

LA CONFIDENTIALITÉ DU PROCESSUS DE MÉDIATION : GENÈSE ET PORTÉE DE L'ARTICLE 1728 DU CODE JUDICIAIRE



RÉSUMÉ À VENIR

(prévoir une dizaine de lignes)

Catherine Delforge

Professeure ordinaire à l'UCLouvain

1. Introduction. L'article 1728 du Code judiciaire consacre le principe de la confidentialité de la médiation. Il s'agit de l'une des garanties procédurales fondamentales consenties par le code, à côté du principe volontaire ¹ et de la suspension de la prescription des actions ²⁻³.

1. Art. 1723/1 et 1729 du C. jud.

2. Art. 1730 et 1731 du C. du jud.

3. On ajoute généralement, au rang de ces garanties, la tenue de caucus ou apartés, non légalement reconnus par le Code (cette pratique n'est légalement prévue que dans le cadre des conciliations en chambre de règlement amiable ; art. 734/4, § 1^{er}, al. 4, du C. jud.), mais admis par le Code de déontologie des médiateurs agréés (2020) de la Commission fédérale de médiation, ci-après CFM (art. 10, § 2, al. 5 et 6). Les caucus présentent cette particularité de créer une sorte de bulle de confidentialité au sein même du processus, entre le médiateur et chacune des parties individuellement, le cas échéant accompagnées de leurs conseils. Sur la confidentialité des caucus, voy. not. M. GONDA, *Droit et pratique de la médiation*, Coll. JLMB – Opus 10, Bruxelles, Larcier, 2021, 2^e éd., p. 177 (qui parle de confidentialité « interne ») ; J. A. MIRIMANOFF (dir.), *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, Coll. Paradigme, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 142 (qui parle de double confidentialité).

La confidentialité contribue à la crédibilité du processus de règlement amiable, offrant aux parties un espace sécurisé qui soutient la spontanéité de leurs échanges et favorise l'expression de leurs besoins et intérêts⁴. Ce faisant, elle encourage aussi une liberté de parole à même de donner au médiateur les meilleures chances de comprendre à leur juste mesure les multiples enjeux du conflit⁵. La confidentialité est ainsi, pour les modes amiables, tout à la fois une garantie de procédure et le socle symbolique d'une confiance multipartite dans laquelle la dynamique de réciprocité peut s'ancrer pour, ensuite, se déployer avec créativité. Elle présente également cette particularité d'être l'un des engagements – parmi les premiers⁶ – que prennent mutuellement les parties médiées pour la durée d'un processus qu'elles entament, mais dont les effets juridiques ne s'éprouveront, le cas échéant, que dans l'éventualité où celui-ci n'aura pas suffi à les rapprocher. Ce faisant, la confidentialité draine en elle-même les vertus de l'amiable, et en fixe les assises, entre confiance, liberté, responsabilité et réciprocité⁷.

2. L'article 1728, norme de référence. L'importance de la confidentialité se manifeste dans tous les modes amiables. L'article 1728 fait d'ailleurs désormais figure de norme de référence pour deux autres voies amiables reconnues par notre droit de la procédure civile : le droit collaboratif, depuis 2018⁸, et la conciliation judiciaire en chambre de règlement à l'amiable, depuis 2023⁹.

3. Objet et plan de la contribution. La présente contribution se dote d'un objet volontairement limité : retracer la genèse de l'article 1728 du Code judiciaire (I) et clarifier sa portée (II). Elle amènera à constater que la confidentialité a toujours été perçue par le législateur

belge¹⁰ comme étant consubstantielle à la médiation¹¹ et qu'elle se décline à travers des obligations particulières incombant aux parties médiées, au médiateur et à certains tiers.

Dans le présent cadre, nous nous attacherons exclusivement à préciser les contours de l'obligation légale de confidentialité, telle qu'elle ressort de l'article 1728. Cette nature légale fait que l'obligation s'impose d'elle-même, du moins pour les médiations régies par le Code judiciaire, sans qu'il soit *en soi*¹² requis de la confirmer dans un écrit¹³.

4. Un principe applicable à toutes les médiations ?

Avant d'entrer dans le vif du sujet, soulignons que l'une des questions récurrentes, non expressément tranchée par le législateur, est celle de savoir si l'article 1728 s'applique également aux médiations dites libres, soit celles qui ne rencontrent pas les exigences du Code judiciaire. Selon nous¹⁴, l'obligation légale prescrite par ce code ne s'applique de façon certaine qu'aux médiations qu'il régit, soit celles qui présentent les qualités requises pour s'enchâsser dans une procédure judiciaire, avec la vocation d'aboutir à une convention – l'accord de médiation – pouvant, le cas échéant, remplacer la décision d'un juge¹⁵⁻¹⁶. La souscription d'un engagement *ad hoc* de confiden-

4. Voy. aussi P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 302.

5. P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « Médiation : confidentialité et responsabilité », *J.T.*, 1999, p. 255.

6. Car devant être légalement confirmée dans le protocole de médiation (art. 1731 du C. jud.).

7. Voy. aussi J. A. MIRIMANOFF (dir.), *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, op. cit., p. 143.

8. Art. 1745, § 3, du C. jud., introduit par la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018, p. 53455 (ci-après, « la loi du 18 juin 2018 »).

9. Art. 734/4, § 1^{er}, du C. jud., introduit par la loi du 19 décembre 2023 portant dispositions diverses en matière civile et judiciaire, *M.B.*, 27 décembre 2023. La conciliation judiciaire dite de droit commun reste, quant à elle, et sauf accord procédural particulier, soumise au principe de la publicité des audiences (art. 148, al. 1^{er}, de la Constitution et art. 757 du C. jud.) et le tiers conciliateur est l'instance décisionnelle à défaut d'accord. Voy. à ce propos B. INGHELS, « Les questions de procédure dans la conciliation judiciaire », *J.T.*, 2021, pp. 128-133 ; sur le formalisme des accords procéduraux, voy. spéc. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « L'office juridictionnel du juge belge », in J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, C. CHAINAIS, B. HESS, A. SALETTI (dir.), *L'office du juge. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 58.

10. Nous nous limiterons au droit belge, mais d'autres textes la consacrent, comme spéc. l'article 7 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 et commerciale (*J.O.*, L 136 du 24 mai 2008, pp. 3-8) et l'article 13 de la Recommandation Rec (2002)10 du Comité des Ministres aux États membres sur la médiation en matière civile (18 septembre 2002).

11. Preuve en est aussi qu'elle contribue, depuis 2018, à définir ce processus de médiation (art. 1723/1). Elle participe, de même, à définir le droit collaboratif (art. 1738). La conciliation par le juge ne jouit, quant à elle, d'aucune définition légale.

12. L'article 1731 prescrit toutefois sa formalisation dans le protocole de médiation.

13. L'obligation de confidentialité peut, par ailleurs, revêtir une nature contractuelle (accord ou clause de confidentialité, qui est une convention au sens de l'article 5.4 du C. civ.) ou constituer un engagement unilatéral de volonté (engagement de confidentialité ; voy. art. 5.125 et 5.126 du C. civ.), alors soumis au droit commun des obligations (livre 5 du C. civ.). Sur les sources de la confidentialité, voy. spéc. P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « Médiation : confidentialité et responsabilité », op. cit., p. 256.

14. *Contra* : O. CAPRASSE, F. GEORGES et D. MOUGENOT, *Droit judiciaire, Tome 2, Procédure civile, volume 3*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 33, n° 11.96 ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », op. cit., p. 302.

15. Voy. aussi P.-P. RENSON, « Le droit de la médiation et le droit des biens : analyse à la croisée des chemins », in *La médiation, Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Limal, Anthemis, 2008, p. 49, n° 67.

16. Le projet de loi ayant conduit à la réforme de 2018 semble lui-même laisser une place au doute : « La confidentialité (...) caractérise à tout le moins la médiation telle qu'elle est pratiquée par les médiateurs agréés » (Projet de loi du 5 février 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-2919/001, p. 254). Nous soulignons.

tialité constituée, dès lors, pour les médiations libres, une prudence utile ¹⁷.

.....

I. GENÈSE DU TEXTE
DE L'ARTICLE 1728
DU CODE JUDICIAIRE

.....

5. Une reconnaissance en 2001, confirmée en 2005.
Dès 2001 ¹⁸, au moment d'introduire la médiation dans

le Code judiciaire, le législateur a consacré le principe de la confidentialité dans un article 734sexies. Le principe sera repris dans un nouvel article 1728 lors de la réforme de 2005 ¹⁹. La version originale du texte évolue alors peu, quoique le texte se précise (§ 1^{er}) et se voit doté d'un § 2 destiné à clarifier la situation des tiers appelés à intervenir dans le cours du processus de médiation :

Texte de 2001 Article 734sexies du Code judiciaire ²⁰	Texte de 2005 Article 1728 du Code judiciaire
Les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation en matière familiale sont confidentiels.	§ 1^{er}. Les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels.
Ils ne peuvent être utilisés dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire.	Ils ne peuvent être utilisés dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire.
L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties et du médiateur en matière familiale pour permettre notamment au juge d'entériner les accords conclus. En cas de violation de cette obligation de secret par une des parties, le juge se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts. Les documents confidentiels qui sont tout de même communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de secret sont d'office écartés des débats. Sans préjudice des obligations que la loi lui impose, le médiateur en matière familiale 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 ou administrative relative aux faits dont il a pris connaissance au cours d'une médiation en matière familiale . L'article 458 du Code pénal s'applique au médiateur en matière familiale .	L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties pour permettre notamment au juge d'homologuer les accords de médiation. En cas de violation de cette obligation de secret par une des parties, le juge ou l'arbitre se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts. Les documents confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de secret sont d'office écartés des débats. 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 ou administrative relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation . L'article 458 du Code pénal s'applique au médiateur. § 2. 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 secret visée au § 1 ^{er} , alinéa 1 ^{er} . Le § 1 ^{er} , alinéa 3, s'applique à l'expert.

.....

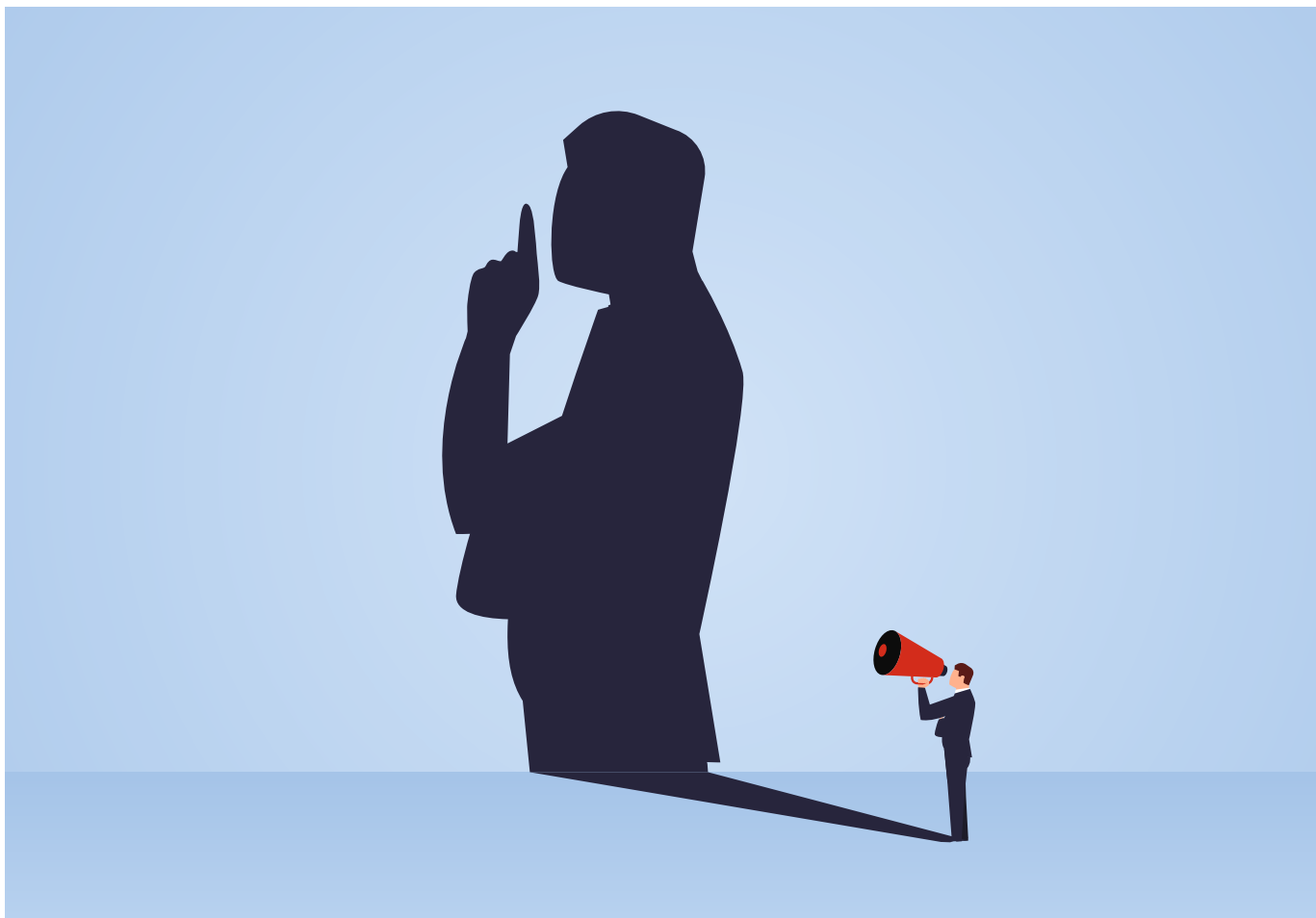
¹⁷. Cette précision n'exclut bien entendu pas une consécration légale prenant appui sur un autre texte légal, voire la reconnaissance d'un principe général de confidentialité, mais le fondement ne nous semble pas résider dans l'article 1728. Parmi ces autres normes légales, figure notamment l'article 458 du C. pén., assise du secret professionnel (voy. *infra*, n° 12) : le médiateur nous semble, en effet, compter parmi ces « autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie » visées par cette disposition.

¹⁸. Loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire, M.B., 3 avril 2001, pp. 11218 et s. Était alors visée la seule médiation familiale.

.....

¹⁹. Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, M.B., 22 mars 2005.

²⁰. La proposition de loi du 9 septembre 1999 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire (Doc. parl., Sénat, 1999-2000, Doc. 67/1) ne disait rien de la confidentialité. C'est en cours de processus législatif devant le Sénat que le texte a été modifié (voy. le projet de loi du 30 novembre 2000 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire, Doc. parl., Sénat, 1999-2000, Doc 422/10).



6. La réforme de 2018. L'actuelle formulation de l'article 1728 est le fruit de l'importante réforme intervenue par la loi du 18 juin 2018²¹. Elle fait plus particulièrement suite à un avis rendu par le Conseil supérieur de la Justice²² (ci-après « CSJ ») à propos du projet de loi déposé le 5 février 2018²³.

Dans son avis, le CSJ invitait le législateur à reformuler le texte afin d'offrir une réponse à certaines questions

posées par la pratique²⁴ – spécialement celle de la publicité du protocole et de l'accord de médiation – et à plus clairement dissocier les composantes obligationnelles qu'induit le principe de la confidentialité²⁵.

Suivant cet avis, sous un principe (général) de confidentialité, par ailleurs caractéristique des médiations au sens de la loi (art. 1723/1), le législateur envisage désormais plus spécifiquement deux obligations distinctes, selon la qualité de leurs débiteurs :

- une *obligation de confidentialité* qui s'impose aux parties, mais dont la portée est étendue aux tiers qui « consentent » à être « entendus » dans le cadre du processus de médiation, et pour les besoins de celui-ci, c'est-à-dire les témoins ;
- une *obligation de secret professionnel* qui incombe au médiateur mais voit, elle aussi, ses exigences élargies aux (tiers) experts qui interviennent dans le cours du processus, et pour les besoins de celui-ci, afin d'éclairer la complexité technique de certains de ses enjeux.

21. Précitée en note 8.

22. Avis relatif au titre 9 du projet de loi du 5 février 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, approuvé par l'AG du CSJ le 5 mars 2018, p. 3. Le texte est disponible à l'adresse <https://csj.be/fr/publications/2018/avis-relatif-au-titre-9-du-projet-de-loi-portant-dispositions-diverses-en-matiere-de-droit-civil-et-portant-modification-du-code-judiciaire-en-vue-de-promouvoir-des-formes-alternatives-de-resolution-d> (consultée le 15 juillet 2024).

23. Projet de loi du 5 février 2018, précité en note 17, Doc. parl., Chambre, 2017-2018, n° 54-2919/001, p. 254, dont l'exposé des motifs confirme l'importance de la confidentialité : « La confidentialité est de l'essence même de la médiation (...) Il est crucial si on veut asseoir la crédibilité et le développement de la médiation, que ce principe soit respecté comme principe de base ». On notera, par ailleurs, que l'exposé des motifs fonde certaines incompatibilités concernant les magistrats (art. 298 du C. jud.) sur l'exigence de confidentialité : voy. Projet de loi du 5 février 2018, précité, p. 241.

24. P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », J.T., 2018, p. 891 ; O. CAPRASSE, F. GEORGES et D. MOUGENOT, *Droit judiciaire, Tome 2, Procédure civile, volume 3*, op. cit., p. 334, n° 11.96.

25. Avis précité, p. 9.

	Texte de 2005	Texte de 2018
Principe (et obligations incombant aux parties médiées)	Art. 1728, § 1 ^{er} , al. 1 ^{er} Les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels. Ils ne peuvent être utilisés dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire.	Art. 1728, § 1 ^{er} , al. 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.
Liberté des parties médiées dans la détermination de l'étendue de la confidentialité	Art. 1728, § 1 ^{er} , al. 2 L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties pour permettre notamment au juge d'homologuer les accords de médiation.	Art. 1728, § 1 ^{er} , al. 2 et 3 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. À 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.
Obligation incombant au médiateur	Art. 1728, al. 4 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 ou administrative relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation. L'article 458 du Code pénal s'applique au médiateur.	Art. 1728, § 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 458 du Code pénal lui est applicable.
Obligation incombant aux tiers	Art. 1728, § 2 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 secret visée au § 1 ^{er} , alinéa 1 ^{er} . Le § 1^{er}, alinéa 3 , s'applique à l'expert.	Art. 1728, § 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 § 1 ^{er} , alinéa 1 ^{er} . Le paragraphe 2 s'applique à l'expert.
Sanctions	Art. 1728, § 1 ^{er} , al. 3 En cas de violation de cette obligation de secret par une des parties , le juge ou l'arbitre se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts. Les documents confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de secret sont d'office écartés des débats.	Art. 1728, § 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.

Le nouveau texte s'articule ainsi autour de paragraphes qui abordent successivement :

- le principe de la confidentialité (§ 1^{er}) : ce faisant, la loi pose le cadre (général) et établit les contours des obligations qu'il énonce, avant tout pour les parties médiées, à travers la précision des données légalement confidentielles et une habilitation dévolue à ces dernières à en moduler l'étendue. À cet égard, on constate que le nouveau texte laisse une grande place à l'autonomie de la volonté : les parties médiées sont, en effet, admises, certes moyennant le formalisme de l'écrit, à dessiner les contours de la confidentialité, par extension ou par soustraction ;
- les obligations incombant au médiateur (§ 2) ainsi qu'aux témoins et experts (§ 3) ;
- les sanctions civile et judiciaire applicables en cas de non-respect des obligations énoncées. À cet égard, le texte de 2018 apporte des précisions, absentes jusque-là, à propos de l'allocation des dommages et intérêts : il permet leur octroi à charge de chacun des débiteurs des obligations légales – et non plus uniquement des parties médiées, comme sous l'empire des lois de 2001 et 2005 – et pose en règle

que le juge ou l'arbitre se prononce en équité quant à leur déduction (principe et hauteur) ²⁶.

S'agissant de la sanction judiciaire d'écartement d'office des données confidentielles, le texte de 2018 aligne son objet sur celui de l'obligation de confidentialité, visant non seulement les documents établis en cours de processus, mais aussi les communications faites dans ce cadre.

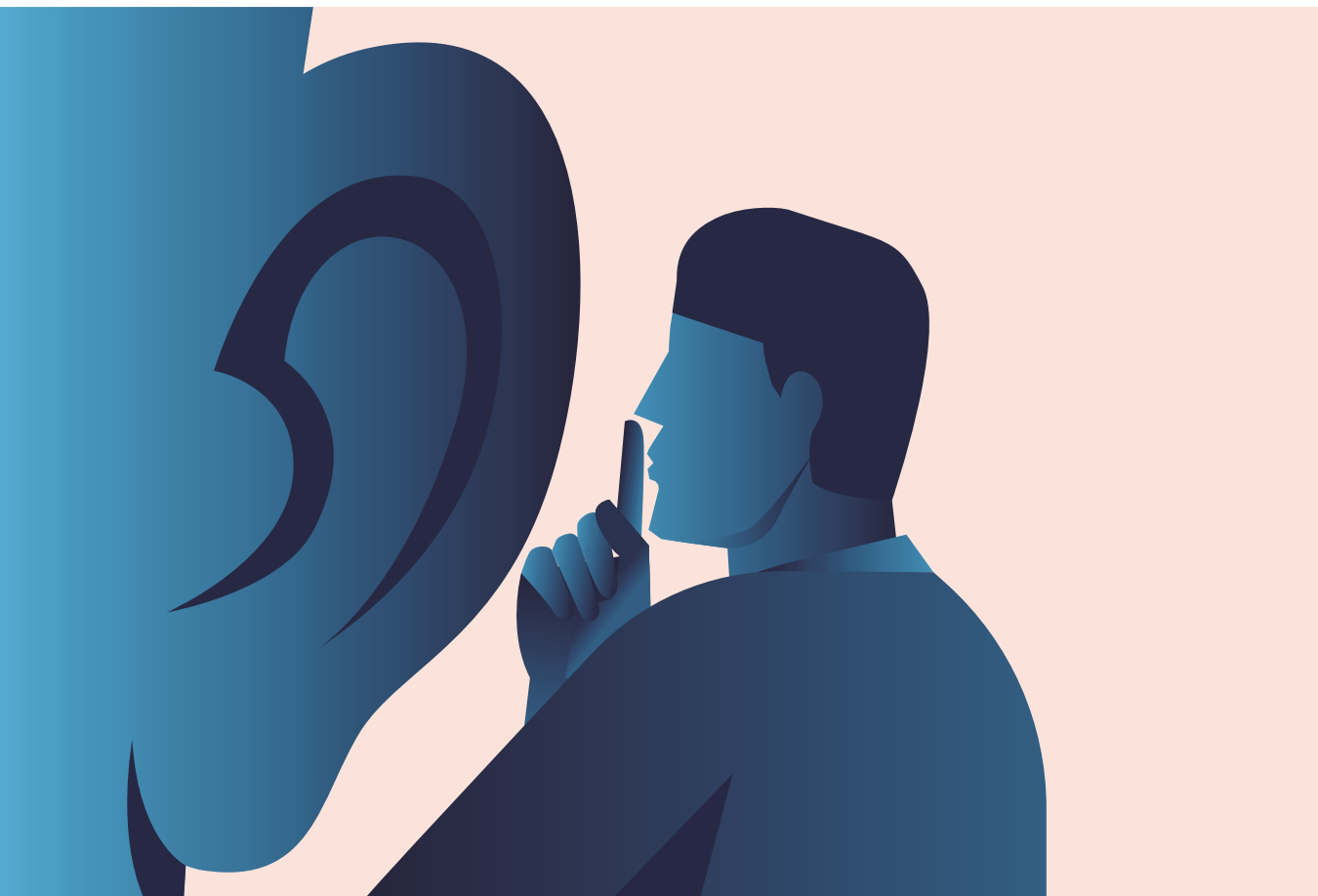
II. LA PORTÉE DE L'ARTICLE 1728 DU CODE JUDICIAIRE

A. LE PRINCIPE DE LA CONFIDENTIALITÉ (ART. 1728, § 1^{er})

7. Introduction. Le § 1^{er} de l'article 1728 du Code judiciaire fait figure de socle et de cadre pour les paragraphes qui suivent. Il fixe le principe, que rejoint

²⁶. Les travaux préparatoires de la loi de 2018 et l'avis du CSJ n'explicitent toutefois pas ces ajouts, ce qui peut être déploré.





l'obligation particulière de confidentialité qui incombe plus spécifiquement aux parties et, par extension, aux personnes appelées à témoigner dans le cadre du processus de médiation (art. 1728, § 3).

8. L'objet de la confidentialité : les inclusions de principe. L'article 1728, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, prescrit que la confidentialité couvre les « documents établis et les communications faites au cours du processus de médiation et pour les besoins de celui-ci ».

Chacun des termes a son importance et il ne faut à l'évidence pas réduire le champ de la confidentialité aux seuls écrits de la médiation²⁷, tels des documents, notes, tableaux ou croquis techniques²⁸. Comme l'a relevé la doctrine, « la confidentialité [...] porte, entre autres, sur les aveux extrajudiciaires, excuses, injures éventuelles, paroles, (contre-) propositions, reconnaissances préjudiciables [...] elle couvre tout ce qui peut être exprimé verbalement ou

non [...] »²⁹. Sont ainsi confidentiels les propos tenus par les parties, leurs conseils, le médiateur et les témoins tout autant que les échanges intervenus entre les conseils des parties³⁰.

27. J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 78, n° 72.

28. M. GONDA, « Proposition pour une théorie générale de la médiation : Hermès au service des parties en litige », in *La médiation civile et commerciale*, Bruges, la Chartre, 2000, p. 29 ; M. GONDA, *Droit et pratique de la médiation*, op. cit., p. 78, n° 174 ; A. BRIDOUX, *Les écrits en médiation selon le Code judiciaire et le Code de déontologie des médiateurs*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 207.

29. P.-P. RENSON, « Le droit de la médiation et le droit des biens : analyse à la croisée des chemins », op. cit., p. 45 ; voy. aussi J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, op. cit., p. 76, n° 169 ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », op. cit., p. 303. Cons., par ailleurs, la réponse donnée par le ministre de la Justice français au Sénat (J.O., Sénat du 23 mars 2023, p. 2042) à propos des confidences protégées (en l'espèce, par l'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, J.O.R.F., n° 0034, 9 février 1995) : « le principe de confidentialité impose que le secret soit conservé sur les informations, propositions ou concessions reçues par le médiateur. (...) Les parties doivent pouvoir être assurées qu'en cas d'échec de leur démarche amiable, aucune de leurs déclarations ne pourra être ultérieurement utilisée à leur encontre. (...) Cette confidentialité s'étend aussi à tous les acteurs de la médiation et notamment aux avocats qui assistent les parties à cette occasion. Le compte-rendu de médiation établi par l'avocat est donc couvert par le secret et ne peut être divulgué que dans les limites et les conditions convenues par les parties et le médiateur. L'avocat ne peut donc pas communiquer des renseignements confidentiels à un tiers à la médiation, y compris à la demande de l'assureur de protection juridique par exemple [...] ».

30. J. A. MIRIMANOFF (dir.), *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, op. cit., p. 145. Voy. aussi à propos des échanges entre avocats et l'articulation de l'exigence du Code judiciaire et

La lecture de l'article 1728 invite, par ailleurs, à intégrer dans le champ de la confidentialité les rapports d'expertise établis en cours de processus et pour les besoins de celui-ci (§§ 1^{er} et 3). Si les parties souhaitent pouvoir en faire usage dans le cadre d'une procédure, elles doivent exprimer leur volonté par écrit.

9. L'objet de l'obligation légale : les exclusions de principe. Le législateur établit lui-même une liste d'exclusions de principe : ne sont pas couverts par la confidentialité, sauf volonté contraire des parties, le protocole de médiation, le ou les accords de médiation (partiels ou complets) signés par les parties, « ainsi que l'éventuel document établi par le médiateur qui constate l'échec de la médiation ». Le législateur apporte ici une réponse formelle à certaines questions posées par la pratique, spécialement en ce qui concerne le statut des accords de médiation³¹. Sa position rejoint, à cet égard, celle déjà privilégiée par certaines juridictions³².

Par ailleurs, la précision selon laquelle seuls les documents établis et les communications « faites au cours du processus de médiation et pour les besoins de celui-ci sont confidentiels » exclut du champ de la confidentialité les informations préalablement détenues par les parties³³ ou (rendues) publiques avant que le processus débute, sous réserve d'une inclusion conventionnelle³⁴.

Il doit en aller de même des documents officiels qui sont par nature publics³⁵, et qui le restent.

10. L'objet de l'obligation légale : l'autonomie des parties médiées. L'obligation de confidentialité n'est toutefois pas absolue ; les parties médiées sont habilitées par la loi à en fixer les contours, du moins pour ce qui les concerne elles-mêmes³⁶. Le texte confirme, ce faisant, que l'obligation ne revêt pas, entre elles, un caractère d'ordre public.

À cet égard, l'article 1728 reconnaît aux parties la faculté, commune et formalisée par écrit,

- de *restreindre* l'objet de l'obligation, allant même jusqu'à la lever complètement (§ 1^{er}, al. 3) : tout ce qui concerne le processus pourra alors être rendu public et, en particulier, être invoqué dans le cadre d'une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ;
- de *l'étendre*, et donc d'accentuer les obligations qu'elles assument de part et d'autre : selon la formule légale, les parties peuvent ainsi rendre confidentiels le protocole de médiation, les accords de médiation qu'elles ont signés, le document établi par le médiateur constatant l'échec de la médiation ainsi que des informations antérieures à l'entame du processus³⁷.

Selon une partie de la doctrine³⁸, à défaut de levée commune et formelle du secret, l'obligation de confidentialité s'oppose à toute révélation par les parties, quelles qu'en soient les conséquences pour elles. Ainsi, dans la rigueur du texte, ces dernières ne sont pas autorisées à spontanément faire état d'informations demeurées couvertes par le secret afin d'éclairer un juge ou arbitre – au stade de l'homologation ou en cas d'inexécution – sur l'interprétation qu'il conviendrait de réserver à l'accord de médiation. De même, les parties ne peuvent prendre appui sur leurs échanges confidentiels pour établir la méconnaissance d'une obligation comportementale dans le chef de l'autre, spécialement celle de négocier de bonne foi. Admettre le contraire reviendrait, selon eux, à faire fi de la portée sociale qui fonde (aussi) le principe de la confidentialité³⁹.

l'article 6.2 du Code de déontologie des avocats : Ph. VAN ROOST, G. KUYPER et G. SCHULTZ, « La confidentialité de la correspondance entre avocats en cours de médiation », *Forum – Périodique d'information de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles*, 2019, n° 274, p. 17.

31. Le CSJ a justifié la levée de la confidentialité qu'il préconisait de consacrer : « (...) dès lors que parmi les objectifs poursuivis depuis la loi du 21 février 2005, figure notamment celui de permettre aux parties de faire homologuer l'accord (le cas échéant partiel) obtenu à l'issue du processus, ceci afin de lui donner force exécutoire conformément à l'article 6 de la directive 2008/52/CE, le CSJ est d'avis que, contrairement à la formulation proposée, la logique impose de lever par principe la confidentialité des accords de médiation en cas d'issue favorable de la médiation, à moins que les parties en décident ensemble autrement » (avis précité, p. 3).

32. Voy. Liège, 15 janvier 2007, *J.L.M.B.*, 2007/13, p. 532.

33. J. A. MIRIMANOFF (dir.), *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, op. cit., p. 145 : la confidentialité prévue par la loi ne porte pas sur les « documents figurant aux dossiers de pièces déposés par les avocats dans le cadre d'une procédure. La partie qui a produit une pièce dans une médiation demeure libre de l'utiliser ultérieurement », ajoutant que « par contre les autres parties [...] ne peuvent la produire ».

34. M. GONDA, *Droit et pratique de la médiation*, op. cit., p. 76, n° 171 ; O. CAPRASSE, F. GEORGES et D. MOUGENOT, *Droit judiciaire, Tome 2, Procédure civile*, volume 3, op. cit., p. 332, n° 11.95.

35. J. A. MIRIMANOFF (dir.), *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, op. cit., p. 145 : « tous les documents publics ou officiels (tels qu'avertissement-extraits de rôle, extrait de matrice cadastrale, actes notariés, bilans publiés, etc.) ne sont pas confidentiels ».

36. Voy. *infra*, n° 17.

37. Cons. l'avis 61.997/4 du Conseil d'État du 4 octobre 2017 sur un avant-projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil, p. 47 ainsi que l'exposé des motifs du projet de loi du 5 février 2018, p. 254.

38. P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », op. cit., p. 303 et P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « Médiation : confidentialité et responsabilité », op. cit., p. 257.

39. Voy. aussi P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « Médiation : confidentialité et responsabilité », op. cit., p. 257, selon qui « l'intérêt de l'institution doit primer les intérêts particuliers des parties qui s'estimeraient lésées par la manière dont le processus a été mené par leur adversaire. Après tout, les parties qui acceptent de s'engager dans une médiation connaissent la règle de la confidentialité : elles savent donc au départ qu'elles ne seront pas autorisées à parler de ce qui sera dit en médiation, a fortiori, de le prouver ».

D'autres auteurs ⁴⁰ estiment toutefois que le droit au secret dont jouit chaque partie est un droit-fonction, lequel ne mérite dès lors un accueil favorable par les juridictions que s'il s'exerce dans le strict respect de la finalité de protection qui le justifie. Ce faisant, le refus de la communication des informations permettant de donner un effet utile à l'accord obtenu devrait être nuancé, outre qu'un tel refus pourrait être constitutif d'un abus de droit dans le chef de celui qui l'invoque.

La seconde thèse est séduisante ; elle est, en outre, cohérente avec la jurisprudence acquise en matière de secret professionnel et de levée de celui-ci lorsqu'il s'agit de préserver les droits de la défense des confidents légaux ⁴¹. Il reste que la situation des parties est particulière, fût-ce parce que le législateur leur accorde expressément, en tant que premières bénéficiaires de la protection légale, une marge de liberté dans la détermination de ce qui constitue, pour elles, un secret ou ne l'est pas. Les parties médiées doivent, par ailleurs, légalement et réciproquement, s'engager au silence dès l'entame du processus (art. 1731). L'étanchéité du processus qu'il convient de préserver prend (aussi) appui dans cette autonomie, indissociable d'une responsabilisation accrue. Admettre que les parties médiées puissent ne pas respecter leur obligation ferait de la confidentialité une garantie sans substance effective et contrarierait en soi les finalités inter-individuelle et sociale poursuivies par la loi. Cette lecture souligne toutefois toute l'importance de l'information que le médiateur doit dispenser avant que soient apposées les signatures sur le protocole de médiation ⁴². Il doit éveiller la conscience des parties sur ce que la confidentialité implique concrètement pour chacune d'elles – ce qu'elle protège et ce qu'elle implique comme renonciations – en cas d'écueils dans leur cheminement vers un accord.

B. L'OBLIGATION DE SECRET (PROFESSIONNEL) INCOMBANT AU MÉDIATEUR (ART. 1728, § 2)

11. Introduction ⁴³. En ce qui concerne le médiateur, la confidentialité se mue en exigence éthique et de responsabilité sociale, dont la méconnaissance est passible de sanctions disciplinaire et pénale. Elle est une



EN CE QUI CONCERNE LE MÉDIATEUR,
LA CONFIDENTIALITÉ SE MUE
EN EXIGENCE ÉTHIQUE
ET DE RESPONSABILITÉ SOCIALE.

garantie personnelle essentielle qui prend place à côté du triptyque formé par les exigences d'indépendance, de neutralité et d'impartialité ⁴⁴.

L'article 1728, § 2, du Code judiciaire énonce que le médiateur est tenu au secret professionnel inscrit à l'article 458 du Code pénal. Il en va de même, en vertu du § 3, du tiers expert intervenant dans le cours du processus de médiation et pour les besoins de celui-ci.

12. Le délit de révélation. L'article 458 du Code pénal protège les secrets confiés aux médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes ainsi qu'à toutes les autres personnes qui en sont dépositaires par état ou par profession. Il est traditionnellement compris comme protégeant « non seulement des intérêts particuliers mais également une valeur sociale éminente » ⁴⁵.

Le délit existe dès que la révélation est volontaire et spontanée, même si elle est faite à la justice. Il faut toutefois que des tiers aient pris connaissance des secrets protégés ⁴⁶.

Un dol spécial n'est pas exigé.

On excepte les situations dites de secret partagé, c'est-à-dire lorsque la révélation intervient entre des personnes dépositaires « mu[e]s par le même objectif et pour le compte du même mandant », à la condition toutefois que la divulgation se limite à ce qui est strictement « nécessaire et pertinent [...] dans le cadre de la mission du dépositaire du secret » ⁴⁷.

⁴⁴. Art. 1723/1 et 1726 du C. jud.

⁴⁵. Concl. de l'avocat général M. Vandermeersch, précédant Cass., 3 septembre 2014, R.G. n° P.13.1966.F.

⁴⁶. Cass., 29 juin 2022, R.G. n° P.22.0353.F : « l'acte réprimé [...] consiste dans le fait de révéler volontairement, hors des hypothèses où la communication est obligatoire ou permise, un secret dont l'agent est dépositaire par état ou par profession, alors qu'il sait ou doit savoir que sa révélation est prohibée par la loi ; quels qu'en soient le véhicule ou le support, la révélation est accomplie dès l'instant où les données couvertes par le secret sont parvenues à la connaissance de la personne à qui l'auteur a voulu les divulguer alors qu'elle n'y avait pas droit ; il n'y a donc pas de révélation punissable lorsque le dévoilement a échoué, fût-ce pour des raisons indépendantes de la volonté de l'auteur ».

⁴⁷. Cass., 13 mars 2012, R.G. n° P.11.1750.N ; Cass., 6 octobre 2009, R.G. n° P.09.0814.N.

⁴⁰. J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, op. cit., pp. 79-80.

⁴¹. Voy. *infra*, n° 16.

⁴². Elle accentue aussi sa responsabilité quant à la clarté des accords de médiation.

⁴³. Voy. aussi sur ces questions V. d'HUART, « Déontologie et discipline du médiateur », *Ius & actores*, 2008/3, pp. 5 à 22.

La loi punit l'infraction d'un emprisonnement d'un à trois ans et/ou d'une amende allant de 100 à 1.000 euros.

13. Les secrets protégés. L'article 1728, § 2 énonce que « 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 [...] relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation ⁴⁸. Il ne

⁴⁸. On notera utilement que l'article 458 du Code pénal prévoit une autorisation de révélation des informations protégées lorsque le dépositaire du secret est appelé comme témoin dans le cadre d'une procédure ; dans ce cadre-là, le dépositaire est autorisé à les révéler, sans être passible d'une sanction pénale, mais il garde le droit de se taire. L'article 1728 excepte donc, quant à lui, le témoignage en justice intervenant « dans une procédure civile, administrative ou arbitrale relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation ».

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 ».

Le champ du secret professionnel couvre toutes les informations dont le médiateur a connaissance « du fait de sa fonction », et en cette qualité, au-delà – mais en ce compris – des documents établis et communications faites lors d'un processus particulier. Sont ainsi couverts non seulement les secrets confiés par les parties ⁴⁹, mais aussi toutes les informations dont le médiateur a connaissance en raison de l'exercice de sa mission ⁵⁰.

⁴⁹. Cass., 3 septembre 2014, R.G. n° P.13.1966.F : « Pour être punissable sur la base de l'article 458 du Code pénal, le confident nécessaire par état ou par profession doit avoir divulgué un secret, c'est-à-dire un fait généralement inconnu et qui doit demeurer tel » ; des faits publics ne sont donc pas couverts.

⁵⁰. J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, op. cit., p. 78.





Ceci englobe également l'identité des parties et les conflits particuliers dont il accompagne la résolution ⁵¹.

14. Les exceptions : les révélations légalement admises. L'article 1728, § 1^{er} énonce que ces principes valent pour le médiateur « sans préjudice des obligations que la loi lui impose ».

La précision ne semblait *a priori* pas nécessaire dès lors qu'elle résulte du texte de l'article 458 du Code pénal ; les dépositaires de « secrets qu'on leur confie » sont, en effet, toujours libérés lorsque le législateur autorise expressément la révélation, voire l'impose ⁵².

On songe présentement aux obligations prévues par le Code judiciaire et qui concernent les informations que le médiateur doit révéler au juge qui l'a désigné

dans le cadre d'une médiation judiciaire : l'information sur l'entame du processus (art. 1735, § 1^{er}), l'éventuelle demande de mettre fin à sa mission avant l'échéance prévue par la désignation (art. 1735, § 3) ainsi que l'information relative à l'issue de la médiation (art. 1736, al. 2) ⁵³.

15. La révélation de certaines confidences : la connaissance d'infractions pénales. Contrairement à la situation du juge conciliateur, auquel s'applique l'article 29 du Code d'instruction criminelle, la loi n'impose pas au médiateur de dénoncer certaines infractions dont l'une des parties médiées serait l'auteur ou la victime ⁵⁴. Ces informations, connues « du fait de la fonction », sont donc couvertes par le secret professionnel.

⁵¹. Voy., par ailleurs, l'article 8, § 1^{er}, du Code de déontologie des médiateurs agréés : « La neutralité ne permet pas de donner aux parties un avis susceptible d'avoir une incidence sur la solution du différend qui les oppose. Le médiateur demeure cependant libre de faire état de cas similaires dont il a connaissance, et ce dans le respect du secret professionnel et de l'obligation de confidentialité consacrée par l'article 1728 du Code judiciaire ».

⁵². L'article 458 du Code pénal supprime, en effet, l'infraction lorsque « la loi oblige à faire connaître ces secrets ».

⁵³. Voy. aussi J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, op. cit., p. 81, n° 176 ; M. GONDA, *Droit et pratique de la médiation*, op. cit., p. 80, n° 179.

⁵⁴. Cons. toutefois la nuance : la Cour de cassation considère qu'un médecin doit, sauf cause de justification, taire l'infraction commise par son client, et dont il a eu connaissance du fait de sa fonction, mais qu'il ne lui est, en revanche, pas interdit d'informer la justice au sujet des faits dont celui-ci a été la victime : Cass., 9 février 1988, R.G. n° 1121, Pas., 1988, n° 346 ; Cass., 22 mai 2012, R.G. n° P.11.1936.N ; Cass., 31 octobre 2012, R.G. n° P.12.0882.F.



LA LOI N'IMPOSE PAS AU MÉDIATEUR
DE DÉNONCER CERTAINES INFRACTIONS
DONT L'UNE DES PARTIES MÉDIÉES
SERAIT L'AUTEUR OU LA VICTIME.

On ne doit toutefois pas en déduire que le médiateur doit toujours garder le silence. Le droit pénal prévoit, tout d'abord, certaines autorisations légales de révélation⁵⁵ : limitativement prévues par la loi, ces autorisations permettent la révélation, tout en préservant le *droit au silence* du dépositaire des secrets. L'état de nécessité constitue, par ailleurs, une cause générale de justification admissible dans certaines circonstances impérieuses⁵⁶ : la révélation de faits couverts par le secret pourrait ainsi être « justifiée » s'il est établi qu'elle était une mesure utile, strictement nécessaire et proportionnée à la protection d'une valeur que le médiateur a raisonnablement pu juger supérieure⁵⁷.

16. La révélation de certaines confidences : la défense du médiateur. L'obligation de secret va-t-elle jusqu'à priver le médiateur de toute possibilité d'assurer sa défense si sa responsabilité professionnelle est mise en cause par l'une des parties médiées ? Dans un arrêt du 18 janvier 2017⁵⁸, la Cour de cassation a jugé que le secret professionnel prescrit par l'article 458 du Code pénal peut être rompu lorsque son dépositaire est appelé à se

défendre⁵⁹ en justice : « dans ce cas, la règle du secret professionnel doit céder mais seulement lorsqu'une valeur supérieure entre en conflit avec elle [en l'espèce, le respect des droits de la défense, que consacre l'article 6 CEDH], de telle sorte que la dérogation à la règle ne s'opère que dans la mesure nécessaire à la défense des droits respectifs des parties à la cause »⁶⁰.

17. La révélation de certaines confidences : l'autorisation des parties. Qu'en est-il de l'autorisation qui serait – fût-ce implicitement – donnée par les parties médiées, par exemple lorsqu'elles ont, par une convention écrite respectant le Code judiciaire, levé la confidentialité de certaines informations ?

La rigueur des principes du droit pénal pourrait amener à considérer que les parties médiées sont impuissantes à supprimer le caractère infractionnel d'un comportement réprimé par la loi pénale. Le texte de l'article 1728 semble lui-même exprimé de façon absolue lorsqu'il interdit au médiateur de « rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction ». Il n'excepte, en particulier, pas expressément les situations envisagées sous son § 1^{er}.

Les travaux préparatoires ne répondent pas à la question. Si le médiateur restera prudent en gardant le silence – un *droit au silence* s'accolle, en effet, nécessairement à l'*obligation* de secret –, il reste que la révélation de ce qui n'est plus jugé secret par les parties que la loi protège semble difficilement pouvoir fonder l'infraction⁶¹.

18. De possibles exigences déontologiques additionnelles. Dans le chef des médiateurs agréés par la Commission fédérale de médiation⁶², la confidentialité est aussi une exigence d'éthique professionnelle⁶³. Dans ce cadre, l'obligation déontologique se joint à l'exigence

55. On songe notamment aux articles 458bis et 458ter du Code pénal.

56. Sur les conditions de l'état de nécessité : Cass., 27 janvier 2007, R.G. n° P.06.1399.F : « L'état de nécessité ne peut être admis [...] que s'il réunit plusieurs conditions, à savoir que la valeur du bien sacrifié doit être inférieure ou à tout le moins équivalente à celle du bien que l'on prétend sauvegarder, que le droit ou l'intérêt à sauvegarder soit en péril imminent et grave, qu'il soit impossible d'éviter le mal autrement que par l'infraction et que l'agent n'ait pas volontairement créé par son fait le péril dont il se prévaut » (confirmant Cass., 5 avril 1996, R.G. n° A.94.0002.F, n° 111 ; Cass., 28 avril 1999, R.G. n° P.98.1596.F ; Cass., 13 novembre 2001, R.G. n° P.00.0366.N, concl. avocat général De Swaef).

57. Voy. aussi P.-P. RENSON, « Le droit de la médiation et le droit des biens : analyse à la croisée des chemins », *op. cit.*, pp. 50-51, n° 70 (« lorsqu'aucun état de nécessité n'est présent, le médiateur peut mettre un terme à son intervention, sans informer la juridiction éventuellement saisie du litige des motifs précis l'ayant conduit à cette décision. Par contre, s'il est confronté à un état de nécessité, le médiateur doit non seulement mettre fin à son intervention, mais aussi dénoncer les faits au parquet. En pareil cas, il n'encourt aucune sanction pénale ») ainsi que P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *op. cit.*, p. 304 et les références citées.

58. Cass., 18 janvier 2017, R.G. n° P.16.0626.F (secret professionnel de l'avocat), ainsi que les concl. de l'avocat général Nolet de Brauwere.

59. Autre est la question de savoir si le dépositaire de secrets peut agir en justice en se fondant sur des informations dont il doit préserver la confidentialité. La réponse est ici négative : voy. concl. de M. l'avocat général Nolet de Brauwere précitées.

60. On notera que cette même juridiction a admis que la personne protégée par le secret professionnel puisse faire état d'échanges avec son confident pour assurer sa défense en justice : Cass., 3 octobre 2018, R.G. n° P.18.0235.F (avec les concl. de l'avocat général D. Vandermeersch).

61. Voy. concl. de l'avocat général Vandermeersch précédant Cass., 3 octobre 2018, R.G. n° P.18.0235.F : « lorsque le consentement du confident a pour effet que l'information n'est pas ou plus confidentielle et ne relève donc plus du secret, la protection liée au secret professionnel ne s'applique ».

62. Les médiateurs sont légalement tenus d'y adhérer pour se voir délivrer un agrément : art. 1726, § 1^{er}, 6^o, du C. jud.

63. Art. 8, § 1^{er} (neutralité), 9, § 3 (protocole) et 10, § 2 (obligation d'information et de veiller à son respect) du Code de déontologie de la Commission fédérale de médiation (2020).

légale, avec la particularité que le médiateur devient passible, outre des sanctions civile ⁶⁴ et pénale ⁶⁵, d'une sanction disciplinaire ⁶⁶.

L'article 10, § 2, du Code de déontologie du médiateur agréé précise que « le médiateur veille à la confidentialité du dossier » et qu'« en cas de partage par le médiateur de son secret professionnel, par exemple avec ses employés ou collaborateurs, [celui-ci] veillera au respect de ce secret par ces personnes » ⁶⁷.

Certains médiateurs peuvent, par ailleurs, en vertu d'une déontologie propre à leur profession, être tenus

à des obligations additionnelles. C'est spécialement le cas des avocats ⁶⁸ et notaires ⁶⁹ médiateurs.

C. L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ INCOMBANT AUX « TIERS » (ART. 1728, § 3)

19. L'étendue variable des obligations légales.

L'article 1728, § 3 prévoit que « 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 ». Il ajoute que ces tiers « sont tenus à l'obligation de confidentialité visée au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} » et que « Le paragraphe 2 s'applique à l'expert ». Ainsi, certains tiers (les témoins, les experts) sont légalement tenus de respecter la confidentialité

64. Art. 1728, § 4, du C. jud.

65. Art. 458 du C. pén.

66. Une commission (permanente) disciplinaire et de traitement des plaintes est instituée au sein de la Commission fédérale de médiation (art. 1727, § 1^{er}), composée dans le respect de l'article 1727/5. Le § 4 de cette dernière disposition précise les sanctions pouvant être comminées, allant de l'avertissement au retrait de l'agrément. Le Code prévoit toutefois une possibilité de réhabilitation (art. 1726, § 1^{er}/2).

67. Sur le secret partagé et l'article 458 du C. pén., voy. not. *supra*, n° 13.

68. Code de déontologie de l'avocat rendu obligatoire par un règlement du 12 novembre 2012, *M.B.*, 17 janvier 2013.

69. Code de déontologie adopté par l'Assemblée générale du notariat le 22 juin 2004, *M.B.*, 3 novembre 2005.



lorsqu'ils interviennent dans le cadre d'une médiation et pour les besoins de celle-ci. Quant au contenu de leurs obligations, il est renvoyé aux développements qui précèdent.

On notera que le texte ne vise pas spécifiquement les conseils qui assistent les parties durant le processus de médiation. Ceux-ci sont tenus aux obligations déontologiques de leur profession⁷⁰. Ils doivent, en outre, en tant que représentants des parties médiées, respecter les devoirs qui s'imposent à celles-ci⁷¹.

D. LES SANCTIONS EN CAS DE NON-RESPECT DE LA CONFIDENTIALITÉ (ART. 1728, § 4)

20. Les sanctions légales. L'article 1728 du Code judiciaire organise deux types de sanctions en cas de divulgation par « les personnes qui y sont tenues ». Ces sanctions s'apparentent aux réparations en nature et par équivalent que connaît le droit civil.

21. Les dommages et intérêts. La première sanction énoncée est de nature (purement) civile et consiste en l'allocation de dommages et intérêts. La disposition légale prescrit son automatisme : en cas de méconnaissance des obligations légales, « le juge ou l'arbitre se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts »⁷². En d'autres termes, le texte n'exige pas la réunion des conditions de la responsabilité civile, en particulier la preuve d'un dommage non réparé par l'écartement d'office de l'information irrégulièrement produite. Ceci se renforce à la lecture de la précision selon laquelle le juge statue en équité⁷³ « sur l'octroi » et – point distinct – « sur la hauteur » de l'indemnité. Bien qu'il ne s'en explique pas dans les travaux préparatoires, le législateur semble ainsi avoir voulu éviter les difficultés probatoires liées à l'établissement (de l'étendue) du dommage et du lien causal entre celui-ci et la divulgation des confidences⁷⁴.

70. Voy. not. J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, op. cit., p. 79, n° 173 : « l'avocat qui produirait des pièces confidentielles ou ferait état de propos tenus dans le cadre de la médiation, dans une procédure judiciaire ou autre, pourrait se voir interdire de le faire par le bâtonnier, sous peine de sanctions disciplinaires ».

71. Voy. *supra*, note 29.

72. Nous soulignons.

73. La méthode *ex æquo et bono* est bien connue en droit de la responsabilité extracontractuelle. On notera utilement que l'équité n'exclut pas en soi d'allouer une réparation intégrale du dommage ; elle peut cependant justifier de la limiter.

74. Le texte offre ainsi, selon nous, un fondement spécial, distinct du droit commun de la responsabilité civile, contractuelle ou extracontractuelle. Sur ces difficultés probatoires, voy. not. M. GONDA, *Droit et pratique de la médiation*, op. cit., pp. 78-79, n° 174 ; P. HENRY, « Médiation et conflits en matière de construction », in *La médiation*

On notera que, depuis 2018, l'octroi de dommages et intérêt sanctionne toute révélation intervenue au mépris de l'article 1728, quel qu'en soit l'auteur.

22. L'écartement des débats. S'y ajoute une sanction en nature, produisant ses effets sur le plan judiciaire, puisque 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 »⁷⁵.

III. CONCLUSION

23. La confidentialité est protéiforme. À la fois *principe-cadre* de la médiation, *matrice d'obligations* particulières dans le chef de ses parties prenantes, elle est aussi révélatrice de *droits* : le droit au secret et le droit au silence. Elle présente, par ailleurs, une intensité variable selon celui auquel elle s'adresse ; tantôt obligation dont il est possible de se défaire, en tout ou partie, tantôt exigence d'ordre public strictement encadrée. Sa nature même n'est pas figée au-delà de sa qualification légale : elle peut, en outre, être un acte juridique entre particuliers et/ou se vêtir des atours d'une déontologie professionnelle. Les sanctions de sa méconnaissance sont, dès lors, elles aussi, plurielles : pénale, civile, judiciaire, disciplinaire, selon les cas, parfois en s'additionnant. Tel est le visage juridique de la confidentialité qu'exprime l'article 1728 du Code judiciaire.

À travers cette confidentialité, c'est la confiance qui est au centre des préoccupations du dispositif de protection légale. Le secret s'appréhende ainsi comme le ciment de la relation de confiance, celle particulière qui se noue entre les parties médiées et entre elles et le médiateur, mais celle aussi qui est nécessaire, sur le plan social, à asseoir la crédibilité d'une voie « parallèle » **et mais pleinement reconnue de Justice**.



LA CONFIDENTIALITÉ EST PROTÉIFORME. À LA FOIS PRINCIPÉ-CADRE DE LA MÉDIATION, MATRICE D'OBLIGATIONS PARTICULIÈRES DANS LE CHEF DE SES PARTIES PRENANTES, ELLE EST AUSSI RÉVÉLATRICE DE DROITS : LE DROIT AU SECRET ET LE DROIT AU SILENCE.

en matière commerciale, *Actes du colloque organisé par le Centre de médiation et l'Ordre des avocats du barreau de Liège le 1^{er} octobre 1999*, Éd. Jeune barreau de Liège, 2000, p. 161.

75. Certains y ont vu une disposition « anti-Antigone » : Ph. VAN ROOST, G. KUYPER et G. SCHULTZ, « La confidentialité de la correspondance entre avocats en cours de médiation », op. cit., n° 274, p. 17.