

LA CONFIDENTIALITE, PRINCIPE DIRECTEUR DU PROCESSUS DE MEDIATION EN ENTREPRISE

Laurent IZAC, MCF Droit privé – UT1 Capitole - IEJUC
Responsable du DU de médiation : droit et pratiques de la médiation
en matière civile, commerciale et sociale

Le principe déontologique de confidentialité qui pèse sur le Médiateur et la nécessité de maintenir cette dernière au cœur du déroulé d'un processus de Médiation est assurément une préoccupation transverse de l'essence même de toutes médiations.

En revanche cette confidentialité se pare d'une dimension cardinale dès lors qu'elle s'inscrit dans la vie des Affaires et dès lors que seront en médiation traités, discutés et solutionnés des conflits dont le risque de destruction d'une économie et des emplois ne peut être éludé.

La vie des Affaires en ce qu'elle met en scène des relations multiples et des modes opératoires complexes, conduit alors à mettre en exergue dans un espace de médiation les contextes concurrentiels, les tentations procédurières et les comportements déloyaux propres à nourrir des volontés guerrières ou à alimenter les espoirs de chute de son principal rival.

La confidentialité – principe ici non négociable - qui irriguera la totalité du processus de médiation et qui sera tenu comme un vecteur de conduite commun et partagé, favorisera l'instauration d'une confiance tout aussi cardinale à la progression et à l'amélioration de la vie des Affaires. Il est en effet crucial que les personnes puissent s'exprimer librement et sans la crainte que leurs dires soient divulgués et exploités hors de la médiation.

Pour illustrer le propos et avant de dérouler les réflexions de fond, prenons l'exemple simple et fréquent de deux sociétés ou prestataires individuels qui désirent collaborer de manière continue et permanente, en vue de développer une activité ou un produit. Les deux entreprises vont mettre ici en commun ressources, forces et stratégies afin d'atteindre un objectif commun et la relation partenariale ainsi définie va permettre aux entrepreneurs de prospérer par une définition antérieure de la nature des échanges et du prix de la prestation en contre partie d'obligations réciproques conformes au droit positif.¹ Il en va ainsi, par exemple pour une société qui serait dépourvue de force commerciale spécifique par exemple un spécialiste d'un type de clients ou de réseaux déterminés qui a un focus étroit de son marché.

On peut également évoquer la situation d'un constructeur aéronautique et de l'un de ses sous-traitants qu'un différend oppose s'agissant de la facturation de certaines pièces détachées dont les caractéristiques ont été modifiées lors de la mise en production afin de réduire la consommation en carburant de l'appareil. Pris par l'urgence de ne pas retarder les livraisons (de lourdes pénalités de retard étant prévues au contrat de vente des appareils), les partenaires s'étaient avant tout concentrés sur les éléments techniques assurant l'optimisation recherchée. Or, l'évaluation des incidences financières qui avait été remise à plus tard est aujourd'hui à l'origine d'un différend entre les parties.

¹ Il est à noter que dans ce type de relation sera en amont conclu un contrat de partenariat qui posera les modalités pratiques, l'objet et le périmètre de ce dernier et qui inclura quasi systématiquement une clause de confidentialité (ou NDA).

Le recours à la médiation et le principe de confidentialité qu'elle recèle apparaissent en ce cas particulièrement précieux. Non seulement la médiation tendra à préserver la relation entre les partenaires mais la confidentialité qu'elle offre aux parties leur permettra d'avancer en confiance dans la recherche d'un terrain d'entente. Des éléments financiers propres à chacune des parties, le détail de certains procédés de fabrication pourront être « mis sur la table » pour nourrir la recherche d'une solution pérenne, solutionnant cette difficulté et offrant une base de référence pour des contrats ultérieurs. Mais la confidentialité permettra encore de cacher aux yeux des tiers (concurrents, clients, presse, etc.) l'existence même de ce différend. Les partenaires apparaissant ainsi parfaitement unis comme il est de coutume entre eux.

Mais pour mieux voyager dans le pays de la Médiation interentreprises, plongeons au fond de la question.

« *Secret de trois, secret de tous* ». Ce proverbe bien connu résume assez bien la précarité du secret. Celui-ci se fragilise d'autant plus que le cercle des personnes se trouvant dans la confiance s'élargit. En règle générale, celui qui détient un secret ou une information qu'il ne veut voir divulguer, la conserve pour lui seul. Enfermé dans le coffre-fort de son silence, le secret pourra ainsi être tenu à l'abri des tiers. Mais il peut arriver que, par nécessité ou envie, il confie son secret à quelqu'un d'autre. En ce cas, l'information ainsi confiée, livrée sous le sceau de la confiance, prend un caractère confidentiel. Celui qui fait désormais partie du cercle des personnes informées ne doit pas à son tour révéler ce qu'il sait. Le proverbe nous met cependant en garde contre le risque pris. A présent détenteur du secret, celui qui a été placé dans la confiance se trouve être également, dans les faits, maître du secret. Pour que le secret demeure préservé, il faut que la confidentialité soit maintenue. C'est à cet égard que, si cette confidentialité lui apparaît légitime, le droit pourvoit naturellement à sa préservation.

Dans le cadre d'un litige, la dimension confidentielle de certaines informations présente bien souvent une importance essentielle. Chacune des parties détient des informations qu'elle ne souhaite évidemment pas livrer à l'autre parce que ce serait, sinon, lui offrir des « armes » contre elle. Chaque partie et son conseil se trouvent ainsi dans un cercle de confidentialité² dont elle exclut naturellement l'autre. La logique du procès tend alors à la confrontation des prétentions, lesquelles s'appuient sur des éléments de fait et de droit. On sait qu'en vertu de l'adage *probatio incumbit actori*, les éléments de fait doivent être prouvés par celui qui s'en prévaut. Il est alors logiquement hors de question pour une partie de décharger l'autre du fardeau de la preuve en lui offrant les informations nécessaires ou en reconnaissant la véracité d'un certain nombre de faits jouant à son détriment³.

Le processus de médiation rompt fondamentalement avec cette logique. En mettant en présence les parties, le médiateur va s'efforcer d'engager un dialogue entre elles afin que leurs points de vue, au départ incompatibles, se rapprochent suffisamment pour qu'une solution puisse être trouvée. Cette solution sera non seulement le fruit de l'accord des médiés mais aussi le produit de leur dialogue. Ce sont les médiés eux-mêmes, avec l'aide du médiateur, qui vont construire la solution. Or, pour aboutir à cette solution, il est indispensable d'alimenter le processus de discussion. Il faut que les points de vue respectifs évoluent, ce qui implique la reconnaissance de certains faits, la révélation de certaines informations jusqu'alors détenues secrètes, ou même simplement niées, par le médié concerné. C'est à cette occasion que le médié peut avoir le sentiment de prendre un risque. Se référant, plus ou moins consciemment à la logique du procès, il peut être réticent à fournir ce qui lui semble être des « armes » pour l'autre partie. Livrer de

2 Les règles déontologiques de l'avocat lui imposent le "secret professionnel".

3 L'aveu reste toujours possible. Mais il est souvent le fruit d'une maladresse ou d'une imprudence.

tels éléments revient en quelque sorte à se livrer soi-même. C'est-à-dire, peut-il craindre, à se placer à la merci de l'autre partie. La confidentialité du processus de médiation joue alors un rôle décisif puisqu'elle assure aux médiés que les révélations qu'ils pourraient faire à cette occasion ne pourront être utilisés en dehors de celle-ci. Le processus de médiation élargit ainsi le cercle de confidentialité qui englobe désormais médiés et médiateur. Il est donc certain que le secret est devenu celui de trois... Secret de trois, secret de tous ?

Pour contredire le proverbe, le droit doit imposer la confidentialité comme l'un des principes directeurs du processus de médiation. En effet, il ne faut pas oublier que celui-ci peut échouer. Ce qui, dans certains cas, conduira le combat judiciaire à reprendre de plus belle. Mais, même en cas de réussite, la révélation de certains éléments exposés lors de la médiation pourrait être dommageable à l'une ou l'autre des parties. C'est pour cela que la confidentialité est appelée à jouer un rôle central pour maintenir l'intérêt original que présente le processus de médiation. Dans le contexte d'un différend entre deux professionnels, la confidentialité sera d'autant plus attendue que le « secret des affaires » apparaît comme une composante naturelle des relations inter-entreprises. En effet, pour envisager la médiation comme mode amiable de règlement d'un différend commercial, il est indispensable que ce procédé garantisse aux parties le respect d'un cadre minimal sur lequel elles pourront compter. Si l'issue heureuse du processus n'est pas assurée, du moins emprunter la voie de la médiation doit-elle garantir qu'un certain nombre de principes devront être respectés. La confidentialité en fait partie parce qu'elle participe de la maîtrise attendue par les parties faisant le choix de ce mode de résolution de leur différend. Maîtresses de l'élaboration d'une solution tout comme de poursuivre ou d'interrompre le processus, elles entendent également maîtriser les conséquences de la médiation, qu'elle aboutisse à un échec ou à une réussite. A défaut, le choix de la médiation apparaîtrait comme inutilement risqué et ne pourrait donc être sérieusement envisagé.

Malgré ce rôle cardinal, la confidentialité n'a pourtant été que récemment consacrée par le droit français comme un principe directeur du processus de médiation. En effet, si la médiation est certes apparue dans la législation française en 1995, c'est en étant tout à la fois maladroitement mêlée à la conciliation et uniquement abordée sous le seul angle judiciaire⁴. Il aura ainsi fallu attendre un peu plus d'une quinzaine d'années supplémentaires pour que le droit positif traite enfin de la médiation de façon spécifique et lui consacre un cadre commun accueillant aussi bien ses formes conventionnelle que judiciaire⁵.

Cette consécration légale conduit tout d'abord à s'interroger sur les fondements du principe de confidentialité dans le processus de médiation (I). Outre l'affirmation du principe désormais acquise, il faut ensuite établir de quelle façon ce même droit français l'entoure d'un certain nombre de garanties destinées à en assurer l'effectivité (II).

I – Les fondements du principe de confidentialité

Affirmer qu'il existe un principe général de confidentialité requiert de caractériser les fondements de celui-ci. Ce sont, en premier lieu, les textes qui prennent le soin d'édicter ce principe en matière de médiation (A). Mais, au delà des textes, on peut aussi trouver dans la logique originale de la médiation la justification fondamentale du principe de confidentialité (B).

4 Loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, dont les articles 21 à 25 traitent en commun du chapitre consacré à « la conciliation et la médiation judiciaires ».

5 Ordonnance du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive européenne du 21 mai 2008.

Au regard de la question qui nous intéresse, le droit positif de la médiation résulte des dispositions de l'ordonnance du 16 novembre 2011 prise pour transposer la directive du 21 mai 2008, laquelle vise à développer la médiation en matière civile et commerciale pour solutionner les litiges transfrontaliers. Si l'orientation transfrontalière du texte communautaire n'est guère surprenante, on pourrait en revanche s'étonner de ce que le texte français pose également un cadre général de la médiation. En réalité, le Gouvernement a fort opportunément saisi la possibilité ouverte par le 8^e considérant de la directive qui permet d'en transposer également les orientations pour le règlement amiable des différends internes. C'est ainsi que l'ordonnance a fait le choix de favoriser la résolution amiable des litiges par les parties, avec l'aide d'un tiers, le médiateur⁶.

Il résulte de l'ordonnance de 2011 que la confidentialité concerne désormais également la médiation conventionnelle puisque la loi du 8 février 1995⁷ a été modifiée de façon à poser un cadre général de la médiation. En la matière, il convient de rappeler que, jusqu'alors, la médiation judiciaire faisait figure de précurseur puisque cette exigence résultait déjà de l'art. 131-14 du CPC⁸. Désormais, aussi bien en médiation conventionnelle que judiciaire, « *les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties* »⁹. A cet égard, il faut se garder d'une éventuelle méprise qui consisterait à croire que la confidentialité ne s'imposerait qu'au médiateur. Si le texte ne se réfère qu'aux « *constatations du médiateur* », de même et surtout qu'aux « *déclarations recueillies au cours de la médiation* », c'est dans le but de définir le champ d'application matérielle du principe de confidentialité. Ce serait faire fausse route que d'en déduire également que se trouverait ainsi réduit le champ d'application des personnes tenues par le principe de confidentialité. En effet, si ce dernier s'impose au premier chef au médiateur et aux médiés – les plus en contact par définition avec ces éléments – il ne fait aucun doute que toute autre personne ayant pris part au processus de médiation, par exemple des tiers sollicités à participer à la médiation parce que leur présence était nécessaire à la résolution efficace du différend, serait tenue au titre de ce même principe de confidentialité. En d'autres termes, pénétrer le cercle de la médiation, c'est aussi pénétrer le cercle de la confidentialité. Ainsi défini, c'est ce même principe de confidentialité qui est donc affirmé par l'art. 21-3 de la loi de 1995 que l'ordonnance de 2011 a introduit dans ce texte afin de le rendre également applicable à la médiation conventionnelle. Toutefois, en comparaison avec le CPC, le libellé du texte introduit dans la loi de 1995 présente des différences qui appellent deux observations.

Tout d'abord, l'alinéa 2 de l'art. 21-3 de la loi de 1995 adopte une rédaction plus large que celle de l'art. 131-14 du CPC. En effet, le texte législatif interdit non seulement toute utilisation à l'occasion d'une instance judiciaire ou arbitrale, mais aussi toute divulgation aux tiers. La confidentialité se trouve ainsi élargie *erga omnes*.

Ensuite, ce même texte législatif ajoute une réserve importante puisqu'il admet que les parties puissent convenir d'écarter la confidentialité. Certes, avant l'ordonnance de 2011, la confidentialité déjà présente dans la médiation judiciaire pouvait être levée. En effet, l'art. 131-14 du CPC admettait que l'accord des parties vienne justifier la recevabilité ultérieure d'un élément de preuve recueilli lors de la médiation. Mais, en pratique, un tel accord demeurait rare

6 Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011, portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile, §1 : JO 17 nov. 2011, p. 19283.

7 Loi n°95-125 du 8 février 1995, préc.

8 Ce texte a été introduit par le décret du 22 juillet 1996 pris pour l'application de la loi de 1995 dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance de 2011. Il n'a pas été depuis modifié.

9 Art. 21-3 de la loi du 8 février 1995.

et ne se concevait surtout qu'a posteriori. Désormais, dans le cadre d'une médiation conventionnelle, il est acquis que la confidentialité s'impose également. Cela à moins d'un accord contraire des parties qui pourra fort bien avoir été convenu par avance.

L'essentiel est donc que, si l'on met de côté le caractère supplétif de la confidentialité dans la forme conventionnelle de la médiation, laquelle se justifie par son origine purement volontaire¹⁰, le texte issu de l'ordonnance de 2011 présente l'avantage d'élargir substantiellement le domaine du principe de confidentialité.

En définitive, il convient d'insister sur le fait que, si la lecture des textes révèle une différence de rédaction entre les dispositions de la loi de 1995 et celles du CPC, cette variation rédactionnelle ne traduit en rien une différence de force de la confidentialité dans la médiation, qu'elle soit conventionnelle ou judiciaire. Deux raisons nous semblent accréditer cette idée.

En premier lieu, il faut garder à l'esprit l'orientation du texte du CPC. Celui-ci s'inscrit naturellement dans une logique d'action judiciaire. En conséquence, c'est en contemplation de cette perspective judiciaire que le principe de confidentialité y est affirmé. Il serait donc inexact de penser que ses rédacteurs ont entendu restreindre son champ d'application au seul contexte procédural en permettant implicitement la divulgation à des tiers d'informations révélées lors de la médiation judiciaire. Outre la *ratio legis*, il convient de rappeler qu'il n'appartient pas au pouvoir réglementaire de revenir sur les principes législatifs. Ce serait d'ailleurs lui faire un mauvais procès que de feindre de le croire. En effet, la rédaction actuelle de la loi de 1995 étant postérieure à celle de l'art. 131-14 du CPC¹¹, le maintien de la lettre de ce dernier manifeste implicitement sa conformité au principe législatif de confidentialité. Le texte du CPC doit ainsi être compris comme étant un rappel circonstancié du principe législatif.

En second lieu, la médiation, qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle, obéit à une logique propre et originale qui commande que la confidentialité y soit le plus largement présente. C'est ce second élément qui mérite de plus amples développements.

B – La logique originale de la médiation

Au-delà des textes, c'est plus encore la logique originale de la médiation qui apparaît comme justifiant la présence d'un principe directeur de confidentialité au sein d'un tel processus.

La médiation tend à rapprocher le point de vue des parties de telle sorte que leur dialogue aboutisse à trouver ensemble une solution à leur différend. Pour qu'il y ait un véritable dialogue, il est indispensable que la parole soit libre. Il faut que celui qui livre une information, qui exprime qu'il est prêt à admettre telle ou telle concession qu'il prétendait jusqu'alors inconcevable, puisse le faire sans craindre que sa bonne volonté ne se retourne contre lui. Or, il est évident que la confidentialité des échanges est une garantie essentielle de cette liberté de parole. Pour pouvoir parler sans crainte de voir ses propos réutilisés à son détriment, il faut être certain que la discussion restera confidentielle.

Le rôle du médiateur est ici décisif. Facilitateur de ce rapprochement de points de vue, il peut s'entretenir individuellement avec chacun des médiés. Le médié, seul ou accompagné de son conseil, pourra alors confier au médiateur certains éléments qu'il ne souhaite pas (encore) révéler ou reconnaître devant l'autre. Cette possibilité offerte par le processus de médiation est certes formellement contraire au principe du contradictoire. Mais cela ne pose guère de difficulté puisqu'à l'occasion d'une médiation il n'est pas question de convaincre le médiateur.

10 Il serait donc paradoxal de dissuader le recours à la médiation conventionnelle en bridant inutilement la liberté contractuelle.

11 La rédaction actuelle de l'art. 21-3 de la loi du 8 février 1995 résulte de l'ordonnance du 16 novembre 2011 tandis que l'art. 131-14 du CPC est issu du décret du 22 juillet 1996 pris pour l'application de cette même loi de 1995.

Celui-ci n'est investi d'aucun pouvoir de décision ou de proposition. Ce n'est pas un juge, ni même un conciliateur.

En revanche, la confidentialité des échanges individuels entre médié et médiateur assure à nouveau cette liberté de parole indispensable au processus de médiation. S'il ne s'agit pas encore ici d'un dialogue entre médiés, puisque l'entretien individuel conduit à les séparer, il est cependant question de faciliter celui-ci. En pouvant, sous le sceau du secret, livrer certains éléments au médiateur, le médié libère sa propre parole tout en donnant au médiateur certaines clés de lecture indispensables pour la compréhension du contexte sous-jacent du différend. Bien souvent, en effet, le litige n'est que la cristallisation apparente d'un différend plus profond qui n'est jamais ouvertement révélé aux yeux des tiers. En mettant le médiateur dans la confiance, chaque médié lui permet d'affiner sa perception des forces souterraines qui nourrissent le différend et qui forment autant de « points durs » de la discussion à venir. Chaque entretien individuel est ainsi une forme de préfiguration d'une partie du dialogue à instaurer entre les médiés. D'un point de vue très concret, les entretiens individuels ont pour but de lancer ou de relancer un dialogue qui semble avorter sur des résistances que les médiés ne sont pas encore, à ce moment-là, prêts à surmonter ensemble. Cette fragmentation du dialogue, par médiateur interposé, appelle également confidentialité puisque, par définition, c'est à l'auteur de la confiance qu'il revient de lever lui-même le secret ou d'autoriser son dépositaire à en faire autant. Il résulte de ce procédé que le ou les cercles de confidentialité sont à géométrie variable même si, au final, la logique de la médiation commande qu'une part suffisante d'entre eux accueillent en leur sein les médiés et le médiateur. Il est en effet indispensable que suffisamment d'éléments constructifs, réciproquement livrés entre médiés, alimentent leur dialogue.

Élargi aux médiés et au médiateur, le cercle de confidentialité n'en conserve pas moins toute sa force. A cet égard, on se rend compte que la question du fondement substantiel de la confidentialité au sein du processus de médiation n'est pas qu'une simple question rhétorique parce qu'elle en éclaire le domaine d'application. En effet, la *ratio legis* des textes évoqués – c'est-à-dire garantir aux médiés que les révélations faites durant la médiation ne se retourneront pas contre eux – exclut une application systématique du principe de confidentialité. Il nous semble que la confidentialité ne devrait s'imposer que lorsqu'il serait déloyal de profiter de la confiance que l'un des médiés a pu placer dans ce processus de règlement amiable.

Ainsi, on peut se poser la question de la confidentialité d'un document qui aurait été divulgué lors d'une médiation et que l'une des parties souhaiterait tout de même produire ensuite à l'occasion d'une action en justice. On pourrait penser qu'a priori le document ne devrait jamais pouvoir être utilisé. Or, à l'analyse, il peut s'avérer que ce document, même s'il n'avait pas été révélé par l'autre partie, aurait cependant pu être découvert et obtenu (par des moyens licites) en l'absence de médiation. En pareil cas, refuser le document lors d'un procès ultérieur reviendrait à contrevenir au principe du droit d'accès à un tribunal¹². Cet autre principe fondamental du droit judiciaire privé doit donc être conjugué avec celui de la confidentialité dans la médiation.

Le domaine de la confidentialité ainsi précisé, encore faudra-t-il que l'effectivité de ce principe soit garantie.

II – Les garanties du principe de confidentialité

Comme tout principe, fût-il affirmé par la loi, la confidentialité du processus de médiation ne peut se traduire dans la réalité que si son respect est assuré par l'existence d'un certain nombre de sanctions.

12 C'est cette solution, que nous approuvons, qui est prônée dans le rapp. au Prés., §16

Or, il est d'une importance majeure que ce principe de confidentialité soit respecté puisqu'il est une des conditions *sine qua none* pour que les médiés puissent avoir une confiance suffisante dans le processus de médiation. La crainte que la confidentialité ne soit pas respectée, le simple doute quant à son effectivité sont en effet de nature à saper cette confiance des médiés et donc à obérer gravement les chances d'aboutir. La croyance dans le respect de la confidentialité est ainsi la base du cercle de confiance élémentaire dont a besoin la médiation pour que le dialogue puisse s'instaurer.

A cet égard, les textes relatifs à la médiation pourraient apparaître décevants en raison de leur relatif silence quant aux sanctions applicables en cas de violation du principe de confidentialité. En effet, seule l'irrecevabilité est implicitement évoquée par les textes¹³ afin de venir barrer le chemin à la production d'un élément de preuve recueilli lors de la médiation.

Pour autant, au côté de cette première mesure, c'est au sein du droit commun que l'on peut également trouver d'autres sanctions applicables en cas de violation du principe de confidentialité. Il s'agit de la responsabilité, aussi bien dans ses formes civile, pénale que disciplinaire.

Aussi, ce sont donc deux ordres de sanctions qui peuvent être utilement sollicitées. Une sanction procédurale au travers de l'irrecevabilité de la preuve produite en violation du principe de confidentialité (A). Une sanction de fond au titre de la responsabilité de l'auteur de cette violation (B).

A – L'irrecevabilité

Implicitement prévue par les textes, l'irrecevabilité constitue une sanction procédurale en ce sens qu'elle peut être soulevée à l'occasion d'une procédure en justice¹⁴ afin de faire échec à la production d'un élément de preuve provenant des échanges réalisés lors de la médiation.

C'est tout naturellement dans l'hypothèse d'un échec de la tentative de médiation qu'un tel procédé déloyal sera le plus susceptible de se présenter¹⁵.

Il y a en effet une déloyauté évidente à user d'un élément de preuve révélé¹⁶ à l'occasion d'un processus pourtant régi par un principe de confidentialité.

Le principe de cette irrecevabilité affirmé, il restera cependant à établir l'origine frauduleuse de la preuve contestée pour en obtenir le rejet.

On peut à ce propos faire deux observations.

Tout d'abord, comme nous l'avons évoqué, le principe de confidentialité dans la médiation ne doit pas conduire à priver de la possibilité d'utiliser un élément de preuve que la partie concernée aurait pu sinon produire à défaut de médiation. On pense à un élément de preuve dont elle disposait déjà ou qu'elle aurait pu raisonnablement découvrir même en

13 Art. 21-3 de la loi du 8 février 1995. Art. 131-14 du CPC.

14 Il faut entendre cette expression au sens large. C'est-à-dire, outre le procès devant une juridiction étatique, un éventuel arbitrage, une procédure ordinale ou bien encore disciplinaire. Le texte fait d'ailleurs référence à une « instance ». Ce qui accrédite ainsi l'idée d'une conception large du domaine de l'irrecevabilité.

15 On doit noter que le juge semble parfois oublier le principe de confidentialité de la médiation. On trouve ainsi un arrêt de la Cour de cassation (Cass. Soc., 3 décembre 2014, arrêt n° 13-18743) qui approuve les juges du fond de s'être référés au « *compte-rendu d'intervention du médiateur* ».

A la décharge du juge, il est vrai que, jusqu'à son abrogation par la loi du 6 août 2015 dite « Loi Macron », l'art. 24 de la loi du 8 février 1995 pouvait faire douter de la possibilité d'organiser une véritable médiation conventionnelle en cas de litige interne du travail. Du moins, ce même article écartait le principe de confidentialité dans ce cas.

Il reste que l'idée même d'un « compte-rendu » du médiateur interpelle...

16 Peu importe l'origine de la révélation. Qu'elle émane d'un médié ou d'un tiers quelconque intervenu lors de ce processus, c'est le contexte de cette révélation qui la fait entrer dans le champ de la confidentialité.

l'absence de révélation lors de la médiation. C'est ici le principe du droit d'accès à un tribunal qui vient en contre point marquer les limites du domaine du principe de confidentialité propre à la médiation.

Ensuite, l'origine de la preuve litigieuse relevant du fait juridique, elle pourra être établie par tout moyen par la partie désireuse d'en obtenir le rejet. De ce point de vue, il pourra être utile pour le juge d'user de présomptions afin d'accueillir la demande d'irrecevabilité lorsqu'elle apparaîtra fondée sur des éléments suffisamment sérieux. On pense par exemple à un élément de preuve dont on aura du mal à imaginer comment il aurait pu être obtenu ou découvert en l'absence des confidences échangées lors de la médiation¹⁷. Le médiateur pourrait-il être lui-même sollicité afin de faire la lumière sur ce point¹⁸ ? Nous pensons qu'une réponse positive pourrait être apportée à cette question dès lors que c'est justement le juge qui exigera son témoignage afin de faire obstacle à un procédé frauduleux¹⁹.

La liberté de la preuve quant à l'origine de l'élément de preuve litigieux permettra également d'envisager le recours à un certain nombre de précautions préalables à l'échange d'informations « sensibles » lors de la médiation. A l'image de ce qui se pratique notamment lors des négociations contractuelles, il sera possible de dresser une liste des pièces échangées lors de la médiation et ainsi couvertes par le principe de confidentialité. En pratique, un tel procédé ne sera réellement envisageable que pour des médiations commerciales. En effet, outre que ces médiations impliquent des protagonistes généralement habitués à ce genre de précaution, elles exigent souvent d'évoquer certains points relevant du secret des affaires. Dans le droit fil de cette idée, il sera également concevable d'assortir ce procédé d'une clause pénale d'un montant suffisamment dissuasif. Certes, de prime abord, cette dernière technique peut sembler heurter l'esprit consensuel propre à la médiation. Mais tout sera question de contexte et d'avancée dans le processus de médiation. Ainsi, par exemple, la divulgation d'ultimes éléments nécessaires à l'établissement final d'un accord pourra être facilitée par cette précaution supplémentaire. C'est d'ailleurs ce dernier procédé qui ouvre sur d'autres perspectives de sanction en cas de violation du principe de confidentialité dans la médiation.

B – La responsabilité

Le manquement au principe de confidentialité constitue assurément une faute qui, en tant que telle, appelle les sanctions attachées à la responsabilité. En effet, hormis les cas dans lesquels la loi admet que la confidentialité soit levée, les personnes tenues par celles-ci doivent s'abstenir de toute révélation, divulgation ou même indiscretion quant aux éléments ainsi protégés. A défaut, la faute commise pourra être sanctionnée par la responsabilité de son auteur. Selon la qualité de ce dernier et en fonction du contexte, ce seront la responsabilité civile, pénale mais aussi disciplinaire qui pourront être envisagées.

La responsabilité civile tout d'abord s'impose comme la mesure sanctionnatrice la plus générale quant aux personnes concernées. En effet, la faute de divulgation correspond sans

17 Très concrètement, comme l'y autorise l'art. 198 du CPC, le juge pourra s'appuyer sur l'attitude de la partie concernée ainsi que sur les explications fournies pour apprécier la vraisemblance de l'origine alléguée.

18 Ce que les québécois désignent par le néologisme de « *contraignabilité* » du médiateur.

19 Conformément à l'art. 10 du C. civ. : « *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* ». Certes, comme nous l'évoquerons à propos de la question de la responsabilité du médiateur, celui-ci peut être considéré comme tenu par le secret professionnel. Ce dernier constituant alors un obstacle à l'application de ce texte. Mais ce secret professionnel ne saurait toutefois concerner l'hypothèse visée qui est celle de l'origine de l'élément de preuve contesté, et non de son contenu.

conteste à la notion générique de faute reçue par le code civil²⁰ et justifie en conséquence la réparation du préjudice causé à celui ou ceux qui comptaient sur le respect de la confidentialité. Comme nous l'avons évoqué, il faut considérer que le principe de confidentialité s'impose à toutes les personnes ayant participé au processus de médiation et qui, à ce titre, ont pu pénétrer tout ou partie du cercle de confiance.

Les auteurs d'un manquement à la confidentialité pourront donc être assez variés puisqu'il pourra s'agir aussi bien du médiateur, des médiés, de leurs conseils, que d'un expert dont l'avis a pu être sollicité, ou bien encore d'un tiers intervenu dans le processus.

Dans toutes les hypothèses, c'est à l'aune du préjudice causé que les dommages et intérêts infligés à l'auteur de la faute de divulgation devront être calculés. Dans certaines circonstances et à un certain moment du processus, une clause pénale pourra donc être judicieusement insérée dans la convention de médiation. Sur ce point, il faut noter qu'une telle convention peut aussi se concevoir dans le cadre d'une médiation judiciaire dès lors qu'elle ne fait qu'accompagner celle-ci sans remettre en cause, ni les pouvoirs du juge, ni l'ordre public procédural. Il va de soi que l'efficacité de ce procédé reste doublement relatif. Il faut en effet tenir compte, d'une part, de l'effet du même nom s'agissant des personnes concernées²¹ et, d'autre part, du pouvoir de modération que la loi reconnaît au juge en la matière²².

Il n'en demeure pas moins que l'effet dissuasif de cette stipulation pourra être de nature à prévenir certaines tentations. C'est avant tout en contemplation de celui-ci que l'insertion d'une clause pénale peut être envisagée.

La responsabilité pénale ensuite ne se conçoit, quant à elle, que dans un cadre plus étroit. En effet, le principe de légalité pénale oblige à identifier un texte répressif sanctionnant spécialement le manquement à la confidentialité. C'est au titre de la violation du "secret professionnel" que l'art. 226-13 du code pénal prévoit pareille mesure. Ce texte dispose que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». Outre les conseils des parties dont les règles professionnelles imposent le respect de ce secret, il nous semble que le médiateur est également concerné en raison des fonctions et de la mission qu'il exerce. Pour s'en convaincre, il suffit de relever le fait que l'art. 21-3 de la loi de 1995 prévoit justement les hypothèses particulières dans lesquelles il est fait exception au principe de confidentialité. Or, ces exceptions, même si elles ne recouvrent pas exactement celles prévues par le code pénal, s'en inspirent très largement. Il en va ainsi des « *raisons impérieuses d'ordre public ou de[s] motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne* » visées par la loi de 1995, que l'on peut directement rapprocher, dans le code pénal, des « *privations ou de sévices (...) qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique* »^{23 24}.

20 Art. 1240 et 1241 du C. civ.

21 L'effet relatif des conventions limitant leur efficacité aux parties, il sera donc pertinent de faire contresigner la convention par toutes les personnes intervenant dans le processus.

22 Art. 1152 du C. civ. renuméroté art. 1231-5 à compter du 1er octobre 2016.

23 Art. 226-14 1° du C. pénal.

24 Au surplus, on notera que l'ancien art. 24 de la loi de 1995, antérieur à l'ordonnance de 2011, disposait que « *le conciliateur et le médiateur sont tenus à l'obligation du secret à l'égard des tiers* » (c'est nous qui soulignons). Le remplacement du terme « secret » par « confidentialité » ne marque assurément pas un changement sémantique mais très certainement un choix plus politique : le terme « secret » pouvant être susceptible de revêtir une connotation péjorative ou gênante pour les médiés tandis que la « confidentialité » demeure d'un sens plus neutre.

La responsabilité disciplinaire doit enfin être évoquée. A l'image de la sanction pénale, la sanction disciplinaire n'est envisageable qu'à l'égard d'un certain nombre des participants à la médiation. En effet, semblable sanction ne se conçoit que si l'auteur de la faute de divulgation appartient à une structure, un corps ou une institution dotée de règles déontologiques dont fait justement partie le respect de la confidentialité. On pense immédiatement aux conseils éventuels des médiés. Ces derniers, de par leur appartenance ordinale, sont soumis aux règles déontologiques propre à la profession d'avocat. Celles-ci comportent naturellement le respect du "secret professionnel". C'est-à-dire, en la matière, le respect de la confidentialité inhérente au processus de médiation.

Mais outre les conseils des médiés, une sanction disciplinaire est également possible à l'encontre du médiateur fautif. Il n'est pas rare en effet que le médiateur soit affilié à un "centre de médiation" prenant généralement la forme juridique d'une association. La qualité de membre de cette association le soumet alors au respect d'un certain nombre de règles parmi lesquelles figurent les principes fondamentaux de la déontologie du médiateur. On rappellera que le « *Code de déontologie du médiateur et de la médiation en France* », élaboré sous l'égide de la Fédération Française des Centres de Médiation²⁵, a été adopté par nombre d'associations de médiateurs, et que le respect de celui-ci est systématiquement exigé dans tout "centre de médiation" sérieux.

C'est donc dans l'hypothèse, très courante en pratique, d'une médiation institutionnelle qu'une sanction disciplinaire pourra être prononcée à l'encontre du médiateur ayant manqué au principe de confidentialité.

S'agissant de la teneur de la sanction disciplinaire, elle variera selon la gravité de la faute. Allant du blâme à l'exclusion définitive²⁶, en passant par la suspension temporaire.

De ce point de vue, il est donc notable que la médiation institutionnelle puisse être un gage de sérieux parce qu'elle assoit la pratique du médiateur dans un cadre disciplinaire de nature à prévenir d'éventuels manquements. La confiance des médiés dans le processus en sort ainsi renforcée.

En conclusion, on peut affirmer que c'est de cette confiance dont il est donc toujours question lorsque l'on s'interroge sur la teneur et l'effectivité du principe de confidentialité dans le processus de médiation.

En faisant le choix de consacrer la confidentialité comme un principe directeur du processus de médiation, le droit français ne déroge pas à cette idée.

En effet, il existe un lien direct entre, d'une part, la présence et le respect de cette confidentialité et, d'autre part, la confiance et donc l'attrait que peut présenter le choix de la médiation afin de prévenir ou de régler un différend.

Dans le cadre d'une médiation commerciale, cette même confidentialité s'avère d'autant plus importante qu'en ce domaine les parties sont souvent très attentives au respect du « secret des affaires ».

A cet égard, comme nous l'avons évoqué, le médiateur est susceptible de jouer un rôle tout à fait particulier en participant activement au respect de la confidentialité grâce à l'éclairage qu'il pourrait apporter quant à l'origine d'une information litigieuse. Cela dans un cadre procédural strict ; c'est-à-dire, si d'aventure le juge le lui demandait au motif que l'une des parties prétendrait être victime d'une violation de la confidentialité de la médiation.

On ne peut parler librement que si l'on sait pouvoir le faire dans une certaine confiance, c'est-à-dire sans avoir à craindre notamment que ses propos puissent être ultérieurement retournés contre soi. C'est précisément de cela dont le principe de confidentialité doit être le garant au

25 http://www.fncmediation.fr/Un-code-de-deontologie-unique-pour-la-Mediation-en-France_a6.html

26 Celle-ci est expressément prévue par l'art. 3-2 du « *Code de déontologie du médiateur* ».

sein de la médiation.

Cette confiance, appelée par le processus de médiation et nourrie par l'action du médiateur, devra permettre de libérer la parole des médiés afin de faire apparaître le substrat du différend jusqu'alors resté dissimulé sous le conflit. Sans cela, il ne saurait y avoir de réussite durable en médiation.

Gageons que la médiation, par le principe de confidentialité et les règles du jeu qu'elle impose, peut être un facteur de moralisation de la vie des affaires propice au développement de relations commerciales saines, confiantes et durables.