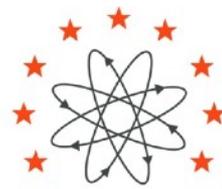




CHAIRE MASTER

Droit de la consommation

Fondation



Master 2 Droit des affaires

Droit de la consommation et des pratiques commerciales

MÉMOIRE 2023

La confidentialité de la médiation

ROMMEL Florence

Sous la direction de

Monsieur PROROK Johan, Maître de conférences à CY Cergy Paris Université

REMERCIEMENTS

Ce mémoire représentant un long travail de recherches, de réflexions et de rédaction, je souhaite par conséquent remercier certaines des personnes sans qui il n'aurait pas pu aboutir.

Tout d'abord, je souhaite remercier Monsieur Johan PROROK, Maître de conférences à CY Cergy Paris Université, pour avoir accepté de diriger ce mémoire.

Ensuite, je remercie Madame Carole AUBERT DE VINCELLES, professeure à CY Cergy Paris Université et directrice du Master DCPC, pour m'avoir donné l'opportunité de poursuivre mes études dans le domaine du droit de la consommation qui me passionne toujours autant.

Je remercie également Madame Marielle COHEN-BRANCHE, médiateur de l'Autorité des marchés financiers, pour m'avoir proposé le sujet de ce mémoire, donné envie de le traiter, mais surtout pour avoir pris le temps de répondre à chacune de mes questions.

Bien que je sois reconnaissante de l'investissement de chacun des enseignants qui sont intervenus cette année, je souhaite remercier particulièrement Monsieur Ronan BRETTEL, Monsieur Geoffray BRUNAUX et Madame Laurence USUNIER, pour leur investissement au cours de ce semestre et pour le temps qu'ils m'ont chacun accordé pour répondre à mes questions.

Je souhaite également remercier ma meilleure amie Mélissa PINTE pour son amitié et son soutien constant.

Enfin, je souhaite tout particulièrement remercier mon frère Vincent, pour m'avoir toujours soutenue, encouragée, et surtout pour avoir été présent à mes côtés tout au long de ces années.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	1
SOMMAIRE	2
LISTE DES ABRÉVIATIONS	3
INTRODUCTION	4
TITRE I - L'ENCADREMENT LÉGAL DE LA CONFIDENTIALITÉ DE LA MÉDIATION	11
Chapitre I - Le champ d'application de la confidentialité de la médiation.....	11
Section I - Les personnes tenues à la confidentialité de la médiation.....	12
Section II - Les éléments devant demeurer confidentiels	25
Chapitre II - Les dérogations à la confidentialité de la médiation.....	35
Section I - Les dérogations conventionnelles	35
Section II - Les dérogations légales	39
TITRE II - LES SANCTIONS DU MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ	50
Chapitre I - Les sanctions procédurales	50
Section I - L'écartement des débats des pièces confidentielles.....	51
Section II - La sanction des actes de procédure contenant des informations confidentielles ...	60
Chapitre II - Les sanctions personnelles	67
Section I - L'engagement des responsabilités civile et contractuelle.....	67
Section II - Les sanctions professionnelles du médiateur	74
BIBLIOGRAPHIE	83
TABLE DE JURISPRUDENCES	90
INDEX ALPHABÉTIQUE	91
TABLE DES MATIÈRES	92

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AMF	Autorité des marchés financiers
Art.	Article
CA	Cour d'appel
CAPJIA	Cahiers de l'arbitrage
Cass. Civ. 1ère	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Civ. 2ème	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Civ. 3ème	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
C. Com.	Code de commerce
C. Consom.	Code de la consommation
<i>Cf.</i>	Confer
CECMC	Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation
CJA	Code de justice administrative
C. Proc. Civ.	Code de procédure civile
C. Proc. Pén.	Code de procédure pénale
Dir.	Directive
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Ibidem
LPA	Les petites affiches
<i>Op. cit.</i>	Opus citatum
RDC	Revue des contrats
RFDA	Revue française de droit administratif
RTD	Revue trimestrielle du droit commercial

INTRODUCTION

1. **Les enjeux du recours aux modes alternatifs de règlement des différends.** Il existe en France plusieurs modes alternatifs de règlement des différends. Certains sont juridictionnels comme l'arbitrage, et d'autres sont amiables ce qui est le cas de la conciliation et de la médiation. Pour autant, quel que soit leur nom, ces modes alternatifs de règlement des différends sont tous de plus en plus plébiscités, tant par les particuliers pour résoudre leur litige, que par le législateur lui-même. Et pour cause, « *la justice fait partie des grands débats de la société française* »¹. Aujourd'hui, la justice française est remise en question en raison des conditions de son fonctionnement, de la lourdeur de ses procédures et du temps de traitement toujours plus long des affaires². Plus généralement c'est le système entier qui est critiqué. Comme le souligne Pierre LAVIGNE, cela amène à s'interroger sur le rôle du juge, sur la légitimité de celui-ci à traiter les affaires et enfin sur la place de la justice dans les institutions publiques³. Il ressort alors de cela que pour améliorer ce système, il faut être à l'écoute du système juridique lui-même mais également de ses usagers. Concernant ces derniers, ceux-ci étant de plus en plus conscients de leurs droits⁴ ils souhaitent donc à présent les faire respecter. Mais au-delà de cela, les justiciables souhaitent surtout avoir accès à une justice plus rapide, moins complexe et dans laquelle ils seront écoutés et où ils pourront prendre activement part à la résolution de leur litige. Ainsi, au regard des désavantages de la justice classique, les modes alternatifs de règlement des différends semblent pouvoir répondre à ces besoins. En effet, là où « *dire le droit ne suffit plus* »⁵, les modes alternatifs de règlement des différends permettent quant à eux de répondre aux nouvelles exigences des justiciables. Ceci d'autant plus qu'ils souhaitent avoir davantage recours à une résolution fondée sur une décision à laquelle ils ont participé et qu'ils ont choisi de se voir appliquer, et non plus sur une solution fondée sur la simple application du droit. Sur ce point, les modes alternatifs de règlement des différends tels que la médiation et la conciliation sont souvent plébiscités puisqu'ils répondent parfaitement à cette volonté. En effet, comme le souligne de nouveau Pierre LAVIGNE, ces deux modes alternatifs reposent sur une conception selon laquelle un accord des parties, qui permet de rapprocher les positions différentes de chacune, serait préférable dans la mesure où cela permettrait notamment

¹ P. LAVIGNE, *Les MARC et la lutte pour le droit*, LPA, n°241, 3 décembre 2009, p. 51

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

d'échapper « *aux aléas du procès et aux difficultés d'exécution des décisions judiciaires* »⁶. Toutefois, si le recours à ce mode de règlement des différends est de plus en plus sollicité, il ne doit cependant pas être considéré, d'une part, comme un moyen de désengorger les juridictions⁷. Ceci pouvant toutefois être nuancé puisque le ministère de la Justice avançait récemment que le « *développement significatif de la médiation et de la conciliation permettrait non seulement de traiter plus rapidement un pourcentage non négligeable du contentieux, mais aussi de pacifier les relations sociales et donc de prévenir de nombreux recours et de futurs procès* »⁸. Et, d'autre part, il ne doit pas non plus être considéré comme une « *sous-justice* »⁹. En effet, l'absence de recours au juge ne fait pas du recours aux modes alternatifs de règlement des différends un moyen moins efficace de résoudre le litige et moins protecteur des parties. Cela d'autant plus que, tant la procédure en elle-même que le tiers sollicité pour cela, doivent chacun répondre à un certain nombre d'exigences comme par exemple que le tiers soit impartial et indépendant.

2. **Définition de la médiation.** Dans ce contexte, certains modes alternatifs de règlement des différends se sont très bien développés, ce qui est le cas notamment de la médiation. Concernant cette dernière, celle-ci se trouve définie, en matière civile, à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative comme étant : « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* »¹⁰. Il ressort donc de cette définition que c'est par le biais de la médiation que les parties au litige vont pouvoir tenter de parvenir à un accord, en renouant pour cela le dialogue entre elles, avec l'aide d'un tiers impartial, qui, bien que qualifié, n'aura aucun pouvoir de décision¹¹. Par ailleurs, étant très générale, cette définition s'applique à tout type de médiation, que celle-ci soit judiciaire – lorsque le médiateur a été désigné par le juge – ou lorsque la médiation est

⁶ P. LAVIGNE, *Op. cit.*.

⁷ F. VERT, M. GUILLAUME-HOFNUNG, *Construire la confiance entre justice et médiation*, Gaz. Pal., n°356, 22 décembre 2015, p. 12

⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Engorgement du tribunal judiciaire de Paris*, Sénat débat parlementaire, 6 avril 2023, p.2042

⁹ P. LAVIGNE, *Op. cit.*

¹⁰ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, art. 21

¹¹ F. VERT, *Le rapport Magendie sur la médiation : enjeux et perspectives*, CAPJIA, n°3, 1er juillet 2010, p. 779

conventionnelle – ce qui est le cas quand le médiateur a été désigné par les parties elles-mêmes ce qui leur permet d'éviter le recours au juge.

3. **La différence entre médiation et conciliation.** Si la médiation est un mode alternatif de résolution des différends souvent utilisé, elle reste pourtant fréquemment confondue avec la conciliation. Et pour cause, ces deux modes alternatifs de règlement des différends visent tout deux à permettre aux parties de trouver une solution à leur litige en rétablissant le dialogue entre elles. Les différencier s'avère par conséquent compliqué d'autant plus que la doctrine ne s'accorde pas sur le sujet. En effet, comme le souligne Laurence USUNIER, pour certain juriste la différence entre les deux résiderait dans le fait que le médiateur soumettrait une proposition aux parties, ce qui ne serait pas le cas du conciliateur. En revanche cela n'est pas le cas pour d'autres juristes qui ont, sur le sujet, une position opposée¹². Face à l'incertitude de la doctrine, Laurence USUNIER avance qu'il est possible de différencier ces deux modes de résolution amiable des différends au regard de leur terminologie respective. Selon elle, pour ce qui est tout d'abord de la conciliation, ce terme renverrait avant tout au résultat recherché par la procédure, à savoir « *le règlement amiable du différent* ». Quant au terme de médiation, celui-ci renverrait en revanche au moyen utilisé pour parvenir au même résultat que la conciliation¹³. Par conséquent, pour Laurence USUNIER, ces deux modes alternatifs n'étant ni « *synonymes* », ni « *distincts* », la médiation pourrait donc être perçue comme un « *procédé particulier pour parvenir à la conciliation* »¹⁴.

Toutefois, malgré les confusions entretenues par la doctrine sur ces différentes notions, elles font chacune l'objet d'un encadrement juridique propre, ce qui est le cas de la médiation qui dispose pour sa part d'un encadrement législatif européen et national.

4. **L'encadrement européen de la médiation.** Face à l'engouement pour les modes alternatifs de règlement des différends – notamment pour la médiation – et étant favorable à leur utilisation puisqu'ils contribuent à la recherche rapide d'une solution, ce qui garantit l'effectivité des droits des parties¹⁵, l'Union européenne a souhaité encadrer la médiation. Cet encadrement poursuit deux objectifs, d'une part, mettre en place un régime de médiation uniformisé pour tous les Etats

¹² L. USUNIER, *Les contrats de consommation règles communes*, Traité de droit civil (Dir. Jacques GHESTIN), LGDJ, deuxième édition, p.1112-1113

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ F. FERRAND, *Médiation - droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe*, Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz, 2021-2022, chapitre 437

membres. Et, d'autre part, de mettre en place un régime offrant un degré de protection minimale aux parties pour les inciter à y avoir recours. Pour y parvenir, l'Union européenne a tout d'abord agit en 2008 par le biais 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. Spécifique au domaine de la médiation civile et commerciale transfrontalière, cette directive permet de mettre en place un système de médiation garantissant une protection minimale aux justiciables, qui pourra être renforcée par les Etats membres s'ils le souhaitent. Les exigences imposées par la directive portent à la fois sur le médiateur lui-même qui doit alors répondre à certaines obligations, comme être indépendant, impartial et compétent¹⁶ pour exercer sa fonction. Mais également des obligations vis à vis de la procédure de médiation elle-même, à l'égard de laquelle les Etats membres doivent notamment veiller à ce que sa saisine ait un effet suspensif sur le délai de prescription ou encore, veiller à ce qu'elle demeure confidentielle¹⁷.

Toutefois, l'Union européenne étant également très protectrice des consommateurs, notamment quand il est question de leur garantir un accès à la justice, malgré les faibles montant des litiges, elle a considéré que le recours aux modes alternatifs de règlement des différends « *constituent une bonne alternative à la saisine des juridictions* »¹⁸. Par conséquent, décidant de les promouvoir, l'Union européenne a donc procédé à l'élaboration de la directive 2013/11/UE du Parlement et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE. Celle-ci oblige ainsi les Etats membres à mettre en place ce qu'elle appelle des « *entités de REL* » qui peuvent prendre différentes formes, comme celle d'un arbitre, d'un conciliateur ou d'un médiateur. Visant différentes sortes de modes alternatifs de règlement des différends, la directive se veut claire, générale et précise. Toutefois, bien qu'apportant une protection spécifique aux consommateurs, cette directive reprend pourtant certains des concepts généraux déjà appliqués dans celle de 2008, vis à vis de la médiation civile et commerciale, comme par exemple l'obligation que « l'entité de REL » désignée soit indépendante, impartiale et compétente¹⁹. Ou encore, l'obligation pour les Etats membres de veiller à ce que la procédure utilisée reste confidentielle²⁰. Promouvant un régime spécifique au droit de la

¹⁶ Dir. 2008/52/CE, art. 4

¹⁷ Dir. 2008/52/CE, art. 7

¹⁸ F. FERRAND, *Op. cit.*

¹⁹ Dir. 2013/11/UE, art. 6

²⁰ Dir. 2013/11/UE, art. 17

consommation et des litiges y afférents, l'Union européenne a toutefois conservé une structure concordante avec les modes alternatifs de règlement des litiges qu'elle a déjà promus auparavant.

5. **L'encadrement français de la médiation.** Les modes alternatifs de règlement des différends font l'objet d'un encadrement législatif français depuis maintenant plusieurs années. D'abord avec la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, à l'égard de la médiation pénale. S'en est suivi ensuite d'une autre législation, en 1995, qui encadre notamment la médiation civile par le biais de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Cependant cette dernière a par la suite été modifiée en 2011 au moment de la transposition de la directive 2008/52/CE puisque le législateur français souhaitant étendre les dispositions de la directive à toutes les médiations, conventionnelles comme judiciaires, nationales comme transfrontalières, a donc procédé à quelques modifications de cette loi.

En revanche pour ce qui est de la transposition de la directive de 2013 portant sur les litiges de consommation, le législateur français a fait le choix, contrairement à d'autres Etats, de désigner le médiateur comme « entité de REL ». Cette directive établissant un encadrement spécifique au règlement des litiges de la consommation, aucune modification n'a donc été apportée à la loi du 8 février 1995. En revanche, la directive de 2013 imposant le respect de principes déjà prévus par la directive de 2008, et ceux-ci ayant été transposés dans la loi du 8 février 1995, certains articles du Code de la consommation en la matière y renvoient. Cela est par exemple le cas de l'article L. 612-3 relatif à la confidentialité de la médiation de la consommation qui renvoie au régime mis en place en la matière à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995.

6. **La confidentialité de la médiation, un principe général appliqué à de nombreuses médiations.** Parmi tous les principes irriguant la médiation et permettant d'en faire un mode alternatif de règlement des différends efficace, figurent notamment le fait de suspendre le délai de prescription, l'obligation pour le médiateur d'être indépendant, impartial et compétent, mais surtout l'obligation de confidentialité de la médiation. Essentielle pour la bonne exécution de la procédure, la confidentialité de la médiation – qui va à l'encontre même du principe de la publicité des débats qui irrigue le règlement judiciaire des litiges²¹ – est aujourd'hui considérée par certains juristes

²¹ L. USUNIER, *Op. cit.* p.1122

comme le « *socle* »²² de cette procédure ou encore comme « *la clef de voute* » de la médiation²³. « *Unanimement admise par les textes, en droit interne comme en droit de l'union européenne* »²⁴ cette obligation figure en France dans de nombreux régimes de médiation comme celui de la médiation conventionnelle²⁵, la médiation administrative²⁶, ou encore la médiation de la consommation²⁷.

7. **Les enjeux et l'importance de la confidentialité de la médiation.** Revoyant à l'idée que le destinataire d'une information ne doit pas la communiquer afin d'éviter qu'il n'en soit fait une utilisation préjudiciable²⁸, la confidentialité est devenue un atout de la médiation. La confidentialité est ce qui permet à la médiation de fonctionner. Sans elle, le recours à ce mode de résolution des différends et l'efficacité de celui-ci seraient affectés. Et pour cause, comme le souligne Fabrice VERT, la médiation permet aux parties qui y ont recours de « *renouer un dialogue respectueux* » en étant aidés pour cela d'un tiers impartial afin de trouver un accord²⁹. Mais cela ne pourrait être possible sans l'obligation de confidentialité qui s'y attache, puisque comme le souligne Laurence USUNIER, il ne peut y avoir de réconciliation entre les parties qu'à la condition qu'elles bénéficient d'une liberté de parole qui ne peut exister si elles craignent que les propos qu'elles tiennent durant la procédure « *leur soit par la suite opposée* »^{30,31}. La confidentialité de la médiation est donc un élément indispensable au processus même de la médiation et sans lequel il ne peut être espéré trouver une solution au litige des parties.

8. **L'importance de l'encadrement de la confidentialité de la médiation.** Indispensable au bon fonctionnement de la médiation, l'obligation de confidentialité est incontournable et est même devenue une des raisons pour lesquelles les parties ont aujourd'hui recours à ce mode de règlement

²² M. LASSNER, *Les contours de la confidentialité en médiation*, Gaz. Pal., n°03, 17 janv. 2017, p.31

²³ R. CARAYOL, *La confidentialité de la médiation*, Gaz. Pal., n°17, 17 mai 2022, p.14

²⁴ L. USUNIER, *Op. cit.* p. 1122

²⁵ C. Proc. Civ., art. 1531

²⁶ C. Consom., art. L. 612-3

²⁷ CJA, art. L. 213-2

²⁸ DALLOZ, *Lexique des termes juridiques*, 2015-2016, p. 239

²⁹ F. VERT, *Op. cit.*

³⁰ L. USUNIER, *Op. cit.*, p. 1122

³¹ L. USUNIER, *Op. cit.* p. 1122, citation extrait de l'auteur S. GUINCHARD

des litiges. Obligatoire aussi bien au cours du processus de médiation qu'après sa clôture, ce qui se sera passé au cours de la médiation ne devra normalement pas être communiqué à autrui. Toutefois, pour que cela soit véritablement le cas, il faut nécessairement que cette obligation fasse l'objet d'un encadrement spécifique et complet qui précisera aussi bien les personnes qui y sont tenues, les éléments devant demeurer confidentiels, que les limites de cette obligation et les sanctions encourues en cas de sa violation. Sans de telles précisions, cette obligation de confidentialité risquerait en effet de perdre son effectivité. Au regard de certaines médiations qui existent en France, il ressort généralement que l'obligation de confidentialité de la médiation civile – telle qu'elle est présentée dans le Code de procédure civile – est encadrée par l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995, auquel certains régimes de médiation renvoient expressément ou implicitement. Cela est par exemple le cas de la médiation administrative³², qui, si elle ne renvoie pas directement à cet article en emprunte la rédaction. Mais cela est également le cas de la médiation de la consommation³³ qui renvoie pour sa part directement à l'article 21-3 de la loi de 8 février 1995. L'article 21-3 devenant presque le régime général de l'obligation de confidentialité de la médiation, cela amène alors à axer principalement l'étude de cette obligation vis à vis de cet article. Toutefois, les régimes de médiation ayant chacun des particularités il sera intéressant d'en préciser certaines. Cela pourrait notamment être le cas vis à vis de la médiation de la consommation – qui inclu la médiation financière – puisque celle-ci ayant un régime propre, l'obligation de confidentialité pourrait en effet comporter quelques spécificités intéressantes. Toutefois, quelle que soit la médiation prise pour exemple, dès lors que celle-ci doit nécessairement demeurer confidentielle, la question de son effectivité se pose. En effet, sans effectivité, l'obligation de confidentialité de la médiation ne saurait répondre aux objectifs qu'elle poursuit, ce qui pourrait entraver le processus de médiation.

9. À ce titre, si l'effectivité d'une obligation repose avant tout sur le cadre légal qui encadre à la fois les parties qui y sont soumises, les éléments devant demeurer confidentiels et les limites de cette obligation (Titre I) ; l'effectivité de celle-ci dépend tout autant de la sanction encourue en cas de transgression de l'obligation (Titre II).

³² CJA, art. L. 213-2

³³ C. Consom., art. L. 612-3

TITRE I - L'ENCADREMENT LÉGAL DE LA CONFIDENTIALITÉ DE LA MÉDIATION

10. La médiation est un processus de règlement des litiges qui permet à deux personnes de trouver une solution amiable à leur litige en renouant le dialogue et en faisant pour cela appel à un tiers indépendant et impartial : le médiateur. Toutefois, si ce dernier est un élément central de la médiation, les parties ne peuvent trouver de solution à leur litige qu'à la condition qu'elles se sentent suffisamment en confiance pour être honnêtes l'une envers l'autre, mais également vis à vis du médiateur pour transmettre les informations nécessaires à la résolution de leur litige. Cependant, cette relation de confiance mutuelle ne peut exister qu'à la condition que chacun ait la certitude que les échanges qui auront lieu au cours de la procédure demeureront confidentiels. Ainsi, pour permettre aux parties d'avoir confiance dans ce mode alternatif de règlement des différends et les inciter à privilégier son recours plutôt que celui d'une procédure judiciaire, les législateurs européen et français ont garanti aux parties que la procédure de médiation demeurerait confidentielle, en veillant pour cela à encadrer le champ d'application de cette confidentialité (Chapitre I), mais également ses dérogations (Chapitre II).

Chapitre I - Le champ d'application de la confidentialité de la médiation

11. Si le terme de « *confidentialité* » a fait son apparition qu'en 2011 dans la loi du 8 février 1995 au moment de la transposition de la directive 2008/52/CE, cette obligation de garder secrètes les informations qui lui sont communiquées au moment de la procédure de médiation n'était pourtant pas inconnue du médiateur à l'époque. En effet, l'ancien article 24 de la loi de 1995 disposait à ce titre que le conciliateur et le médiateur étaient tenus à l'obligation de secret envers les tiers. Aujourd'hui, le principe de la confidentialité de la médiation issue de la directive 2008/52/CE, et transposé à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995, s'est vu être encadré par le législateur européen et le législateur français qui ont précisé les personnes qui y sont tenues (Section I), ainsi que les éléments devant demeurer confidentiels (Section II).

Section I - Les personnes tenues à la confidentialité de la médiation

12. Au regard de la directive 2008/52/CE, le législateur européen envisage plus restrictivement les personnes qui sont tenues à la confidentialité de la médiation. En effet, seul le médiateur et son personnel administratif ne sont tenus à cette obligation (I). *A contrario*, le législateur français a souhaité transposer plus largement cette obligation de confidentialité en l'étendant à toutes les personnes participant au processus de médiation (II).

I. Une appréciation européenne plus restrictive des personnes tenues à la confidentialité

13. Au moment de l'élaboration de la directive 2008/52/CE, le législateur européen a fait le choix de faire peser l'obligation de confidentialité de la médiation uniquement sur le médiateur et son personnel administratif (A) ; refusant alors de la faire peser sur les parties au litige (B).

A. L'obligation de confidentialité reposant uniquement sur le médiateur et son personnel administratif

14. **L'obligation de confidentialité du médiateur avancée par le livre vert de la Commission.** Avant d'élaborer sa proposition de directive sur la médiation civile et commerciale, la Commission des Communautés européennes avait communiqué un livre vert³⁴ qui avançait une possibilité de soumettre le médiateur à une obligation de confidentialité. S'il y était précisé que la confidentialité était particulièrement importante pour le succès de la procédure, il était surtout souligné que la confidentialité s'imposait à deux catégories de personnes : les parties au litige et le médiateur³⁵ – plus particulièrement au médiateur puisque c'est à lui que les parties se confieraient au cours de la procédure. Le médiateur devait donc être tenu à une obligation de confidentialité car il est important pour les parties que les informations que l'une d'elles communique au médiateur ne soit pas transmise à l'autre, ni même au juge ou à l'arbitre, puisque ces derniers n'auraient pas nécessairement eu accès à ces informations en l'absence de médiation. Cette interprétation a par la

³⁴ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*

³⁵ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, p. 31

suite été retenue par le Code européen des médiateurs, mis en place avant la directive, qui soumet alors le médiateur à une obligation de secret³⁶.

15. **Le consensus des institutions européennes sur l'obligation de confidentialité du médiateur.** Cette approche obligeant le médiateur à la confidentialité à par la suite été reprise par l'article 6 de la proposition de directive³⁷ qui le soumet alors à une interdiction de fournir, devant une juridiction civile, un témoignage ou une des preuves listées par l'article lui-même. Si l'article a été modifié par le Parlement européen et le Conseil sur certains points, tous ont été unanimement d'accord pour soumettre le médiateur à l'obligation de confidentialité. Ce consensus apparaît ainsi comme une approbation de l'argumentation avancée deux ans plus tôt par le livre vert de la Commission qui rappelait que le rôle de confident joué par le médiateur, à qui les parties se confient en tout liberté et sans limite dans le seul but de parvenir à un accord, est essentiel à la procédure. Cette confiance ne saurait donc être rompue.

16. **Définition du Médiateur.** Comme la directive 2008/52/CE vise à l'encadrement de la médiation et du médiateur, elle a par conséquent défini ces termes dont les définitions sont précisées à l'article 3. Concernant le médiateur, l'article 3.b de la directive le définit comme étant « *tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener* ». Cette définition s'avère en pratique indispensable afin de définir la notion de médiateur dans une réglementation dont l'application est généralisée à tous les Etats membres de l'Union européenne. Toutefois, bien que nécessaire, cette définition ne définit le médiateur que de manière « *très générale* »³⁸, laissant transparaître le régime d'harmonisation minimale auquel la directive est soumise. Effectivement, le médiateur y est désigné comme « *tout tiers* », sans aucune autre précision, mis à part les compétences dont il doit faire preuve. Ainsi, la directive laisse une marge d'appréciation aux Etats membres pour transposer cette définition, ce qui leur permet d'avoir

³⁶ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Code de conduite européen pour les médiateurs*, 2004, p. 4

³⁷ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certain aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, Bruxelles, 22 septembre 2004, p. 11

³⁸ L. CASAUX-LABRUNÉE, *La confiance dans le règlement amiable des différends. Pour un changement de culture juridique*, p. 15

recours, dans leur législation, à des médiateurs dont les profils et les parcours sont variés³⁹. Toutefois, il doit être souligné qu'elle reste peu lisible sur l'activité même de la médiation et sur ceux qui l'exercent⁴⁰.

17. **L'extension de l'obligation au personnel administratif du médiateur.** Le médiateur est la personne à laquelle les parties transmettent un certain nombre d'informations. Pourtant, il n'est pas rare que celui-ci soit accompagné dans sa mission par du personnel administratif varié, qui réalise diverses missions dans lesquelles peuvent figurer des informations confidentielles. Ainsi, pour prévenir tout manquement à l'obligation de confidentialité de la part du personnel administratif, la Commission, mais également le Parlement européen et le Conseil qui ont accueilli sa proposition, ont fait le choix de le soumettre à l'obligation de confidentialité de la médiation. Bien que cette extension n'a pas été envisagée par le livre vert⁴¹, ne pas y soumettre le personnel administratif du médiateur aurait manqué de cohérence. En se confiant au médiateur, les parties font également confiance à son personnel pour garder le secret concernant les informations qui lui sont transmises. De ce fait, cela évite tout contournement de l'obligation de confidentialité.

18. **L'absence de définition des « personnes participant à l'administration du processus de médiation ».** Alors qu'il est apparu important pour les institutions européennes de soumettre le personnel administratif du médiateur à l'obligation de confidentialité, elles n'ont pas considéré nécessaire de définir l'expressions « *personnes participant à l'administration du processus de médiation* » utilisées dans l'article 7 de la directive. Or, cette absence de définition est pourtant regrettable puisque cette formulation, qui désigne en réalité le personnel administratif du médiateur, n'est pas dénuée d'ambiguïté. En effet, à sa lecture, l'expression « *personnes participant à l'administration du processus de médiation* » est parfois entendue comme désignant les parties au litige. Par exemple, en faisant une demande de médiation, en communiquant avec le médiateur ou encore en lui transmettant des documents, les parties participeraient *de facto* à l'administration du processus de médiation. Il n'apparaît donc pas évident à la première lecture de cet article, de comprendre que les « *personnes participant à l'administration du processus de médiation* » ne désignent en réalité que le personnel administratif du médiateur. À ce titre, pour pouvoir se prononcer sur l'interprétation à retenir de cette formulation, il faut pour cela se référer à la

³⁹ L.CASAUX-LABRUNÉE, *Op.cit.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert, Op.cit.*

proposition faite par le Parlement européen⁴² qui avait proposé de soumettre à la confidentialité plusieurs acteurs : le médiateur, les parties et les personnes participant à l'administration du processus de médiation ; distinguant par conséquent les deux derniers. Il peut également être souligné que le Parlement européen a rendu en 2017 une résolution portant sur la directive dans laquelle il rappelait qu'elle avait mis en place une obligation de confidentialité reposant sur le médiateur et son personnel administratif⁴³ ; confirmant alors que les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne peuvent être entendues comme les parties au litige. De plus, cette formulation est d'autant plus regrettable que la proposition initiale de la Commission, qui précisait alors que « *le médiateur ou toute personne participant à l'administration des services de médiation* »⁴⁴ seraient tenus à la confidentialité, était moins ambiguë que celle retenue à l'article 7 de la directive issue de la proposition du Parlement européen. La proposition de la Commission apparaissait plus claire puisque l'expression « *l'administration des services de médiation* » sous-entendait bien que le personnel administratif était visé par cette obligation, puisqu'il est le seul à pouvoir participer à la fourniture des services de médiation. Face à l'ambiguïté de l'article 7 de la directive sur ce point, une reformulation recourant à des termes proches de la proposition de la Commission, ou au contraire, en utilisant simplement le terme de « *personnel d'administratif* », serait intéressante car cela mettrait fin à toute ambiguïté.

19. **L'obligation de confidentialité du médiateur et de son personnel administratif.** Si la directive 2008/52/CE pose une obligation de confidentialité à l'égard du médiateur et de son personnel administratif⁴⁵, l'article précise également la forme que prend cette obligation et à l'égard de qui elle doit être mise en application. À cet égard, la directive proposait ainsi dans sa version initiale⁴⁶ une interdiction de témoigner et de fournir des preuves concernant des informations listées par l'article lui-même dans une procédure judiciaire civile. Cette interprétation n'a cependant pas fait l'objet d'un consensus, puisque le Parlement européen a amendé le texte et proposé une

⁴² PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution législative du Parlement européen du 29 mars 2007 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, Bruxelles, 29 mars 2007, p. 11

⁴³ PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution sur la 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 et commerciale*, 27 juin 2017, p.3

⁴⁴ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de directive (...) sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, *Op.cit.*

⁴⁵ Dir. 2008/52/CE, art. 7

⁴⁶ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de directive (...) sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, *Op.cit.*

modification de l'article sur ce point. Il a alors été proposé, d'une part, d'interdire uniquement la fourniture de preuves ; rejetant de fait l'interdiction de témoigner proposée par la Commission. Et, d'autre part, que cette interdiction de fournir des preuves – qui n'étaient plus listées – ne soit pas seulement opposée durant une procédure judiciaire civile, mais également durant une procédure commerciale, une procédure arbitrale, et à l'égard de tierces parties. C'est finalement la proposition faite par le Parlement européen qui a, pour l'essentiel, été retenue pour la rédaction finale de la directive. Par conséquent, elle dispose que le médiateur et les personnes participant à l'administration du processus de médiation de ne doivent pas être « *tenus de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves [...]* »⁴⁷.

20. **Conclusion.** Si aujourd'hui seuls le médiateur et son personnel administratif sont tenus par l'article 7 de la directive 2008/52/CE à une obligation de confidentialité, cela n'est pas le cas des parties à la médiation qui en sont dispensées.

B. L'absence d'obligation de confidentialité vis à vis des parties au litige

21. **Le refus de soumettre les parties au litige à la confidentialité.** La soumission des parties au litige à l'obligation de confidentialité a fait l'objet de discussions au cours de l'élaboration de la directive. En effet, la Commission n'ayant pas prévu de soumettre les parties à la confidentialité⁴⁸, c'est en réalité le Parlement qui en a avancé l'idée⁴⁹, sans pour autant recevoir le soutien du Conseil qui a refusé de les y soumettre⁵⁰. Face à cette mésentente, il a finalement été fait le choix dans la directive finale de dispenser les parties de se soumettre à la confidentialité de la médiation.

22. **Une soumission pourtant avancée par le livre vert de la Commission.** Si elle n'a pas été proposée par la Commission dans sa proposition de directive, son livre vert avançait pourtant que parmi les deux catégories de personnes soumises au principe de la confidentialité de la médiation,

⁴⁷ Dir. 2008/52/CE, art. 7

⁴⁸ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de directive (...) sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, *Op.cit.*,

⁴⁹ PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution législative du Parlement européen [...]*, *Op. cit.*

⁵⁰ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Position commune arrêtée par le Conseil le 28 février 2008 en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, Bruxelles, 28 février 2008, p. 5

figuraient en premier lieu les parties au litige⁵¹. En effet, les échanges survenus entre elles au moment de la procédure ne devaient pas, selon le livre vert, être considérés comme des preuves recevables lors d'une procédure judiciaire ou arbitrale⁵². Toutefois, cette confidentialité n'était pas inéluctable, puisque le livre vert prévoyait à ce titre des exceptions à cette confidentialité.

23. **Une décision garantissant l'accès à une procédure ultérieure.** Bien qu'elle n'ait pas été retenue, la soumission des parties à l'obligation de confidentialité de la médiation aurait pourtant été un moyen de protéger davantage ce principe. En matière de confidentialité, pour essayer de comprendre cette décision, il est nécessaire de replacer le contexte dans lequel évoluent la médiation et le principe même de sa confidentialité. À cet égard, il ne faut donc pas oublier que la médiation est un processus de règlement amiable des différends, dont le recours et le succès demeurent extrêmement dépendants de la volonté des parties. Le succès de cette procédure n'étant pas certain, il est par conséquent nécessaire de garantir aux parties la possibilité, en cas d'échec, d'avoir recours à une procédure ultérieure – éventuellement judiciaire – pour parvenir à résoudre leur litige. Or, pour que cela soit possible il est important de leur donner la possibilité de se défendre, ce qui passe nécessairement par la transmission au juge d'un certain nombre d'éléments de preuve, dont la communication aurait été facilitée par la procédure de médiation si l'une des parties en a eu connaissance à ce moment là. La confidentialité ne pouvait donc être un moyen d'empêcher les parties de soumettre le règlement de leur litige au juge étatique, en leur interdisant de fournir des éléments de preuve, ce qui aurait mis à mal le droit d'accès à la justice et à un procès équitable.

24. **Conclusion.** Ainsi, si le législateur européen a fait le choix d'une approche restrictive de la confidentialité, notamment en refusant de soumettre les parties au litige à cette obligation, la liberté accordée aux Etats pour transposer cette obligation leur permet cependant d'avoir recours à une appréciation plus étendue de la confidentialité, ce que le législateur français a fait.

⁵¹ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert*, *Op.cit*, p. 2

⁵² *Ibid.*

II. Une appréciation française plus étendue des personnes tenues à la confidentialité

25. En 2011, au moment de la transposition de la directive, la France a décidé d'étendre l'obligation de confidentialité à d'autres personnes que celles prévues par la directive, allant plus loin que le régime français précédant (A). Toutefois, bien que conforme à la directive, la transposition française reste parfois lacunaire, nécessitant donc quelques modifications (B).

A. L'extension de l'obligation de confidentialité en droit français.

26. **La confidentialité, un principe essentiel à la médiation.** La transposition de la directive de 2008 a été l'occasion pour le législateur français de rappeler que le principe de la confidentialité de la médiation est un principe essentiel pour le succès cette procédure⁵³ ; l'érigeant alors en un principe fondateur⁵⁴, ou encore, comme « *le socle* »⁵⁵ de celle-ci. En effet, imposer le respect de la confidentialité au cours de la procédure de médiation, mais également lorsqu'elle prend fin – quelle qu'en soit l'issue : positive ou négative – permet de créer un espace où la parole sera libre et où chacun pourra être loyal et transparent afin de rétablir la confiance perdue entre les adversaires⁵⁶ ; facilitant ainsi la recherche d'une solution. L'accès à cet idéal, où la parole est libérée, la confiance et le dialogue restaurés, a fortement été encouragé par le législateur français. Au moment de transposer l'obligation de confidentialité posée par la directive, il a alors fait le choix de la faire peser, non plus seulement sur le médiateur, mais sur l'ensemble des personnes qui participent au processus de médiation⁵⁷ ; garantissant davantage la confidentialité pour les parties.

27. **Une obligation réitérée à l'égard du médiateur.** Si l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995, bien qu'il ne le précise pas expressément, soumet le médiateur à l'obligation de confidentialité, cette obligation n'était cependant pas nouvelle pour lui puisqu'il était déjà soumis à une obligation de secret en vertu de l'article 24 de la loi du 8 février 1995, abrogé par l'ordonnance

⁵³ MINISTRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS, Rapport 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 et commerciale, Légifrance [en ligne], 17 novembre 2011 [consulté le 12/03/2023], p.2

⁵⁴ L. SCHENIQUE, *De la confidentialité en médiation*, LPA, 18 juin 2014, n°121, p. 6

⁵⁵ M. LASSNER, *Op. cit.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ MINISTRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS, *Op. cit.*

de transposition de la directive 2008/52/CE. L'obligation du médiateur reste cependant identique à son obligation de secret à laquelle il était tenu, puisqu'il lui est toujours interdit de transmettre des informations sur la médiation qui a eu lieu, aussi bien à des tiers⁵⁸, que lors d'une instance judiciaire ou arbitrale⁵⁹, mais également de faire des révélations à la presse sur des affaires qu'il aurait eu à traiter⁶⁰. Cette obligation, comme cela a été avancé pour la directive, est essentielle à la procédure de médiation, puisque c'est au médiateur que les parties vont se confier, le rendant de fait plus susceptible de délivrer ce type d'informations. Sa soumission à cette obligation est donc une garantie pour les parties que rien ne sera révélé sur la médiation qui a eu lieu, tant aux tiers qu'au juge, garantissant ainsi l'impartialité de ce dernier⁶¹. Si aucune définition du médiateur comme celle figurant dans la directive de 2008 n'a été transposée dans la loi du 8 février 1995 ou dans le Code de procédure civile, il apparaît néanmoins, comme le soulignait le Conseil d'Etat⁶², que la transposition des principes qui en ressort : l'impartialité, l'efficacité et la compétence du médiateur, a bien été respectée et facilitée par une législation française existante en substance dans le Code de procédure civile vis à vis de la médiation judiciaire⁶³.

28. **L'extension de l'obligation au personnel administratif du médiateur.** Comme l'y oblige la directive de 2008, l'obligation de confidentialité de la médiation a également été étendue au personnel administratif accompagnant le médiateur dans sa mission. Cette extension était finalement nécessaire puisqu'aujourd'hui si un médiateur peut tout à fait exercer sa fonction seul, il lui est également possible d'être accompagné pour cela d'une équipe. Parmi les médiateurs dans cette situation, il peut être cité le médiateur de l'Autorité des marchés financiers, Madame Marielle COHEN-BRANCHE, dont l'équipe se compose de six juristes, d'un délégué du médiateur et d'une collaboratrice de la médiation⁶⁴. Mais cela est également le cas du médiateur de l'Eau, Monsieur Bernard JOUGLAIN, qui est quant à lui accompagné dans sa fonction par plusieurs juristes, une directrice générale, une chargée de médiation, une assistante, une secrétaire, et une chargée de

⁵⁸ MINISTRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS, *Op. cit.*

⁵⁹ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, art. 21-3 al 2

⁶⁰ L. SCHENIQUE, *Op. cit.*

⁶¹ S.G, C.C, CS.D, IS.D, M.D-O, F.F, X.L, V.M, M.R, HRF, L.S, E.S, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 12ème édition, p.1559

⁶² CONSEIL D'ETAT, *Développer la médiation dans l'Union européenne*, 29 juillet 2010, p.25

⁶³ C. Proc... Civ... art. 131-5

⁶⁴ MÉDIATEUR DE L'AMF, *Rapport 2021 du Médiateur de l'AMF*, 20 avril 2022, p.2

dossiers⁶⁵. Or, face au recours finalement récurrent à du personnel administratif plus ou moins nombreux, il apparaissait étonnant que celui-ci ne soit pas soumis à une obligation de confidentialité comme cela est le cas du médiateur alors même qu'il traite, pour l'essentiel, des mêmes informations. La transposition française de la directive, soumettant toutes les personnes participant au processus de médiation à la confidentialité⁶⁶, le personnel administratif du médiateur y est donc désormais soumis. Par ailleurs, il doit être précisé que la notion de personne participant à la procédure de médiation est entendue très largement par la CECMC, pour ce qui est de l'application de la confidentialité de la médiation en droit de la consommation. En effet dans une de ses décisions⁶⁷, cette dernière a précisé que le prestataire externe auquel il serait confié des tâches administratives répétitives, telles que la réception et l'enregistrement du courrier, l'envoi des dossiers au médiateur, la numérisation de ceux-ci, ou encore leur archivage, est également soumis au principe de confidentialité exposé à l'article L. 612-3 du Code de la consommation, qui renvoie à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995⁶⁸. Si cette décision n'a vocation à s'appliquer qu'en droit de la consommation – puisqu'elle est issue d'une décision de la CECMC qui régule les médiateurs de la consommation – sa portée pourrait toutefois être étendue à toutes les médiations puisque les médiateurs de la consommation ne sont pas les seuls à pouvoir avoir recours à des sous-traitants.

29. **L'extension de l'obligation aux parties au litige.** Si l'extension de la confidentialité au personnel administratif était une nouveauté en droit français, elle demeurerait toutefois nécessaire au regard de la directive de 2008 qui l'imposait. Toutefois, lors de la transposition de la directive, le législateur français a eu une interprétation plus extensive de la confidentialité posée par celle-ci en décidant de l'étendre, non plus seulement au personnel administratif, mais également aux parties au litige. Bien qu'allant au-delà de ce qui est prescrit par la directive, cette transposition n'y est pourtant pas contraire, puisqu'elle prévoyait la possibilité, pour les Etats membres, de prévoir des dispositions plus protectrices de la confidentialité⁶⁹. En l'espèce, soumettre les parties au litige à la confidentialité de la médiation est en effet plus protecteur de celle-ci, puisqu'augmenter le nombre

⁶⁵ MÉDIATEUR DE L'EAU, *Le Médiateur de l'eau et son équipe*, [En ligne], [Consulté le 30 avril 2023], adresse : <https://www.mediation-eau.fr/FR/a-propos-de-la-mediation/le-mediateur-et-son-equipe.asp>

⁶⁶ MINISTRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS, *Op cit.*

⁶⁷ CECMC, plénière, 17 avril 2019

⁶⁸ CECMC, Fiche B04-3, *Examen de la recevabilité assuré par le médiateur de la consommation ou sous sa responsabilité*, 3.4, *Le traitement de la recevabilité ne peut pas être confié à un prestataire externe*, [En ligne], [Consulté le 31 mai 2023], adresse : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/processus-de-mediation-de-la-consommation#B04>

⁶⁹ Dir. 2008/52/CE, art. 7.2

de personnes soumises à ce principe diminue la possibilité de révéler une information confidentielle. Cette nouvelle obligation invite alors les parties à dialoguer⁷⁰ davantage et à avoir recours à une parole libérée et plus sincère, ce qui n'est permis que parce que chacune sera tenue à la confidentialité. En effet, s'il est important que le médiateur soit soumis à la confidentialité, la divulgation d'informations confidentielles, notamment en cas d'échec de la médiation, sera généralement commis non pas par le médiateur, mais par l'une des parties au litige. Par conséquent, l'extension de cette obligation aux parties au litige, leur garantit que les informations qu'elles divulguent ou les actions⁷¹ qu'elles réalisent au cours de la procédure ne se seront pas utilisées contre elles par l'autre partie lors d'une procédure ultérieure. Plus largement, cela leur garantit, notamment en cas d'échec de la médiation, que ce qui s'y a été dit ou fait, ne sera pas communiqué à des tiers. Par exemple à la presse ou sur les réseaux sociaux ; ces derniers étant devenus des espaces sur lesquels la critique et l'atteinte à la réputation sont devenues courantes, ce qui pourrait avoir des conséquences, notamment économiques lorsque la partie critiquée est une entreprise.

30. **Une transposition non partagée par l'intégralité des Etats membres.** Toutefois, si cette extension de la confidentialité permet de la protéger davantage, il peut être souligné que d'autres Etats membres n'ont pas souhaité aller dans ce sens au moment de leur propre transposition de la directive 2008/52/CE. Cela est notamment le cas de l'Allemagne qui, afin de transposer la directive, a créé le « *Médiation act* », dont l'article 4, qui reprend quasiment la formulation de la directive de 2008, ne soumet à la confidentialité que le médiateur et son administration, excluant de fait les parties au litige.

31. **Conclusion.** Bien que conforme à la directive et plus protectrice de la confidentialité posée par celle-ci, la transposition française demeure toutefois lacunaire sur certains points, ce qui nécessiterait quelques ajustements.

⁷⁰ L. SCHENIQUE, *Op. cit.*

⁷¹ M. LASSNER, *Op. cit.*

B. Une transposition française lacunaire

32. **L'imprécision du champ d'application personnel de la confidentialité.** L'alinéa premier de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 dispose à propos de la confidentialité de la médiation que « *sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité* ». L'absence d'éléments permettant l'identification des personnes soumises à la confidentialité de la médiation est ici flagrant notamment en comparaison, d'une part, de l'ancien article 24 de la loi du 8 février 1995, qui prévoyait l'obligation de secret à l'égard du médiateur en nommant expressément ce dernier ; ne faisant donc aucun doute quant à sa soumission à l'obligation. Et, d'autre part, au regard de l'article 7 de la directive de 2008 qui précise expressément les personnes soumises à cette obligation. Cet « oubli » de la part du législateur apparaît donc incohérent, d'autant plus que l'article définit *a contrario* le champ d'application matériel de la confidentialité en précisant les catégories d'éléments devant demeurer confidentiels. Enfin, cette imprécision est d'autant plus regrettable qu'elle atteint par conséquent les principes de lisibilité et d'accessibilité du droit. Face à cette absence de précisions, il est donc assez compliqué d'opposer à toutes les personnes participant au processus de la médiation le principe selon lequel « *nul n'est censé ignorer la loi* », alors qu'il est nécessaire pour connaître le champ d'application personnel de cette obligation de se référer au rapport au président de la République ; seul texte à en faire mention. Toutefois, cela pourrait être nuancé puisque l'article 21-3 dispose que « *la médiation est soumise au principe de confidentialité* ». À défaut de précisions sur les personnes tenues à la confidentialité, toute personne qui en prendrait connaissance serait ainsi tenue à cette obligation, qu'elle participe ou non à la procédure de médiation. Une telle interprétation, encore plus extensive du champ d'application serait ainsi plus protectrice de la confidentialité de la médiation.

33. **Les propositions de modification de l'article.** Face à l'imprécision de cet article, des propositions de modification et d'amélioration de l'article ont été faites afin de favoriser sa clarté, sa compréhensibilité et sa lisibilité. Il a ainsi été principalement proposé de préciser dans l'article lui-même les personnes tenues à la confidentialité. C'est notamment ce qu'a proposé, d'une part, Valérie LASSERRE qui propose de préciser que la confidentialité s'applique au médiateur comme aux parties⁷² ; et d'autre part, Christiane FÉRAL-SCHUHL et Michèle JAUDEL qui proposent quant à elles de préciser que cette obligation « *s'impose à toutes les personnes qui participent au*

⁷² V. LASSERRE, *Les graves lacunes de la réforme de la justice en matière de médiation*, Recueil Dalloz, 2019, p 441

processus de médiation »⁷³. Enfin, une modification en ce sens a également été avancée par un groupe de travail présidé par Valérie LASSERRE elle-même, qui a abouti à une proposition en mars 2021, allant un tout petit peu plus loin que celles venant d'être exposées, et qui propose alors de rédiger l'article 21-3 de la manière suivante : « *Sauf accord contraire des parties et sauf disposition légale contraire, la médiation est soumise au principe de confidentialité qui s'impose au médiateur et aux parties, ainsi qu'à toutes les personnes qui participent au processus de médiation, à quelque titre que ce soit, notamment les avocats des parties, les experts ou tout tiers* »⁷⁴.

34. Les avantages et inconvénients de chaque proposition. S'il est vrai que chacune de ces propositions est intéressante et permet d'inclure le champ d'application personnel de la confidentialité dans l'article 21-3, elles disposent chacune d'avantages et d'inconvénients.

Concernant tout d'abord la proposition faite par Valérie LASSERRE, si elle permettrait enfin d'inclure le champ d'application personnel de la médiation dans l'article, elle ne précise pas que d'autres personnes que le médiateur et les parties y sont également tenues ; ce qui pourrait induire en erreur quant à l'étendue de l'obligation de confidentialité de la médiation.

En ce qui concerne la proposition faite par Christiane FÉRAL-SCHUHL et Michèle JAUDEL, les avantages sont triples. Tout d'abord, comme pour la précédente proposition, elle a l'avantage d'inclure le champ d'application personnel de l'obligation de confidentialité à la rédaction de l'article. Ensuite, les termes utilisés étant identiques à ceux du rapport au président de la République cela garantit que la volonté du législateur sera conservée. Enfin, cette proposition étant générale, il sera par conséquent moins aisé d'en avoir une interprétation restrictive comme cela pourrait être le cas pour la proposition de Valerie LASSERRE.

Enfin, concernant la proposition faite par le groupe de travail présidé par Valérie LASSERRE, la proposition ici est beaucoup plus complète. En effet, elle s'avère être un mélange des deux propositions précédentes, puisqu'elle précise que le médiateur et les parties sont tenus à la confidentialité de la médiation, et qu'il en est de même pour toutes les personnes participant à la procédure de médiation. Le fait que cette proposition soit à la fois précise et générale doit être souligné puisque cela conserve à la fois la volonté initiale du législateur français, tout en y apportant des précisions grâce à la présence d'exemples de personnes tenues à la confidentialité issus de la pratique de la médiation. De plus, en proposant d'intégrer d'autres exemples de

⁷³ C. FÉRAL-SCHUHL et M. JAUDEL, *La médiation à l'épreuve de la pratique*, Delmas express, 2022/2023, p.314

⁷⁴ LE MANS UNIVERSITÉ, Rapport groupe de travail de la cour d'appel de Paris, *La promotion et l'encadrement des mode alternatifs de règlement des différends*, Mars 2021, p.99

personnes tenues à la confidentialité, comme par exemple les avocats et les experts, la rédaction proposée fait preuve d'une grande pédagogie. Ceci, d'autant plus que le groupe de travail a veillé à ce que la liste ne soit pas exhaustive, permettant ainsi de ne pas enfermer le texte en cas d'évolution de la pratique. La seule critique qui pourrait donc être faite sur cette proposition porte sur l'interprétation de la formulation « *personne participant à l'administration de la procédure de médiation* » issue de l'article 7 de la directive de 2008, que le groupe de travail interprète comme soumettant les parties à la confidentialité⁷⁵, alors qu'il ressort de la lecture des documents européens que la directive ne soumet à la confidentialité que le médiateur et son personnel administratif.

Ainsi, même si elles ont chacune leurs inconvénients et leurs avantages, une modification allant dans le sens de l'une d'entre elles serait indispensable pour la lisibilité et la compréhensibilité de l'article.

35. **Conclusion de la section I.** Pour permettre aux parties d'avoir davantage confiance dans la médiation, libérant ainsi leur parole et favorisant la résolution de leur litige, les législateurs européen et français ont mis en place un principe de confidentialité de la médiation dont ils ont précisé les personnes qui y sont obligées. Si le champ d'application personnel européen se limite seulement au médiateur et son personnel administratif, le législateur français l'a étendu à toute les personnes participant à la procédure de médiation, allant donc plus loin que son précédent régime qui imposait une obligation de secret seulement au médiateur. Toutefois, la rédaction de l'article 21-3 posant cette obligation s'avère lacunaire puisque le champ d'application personnel de la confidentialité de la médiation y est absent, amenant de fait certains juristes et un groupe de travail à faire des propositions de rédaction permettant de palier à ce manquement.

⁷⁵ LE MANS UNIVERSITÉ, Rapport groupe de travail de la cour d'appel de Paris, *La promotion et l'encadrement des mode alternatifs de règlement des différends*, Mars 2021, p.96

Section II - Les éléments devant demeurer confidentiels

36. Afin de garantir la confidentialité de la médiation, il est apparu nécessaire, tant à l'échelle européenne que française d'encadrer les éléments devant rester confidentiels. Afin de comprendre cet encadrement il faut pour cela identifier les éléments soumis à la confidentialité (I) et ceux qui en sont dispensés (II).

I. Les éléments soumis à la confidentialité

37. **Un encadrement par le droit français et le droit européen.** Afin de prévenir toute utilisation d'informations confidentielles, notamment au cours d'une procédure judiciaire ou arbitrale postérieure, tant le droit européen que le droit français ont souhaité encadrer les éléments devant demeurer confidentiels. Pour ce qui est du droit européen, celui-ci dispose à ce titre à l'article 7 de la directive 2008/52/CE que le médiateur et son personnel administratif ne peuvent pas être tenus de produire devant une juridiction judiciaire civile, commerciale ou arbitrale « *des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci* ». Quant à la transposition française de la directive, l'alinéa 2 de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 dispose que : « *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 ressort par conséquent de ces deux dispositions, que tant le droit européen que le droit français interdisent de communiquer des éléments provenant du processus de médiation. Toutefois, si aujourd'hui la formulation européenne reste assez évasive puisqu'elle ne précise pas expressément de quel type d'élément il s'agit, cela n'était pourtant pas le cas dans la proposition de directive⁷⁶. Celle-ci précisait en effet six catégories soumises à la confidentialité dans lesquelles figuraient notamment « *les propositions faites par le médiateur* »⁷⁷ ou encore « *les déclarations ou les aveux faits par l'une des parties lors de la médiation* »⁷⁸. Si aujourd'hui la rédaction de l'article 7 de la directive est moins précise, elle permet en réalité aux Etats membres de transposer l'obligation de confidentialité avec une certaine liberté

⁷⁶ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de directive (...) sur certain aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, *Op.cit.*

⁷⁷ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de directive (...) sur certain aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, Art 6.1.d, Bruxelles, 22 septembre 2004, p.11

⁷⁸ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de directive (...) sur certain aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, Art 6.1.c, Bruxelles, 22 septembre 2004, p.11

sur la précision et le degré de protection qu'ils souhaitaient y apporter. Sur ce point, le législateur français, contrairement au champ d'application personnel de la confidentialité, n'a pas souhaité apporter de protection particulière et a, par conséquent, fait le choix de transposer la directive en s'inspirant de la formulation de l'ancien article 24 de la loi du 8 février 1995 qui disposait que les « *Les constatations du conciliateur ou du médiateur et les déclarations qu'ils recueillent ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties* ». Comme cette formulation englobait les six propositions qui avaient été soumises par la Commission en 2004 et était conforme à la directive de 2008, elle a donc été conservée et adaptée pour la nouvelle rédaction de l'article.

38. **La confidentialité des constatations du médiateur.** Conformément au deuxième alinéa de l'article 21-3, les constatations du médiateur doivent demeurer confidentielles. À titre d'exemple, sont concernés par cette interdiction, l'avis du médiateur – ce que la Cour de cassation a confirmé en juin 2022⁷⁹ – « *une feuille de paperboard qui ferait état de points d'accord* »⁸⁰, ou encore la proposition faite par le médiateur aux parties.

Concernant la rédaction de cette obligation, celle-ci s'avère claire et compréhensible, ce qui contraste avec le champ d'application personnel de la confidentialité qui n'a pas été précisé. De plus, cette formulation apparaît être conforme au droit européen qui impose pour sa part que les preuves issues du processus de médiation demeurent confidentielles. Le législateur français a donc été particulièrement attentif et pédagogue dans sa transposition de l'obligation de confidentialité sur ce point.

39. **La confidentialité des déclarations recueillies au cours de la médiation.** Toutefois, si les constatations du médiateur sont tenues à la confidentialité – afin de transposer correctement la directive – le législateur français a également rendu obligatoire le fait que les déclarations recueillies au cours de la médiation demeurent confidentielles. Il s'est ainsi conformé au droit européen puisque les déclarations des parties sont des preuves issues de la médiation. À titre d'exemple, est considéré comme une déclaration recueillie au cours de la médiation : un témoignage d'un tiers⁸¹, « *le rapport amiable d'un expert consultant sollicité spécifiquement* »⁸²,

⁷⁹ Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n° 19- 21.798

⁸⁰ C. FÉRAL-SCHUHL, M. JAUDEL, *Op. cit.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

une proposition qui a été faite⁸³, ou encore tout échange de courriels ou entretiens téléphoniques⁸⁴. Tout comme cela a été le cas pour les constatations du médiateur, le législateur a pris soin de transposer la directive de manière claire et compréhensible en soumettant ces preuves à la confidentialité. Par ailleurs, et cela est également le cas pour l'obligation précédente, la formulation utilisée par le législateur est particulièrement générale. Cela englobe donc différents types de preuves et permet à l'article de s'appliquer même en cas d'évolution de la pratique de la médiation.

40. **La confidentialité des faits des parties au cours de la médiation.** Si le deuxième alinéa de l'article 21-3 de la loi de 1995 n'impose la confidentialité qu'à l'égard des constatations du médiateur et des déclarations recueillies au cours de la procédure, comme le souligne Mariane LASSNER en s'appuyant sur une décision inédite de la Cour de cassation⁸⁵, l'obligation de confidentialité pourrait également s'appliquer à ce qui y est fait⁸⁶. En effet, dans l'arrêt utilisé comme fondement de son argumentation, il était question en espèce d'une société demanderesse qui avait assigné le défendeur en paiement de factures correspondant à des prestations d'hôtellerie et de restauration. Cependant, les juges du fond ayant déclaré son action en paiement prescrite, la société demanderesse a saisi la Cour de cassation. Pour sa défense, la société demanderesse avançait alors le fait qu'au cours de la procédure de médiation le défendeur lui avait fait un paiement, ce qui devait être interprété comme une renonciation à se prévaloir de la prescription acquise. Cependant, ce n'est pas le raisonnement que la Cour de cassation a suivi puisqu'elle a précisé que « *les paiements effectués [...] au cours de la tentative de médiation ayant échoué et alors que les parties recherchaient une transaction [...] la cour d'appel en a exactement déduit que ces paiements, peu important qu'ils aient été faits directement à la créancière, ne caractérisaient pas la volonté non équivoque du débiteur de renoncer à se prévaloir de la prescription acquise [...]* ».

Ainsi, comme le souligne Mariane LASSNER dans son développement, si la Cour de cassation ne se prononce pas directement sur la confidentialité, les paiements n'ont cependant pas été considérés comme une renonciation à la prescription puisqu'ils ont eu lieu au cours de la procédure de médiation⁸⁷. Comme elle le souligne, si les paiements étaient intervenus dans d'autres

⁸³ M. LASSNER, *Op. cit.*

⁸⁴ CECMC, Fiche E01, *Inopposabilité du principe de la confidentialité à la CECMC*, [En ligne], [Consulté le 31 mai 2023], adresse : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/commission-devaluation-et-de-contrôle-de-la-médiation-de-la-consommation#E01>

⁸⁵ Cass. Civ. 2ème, 10 novembre 2016, n°15-25.681

⁸⁶ M. LASSNER, *Op. cit.* p.33

⁸⁷ *Ibid.*

circonstances, ces paiements auraient « *manifestement pu être reconnus comme suffisants pour démontrer la renonciation implicite mais non équivoque du débiteur à se prévaloir de la prescription qu'il connaissait avant d'effectuer ces paiements, [...]* »⁸⁸, ce qui permet de renforcer le poids de la confidentialité⁸⁹.

Cette interprétation de l'arrêt rendu par la Cour de cassation étend ainsi davantage le champ d'application matériel de la confidentialité de la médiation. Les juges du fond ainsi que la Cour de cassation ont donc refusé de se fonder sur ce qui s'était passé durant la procédure de médiation, ce qui n'est finalement que la continuité logique de l'article 21-3 de la loi de 1995, qui impose la confidentialité des déclarations des parties. En effet, il ne serait pas cohérent de garder les déclarations des parties confidentielles alors même que leurs agissements ne le seraient pas, d'autant plus que la confidentialité de la médiation permet de garantir aux parties que la juridiction saisie par la suite ne se fera pas juge de la conciliation mais bien juge du litige⁹⁰. Enfin, cette interprétation inédite de la Cour de cassation ne fait que protéger davantage la confidentialité, ce qui permet *in fine* d'obtenir une plus grande confiance des parties dans le processus de médiation, les amenant peut-être à faire des gestes supplémentaires pour parvenir à la résolution de leur litige.

41. **Conclusion.** Le législateur français a donc fait le choix de transposer le champ d'application matériel de la confidentialité en précisant dans l'article que les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation devront rester confidentielles. Toutefois, bien que clair et compréhensible, ce champ d'application pourrait avoir été étendu aux comportements adoptés par les parties au cours de la médiation par la Cour de cassation.

⁸⁸ M. LASSNER, *Op. cit.* p.33

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ S.G, C.C, CS.D, IS.D, M.D-O, F.F, X.L, V.M, M.R, HRF, L.S, E.S, « *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable* » Précis Dalloz, 12ème édition, p.1560

II. Les éléments dispensés de confidentialité

42. **L'appréciation divergente de l'absence de confidentialité des pièces fournies par les parties.** Si l'article 21-3 de la loi de 1995 prévoit expressément que les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation doivent demeurer confidentielles, comme le soulèvent plusieurs juristes tels que Laurie SCHENIQUE⁹¹, Nicolas HOFFSCHIR⁹², ou encore le groupe de travail ayant rendu un rapport sur « *La promotion et l'encadrement des mode alternatifs de règlement des différends* » en mars 2021⁹³, le texte ne prévoit pas ce qu'il advient des documents fournis par les parties au cours de la médiation. La question qui se pose alors est de savoir si les documents fournis par les parties au cours de la procédure seront couverts par la confidentialité, ou si au contraire il sera possible pour les parties de les utiliser au cours d'une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure. Comme le précisent Nicolas HOFFSCHIR⁹⁴, Laurie SCHENIQUE⁹⁵, ainsi que le groupe de travail⁹⁶, la réponse à cette question semble négative puisque l'article 21-3 ne précise pas expressément que les pièces fournies par les parties sont soumises à la confidentialité. Toutefois, une divergence entre certains auteurs existe sur le sort de certaines pièces communiquées au cours de la procédure. En effet deux courants de pensée s'opposent. D'une part, certains comme Laurie SCHENIQUE⁹⁷ et Christiane FÉRAL-SCHUHL et Michèle JAUDEL⁹⁸ considèrent que seuls les documents dont les parties auraient pu prendre connaissance avant la médiation et existant indépendamment de la procédure de médiation ne seraient pas soumis à la confidentialité de la médiation. D'autre part, d'autres juristes comme Lucie MAYER⁹⁹ ou encore le groupe de travail dirigé par Valérie LASSERRE¹⁰⁰ considèrent que le texte ne désignant pas les pièces communiquées par les parties comme étant soumises à la confidentialité, seules les pièces élaborées pour la médiation y seront soumises, faisant par conséquent une interprétation stricte de l'article

⁹¹ L. SCHENIQUE, *Op. cit.*

⁹² N. HOFFSCHIR, *La confidentialité de la médiation et ses conséquences*, Dalloz actualité, Dalloz, 8 juillet 2022

⁹³ LE MANS UNIVERSITÉ, Rapport groupe de travail de la cour d'appel de Paris, *Op. cit.*, p.98

⁹⁴ N. HOFFSCHIR, *Op. cit.*

⁹⁵ L. SCHENIQUE, *Op. cit.*

⁹⁶ LE MANS UNIVERSITÉ, Rapport groupe de travail de la cour d'appel de Paris, *Op. cit.*, p.98

⁹⁷ L. SCHENIQUE, *Op. cit.*

⁹⁸ C. FÉRAL-SCHUHL, M. JAUDEL, *Op. cit.* p. 316

⁹⁹ L. MAYER, *La sanction de la violation du principe de confidentialité en matière de médiation*, GPL, n°34, 25 octobre 2022, p. 40

¹⁰⁰ LE MANS UNIVERSITÉ, Rapport groupe de travail de la cour d'appel de Paris, *Op. cit.* p.98

21-3, et laissant de fait aux parties la charge de garantir la confidentialité des pièces communiquées. Concernant ce courant de pensée, une proposition de modification de l'article a été faite dans ce sens en proposant que soit inclu dans l'article 21-3 la mention suivante : « *Les constatations du médiateur, les documents établis pour les besoins de la médiation et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent, sans l'accord des parties, être divulgués aux tiers ni produits ou invoqués dans la suite de la procédure ou dans une autre instance judiciaire ou arbitrale* »¹⁰¹.

Si ces deux interprétations se discutent, il semblerait que la première interprétation est celle qui se rapprocherait le plus de la volonté du législateur puisque le rapport au président de la République, concernant le champ d'application matériel de la confidentialité de la médiation, précise que « *la formulation empruntée ne sera pas de nature à empêcher les parties de faire valoir devant la juridiction saisie des moyens de preuve qu'elles auraient pu produire à défaut d'une médiation. Ainsi, le principe du droit d'accès à un tribunal est préservé.* »¹⁰². Il apparaît donc à la lecture du rapport qu'une partie pourra toujours se prévaloir d'une pièce apportée au cours de la médiation, mais l'autre partie ne pourra le faire qu'à la condition qu'elle pouvait en avoir connaissance ou l'obtenir indépendamment du processus de médiation.

L'objectif poursuivi par le législateur est donc, d'une part, de ne pas priver les parties d'un droit d'accès à un tribunal¹⁰³ et, d'autre part, de ne pas instrumentaliser le processus de médiation¹⁰⁴ ce qui serait contraire au procès équitable¹⁰⁵. Concernant l'interdiction d'instrumentaliser la confidentialité de la médiation, cela signifie l'interdiction pour les parties d'obtenir la confidentialité d'une pièce que l'une des parties aurait produit lors de la médiation, alors que la partie adverse en demandait par exemple la communication durant les débats judiciaires¹⁰⁶.

Face à la divergence de points de vue sur l'interprétation de la confidentialité des pièces communiquées par les parties, il serait préférable que le législateur éclaircisse ce point afin de permettre une meilleure lisibilité et interprétation de l'article.

¹⁰¹ LE MANS UNIVERSITÉ, Rapport groupe de travail de la cour d'appel de Paris, *Op. cit.* p.99

¹⁰² MINISTRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS, *Op. cit.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ C. FÉRAL-SCHUHL, M. JAUDEL, *Op. cit.* p. 315

¹⁰⁵ LE MANS UNIVERSITÉ, Rapport groupe de travail de la cour d'appel de Paris, *Op. cit.* p.98

¹⁰⁶ C. FÉRAL-SCHUHL, M. JAUDEL, *Op. cit.*, p. 315

43. **L'absence de confidentialité du refus d'entrer en médiation.** Le refus d'entrer en médiation est une question qui n'est également pas traitée par l'article 21-3 de la loi de 1995. Toutefois, celui-ci renvoie à une question importante qui est celle de savoir à partir de quand les parties bénéficient de la protection de la confidentialité. Sur ce point, en l'absence de précisions textuelles, il est possible de se référer aux décisions de la CECMC rendues en 2021¹⁰⁷ et en 2023¹⁰⁸ dans lesquelles elle précise – bien que ce soit uniquement à l'égard de la médiation de la consommation – que « *les décisions qui sont un préalable à la conduite des médiations telles que les refus d'entrer en médiation ou le retrait de l'une ou l'autre des parties en cours de médiation ne sont pas soumises à la confidentialité de la médiation* »¹⁰⁹. De plus, cette interprétation a également été retenue pour la médiation administrative, ce que souligne Elsa COSTA, médiatrice et magistrate de l'ordre administratif, qui précise sur ce point que la partie qui a refusé d'entrer en médiation après avoir parlé avec le médiateur n'est pas couverte par la confidentialité de la médiation¹¹⁰. L'absence de confidentialité du refus d'entrer en médiation ou de la sortie d'une partie au cours du processus serait toutefois transposable en droit civil entendu largement puisque la confidentialité de la médiation a pour objectif de garantir aux parties que leurs échanges demeureront confidentiels et ainsi les inciter à avoir recours à la médiation. Il apparaîtrait donc comme un non-sens de faire bénéficier de la confidentialité de la médiation à des personnes qui n'y ont pas pris part, d'autant plus que cela ne les inciterait pas à avoir recours à la médiation. Il serait donc intéressant que l'article 21-3 soit également modifié afin de clarifier la situation sur ce point.

44. **Spécificité de la médiation judiciaire - L'absence de confidentialité de l'accord trouvé ou non par les parties.** Concernant la procédure civile, il est intéressant de préciser que le Code de procédure civile¹¹¹ ainsi que l'article 21-3 de la loi de 1995 prévoient, concernant la médiation judiciaire, que le médiateur est tenu d'informer le juge si les parties sont parvenues ou non à un accord, sans en préciser d'avantage.

¹⁰⁷ CECMC, plénière, 26 mai 2021

¹⁰⁸ CECMC, plénière, 13 mars 2023

¹⁰⁹ CECMC, Fiche B03, *Caractère confidentiel de la médiation de la consommation*, [En ligne], [Consulté le 31 mai 2023], adresse : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/processus-de-meditation-de-la-consommation#B03>

¹¹⁰ E. COSTA, *La médiation, entre secret et confidences*, RFDA, 2022, p. 320

¹¹¹ C. Proc. Civ. art. 131-11 al 1

45. **Spécificité de la médiation de la consommation - L'absence de confidentialité du refus systématique d'entrer en médiation et l'inopposabilité de la confidentialité à la CECMC.**

Concernant les spécificités du droit de la consommation en matière de confidentialité, s'il a déjà été indiqué que le refus d'entrer en médiation n'est pas protégé par la confidentialité¹¹², la CECMC a toutefois été plus loin en précisant qu'elle n'est pas opposable dans deux autres situations. À ce titre, elle a, d'une part, précisé dans l'une de ses décisions¹¹³ que dans le cas où un professionnel refuserait systématiquement ou de « manière réitérée » d'entrer en médiation, le médiateur pourra faire mention de ce refus systématique dans son rapport d'activité¹¹⁴. Si cette décision a été rendue par la CECMC en 2020, cette idée a cependant été soulevée un an plus tôt par le médiateur de l'AMF dans son rapport annuel de 2019^{115,116,117}. La société Nestadio Capital alors concernée par cette situation avait été nommée directement dans les rapports de 2019 et de 2021¹¹⁸. Cette société refusant systématiquement de répondre aux sollicitations du médiateur, ce dernier expliquait dans son rapport l'avoir informée, d'une part, qu'il analysait son comportement comme un refus d'entrer en médiation, et d'autre part, qu'un tel comportement n'était pas protégé par la confidentialité de la médiation¹¹⁹. Comme le souligne Marielle COHEN-BRANCHE, c'est donc postérieurement à la publication du rapport du médiateur de l'AMF de 2019 que la CECMC a validé cette interprétation et l'a posée en un principe qu'elle applique dans sa propre jurisprudence¹²⁰.

De plus, la CECMC a sur ce point avancé dans une autre décision¹²¹ qu'elle ferait également mention dans son rapport d'activité, des « *secteurs d'activité dans lesquels est constaté un refus*

¹¹² CECMC, Fiche B03, *Caractère confidentiel de la médiation de la consommation*, [En ligne], [Consulté le 31 mai 2023], adresse : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/processus-de-meditation-de-la-consommation#B03>

¹¹³ CECMC, plénière, 9 octobre 2020

¹¹⁴ CECMC, Fiche B02-5, *Refus systématique du professionnel d'entrer en médiation*. [En ligne], [Consulté le 31 mai 2023], adresse : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/processus-de-meditation-de-la-consommation#B02-5>

¹¹⁵ MEDIATEUR DE L'AMF, *Rapport 2019 du médiateur de l'AMF*, 07 mai 2020, p.20

¹¹⁶ Modifications apportées à cette partie du mémoire postérieurement à son évaluation suite à un échange de courriels avec Madame Marielle COHEN-BRANCHE. Dans cet échange, Madame COHEN-BRANCHE soulignait une erreur chronologique dans les faits qui avaient été rédigés précédemment, et qui indiquaient que cette décision de la CECMC a permis au médiateur de l'AMF de préciser que la société Nestadio était concernée par cette situation en 2020.

¹¹⁷ M. COHEN-BRANCHE, propos obtenus dans un courriel du 16 août 2023

¹¹⁸ MEDIATEUR DE L'AMF, *Rapport 2021 du Médiateur de l'AMF*, 20 avril 2022, p.11

¹¹⁹ MEDIATEUR DE L'AMF, *Rapport 2019 du médiateur de l'AMF*, 07 mai 2020, p.20

¹²⁰ M. COHEN-BRANCHE, propos obtenus dans un courriel du 16 août 2023

¹²¹ CECMC, plénière, 9 octobre 2020

généralisé des professionnels d'entrer en médiation »¹²². Cette pratique qu'il est possible de qualifier de pratique de « *name and shame* » permet de sanctionner le professionnel qui refuse d'entrer en médiation, ce qui porte atteinte aux droits des consommateurs puisque cela entrave leur possibilité de trouver une solution à leur litige. L'objectif est donc de sanctionner les professionnels en atteignant leur réputation puisqu'ils entravent les droits des consommateurs. D'autre part, la CECMC a précisé dans une autre décision¹²³ que les médiateurs ne pourront pas opposer à la CECMC la confidentialité de la médiation pour justifier le refus de lui transmettre les documents nécessaires à l'exercice de sa mission de contrôle¹²⁴. Toutefois, concernant ce dernier principe, celui-ci ne saurait s'appliquer dans d'autres circonstances que la médiation de la consommation puisque seuls ces médiateurs font l'objet d'un tel contrôle.

46. **Conclusion de la section II.** Souhaitant transposer correctement la directive de 2008 qui pose l'obligation de confidentialité de la médiation, le législateur français a précisé dans l'article 21-3 de la loi de 1995 les éléments devant demeurer confidentiels. La rédaction de l'ancien article 24 de la même loi étant conforme à la directive de 2008 sur le sujet, le législateur a par conséquent décidé de s'en inspirer, amenant à ce que seuls les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la procédure restent confidentielles. Toutefois, bien que conforme à la directive, le champ d'application matériel de la confidentialité comporte des zones d'ombres qu'il serait intéressant d'éclaircir afin d'apporter un peu plus de précisions sur son étendu.

Conclusion du chapitre I

47. Si aujourd'hui la confidentialité de la médiation est devenue un argument amenant les parties à un litige à avoir recours à la médiation pour résoudre leur conflit, afin de garantir l'application concrète de ce principe, il a toutefois été nécessaire de l'encadrer, aussi bien à l'échelle nationale qu'europpéenne. L'encadrement de ce principe passe alors par la détermination des personnes qui y sont tenues, mais également des éléments qui doivent demeurer confidentiels au cours de la procédure de médiation et à l'issue de celle-ci.

¹²² CECMC, Fiche B02-6, *Refus généralisés des professionnels d'un secteur d'activité d'entrer en médiation*, [En ligne], [Consulté le 31 mai 2023], <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/processus-de-meditation-de-la-consommation#B02-6>

¹²³ CECMC, plénière, 8 juillet 2020 et 26 mai 2021

¹²⁴ Fiche E01, *Inopposabilité du principe de la confidentialité à la CECMC*, [En ligne], [Consulté le 31 mai 2023], adresse : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/commission-devaluation-et-de-controle-de-la-meditation-de-la-consommation#E01>

Il est possible de se réjouir d'une transposition française de la directive qui, dans son principe, transpose parfaitement les obligations imposées par celle-ci, en les étendant même par moment pour garantir davantage la confidentialité de la médiation. Cependant, la rédaction lacunaire de l'article entrave sa compréhensibilité et sa lisibilité. La nécessité de réviser l'article afin de préciser les éléments manquants a donc été fortement recommandée.

Chapitre II - Les dérogations à la confidentialité de la médiation

48. La confidentialité a depuis longtemps été érigée par le législateur français comme un « *principe fondateur de la médiation* »¹²⁵, ou encore comme « *le socle* »¹²⁶ de cette procédure. Essentielle pour mettre les parties en confiance, libérer leur parole et restaurer le dialogue, la confidentialité est indispensable au succès de la médiation. Toutefois, bien qu'elle soit encadrée par le législateur européen et le législateur français qui ont précisé les personnes qui y sont tenues et les éléments devant rester confidentiels, ils n'en ont pas pour autant fait une obligation inéluctable puisque plusieurs dérogations, conventionnelles (Section I) et légales (Section II), ont été prévues.

Section I - Les dérogations conventionnelles

49. S'il est tout à fait possible pour les parties de décider, d'un commun accord, de renoncer à la confidentialité (I), il leur est également possible de décider d'étendre, de la même manière, la protection que leur confère la confidentialité à d'autres éléments qui n'y étaient initialement pas soumis (II).

I. La renonciation à la confidentialité de la médiation

50. **Une renonciation prévue par un texte.** Que ce soit au niveau national, ou au niveau européen, chaque législateur a souhaité permettre aux parties de renoncer à la protection qui leur est accordée du fait de la confidentialité de la médiation. En effet, pour ce qui est des dispositions françaises, le législateur avait prévu, dès l'élaboration de la loi du 8 février 1995¹²⁷, que les parties pourraient disposer de la possibilité de renoncer, d'un commun accord, à la confidentialité de la médiation ; possibilité ensuite reprise mot pour mot à l'ancien article 24 de la loi du 8 février 1995 qui disposait alors que « *Les constatations du conciliateur ou du médiateur et les déclarations qu'ils recueillent ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties.* ». Aujourd'hui la formulation de l'article 21-3 de la même loi n'est plus la même que celle retenue à l'ancien article 24 qu'il remplace puisque l'article dispose à son premier alinéa que « *Sauf accord*

¹²⁵ L. SCHENIQUE, *Op. cit.*

¹²⁶ M. LASSNER, *Op. cit.* p.31

¹²⁷ ASSEMBLÉE NATIONALE, Texte n°594, *Projet de loi adoptée par l'Assemblée nationale, transmis par M. Le Premier ministre à M. le président du sénat*, transmis au Sénat le 7 juillet 1994, p.6

contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. ». L'idée reste toutefois identique : permettre aux parties de renoncer à la confidentialité de la médiation. Par ailleurs, cette possibilité, prévue dès 1994 en droit français, s'avère finalement conforme au droit européen qui précise que la confidentialité s'applique « *sauf accord contraire des parties* »¹²⁸. Cependant, bien que le droit européen et le droit français offrent chacun cette possibilité, il apparaît que cette renonciation devrait rarement être mise en pratique¹²⁹.

51. **Le caractère volontaire de la procédure au coeur de cette renonciation.** Si aucun texte ne précise la raison pour laquelle il est permis aux parties de renoncer à cette confidentialité, il est toutefois possible de le supposer en se référant à un principe fondamental de la médiation : le caractère volontaire de la procédure. Bien que dans certain cas la médiation est un préalable indispensable à la soumission du litige au juge, en matière de médiation judiciaire, les parties restent, en principe, libres de choisir d'entrer en médiation ou non¹³⁰ et « *disposent librement du recours à la médiation* » lorsque celle-ci est conventionnelle¹³¹. Les mots « *sauf accord contraire des parties* » introduisant l'alinéa premier de l'article 21-3, la volonté des parties apparaît donc comme un élément central de la médiation. Cette volonté des parties étant aussi indispensable que la confidentialité de la médiation elle-même, il apparaît comme un non-sens d'obliger les parties à la confidentialité de la médiation si celles-ci ne souhaitent pas s'y soumettre. Ainsi, en leur permettant de décider de renoncer à la confidentialité, de poser elles-mêmes les règles auxquelles elles souhaitent se soumettre, cela leur permet donc de décider de la façon dont elles souhaitent régler leur litige, de se l'approprier, de garantir un peu plus leur participation à la recherche d'une solution qui contentera tout le monde, et enfin, d'éviter le recours au juge étatique et de fait l'encombrement des juridictions.

52. **Conclusion.** Si les parties peuvent choisir de renoncer d'un commun accord à la protection qui leur est accordée par la confidentialité de la médiation, elles peuvent également au contraire consentir à étendre celle-ci à des éléments qui n'y sont pas soumis.

¹²⁸ Dir. 2008/52/CE, art. 7.1

¹²⁹ L. USUNIER, *Op. cit.* p.1122

¹³⁰ C. FÉRAL-SCHUHL, M. JAUDEL, *Op. cit.* p.16

¹³¹ C. FÉRAL-SCHUHL, M. JAUDEL, *Op. cit.* p.17

II. L'extension conventionnelle de la confidentialité de la médiation

53. **L'extension conventionnelle de la confidentialité à des éléments n'y étant initialement pas soumis.** S'il est tout à fait possible pour les parties, comme le prévoit l'alinéa premier de l'article 21-3 de la loi de 1995, de renoncer à la confidentialité de la médiation – cette dernière ayant un champ d'application limité textuellement – il est également possible pour les parties de prévoir conventionnellement l'extension de celui-ci pour compléter les textes¹³² et se protéger davantage. Les parties peuvent alors prévoir qu'une pièce ne soit pas communiquée à l'issue de la procédure ou qu'une des pièces fournies au médiateur ne soit pas communiquée à l'autre partie. Ainsi, s'il est contraire au principe du procès équitable d'empêcher les parties d'avoir recours à l'utilisation de toutes pièces fournies au cours de la procédure de médiation lors d'une procédure ultérieure, il est toujours possible pour les parties de renoncer, de leur plein grès, à une garantie offerte par le droit au procès équitable. Ceci, notamment quand il est question de la preuve, en décidant d'un commun accord de soumettre certaines pièces ou informations au principe de la confidentialité de la médiation.

54. **Une extension soumise à un formalisme.** Pour mettre en place une telle extension de la confidentialité, il est recommandé aux parties, comme cela est le cas quand elles y renoncent, de traiter la question par le biais d'un accord conclu entre elles¹³³, ce qui leur permettra de poser, notamment à l'écrit, le cadre de cette extension en précisant la durée de la confidentialité¹³⁴ et les éléments concernés. Aussi, comme le précisent également Christiane FÉRAL-SCHUHL et Michele JAUDEL, il leur sera également nécessaire « *de qualifier, clairement, en accord avec toutes les parties, le document révélé, afin d'éviter toute ambiguïté et interprétations divergentes, quand à la confidentialité ou non de cette production* »¹³⁵.

55. **La clause pénale comme garantie de la confidentialité.** Comme le soulignent Christiane FÉRAL-SCHUHL et Michele JAUDEL dans leur développement sur le sujet, afin de garantir aux parties le respect de cette extension de la confidentialité de la médiation à des pièces qui n'y étaient initialement pas soumises, il leur est recommandé d'insérer une clause pénale qui viendrait

¹³² R. CARAYOL, *La confidentialité de la médiation*, Gazette du Palais, n°17, 17 mai 2022, p.14

¹³³ C. FÉRAL-SCHUHL, M. JAUDEL, *Op. cit.* p.318

¹³⁴ C. FÉRAL-SCHUHL, M. JAUDEL, *Op. cit.* p.319

¹³⁵ *Ibid.*

sanctionner la méconnaissance de cette extension, dans la convention d'engagement de médiation¹³⁶. Par ailleurs, au regard de cette proposition, il apparaît alors plus souhaitable de prévoir cette clause dès l'engagement de la médiation, avant même que des négociations commencent, afin de clarifier la situation des pièces qui pourront être apportées par la suite.

56. **Le médiateur, un tiers essentiel dans cette situation.** Si cette possibilité est tout à fait ouverte aux parties, le médiateur joue de nouveau un rôle important dans cette situation. Il peut en effet proposer des solutions afin de garantir la confidentialité des pièces¹³⁷, comme par exemple en proposant d'examiner certaines pièces avec uniquement une des parties ou de l'examiner seul¹³⁸.

57. **Conclusion de la section I.** Envisager les dérogations à la confidentialité de la médiation amène à s'interroger dans un premier temps sur les dérogations conventionnelles auxquelles les parties peuvent avoir recours. Ces dérogations, où la volonté des parties est au coeur du processus, permettent de déroger à la confidentialité de la médiation dans un sens moins protecteur lorsqu'elles y renoncent, ou au contraire, dans un sens plus protecteur quand elles décident d'étendre son application à plus d'éléments. Dans chacune de ces hypothèses, la rigueur des parties est cependant indispensable pour garantir la bonne compréhension des limites de cette nouvelle obligation, tant par les parties elles-mêmes, que par le médiateur ou le juge. Toutefois, la volonté des parties n'est pas le seul moyen permettant de déroger à la confidentialité de la médiation puisque le recours aux dérogations légales est également possible.

¹³⁶ C. FÉRAL-SCHUHL, M. JAUDEL, *Op. cit.* p.319.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

Section II - Les dérogations légales

58. Bien que la confidentialité de la médiation demeure la règle, le législateur français, sous l'impulsion du droit européen, a mis en place des dérogations légales, au nombre limité, permettant d'y déroger (I). Cependant, au regard de la pratique, la question se pose à présent de savoir si ce cadre légal ne pourrait pas être étendu davantage (II).

I. Des dérogations légales limitativement énumérées

59. **Des dérogations au nombre limité.** Si initialement l'article 24 de la loi du 8 février 1995 ne prévoyait aucune dérogation à la confidentialité de la médiation, mis à part celle voulue par les parties, des dérogations légales ont été incorporées à l'article 21-3 de la même loi lors de la transposition de la directive 2008/52/CE, conformément à ce qu'elle imposait¹³⁹. Ces dérogations légales ne sont cependant qu'au nombre de deux. Il est donc à présent possible de déroger à la confidentialité de la médiation en cas 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* »¹⁴⁰ et « *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.* »¹⁴¹.

60. **Les « *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* »¹⁴², des motifs de dérogation imprécis.** Bien que chacun des trois motifs énoncés précédemment permettent de déroger à la confidentialité de la médiation, il n'en demeure pas moins que la rédaction de cette dérogation est imprécise et lacunaire, rendant ces différentes exceptions imprévisibles et complexes à mettre en œuvre. Et pour cause, cette dérogation n'étant qu'une simple transposition, presque mot à mot, de la première exception posée par la directive¹⁴³, le législateur n'a pas adapté sa rédaction pour expliquer les termes généraux qu'emploie la directive pour permettre une transposition adaptée à chacune des législations des Etats membres. Or, ce manque de précision de la part du législateur

¹³⁹ Dir. 2008/52/CE, art. 7.1

¹⁴⁰ Loi n° 95-125 du 8 février 1995, art 21-3 al. 2.a

¹⁴¹ Loi n° 95-125 du 8 février 1995, art 21-3 al. 2.b

¹⁴² Loi n° 95-125 du 8 février 1995, art 21-3 al. 2.a

¹⁴³ Dir. 2008/52/CE, art. 7.1.a

sur ce qu'il faut entendre par « *raisons impérieuses d'ordre public* » ou encore « *intégrité physique ou psychologique d'une personne* », contraint le médiateur à analyser les éléments qui lui sont soumis au cours de la médiation afin de vérifier s'ils rentrent dans le cadre de la dérogation¹⁴⁴, et à interpréter seul ces notions pour le moins complexes.

Le manque de précisions apportées par le législateur sur ces différentes notions est d'autant plus contraignant qu'il s'agit de notions très vagues. À titre d'exemple, pour ce qui est de la notion « *d'ordre public* », il s'agit en réalité d'une notion « *très vaste* »¹⁴⁵, faisant référence le plus souvent à des règles obligatoires, relatives aussi bien à la Nation, l'économie, la paix publique ou encore les droits et libertés individuelles des personnes¹⁴⁶, une notion dont la définition est finalement « *malaisée* »¹⁴⁷. Comme le souligne Michel BENICHO, « *il n'y a plus aucune limite* »¹⁴⁸. Par ailleurs, la tâche n'est pas facilitée puisque le législateur n'a également pas pris la peine d'expliquer ce qui devait être entendu par « *raisons impérieuses* », préférant au contraire faire usage d'une rédaction qualifiée par Laurie SCHENIQUE de « *quelque peu imprécise et lacunaire* »¹⁴⁹, ce qui peut également s'appliquer aux notions « *d'intégrité physique* » ou « *d'intérêt supérieur de l'enfant* » qui ne sont pas davantage explicitées par le législateur.

Ainsi, à la lecture de cette première dérogation, et au regard de la perspective de sa mise en application, comme le soulignent aussi bien Laurie SCHENIQUE¹⁵⁰ que Michel BENICHO¹⁵¹, la question est finalement de savoir qui devra se charger de définir ces différentes notions.

Ces lacunes sont d'autant plus problématiques qu'en plus d'amener le médiateur à devoir faire seul son interprétation, il est tout à fait envisageable qu'il en fasse une mauvaise interprétation¹⁵². Cela conduirait alors à ce que cette dérogation soit « *levée pour les parties et pour le médiateur, par les parties et par le médiateur* »¹⁵³ alors même que l'interprétation qui est faite des différentes notions

¹⁴⁴ L. SCHENIQUE, *Op. cit.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ B. LOUVEL, *L'ordre public : regard croisé du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, 24 février 2017, p.2

¹⁴⁸ M. BENICHO, *Médiation et confidentialité*, 3 janvier 2012, [En ligne], [Consulté le 8 mai 2023], adresse : <https://blogavocat.fr/space/michel.benichou/tag/confidentialité>

¹⁴⁹ L. SCHENIQUE, *Op. cit.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ M. BENICHO, *Op. cit.*

¹⁵² L. SCHENIQUE, *Op. cit.*

¹⁵³ M. BENICHO, *Op. cit.*

est erronée. Le médiateur devra par conséquent faire preuve d'une grande prudence lorsqu'il y aura recours¹⁵⁴.

61. **Une dérogation à la confidentialité de la médiation possible « 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. »**¹⁵⁵, à l'unique condition d'avoir recours à une **interprétation stricte du texte**. Cette nouvelle dérogation issue de la directive 2008/52/CE permet ainsi aux parties de déroger à la confidentialité de la médiation afin de faire exécuter l'accord obtenu à l'issue de la procédure. Cependant, si la directive 2008/52/CE prévoyait initialement que seul « *le contenu de l'accord de la médiation* »¹⁵⁶ pouvait être divulgué pour déroger à la confidentialité de la médiation, le législateur français a cependant été plus loin lors de la transposition en adaptant la rédaction de l'article afin de prendre en compte les accords de médiation obtenus verbalement¹⁵⁷. Il est donc à présent possible de déroger à la confidentialité de la médiation « *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* »¹⁵⁸. Cependant, bien que cette dérogation dans son ensemble est indispensable il n'en demeure par moins que la rédaction de cet article est toutefois imprécise, ce qui pourrait conduire à une mauvaise application de cette dérogation.

Effectivement, si l'interprétation de ce qu'il faut entendre par la divulgation du contenu de l'accord n'est pas problématique, puisqu'il est facile de déduire les éléments qui perdront leur caractère confidentiel – ce qui pourrait être le cas par exemple du montant de la transaction sur lequel les parties se sont mises d'accord – les choses s'avèrent plus compliquées pour la révélation de l'existence de l'accord de médiation. Cette dernière exception peut en effet se révéler problématique puisque, comme le souligne Michel BENICHOU, sa formulation permet d'étendre la levée de la confidentialité mais aussi d'aller loin dans son interprétation¹⁵⁹. Et pour cause, la preuve de l'existence d'un accord verbal n'est pas chose aisée et pourrait amener à révéler par exemple les propositions faites par les parties, tout comme les échanges survenus entre elles pour en apporter la

¹⁵⁴ E. COSTA, *La médiation, entre secret et confidences*, RFDA, 2022, p. 320

¹⁵⁵ Loi n° 95-125 du 8 février 1995, art 21-3 al. 2.b

¹⁵⁶ Dir. 2008/52/CE, art. 7.1.b

¹⁵⁷ MINISTRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS, *Op. cit.*

¹⁵⁸ Loi n° 95-125 du 8 février 1995, art 21-3 al. 2.b

¹⁵⁹ M. BENICHOU, *Op. cit.*

preuve¹⁶⁰, alors même que ce sont des éléments devant demeurer confidentiels¹⁶¹. Si cette exception permet en effet de déroger à la confidentialité des éléments qui y sont normalement soumis, l'objectif n'est cependant pas de divulguer toute la procédure de la médiation. Ainsi, bien que l'intention du législateur soit louable, il confond « *l'accord et le processus de l'accord* »¹⁶². Cela conduit alors à une rédaction lacunaire, nécessitant, pour protéger la confidentialité de la médiation, à avoir recours à « *une interprétation stricte et étroite de l'article* »¹⁶³ en entendant par « *révélation de l'existence de l'accord* » la simple mention qu'un accord a été conclu, sans en dire davantage sur ce qui s'est déroulé au cours de la procédure. Cela s'avère tout de même compliqué au regard de la charge de la preuve, puisque la preuve de l'obligation incombe à celui qui en réclame l'exécution¹⁶⁴.

Ainsi, bien que cette dérogation soit indispensable pour garantir la bonne application de l'accord de médiation, et garantir de fait la confiance des parties dans ce processus, il serait nécessaire que le législateur revienne sur la rédaction de cette exception afin de la préciser et l'encadrer davantage. La confidentialité est un moyen de garantir aux parties que ce qu'elles diront et feront ne sera pas révélé à un tiers, à la presse, ou au juge. Cela que ce soit pendant ou à l'issue de la procédure ; ce qui inclu par conséquent la période d'exécution de l'accord. L'intervention du législateur serait donc nécessaire pour permettre l'application sans encombre de cette exception, tout en garantissant également la protection de confidentialité de la procédure, en évitant en premier lieu de confondre le processus de l'accord avec l'accord lui-même.

62. **Conclusion.** En transposant la directive presque mot à mot, le législateur français a fait le choix de la sécurité, garantissant une transposition conforme aux critères européens. Toutefois, la rédaction lacunaire du législateur s'avère problématique pour la mise en pratique de ces dérogations puisqu'il faut à présent trouver un équilibre entre une interprétation stricte de la deuxième exception et l'interprétation visiblement libre des notions particulièrement vagues de la première. Cela oblige alors le médiateur à la prudence lorsqu'il doit faire application de ces dérogations.

¹⁶⁰ M. BENICHO, *Op. cit.*

¹⁶¹ Loi n° 95-125 du 8 février 1995, art 21-3 al. 2

¹⁶² M. BENICHO, *Op. cit.*

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ C. civ. art. 1353 al 1

II. L'extension des dérogations à la confidentialité

63. Conformément à ce que lui imposait la directive 2008/52/CE en matière de confidentialité de la médiation, le législateur français a mis en place des dérogations à la confidentialité à la fois conventionnelles et légales. Toutefois, la pratique amène à s'interroger sur le fait de pouvoir déroger à la confidentialité de la médiation au nom du droit à la preuve (A) et au nom de la protection de l'intérêt général (B).

A. Le droit à la preuve comme dérogation à la confidentialité de la médiation

64. **Une hypothèse à soulever en cas d'échec de la médiation.** Le droit à la preuve importe peu dans le cadre de la procédure de médiation puisque les parties sont libres de fournir au cours de la procédure les documents qu'elles souhaitent. Toutefois, la question est toute autre lorsque les parties au litige ne sont pas parvenues, à l'issue de la procédure de médiation, à trouver un accord pour trancher leur litige. N'ayant pas trouvé d'accord, le seul moyen qui leur est à présent ouvert pour trouver une solution à leur litige est donc de se tourner vers le juge. Or, si la question de la preuve ne se pose pas au cours de la médiation, il en est autrement devant une juridiction, puisque comme en disposent les différents articles du Code de procédure civile, le procès est la chose des parties, il leur appartient donc d'introduire l'instance¹⁶⁵, d'accomplir les actes de procédure¹⁶⁶, de déterminer l'objet du litige¹⁶⁷, mais surtout de prouver « *conformément à la loi les faits nécessaires au succès de leur prétention* »¹⁶⁸. De plus, si le Code de procédure civile impose aux parties d'apporter la preuve de ce qu'elles avancent, les règles concernant la preuve elle-même sont cependant répertoriées aux articles 1353 et suivants du Code civil auxquels les parties devront se référer.

65. **La consécration jurisprudentielle du droit à la preuve.** Le droit à la preuve, consacré par la jurisprudence en 2012¹⁶⁹, permet la production d'un élément indispensable pour soutenir ses prétentions dont la production était initialement impossible. Toutefois, pour pouvoir bénéficier de

¹⁶⁵ C. Proc. Civ., art 1

¹⁶⁶ C. Proc. Civ., art 2

¹⁶⁷ C. Proc. Civ., art 4

¹⁶⁸ C. Proc. Civ., art 9

¹⁶⁹ Cass. Civ. 1ère, 5 avril 2012, n°11-14.177

l'application de ce droit deux conditions cumulatives doivent être remplies. D'une part, il faut que la production de cet élément soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve, ce qui implique que la preuve apportée – par exemple, qui porterait atteinte à la protection de la vie privée consacrée par l'article 9 du code civil – soit le seul moyen de prouver les faits que la partie avance¹⁷⁰. D'autre part, il est nécessaire que la production de cette preuve soit « *proportionnée aux intérêts antinomiques* ». Ce n'est donc que si ces deux conditions cumulatives sont réunies que la preuve pourra être produite devant le juge qui devra toutefois vérifier que ces deux conditions sont bien remplies¹⁷¹.

66. **Le questionnement de l'éviction de la confidentialité de la médiation au profit du droit à la preuve.** Alors que le droit à la preuve a été consacré par la Cour de cassation en 2012, Romain CARAYOL avance que la consécration de ce droit peut avoir pour effet d'affaiblir la sécurité apportée par la confidentialité vis à vis de certaines pièces communiquées¹⁷². Cela amène alors à s'interroger sur le fait de savoir si le droit à la preuve peut être invoqué pour évincer la confidentialité d'une pièce produite au cours de la médiation. Il s'agit ici d'une question particulièrement importante dans la mesure où la reconnaissance du droit à la preuve a eu pour conséquence de faire obstacle à l'application privilégiée de nombreux principes, comme celui du droit à la vie privée, le secret bancaire ou encore le secret des affaires. La Cour de cassation ne s'étant toujours pas prononcée, la question reste donc irrésolue et interroge particulièrement. Ceci, d'autant plus qu'en matière de médiation une telle possibilité d'éviction de la confidentialité aurait plusieurs conséquences. D'une part, cela pourrait entraîner une perte de confiance des parties entre elles, conduisant à un manque d'implication des parties dans la résolution du litige par peur que ce qu'elles diront ou feront puisse être utilisés contre elles en cas d'échec de la médiation. D'autre part, cela pourrait amener à une perte de confiance généralisée des parties envers le processus de médiation, et par conséquent à une baisse des recours à ce mode alternatif des règlements des litiges, ce qui aurait pour corollaire l'engorgement des juridictions.

¹⁷⁰ G. LARDEUX, *Règles de preuves - les principes fondamentaux*, RDC, octobre 2018 actualisation 2023

¹⁷¹ Cass. Civ. 1ère, 5 avril 2012, n°11-14.177, *Op cit.* p.32

¹⁷² R. CARAYOL, *La confidentialité de la médiation*, Gaz. Pal., n°17, 17 mai 2022, p.14

67. **Un droit à la preuve difficilement applicable en pratique.** Si cette question reste toujours sans réponse, faute de décision de la Cour de cassation sur ce point, l'analyse de la situation amène à la conclusion que le droit à la preuve serait difficilement applicable en pratique. En effet, le législateur ayant strictement encadré les éléments devant demeurer confidentiels, et la Cour de cassation faisant une application rigoureuse de ce champ d'application matériel, cela laisse peu de place à la possibilité d'invoquer le droit à la preuve. C'est notamment ce qui ressort de l'arrêt rendu en juin 2022¹⁷³ par la Cour de cassation dans lequel elle pose une « véritable interdiction »¹⁷⁴ de produire certaines pièces lors d'une procédure ultérieure, en fondant son raisonnement sur l'article 9 du Code de procédure civile qui impose aux parties de prouver leurs prétentions conformément à la loi. Le droit à la preuve apparaît donc être difficilement applicable dans la mesure où la Cour de cassation rappelle qu'il n'est pas possible de déroger à la loi pour prouver ses prétentions, sauf dans les cas précisés par la loi elle-même. En l'espèce : s'il existe un accord des parties sur ce point ou encore qu'une des exceptions de l'article portant sur la confidentialité peut être invoquée¹⁷⁵. Il apparaît donc que ce n'est que dans ces cas précis que la preuve pourra être apportée.

De plus, le droit à la preuve s'avère également difficile à mettre en pratique dans la mesure où, comme le souligne Bertrand PONS, celui-ci aurait déjà été consacré par le législateur à l'alinéa 2.b de l'article 21-3 de la loi de 1995¹⁷⁶ qui octroie la possibilité de divulguer l'accord de médiation ou son existence pour le faire exécuter. Cette exception peut en effet être appréciée comme un véritable droit à la preuve puisqu'elle permet aux parties de prouver l'existence de l'accord ou son contenu, en en apportant la preuve, alors même qu'il s'agit normalement d'une preuve confidentielle. Il s'agit donc bien d'un droit à la preuve mais réservé à une situation bien précise.

Par conséquent, face à cet encadrement légal précis et à la rigoureuse application qui en est fait de la part de la Cour de cassation, il est difficilement envisageable de voir appliquer le principe général du droit à la preuve en dehors du cas prévu par l'article 21-3. Le régime de la confidentialité s'avère beaucoup trop encadré pour que cela soit possible. Par ailleurs, il peut être souligné qu'autoriser une dérogation aussi généralisée ne serait pas sans risque dans la mesure où cela irait à l'encontre même de la protection accordée par la confidentialité et des enjeux auxquels elle renvoie.

¹⁷³ Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n° 19- 21.798

¹⁷⁴ J. KLEIN, *La confidentialité de la conciliation à l'épreuve du droit à la preuve*, RTC, 31 mars 2023, p.170

¹⁷⁵ Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n° 19- 21.798

¹⁷⁶ B. PONS, *Contrats de transaction, droit à la preuve, et secret professionnel*, Gazette du Palais, n° 045, 14 février 2015, p.10

68. **Conclusion.** Bien que le droit à la preuve permet de déroger à de nombreux principes comme le secret bancaire ou le droit à la vie privée, celui-ci ne semble pas pouvoir être invoqué pour évincer la confidentialité de la médiation, dans la mesure où celle-ci fait l'objet d'un encadrement législatif strict et rigoureusement appliqué par la Cour de cassation. Toutefois, si la confidentialité de la médiation ne peut être évincée au profit du droit à la preuve, la question se pose de son éviction au profit de l'intérêt général.

B. L'intérêt général comme motif de dérogation à la confidentialité de la médiation

69. **La difficile définition de l'intérêt général.** En tant que notion ambiguë concernant à la fois le domaine de la politique et du droit¹⁷⁷, la définition de l'intérêt général s'avère en réalité malaisée. Si cette notion reste assez compliquée à définir, à tel point que le législateur et le juge ne semblent pas avoir tenté de le faire¹⁷⁸, il est toutefois possible de s'accorder sur le fait que cette notion renvoie aux besoins de la population¹⁷⁹.

70. **La question de l'éviction de la confidentialité au profit de l'intérêt général.** La question de l'éviction de la confidentialité de la médiation au profit de l'intérêt général est une question légitime qui nécessite d'être soulevée dans le cadre de ce raisonnement, d'autant plus qu'elle se pose également dans d'autres domaines juridiques comme celui de la procédure collective. À ce titre, il peut être souligné que la Cour de cassation a établi la possibilité de déroger à la confidentialité de la conciliation judiciaire au nom de la liberté de la presse, permettant ainsi de divulguer des informations, devant pourtant demeurer confidentielles, dès lors « *qu'elles contribuent à l'information légitime du public sur un débat d'intérêt général* »¹⁸⁰. Si cette jurisprudence serait difficilement transposable en médiation, puisqu'elle protège en premier lieu la liberté de la presse, l'idée qu'il soit possible de déroger à la confidentialité pour l'intérêt général qui en ressort, interroge sur la possibilité d'utiliser une telle dérogation en médiation.

¹⁷⁷ G. MERLAND, *L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux*, Cahier du Conseil constitutionnel n°16 - juin 2004, [En ligne], [Consulté le 17 mai 2023], adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/1-interet-general-instrument-efficace-de-protection-des-droits-fondamentaux>

¹⁷⁸ D. TRUCHET, *La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit*, Légicom 2017, p. 6

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Cass. Com.. 15 décembre 2015, n° 14-11.500

71. **L'exemple des dossiers du mois du médiateur de l'AMF.** Pour essayer de savoir si une telle dérogation serait envisageable, il est intéressant de prendre pour exemple les dossiers du mois publiés par le médiateur de l'AMF qui traitent de certains litiges soumis au médiateur et dont les questions soulevées étaient particulièrement intéressantes. L'étude de ces dossiers du mois a ici tout son intérêt puisqu'à leur lecture, les faits, l'instruction du dossier et la recommandation du médiateur sont précisés, alors même qu'il s'agit d'éléments normalement soumis à la confidentialité de la médiation au titre de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995. La question est alors de savoir si la protection de l'intérêt général justifierait une telle entorse à la confidentialité.

72. **Des dossiers permettant la création d'une « doctrine ».** Selon le médiateur de l'AMF¹⁸¹ ces dossiers du mois contribuent à la création de ce qui peut être qualifié de « doctrine ». Cela permet alors de mettre à disposition, aussi bien aux professionnels qu'aux parties, « l'analyse à partir de laquelle sera examiné le litige » dans une situation similaire¹⁸². Très intéressante puisqu'elle offrirait la possibilité aux médiateurs de s'inspirer d'autres décisions pour rendre leurs, réduisant de fait le temps de traitement des dossiers toujours plus nombreux – surtout plus depuis que la médiation est devenue gratuite pour les consommateurs¹⁸³ – cette idée intéresse également le domaine de l'arbitrage¹⁸⁴ lui aussi soumis à la confidentialité¹⁸⁵. En effet, s'il existe un débat doctrinal sur le sujet, certains juristes souhaiteraient pouvoir publier les décisions arbitrales afin de permettre aux parties d'avoir une visibilité sur la résolution de leur litige et aux arbitres de s'inspirer d'autres décisions pour rendre les-leurs¹⁸⁶. Toutefois, si la mise en place de cette « doctrine » a son intérêt, une généralisation de ce principe, sans encadrement, risquerait de conduire à un traitement des litiges dépourvu de personnalisation, ce qui n'est pas recherché par les parties et ce qui n'est pas promis par la médiation.

¹⁸¹ M. COHEN-BRANCHE, propos obtenus dans un courriel du 2 mai 2023

¹⁸² M. COHEN-BRANCHE, propos obtenus dans un courriel du 2 mai 2023

¹⁸³ C. Consum., art. L. 612-1

¹⁸⁴ T. LABATUT, *Faut-il rendre public que les sentences arbitrales ?*, [En ligne], [consulté le 18 mai 2023], adresse : <https://www.actu-juridique.fr/international/arbitrage-mar/faut-il-rendre-publiques-les-sentences-arbitrales/>

¹⁸⁵ C. Proc. Civ., art. 1464, al. 4

¹⁸⁶ T. LABATUT, *Op. cit.*

73. **Des dossiers se voulant pédagogiques.** Bien qu'ils permettent de mettre en place une « doctrine », les dossiers du mois poursuivent également un objectif « plus ambitieux »¹⁸⁷, celui de s'adresser directement aux professionnels, aux épargnants et aux journalistes, afin qu'ils puissent s'emparer de l'étude de la question soulevée par le dossier pour leur permettre de trouver une solution aux litiges, sans avoir besoin de faire appel au médiateur¹⁸⁸. L'objectif semble donc être, d'une part, d'informer l'épargnant avec pédagogie sur des situations qui pourraient leur arriver afin d'éviter que le risque en question ne se produise. D'autre part, l'objectif semble être de s'adresser aux établissements bancaires afin qu'ils prennent connaissance de cette doctrine et qu'ils l'utilisent pour éviter de reproduire les mêmes erreurs.

Au regard de cet objectif poursuivi par les dossiers du mois qui vise, *in fine*, à la protection de l'intérêt général, pour savoir si une telle dérogation à la confidentialité de la médiation puisse être acceptée, il est alors nécessaire de mettre en balance les intérêts poursuivis. À cet égard, afin de préserver au maximum la confidentialité de la médiation, le médiateur de l'AMF ne divulgue que les informations essentielles à la compréhension du sujet évoqué, et prend soin d'anonymiser les dossiers afin de ne pas atteindre à la réputation des parties¹⁸⁹. Ainsi, bien que l'atteinte à la confidentialité de la médiation soit réelle, elle reste toutefois minimale en raison des mesures prises par le médiateur, d'autant plus que ces dossiers interviennent après la clôture des litiges, n'entravant donc pas le processus de médiation et la confiance des parties. À la lumière de cette mise en balance des intérêts, cette pratique gagnerait donc à être admise, à la condition toutefois, faute d'accord des parties, qu'elle face l'objet d'un encadrement strict pour éviter d'atteindre en profondeur les enjeux de la confidentialité de la médiation et donc de lui faire perdre son effectivité.

74. **Conclusion.** Renvoyant aux besoins de la population¹⁹⁰ la notion d'intérêt général interroge notamment sur le fait d'y avoir recours pour justifier une atteinte à la confidentialité de la médiation. Sur ce point, l'étude des dossiers du mois de l'AMF amène à penser qu'une telle atteinte pourrait être justifiée sur ce fondement à la condition que certaines mesures soient mises en place afin de ne pas priver de sa substance le principe de la confidentialité de la médiation.

¹⁸⁷ M. COHEN-BRANCHE, propos obtenus dans un courriel du 2 mai 2023

¹⁸⁸ M. COHEN-BRANCHE, propos obtenus dans un courriel du 2 mai 2023

¹⁸⁹ M. COHEN-BRANCHE, propos obtenus dans un courriel du 2 mai 2023

¹⁹⁰ D. TRUCHET, *Op. cit.*

75. **Conclusion de la section II.** Contraint par la directive européenne, le législateur français a mis en place deux exceptions légales à la confidentialité de la médiation. Cependant, bien que ces dérogations aient un intérêt, la rédaction lacunaire employée par le législateur français, conduit à une application des dérogations plus compliquée que ce qu'il n'y paraît à leur simple lecture, obligeant la personne en faisant application à la prudence. Toutefois, si seule la pratique pourra apporter des précisions sur l'interprétation de ces dérogations légales, elle amène également à s'interroger sur la possibilité de déroger à la confidentialité de la médiation en dehors des cas prévus par la loi notamment pour faire appliquer le droit à la preuve ou pour protéger l'intérêt général.

Conclusion du chapitre II

76. Alors que le législateur a souhaité permettre aux parties de devenir de véritables acteurs de la résolution de leur litige en leur permettant de déroger conventionnellement à la confidentialité de la médiation, dans un sens plus ou moins protecteur, le législateur a également prévu deux exceptions légales dont la rédaction – qu'il est possible de qualifier de lacunaire – entrave la bonne application. Par ailleurs, bien que ces exceptions soient actuellement les seules à pouvoir déroger à la confidentialité de la médiation, les évolutions jurisprudentielles et la pratique de la médiation amènent aujourd'hui à s'interroger sur la présence de nouvelles sources de dérogation comme par exemple celles issues de l'application du droit à la preuve ou de la protection de l'intérêt général, pour lesquels il serait intéressant d'avoir des éclaircissements.

Conclusion du titre I

77. S'il est aujourd'hui possible de se réjouir du fait que l'effectivité de l'obligation de confidentialité de la médiation est en théorie garantie par un champ d'application personnel et matériel précisé par le législateur, dont il a même précisé les dérogations, elle peut toutefois être remise en question. En effet, l'absence de certains éléments dans l'article – comme les personnes soumises à la confidentialité – ou l'absence de précisions sur l'interprétation des notions européennes transposées mot à mot par le législateur entravent la bonne lisibilité de l'article et par conséquent son application. Ces lacunes apparaissent alors comme le reflet d'un travail peu minutieux mené par un législateur qui n'a pas adapté correctement l'ancien régime qu'il a pris comme modèle pour le nouveau régime de médiation mis en place.

TITRE II - LES SANCTIONS DU MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ

78. « Unanimentement admis par les textes en droit interne comme en droit de l'Union européenne »¹⁹¹, la confidentialité de la médiation permet à ceux qui ont choisi d'y avoir recours d'établir un climat de confiance entre chacune des personnes qui y participe. Toutefois, bien que le champ d'application d'une obligation permet de garantir en partie son effectivité, celle-ci dépend également de la sanction encourue en cas de transgression de l'obligation. Le législateur n'ayant pas précisé dans l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 les sanctions encourues en cas de violation de l'obligation de confidentialité de la médiation, il est alors nécessaire d'étudier la jurisprudence et le droit commun de la responsabilité ; dont il ressort qu'il est possible d'appliquer des sanctions à la fois procédurales (Chapitre I) et personnelles (Chapitre II).

Chapitre I - Les sanctions procédurales

79. L'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 dispose que les déclarations recueillies et les constatations du médiateur doivent demeurer confidentielles, empêchant leur transmission dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure. Toutefois, si une transmission devait avoir lieu en violation de cette obligation, le juge se retrouverait alors en possession d'informations, dont, d'une part, il n'aurait jamais dû prendre connaissance, et, d'autre part, qui pourraient influencer son jugement. Il ne saurait donc être toléré que ces informations, qui n'auraient pas dû être transmises, puissent être utilisées par le juge pour trancher le litige. Face à ce constat et à l'absence de réponses législatives sur la question, la jurisprudence a décidé de sanctionner cette violation de l'obligation de confidentialité en écartant la pièce confidentielle des débats (Section I). Toutefois, il ne s'agit pas de l'unique sanction procédurale puisqu'il arrive également aux juges de prononcer des sanctions à l'égard de l'acte d'assignation ou des conclusions (Section II).

¹⁹¹ L. USUNIER, *Op. cit.* p.1122

Section I - L'écartement des débats des pièces confidentielles

80. À défaut de précisions apportées par le législateur sur la sanction de la production de pièces confidentielles (I), c'est la jurisprudence qui s'est prononcée sur le sujet en choisissant de sanctionner ce manquement en les écartant des débats (II).

I. L'absence de sanctions légales

81. **L'absence de sanctions européennes.** Que ce soit la Commission par son livre vert ou sa proposition de directive, le Parlement européen, ou le Conseil, aucun n'a proposé d'insérer dans la directive 2008/52/CE des dispositions sanctionnant la violation de l'obligation de la confidentialité de la médiation. Cette absence de précisions peut cependant s'expliquer par le fait que le prononcé de la sanction dépend de l'Etat membre dans lequel la transgression a eu lieu. Chaque Etat ayant un système juridique et des sanctions qui leur sont propres, l'Union européenne ne pouvait pas s'immiscer dans un domaine relevant de la souveraineté des Etats membres ; d'autant plus que la directive 2008/52/CE est d'harmonisation minimale.

82. **L'absence de sanctions prévues par le législateur français.** À la lecture de l'article 21-3 de la loi de 1995 il ne passe pas inaperçu qu'aucune sanction de la violation de l'obligation de confidentialité de la médiation n'a été prévue par le législateur français, tant vis à vis des pièces que des personnes. De plus, aucune mention vis à vis des sanctions n'a été introduite dans le rapport au président de la République¹⁹², ce qui semble démontrer l'absence d'intérêt du législateur à l'égard de cette question. Cette absence de précisions n'est toutefois pas étonnante puisque l'ancien article 24 de la loi de 1995 – dont le législateur s'est fortement inspiré pour créer l'article 21-3 de la loi de 1995 – ne prévoyait pas de sanctions en cas de violation de l'obligation de secret de la part du médiateur ou du conciliateur, ce qui n'a pas encouragé le législateur à en préciser au moment de la création de l'article 21-3.

83. **L'absence de sanctions du défaut de confidentialité dans d'autres domaines.** À défaut de sanctions propres à la violation de l'obligation de la confidentialité de la médiation, il faut alors s'interroger sur l'existence de telles sanctions dans d'autres régimes recourant également à

¹⁹² MINISTRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS, *Op. cit.*

l'obligation de la confidentialité. Plusieurs domaines pourraient être étudiés. C'est le cas notamment de la conciliation conventionnelle qui appartient à la même famille de modes alternatifs de règlement des différends que la médiation¹⁹³ et qui est également soumise à l'obligation de confidentialité. Toutefois, l'article 1531 du Code de procédure civile qui l'y soumet, renvoie au régime de la confidentialité prévu à l'article 21-3 de la loi de 1995, dont il a été dit qu'il ne précisait aucune sanction. Son étude n'apporte donc aucune précision sur les sanctions de la violation de la confidentialité. Ensuite, il est également possible de se tourner vers l'arbitrage, dont la procédure est soumise à la même obligation¹⁹⁴. Ou encore, de s'intéresser à un autre domaine que celui des modes alternatifs de règlement des différends, ce qui est le cas de la conciliation judiciaire, où chacune des personnes qui a connaissance de la procédure est tenue à la confidentialité¹⁹⁵. Cependant, bien que ces deux régimes posent chacun la même obligation, le législateur n'a également pas précisé la sanction de la violation de l'obligation de confidentialité. Les autres domaines imposant une obligation de confidentialité ne permettent donc pas de mettre en évidence des sanctions en cas de manquement.

84. **Une absence de précisions du législateur partiellement critiquable.** Le manque de précision de la part du législateur sur la sanction à appliquer en cas de violation de l'obligation de confidentialité, quel que soit le domaine juridique concerné peut, au premier abord, apparaître regrettable. Toutefois, cela peut être nuancé. En effet, si la sanction est nécessaire pour ne pas priver une obligation de ses effets, imposer une forme particulière de sanction peut également se révéler être défavorable à sa protection, notamment dans les modes alternatifs de règlement des différends. Le risque est avant tout que le législateur prévoit une sanction qui ne conviendrait pas à la réalité de la pratique et qui ne sanctionnerait pas correctement la violation de l'obligation. Cela conduirait alors à une perte de protection des effets de l'obligation de confidentialité, puisque cela pourrait entraver les objectifs qu'elle poursuit, voir même de les neutraliser. Mais imposer une sanction particulière pourrait également limiter la réparation du préjudice, puisque le risque est en effet que la pratique fasse une interprétation stricte de cette sanction, limitant ainsi la réparation du préjudice subi.

¹⁹³ L. USUNIER, *Op. cit.* p.1112

¹⁹⁴ C. Proc. Civ., art 1464 al 4

¹⁹⁵ C. Com..., art L. 611-15

85. **Conclusion.** Au moment de rédiger l'article 21-3 de la loi de 1995 le législateur français n'a pas précisé les sanctions de la violation de l'obligation de confidentialité de la médiation. Toutefois, si ce manquement peut paraître regrettable, d'autant plus qu'il semble être présent dans plusieurs domaines juridiques, cela pourrait toutefois s'avérer être plus protecteur de l'obligation de confidentialité puisque l'appréciation du préjudice et de sa réparation sont à présent laissées à l'appréciation du juge.

II. Une sanction jurisprudentielle

86. Face à l'absence de sanctions procédurales imposées par le législateur lui-même, c'est au juge qu'est revenu la tâche de sanctionner les violations de l'obligation de confidentialité de la médiation. D'abord initié par les juges du fond (A), le fait d'écarter des débats les pièces confidentielles a ensuite été confirmé et renforcé par la Cour de cassation (B).

A. Une sanction initiée par les juges du fond

87. **Une sanction accordée par les juges du fond.** Un peu partout en France, les juges du fond ont le plus souvent accédé aux demandes des parties tendant à ce que la pièce confidentielle qui a été communiquée à tort soit retirée des débats. C'est notamment ce qu'a fait la cour d'appel de Nancy en 2016¹⁹⁶ qui a écarté des débats le rapport de médiation qui avait été communiqué par l'une des parties. Mais également la cour d'appel de Paris, deux ans plus tard en 2018, qui a décidé que des pièces rapportant certains échanges survenus au cours de la médiation « *relatifs à l'annulation d'une réunion de médiation et aux conditions posées à cette médiation* », étaient des échanges soumis à la confidentialité, ce qui nécessitait de les écarter des débats¹⁹⁷.

88. **Une sanction à l'initiative des parties au litige.** Bien que les juges du fond aient décidé de sanctionner la production litigieuse d'une pièce confidentielle en l'écarter des débats, il ressort de la lecture de plusieurs arrêts¹⁹⁸ que les parties au litige devaient obligatoirement en demander l'application au juge. Les juges du fond n'auraient donc semble-t-il jamais relevé d'office la violation de l'obligation de confidentialité de la médiation. Cette obligation, imposée aux parties,

¹⁹⁶ CA de Nancy, ch. sociale, 21 octobre 2016, n° 15/00076

¹⁹⁷ CA de Paris, Pôle 05, ch. 08, 15 mai 2018, n° 16/16041.

¹⁹⁸ CA de Nancy, ch. sociale, 21 octobre 2016, n° 15/00076 ; CA de Paris, Pôle 05 ch. 08, 15 mai 2018, n° 16/16041.

peut ainsi paraître peu protectrice de celles-ci puisqu'elle les oblige à devoir redoubler de vigilance quant au type de pièces communiquées par la partie adverse. Cela est d'autant moins protecteur que le juge, à défaut de demande des parties visant à sanctionner le manquement à la confidentialité, va pouvoir prendre connaissance et se servir de ces pièces pour trancher le litige. Toutefois, aussi contraignante soit-elle, cela pourrait *a contrario* être considéré comme la contrepartie de la confidentialité de la médiation qui est particulièrement protectrice.

89. **Une sanction dont l'application ne nécessite pas la preuve d'un grief.** Si à la lecture de ces différents arrêts les parties sont tenues de relever et de demander elles-mêmes l'application de cette sanction, elles ne sont néanmoins pas obligées de prouver que le manquement à la confidentialité leur a causé un grief¹⁹⁹ pour la voir appliquer. En effet, le simple fait que la pièce communiquée à tort relève du champ d'application matériel de la confidentialité de la médiation suffit pour que le juge l'écarte des débats. Peu importe donc que la production de la pièce ait causé ou non un préjudice à l'autre partie. Cette absence de preuves de grief apparaît à la fois protecteur des parties, puisqu'elles n'ont pas de preuves supplémentaires à apporter, mais juste à démontrer que la pièce ou l'information communiquée relève du champ d'application de la confidentialité de la médiation. Mais cela est également protecteur de l'obligation de confidentialité de la médiation en elle-même puisqu'en réduisant les preuves à apporter en cas de violation de cette obligation, cela augmente le nombre de sanctions prononcées ; ce qui renforce de fait l'effectivité de l'obligation.

90. **Une sanction ferme mais nécessaire.** Ecarter la pièce confidentielle des débats peut être une « *sanction très frustrante* » pour la personne qui a délivré la pièce en question²⁰⁰. Pourtant, toujours selon Nicolas CAYROL cela est nécessaire lorsque « *l'on croit que la médiation est un processus qui mérite d'être encouragé* »²⁰¹. Et pour cause, l'obligation de confidentialité étant indispensable à la médiation, il ne saurait être toléré que le juge puisse prendre en considération des éléments de preuve qui proviendraient de la médiation pour trancher le litige qui lui est soumis. En effet, s'agissant d'informations provenant d'un processus de règlement des différends dans lequel les parties ont confiance et durant lequel chacune des parties se fait confiance, cela risquerait d'affecter cette confiance. Cette sanction, dont la fermeté pourra sans doute être critiquée, doit pourtant être félicitée puisqu'elle permet, d'une part, de retrouver une situation dans laquelle le juge ne pourra

¹⁹⁹ N. HOFFSCHIR, *Op. Cit.*

²⁰⁰ N. CAYROL, *La sanction de l'atteinte à l'obligation de confidentialité de la médiation*, RTD, 2022, p.968

²⁰¹ *Ibid.*

pas prendre en considération un élément de preuve qui serait confidentiel pour trancher le litige. Et, d'autre part, elle permet de protéger les enjeux et l'existence même de l'obligation de confidentialité de la médiation. Sur ce dernier point, si une telle sanction n'avait pas été encourue cela aurait eu pour conséquence de vider l'obligation de confidentialité de sa substance. Elle ne serait alors qu'un principe, qui n'aurait d'obligation que le nom, puisque les parties pourraient communiquer des pièces confidentielles sans encourir de sanctions procédurales, ce qui atteindrait *in fine* à la neutralité du juge. Il s'agit donc d'une sanction aussi importante pour les parties que pour le devenir et l'effectivité de l'obligation de confidentialité de la médiation.

91. **Conclusion.** Ferme mais nécessaire, le fait d'écarter des débats les pièces confidentielles qui ont été communiquées à tort est une sanction indispensable, tant elle est à la fois protectrice des parties et de l'obligation de confidentialité de la médiation elle-même. Cela est d'autant plus le cas que la Cour de cassation a récemment confirmé et renforcé cette sanction.

B. Une sanction confirmée et renforcée par la Cour de cassation

92. **Une décision confirmant la sanction procédurale choisie par les juges du fond.** Les juges du fond sanctionnent depuis maintenant plusieurs années la communication de pièces soumises à la confidentialité de la médiation en les écartant des débats. Toutefois, ce n'est qu'en juin 2022 que la Cour de cassation a eu à se prononcer sur sa validité²⁰². Dans l'arrêt en question, se plaignant de la mauvaise exécution du contrat de location de véhicule qu'il a conclu avec une société, le demandeur devant les juges du fond, après l'échec de la procédure de médiation, a assigné la société pour obtenir la réparation des préjudices moral et matériel qu'il a subis. Cependant, pour soutenir son assignation le demandeur a transmis différents documents dont des pièces relatives à la procédure de médiation. Face à la production de ces pièces confidentielles, la société a donc demandé au juge « *la nullité de la déclaration au greffe et de l'assignation, et, à titre subsidiaire, a demandé que soient écartées des débats les pièces n° 1 à n° 6 produites par le demandeur, couvertes par la confidentialité, [...]* »²⁰³ et de percevoir des dommages et intérêts pour violation de la confidentialité. Sa demande de nullité ayant été rejetée par tribunal d'instance de Marseille, la société a donc saisi la Cour de cassation.

²⁰² Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n°19-21.798

²⁰³ Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n°19-21.798

Avant de rendre sa décision, la Cour de cassation a tout d'abord procédé à un rappel de l'obligation de confidentialité posée par l'article 21-3 de la loi de 1995, et a également précisé qu'« *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* »²⁰⁴. Dans sa décision, au regard de l'obligation de confidentialité de la médiation, elle a alors conclu que le tribunal aurait dû écarter, « *au besoin d'office* »²⁰⁵, les pièces, qui, sauf accord contraire des parties, sont confidentielles au regard de l'article 21-3 de la loi de 1995. La Cour de cassation, dans cet arrêt a par conséquent confirmé la jurisprudence établie par de nombreuses cours d'appel depuis quelques années, qui sanctionne la production d'une pièce confidentielle en l'écartant des débats, sans que les parties aient à produire pour cela la preuve d'un grief²⁰⁶.

Il s'agit ici d'une décision importante puisque si les cours d'appel étaient nombreuses à appliquer cette sanction cela n'était pas le cas de tous les juges, comme le montre cet arrêt dont la décision du juge du tribunal d'instance de Marseille était critiquée, faute d'application de cette sanction. Cette décision permet donc d'établir une sanction procédurale de la violation de l'obligation de confidentialité de la médiation unifiée à l'échelle nationale. Cela s'avère être extrêmement protecteur des parties mais également de l'obligation de confidentialité de la médiation elle-même.

93. Une sanction permettant d'unifier la jurisprudence des chambres de la Cour de cassation. Au-delà d'unifier la sanction de la violation de l'obligation de confidentialité de la médiation à l'échelle nationale, cet arrêt a été l'occasion d'unifier la jurisprudence des chambres de la Cour de cassation sur la sanction procédurale à appliquer en cas de manquement à l'obligation de confidentialité en général. En effet, si cet arrêt est innovant dans le monde de la médiation, il ne s'agissait pourtant pas d'une sanction inconnue de la Cour de cassation pour ce type de manquement. C'est notamment ce que rappelle Nicolas CAYROL²⁰⁷ qui précise que la chambre commerciale avait déjà eu à se prononcer en 2015²⁰⁸ sur la même sanction à l'égard, cette fois-ci, de la confidentialité de la procédure de conciliation judiciaire. Dans cet arrêt, la chambre commerciale avait approuvé la cour d'appel qui avait choisi d'écartier des débats l'attestation remise puisque cela violait la confidentialité de la procédure de conciliation posée par l'article L. 611-15 du Code de commerce.

²⁰⁴ Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n°19-21.798

²⁰⁵ Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n°19-21.798

²⁰⁶ N. HOFFSCHIR, *Op. Cit.*

²⁰⁷ N. CAYROL, *Op. cit.*

²⁰⁸ Cass. Com. 22 sept. 2015, n° 14- 17.377

Il ressort donc de ces deux arrêts – rendus avec sept ans d’écart – que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a décidé de s’aligner sur la décision de la chambre commerciale en ce qui concerne la sanction procédurale de la violation de la confidentialité. Cette unification de la jurisprudence des chambres est d’autant plus importante que l’obligation de confidentialité est souvent utilisée par le législateur dans des domaines juridiques variés et différents tels que celui des modes alternatifs de règlement des différends ou de la procédure collective. Cette unification permet donc, d’une part, de donner une continuité dans la sanction appliquée par chacune des chambres, et, d’autre part, d’unifier la sanction sur tout le territoire français, quel que soit le domaine dans lequel la confidentialité est requise. Mais au-delà d’une sanction unificatrice à plusieurs niveaux, cela permet enfin de donner plus de prévisibilité sur la sanction de la violation de l’obligation de la confidentialité dans des domaines pour lesquels la Cour de cassation ne se serait pas encore prononcée, comme cela est le cas pour la conciliation conventionnelle.

94. **Ecarter les pièces confidentielles des débats, l’unique sanction applicable.** Ecarter des débats une pièce confidentielle est une sanction procédurale très efficace qui permet de protéger l’obligation confidentialité de la médiation et les parties qui en bénéficient. Si la Cour de cassation a consacré le fait de sanctionner le manquement à l’obligation confidentialité en écartant des débats les pièces confidentielles, elle a surtout renforcé cette sanction en précisant que « *l’atteinte à l’obligation de confidentialité de la médiation impose que les pièces produites sans l’accord de la partie adverse, soient, au besoin d’office, écartées des débats par le juge* »²⁰⁹. Comme l’ont souligné de nombreux juristes tels que Hugo BARBIER²¹⁰, Nicolas CAYROL²¹¹, Nicolas HOFFSCHIR²¹², ou encore Lucie MAYER²¹³, avec cette formulation la Cour de cassation impose au juge de sanctionner la violation de l’obligation de confidentialité de la médiation commise par la transmission de pièces confidentielles en les écartant des débats. Le juge n’a donc d’autre choix que d’appliquer cette sanction, puisque la Cour de cassation semble refuser toute autre possibilité. Elle érige donc cette sanction comme l’unique sanction possible lorsqu’il y a eu communication de pièces confidentielles.

²⁰⁹ Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n°19-21.798

²¹⁰ H. BARBIER, *Irrecevabilité des preuves produites en violation du secret de la médiation*, RTD Civ, 2022, p. 626

²¹¹ N. CAYROL, *Op. cit.*

²¹² N. HOFFSCHIR, *Op. cit.*

²¹³ L. MAYER, *Op. cit.*

Cette obligation s'avère très protectrice de la partie lésée, puisqu'obliger le prononcé de cette sanction lui garantit que les pièces qui ont été communiquées ne seront pas utilisées par le juge ; permettant ainsi de retrouver la situation dans laquelle les parties auraient dû se trouver initialement si l'une d'entre elles n'avait pas communiqué une pièce confidentielle. Par ailleurs, au-delà d'être au bénéfice des parties, cette obligation permet également de garantir la neutralité du juge, et la confiance des parties dans le système judiciaire. En effet, une telle obligation, à laquelle le juge ne peut à présent déroger, évite toute manœuvre de celui-ci visant à pouvoir se servir des ces pièces pour trancher le litige.

95. **L'incertitude sur l'obligation du juge de relever d'office cette sanction.** Pour renforcer le poids d'une obligation, mais surtout d'une sanction, un des moyens les plus efficace de le faire est d'obliger le juge à relever d'office son application. Cela implique alors que contrairement à ce qu'impose normalement le Code de procédure civile – à savoir que le procès est la chose des parties – le juge pourra relever des éléments alors même que les parties ne l'auraient pas fait. Si cela est très protecteur pour la partie qui a été négligente, c'est en revanche très intrusif dans le procès.

En matière de confidentialité de la médiation, l'arrêt rendu par la Cour de cassation en juin 2022²¹⁴, est source d'interrogations sur le fait de savoir si le juge serait obligé de relever d'office le manquement à la confidentialité de la médiation et la sanction applicable aux pièces confidentielles. En effet, la doctrine est incertaine sur ce point puisque les points de vue des auteurs s'opposent. Par exemple, pour Nicolas CAYROL la décision de la Cour de cassation ne serait pas très claire sur le sujet, et il serait « plus opportun » de donner au juge la faculté de relever d'office ce manquement²¹⁵. Premièrement selon lui parce que l'obligation de confidentialité de la médiation n'est pas absolue²¹⁶. Et deuxièmement, parce qu'il s'interroge sur la nécessité d'offrir à la partie qui a laissé le juge utiliser des informations confidentielles parce qu'il ne les a pas relevées d'office, la possibilité de casser l'arrêt²¹⁷. En revanche, pour d'autres juristes, plus nombreux, tels que Hugo BARBIER²¹⁸, Nicolas HOFFSCHIR²¹⁹, ou encore Lucie MAYER²²⁰, le juge serait tenu d'une

²¹⁴ Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n°19-21.798

²¹⁵ N. CAYROL, *Op. cit.*

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ H. BARBIER, *Irrecevabilité des preuves produites en violation du secret de la médiation*, RTD Civ, 2022, p. 626

²¹⁹ N. HOFFSCHIR, *Op. cit.*

²²⁰ L. MAYER, *Op. cit.*

obligation de relever d'office cette sanction. Sur ce point la Cour de cassation n'a effectivement pas fait preuve d'une très grande précision dans sa rédaction. Toutefois, à la lecture du point n°9 qui précise que « *l'atteinte à l'obligation de confidentialité de la médiation impose que les pièces produites sans l'accord de la partie adverse, soient, au besoin d'office, écartées des débats par le juge.* »²²¹ ; il semblerait, d'une part, que l'atteinte à l'obligation de confidentialité de la médiation impose d'elle-même que la violation soit sanctionnée en écartant les pièces des débats. Et, d'autre part, que le juge soit tenu, « *au besoin d'office* » – c'est à dire lorsque les parties ne l'auraient pas fait – de relever l'application de la sanction, pour sanctionner effectivement le manquement à l'obligation de confidentialité de la médiation. Le juge semble donc soumis à une obligation de relever d'office l'application de cette sanction.

Comme le souligne Nicolas HOFFSCHIR il est assez évident que la production de pièces confidentielles doit être sanctionnée en les écartant des débats et que le juge est la personne la mieux placée pour appliquer cette sanction puisqu'il « *peut assez aisément identifier certaines des pièces dont la production heurte le principe de confidentialité* »²²². Lui confier l'obligation de relever d'office ce manquement est donc logique et protecteur de la confidentialité de la médiation. Par ailleurs, plus généralement, la confidentialité de la médiation permet de garantir que le juge ne sera pas juge de la médiation mais bien juge du litige. Elle garantit par conséquent la neutralité du juge, ce qui est indispensable pour garantir aux parties un procès équitable. Ne pas soumettre le juge à une obligation de relever d'office les sanctions de la méconnaissance de l'obligation de confidentialité de la médiation serait très étonnant et peu protecteur du procès équitable. Cela reviendrait alors à accepter que le juge utilise des pièces dont il sait qu'elles violent la confidentialité de la médiation au seul motif que les parties ne l'auraient pas soulevé ; ce qui va à l'encontre même du principe de l'obligation de confidentialité. Ce comportement aurait alors eu pour conséquence de rompre la confiance des parties à l'égard de la médiation et du système judiciaire.

96. **Une sanction procédurale critiquable.** Si la Cour de cassation a posé le principe du relevé d'office de la sanction du manquement à l'obligation de confidentialité, celui-ci n'est pourtant pas garanti en pratique. En effet, comme le précise Marielle COHEN-BRANCHE, médiateur de l'AMF²²³, pour pouvoir écartier les pièces des débats, le juge doit pour cela prendre connaissance du

²²¹ Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n°19-21.798

²²² N. HOFFSCHIR, *Op. cit.*

²²³ M. COHEN-BRANCHE, idée émise lors d'un échange verbal

contenu des pièces en question pour vérifier leur caractère confidentiel. Toutefois, même si les pièces ont été écartées des débats, le juge qui en a pris connaissance pour les sanctionner, connaît à présent leur contenu, ce qui peut atteindre à sa neutralité. Dans cette situation il sera donc nécessaire pour le juge d'être extrêmement vigilant pour ne pas se laisser influencer par le contenu de certaines pièces pour trancher le litige, comme par exemple l'avis du médiateur.

97. **Conclusion.** La Cour de cassation, enfin saisie de la question a confirmé la sanction appliquée par les juges du fond consistant à écarter les pièces confidentielles des débats. Mais elle a également décidé de la renforcer en l'érigeant comme l'unique sanction applicable dans cette situation et en obligeant, semble-t-il, le juge à la relever d'office.

98. **Conclusion de la section I.** À défaut de précisions du législateur sur la sanction applicable en cas de production de pièces confidentielles, c'est la jurisprudence qui a dû se prononcer. Face à cette situation, les juges du fond dans un premier temps, confirmés ensuite par la Cour de cassation, ont décidé de sanctionner cette production en écartant les pièces confidentielles des débats. À présent rendue obligatoire, cette sanction pourrait avoir été renforcée par la Cour de cassation qui semble avoir obligé le juge à la relever d'office, même si la doctrine n'est pas unanime sur ce point ce qui nécessiterait un positionnement de la Cour de cassation. Toutefois cette sanction procédurale ne semble pas être la seule à pouvoir être appliquée puisqu'il semble que des sanctions pourraient également être appliquées à l'égard de certains actes de procédure contenant des informations confidentielles.

Section II - La sanction des actes de procédure contenant des informations confidentielles

99. La transmission de pièces contenant des informations confidentielles est un des premiers cas de violation de la confidentialité de la médiation. Pourtant, il arrive que certains actes de procédure fassent également état d'informations protégées par la confidentialité de la médiation. Cela amène par conséquent à s'interroger sur la possibilité de demander la nullité de l'assignation (I) et le rejet des conclusions (II) produites par la partie qui a transgressé l'obligation de confidentialité.

I. La nullité de l'assignation

100. **L'application possible de la nullité de l'assignation.** La demande de nullité de l'assignation est une sanction procédurale souvent demandée par les parties²²⁴, mais dont l'application est pourtant questionnée. Sur ce point, la jurisprudence, et surtout celle de la Cour de cassation, apporte peu d'éclaircissement. En effet, bien qu'elle ait été saisie de la question en juin 2022²²⁵, la Cour de cassation ne s'est pas spécifiquement prononcée sur la possibilité de sanctionner la violation de la confidentialité de la médiation par la nullité de l'assignation. Cela contraint donc à devoir interpréter son silence, comme l'a fait Lucie MAYER qui considère que faute de précisions sur le sujet, la Cour de cassation n'a pas écarté la possibilité d'une telle sanction²²⁶. Toutefois, en l'absence de décision explicite de la part de cette dernière sur ce point, l'application de cette sanction reste par conséquent compliquée et incertaine. Cela est d'autant plus vrai que lorsqu'il est question de déclarer la nullité de l'assignation, en raison de la méconnaissance de l'obligation de confidentialité de la médiation, il faut différencier deux situations différentes : la demande de nullité de l'assignation découlant de la production de pièces confidentielles, et la demande de nullité de l'assignation motivée par la présence dans celle-ci d'informations confidentielles.

101. **La nullité de l'assignation fondée sur la production de pièces confidentielles.** Dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation en juin 2022, face à la production de pièces confidentielles la société demanderesse a demandé au juge « *la nullité de la déclaration au greffe et de l'assignation, et, à titre subsidiaire, a demandé que soient écartées des débats les pièces n° 1 à n° 6 produites par le demandeur, couvertes par la confidentialité, [...] »*²²⁷. La Cour de cassation avait alors cassé l'arrêt rendu par le juge du tribunal d'instance de Marseille qui avait refusé de déclarer la nullité de l'assignation, puisque celui-ci avait s'était prononcé « *au vu des pièces versées aux débats* ».

Pour Lucie MAYER, sanctionner le manquement à la confidentialité en déclarant la nullité de l'assignation est possible. Toutefois, selon elle, c'est à la condition que le juge ne le fasse pas en se fondant sur les pièces confidentielles qui ont été transmises²²⁸ par l'une des parties. Ainsi, selon elle, pour qu'une telle sanction puisse être appliquée, « *le tribunal aurait pu se contenter de relever dans*

²²⁴ CA Paris, pôle 4, ch. 9, 8 oct. 2020, n° 17/15973 ; Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n°19-21.798

²²⁵ Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n°19-21.798

²²⁶ L. MAYER, *Op. cit.* p.41

²²⁷ Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n°19-21.798

²²⁸ L. MAYER, *Op. cit.* p. 41

l'assignation une référence induite au contenu de l'avis du médiateur, sans pour autant se livrer à un examen de l'avis en tant que tel »²²⁹. Recourir à un tel procédé aurait permis selon elle d'éviter de refuser la nullité de l'assignation en prenant en compte pour cela les pièces confidentielles communiquées, ce que la Cour de cassation reprochait justement au juge. Ainsi, devant nécessairement se fonder sur la mention, dans l'assignation, d'informations confidentielles, il apparaît donc compliqué, voir peu probable, que la nullité de l'assignation puisse être appliquée, par le juge, pour la simple communication de pièces confidentielles.

Bien que stricte, cette solution est pourtant cohérente, puisque comme le souligne Nicolas HOFFSCHIR, si un lien existe bien « *entre l'acte de procédure et les éléments de preuves sur lequel il se fonde* », les deux ne sont pourtant pas totalement dépendants l'un de l'autre²³⁰. En effet, s'il est tout à fait possible que les éléments de preuve ne puissent pas être produits en raison de la nullité d'un acte de procédure, l'inverse n'est pas toujours vrai ; écarter des pièces des débats ne conduit pas forcément à la nullité d'un acte de procédure²³¹. La nullité de l'assignation fondée sur la production de pièces confidentielles reste donc très difficile à mettre en pratique.

102. La nullité de l'assignation motivée par la présence dans celle-ci d'informations confidentielles. La présence d'informations confidentielles dans l'assignation semble être un moyen d'obtenir la nullité de celle-ci pour violation de l'obligation de confidentialité de la médiation. Toutefois, pour que cela soit possible, il semble qu'il faille recourir à l'application de la théorie des nullités. C'est notamment ce qu'avait avancé la cour d'appel de Paris en 2020²³² pour valider la nullité de l'assignation qui avait été prononcée par le juge de première instance. En effet, confronté au fait qu'aucun texte ne prévoit la nullité de l'assignation comme sanction de la violation de l'obligation de confidentialité, la cour d'appel de Paris a par conséquent dû recourir à cette théorie. Pour cela, elle a tout d'abord érigé l'obligation de confidentialité de la médiation en principe d'ordre public²³³, afin de pouvoir appliquer une nullité pour vice de forme, fondée sur le non respect d'une formalité substantielle ou d'ordre public. Toutefois, pour y parvenir, la cour d'appel a par la suite rappelé, conformément à la jurisprudence, qu'il fallait apporter la preuve que la divulgation de ces informations avait causé un grief. Pour remplir cette condition, la cour d'appel

²²⁹ L. MAYER, *Op. cit.* p. 41

²³⁰ N. HOFFSCHIR, *Op. cit.*

²³¹ *Ibid.*

²³² CA Paris, pôle 4, ch. 9, 8 oct. 2020, n° 17/15973

²³³ N. HOFFSCHIR, *Op. cit.*

a alors précisé que le grief de la violation de la confidentialité de la médiation résidait dans l'atteinte à la neutralité du juge. En application de ce raisonnement, la nullité prononcée par le juge de première instance a été confirmée.

Dans son commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation de juin 2022, Lucie MAYER fait référence à la possibilité de recourir à la technique qui a été utilisée par la cour d'appel de Paris, en précisant que « *le tribunal aurait pu se contenter de relever dans l'assignation une référence indue au contenu de l'avis du médiateur,* »²³⁴. Toutefois, selon son commentaire une difficulté surviendrait pour prouver le grief. En effet, selon elle, pour prouver le grief causé par « *une référence indue au contenu de l'avis du médiateur* », il faut pour cela que le juge se réfère à l'avis du médiateur en question pour savoir si cela atteindra à sa neutralité²³⁵. Or c'est ce que la Cour de cassation interdit expressément dans l'arrêt de juin 2022²³⁶ ce qui compliquerait donc la mise en place de cette sanction.

Si l'argumentation de Lucie MAYER semble exacte puisqu'elle se fonde sur la possibilité que l'assignation fasse mention d'une « *référence indue au contenu de l'avis du médiateur* », elle ne semble pourtant pas prendre en compte un paramètre dans son raisonnement. En effet, en faisant référence à une « *référence indue* », Lucie MAYER ne semble pas différencier, un simple renvoi ou une simple référence au contenu de l'avis du médiateur avec la communication d'une information précise issue de l'avis du médiateur, ou toute autre pièce devant rester confidentielle. La simple référence au contenu de l'avis du médiateur devrait ainsi être différenciée de l'information plus précise. Préciser les dires exactes des parties survenus dans un échange de mails, le montant sur lequel elles se sont mises d'accord, ou encore l'avis du médiateur lui-même, dans l'assignation, ne doit pas être confondu avec une simple mention du contenu de l'avis du médiateur, puisque le degré de précision et le degré de confidentialité auquel le juge est exposé n'est pas le même. Ainsi, dans le cas où les informations seraient très précises, il ne serait pas nécessaire pour le juge de se référer aux pièces confidentielles pour vérifier si une atteinte à la confidentialité et à la neutralité du juge a été causée. Le juge pourrait alors, sans prendre connaissance des pièces confidentielles déclarer la nullité de l'assignation pour violation de la confidentialité de la médiation.

Ainsi, au regard de ces différentes informations, il semblerait que le prononcé de la nullité de l'assignation dépendrait finalement du type d'informations qui ont été communiquées dans l'assignation elle-même et de leur degré de confidentialité. Plus elles seront confidentielles et

²³⁴ L. MAYER, *Op cit*, p.41

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n°19-21.798

précises, moins le juge sera amené à se référer aux pièces confidentielles communiquées pour confirmer l'atteinte à sa neutralité, ce qui permettra de déclarer la nullité de l'assignation. En revanche, moins l'information sera précise, plus elle nécessitera que le juge se réfère à d'autres pièces pour vérifier l'atteinte à sa neutralité, ce qui est en revanche interdit par la Cour de cassation, ce qui empêchera donc le prononcé de la nullité de l'assignation.

103. **Conclusion.** Le choix de demander la nullité de l'assignation est une possibilité offerte aux parties. Toutefois, la jurisprudence étant incertaine quant à l'application de cette sanction, elle reste donc compliquée à appliquer, d'autant plus qu'il faut distinguer deux situations distinctes. Pourtant, les incertitudes rencontrées quant à l'application de cette sanction ne semblent pas nouvelles puisque le fait de sanctionner les conclusions des parties semble tout aussi incertain.

II. Les sanctions applicables aux conclusions

104. **Le rejet des conclusions, une sanction impossible.** Comme le souligne Nicolas HOFFSCHIR, « un lien existe entre l'acte de procédure et les éléments de preuves sur lequel il se fonde »²³⁷. C'est notamment ce lien qui permet, qu'en cas d'impossibilité de conclure, la partie n'ait pas la possibilité de produire ses pièces²³⁸. Toutefois, ces deux éléments « ne font pas corps » puisqu'il est tout à fait possible d'écarter des débats des pièces et de recevoir l'acte de procédure²³⁹. Cela explique donc que le fait d'écarter des débats les pièces confidentielles apportées en violation de l'obligation de confidentialité de la médiation ne permet pas de justifier le rejet des conclusions de la partie. C'est notamment ce que confirme un récent arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles, en 2023²⁴⁰ dans lequel elle avait écarté des débats les pièces qui avaient été communiquées par une partie, au motif qu'elles violaient l'obligation de confidentialité de la médiation. Pourtant elle avait conclu que le fait d'écarter les pièces des débats ne justifiait pas le fait de rejeter les conclusions de la partie, et à par conséquent refusé de faire droit à cette demande. Ainsi, bien que cette sanction aurait certainement été dissuasive pour la partie, l'indépendance des conclusions vis à vis des pièces produites permet d'éviter son application, qui aurait été par ailleurs très sévère envers la personne qui aurait communiqué les pièces confidentielles. En effet, si

²³⁷ N. HOFFSCHIR, *Op. cit.*

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ N. HOFFSCHIR, *Op. cit.*

²⁴⁰ CA de Versailles, 15e chambre, 23 mars 2023, n° 20/00699

l'objectif poursuivi par la sanction aurait été de protéger l'effectivité de l'obligation de confidentialité de la médiation, une telle sanction n'a pas pour autant pour objectif d'empêcher une partie d'agir en justice.

105. **Le retrait des mentions confidentielles figurant dans les conclusions.** À défaut de pouvoir rejeter les conclusions en raison de la production de pièces confidentielles, les parties semblent en revanche pouvoir demander le retrait des mentions confidentielles qui figurent dans les conclusions elles-mêmes. C'est notamment ce qui ressort d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 2013²⁴¹ dans lequel, si elle n'a pas fait droit à cette demande, puisque les informations communiquées n'atteignaient pas à l'obligation de confidentialité de la médiation, elle n'a cependant pas écarté cette possibilité. Par ailleurs, cette possibilité a également été réitérée dans son principe, par la même cour d'appel en 2020²⁴², qui déclarait alors que « *M. G... fait valoir avec pertinence qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne sanctionne par la nullité un acte de procédure qui ferait échec à ce principe d'ordre public de confidentialité, de sorte que la sanction naturelle d'une violation du principe de confidentialité devrait conduire à ordonner la cancellation des mentions irrégulières.* ». Ains, il semble, d'une part, que cette sanction soit tout à fait envisageable, aussi bien pour les conclusions que pour l'assignation, puisque la cour d'appel ne fait mention que « *d'acte de procédure* », englobant de fait l'assignation. Toutefois, son application serait conditionnée, selon la cour d'appel, à ce que l'acte contesté soit produit pour pouvoir préciser les mentions à retirer. D'autre part, il semblerait que cette sanction serait justifiée par l'absence de texte qui sanctionne le manquement à l'obligation de la confidentialité par la nullité, nécessitant alors, pour rétablir la situation, de retirer les mentions litigieuses. C'est parce que la nullité n'est pas requise que la seule sanction applicable est de retirer les éléments confidentiels de la même manière que les pièces confidentielles sont écartées des débats.

Cette sanction est ici particulièrement intéressante et s'avère être un véritable compromis entre la nécessité de sanctionner la violation de l'obligation de confidentialité et le refus de rejeter les conclusions. Mais surtout, cette sanction s'inscrit finalement dans la continuité de celle d'écarter les pièces confidentielles des débats, puisque comme elle, cela permet plus généralement de poursuivre le jugement sans prendre en compte les éléments confidentiels qui n'auraient pas dû être communiqués.

²⁴¹ CA de Paris, Pôle 03 ch. 01 - 3 juillet 2013 - n° 12/17003

²⁴² CA Paris, pôle 4, ch. 9, 8 oct. 2020, n° 17/15973

106. **Conclusion.** L'étude des sanctions applicables aux conclusions met en avant que s'il est possible de retirer les mentions confidentielles y figurant, il n'est en revanche pas possible de rejeter les conclusions au motif que les pièces confidentielles communiquées à tort soient écartées des débats.

107. **Conclusion de la section II.** En plus de sanctionner les pièces communiquées en les écartant des débats, l'application de certaines sanctions est également envisageable vis à vis de l'assignation et des conclusions des parties. Toutefois, cela est à la condition que chacun de ces actes de procédure contiennent des informations confidentielles, puisque leur sanction ne peut découler de la simple production de pièces confidentielles.

Conclusion du chapitre I

108. Pour répondre aux objectifs poursuivis par l'obligation de la confidentialité de la médiation et pour garantir son effectivité en cas de violation, le juge a pris soin de mettre en place, faute de précisions légales sur ce point, des sanctions procédurales. Touchant à la fois aux pièces confidentielles, à l'acte d'assignation, et aux conclusions, plusieurs sanctions peuvent être utilisées par les parties pour réparer la violation de l'obligation et le dommage causé à la neutralité du juge qui en découle ; sous réserve toutefois que les conditions encore incertaines et imprécises posées par la jurisprudence soient respectées. Malgré des imprécisions, des incertitudes et le fait que la neutralité du juge ne soit pas totalement garantie, les juges ont le mérite d'avoir mis en place ces différentes sanctions, dont le régime évoluera sans nul doute avec le temps et la pratique, et dont le cumul avec les sanctions personnelles envisageables offrirait une grande protection à la confidentialité de la médiation.

Chapitre II - Les sanctions personnelles

109. Au-delà d'obtenir l'application de sanctions procédurales qui permettraient de rétablir l'équilibre entre les parties devant le juge, celles-ci peuvent également prétendre à l'application d'autres sanctions, cette fois-ci personnelles – c'est à dire des sanctions touchant la personne qui a violé l'obligation de confidentialité – pour obtenir la réparation du préjudice qu'elles ont subi du fait de la violation de cette obligation. À défaut de sanctions spécifiquement prévues par le législateur dans ce domaine, il est tout d'abord possible de se tourner vers le droit commun qui permet d'engager la responsabilité civile ou contractuelle de la personne qui a transgressé l'obligation de confidentialité (Section I). Toutefois, en plus de l'application de ces sanctions il est intéressant de préciser que le médiateur, du fait de sa fonction, pourrait se voir sanctionner du fait de l'application de sanctions spécifiques à sa qualité de médiateur (Section II).

Section I - L'engagement des responsabilités civile et contractuelle

110. En cas de violation de l'obligation de confidentialité de la médiation, la personne qui aurait subi un préjudice du fait de cette violation peut en demander la réparation en engageant, d'une part, la responsabilité civile de la personne qui a transgressé cette obligation (I). Et, d'autre part, en engageant la responsabilité contractuelle de la personne qui a transgressé l'obligation de confidentialité de la médiation lorsque celle-ci a une source conventionnelle (II).

I. L'engagement de la responsabilité civile

111. Pour obtenir l'engagement de la responsabilité civile d'une personne pour violation de la confidentialité de la médiation, les articles 1240 et 1241 du Code civil auxquels il faut se référer imposent la réunion de plusieurs conditions (A). Toutefois, une fois les conditions remplies, la question est alors de savoir comment évaluer et sanctionner le préjudice subi (B).

A. Les conditions d'application de la responsabilité civile

112. **Une sanction applicable à une pluralité de personne.** Avant de pouvoir engager la responsabilité civile pour violation de l'obligation de la confidentialité, il faut savoir qui pourra voir sa responsabilité civile engagée sur ce fondement. Pour cela, il faut se référer au champ

d'application personnel de la médiation disposé à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995. Comme cela a pu déjà expliqué dans un raisonnement antérieur²⁴³, les personnes tenues à la confidentialité de la médiation sont nombreuses, et sont concernées en tout premier lieu les personnes participant à la procédure de médiation, tel que le médiateur, les parties et les avocats. Mais à la lecture de l'article 21-3 qui dispose que « *la médiation est soumise au principe de confidentialité* », il ressort, à défaut de précisions du législateur, que cela pourrait également concerner d'autres personnes que ceux participant à la procédure de médiation, comme par exemple la presse. Inclure des personnes extérieures à la procédure de médiation aurait ici son avantage, puisque cela permettrait d'englober un maximum de personnes susceptibles de dévoiler des informations confidentielles et, de fait, d'augmenter la possibilité d'obtenir la réparation du préjudice subi.

113. **Les conditions de la responsabilité civile.** Pour engager la responsabilité civile d'une personne, plusieurs conditions cumulatives sont requises par le Code civil. Ces conditions sont au nombre de trois, il faut : un fait générateur, un dommage et un lien de causalité. Si la faute permettant d'engager la responsabilité civile est toujours identique, à sa voir violer la confidentialité de la médiation, ce qui suffit pour faire application des articles 1240 et 1241 du Code civil, les autres conditions peuvent toutefois être source d'interrogations.

114. **Un préjudice protéiforme.** Contrairement à la faute qui reste toujours identique en cas de violation de l'obligation de confidentialité de la médiation, le préjudice lié à la violation de cette obligation peut quant à lui prendre plusieurs formes puisque le droit français de la responsabilité permet de réparer différents préjudices, tels que les préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux. Dans le cadre de la violation de l'obligation de confidentialité de la médiation, ces deux grandes formes de préjudices semblent pouvoir être utilisées. En effet, parmi les préjudices invocables, il peut tout d'abord être invoqué le préjudice moral, et le préjudice réputationnel²⁴⁴ qui sera, pour ce dernier, le plus souvent avancé par les grandes entreprises et les établissements bancaires ou financiers. Enfin, il est également possible dans certains cas d'invoquer un préjudice économique, qui pourrait par exemple découler du préjudice réputationnel. Toutefois, bien que ces préjudices soient facilement identifiables, il n'en demeure pas moins que la personne qui les invoquera devra par conséquent prouver leur existence. Cela pourrait ainsi poser des difficultés notamment en

²⁴³ Cf. Paragraphes 26 à 29

²⁴⁴ M. COHEN-BRANCHE, propos obtenus dans un courriel du 2 mai 2023

matière de préjudice réputationnel ou moral puisque ceux sont des préjudices abstraits et dont l'existence est difficile à démontrer.

115. **Conclusion.** Pour pouvoir engager la responsabilité civile de la personne qui a transgressé l'obligation de confidentialité de la médiation plusieurs conditions sont exigées. Aussi, une fois-celles-ci remplies il faut ensuite évaluer le préjudice subi pour pouvoir le réparer.

B. L'évaluation du préjudice subi pour défaut de confidentialité

116. **Une évaluation du préjudice difficile à faire.** La question de l'évaluation du préjudice est indispensable puisque les dommages et intérêts auxquels l'auteur de la faute est condamné sont estimés à l'aune de ce préjudice²⁴⁵. Toutefois, en raison du caractère abstrait de certains préjudices, comme le préjudice moral ou réputationnel, l'évaluation de celui-ci est difficile à faire, ce qui ne facilite pas sa réparation.

117. **Une jurisprudence incertaine quant à l'évaluation du préjudice.** Faute de précisions de la part du législateur sur la manière dont il faut évaluer le préjudice subi en raison de la violation de la confidentialité, il faut alors se tourner vers la jurisprudence. Toutefois, à la lecture de celle-ci, il semblerait qu'elle n'apporte finalement pas plus de précisions en la matière. C'est notamment ce qui ressort d'un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2019²⁴⁶, dans lequel elle devait se prononcer sur un arrêt dans lequel le juge avait condamné une société à payer la somme d'un euro symbolique pour réparer le préjudice moral subi en raison de la violation de la confidentialité de la médiation. Face à cette décision, la défenderesse a saisi la Cour de cassation pour qu'elle se prononce sur ce point, en invoquant le fait que « *le préjudice doit être réparé dans son intégralité et non pour le principe* », et qu'une telle décision de la part de la cour d'appel de Grenoble, vidait selon elle l'obligation de la confidentialité de sa substance. Cependant, si la question posée à la Cour de cassation aurait éclairci la manière dont ce préjudice doit être réparé, elle ne s'est pourtant pas prononcé sur le sujet, puisque selon elle, ce moyen n'était pas de nature à entraîner la cassation de l'arrêt. Une telle décision de la part de la Cour de cassation amène ainsi à considérer, d'une part, qu'elle a souhaité donner au juge un large pouvoir d'appréciation en matière d'évaluation du

²⁴⁵ L. IZAC, *La confidentialité, principe directeur de médiation en entreprise*, [En ligne], [Consulté le 27 mai 2023], adresse : https://publications.ut-capitole.fr/id/eprint/24657/1/izac_confidentialite.pdf, p.9

²⁴⁶ Cass. Civ. 3ème, 12 décembre 2019, n°18-22.961

préjudice subi en la matière. Et, d'autre part, que la réparation partielle, par le versement d'un euro symbolique, ne semblait pas problématique.

Bien qu'il puisse s'agir d'une très grande marge de manœuvre que la Cour de cassation octroie au juge pour sanctionner la violation de l'obligation de la confidentialité de la médiation – ce qui lui permet de décider du versement de la somme d'un euro symbolique pour réparer le préjudice subi – cette décision est pourtant étonnante dans la mesure où la Cour de cassation a par le passé défendu, à de nombreuses reprises, la notion de réparation intégrale du préjudice.

Par ailleurs, si une comparaison devait être faite entre cet arrêt et celui que la Cour de cassation a rendu en 2022, dans lequel elle impose que les pièces confidentielles transmises soient écartées des débats, il apparaît que la volonté protectrice qui l'avait animée lors de cette décision n'était pas présente en 2019 lorsqu'elle a rendu cet arrêt qui accepte implicitement de ne pas réparer intégralement le préjudice subi du fait de la violation de la confidentialité de la médiation. Par ailleurs, cette sanction est d'autant plus problématique que si elle devait être utilisée au même moment que le fait d'écartier les pièces confidentielles des débats, cela amènerait à l'application de sanctions aux effets contradictoires, ce qui conduirait à la mise en oeuvre d'une sanction globale dont les effets seraient presque inexistantes. Et pour cause, l'application simultanée de ces deux sanctions conduirait seulement à sanctionner le défaut de confidentialité de la médiation par la remise en place des parties dans la situation dans laquelle elles auraient dû se trouver à défaut de violation de la confidentialité, sans en sanctionner personnellement la personne qui en est à l'origine. Finalement, la personne qui aurait ainsi négligé cette obligation risquerait seulement de se retrouver dans la situation dans laquelle elle aurait dû être si elle n'avait pas violé son obligation. Elle n'encourra donc qu'une sanction procédurale. Cette sanction apparaît donc peu protectrice de la partie lésée, mais également de l'effectivité de l'obligation de confidentialité de la médiation, surtout au regard de son caractère peu dissuasif de la sanction pécuniaire encourue.

118. Une réparation du préjudice pouvant être octroyée même en cas de violation réciproque de l'obligation de confidentialité. Alors même que certaines cours d'appel n'octroient que des sommes symboliques en réparation du préjudice subi, certaines d'entre elles semblent pourtant guidées par une volonté plus protectrice des parties lésées et de l'obligation de confidentialité. C'est le cas notamment de la cour d'appel de Colmar qui a précisé, dans un arrêt

rendu en 2017²⁴⁷ que le fait que la partie qui demande la réparation de son préjudice ait elle-même violé l'obligation de confidentialité, ne justifie pas le refus de réparer le préjudice qu'elle a subi²⁴⁸. Dans cet arrêt le juge est ici protecteur de la partie lésée, puisqu'il lui permet de conserver le bénéfice de l'application de la responsabilité civile et donc de bénéficier de la réparation qui en découle. Par ailleurs, il n'est pas moins protecteur de l'obligation de confidentialité de la médiation puisque, si le juge n'avait pas agi de cette manière, cela aurait conduit aux mêmes effets que le fait de condamner le versement d'une somme d'un euro symbolique pour réparer le préjudice causé, limitant de fait l'effet responsabilisateur et dissuasif de la sanction. L'objectif poursuivi était donc dual : permettre la réparation du préjudice et garantir l'effectivité de l'obligation de confidentialité pour ne pas inciter les personnes à la transgresser.

119. Une jurisprudence nécessitant une prise de position de la part de la Cour de cassation.

À la lecture de ces différents arrêts, il ne peut être nié que la jurisprudence est incertaine sur la façon de réparer le préjudice causé par la violation de l'obligation de la confidentialité de la médiation. Face à ces incertitudes, qui nuisent fortement à l'effectivité de l'obligation de la confidentialité de la médiation, puisque cela entraîne un risque de ne pas créer d'effet dissuasif et de faire obstacle à la responsabilisation des personnes qui ont transgressé cette obligation pour éviter qu'elles ne recommencent, il est donc nécessaire que la Cour de cassation unifie la jurisprudence sur ce point. Cela permettrait ainsi d'offrir un régime plus protecteur, qui serait concordant avec l'objectif poursuivi par l'obligation de confidentialité de la médiation, et surtout, complémentaire au régime des sanctions procédurales qu'elle a mis en place pour garantir une plus grande protection de la confidentialité de la médiation.

120. Conclusion. Bien que l'application de la responsabilité civile est possible malgré quelques imprécisions, il semble que cela ne soit pas l'unique moyen de sanctionner personnellement la personne qui a transgressé l'obligation de confidentialité. En effet, l'engagement de sa responsabilité contractuelle semble également pouvoir être invoqué.

²⁴⁷ CA Colmar, ch. civ. 01, sect. A, 8 mars 2017, RG n°15/03737

²⁴⁸ Christiane FÉRAL-SCHUHL et Michèle JAUDEL, *Op. cit.* p. 320

II. L'engagement de la responsabilité contractuelle

121. **Les cas permettant d'engager la responsabilité contractuelle.** En plus de la protection accordée par l'obligation de confidentialité elle-même, les parties ont la possibilité de conclure des accords de confidentialité entre elles ou avec d'autres personnes qui prendraient connaissance de la médiation. Un tel accord pourrait alors intervenir lorsque les parties décident d'étendre le champ d'application de la confidentialité, ou encore lorsqu'il est question de soumettre une personne qui n'est pas soumise à l'obligation de confidentialité posée par l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995, à cette obligation. Ainsi, dans le cas où l'une des parties de la convention ne respecterait pas cette obligation, sa responsabilité contractuelle pourrait être engagée.

122. **Une réparation du préjudice facilitée par l'établissement d'une clause pénale.** Comme le précisaient Michelle JAUDEL et Christiane FÉRRAL-SCHUHL, la clause pénale permet aux personnes de convenir des éléments de la médiation dont elles souhaitent qu'ils restent confidentiels²⁴⁹. Toutefois, les parties peuvent également prévoir par le biais de cette clause pénale « *le versement d'une somme forfaitaire déterminée* »²⁵⁰ qui permettra de réparer le préjudice causé en cas de violation de la clause.

Toutefois, comme le souligne Laurent IZAC, les effets de cette clause sont relatifs²⁵¹. D'une part, parce que cette clause n'a d'effets qu'entre les personnes qui en sont signataires²⁵². Ce qui amène par conséquent Laurent IZAC à conseiller de faire contresigner cette clause par tous les intervenants à la procédure de médiation²⁵³. D'autre part, l'effet relatif de cette clause réside surtout dans le régime juridique prévu par l'article 1231-5 du Code civil²⁵⁴. En effet celui-ci dispose que si les parties sont à mêmes d'établir elles-mêmes les dommages et intérêts que devra la personne qui n'exécutera pas le contrat, le montant alloué peut cependant être modifié par le juge, et cela même d'office, s'il considère que le montant est trop important ou trop dérisoire. Les parties sont donc libres de fixer l'indemnisation qu'elles souhaitent obtenir lorsqu'elles concluent un contrat de

²⁴⁹ C. FÉRRAL-SCHUHL, M. JAUDEL, *Op. cit.* p. 319

²⁵⁰ C. FÉRRAL-SCHUHL, M. JAUDEL, *Op. cit.* p. 319

²⁵¹ L. IZAC, *Op.cit.*

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ *Ibid.*

confidentialité, toutefois cette liberté pourra être remise en cause par le contrôle du juge. Ainsi, bien que cette clause puisse produire des effets intéressants, ils restent cependant limités.

123. **L'accord sur une sanction autre que des dommages et intérêts.** En cas de non respect de la confidentialité de la médiation, si les parties peuvent en effet prévoir le versement de dommages et intérêts, elles peuvent également prévoir d'autres sanctions. Par exemple, cela est le cas du médiateur de la FEVAD qui prévoit dans sa charte de médiation que « *Le Médiateur de la consommation Fevad peut décider de mettre fin au processus de médiation lorsque des faits concordants démontrent que la confidentialité des échanges n'a pas été respectée* »²⁵⁵. Bien que sévère, cette sanction a l'avantage de garantir la bonne application de la confidentialité de la médiation sous peine de voir la procédure de médiation prendre fin. Si cette sanction pourrait être critiquée puisqu'elle implique de mettre fin à la procédure de médiation entamée, il s'agit pourtant d'une sanction judiciaire au vu des objectifs poursuivis par la confidentialité de la médiation. En effet, l'objectif de cette dernière est d'offrir à chacune des parties un espace dans lequel la parole est libre permettant ainsi de résoudre facilement leur litige. Or, si l'une des parties venait à transgresser cette obligation, le bon déroulement de la médiation en pâtirait puisque la liberté de parole serait entravée et la confiance entre les parties disparue, ce qui pourrait paralyser, *de facto*, la poursuite de la procédure, ce qui justifierait alors d'y mettre fin.

124. **Conclusion de la section I.** Pour obtenir la réparation du préjudice subi du fait de la violation de l'obligation de confidentialité de la médiation posée par l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995, la personne lésée peut engager la responsabilité délictuelle ou contractuelle de l'auteur de la violation. Cela pourra ainsi lui permettre d'obtenir des dommages et intérêts ou une autre sanction lorsque les parties se sont entendues dessus. Toutefois, il ne s'agit pas des seules sanctions applicables puisque des sanctions professionnelles pourraient s'appliquer au médiateur en cas de violation de la confidentialité de la médiation.

²⁵⁵ MÉDIATEUR DE LA FEVAD, *Charte médiation de la consommation de la Fevad*, mise à jour 2023, p.8

Section II - Les sanctions professionnelles du médiateur

125. Si toutes les personnes soumises à la confidentialité de la médiation, ou qui ont conclu un accord de confidentialité, peuvent se voir sanctionner par le droit commun de la responsabilité délictuelle et contractuelle, il semblerait que le médiateur pourrait en plus faire l'objet de sanctions professionnelles – c'est à dire des sanctions sanctionnant la personne en raison d'une violation d'une obligation professionnelle. Les médiateurs pourraient ainsi se voir sanctionner pour violation du secret professionnel, même si la doctrine est indécise sur la question (I). Mais au-delà de cette sanction générale, les médiateurs de la consommation, par exemple, pourraient quant à eux se faire sanctionner par la CECMC (II).

I. L'application incertaine d'une sanction pour violation du secret professionnel

126. **Une doctrine indécise sur l'application de la sanction de la violation du secret professionnel à l'égard du médiateur.** Comme en dispose l'article 226-13 du Code pénal « *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.* ». À défaut de précisions concernant les professions visées par cet article, il semblerait qu'il puisse s'appliquer à toute profession, quelle qu'en soit la nature, dès lors que dans le cadre de son exercice des informations secrètes sont communiquées. En matière de médiation, l'application de cette sanction divise la doctrine. En effet, pour certains juristes comme Romain CARAYOL²⁵⁶ ou Laurent IZAC²⁵⁷, le secret professionnel est applicable au médiateur. Pour d'autre, comme Elsa COSTA²⁵⁸. par exemple, le médiateur ne peut y être soumis puisqu'aucun texte ne le précise expressément, amenant donc à considérer qu'il est uniquement soumis à l'obligation de confidentialité de la médiation.

127. **Des obligations au champ d'application personnel différent.** À la lecture des articles portant sur la confidentialité de la médiation et sur le secret professionnel, il apparaît que les personnes qui y sont tenues ne sont pas les mêmes. En effet, il ressort de l'article 21-3 de la loi de 1995 que toutes les personnes participant à la procédure de médiation sont soumises à cette

²⁵⁶ R. CARAYOL, *Op. cit.*

²⁵⁷ L. IZAC, *Op. cit.*

²⁵⁸ E. COSTA, *Op. cit.*

obligation, ce qui inclu notamment le médiateur et les parties. Quant au secret professionnel, seul sont soumis à cette obligation les professionnels dépositaires, soit par « *état* », par « *fonction* » ou en raison « *d'une mission temporaire* » d'informations secrètes ; les parties au litige ne peuvent donc pas y être soumises. Ainsi, il apparait à la lecture de ces deux articles que le champ d'application du secret professionnel est moins étendu que celui de l'obligation de confidentialité de la médiation.

128. **Des obligations au champ d'application matériel différent.** Comme pour le champ d'application personnel de ces deux obligations, il ressort de leur étude comparée que leur champ d'application matériel est différent l'un de l'autre. Effectivement, à lecture de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995, la confidentialité de la médiation ne s'applique uniquement qu'à deux types d'éléments : les constatations du médiateur et les déclarations recueillies. En revanche, l'article 226-13 du Code pénal ne fait état que « *d'une information à caractère secret* ». À défaut de précision le champ d'application du secret professionnel s'applique donc à toutes informations, dès lors qu'elles sont revêtues d'un caractère secret. Le champ d'application matériel du secret professionnel est donc plus étendu que celui de la confidentialité de la médiation. Cela permet donc d'englober dans celui-ci, aussi bien les informations qui ne sont pas soumises à l'obligation de confidentialité que celles qui y sont effectivement soumises. De ce fait, il semblerait que la violation de la confidentialité de la médiation causée par un médiateur pourrait amener à la violation du secret professionnel.

129. **Des obligations cumulables.** Ainsi, en plus de l'étude de leur champ d'application matériel et personnel qui montre que ceux-ci sont différents l'un de l'autre, il semblerait que l'obligation de confidentialité et le secret professionnel pourraient, de manière générale, s'appliquer cumulativement. C'est notamment ce qui ressort de la réponse adressée par le ministère de la Justice en mars 2023, concernant la soumission de l'avocat à l'obligation de confidentialité de la médiation²⁵⁹. Dans cette réponse le ministère de la Justice avait alors précisé que l'avocat qui participe à la médiation est tenu à l'obligation de confidentialité de la médiation, mais qu'il reste toutefois soumis du fait de sa fonction à toutes les obligations déontologiques auxquelles il est tenu du fait de sa profession²⁶⁰.

²⁵⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Confidentialité de la médiation*, Sénat débat parlementaire, 23 mars 2023, p.2042

²⁶⁰ *Ibid.*

Dans le cas du médiateur, le raisonnement appliqué à l'avocat pourrait alors s'appliquer à lui. Cela est notamment possible dans la mesure où ces obligations n'ayant pas un champ d'application identique, elles se complètent donc. L'avantage de ce cumul serait donc qu'en cas de violation de l'obligation de la confidentialité de la médiation par le médiateur lui-même, la partie lésée pourra avoir recours à des sanctions procédurales, des sanctions personnelles mais également à l'application de cette sanction professionnelle.

130. **Une obligation ne nécessitant pas un texte spécifique pour s'appliquer.** Comme Elsa COSTA, certains juristes pensent que pour que le médiateur soit soumis au secret professionnel, il faut pour cela qu'un texte le prévoit. Par exemple, c'est le cas du médiateur pénal pour lequel l'article R. 15-33-36 du Code de procédure pénale dispose qu'il prête serment devant le tribunal judiciaire ou la cour d'appel²⁶¹ et dit « *Je jure d'exercer mes fonctions avec rigueur, loyauté, impartialité et dignité et de respecter le secret professionnel.* »²⁶². Pourtant, cela n'est pas le cas de tous les médiateurs. En effet, les articles 21-1 et suivants de la loi du 8 février 1995 ne disposent pas d'une telle obligation vis à vis des médiateurs, alors même que l'ancien article 24 de cette même loi disposait que « *Le conciliateur et le médiateur sont tenus à l'obligation du secret à l'égard des tiers* ».

La question se pose donc de savoir si le médiateur pourrait être tenu au secret professionnel alors même qu'aucun texte ne le prévoit expressément.

Pour le savoir, il est alors possible de s'intéresser à une profession non juridique qui est soumise au secret professionnel et pour laquelle la question s'est également posée : le cas des psychologues libéraux. Sur ce point, c'est le ministère de la Santé et de la Prévention qui s'est vu posée la question et qui y a répondu en janvier 2023²⁶³. Il a alors précisé, d'une part, que de la même manière que pour les psychologues publics, les psychologues libéraux étaient eux aussi soumis à l'obligation de secret professionnel²⁶⁴. Et, d'autre part, que si les psychologues libéraux n'étaient pas soumis « *par état* » à cette obligation, puisqu'aucun texte ne les y soumet, ils pouvaient y être soumis « *par profession* » ou encore en cas de « *fonction ou mission temporaire* »²⁶⁵.

²⁶¹ C. Proc. Pén., art R. 15-33-36 al 1

²⁶² C. Proc. Pén., art R. 15-33-36 al 2

²⁶³ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DE LA PRÉVENTION, *Secret professionnel des psychologues*, Sénat débat parlementaire, 12 janvier 2023, p. 209

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.*

Pour ce qui est des médiateurs, tels qu'ils sont envisagés par la loi du 8 février 1995, étant détenteurs, du fait de leur profession, d'un certain nombre d'informations devant demeurer secrètes, ils pourraient être soumis au secret professionnel. À défaut de texte les y soumettant ils seraient ainsi tenus à cette obligation non pas par « *par état* » mais par « *profession* ». L'absence de textes ne semble donc pas empêcher la possibilité de soumettre le médiateur au secret professionnel.

131. **L'application incertaine de la sanction.** Le secret professionnel dispose d'un champ d'application matériel étendu tandis que son champ d'application personnel est limité aux seuls professionnels détenant des informations secrètes. Le fait qu'aucun texte ne prévoit l'application de cette obligation pour les médiateurs relevant de la loi du 8 février 1995, ne permet pas d'avoir la certitude que le secret professionnel leur soit effectivement applicable.

Cette sanction serait pourtant intéressante dans le cadre de la protection de la confidentialité de la médiation puisqu'elle se rajouterait aux sanctions procédurales et personnelles déjà applicables. Une telle sanction permettrait donc de protéger davantage la confidentialité de la médiation. Toutefois, à défaut de précisions textuelles ou jurisprudentielles sur le sujet, l'application de cette obligation et de la sanction qui accompagne sa violation reste donc incertaine pour le médiateur.

132. **Conclusion.** Pouvant possiblement se cumuler avec l'obligation de confidentialité de la médiation, l'application du secret professionnel au médiateur permettrait ainsi de protéger davantage la confidentialité de la médiation en cas de violation de cette obligation de la part du médiateur.

II. La sanction professionnelle propre au médiateur de la consommation

133. **Le contrôle effectué par la CECMC.** Le médiateur de la consommation faisant l'objet d'un régime juridique particulier, celui-ci doit répondre d'un certain nombre d'obligations posées par le Code de la consommation. Afin de garantir que le médiateur les respecte, le législateur français – conformément à ce que lui impose le législateur européen²⁶⁶ – a mis en place une autorité administrative appelée la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation – qui a été placée sous la directive de la DGCCRF. En vertu de l'article L. 615-1 du Code de la consommation, la CECMC doit réaliser trois missions : établir une liste des médiateurs

²⁶⁶ Dir. 2011/13/UE, art. 18

et la mettre à jour²⁶⁷, notifier les médiateurs inscrits sur la liste à la Commission européenne²⁶⁸ et enfin, évaluer les médiateurs et contrôler leur régularité²⁶⁹. Dans le cadre de ce contrôle la CECMC va alors vérifier plusieurs choses. Premièrement, que les conditions permettant au médiateur de figurer sur la liste des médiateurs de la consommation sont toujours remplies²⁷⁰. Deuxièmement, qu'en cas de fragilités relevées lors d'une instruction celles-ci ont bien été « *stabilisées ou réglées* »²⁷¹. Et enfin, troisièmement, que l'activité du médiateur « *est effective et répond notamment aux exigences de l'article L.613-1 du code de la consommation* »²⁷².

134. Les critères d'évaluation de la CECMC. Pour évaluer le médiateur, la CECMC va procéder à un contrôle pour lequel elle prendra en considération plusieurs éléments tels que « *des données quantitatives* »²⁷³, ce qui peut concerner par exemple le nombre d'entreprises adhérentes. Elle peut aussi prendre en considération des « *éléments qualitatifs* », comme par exemple le délai du processus de la médiation²⁷⁴. Mais surtout, elle prend en compte « *le respect par le médiateur de ses obligations légales et de ses engagements souscrits lors de son inscription* »²⁷⁵, parmi lesquels figure notamment l'obligation de confidentialité de la médiation – à laquelle le médiateur de la consommation est soumis en vertu de l'article L. 612-13 du Code de la consommation.

135. La sanction applicable en cas du non respect de l'obligation de confidentialité. Concernant les sanctions applicables en cas de non respect de ces obligations, l'article L. 615-2 du Code de la consommation prévoit que si le médiateur ne respecte pas les obligations auxquelles il est tenu, la CECMC peut alors le sanctionner en le retirant de la liste des médiateurs²⁷⁶. Cependant,

²⁶⁷ Code. Consom..., art L. 615-1 1°

²⁶⁸ Code. Consom..., art L. 615-1 2°

²⁶⁹ C. Consom., art. L. 615-1 3°

²⁷⁰ CECMC, Fiche E02-1, *Objectif de l'évaluation et du contrôle par la CECMC*, CECMC, plénière, 18 octobre 2019, [En ligne], [Consulté le 31 mai 2023], adresse : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/commission-devaluation-et-de-controle-de-la-mediation-de-la-consommation#E02-1>

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ CECMC, Fiche E02-2, *Modalités de l'évaluation et du contrôle de la CECMC*, CECMC, plénière, 18 octobre 2019, 26 mai 2021 et 13 mars 2023, [En ligne], [Consulté le 31 mai 2023], adresse : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/commission-devaluation-et-de-controle-de-la-mediation-de-la-consommation#E02-2>

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ C. Consom., art. L. 615-2 al 2

avant de pouvoir le faire, la CECMC doit en aviser le médiateur et lui demander de se conformer à ses obligations dans un délai de trois mois²⁷⁷. À l'issue de ces trois mois, la CECMC se prononcera de nouveau et le médiateur sera alors avisé de sa décision²⁷⁸. Dans le cas où le médiateur serait retiré de la liste, la décision de la CECMC serait immédiatement applicable à compter de sa notification au médiateur²⁷⁹, et cela aura également pour conséquence d'empêcher toute activité de médiation de la consommation²⁸⁰.

136. **Une sanction stricte et incertaine.** Sanctionner le médiateur de la consommation en le retirant de la liste des médiateurs et une sanction professionnelle très sévère et qui ne semble pas donner droit à un retour en arrière. Toutefois, si cela paraît sévère, il semble cependant que la CECMC ne se soit toujours pas prononcée sur un tel cas. Cela amène donc à se demander si une telle possibilité serait véritablement mise en pratique. Toutefois, si jamais elle devait l'être, cela serait très protecteur de la confidentialité de la médiation, non pas vis à vis des parties puisque l'information confidentielle aura déjà été divulguée, mais vis à vis de la profession même de médiateur. Sanctionner professionnellement le médiateur de la consommation amènerait alors les autres médiateurs à appliquer plus strictement cette obligation.

137. **Conclusion de la section II.** Pour permettre la protection de la confidentialité de la médiation, il serait intéressant de sanctionner professionnellement le médiateur qui est à l'origine de la transgression de l'obligation. Pour cela deux sanctions professionnelles sont envisageables : la sanction pour défaut de secret professionnel, et la sanction propre aux médiateurs de la consommation appliquée par la CECMC. Toutefois, si ces sanctions permettraient de responsabiliser le médiateur et de le sanctionner professionnellement pour son manquement à l'obligation de confidentialité, leur application reste cependant incertaine puisque ni les textes, ni la jurisprudence ne se sont prononcés à ce sujet et ne les ont appliqués.

²⁷⁷ C. Consum., art. R. 615-7 al 2

²⁷⁸ CECMC, Fiche E02-4, *Issue de l'évaluation et du contrôle par la CECMC*, CECMC, plénière, 18 octobre 2019 et 19 novembre 2020, [En ligne], [Consulté le 31 mai 2023], adresse : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/commission-devaluation-et-de-contrôle-de-la-médiation-de-la-consommation#E02-4>

²⁷⁹ CECMC, Fiche E02-5, 5-1, *Conséquence d'une décision de désinscription d'un médiateur de la liste des médiateurs de la consommation*, [En ligne], [Consulté le 31 mai 2023], adresse : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/commission-devaluation-et-de-contrôle-de-la-médiation-de-la-consommation#E02-5> CECMC Plénière, 25 janvier 2021

²⁸⁰ *Ibid.*

Conclusion du Chapitre II

138. Afin de protéger davantage la confidentialité de la médiation, il est pour cela nécessaire de sanctionner personnellement la personne qui a transgressé cette obligation. Ces sanctions peuvent alors être de deux ordres. D'une part, il peut s'agir de sanctions personnelles, ce qui est le cas lorsque seule la responsabilité civile ou contractuelle de la personne est engagée. D'autre part, elles peuvent également être professionnelles, lorsque cette fois-ci l'auteur de la violation est notamment le médiateur. Toutefois, concernant ces dernières, contrairement aux sanctions personnelles dont l'application ne fait que très peu de doute, l'application des sanctions professionnelles à l'égard du médiateur restent cependant très incertaine, faute d'avoir été appliquées par le juge ou par la CECMC.

Conclusion du Titre II

139. Pour garantir l'effectivité d'une obligation il faut pour cela en sanctionner la violation puisque ce n'est qu'à cette condition que les personnes qui en sont responsables pourront prendre conscience de ce qu'elles ont fait, qu'elles se responsabiliseront, et que l'exemple sera donné pour les autres personnes qui souhaiteraient la transgresser. Sans cette sanction, l'obligation de confidentialité de la médiation serait dépourvue de l'effectivité qui lui est pourtant indispensable, quant bien même elle aurait un champ d'application étendu et protecteur.

Au regard de la pratique et de la jurisprudence sur ce sujet, les sanctions applicables en cas de violation de l'obligation de la confidentialité se distinguent en deux grandes catégories : d'une part, les sanctions procédurales – qui concernent alors les actes de procédure et les pièces communiquées. Et, d'autre part, les sanctions personnelles – qui incluent la responsabilité civile et contractuelle et les sanctions professionnelles. Ainsi, l'application individuelle de ces sanctions ou leur application cumulative permet de garantir l'effectivité de la confidentialité de la médiation. Toutefois, en pratique l'application de certaines de ces sanctions reste lacunaire, imprécise, et hétérogène entre les juges du fond. Un positionnement de la Cour de cassation sur le sujet serait donc nécessaire pour pouvoir disposer d'un régime de sanctions clair et unifié. Cela permettrait ainsi de garantir que l'application de chacune de ces sanctions protège effectivement l'obligation de confidentialité de la médiation.

CONCLUSION GÉNÉRALE

140. Les modes alternatifs de règlement des différends sont devenus aujourd'hui une véritable alternative pour les justiciables qui sont à la recherche d'une justice qui serait à leur écoute et dans laquelle ils pourraient alors pleinement s'investir. À ce titre, la médiation, souvent louée pour ses nombreux avantages – parmi lesquels figure, à n'en plus douter, la confidentialité de la médiation – est devenue un moyen efficace pour les justiciables de traiter rapidement et efficacement leur litige. Présentée comme étant un des atouts majeurs de la médiation, la confidentialité joue un rôle particulièrement important dans le fonctionnement de ce mode de règlement alternatif des différends. L'étude qui en a été faite permet en effet de mettre en évidence la place importante que prend la confiance que les parties s'accordent mutuellement et qu'elles accordent chacune au processus de médiation lorsqu'elles y ont recours. Garantie à la fois par le législateur et par le juge, la confidentialité de la médiation est devenue un élément essentiel de ce mode alternatif de règlement des différends, sans lequel il ne peut être espéré trouver une solution au litige.

141. Pour garantir l'effectivité de cette obligation, le législateur français, encouragé par le législateur européen, a délimité l'étendue de celle-ci. Devant toutefois parvenir à un équilibre entre la protection de la confidentialité de la médiation et la préservation d'autres droits, comme celui du droit d'accès au tribunal, le législateur a dû adapter le régime de la confidentialité. Ainsi, souhaitant avant tout protéger la confidentialité de la médiation le législateur a décidé d'étendre le nombre de personnes soumises à cette obligation en y obligeant toutes celles participant à la médiation, allant de fait, au-delà de ce qu'imposait le législateur européen. En revanche, devant également préserver le droit d'accès à un tribunal, le législateur français s'est vu contraint de limiter l'obligation de confidentialité aux seules déclarations recueillies et aux constatations du médiateur. Enfin, devant aussi se conformer au droit européen, le législateur français a mis en place quelques dérogations à la confidentialité de la médiation qui reposent uniquement sur trois fondements : la volonté des parties, la protection de l'ordre public et de la personne et enfin la possibilité de faire exécuter l'accord de médiation auquel les parties sont parvenues.

142. S'il est ainsi possible de se réjouir de l'encadrement légal dont fait l'objet l'obligation de confidentialité de la médiation qui se veut équilibré vis à vis des enjeux, ceci peut toutefois être remis en question sur certains points. C'est notamment ce qui ressort de l'étude de la confidentialité de la médiation qui met alors en évidence les lacunes de l'encadrement de cette notion posée par le

législateur français. En effet, la rédaction du législateur en la matière s'avère particulièrement lacunaire puisque de nombreux points, pourtant essentiels à la bonne application de cette obligation, ont été négligés. Cela est, par exemple, le cas des personnes tenues à la confidentialité qui ne sont pas expressément mentionnées dans l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995. Mais cela est aussi le cas du devenir de certaines pièces communiquées dans le cadre de la médiation dont le caractère confidentiel interroge et divise la doctrine. Enfin, l'absence de précisions de la part du législateur sur les sanctions applicables en cas de violation de l'obligation de confidentialité vient parachever le travail peu minutieux qu'il a produit. Laissant au juge le soin de déterminer les sanctions applicables dans cette situation, cela conduit à l'application de sanctions variées, qui peuvent être procédurales, professionnelles, et personnelles. Pourtant, s'il serait possible de se réjouir de ce large choix de sanctions – qui ont également l'avantage de pouvoir se cumuler – l'absence de précisions de la part du législateur conduit cependant à une jurisprudence incertaine, imprécise, et hétérogène pour certaines sanctions, ce qui n'est pas en la faveur de l'effectivité de la confidentialité de la médiation.

143. Ainsi, si le régime mis en place vis à vis de confidentialité de la médiation reste concordant, il montre toute fois une efficacité relative en pratique. Il est donc difficile de ne pas mettre en avant les nombreuses limites de cette obligation qui semblent provenir d'un travail législatif incomplet. Cela est d'autant plus problématique que la confidentialité de la médiation est un élément central de cette procédure, qui amène aujourd'hui de nombreux justiciables à avoir recours à la médiation. La crainte serait alors que, faute de précisions et d'améliorations du régime de l'obligation de confidentialité de la part du législateur mais également de la part de la jurisprudence, les justiciables se détournent de la médiation.

BIBLIOGRAPHIE

Normes juridiques :

- Dir. 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOUE, 21 mai 2008, Strasbourg
- Dir. 2013/11/UE du Parlement et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, JOUE, 21 mai 2013, Strasbourg
- Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative
- Code civil
- Code de commerce
- Code de justice administrative
- Code de la consommation
- Code de procédure civile
- Code de procédure pénale

Ouvrages généraux :

- DALLOZ, *Lexique des termes juridiques*, 2015-2016, p. 1105
- DALLOZ, *Médiation civile et commerciale: adoption d'une directive*, Recueil Dalloz, 2008, p.1268
- C. FÉRAL-SCHUHL et M. JAUDEL, *La médiation à l'épreuve de la pratique*, Delmas express, 2022/2023, p.503
- F. FERRAND, *Médiation - droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe*, Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz, 2021-2022, chapitre 437
- N. SAUPHANOR-BROUILLUAD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAU, L. USUNIER, *Les contrats de consommation règles communes*, Traité de droit civil, LGDJ, deuxième édition, p.1415
- S.G, C.C, CS.D, IS.D, M.D-O, F.F, X.L, V.M, M.R, HRF, L.S, E.S, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 12ème édition

Ouvrages spéciaux, thèse, monographies :

- ASSEMBLÉE NATIONALE, Texte n°594, *Projet de loi adoptée par l'Assemblée nationale, transmis par M. Le Premier ministre à M. le président du sénat*, transmis au Sénat le 7 juillet 1994
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES :
 - *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, Bruxelles, 19 avril 2002, p. 39
 - *Code de conduite européen pour les médiateurs*, 2004, p. 5
 - *Communication de la Commission au Parlement européen au titre de l'article 251, paragraphe 2, deuxième alinéa, du traité CE concernant la position commune du Conseil relative à l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, Bruxelles, 7 mars 2008, p. 4
 - *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certain aspects de la médiation en matière civile et commerciale* », Bruxelles, 22 septembre 2004, p.13
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2008/528/CE du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, Bruxelles, 26 juin 2016, p.13
- CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Position commune arrêtée par le Conseil le 28 février 2008 en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale* », Bruxelles, 28 février 2008, p. 6
- CONSEIL D'ÉTAT, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, La Documentation française, 2010, p. 127
- LE MANS UNIVERSITÉ, *Rapport groupe de travail de la cour d'appel de Paris, La promotion et l'encadrement des modes alternatifs de règlement des différends*, Mars 2021, p. 149
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS, *Rapport 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 et commerciale, Journal officiel de la République française, 17 novembre 2011, p.4

- MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Confidentialité de la médiation*, Sénat débat parlementaire, 23 mars 2023, p.2042
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Engorgement du tribunal judiciaire de Paris*, Sénat débat parlementaire, 6 avril 2023, p.2042
- MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DE LA PRÉVENTION, *Secret professionnel des psychologues*, Sénat débat parlementaire, 12 janvier 2023, p. 209
- PARLEMENT EUROPÉEN :
 - *Rapport sur le Livre vert de la Commission sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, 21 février 2003
 - *Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, 22 mars 2007, p. 31
 - *Résolution législative du Parlement européen du 29 mars 2007 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, Bruxelles, 29 mars 2007, p. 14
 - *Directive relative à la médiation dans les États membres, Résolution du Parlement européen du 13 septembre 2011 sur la mise en œuvre de la directive relative à la médiation dans les États membres*, Bruxelles, 13 septembre 2011, p. 5
 - *Résolution sur la 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 et commerciale*, 27 juin 2017, p. 12

Articles, notes, études, chroniques :

- A. ALBARIAN, *La « médiation agressive » : oxymore ou émergence d'une médiation d'un nouveau genre ?*, LPA, n° 112, 5 juin 2018, p. 6-12
- C. AUBERT DE VINCELLES, *Promotion et harmonisation des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation*, RDC, n°2, 1er avril 2012, p. 465
- H. BARBIER, *Irrecevabilité des preuves produites en violation du secret de la médiation*, RTD Civ, 2022, p. 626
- C. BERLAUD, *Les pièces produites lors de la médiation sont confidentielles*, Gaz. Pal.n°22, 5 juillet 2022, p. 36
- R. CARAYOL, *La confidentialité de la médiation*, Gaz. Pal., n°17, 17 mai 2022, p.14-15
- L. CASAUX-LABRUNÉE, *La confiance dans le règlement amiable des différends. Pour un changement de culture juridique*,
- N. CAYROL, *La sanction de l'atteinte à l'obligation de confidentialité de la médiation*, RTD, 2022,
- M. COHEN-BRANCHE, *L'étonnante diversité des régimes de confidentialité de la médiation financières à travers l'Europe*, revue de droit bancaire et financier, revue bimestrielle, lexisnexis jurisclasseur, septembre-octobre 2015, p.39
- E. COSTA, *La médiation, entre secret et confidences*, RFDA, 2022, p. 320
- N. DION, *L'aventure de la médiation*, LPA, 29 juillet 2003, n°150, p.4
- G. ESCUDEY, *La promotion et l'encadrement des MARD, Rapport de la cour d'appel de Paris de mars 2021*, Gaz. Pal., n°15, 20 avril 2021, p. 50-53
- M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation : des textes à la pratique - Propos conclusifs*, Gaz. Pal., n°358, 24 décembre 2013,
- N. HOFFSCHIR, *La confidentialité de la médiation et ses conséquences*, Dalloz actualité, Dalloz, 8 juillet 2022
- INCONNU, *Jurisprudence - Médiation*, Gaz. Pal., n°123, 3 mai 2001, p.45
- J. KLEIN, *La confidentialité de la conciliation à l'épreuve du droit à la preuve*, RTC, 31 mars 2023, p.170
- G. LARDEUX, *Règles de preuves - les principes fondamentaux*, RDC, octobre 2018 actualisation 2023
- V. LASSERRE, *Les graves lacunes de la réforme de la justice en matière de médiation*, Recueil Dalloz, 2019, p.441

- M. LASSNER, *Les contours de la confidentialité en médiation*, Gaz. Pal.. n°03, 17 janv. 2017, p.31-33
- P. LAVIGNE, *Les MARC et la lutte pour le droit*, LPA, n°241, 3 décembre 2009, p. 9-11
- B. LOUVEL, *L'ordre public : regard croisé du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, 24 février 2017, p. 4
- L. MAYER, *La sanction de la violation du principe de confidentialité en matière de médiation*, Gaz. Pal., n°34, 25 octobre 2022, p. 39-41
- MÉDIATEUR DE LA FEVAD, *Charte médiation de la consommation de la Fevad*, mise à jour 2023, p.13
- MÉDIATEUR DE L'AMF, *Rapport 2019 du Médiateur de l'AMF*, 07 mai 2020, p.58
- MÉDIATEUR DE L'AMF, *Rapport 2021 du Médiateur de l'AMF*, 20 avril 2022, p.60
- N. MELIN, *La médiation : points d'actualité*, Gaz. Pal., n°225, 13 août 2015, p. 9
- B. PONS, *Contrats de transaction, droit à la preuve, et secret professionnel*, Gaz. Pal., n° 045, 14 février 2015, p.10
- P. SERVAN-SCHREIBER, *Méditation sur la médiation*, Gaz. Pal., 23 avril 2019, n°16, p.45-47
- L. SCHENIQUE, *De la confidentialité en médiation*, LPA, 18 juin 2014, n°121, p. 6
- J-P. TRICOIT, *La transposition de la directive Médiation en droit français*, LPA, n°66, 2 avril 2012, p. 6
- D. TRUCHET, *La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit*, Légicom 2017
- B. VAN DE MOORTELE, *Confidentialité et secret professionnel - Pour en finir avec la confusion*, Gaz. Pal.. 6 mai 2003 n°126, p. 6
- F. VERT, *Des avantages de la médiation judiciaire*, Gaz. Pal., n°144, 24 mai 2014
- F. VERT, *Le rapport Magendie sur la médiation : enjeux et perspectives*, CAPJIA, n°3, 1er juillet 2010, p. 779
- F. VERT, M. GUILLAUME-HOFNUNG, *Construire la confiance entre justice et médiation*, Gaz. Pal., n°356, 22 décembre 2015, p. 9-13

Articles en ligne :

- M. BENICHO, *Médiation et confidentialité*, 3 janvier 2012, [En ligne], [Consulté le 8 mai 2023], adresse : <https://blogavocat.fr/space/michel.benichou/tag/confidentialité>
- L. CASAUX-LABRUNÉE, *La confiance dans le règlement amiable des différends. Pour un changement de culture juridique*, p. 15, [En ligne], [Consulté le 23 avril 2023] adresse : <https://publications.ut-capitole.fr/id/eprint/33848/1/Casaux-Labrunée - La confiance dans le RAD - 2019-1.pdf>
- COMMISSION D'ÉVALUATION ET DE CONTRÔLE DE LA MÉDIATION DE LA CONSOMMATION, Ministère de l'économie des finances et de la souveraineté industrielle et numérique: adresse : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/fiches-de-jurisprudence-degagee-par-la-cecmc>
 - Fiche B02-5, *Refus systématique du professionnel d'entrer en médiation*
 - Fiche B02-6, *Refus généralisés des professionnels d'un secteur d'activité d'entrer en médiation*
 - Fiche B03, *Caractère confidentiel de la médiation de la consommation*
 - Fiche B04-3, *Examen de la recevabilité assuré par le médiateur de la consommation ou sous sa responsabilité, 3.4, Le traitement de la recevabilité ne peut pas être confié à un prestataire externe*
 - Fiche E01, *Inopposabilité du principe de la confidentialité à la CECMC*
 - Fiche E02-1, *Objectif de l'évaluation et du contrôle par la CECMC*
 - Fiche E02-2, *Modalités de l'évaluation et du contrôle de la CECMC*
 - Fiche E02-4, *Issue de l'évaluation et du contrôle par la CECMC*
 - Fiche E02-5, 5-1, *Conséquence d'une décision de désinscription d'un médiateur de la liste des médiateurs de la consommation*
- L. IZAC, *La confidentialité, principe directeur de médiation en entreprise*, [En ligne], [Consulté le 27 mai 2023], adresse : https://publications.ut-capitole.fr/id/eprint/24657/1/izac_confidentialite.pdf, p. 9

- T. LABATUT, *Faut-il rendre public que les sentences arbitrales ?*, [En ligne], [consulté le 18 mai 2023], adresse : <https://www.actu-juridique.fr/international/arbitrage-marl/faut-il-rendre-publiques-les-sentences-arbitrales/>
- MÉDIATEUR DE L'EAU, *Le Médiateur de l'eau et son équipe*, [En ligne], [Consulté le 30 avril 2023], adresse : <https://www.mediation-eau.fr/FR/a-propos-de-la-mediation/le-mediateur-et-son-equipe.asp>.
- G. MERLAND, *L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux*, Cahier du Conseil constitutionnel n°16 - juin 2004, [En ligne], [Consulté le 17 mai 2023], adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-interet-general-instrument-efficace-de-protection-des-droits-fondamentaux>
- F. SABAH, : *Confidentialité et médiation*, 15 juin 2018, [En ligne], [Consulté le 2 juin 2023], adresse : <https://fr.linkedin.com/pulse/confidentialité-et-médiation-suite-fin-franck-lexbase-sabah>
- F. SABAH, *Confidentialité et médiation (suite...)* , 11 juin 2018, [En ligne], [Consulté le 2 juin 2023], adresse : <https://fr.linkedin.com/pulse/confidentialité-et-médiation-suite-franck-lexbase-sabah>
- A. UZEL, *Le principe de la confidentialité en médiation*, 12 juillet 2022, [En ligne], [Consulté le 2 juin 2023], adresse : <https://fr.linkedin.com/pulse/le-principe-de-confidentialité-en-médiation-audrey-uzel>

Sitographie :

- COMMISSION D'ÉVALUATION ET DE CONTRÔLE DE LA MÉDIATION DE LA CONSOMMATION, Ministère de l'Économie des Finances et de la souveraineté industrielle et numérique, adresse : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/commission>
- FÉDÉRAL MINISTRY OF JUSTICE, adresse : https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html
- LÉGIFRANCE, adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/>

TABLE DE JURISPRUDENCES

Cour d'appel :

- CA de Paris, Pôle 03 ch. 01 - 3 juillet 2013 - n° 12/17003
- CA de Nancy, ch. sociale, 21 octobre 2016, n° 15/00076
- CA Colmar, ch. civ. 01, sect. A, 8 mars 2017, n°15/03737
- CA de Paris, Pôle 05, ch. 08,15 mai 2018, n° 16/16041
- CA Paris, pôle 4, ch. 9, 8 oct. 2020, n° 17/15973
- CA de Versailles, 15e chambre, 23 mars 2023, n° 20/00699

Cour de cassation :

- Cass. Civ. 1ère, 5 avril 2012, n°11-14.177
- Cass. Com. 22 sept. 2015, n° 14- 17.377
- Cass. Civ. 2ème, 10 novembre 2016, n°15-25.681
- Cass. Civ. 3ème, 12 décembre 2019, n°18-22.961
- Cass. Civ. 2ème, 9 juin 2022, n°19-21.798

Commission de contrôle et d'évaluation de la médiation de la consommation :

- *CECMC, plénière, 17 avril 2019*
- *CECMC, plénière, 18 octobre 2019*
- *CECMC, plénière, 8 juillet 2020*
- *CECMC, plénière, 9 octobre 2020*
- *CECMC, plénière, 19 novembre 2020*
- *CECMC Plénière, 25 janvier 2021*
- *CECMC, plénière, 26 mai 2021*
- *CECMC, plénière, 13 mars 2023*

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

- Accord de confidentialité** : 44
- Acte d'assignation** : 99, 100, 101, 102, 103, 108
- Avocat** : 33, 34, 112
- *Secret professionnel* : 129

C

- Champ d'application de la confidentialité** :
- *Champ d'application personnel* : 12 et s.
 - *Champ d'application matériel* : 37 et s.
- Clause pénale** : 55, 122
- Conclusions** : 99, 104, 105
- Constatations du médiateur** : 38

D

- Déclarations recueillies** : 37, 39, 40, 41, 42, 46
- Déroghations** : 10, 48 et s.
- *Conventionnelles* : 49 et s.
 - *Droit à la preuve* : V. Droit à la preuve
 - *Légales* : 58 et s.
 - *Intérêt général* : 65 et s.
- Droit à la preuve : 64 et s.

I

- Intérêt général** : v. Dérogations

M

- Médiateur** : 16, 27
- Médiateur de la consommation** : v. Champ d'application personnel, v. CECMC, v. Sanctions professionnelles

N

- Nullité** : v. Assignation, v. Conclusions

P

- Pièces communiquées** :
- *Confidentialité* : v. Champ d'application matériel
 - *Écartée des débats* : 80 et s.

R

- Responsabilité civile** : 110, 111 et s.
- Responsabilité contractuelle** : 110, 121 et s.

S

- Sanctions** :
- *Personnelles* : v. Resp civile, v. Resp contr
 - *Procédurales* : 79 et s.
 - *Professionnelles* : 125 et s.
- Secret professionnel** : 125, 126 et s.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	1
SOMMAIRE	2
LISTE DES ABRÉVIATIONS	3
INTRODUCTION	4
TITRE I - L'ENCADREMENT LÉGAL DE LA CONFIDENTIALITÉ DE LA MÉDIATION	11
Chapitre I - Le champ d'application de la confidentialité de la médiation.....	11
Section I - Les personnes tenues à la confidentialité de la médiation.....	12
I. Une appréciation européenne plus restrictive des personnes tenues à la confidentialité ...	12
A. L'obligation de confidentialité reposant uniquement sur le médiateur et son personnel administratif.....	12
B. L'absence d'obligation de confidentialité vis à vis des parties au litige	16
II. Une appréciation française plus étendue des personnes tenues à la confidentialité	18
A. L'extension de l'obligation de confidentialité en droit français.....	18
B. Une transposition française lacunaire	22
Section II - Les éléments devant demeurer confidentiels	25
I. Les éléments soumis à la confidentialité	25
II. Les éléments dispensés de confidentialité	29
Chapitre II - Les dérogations à la confidentialité de la médiation.....	35
Section I - Les dérogations conventionnelles	35
I. La renonciation à la confidentialité de la médiation.....	35
II. L'extension conventionnelle de la confidentialité de la médiation	37
Section II - Les dérogations légales	39
I. Des dérogations légales limitativement énumérées.....	39

II. L'extension des dérogations à la confidentialité.....	43
A. Le droit à la preuve comme dérogation à la confidentialité de la médiation	43
B. L'intérêt général comme motif de dérogation à la confidentialité de la médiation...	46
TITRE II - LES SANCTIONS DU MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ.....	50
Chapitre I - Les sanctions procédurales.....	50
Section I - L'écartement des débats des pièces confidentielles.....	51
I. L'absence de sanctions légales	51
II. Une sanction jurisprudentielle.....	53
A. Une sanction initiée par les juges du fond	53
B. Une sanction confirmée et renforcée par la Cour de cassation	55
Section II - La sanction des actes de procédure contenant des informations confidentielles ...	60
I. La nullité de l'assignation	61
II. Les sanctions applicables aux conclusions.....	64
Chapitre II - Les sanctions personnelles.....	67
Section I - L'engagement des responsabilités civile et contractuelle.....	67
I. L'engagement de la responsabilité civile.....	67
A. Les conditions d'application de la responsabilité civile	67
B. L'évaluation du préjudice subi pour défaut de confidentialité.....	69
II. L'engagement de la responsabilité contractuelle.....	72
Section II - Les sanctions professionnelles du médiateur	74
I. L'application incertaine d'une sanction pour violation du secret professionnel	74
II. La sanction professionnelle propre au médiateur de la consommation.....	77
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	81

BIBLIOGRAPHIE	83
TABLE DE JURISPRUDENCES	90
INDEX ALPHABÉTIQUE	91
TABLE DES MATIÈRES	92