comm. Tongres (réf.), 13 février 2007, *R.D.J.P.*, 2009, p. 110, et note B. MOUGENOT.

38. Anvers (8^e ch.), 20 novembre 2007, *R.D.J.P.* 2009, p. 109, et note B. MOUGENOT. Pour un autre exemple, voy. également Bruxelles, 4 décembre 2009, *Glaxosmithkline / Novartis, I.R. D.I.*, 2010, 146, cité par B. ALLEMEERSCH, « Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs », in B. ALLEMEERSCH *et al.*, *Zakengeheim*, Bruges, die Keure, 2012, p. 19.

avait été désigné avec pour mission d'évaluer les capacités de vente réelles de la société belge. Cette mission impliquait la description de la structure des coûts et du mode de calcul des prix de la société belge. Cette dernière ne voyait pas de difficulté à communiquer ces données à l'expert mais s'opposait à ce que les informations qui n'étaient pas directement utiles au jugement de l'expert soient communiquées à la partie adverse.

Le président du tribunal de commerce de Tongres, siégeant en référé, a donné raison à la société belge. Il a demandé à l'expert de sélectionner les données dont il avait été mis en possession et de ne communiquer à la société allemande que les pièces utiles à l'élaboration de son jugement qui ne portaient pas atteinte aux secrets d'affaires de la société belge.

La société allemande forma appel contre cette ordonnance. Elle souhaitait avoir accès à l'intégralité des pièces soumises à l'expert ou, à tout le moins, que ces pièces soient portées à la connaissance de son conseiller technique.

La cour confirma l'ordonnance. Elle précisa le point critique de la mission, de telle sorte que les données sensibles soient portées à la connaissance d'un réviseur d'entreprises désigné par la société allemande, pour autant qu'elles soient utiles pour les conclusions de l'expert³⁹.

(iii) Le constat descriptif d'un huissier

Le constat d'un huissier pourrait constituer un complément utile à d'autres solutions évoquées ci-dessus.

En plus du retrait ou du masquage justifié du paragraphe, de la clause, ou du document contenant un secret des affaires, le juge pourrait demander que les parties des documents retirées soient décrites par un huissier sans divulgation des renseignements confidentiels.

Un tel constat pourrait contenir l'attestation suivante: « *J'ai examiné le tableau en annexe du contrat, qui contient exclusivement différents tarifs pour un éventail de prestations décrites.* »

Ce correctif serait de nature à rassurer la partie adverse quant au contenu des passages retirés en raison du secret des affaires. Le contenu général des documents est ainsi attesté par un officier public mais les renseignements techniques, financiers ou commerciaux couverts par le secret des affaires ne sont pas révélés.

Un cas de figure où cette technique pourrait s'appliquer est celui de la production forcée de documents où la partie à qui

l'ordre est adressé se voit laisser la possibilité de retirer certains passages ou annexes confidentiels d'un contrat.

(iv) L'avocat spécial

La Cour européenne des droits de l'homme s'est déjà, en matière pénale, montrée intéressée par la technique de l'« *avocat spécial* », originaire du Canada⁴⁰.

Selon ce procédé, le juge répressif tient une audience à huis-clos pour examiner tous les documents utiles.

La confidentialité des éléments concernant la sécurité est préservée par l'obligation de procéder à leur examen en l'absence du requérant et de son représentant. Ces derniers sont néanmoins représentés par un avocat bénéficiant d'une habilitation de sécurité et mandaté par le tribunal, qui contre-interroge les témoins et aide d'une manière générale le juge à mesurer la solidité des arguments présentés par l'Etat. Le requérant reçoit un résumé des éléments recueillis lors de cette procédure, avec des omissions nécessaires à la confidentialité⁴¹.

La technique de l'avocat spécial peut également trouver à s'appliquer dans le contexte d'une action *ad exhibendum* en matière civile. Un avocat *ad hoc* se chargerait d'examiner les documents confidentiels et en informerait la partie adverse concernée sous la forme d'une consultation dont les éléments sensibles seraient exclus.

Le concept ne diffère pas radicalement du constat descriptif de l'huissier mais présente l'avantage que l'avocat spécial peut commenter d'un point de vue juridique les documents qui lui sont transmis et ainsi apporter un éclairage plus substantiel qu'une attestation d'existence ou de contenu de documents.

Par rapport au « *blacklining* », la méthode de l'avocat spécial présente aussi l'atout de rendre possible le dépôt d'un dossier intégral et non censuré aux conseils (spéciaux le cas échéant) des parties et au tribunal⁴². Elle permet de surcroît un véritable débat entre avocats.

Les inconvénients de cette technique sont à rechercher dans le coût et la longueur de la procédure ainsi que dans les obstacles déontologiques que cette relation particulière « *client-avocat* » spécial peut engendrer⁴³.

(v) La dataroom

Cette méthode a par exemple été retenue dans le cadre de la procédure ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation

³⁹. D. MOUGENOT, « Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire », *P.&B./R.D.J.P.*, 2009, p. 114.

⁴⁰. P.-O. DE BROUX, « La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux administratif économique », *R.D.U.*, 2007, p. 563.

⁴¹. Cour eur. D.H., 25 octobre 1996, *Chahal / Royaume Uni*.

⁴². D. MOUGENOT, « Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire », *P.&B./R.D.J.P.*, 2009, p. 117.

⁴³. D. MOUGENOT, « Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire », *P.&B./R.D.J.P.*, 2009, p. 117.

du 2 novembre 2012⁴⁴. Il s'agissait d'une mise à disposition aménagée de pièces dans le cadre d'une expertise judiciaire. Le principe du procès équitable se présentait ici plus particulièrement sous son avatar du principe du contradictoire, qui implique que les parties doivent a priori se communiquer mutuellement les pièces qu'elles souhaitent utiliser dans le cadre d'une mesure d'expertise et qu'elles n'ont pas seulement le droit de les consulter, mais aussi celui de les recopier ou d'en faire copie.

La Cour de cassation a cependant jugé que : « *La protection du secret d'affaires d'une partie est un intérêt que le juge peut prendre en considération pour décider qu'il ne faut pas communiquer à la partie adverse chaque pièce dont l'expert a tenu compte. Une telle appréciation n'implique pas une violation de l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.* »

La Cour ajoute encore que : « *Il y a lieu d'apprécier concrètement et à la lumière de la cause dans son ensemble si, lors de l'appréciation des intérêts respectifs, le caractère contradictoire de l'expertise n'a pas été limité de manière telle*

qu'il en résulte une violation du droit à un procès équitable. »

Le mécanisme qui avait été mis en place dans le cadre de la procédure ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 2012 était celui d'une salle de données ou « *dataroom* » dans laquelle les pièces confidentielles étaient rendues disponibles à la consultation des parties intéressées aux moments fixés par le collège des experts.

Les parties pouvaient uniquement consulter les documents repris dans la salle de données et la copie ou la prise de notes étaient exclues. Enfin, préalablement à l'accès à la *dataroom*, les parties devaient signer une convention de confidentialité⁴⁵.

Le procédé est théoriquement transposable dans le contexte d'une ordonnance de production de documents prise sur la base de l'article 877 du Code judiciaire. Il pourrait notamment être adéquat lorsque les documents dont la production est demandée sont nombreux ou volumineux, rendant inappropriée ou trop coûteuse les méthodes du 'blacklining', du constat descriptif d'un huissier ou de la sélection des documents par un expert indépendant⁴⁶.

F. RÉFLEXIONS D'ORDRE PROCÉDURAL LIÉES À L'USAGE DES ARTICLES 877 ET SUIVANTS AU REGARD DU SECRET DES AFFAIRES

(i) Absence de possibilité d'appel de l'ordonnance

L'article 880 du Code judiciaire dispose que le jugement qui ordonne la production d'un document n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel.

Ce principe ne vaut toutefois qu'en ce qui concerne les jugements ordonnant la production de documents à titre incident⁴⁷. L'appel et l'opposition sont en revanche acceptés dans le cas où la production de document est postulée à titre principal⁴⁸. De surcroît, la jurisprudence admet l'appel lorsqu'un tel jugement est assorti d'une astreinte⁴⁹.

La cour du travail de Liège, dans un arrêt du 20 octobre 2004⁵⁰, apporte un éclairage intéressant sur la prohibition de l'appel en matière d'ordonnance de production de documents. Il s'agissait d'un litige concernant la rupture alléguée d'un contrat de travail du fait de l'employeur. Le travailleur considérait comme acte équipollent à rupture la restructuration organisationnelle de son employeur, le privant de la plu-

part de ses prérogatives fonctionnelles. Après avoir constaté et notifié à son employeur la rupture de fait de son contrat, le travailleur avait rejoint une entreprise concurrente.

Ensuite, par voie de citation devant le tribunal du travail de Liège, le travailleur avait réclamé, entre autres, une indemnité compensatoire de préavis à son ex-employeur. Avant de se prononcer sur le fond du litige, le tribunal du travail avait ordonné la production des procès-verbaux du conseil d'administration de l'employeur dans la période précédant la rupture du contrat de travail.

Invoquant le secret des affaires, l'ex-employeur interjeta appel de cette ordonnance, arguant de ce que le secret des affaires justifiait le refus de produire les documents demandés, car ils auraient pu être utilisés par une firme concurrente. L'ex-employeur invoquait aussi que l'article 880 du Code judiciaire violait l'article 6, 1., de la convention européenne de droits de l'homme, l'exclusion de l'appel des ordonnances de production de documents étant selon lui incompatible avec l'exigence du procès équitable.

44. Cass., 2 novembre 2012, *J.T.*, 2013, 174, et obs. E. DE LOPHEM, « Cachez cette pièce que je ne saurais voir ».

45. Pour un exemple de convention de confidentialité, voy. O. CAPRASSE, « ICC Model Confidentiality Agreement », *Rev. dr. ULg*, 2008/4, pp. 444 à 453.

46. Cependant, le fait qu'un aussi grand nombre de documents répondent tous à l'exigence de pertinence pour la solution du litige requise par l'art. 877 du Code judiciaire relève quasiment du cas d'école.

47. D. MOUGENOT, « Le charme discret des 'petites' mesures d'instruction », *P.&B.*, 2007, p. 248, n° 25.

48. Bruxelles, 13 avril 1999, *Rev. prat. soc.*, 2000, 83.

49. Voy. Liège, 8 janvier 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1002; Mons, 14 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, 711.

50. C. trav. Liège, 20 octobre 2004, *R.D.D.*, 2005, n° 114, pp. 30 et s.

La cour du travail de Liège déclara l'appel irrecevable et rappela que le jugement ordonnant la production de documents, étant une mesure de simple instruction, n'était pas susceptible de recours immédiat. Selon elle, la précision donnée par l'article 880 du Code judiciaire n'est que la confirmation de cette règle générale dans le registre de la production de documents, afin de couper court à toutes discussions dilatoires à ce sujet.

La cour du travail de Liège jugea ensuite que les articles 877 et suivants du Code judiciaire ne sont nullement contraires à l'article 6, 1., de la convention européenne des droits de l'homme, en dépit du fait que ces articles autorisent le juge à ordonner à une partie de produire des documents sans l'avoir entendue à cet égard et sans qu'il soit possible pour cette partie d'aller en appel. Selon la cour, l'article 880 du Code judiciaire n'emporte pas que la partie ne pourra être entendue ou faire valoir ses arguments au sujet de l'action *ad exhibendum*. La cour relève que la partie peut s'abstenir de produire le document demandé et que l'exécution forcée n'est pas admise. La cour indique « *qu'il est donc loisible à la partie de ne pas satisfaire au jugement et la condamnation à la production de documents sera sans effet et sans conséquence* »⁵¹.

L'argument de la cour est donc de dire que l'appel est de toute façon superflu, car le débat sur la légitimité du motif de rétention des documents, s'il est contesté par la partie adverse, sera jugé ultérieurement dans le cadre d'une éventuelle demande en dommages et intérêts sur base de l'article 882 du Code judiciaire. Et là, la décision du juge sera bien susceptible d'appel.

Via cette argumentation, la cour du travail de Liège se livre à un tour d'équilibriste entre les prescrits du Code judiciaire et la nécessité de conférer une défense adéquate à la partie souhaitant légitimement protéger ses secrets des affaires. Si une partie estime être dans son bon droit, il suffit qu'elle s'abstienne de produire les documents.

Le raisonnement de la cour nous paraît symptomatique du carcan trop étriqué proposé par le Code judiciaire en matière de contestation d'une ordonnance de production de documents en raison de la protection du secret des affaires. La (louable) motivation sous-jacente à la solution proposée par la cour est d'écarter toutes manœuvres dilatoires dans le chef de la partie faisant l'objet de l'ordonnance et d'accélérer le traitement de la cause.

Cette manière classique d'envisager le débat sur la légitimité ou non du refus de produire des documents contenant des secrets des affaires se heurte à deux obstacles majeurs.

Premièrement, vu la complexité croissante du nombre d'affaires dans les domaines industriel, commercial et financier, il n'est pas praticable d'examiner utilement le contenu d'une cause en se passant des pièces maîtresses du dossier.

⁵¹ C. trav. Liège, 20 octobre 2004, *R.D.D.*, 2005, n° 114, p. 33.

Deuxièmement, et plus fondamentalement comme nous l'avons souligné, la tendance est de plus en plus à la production modulée des documents contenant des secrets des affaires, en vertu de diverses techniques que sont le masquage, le filtrage, la dataroom, l'avocat spécial, ... La question de la légitimité de la rétention d'un document n'est donc plus aussi manichéenne. L'option réservée à la partie faisant l'objet de l'action *ad exhibendum* n'est plus simplement binaire: je communique ou je m'abstiens de communiquer le document.

Comme l'a illustré le jugement du tribunal de commerce du 3 décembre 2012 précité, la légitimité du refus de communiquer des informations confidentielles doit s'apprécier au regard de la correcte application de la méthode de filtrage ou de mise à disposition des documents commandée par le juge.

Ainsi, s'apparentera à un motif illégitime de refus de production de documents un masquage de données excédant les informations réellement confidentielles, l'établissement d'une dataroom incomplète ou (volontairement ou pas) désordonnée, la mauvaise coopération avec un expert indépendant ou un avocat spécial ...

De nouvelles questions méritent dès lors d'être soulevées en matière de recours contre les jugements ordonnant la production de documents comprenant des secrets d'affaires ou commerciaux. *Quid* si le juge ne fait pas droit à la demande d'une partie d'assortir la production de documents de modalités permettant de préserver le secret des affaires? *Quid* si le juge opte, parmi l'éventail des possibilités qui lui sont offertes, pour une modalité qui n'apparaît pas la plus idoine pour protéger efficacement ses secrets d'affaires légitimes?

Il nous apparaît, à tout le moins qu'un appel doit être autorisé à une partie qui, ne s'opposant pas au principe de la production modulée de documents à condition que ses secrets d'affaires soient autant que possible soustraits au regard de son concurrent souhaiterait voir la production de documents modulée d'une autre façon que celle retenue par le juge, que ce soit d'une manière qui lui est moins préjudiciable, ou d'une façon plus pratique et moins coûteuse pour les parties au procès.

Il ne serait dans un tel cas pas fait appel du jugement lui-même mais bien des modalités suivant lesquelles les documents devront être fournis, conformément à l'article 879 du Code judiciaire.

Cette solution permettrait au juge d'appel de réexaminer immédiatement la décision du juge du premier degré quant aux modalités de production des documents, plutôt que de laisser le juge du premier degré dans l'impossibilité de traiter utilement une affaire en raison du refus d'une partie de délivrer des documents indispensables à la solution du litige, car les modalités de production ne lui paraissent pas satisfaisantes pour protéger ses secrets d'affaires.

(ii) Différence de traitement entre les parties au procès et les tiers

La procédure entourant la production de documents est exposée aux articles 878 et suivants du Code judiciaire. L'article 878 prévoit que: « *Si le document est détenu par un tiers, le juge l'invite préalablement à déposer ce document*

en original ou en copie au dossier de la procédure selon les modalités et dans le délai qu'il indique. »

Le tiers a alors la possibilité de faire valoir ses observations par écrit ou en chambre du conseil. Les parties peuvent en prendre connaissance et y répondre.

G. L'ACTION AD EXHIBENDUM ET LA MÉDIATION

La loi du 21 février 2005 a introduit dans le Code judiciaire une sixième partie consacrée à la médiation.

Cette médiation civile, telle qu'organisée par le Code judiciaire, se caractérise notamment par (a) une intervention prépondérante des parties et (b) l'absence d'avis rendu par le médiateur⁵².

La médiation est « *un processus confidentiel et structuré de concertation volontaire entre parties entre lesquelles il existe un différend géré par un tiers neutre, indépendant et impartial, qui n'a aucun pouvoir juridictionnel et dont le rôle consiste avant tout à créer les conditions nécessaires pour rétablir et faciliter la communication entre parties, mais aussi à conduire celles-ci à redéfinir leurs relations, entre autres en les conduisant à trouver elles-mêmes une ou plusieurs solutions au différend et à en sélectionner une* »⁵³.

Cette définition met en relief le caractère confidentiel inhérent au processus de médiation. Les parties s'engagent souvent dans une telle procédure de règlement des conflits précisément en raison de la garantie de confidentialité qui y est associée. Cette garantie est consacrée par l'article 1728 du Code judiciaire qui dispose que « *les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels* ».

Cette confidentialité emporte d'importantes conséquences en matière procédurale et probatoire sur tout type de procédure, judiciaire ou extra-judiciaire qui serait initiée simultanément ou ultérieurement. En effet, l'article 1728 du Code judiciaire précise que ces documents confidentiels « *ne peuvent être utilisés dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même l'aveu extrajudiciaire* ».

Les conséquences assorties à cette forme « *d'immunité procédurale* » sont importantes. Toujours aux termes de l'article 1728 du Code judiciaire: « *En cas de violation de*

cette obligation de secret par une des parties, le juge ou l'arbitre se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts. Les documents confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de secret sont d'office écartés des débats. »

La problématique de la production de pièces contenant des secrets d'affaires peut également se poser devant des instances de médiation extra-judiciaire. Il en est par exemple du service de médiation ou du collège de médiation banque – crédits – placements. Ces instances ne constituent pas une médiation judiciaire. En effet, la procédure y est écrite et, en principe sans débats oraux. Le contradictoire est limité. Une obligation de confidentialité est imposée aux membres du service et du collège de médiation et non aux parties. L'avis rendu est non contraignant ...

S'il ne fait aucun doute que chaque partie peut, si elle le souhaite, faire usage en justice des informations ou documents qu'elle a elle-même communiqués ou de l'avis rendu par le service ou le collège de médiation, une partie ne peut exiger de son adversaire ou du service ou du collège de médiation de produire tous les documents échangés dans le cadre de cette procédure alternative de règlement des conflits avec ledit service ou collège.

En acceptant de recourir aux services d'une telle institution et en se soumettant aux règles de procédure applicables, les parties acceptent de s'imposer une obligation de discrétion, constitutive de juste motif au sens de l'article 882 du Code judiciaire.

« *Bien que n'étant pas une médiation au sens du Code judiciaire, la procédure devant les 'organes' précités est, selon nous, une quasi-médiation bénéficiant, en vertu d'un usage, d'une confidentialité identique à celle légalement organisée par les médiations. Tout processus de ce type ne peut en effet réussir que si cette confidentialité est assurée. Cet usage constitue alors un juste motif faisant obstacle à toute demande de production. »*⁵⁴.

⁵². J.-P. BUYLE et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, « La confidentialité attachée aux pièces communiquées au service de médiation ou au collège de médiation », *Rev. banc. fin.*, 2010/V, pp. 291-292.

⁵³. P.-P. RENSON, « Le droit de la médiation et le droit des biens. Analyse à la croisée des chemins », in *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, p. 18, n° 15.

⁵⁴. J.-P. BUYLE et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, « La confidentialité attachée aux pièces communiquées au service de médiation ou au collège de médiation », *Rev. banc. fin.*, 2010/V, pp. 291-292.

H. LA PRODUCTION FORCÉE DE DOCUMENTS, LE SECRET PROFESSIONNEL ET LA DISCRÉTION PROFESSIONNELLE

(i) Le secret professionnel de l'avocat

Le secret professionnel de l'avocat concerne au premier rang les correspondances échangées avec le client, les consultations données, les notes personnelles du client remises à son conseiller, les notes de ce dernier ... Le secret s'étend à toute information qu'obtient l'avocat, en cette qualité, dans le cadre du traitement d'un dossier pour le client, que l'information soit apprise du client ou surprise auprès d'un tiers, qu'elle concerne le client ou une autre partie⁵⁵. A ce titre, les documents se trouvant aux mains de l'avocat sont susceptibles de contenir des secrets d'affaires.

Le secret professionnel de l'avocat trouve son fondement non seulement dans l'article 458 du Code pénal mais aussi dans les articles 6 et 8 de la convention européenne des droits de l'homme. Le secret est opposable au juge et aux autres parties de la cause. Il justifie que l'avocat s'abstienne de produire des documents relatifs à ses clients ou des courriers échangés avec lui⁵⁶ ou soit en mesure de s'opposer légitimement à un ordre judiciaire de production de ces pièces.

Un arrêt de la Cour constitutionnelle du 26 septembre 2013⁵⁷ met en exergue la particularité de la situation de l'avocat par rapport à celle des autres dépositaires d'un secret professionnel que sont par exemples les médecins, les pharmaciens ou les agents de police.

Ce statut particulier découle de la mission spécifique que l'avocat accomplit dans le cadre de l'administration de la justice. En effet, l'effectivité des droits de la défense de tout justiciable, au sens de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, suppose qu'une relation de confiance puisse être établie entre lui et l'avocat qui le conseille et le défend. Comme le souligne la Cour, « *cette nécessaire relation de confiance ne peut être établie et maintenue que si le justiciable a la garantie que ce qu'il confiera à son avocat ne sera pas divulgué par celui-ci* »⁵⁸.

La Cour constitutionnelle hisse le secret professionnel de l'avocat au rang de principe général qui participe du respect des droits fondamentaux et en déduit les conclusions suivantes :

« *Ainsi, les règles qui y dérogent ne peuvent être que de stricte interprétation, compte tenu de la manière dont est organisée la profession d'avocat dans l'ordre juridique interne. Ainsi la règle du secret professionnel ne doit céder que si cela peut se justifier par un motif impérieux d'intérêt général.* »⁵⁹.

Cet arrêt aura pour conséquence de renforcer encore plus la légitimité de refus de la production de correspondance entre l'avocat et son client en cas d'action *ad exhibendum*. Seul un motif impérieux d'intérêt général sera désormais en mesure de percer le secret professionnel de l'avocat.

(ii) Le secret professionnel du notaire

Le secret professionnel du notaire peut indubitablement constituer un motif légitime de refus de production de document au sens de l'article 882 du Code judiciaire⁶⁰.

Par exemple, l'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI défend au notaire de délivrer des expéditions ou de donner connaissance des actes en sa possession à d'autres personnes que les personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants droit⁶¹.

Cette règle connaît toutefois un certain nombre de dérogations (tel que le droit d'investigation de l'administration fiscale) et des circonstances où la loi impose des mesures de publicité. L'article 23 de la loi du 25 ventôse permet également à tout tiers de solliciter une ordonnance du président du tribunal de première instance afin d'obtenir communication d'un acte en dehors de tout litige⁶².

La cour du travail de Gand, dans un arrêt du 6 juin 1997⁶³, n'a toutefois pas retenu le secret professionnel pour refuser la production de copies d'actes authentiques. Sur la base de l'obligation à collaborer à la manifestation de la vérité, la cour a estimé que le secret professionnel du notaire devait s'incliner face à l'article 877 du Code judiciaire. Cet arrêt a été fortement critiqué à bon droit par la doctrine⁶⁴.

⁵⁵ J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, « Le fondement et la portée du secret professionnel de l'avocat dans l'intérêt du client », *J.T.*, 2012, p. 327; J.-P. BUYLE et G. LAGUESSE, « Professional secrecy, legal professional privilege and confidentiality: the belgian and european perspective », *R.E.C.O.*, Larcier, 2011/3, p. 603.

⁵⁶ J. CRUYPLANTS et M. WAGEMANS, « Secret professionnel et protection renforcée des échanges avocat-client », *J.T.*, 2005, p. 565.

⁵⁷ C. const., n° 127/2013, 26 septembre 2013.

⁵⁸ C. const., n° 127/2013, 26 septembre 2013, considérant B.29.2.

⁵⁹ C. const., n° 127/2013, 26 septembre 2013, considérant B.31.2.

⁶⁰ P. LAMBERT et J.-F. TAYMANS, « Le secret professionnel du notaire », *Rép. not.*, t. XI, L. X., Larcier, 1994, p. 60.

⁶¹ Voy. A. DUQUESNE *et al.*, « La procédure de production de documents dans le Code judiciaire et le secret professionnel », *Ann. dr. Lg.*, 1970, p. 263 et J. VAN COMPENOLLE *et al.*, « Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé (1991 à 2001) », *R.C.J.B.*, 2002, p. 722.

⁶² Voy. A. DUQUESNE *et al.*, « La procédure de production de documents dans le Code judiciaire et le secret professionnel », *Ann. dr. Lg.*, 1970, p. 264.

⁶³ C. trav. Gand, 6 juin 1997, *Chron. D.S.*, 1999, p. 121.

⁶⁴ J. VAN COMPENOLLE *et al.*, « Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé (1991 à 2001) », *R.C.J.B.*, 2002, pp. 722-723.

(iii) La confidentialité des avis des juristes d'entreprise

Il n'est pas rare qu'un juriste d'entreprise soit amené à donner un avis au profit de son employeur dans le cadre de son activité de conseil juridique et que celui-ci comprenne certains secrets d'affaires.

Au terme de l'article 5 de la loi du 1^{er} mars 2000 créant un Institut des juristes d'entreprise, de tels avis sont confidentiels.

Par arrêt du 14 septembre 2010⁶⁵, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que les correspondances et les écrits échangés entre un avocat interne à une entreprise et sa direction ne bénéficiaient pas de la confidentialité des correspondances entre les avocats et leurs clients. Cette décision confirmait un arrêt du tribunal de première instance de Luxembourg prononcé le 17 septembre 2007⁶⁶. C'est la jurisprudence *Akzo*, faisant référence à l'entreprise hollandaise au sein de laquelle les autorités de la concurrence avaient saisi de tels correspondances et mails.

Ces décisions se fondaient sur le rapport de contrat d'emploi existant entre l'avocat interne et l'entreprise, lequel empêche l'avocat, selon les juridictions européennes, d'être intellectuellement indépendant à l'égard de cette dernière.

Deux décisions nationales ont cependant été prononcées, sans suivre cette jurisprudence:

1. La première est un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles rendu le 5 mars 2013⁶⁷.

Dans le cadre d'une plainte déposée par deux concurrents, l'auditeur près du Conseil de la concurrence effectue une perquisition auprès de la société Belgacom. A cette occasion, plusieurs documents et fichiers digitaux sont saisis. Ceux-ci contiennent des mails des membres du personnel que l'auditeur ne voulait pas considérer comme confidentiels.

L'entreprise introduit un recours devant la cour d'appel de Bruxelles à l'encontre de la décision refusant la confidentialité. Les actes attaqués concernaient des incidents survenus lors du dépouillement des documents et fichiers électroniques saisis lors des perquisitions et notamment au regard de la reconnaissance du « legal professional privilege » aux avis émanant des juristes d'entreprise. En droit belge, en effet, le titre de juriste d'entreprise est protégé par la loi du 1^{er} mars 2000. Il est conféré par l'Institut des juristes d'entreprise à toute personne physique qui satisfait à plusieurs conditions: être porteur d'un diplôme en droit, être lié par un contrat de travail à un employeur ...

La cour d'appel considère qu'au contraire de l'avocat, le juriste d'entreprise n'est pas un confident nécessaire, en ce sens qu'il ne reçoit pas de confiance des clients qui doivent obligatoirement s'adresser à lui. Il n'est pas tenu au secret professionnel.

Concernant la jurisprudence *Akzo*, la juridiction bruxelloise rappelle que celle-ci est justifiée par le fait qu'il n'y a aucune tendance prépondérante dans les ordres juridiques des Etats membres de l'Union européenne vers une assimilation des avocats internes aux avocats exerçant à titre indépendant mais aussi par le fait qu'il existe toujours un nombre important d'Etats membres qui excluent des juristes d'entreprise de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients (arrêt de la C.J.U.E. du 14 septembre 2010, considérants n^{os} 72 et 73).

Par contre, la situation en droit belge est différente, dans la mesure où le législateur a opté pour l'instauration d'un principe de confidentialité, nonobstant l'existence d'une relation d'emploi dans le chef du juriste (art. 5 de la loi du 1^{er} mars 2000).

Dès lors, lorsqu'une autorité nationale enquête pour le compte de la Commission européenne, celle-ci exerce ses pouvoirs conformément au droit national. Les avis donnés par le juriste d'entreprise doivent rester confidentiels. Cette confidentialité ne vise pas l'activité en tant que telle du juriste d'entreprise dans sa totalité, mais couvre des actes matériels spécifiques accomplis à l'initiative de son employeur.

La saisie d'un avis de juriste d'entreprise par une autorité de la concurrence belge est dès lors illégale, en ce qu'elle constitue une mesure d'ingérence attentatoire à la loi. La confidentialité couvre non seulement l'avis émis par le juriste, mais également la correspondance qui contient la demande d'avis, les correspondances échangées au sujet de la demande, les projets d'avis ainsi que les documents préparatoires à l'avis. La solution adoptée en droit de la concurrence belge concernant les avis des juristes d'entreprise est donc différente en droit européen et en droit national.

2. La seconde décision est l'arrêt du Hoge Raad hollandais du 15 mars 2003⁶⁸.

L'affaire sous-jacente au pourvoi introduit devant la Haute Cour des Pays-Bas concernait une demande de témoignage en justice de l'avocat d'une société travaillant au sein de celle-ci, par une société avec laquelle la première avait conclu un accord relatif à une acquisition d'actions, et à laquelle le tribunal de Groningen avait fait droit.

⁶⁵. C.J.U.E., 14 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1400.

⁶⁶. T.P.I. C.E., 17 septembre 2007, aff. jointes T-125/03 et T. 253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd / Commission*, disponible sur le site <http://curia.europa.eu>.

⁶⁷. Bruxelles, 5 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1136, et note J.-P. BUYLE et D. VAN GERVEN, « La confidentialité des juristes d'entreprise doit prévaloir sur l'ingérence des autorités de la concurrence belge ».

⁶⁸. HR, 13 mars 2003, BY6101, *N.J.B.*, 2003, p. 670.

Au cours de l'interrogatoire, ledit avocat avait estimé ne pas avoir à répondre à une question portant sur le contenu des pourparlers contractuels menés pour le compte de son employeur en vertu du secret professionnel auquel il estimait être tenu à l'égard de ce dernier, et de l'interdiction corrélatrice de témoigner dans le cadre d'une affaire dans laquelle il était intervenu en sa qualité d'avocat.

Le tribunal avait rejeté cette argumentation, en invoquant la « jurisprudence *Akzo* » précitée. Le Hoge Raad saisi par les avocats auditionnés d'un pourvoi n'a pas suivi cette position.

Au détour d'un raisonnement procédural aboutissant à l'irrecevabilité du pourvoi introduit, la Cour suprême a toutefois décidé d'examiner la question juridique relative à l'exception du secret professionnel invoquée par l'avocat détaché en entreprise.

Dans son raisonnement, la Cour a estimé que la « jurisprudence *Akzo* » était spécifique et ne trouvait pas à s'appliquer en dehors du droit européen de la concurrence.

Ensuite, la Cour a invoqué un règlement de l'Ordre des avocats néerlandais (de 1996) relatif aux avocats détachés en entreprise, lequel prévoit l'obligation pour l'employeur d'un tel avocat de respecter l'indépendance de celui-ci et de veiller au respect des règles de conduite professionnelle des avocats, en ce compris celles relatives au secret professionnel et à la confidentialité.

Selon la Cour, les dispositions de ce règlement suffisent à garantir l'indépendance de l'avocat. Elles font obstacle à l'existence d'un certain lien de subordination entre celui-ci et son employeur.

En Belgique, l'avocat en entreprise n'est jamais engagé dans le cadre d'un contrat d'emploi. Les règles déontologiques ne l'autorisent pas.

Le protocole d'accord conclu entre l'Institut des juristes d'entreprise et le barreau de Bruxelles le 27 septembre 2010⁶⁹, prévoit que l'avocat détaché exerce sa mission en toute indépendance et en dehors de tout lien de subordination.

Il prévoit expressément que la correspondance à en-tête de l'entreprise ainsi que les courriels utilisant une adresse électronique de l'entreprise adressés à un destinataire au sein de l'entreprise et qui sont signés par l'avocat détaché sont confidentiels. Cela va de soi.

Ce secret instauré dans l'intérêt de l'entreprise trouve son fondement non seulement à l'article 458 du Code pénal, mais surtout dans les articles 6 et 8 de la convention européenne des droits de l'homme. C'est un principe général qui participe au respect des droits fondamentaux.

L'arrêt prononcé par le Hoge Raad s'inscrit dans la lignée des règles existantes en Belgique. Pour que l'avocat puisse informer son client au mieux de sa situation juridique, le justiciable doit pouvoir se confier en toute liberté et tout lui dire. Ceci ne peut se faire que si l'entreprise a la garantie que les informations transmises ne seront pas communiquées à des tiers ni utilisées par autrui contre elle. C'est le fondement même du secret professionnel.

En conclusion, la confidentialité des avis des juristes d'entreprise consacrée par l'article 5 de la loi du 1^{er} mars 2000 et validée par l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 5 mars 2013 est un motif légitime permettant de résister à une action *ad exhibendum*, fondée sur l'article 882 du Code judiciaire. Tout comme il peut fonder un refus de témoigner (art. 929 C. jud.)⁷⁰.

(iv) La production forcée de documents et la discrétion professionnelle du banquier

Contrairement au médecin, au notaire ou à l'avocat, le banquier n'a pas, de l'avis de la Cour de cassation, la qualité de personne tenue au secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal^{71,72}.

Il n'en demeure pas moins que le banquier doit garder le secret, tant sur les opérations traitées avec son client que sur les renseignements donnés par celui-ci en vue de leur réalisation⁷³. Le banquier est ainsi débiteur d'une obligation contractuelle de discrétion en raison de la nature des informations qu'il est appelé à recueillir de ses clients pour l'exercice des missions qui lui sont confiées⁷⁴.

Le devoir de discrétion du banquier peut exercer une influence sur le juge lorsqu'il est amené à se prononcer sur une demande de production de documents⁷⁵.

Dans des espèces où l'action *ad exhibendum* était exercée contre un banquier, des tribunaux ont considéré que l'article 877 du Code judiciaire ne pouvait avoir pour effet de mettre en échec la règle du secret professionnel et que cette exception à l'action *ad exhibendum* devait s'étendre au cas où – sans être tenu au secret professionnel tel qu'il est caractérisé

⁶⁹ M. WAGEMANS et Y. OSCHINSKY, *Recueil des règles professionnelles*, Barreau de Bruxelles, 2011, n° 473-1.

⁷⁰ J.-P. BUYLE et I. DURANT, « La confidentialité des avis des juristes d'entreprise », in *Le secret professionnel*; J.-P. BUYLE et B. DESSART, « La responsabilité pénale des conseillers internes et externes de l'entreprise », in *Le droit pénal financier en marche*, Cahiers de l'AEDBF/EVBFR-Belgium, n° 21, Anthémis, 2009, p. 453.

⁷¹ Cass., 25 octobre 1978, *J.T.*, 1979, p. 371, et note A. BRUYNEEL.

⁷² Sur le secret professionnel des membres de la FSMA, cons. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, obs. sous Comm. Hasselt, 26 mars 2001, *R.D.C.*, 2001, p. 838.

⁷³ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, p. 290, n° 2049.

⁷⁴ J.-P. BUYLE, « Le secret professionnel du banquier à l'égard de l'assureur », *Rev. Dr. ULB*, 2000, 21, p. 113.

⁷⁵ N. LABEEUW, « De procedure van overlegging van stukken », *A.J.T.*, 1999-2000, p. 881.

par la loi pénale – l'une des parties ou le tiers est tenu à l'obligation de discrétion⁷⁶.

Il apparaît de ces décisions que l'importance que peut revêtir le document détenu par le banquier pour la solution particulière d'un litige concerné doit guider le juge dans la balance

des intérêts présidant à la décision d'ordonner ou non la production d'un document⁷⁷.

Il convient en outre de noter que la production forcée de documents n'emporte pas l'obligation pour le banquier de commenter les documents qu'il produit⁷⁸.

I. CONCLUSION

En conclusion, nous avons vu que si l'action en production judiciaire de documents est fondée sur le droit à la preuve et le droit à un procès équitable, il pourrait y avoir de bonnes raisons pour une partie ou un tiers de ne pas y donner suite.

Cet obstacle au droit à la transparence et à la contradiction peut trouver fondement dans l'article 882 du Code judiciaire et plus précisément dans la notion de « *motif légitime* ». Nous avons été spécialement attentifs au fait que ces motifs légitimes s'invitent bien plus vite à la cause qu'au moment de l'action en responsabilité en cas de refus de production du document visé par l'action *ad exhibendum*. Ces motifs guident en réalité déjà le juge lorsqu'il ordonne la production de pièces ou lorsqu'il décide d'assortir la production des documents de modalités particulières destinées à protéger le secret des affaires. Les jugements du tribunal de commerce de Bruxelles du 14 mai 2009 et du 3 décembre 2009 que nous avons commentés illustrent particulièrement bien l'influence anticipatoire des motifs de refus légitimes sur le choix et la mise en œuvre des modes de production modulée des documents.

Nous avons par ailleurs mis en évidence le fait que l'absence de possibilité d'appel des ordonnances de production de document ne servait pas toujours l'objectif d'instruction efficace de la cause. Au vu de l'utilisation de plus en plus fré-

quente de techniques de production modulée de documents, il nous semble qu'un recours devrait être ouvert à la partie qui n'est pas satisfaite de la modalité choisie ou de l'absence de modalité de production en dépit de la présence de secrets des affaires.

Nous avons enfin examiné dans quelles conditions le secret professionnel et la confidentialité de différents acteurs du monde juridique et bancaire pouvaient constituer des obstacles légitimes à l'action *ad exhibendum*. Nous avons montré que la sauvegarde de la confidentialité des documents utilisés lors d'une médiation est fondamentale pour la réussite de ce mode alternatif de résolution des conflits.

Nous avons observé que si la conciliation entre le principe du contradictoire et la protection de la confidentialité se met en œuvre de manière différenciée en fonction du type de détenteur de secret, la tendance générale va vers une reconnaissance accrue de la nécessité de prévenir la divulgation dommageable d'informations confidentielles.

Ce constat est encore plus marqué sur le plan des professions juridiques (avocats, notaires, juristes d'entreprise, médiateurs) et traduit la préoccupation des cours et tribunaux de préserver la sécurité juridique de la relation entre le conseiller-confident et son client.

⁷⁶. Comm. Bruxelles (9^e ch.), 12 mars 1973, *Sprl Ets L. Van Muylders / B.B.L.*, n° 552/71 et 7431/71; Comm. Bruxelles, 22 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 380; Comm. Hasselt, 26 mars 2001, *R.D.C.*, 2001, p. 838, et note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX.

⁷⁷. Comm. Namur, 29 juin 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 471; Comm. Hasselt, 26 mars 2001, *R.D.C.*, 2001, p. 838, et note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX.

⁷⁸. Comm. Namur, 29 juin 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 471; A. BRUYNEEL, obs. sous Cass., 25 octobre 1978, *J.T.*, 1979, p. 376.