

## Résumé de la conférence du 8 avril 2021 de l'IFOMENE, 87<sup>e</sup> Café de la Médiation

### Intervention de Stephen BENSIMON, médiateur

Ouvrage sur la confidentialité : «*La confidentialité : un principe si délicat*», Éd. LES CAHIERS DU MONTALIEU, mars 2021.

Le mot « *confidentialité* » signifie : avoir foi en quelqu'un, avoir confiance en la valeur humaine, avoir confiance en l'autre, en sa parole, en ce qu'il représente.

### Intervention de Jean Philippe TRICOIT, maître de conférences à l'Université de Lille

La loi du 8 février 1995 n°95-125 nous donne une définition de la médiation.

Elle peut être conventionnelle, judiciaire ou administrative.

Le processus de médiation répond à certaines caractéristiques.

Certaines qualités sont requises du tiers pendant une médiation, la confidentialité en fait partie.

*Cette confidentialité ressort de nombreux textes :*

Article 21-3 de la loi du 8 février 1995 : « *Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.* »

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

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

*a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;*

*b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.*

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

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

Article 1531 du CPC : « *La médiation et la conciliation conventionnelles sont soumises au principe de confidentialité dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 21-3 de la loi du 10 février 1995 susmentionnée. »*

Article L 213-2 du C.J.A : « *Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.*

*Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties.*

*Il est fait exception au deuxième alinéa dans les cas suivants :*

*1° En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne ;*

*2° Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre. »*

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, article 7 sur la confidentialité de la médiation :

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

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

*ou*

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

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

Transposition de cette directive par l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011.

On donne au principe de confidentialité un qualificatif de principe général, d'ordre public de protection ayant vocation à protéger les intérêts privés.

## I - La portée du principe de confidentialité

En ce qui concerne ses effets : interdiction de divulguer des informations issues de la médiation à des tiers.

Ce principe fait obstacle à toute utilisation des informations dans un cadre juridictionnel (recours devant un juge étatique voire devant un arbitre). Seules sont visées les instances judiciaires.

Cela ne vise pas certains organismes comme les autorités administratives indépendantes (A.A.I) et autorités publiques.

La loi du 8 février 1995 écarte aussi les procédures pénales.

Le champ d'application personnel et matériel (qui et quoi ?)

### *Qui y est subordonné ?*

L'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 parle des actes couverts par la confidentialité.

Si on en fait une lecture stricte : seul le médiateur serait tenu par cette obligation de confidentialité.

Si on en fait une lecture extensive : y sont soumis, le médiateur ainsi que les médiés.

La directive de 2008 transposée en 2011 vise l'ensemble des parties soit le médiateur, l'organisateur, les parties et leurs représentants.

### *Quels documents et pièces sont couverts ?*

En cas de succès de la médiation : accord amiable. Le risque de contentieux est écarté.

**L'accord amiable lui-même est-il soumis à la confidentialité ?** Dans le rapport présenté au Président de la République relatif à l'ordonnance de 2011, la confidentialité innerve l'ensemble du processus. Donc l'accord, en toute logique, devrait être confidentiel car en est l'aboutissement ?

En cas d'échec de la confidentialité : seules les constatations et déclarations recueillies par le médiateur sont soumis au principe de confidentialité.

Les documents créés pour la médiation sont confidentiels.

Les documents qui existent indépendamment du processus médiation ne sont pas confidentiels.

## **II - La nature du principe de confidentialité**

La confidentialité est un principe qui entre en concurrence avec d'autres principes fondamentaux.

La confidentialité pourrait entrer en conflit avec le droit à la preuve, l'exigence du droit au procès équitable.

Il faut également concilier la confidentialité avec la liberté d'expression (art. 10 DDHC 1789).

Il est aussi possible dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité d'écarter la confidentialité.

La confidentialité n'a pas que pour fonction de rendre irrecevable des éléments discutés dans le cadre de la médiation.

Ce principe peut avoir un impact en ce qui concerne les actes de procédure. On peut obtenir la nullité d'une assignation lorsqu'elle mentionne des documents couverts par la confidentialité (C.A Paris 8 octobre 2020).

La confidentialité peut aussi entrer en ligne de compte lors d'un contentieux portant sur la renonciation à une prescription. La Cour de Cassation dans un arrêt de la deuxième chambre civile en date du 10 novembre 2016 indique par exemple que les paiements opérés au cours d'une médiation ne manifestent pas une renonciation à se prévaloir de la prescription.

La confidentialité n'a pour autant pas encore montré sa potentialité en dehors de ce champ probatoire.

### **Jurisprudence en la matière :**

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 13 février 2019, 17-18.049

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 15 décembre 2015, 14-11.500

## Questions & Réponses

*Quelles sont les sanctions du non-respect de la confidentialité par le médiateur mais aussi par les médiés ?*

La sanction consiste, du côté des médiés, à rendre impossible la possibilité de produire en justice (à titre de preuve) les "dits" et les "écrits" issus de la médiation. Ces preuves seront irrecevables.

Du côté du médiateur, ce dernier risque d'engager sa responsabilité. Il risque également d'être sanctionné disciplinairement (notamment s'agissant du médiateur judiciaire qui peut être retiré des listes établies par les cours d'appel).

*Diriez-vous alors que l'avocat accompagnant en médiation devrait faire le tri des documents à produire en cours de médiation, puisqu'en cas d'échec du processus de médiation on ne pourra plus soumettre les documents soumis en cours de médiation devant une instance juridictionnelle ? Comment choisir alors même que certains de ces documents peuvent être nécessaires pour un aboutissement favorable du processus de médiation ?*

Par rapport au principe de confidentialité, il y a deux types de documents.

Le premier concerne les documents qui sont établis au cours de la médiation. Ces derniers sont soumis intégralement au principe de confidentialité et ne peuvent être ni invoqués ni produits dans le cadre d'une instance juridictionnelle.

En revanche, le second type de documents correspond aux documents déjà détenus par les parties avant la médiation. Ces derniers n'entrent pas dans le champ du principe de confidentialité et les parties conservent la faculté de les produire en justice.

*Doit-on tout dire au nom de la bonne foi ?*

Personne n'est obligé de tout dire mais il faut voir comment ce sera utilisé. Dans la confidentialité il y a ce qui entre et ce qui sort. Quand un médié dit quelque chose il sort de son espace de sécurité pour donner une information. Quand il donne l'information, le médiateur doit se demander qu'est-ce que j'en fais ? Je l'utilise pour créer du lien ou je la reprendrai peut être mais plus tard ?

C'est malheureusement le problème du droit dans son ensemble : des stratégies peuvent être mises en œuvre et le principe de confidentialité est susceptible d'être instrumenté. Cela étant, ce qui se dit ou s'écrit au cours de la médiation est couvert par la confidentialité. La bonne foi (et donc la confiance que l'on peut avoir dans le processus) reste de mise. D'ailleurs pour ce qui concerne les éléments strictement juridiques (assignation et renonciation à la prescription), la confidentialité se révèle protectrice de la bonne foi et joue en faveur des médiés qui ont joué le jeu.

## Intervention de Jacky ROGUES, Psychanalyste

La confidentialité renvoie au respect de la pensée, des idées, de la vie intime. La médiation est un espace chaleureux dans lequel personne n'émet de jugement.

Les médiés expliquent l'objet de leur venue et le médiateur doit faire preuve de neutralité, impartialité et indépendance.

Il ne faut pas oublier que derrière chaque demande se cache une souffrance. Chaque personne a besoin d'un temps pour faire confiance. Ce temps est nécessaire pour que chaque personne puisse faire l'expérience de se lâcher ; qu'elle libère cet acte de parole qui est en elle dans cet espace et ce temps qui lui sont proposés.

Le médiateur ne peut pas informer l'entourage que telle personne entame une démarche de médiation.

La médiation repose sur un pacte de confiance, de sécurité. Derrière chaque médiation : un être humain. Est-ce que chaque médiateur doit pour autant avoir fait un travail sur lui-même ?

Sur la maîtrise de la confidentialité : il faut se référer à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 « *sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité* ».

Dans une certaine mesure, les parties maîtrisent la confidentialité et elles jouent le rôle de règles supplétives de volonté : à défaut d'accord particulier, c'est la confidentialité qui doit s'appliquer.

Elles peuvent se mettre d'accord pour rejeter en bloc la confidentialité et respecter un principe de transparence. Elles peuvent aussi moduler l'étendue de ce principe de confidentialité, cas par cas, pièce par pièce, écrit par écrit.

Il est possible d'établir une sortie de la confidentialité. Cela peut être utile pour certaines parties de rendre public un certain nombre de choses. Cet accord sur la confidentialité entre les parties peut être annexé à l'accord amiable.

Parfois, il existe un manque de confiance entre les parties. En pareille hypothèse, il est possible de reprendre la main sur cette confiance en étendant le champ de la confidentialité par la conclusion d'une clause de confidentialité plus large que celle prévue par les textes (base : conventions sur la preuve).

## SECRET ET CONFIDENTIALITÉ

La notion de secret en tant que tel concerne des matières précises : le secret professionnel, le secret médical, le secret de fabrique, le secret de famille ...

Toutefois, dans la loi du 30 juillet 2018 (n°2018-670) relative à la protection du secret des affaires, on utilise communément la référence aux informations dites confidentielles. Les notions de secret et confidentialité sont ici très proches.

La confidentialité allie quant à elle, le juridique et l'humain. Ce principe n'existe que parce qu'il réside dans la confiance qu'il doit y avoir entre les médiés.

**A NOTER : Prochain café de la médiation**

Jeudi 10 juin 2021 sur la stratégie de médiation pour les entreprises en présence de Madame Isabelle  
Aoustin - Herce.

*Résumé écrit par LEMAIRE Justine*