

Rechtslehre Doctrine Dottrina

La confidentialité en médiation

CINTHIA LÉVY*

Résumé

La confidentialité est un principe fondamental de la médiation. La mise en œuvre de ce principe revêt de nombreuses facettes. Cette contribution examine, dans un premier temps, la confidentialité telle que prévue par les dispositions légales et réglementaires en droit suisse et en droit comparé. Dans un second temps, nous proposons cinq scénarios décrivant des situations réelles de médiation dans lesquelles la question de la confidentialité a été soulevée. La description de ces cas de médiation est accompagnée de recommandations pour les praticiens.

Zusammenfassung

Die Vertraulichkeit ist ein Grundsatz des Mediationsverfahrens. Seine Umsetzung weist verschiedene Aspekte auf. Dieser Beitrag untersucht zunächst im Lichte des schweizerischen Rechts und der Rechtsvergleichung, inwiefern die Vertraulichkeit gesetzlich oder reglementarisch vorgeschrieben ist, und schildert dann fünf Konstellationen, die in der Praxis Fragen zur Vertraulichkeit aufwerfen und Anlass geben für Hinweise und Empfehlungen an Praktiker.

Riassunto

La confidenzialità è un fondamento della procedura di mediazione. La sua implementazione comporta differenti aspetti. Questo contributo esamina, dapprima alla luce del diritto svizzero e del diritto comparato, fino a che punto la confidenzialità è prescritta a titolo legale o regolamentare, e illustra poi cinque costellazioni che, nella pratica, sollevano delle domande sulla confidenzialità e danno l'occasione per formulare indicazioni e raccomandazioni agli operatori.

* Avocate et Médiatrice FSA, FSM, CSMC, OMPI, TAS, chargée de cours à l'Université de Lausanne et à l'Université de Genève, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, collaboratrice scientifique du CEMAJ, coordinatrice de la Permanence de médiation de l'Ordre judiciaire vaudois (OJV), présidente de la Chambre de médiation de l'Ordre des avocats vaudois (OAV).

Table des matières

- I. Introduction
 - A. Craintes suscitées par la confidentialité en médiation
 - B. Un flou artistique
- II. Dispositions légales et réglementaires
 - A. Article 216 du Code de Procédure civile (CPC)
 - B. Article 7 de la directive européenne 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation civile et commerciale du 21 mai 2008
 - C. Article 1728 du Code Judiciaire belge (CJ)
- III. Scénarios – L’obligation de confidentialité dans la pratique
 - A. Scénario 1: Confidentialité interne – contacts préliminaires
 - B. Scénario 2: Confidentialité interne – notes du médiateur et des parties laissées sur la table
 - C. Scénario 3: Confidentialité externe – lorsque la médiation a abouti
 - D. Scénario 4: Confidentialité interne et externe – lorsque la médiation n’a pas abouti
 - E. Scénario 5: Confidentialité interne – entretiens préalables séparés
- IV. Conclusion

I. Introduction

La médiation est un processus volontaire de prévention, de gestion et de résolution des conflits par lequel un médiateur, neutre, indépendant et impartial, accompagne les parties dans la recherche de solutions consensuelles et durables pour régler le conflit qui les oppose. La confidentialité¹ est un des principes fondamentaux de la médiation.

Tout le monde s’accorde pour considérer que la confidentialité permet aux parties et au médiateur de construire la confiance réciproque, tout en favorisant un dialogue constructif. En effet, la confidentialité libère la parole, permet aux parties de retracer les événements qui ont donné lieu au conflit, d’exprimer leurs désaccords, leurs frustrations et leur sentiment d’injustice. Elle permet de rechercher les intérêts de l’une et de l’autre partie, de faire des propositions, des plus folles aux plus rationnelles, d’investiguer des pistes qui tiennent compte des intérêts communs et des intérêts différents, de formuler des excuses, d’être créatif, de réfléchir ensemble à de possibles arrangements. La confidentialité permet de s’exprimer sans craindre que les propos et les propositions échangés ne puissent être utilisés au détriment de celui qui les a formulés dans le cadre d’une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure, ou qu’ils ne soient divulgués à des tiers².

¹ La confidentialité de la médiation est prévue à l’article 216 du Code de Procédure Civile (CPC).

² Dans le même sens: «La médiation peut prendre en compte tous les aspects en jeu dans un conflit, aux plans affectif, économique, juridique, éducatif, psychologique et social et permettre une véritable résolution du/des différend(s). Seul le cadre confidentiel que garantit le processus de médiation permet une discussion libre et ouverte, l’évaluation des risques, l’admission d’erreurs, la proposition d’éventuelles concessions, la confrontation d’alternatives et d’options à la réalité, tout ceci sans crainte d’être pris à quelque piège que ce soit», SAMBETH GLASNER, La confidentialité en médiation, Mythes et Réalités, in: *Transparence et secret dans l’ordre juridique*, Liber Amicorum pour Vincent Jeanneret, Ordre des Avocats de Genève, Ed. Slatkine, 2010.

Il est intéressant de noter que l'engagement de confidentialité est utile si la médiation aboutit (dans plus de 75% des cas selon les statistiques publiées) et a fortiori dans les cas où elle n'aboutirait pas. En effet, même dans l'hypothèse où la médiation se clôture par un accord, les parties peuvent avoir un intérêt à garder confidentiels le contenu des échanges, certaines pièces échangées, voire l'existence même de la médiation. Les parties peuvent en outre convenir de l'étendue de la publicité qu'elles entendent donner ou non à leur accord de médiation. Si les parties ne parviennent pas à un accord dans le cadre de la médiation, la confidentialité du processus est essentielle, en particulier si la médiation est suivie d'une procédure judiciaire ou d'un arbitrage.

A. Craintes suscitées par la confidentialité de la médiation

Paradoxalement, certains avocats ont exprimé des craintes par rapport au recours à la médiation, spécifiquement en raison de la confidentialité du processus. Ils considèrent que cela pourrait en soi être défavorable à leur client, en permettant à l'autre partie de «cacher certaines informations» et de «piéger» son client. Ce scepticisme illustre la coexistence, chez ces confrères, de deux logiques distinctes: celle qui consiste à entrer en guerre contre l'autre partie (en procédure) et celle qui consiste à rechercher des solutions ensemble (en médiation). Comme on ne peut pas à la fois vouloir faire du bruit et se trouver dans un environnement calme, l'avocat doit faire un choix et adapter sa stratégie, ses conseils et son comportement au processus choisi par son client.

Cette crainte suscite également deux réflexions. La première est que le fait de dévoiler des informations sensibles ou secrètes comporte des risques pour le client quel que soit le contexte ou le processus dans lequel ces informations sont dévoilées. Il est dès lors important que le client comprenne ces risques et prenne une décision en connaissance de cause. Par ailleurs, une clause de confidentialité n'a jamais empêché une personne de mauvaise foi de divulguer des informations confidentielles. Une telle clause permet, dans certains cas, d'obtenir réparation du préjudice causé par la divulgation des informations confidentielles sous la forme de dommages et intérêts. En revanche, cette clause ne protège pas, en tant que telle, contre la diffusion de l'information. Le client doit donc faire un choix entre l'avantage que lui procure la discussion sur des informations sensibles mais essentielles à la résolution du conflit et le souhait de garder ces informations secrètes. Dans certains cas, c'est précisément la possibilité de parler des aspects confidentiels d'un dossier dans un cadre sécurisé et structuré qui va permettre de rétablir progressivement la confiance entre les parties et d'aboutir à une entente.

La deuxième réflexion générée par ce paradoxe est le fait que le risque que le client prend au sujet des informations confidentielles n'est pas spécifique au processus de médiation. Il est exactement le même dans le contexte qu'une négociation sous le couvert d'un accord de confidentialité; il est le même dans le cadre d'une négociation entamée entre avocats, au nom de leurs clients, sous les réserves d'usage; il est également présent lors de la conciliation, qu'elle soit judiciaire ou extrajudiciaire. Soutenir que la médiation est un processus incertain parce qu'il permet de

divulguer des informations confidentielles alors qu'il y aurait plus de certitude dans d'autres processus est inexact. Quel que soit le processus, le risque à prendre par le client en dévoilant des informations confidentielles est le même. Ce risque n'est donc pas spécifique au processus de médiation.

Une chose est cependant très claire: si on ne parle pas des choses qui sont importantes, on n'a aucune chance de trouver un accord durable et mutuellement satisfaisant.

La confidentialité de la médiation est prévue dans toutes les législations nationales et internationales sur la médiation, dans les codes de déontologie applicables aux médiateurs, et dans les règles des centres de médiation à travers le monde³. De plus, on trouve systématiquement une clause de confidentialité dans le contrat de médiation⁴ qui précise les modalités de la médiation, le rôle du médiateur et des médiés, et qui permet aux parties d'entamer le processus de médiation. Le contrat de médiation, avec sa clause de confidentialité, constitue le premier accord des parties dans le processus de recherche de solution amiable. Si des difficultés importantes interviennent au sujet de l'engagement d'une des parties par rapport à la clause de confidentialité dans le contrat de médiation, ce n'est en général pas bon signe pour la suite du processus de médiation⁵.

B. Un flou artistique

Malgré l'importance du principe de confidentialité, il règne un flou artistique autour de cette notion et de son champ d'application spécifiquement dans le contexte de la médiation.

L'objet de la présente contribution est de clarifier la notion de confidentialité dans le cadre du processus de médiation au regard du droit suisse et en droit

³ A titre d'exemples, on peut citer l'article 217 CPC, l'article 1728 du Code Judiciaire belge (voir *infra*), l'article 4 du Code de procédure civile du Québec, l'article 13 du Règlement Suisse de médiation (nouvelle version entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2019) de l'association des Chambres de commerce suisses pour l'arbitrage et la médiation (SCAI), l'article 6 des Directives de la Fédération Suisse des Avocats (FSA), l'article 4 des règles de déontologie de la Fédération Suisse des Associations de Médiation (FSM), l'article 7.5 du Règlement de médiation de la Chambre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP), l'article 9 des règles de médiation de la Chambre de Commerce Internationale (ICC), l'article 5.4.1 du Manuel Européen sur la législation en matière de médiation – Conseil de l'Europe, Commission Européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) juin 2019, les articles 8 et 10 de l'Acte uniforme sur la médiation de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

⁴ Il y a habituellement deux contrats signés en médiation: Le contrat de médiation, également appelé l'engagement de médiation, qui consigne la décision des parties de démarrer le processus. Ce contrat contient la désignation des parties, le médiateur, l'objet de la médiation et les modalités du processus. L'accord de médiation est le contrat signé ultérieurement, lorsque les parties parviennent à un accord et qu'elles décident de consigner cet accord par écrit.

⁵ «L'engagement à la confidentialité réciproque est le premier accord que prennent les parties après une période douloureuse et conflictuelle: elles sont d'accord de changer les paradigmes de relations et d'appliquer ensemble le même principe fondamental au processus de résolution de leur différend: le secret», SAMBETH GLASNER, B. La confidentialité en médiation, *Mythes et Réalités, op.cit.*

comparé (Section II). L'analyse de situations issues de la pratique permettra d'illustrer certaines questions concrètes qui peuvent se poser en lien avec la confidentialité et la médiation (Section III).

II. Dispositions légales et réglementaires

Tout le monde sait que «la médiation est confidentielle». Toutefois, la confidentialité en médiation présente de nombreuses facettes. On peut par exemple se concentrer sur la *confidentialité interne* de la médiation, c'est-à-dire entre les parties, ou entre les parties et le médiateur. On peut également parler de la *confidentialité externe*, c'est-à-dire la confidentialité vis-à-vis des tiers qui ne sont pas parties à la médiation. On peut s'interroger sur l'utilité de la confidentialité en médiation et sur ce qu'elle couvre ou non.

On peut se poser la question de la sanction du non-respect de l'obligation de confidentialité ou encore se demander si on peut utiliser un accord de médiation pour prouver l'existence de l'entente entre les parties alors que la médiation est confidentielle.

Afin de clarifier la notion de confidentialité, nous nous intéresserons aux dispositions du CPC suisse, à la directive européenne 2008/52/CE⁶ et aux nouvelles dispositions du droit belge en la matière.

A. Article 216 du Code de procédure civile (CPC)

Le CPC prévoit que la médiation est confidentielle. De façon générale, les dispositions du CPC sur la médiation se limitent à l'articulation du processus de médiation avec la procédure judiciaire – au stade de la conciliation ou de la procédure au fond.

Le CPC prévoit ainsi que:

Article 216 – Relation avec la procédure judiciaire

- ¹ La médiation est confidentielle et indépendante de l'autorité de conciliation et du tribunal.
- ² Les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans la procédure judiciaire.

L'alinéa premier de l'article 216 CPC règle partiellement la «confidentialité externe», c'est-à-dire les règles applicables vis-à-vis des tiers. Le CPC se limite à mentionner

⁶ La directive 2008/52/CE a été une source d'inspiration pour de nombreux législateurs et notamment le législateur suisse, même si dans les faits, son rayonnement pratique a été quelque peu modéré; à ce sujet, consulter: Rapport du Parlement européen de 2014 «Rebooting» the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf); également «A Ten-Year-Long «EU Mediation Paradox» When an EU Directive Needs To Be More ... Directive», Briefing du Parlement européen <https://www.adrcenterfordevelopment.com/wp-content/uploads/2019/01/Briefing-Note-GDP-EU-Parliament.pdf>.

la confidentialité de la médiation à l'égard du juge de la conciliation ou du juge du fond. Il est généralement admis que la confidentialité de la médiation s'étend à tous tiers au processus et pas uniquement aux magistrats dans le cadre d'une procédure judiciaire engagée ou à venir. De même, la confidentialité de la médiation s'applique à la médiation non-judiciaire, c'est-à-dire lorsqu'aucune procédure n'est engagée. Dans ce cas, il est essentiel de prévoir contractuellement une clause de confidentialité dans le contrat de médiation⁷.

L'alinéa deux de l'article 216 CPC interdit l'utilisation en procédure des «déclarations des parties» faites pendant la médiation, dans l'hypothèse où on se retrouve ultérieurement devant un juge⁸. Encore une fois, ce que couvre le CPC est très limité – il s'agit en effet uniquement de règlementer l'interaction entre le processus de médiation et la procédure judiciaire.

Force est de constater qu'il n'y a pas de dispositions générales sur la confidentialité en médiation dans le CPC. Nous verrons que dans d'autres juridictions, le choix du législateur a été différent⁹.

On considère toutefois que la confidentialité de la médiation s'étend non seulement *aux déclarations* des parties pendant les séances de médiation et entre les séances (c'est-à-dire toutes déclarations orales, propositions, recherche active de solutions, idées, etc.) mais également à *tous documents* écrits réalisés par les parties dans le cadre et pour les besoins de la médiation (notes de préparation de séances, propositions écrites, notes, tableaux, etc.). La confidentialité de la médiation s'étend également aux déclarations, questionnement, synthèses du médiateur, ainsi qu'aux notes du médiateur¹⁰. Elle perdure après le processus de médiation¹¹.

7 A titre d'exemple, voici la clause de confidentialité proposée par la Chambre de médiation de l'Ordre des Avocats Vaudois: «Toutes les données relatives à la médiation sont confidentielles. Les parties et le médiateur s'engagent à en respecter le secret, et s'interdisent d'en faire usage dans une procédure judiciaire ou d'arbitrage. Par données relatives à la médiation, on entend, notamment, le contenu des discussions entre parties, les projets d'accord ainsi que les notes de travail du médiateur. Les parties prennent note que le médiateur est tenu au secret professionnel, et s'abstiendront de requérir son audition en justice.» https://www.mediation-oav.ch/images/uploaded/file/contrat_mediation.pdf

Voir également le règlement de médiation de l'association des Chambres de commerce suisses pour l'arbitrage et la médiation (SCAI): https://www.swissarbitration.org/files/838/mediation_2019_webversion_french.pdf.

8 A noter que l'on peut se retrouver devant un juge lorsque la médiation n'a pas abouti mais aussi lorsque la médiation a abouti et que l'objet du litige est différent ou plus large que celui de la médiation. Dans les deux cas, la confidentialité de la médiation doit être respectée.

9 A titre d'exemple, le droit belge prévoit la confidentialité de la médiation judiciaire et la médiation extrajudiciaire – loi sur la médiation du 18 juin 2018, voir *infra*.

10 Article 166 CPC précité; article 6 des Directives de la Fédération Suisse des Avocats (FSA) pour la médiation; article 4 des règles déontologiques pour les médiatrices et les médiateurs de la Fédération Suisse des Association de Médiation (FSM), article 4 du Code de conduite européen pour les médiateurs.

11 Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables, Ouvrage collectif sous la direction de JEAN MIRIMANOFF, Bruylant, collection Paradigme, 2019, p. 142.

En matière d'administration des preuves, l'article 166 du CPC prévoit en outre la possibilité pour le médiateur de refuser de témoigner en justice lorsqu'il serait amené «à révéler des faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions». Cette obligation de confidentialité du médiateur s'applique aussi à l'égard des tiers qui pourraient être intéressés au processus de médiation mais qui ne sont pas parties à la médiation. L'obligation de confidentialité du médiateur s'étend aux échanges que le médiateur peut avoir avec une des parties (dans le cadre d'entretiens préalables ou lors d'apartés), à l'égard de l'autre partie (voir scénario 5 ci-dessous).

Les dispositions du CPC sont importantes dans la mesure où elles établissent le principe de la confidentialité de la médiation. Elles sont toutefois insuffisantes car elles ne couvrent que certains aspects de la confidentialité, et uniquement dans le cadre de la médiation judiciaire. Il est donc très important de compléter ces dispositions dans le cadre du contrat de médiation pour s'assurer que le principe de confidentialité est, d'une part, bien compris par les parties et, d'autre part, qu'il vise l'ensemble des éléments que les parties et le médiateur souhaitent préserver dans le cadre de la médiation. Il appartient au médiateur de proposer une clause de confidentialité suffisamment claire et à la fois complète dans le contrat de médiation qui sera signé par les parties pour entamer le processus de médiation, qu'il s'agisse d'une médiation renvoyée par un juge (médiation judiciaire – pour compléter les dispositions du CPC) ou d'une médiation non-judiciaire, c'est-à-dire que les parties souhaitent entamer, souvent sur les conseils de leurs avocats, alors qu'aucune procédure n'est en cours.¹²

B. Article 7 de la directive européenne 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation civile et commerciale du 21 mai 2008

Le droit européen a été une des sources d'inspiration du législateur suisse, et notamment la directive intitulée DIRECTIVE 2008/52/CE¹³, qui prévoit quelques précisions intéressantes sur la confidentialité dans le processus de médiation:

Article 7 – Confidentialité de la médiation

1. Etant donné que la médiation doit être menée de manière à préserver la confidentialité, les Etats membres veillent à ce que, sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de

¹² Pour rappel, les dispositions partielles du CPC sur la confidentialité ne s'appliquent pas à la médiation non-judiciaire, il est donc d'autant plus important de prévoir dans le contrat de médiation une clause de confidentialité.

¹³ DIRECTIVE 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JO 24.05.2008, L 136/7. En droit européen, on citera avec intérêt: le Code de conduite européen pour les médiateurs et les travaux récents de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) et du Conseil de l'Europe, notamment: le Manuel Européen sur la législation en matière de médiation (2019), La boîte à outils pour le développement de la médiation (2018).

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'Etat 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.

2. Aucune disposition du paragraphe 1 n'empêche les Etats membres d'appliquer des mesures plus strictes en vue de préserver la confidentialité de la médiation.

Les éléments couverts par la confidentialité selon cette directive sont donc plus larges que le CPC suisse. On vise non seulement les obligations de confidentialité dans le chef des parties, mais aussi du médiateur et de toutes personnes participant à l'administration du processus de médiation¹⁴.

On mentionne aussi l'obligation de confidentialité dans l'hypothèse où les parties se retrouvent en procédure judiciaire ou en arbitrage *après* la médiation. Il est question «des informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci» ce qui est beaucoup plus large que «les déclarations des parties» selon l'article 216 CPC.

En outre, la directive prévoit des exceptions à la règle de la confidentialité pour des raisons impérieuses d'ordre public, ou lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre ou d'exécuter un accord de médiation. Dans la pratique, cette question est récurrente, à savoir la possibilité de produire certains éléments de la médiation ou un accord de médiation pour permettre la mise en œuvre dudit accord¹⁵ (voir scénario 3 ci-dessous).

Le point 2 est une invitation aux Etats membres de prévoir des dispositions plus strictes pour préserver la confidentialité de la médiation. C'est précisément ce que le législateur belge a fait.

C. Article 1728 du Code Judiciaire belge (CJ)

Le droit belge dispose d'une réglementation sur la médiation civile depuis 2001¹⁶. Les dispositions de droit belge concernant la médiation ont été précisées et élargies

¹⁴ Cela pourrait être par exemple les personnes engagées dans un centre de médiation qui ont accès aux dossiers de médiation ou des experts nommés dans le cadre du processus.

¹⁵ A noter que la Cour Suprême du Québec s'est prononcée en 2014 dans le même sens que le législateur belge, à savoir la possibilité d'utiliser comme moyen de preuve l'accord de médiation pour pouvoir exécuter ledit accord, indépendamment de la confidentialité de la médiation: Arrêt Union Carbide Canada inc. c. Bombardier inc. [2014] 1 RCS, Dossier 35008, p. 800 et s.

¹⁶ Loi relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire du 19 février 2001, Moniteur Belge, 3 avril 2001, p. 11218.

à plusieurs reprises et récemment dans le cadre de la loi sur la médiation du 18 juin 2018¹⁷.

Le nouvel article 1728 du Code Judiciaire belge prévoit à présent:

Art. 1728.¹ Code Judiciaire belge

§ 1^{er}. Les documents établis et les communications faites au cours du processus de médiation et pour les besoins de celui-ci sont confidentiels. Ils ne peuvent être utilisés dans aucune procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ni dans toute autre procédure de résolution des conflits et ne sont jamais admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire. Sauf volonté contraire des parties exprimée par écrit, ne sont pas visés par la présente obligation de confidentialité le protocole de médiation et le ou les accords de médiation signés par les parties, ainsi que l'éventuel document établi par le médiateur qui constate l'échec de la médiation.

L'obligation de confidentialité peut, par ailleurs, avec le consentement écrit des parties, et dans les limites qu'elles déterminent, être levée. A l'inverse, les parties peuvent, de commun accord et par écrit, rendre confidentiels des documents ou communications antérieurs à l'entame du processus de médiation.

§ 2. Sans préjudice des obligations que la loi lui impose, le médiateur ne peut rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin par les parties dans une procédure civile, administrative ou arbitrale relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation. Il ne peut davantage révéler, en ce compris au juge ou à l'arbitre saisi d'un différend entre les parties médiées, le motif de l'échec de ce mode amiable de règlement des conflits.

L'article 458¹⁸ du Code pénal lui est applicable.

§ 3. Dans le cadre de sa mission et pour les besoins de celle-ci, le médiateur peut, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentent ou lorsque la complexité de l'affaire l'exige, recourir aux services d'un expert, spécialiste du domaine traité. Ceux-ci sont tenus à l'obligation de confidentialité visée au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}. Le paragraphe 2 s'applique à l'expert.

§ 4. En cas de violation de l'obligation de confidentialité ou de secret par les personnes qui y sont tenues en vertu de la présente disposition, le juge ou l'arbitre se prononce en équité sur l'octroi éventuel de dommages et intérêts, et sur la hauteur de ceux-ci.

Les documents et communications confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de confidentialité sont d'office écartés des débats.

¹⁷ Loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges du 18 juin 2018, Moniteur Belge, 2 juillet 2018, 53455, entrée en vigueur le 12 juillet 2018.

¹⁸ L'article 458 du Code pénal belge prévoit les sanctions applicables en cas de violation du secret professionnel pour toute personne dépositaire de secret par état ou par profession.

La loi belge du 18 juin 2018 a étendu et précisé la notion de confidentialité. Le législateur belge vise à la fois spécifiquement les documents établis et les communications faites au cours de la médiation comme étant couverts par la confidentialité. Une exception à la confidentialité est prévue pour le protocole de médiation (contrat de médiation, pour entamer le processus) et le ou les accords de médiation signés par les parties ainsi que le document éventuel établi par le médiateur qui constate l'échec de la médiation. Les parties peuvent toutefois renoncer à cette exception par écrit.

Le droit belge prévoit expressément la possibilité pour les parties de renoncer à la confidentialité du processus dans son ensemble ou partiellement, de même que la possibilité de rendre des documents ou communications antérieures à la médiation confidentiels.

Le médiateur est tenu par la confidentialité. Il ne peut être appelé à témoigner. Il est également précisé que le médiateur ne peut révéler le motif de l'échec du processus au juge ou à l'arbitre saisi d'un différend entre les parties ayant participé au processus de médiation. Dans la pratique, certaines tensions peuvent surgir précisément dans ce cadre, lorsqu'une partie aimerait beaucoup que le médiateur informe le juge des raisons de l'échec de la médiation – il va sans dire, à cause de l'autre partie¹⁹.

Le droit belge prévoit encore l'obligation de confidentialité dans le chef des experts qui seraient amenés à intervenir dans le cadre de la médiation (fiduciaire, ingénieur, conseiller, coach, etc.).

Finalement, le droit belge prévoit une sanction en cas de violation de l'obligation de confidentialité sous la forme de dommages et intérêts à déterminer par le juge ou l'arbitre saisi. Les documents et communications confidentiels qui auraient été communiqués en violation de l'obligation de confidentialité doivent être écartés des débats.

III. Scénarios – L'obligation de confidentialité en pratique

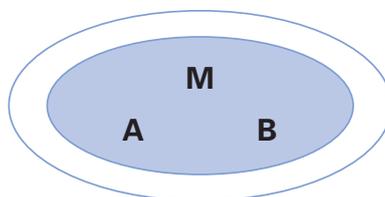
Dans la pratique, certaines questions peuvent se poser au sujet de l'étendue et des contours de l'obligation de confidentialité.

Nous allons décrire et analyser plusieurs cas pratiques où la question de la confidentialité a été débattue et tâcher de dégager des recommandations pour les praticiens.

¹⁹ Le médiateur peut être amené à communiquer avec le juge en particulier dans le cadre d'une médiation judiciaire. En droit suisse, cela sera d'autant plus vrai s'il s'agit d'une médiation dans laquelle les parties bénéficient de la gratuité de la procédure de médiation. Dans ce cas, non seulement le juge recevra l'information selon laquelle la médiation s'est clôturée par un accord ou n'a pas abouti, mais en plus le médiateur enverra un état d'honoraires qui précisera les prestations de médiation, ce qui peut, dans une certaine mesure, porter atteinte au principe de confidentialité du processus de médiation.

A. Scénario 1: Confidentialité interne – contacts préliminaires

Quelle est la portée de la confidentialité de la médiation dans le cadre des contacts préliminaires avec le médiateur lorsqu'une des parties décide finalement de ne pas «entamer» le processus de médiation?



L'hypothèse est la suivante: Sur les conseils de son avocat, une partie A consulte une médiatrice dans le but d'entamer avec la partie B une médiation. Il n'y a pas de procédure judiciaire en cours. Il s'agit donc d'une demande de médiation extrajudiciaire. La médiatrice a plusieurs échanges téléphoniques et par mail avec la partie A ayant initié le processus de médiation, puis avec la partie B. La partie A paie une provision d'honoraires à la médiatrice. La médiatrice envoie le projet de contrat de médiation aux parties. Le contrat n'est pas signé. Finalement, la partie B décide de ne pas aller plus loin et écrit un mail dans ce sens à la médiatrice en expliquant de façon détaillée les raisons de son choix. La partie B ne met pas la partie A en copie de ce mail – volontairement. La médiatrice écrit alors à la partie A pour l'informer du choix de la partie B et lui dire qu'il n'y aura pas de médiation. La partie A demande alors la production du mail de la partie B contenant les raisons du refus d'entrer dans le processus de médiation.

Est-ce couvert par la confidentialité de la médiation?

En l'absence de contrat de médiation signé, la médiatrice est-elle tenue de produire le mail en question?

On pourrait considérer que le processus de médiation n'a pas formellement démarré puisqu'il n'y a pas eu la signature d'un accord de médiation contenant, entre autres, la clause de confidentialité.

Cependant, obliger la médiatrice à produire cet e-mail serait contraire à l'esprit de la médiation. La communication entre les parties et la médiatrice doit être considérée comme confidentielle dès les premiers échanges. Ce n'est donc pas l'obligation de confidentialité entre les parties qui justifierait le refus de production du document litigieux mais l'obligation de confidentialité qui incombe à la médiatrice en vertu des règles de déontologie de l'association à laquelle elle appartient²⁰.

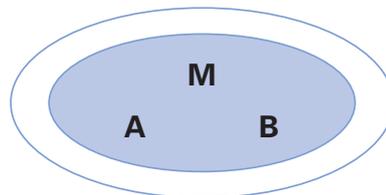
Cette règle est essentielle pour permettre une communication libre et fluide entre la médiatrice et les parties dans la mise en place du processus de médiation *avant* la signature du contrat de médiation.

Dans le cas concret, la médiatrice a refusé de transmettre le document à la partie A.

²⁰ Par exemple, l'article 6 des Directives de la Fédération Suisse des Avocats (FSA) pour la médiation; article 4 du Code de conduite européen pour les médiateurs, les règles de déontologie de la Fédération Suisse des Associations de Médiation (FSM).

Recommandation: Il est utile que le médiateur précise dès les premiers contacts, et avant la signature du contrat de médiation, que les échanges entre le médiateur et les parties sont dès le départ couverts par une obligation de confidentialité dans le chef du médiateur.

B. Scénario 2: *Confidentialité interne* – Notes du médiateur et des parties laissées sur la table



Dans le cas pratique, la médiation multipartite se déroulait dans une salle de réunion d'un hôtel. Le médiateur était venu à l'avance vérifier les lieux, faire la mise en place et installer le tableau de conférence (Flip-Chart) à l'endroit souhaité. Il avait prévu les emplacements pour chacune des parties, un cadre agréable, l'éclairage, le café, les carnets de notes, quelques friandises... Tout était en ordre pour démarrer la médiation. Au bout d'une heure de séance, plusieurs spots qui éclairaient la salle se sont éteints les uns après les autres, laissant la moitié de la salle dans l'obscurité – en particulier au-dessus du médiateur et du Flip Chart. Le médiateur a alors invité les parties à prendre une pause et a quitté la salle pour se rendre à la réception de l'hôtel afin de demander que le problème d'éclairage soit résolu.

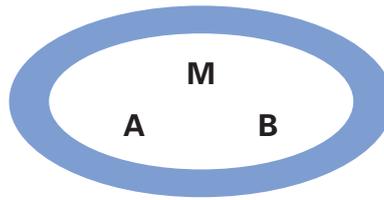
Dans la précipitation, le médiateur n'a pas pris soin de retourner ses notes de préparation de séance et ses notes personnelles avant de quitter la salle.

Un oubli de ce genre, suite à un problème technique, ou simplement en revenant dans la salle après un aparté, peut avoir des conséquences dramatiques sur la confidentialité des propos échangés, notamment s'il s'agit de chiffres facilement décelables en un coup d'œil.

Conseil pour les médiateurs: Ne vous laissez pas distraire par un problème technique et mettez vos notes de côté pour préserver la confidentialité de celles-ci et des propos échangés avec les parties. Invitez les parties à faire de même avec leurs propres notes.

C. Scénario 3: *Confidentialité externe* – lorsque la médiation a abouti

Quelle est la portée de la confidentialité de la médiation lorsqu'un accord de médiation est conclu, signé et qu'une des parties refuse de faire ratifier l'accord par le tribunal, comme le prévoit l'article 217 CPC, et surtout refuse d'exécuter l'accord?

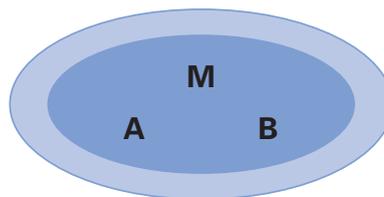


Dans ce cas, la solution est assez simple. Il faut considérer qu'à titre de preuve, une des parties pourra se prévaloir du contrat de médiation pour faire valoir ses droits en justice, sauf si les parties ont spécifiquement prévu d'étendre la confidentialité à cet accord. C'est donc la liberté contractuelle qui prime. Si les parties décident d'étendre la confidentialité à l'accord de médiation, le médiateur et les avocats des parties devront informer les parties en amont du processus des conséquences de ce choix, et en particulier qu'elles se priveront d'un moyen de preuve si l'autre partie n'exécute pas ses obligations selon les termes de l'accord.

C'est d'ailleurs expressément ce que prévoit le Code Judiciaire belge (voir *supra*).

C'est aussi la solution retenue par la Cour Suprême du Québec (Arrêt Bombardier²¹), ainsi que la règle prévue dans le Règlement de la Chambre de Commerce Internationale (CCI -article 9).

Scénario 4: Confidentialité interne et externe – lorsque la médiation n'a pas abouti



Plus délicate est la question de la confidentialité de la médiation en cas d'échec du processus.

Dans le cadre d'une médiation multipartite, l'une des parties avait écrit à l'autre que l'ensemble des pièces transmises dans le cadre de la médiation seraient couvertes par la confidentialité, sous-entendant que si la médiation ne devait pas aboutir, aucune de ces pièces ne pourrait être produite par l'autre partie.

Dans le cas d'espèce, la médiatrice a attiré l'attention des parties sur plusieurs aspects. Il convient tout d'abord de faire une distinction entre les propositions et échanges oraux et les documents transmis.

La raison d'être de la clause de confidentialité est de permettre aux parties d'échanger librement, de réfléchir ensemble et d'étendre le champ des possibles sans craindre que des propositions puissent être utilisées contre elles en procédure si la médiation n'aboutit pas. Il serait absurde a posteriori, parce que la médiation

²¹ Cf. note 15.

n'a pas abouti, de considérer ces déclarations comme pouvant être utilisées en justice. La protection de ces échanges est claire et ceux-ci sont couverts par la confidentialité de la médiation.

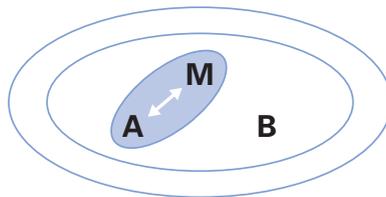
Concernant les documents échangés dans le cadre de la médiation, il faut être plus nuancé. Un document ne devient pas confidentiel parce qu'il est produit dans le cadre de la médiation.

- Les documents existant avant la médiation, dont on pourrait demander la production en justice (exemples: un contrat, une correspondance entre les parties, une déclaration fiscale, les plans d'architecte pour la construction d'un bâtiment, etc.) ne changent pas de statut parce qu'ils ont été utilisés dans le cadre de la médiation.
- Ces documents doivent être distingués des documents élaborés dans le cadre de la médiation, pour les besoins du processus, qui eux sont couverts par la confidentialité, sauf autre accord des parties.
- Des documents produits confidentiellement par une des parties dans la médiation pourront être produits dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure par cette même partie.

A noter que cette distinction est exactement la même pour la négociation directe, la négociation couverte par les réserves d'usages ou la conciliation.

Scénario 5: Confidentialité interne – Entretiens préalables séparés

Confidentialité des échanges entre le médiateur et une partie.



Dans le cadre d'une médiation, comme dans une pièce de théâtre, il y a plusieurs actes. Traditionnellement, la médiation démarre avec des entretiens préalables (séparés, en présence ou par téléphone), puis viennent les séances de médiation où toutes les parties sont présentes, accompagnées ou non de leurs avocats ou d'autres personnes de leur choix, le tout entrecoupé d'échanges téléphoniques, de courriers ou par e-mail²².

La situation concerne la confidentialité des propos échangés lors d'un entretien préalable entre le médiateur et une des parties. Comme c'est le cas habituellement,

²² Certains médiateurs utilisent régulièrement les «caucus», c'est-à-dire des apartés pendant le processus de médiation et d'autres le font très rarement. Ces derniers considèrent que l'intérêt du processus de médiation est précisément que les gens se parlent et souhaitent éviter que le médiateur ne fasse la navette et ne soit converti en messenger.

il avait été acté oralement et de façon globale, que les propos échangés durant l'entretien préalable seraient couverts par la confidentialité de la médiation. Lors de cet entretien, le médiateur a présenté le contrat de médiation en proposant qu'il soit signé lors de la première séance de médiation.

Pour être concret, il s'agissait d'une séparation dans le cadre d'une médiation non-judiciaire. Lors de cet entretien préalable, Monsieur a expliqué au médiateur comment les dernières années de son mariage avaient été vécues comme un enfer, qu'il s'était senti progressivement vidé de son élan de vie, qu'il avait cherché longtemps à trouver un nouvel équilibre avec sa femme ou à se satisfaire de la situation malgré le manque d'échange, le manque de complicité et l'absence de partage. Il avait attendu que les enfants soient grands et autonomes. Il y a quelques mois, à la veille de la retraite, il avait décidé de faire le grand saut. Il avait quitté sa femme et insistait pour dire, avec une certaine fierté, que c'était un véritable soulagement. Il avait quitté le domicile familial. Quelques mois après son départ, il avait rencontré une autre personne avec qui il avait l'intention de faire sa vie. Tout était clair pour lui. Il voulait divorcer.

Lors de l'entretien individuel avec Madame, la situation était tout autre. Madame avait été surprise du départ de son mari. Elle le savait volage depuis des années, mais «il revient toujours» disait-elle. Elle ne comprenait pas son empressement et ne souhaitait pas parler de divorce, tout au plus de séparation temporaire. Elle lui en voulait de faire tant de «vagues» et se disait blessée par son attitude, considérant «qu'on lave son linge sale en famille et on ne se répand pas à l'extérieur».

Lors de la première séance commune de médiation, Monsieur et Madame ont signé le contrat de médiation, chacun s'est exprimé sur sa vision de la situation et sur la façon dont ils souhaitaient travailler dans le cadre de la médiation.

Le médiateur a posé des questions ouvertes, à Monsieur et à Madame sur leur vécu et leur ressenti, quels étaient les sujets sur lesquels ils souhaitaient travailler en médiation (séparation/divorce) et la façon dont ils envisageaient l'avenir (ensemble ou séparés).

A ce moment, Monsieur s'est raidi, il a expliqué qu'il avait rencontré une autre personne et qu'il souhaitait faire sa vie avec cette autre femme. Madame a eu l'air tétanisée, comme si c'était une nouvelle à laquelle elle ne s'attendait pas le moins du monde... comme si c'était la première fois qu'elle apprenait «qu'il la trompait». La séance s'est poursuivie dans un climat glacial.

Monsieur a ensuite écrit au médiateur pour lui demander des explications, considérant que le médiateur n'avait pas respecté la confidentialité des entretiens préalables parce qu'il avait posé la question de la vie commune future...

On peut retirer plusieurs enseignements de ce scénario.

Tout d'abord, les informations qui sont connues de part et d'autre et échangées avec le médiateur ne sont pas nécessairement des informations dont les parties souhaitent parler ensemble en séance de médiation ou reconnaître ouvertement. Il s'agit d'un mécanisme de défense qui consiste à mettre la tête dans le sable et prétendre «qu'on ne savait pas» et «qu'on est offusqué d'apprendre», même si on sait très bien et qu'on a partagé cela avec le médiateur en entretien préalable.

D'autre part, la confidentialité couvrant toutes les informations transmises dans le cadre d'un entretien préalable à la médiation ou d'un caucus²³ est un leurre. Toutes les informations qui sont données par les parties au médiateur sur l'histoire de la relation, le ressenti de l'un et de l'autre, la vision que chacun peut avoir du futur, de leurs besoins, de leur capacité à s'exprimer, influencent le médiateur dans sa compréhension de la situation, dans sa connaissance des éléments utiles et dans la formulation des questions.

Le but des entretiens préalables et des caucus est d'aider le processus, et non pas de le rendre impossible en faisant du médiateur un porteur de secrets qui marche sur des œufs à chaque fois qu'il s'aventure dans le récit reconstitué des parties.

Conseil: Pour se préserver de cela – et ce qui n'avait pas été fait dans le cas présent – il faut délimiter méthodiquement à la fin de chaque entretien séparé (entretien préalable ou aparté), qu'elles sont les informations qui doivent être gardées secrètes et qu'elles sont les informations qui peuvent être utilisées par le médiateur pour définir le contexte de la médiation et poser des questions²⁴.

A noter qu'il ne s'agissait pas dans le cas présent pour le médiateur de dévoiler une information partagée par une des parties (à savoir la rencontre avec une autre personne), mais de poser la question du futur.

Il faut donc bien comprendre et délimiter la confidentialité dans les entretiens préalables et les apartés pour éviter des malentendus qui risquent, comme dans le cas décrit, de mettre en péril le processus de médiation²⁵.

V. Conclusion

La confidentialité de la médiation a de multiples facettes et elle doit être préservée tout au long du processus de médiation. Les contours et les obligations qui en découlent ne sont pas toujours bien compris. Pour le médiateur, le défi consiste à expliquer le principe et l'importance de la confidentialité aux parties et à leurs conseils, au moment de la «pose du cadre» c'est-à-dire au début du processus de médiation. Le médiateur doit garder à l'esprit que les parties ont rarement la disponibilité d'esprit, à cette étape du processus, pour un discours théorique sur la confidentialité. Le médiateur doit donc être complet et surtout concis.

²³ Pour mémoire, un entretien préalable se situe en amont du processus de médiation alors qu'un aparté ou caucus peut intervenir tout au long du processus, à la demande des parties ou suggéré par le médiateur.

²⁴ On peut également prévoir dans le contrat de médiation que *«le médiateur pourra s'entretenir seul avec chacune des parties durant le processus de médiation. Les propos échangés avec le médiateur lors de ces apartés pourront être utilisés par le médiateur dans le cadre de la médiation, sauf si la partie qui dévoile une information particulière demande spécifiquement que celle-ci soit gardée confidentielle»*.

²⁵ Bien que ce ne soit pas la pratique habituelle, certains médiateurs annoncent lors des entretiens séparés que tout ce qui sera partagé doit pouvoir être utilisé d'une manière ou d'une autre dans le processus – cela pour éviter de devenir porteur de secrets et de paralyser le processus.

Il est conseillé de revenir sur la notion de confidentialité et les obligations qui en découlent pour les parties, leurs conseils et le médiateur, à plusieurs reprises durant le processus de médiation.

La confidentialité reste la clef de voûte de la médiation. Elle est indispensable au bon déroulement du processus dans l'intérêt des parties. Le processus de médiation requiert de la confiance. Il s'agira tout d'abord de la confiance dans la personne du médiateur, puis dans le processus de médiation et éventuellement, si possible, de restaurer une forme de confiance entre les parties. Malgré ses limites, la confidentialité est essentielle pour créer le climat favorable à un dialogue ouvert, où la communication permet de construire, étape par étape, une entente satisfaisante pour tous.

«La confidentialité engendre la confiance, et la confiance les confidences»²⁶.

²⁶ Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables, Ouvrage collectif sous la direction de JEAN MIRIMANOFF, Bruylant, collection Paradigme, 2019, p. 142.