

Ordre des Avocats de Genève
Commission de formation permanente

TRANSPARENCE ET SECRET DANS L'ORDRE JURIDIQUE

LIBER AMICORUM
POUR ME VINCENT JEANNERET

ÉDITÉ PAR
BÉNÉDICT FOËX ET LAURENT HIRSCH



Éditions Slatkine
GENÈVE
2010

LA CONFIDENTIALITÉ EN MÉDIATION : MYTHES ET RÉALITÉS

BIRGIT SAMBETH GLASNER*

*"We can't solve the problems by using the same kind of thinking
we used when we created them"¹*

Albert Einstein

I. La confidentialité dans quel but ?

La confidentialité et le secret sont les *pierres angulaires* de la médiation et la condition *sine qua non* de son existence² !

Ainsi, l'engagement à la confidentialité réciproque est le premier accord que prennent les parties après une période douloureuse et conflictuelle : elles sont d'accord de changer les paradigmes de relations et d'appliquer ensemble le même principe fondamental au processus de résolution de leur différend, le secret.

La dynamique est alors immédiatement modifiée. L'on quitte le domaine des positions affichées pour celui d'une discussion plus globale qui permet la prise en compte d'éléments autres qu'uniquement juridiques et

* LL.M., Avocate, associée de l'Etude ALTENBURGER LTD legal + tax à Genève (www.altenburger.ch) est membre du Conseil de l'Ordre des Avocats de Genève dont elle préside la Commission ADR. Médiatrice accréditée FSA, CEDR, CSMC et CMAP, elle est également médiatrice assermentée (civil et pénal) par le Conseil d'Etat de Genève. Elue à la Commission de préavis du Conseil d'Etat, elle est également la Vice-présidente de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale, Section romande (www.csmc.ch), ainsi que l'une des membres du Comité Médiation de la FSA et du IBA Mediation Committee dont elle préside la sous-commission "Combined and ad-hoc ADR processes". sambeth.glasner@altenburger.ch.

¹ « Nous ne pouvons pas résoudre les problèmes en utilisant le même type de réflexion que lorsque nous les avons créés. ».

² A.-C. SALBERG et B. SAMBETH GLASNER, *La médiation*, in La gestion des conflits, Manuel pour le praticien, CEDIDAC n° 78, Lausanne 2008.

procéduraux : il devient possible de réfléchir en termes de processus, d'intérêts et de besoins, et d'examiner la situation avec un certain recul factuel, temporel et émotionnel.

Dans cet espace confidentiel protégé, il sera possible de tenter de revivre le lien passé, de se redonner confiance, ne serait-ce qu'un instant, pour transformer ses interrogations du « pourquoi ? » en « comment autrement ? », en vue de changer le cours de ses idées, de ses actions.

En effet, le seul moyen d'aboutir à un accord stable et efficace est de changer le fondement même de la communication, de parier sur l'autre et sur soi-même, d'établir un lien, voire de recréer celui qui s'est peut-être perdu.

A cet effet, la confidentialité a cela de « magique » que, très généralement, elle est respectée par les participants à la médiation : non seulement ce processus leur a restitué la compétence de gérer leurs différends, mais il les a transformés en acteurs de leur propre destin. Et si la confidentialité n'était pas respectée, qu'en serait-il de l'accord à intervenir ?³

II. Quelle confidentialité pour quels acteurs ?

De manière structurelle, la confidentialité est l'un des éléments constitutifs de la médiation dans la mesure où elle permet aux parties de s'exprimer en toute confiance devant un tiers neutre, le médiateur, de reconnaître des faits, de faire des concessions, de proposer des arrangements et de discuter de solutions envisageables, sans craindre qu'en cas d'échec du processus, leurs déclarations et les éléments apportés en cours de médiation leurs soient opposés, notamment lors d'une éventuelle procédure judiciaire ou arbitrale portant sur le même litige.

Les réglementations internationales⁴ et nationales ont, quant à elles, toutes prévu des dispositions permettant de garantir le principe fondamental de la confidentialité.

³ Les statistiques au niveau mondial sont éloquentes : il n'existe quasiment pas de cas où la confidentialité est mise en brèche lors de procédures subséquentes à un échec de médiation : informations recueillies lors des Congrès annuels du Mediation Committee de l'IBA (International Bar Association).

DIANA MUERNER, *Gerichtsnähe Zivilmediation unter besondere Berücksichtigung des Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung*, Schulthess 2005: „Forschungsergebnisse aus den USA zeigen, dass beim Scheitern der Mediation im nachfolgenden Prozess kein Vertrauensbruch stattfindet. Sei es weil die Ehepartner sich moralisch an ihr Versprechen gebunden fühlen, sei es, weil sie fürchten, der andere könne ebenfalls Informationen missbrauchen“.

⁴ UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (Mediation)
Article 8 : Disclosure of information
Article 9 : Confidentiality

1. Le devoir de confidentialité des parties

Devoir légal, institutionnel et conventionnel.

A Genève, l'obligation de confidentialité des parties à la médiation trouve son ancrage législatif dans la loi d'organisation judiciaire qui prévoit :

« Quelle que soit l'issue de la médiation, aucune des parties ne peut se prévaloir, dans la suite du procès, de ce qui a été déclaré devant le médiateur civil »⁵.

De même, un engagement clair de confidentialité est généralement énoncé par les Règles institutionnelles applicables dont se dotent les Centres de Médiation et d'arbitrage auxquels les parties librement peuvent soumettre leurs différends.

Ainsi, à l'instar de la Chambre de Commerce Internationale qui, en 2001, s'est dotée d'un Règlement ADR CCI prévoyant une obligation de confidentialité tant pour les parties que pour le médiateur⁶, les Chambres de

Article 10: Admissibility of evidence in other proceedings

La Directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Europe du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale prévoit, à son article 7, que ni le médiateur ni d'autres personnes impliquées dans processus de médiation ne doivent produire dans le cadre d'une procédure judiciaire des preuves concernant les informations obtenues lors d'une médiation. Ceci est seulement admis :

- lorsque cela s'avère nécessaire pour des raisons impérieuses de l'ordre public de l'État afin d'assurer l'intégrité physique d'une personne, etc.;
- lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord.

⁵ Article 161 E al. 2 de la Loi sur l'organisation judiciaire du Canton de Genève.

⁶ Règlement ADR CCI

Article 7:

1) *A défaut d'accord contraire des parties, et sauf interdiction résultant d'un droit applicable, la procédure ADR, y compris son résultat, est privée et confidentielle. De même, tout accord entre les parties mettant fin à leur différend doit demeurer confidentiel, sauf qu'une partie sera en droit de le divulguer pour autant que cette divulgation sera requise selon le droit applicable ou nécessaire aux fins de la mise en œuvre ou de l'exécution de cet accord.*

2) *A moins qu'elle n'y soit obligée par le droit applicable et à défaut d'accord contraire des parties, aucune partie ne doit produire comme élément de preuve dans aucune procédure judiciaire, arbitrale ou autre procédure similaire :*

a) *tout document, déclaration ou communication soumis par une autre partie ou par un Tiers, dans la procédure ADR, à moins que ces documents, déclarations ou communications ne puissent être obtenus indépendamment par la partie cherchant à les produire dans la procédure judiciaire, arbitrale ou autre procédure similaire ;*

b) *toutes opinions exprimées ou suggestions faites par l'une quelconque des parties au cours de la procédure ADR concernant le règlement possible du différend ;*

c) *tous aveux de la part d'une autre partie faits au cours de la procédure ADR ;*

commerce et d'industrie suisses ont édicté les Swiss Rules of Commercial Mediation⁷, entrées en vigueur en 2007, prévoyant les dispositions impératives suivantes :

« Article 18

1. La médiation est en tout temps confidentielle. Toute observation, déclaration ou proposition faite devant le médiateur ou par celui-ci ne peut être utilisée ultérieurement, même dans le cadre d'une procédure judiciaire ou d'un arbitrage, sauf accord écrit de toutes les parties.
2. Les séances sont confidentielles. Les parties peuvent, avec l'accord du médiateur, prévoir que d'autres parties assistent aux séances. »

Enfin, au moyen de la convention privée⁸, que concluent généralement les Parties en début de processus de médiation, elles s'engagent particulièrement à respecter la confidentialité :

« 6. Confidentialité

- 6.1 Les parties déclarent avoir pris connaissance des règles de confidentialité figurant dans:
 - le Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses
 - les dispositions relatives à la médiation de la Loi sur l'organisation judiciaire du Canton de Genève (www.geneve.ch/grandconseil/data/loisvotee/L08931.pdf), en particulier les articles 161 E et 161 F,
 et elles s'engagent à en respecter scrupuleusement les termes.
- 6.2 Sauf accord commun exprès des parties, elles déclarent expressément renoncer à divulguer à des tiers et/ou à faire état dans le cadre de toute procédure judiciaire ou arbitrale

d) toute opinion exprimée ou proposition faites par un Tiers ; ou

e) le fait que l'une quelconque des parties ait indiqué, au cours de la procédure ADR, qu'elle était prête à accepter une proposition de transaction.

3).....

4) Le Tiers ne doit témoigner dans aucune procédure judiciaire, arbitrale ou procédure similaire concernant un aspect quelconque de la procédure ADR, sauf accord contraire écrit de toutes les parties ou à moins d'y être tenu en vertu du droit applicable.

⁷ Swiss Rules of Commercial Mediation. Ces règles sont le pendant des Swiss Rules of Commercial Arbitration. www.sccam.org/sm/download/swiss_mediation_rules_version_2007_francais.pdf

⁸ Exemple de la Convention de médiation de l'auteur.

subséquente, de toute information, déclaration, proposition et autre manifestation de volonté exprimée pendant la médiation et qui ne serait pas déjà connue dans le cadre des négociations et/ou procédures préalables.

Cependant, dans la mesure où l'une des parties conteste avoir renoncé à la prescription, le contenu de l'article 9.1 de la présente convention peut être porté à la connaissance d'un Tribunal ordinaire ou arbitral.

6.3

A la fin de la médiation, le médiateur restitue aux parties les documents qu'elles lui auraient remis sous le sceau de la confidentialité.

Les parties renoncent d'ores et déjà à appeler le médiateur à témoigner dans toute affaire judiciaire et/ou arbitrale liée à leur différend.»

2. Le devoir de confidentialité du médiateur

« Je jure ou je promets solennellement :

- d'exercer ma mission dans le respect des lois, avec honneur, compétence et humanité,
- de sauvegarder l'indépendance inhérente à ma mission (médiateur pénal), de sauvegarder l'indépendance inhérente à la médiation (médiateur civil),
- de n'exercer aucune pression sur les personnes en litige afin d'obtenir leur adhésion à une entente qui ne serait pas librement négociée,
- de veiller à ce que les personnes en litige concluent une entente libre et réfléchie,
- de ne plus intervenir d'aucune manière dans la procédure une fois ma mission achevée,
- de préserver le caractère secret de la médiation. »⁹

Tel est le serment que prête un médiateur lors de son assermentation à Genève.

A l'évidence, les devoirs de confidentialité et de secret sont également opposables aux médiateurs pénaux et civils assermentés¹⁰, comme le prévoit la loi genevoise d'organisation judiciaire¹¹:

⁹ Avant d'entrer en fonction, le médiateur civil et/ou pénal prête ce serment devant le Conseil d'Etat : articles 158, 160, 161 C, 161 E de la Loi sur l'organisation judiciaire du Canton de Genève (LOJ). La LOJ a été modifiée après acceptation, par la Commission juridique du Grand Conseil, à l'unanimité, de la loi genevoise sur la médiation adoptée par le Parlement le 28 octobre 2004 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 - PL 8931-A. Des dispositions identiques ont été reprises aux articles 69 et 71 de la nouvelle LOJ qui entrera en vigueur en 2011 (N-LOJ).

Art. 160

Obligation de garder le secret

Le médiateur pénal est tenu de garder le secret sur les faits dont il a acquis la connaissance dans l'exercice de ses fonctions et sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté.

Art. 161

Témoignage et dossier

¹ Le médiateur pénal ne peut être entendu à quelque titre que ce soit sur les faits dont il a acquis la connaissance dans l'exercice de ses fonctions ou sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté.

² Le dossier du médiateur pénal est insaisissable.

Art. 161E

Confidentialité

¹ Le médiateur civil est tenu de garder le secret sur les faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de la médiation et sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté; cette obligation subsiste alors même qu'il n'exerce plus l'activité de médiateur.

² ...

³ Le médiateur civil qui contrevient à l'alinéa premier sera puni de l'amende.

¹⁰ La nouvelle Directive relative à la médiation dans la juridiction pénale des mineurs à Genève prévoit également à son article 3 al.1 que le médiateur assermenté « *s'engage à respecter les règles déontologiques propres à sa fonction notamment en matière d'indépendance, d'impartialité, et de confidentialité* (art. 156 ss LOJ) ».

¹¹ La N-LOJ reprend ces termes à son article 71.
La liste des médiateurs assermentés figure sur un tableau, tenu par le Conseil d'Etat, faisant référence à leurs qualifications particulières.
En cas de manquement, les médiateurs peuvent faire l'objet d'une sanction disciplinaire prononcée par le Conseil d'Etat sur préavis de la commission (article 161 H LOJ ou 72 N-LOJ).
Selon la gravité du cas, les sanctions applicables sont les suivantes :

- a) l'avertissement;
- b) le blâme;
- c) l'amende jusqu'à 10 000 F;
- d) la radiation provisoire pour un an au plus;
- e) la radiation définitive.

Art. 161F

Témoignage et dossier

¹ Le médiateur civil ne peut être entendu à quelque titre que ce soit sur les faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de la médiation ou sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté.

² Les tribunaux ne sont pas autorisés à ordonner l'apport du dossier du médiateur civil.

De plus, la LOJ fait de la conformité de l'activité du médiateur à son serment et aux règles déontologiques qui lui sont applicables une condition « sine qua non » à l'obtention du préavis favorable pour l'exercice de l'activité de médiateur assermenté¹².

Et ces codes déontologiques et professionnels auxquels les médiateurs sont soumis prévoient généralement eux-mêmes un devoir de confidentialité.

Tel est notamment le cas des règles de déontologie de la Fédération suisse des associations de médiation¹³, de celles de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale¹⁴, voire d'autres associations de médiateurs.

Le Code de procédure civile fédérale qui entrera en vigueur en 2011 sur le plan suisse a prévu à son article 216 CPC, d'une part, que la médiation est confidentielle et indépendante de l'autorité de conciliation et du tribunal, et, d'autre part, que les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans le processus judiciaire¹⁵.

En effet, dès cette date, la médiation pourra remplacer la procédure de conciliation, voire pourra intervenir en tout temps pendant la procédure au fond¹⁶. Dans les affaires de droit de la famille impliquant des enfants, le tribunal pourra même exhorter les parents à tenter une médiation¹⁷.

De même, en matière d'administration des preuves, selon l'article 166 CPC, le médiateur pourra refuser de collaborer « *lorsqu'il serait amené en*

¹² Article 161G LOJ GE, voir article 68 N-LOJ GE.

¹³ http://infomeditation.ch/cms/fileadmin/dokumente/fr/Reglements/Regles_deontologiques_def.pdf.

¹⁴ www.csmc.ch.

¹⁵ Art. 216 CPC Relations avec la procédure judiciaire

1. La médiation est confidentielle et indépendante de l'autorité de conciliation et du tribunal

2. Les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans la procédure judiciaire.

¹⁶ Article 213 CPC.

¹⁷ Article 297 al. 2 CPC.

*tant que médiateur à révéler des faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions »*¹⁸.

Sur le plan fédéral, l'article 139 al. 3 du Code civil suisse prévoit déjà aujourd'hui que le Juge ne peut pas faire citer le médiateur dans l'établissement des faits dans une procédure de divorce ou de séparation. Le Conseil fédéral considère qu'il s'agit d'un cas d'incapacité absolue dans la mesure où la médiateur n'a ni la qualité de témoin, ni celle de personne appelée à fournir des renseignements et qu'il est donc au bénéfice d'un droit absolu de ne pas témoigner devant le juge civil¹⁹.

Quant aux médiations dites institutionnelles, l'obligation déontologique de confidentialité est en outre prévue par les Règles institutionnelles dont se dotent les Centres de Médiation et d'arbitrage auxquels les parties peuvent soumettre leurs différends. Ainsi, les Swiss Rules renvoient, quant à elles, expressément au Code de conduite européen du médiateur²⁰ qui prévoit :

« Article 4 :

The mediator shall keep confidential all information, arising out of or in connection with the mediation, including the fact that the mediation is to take place or has taken place, unless compelled by law or public policy grounds. Any information disclosed in confidence to mediators by one of the parties shall not be disclosed to the other parties without permission or unless compelled by law.”

Enfin, s'agissant de la convention privée, que concluent les parties et le médiateur en début de processus de médiation, elle renvoie généralement à la stricte obligation de confidentialité énoncée par la loi et par les règles institutionnelles et professionnelles applicables, et prévoit la restitution de tout document qui aurait été remis au médiateur de même que la destruction de ses notes :

Exemple de Convention de médiation²¹ :

« 6. Confidentialité

.....

- 6.3 Le médiateur est également liée par une stricte obligation de confidentialité telle que décrite dans le Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses et la loi genevois précitée (art. 161E). A la fin de la médiation, le

¹⁸ Article 166 al.1 let.d CPC.

¹⁹ FF 1996 143.

²⁰ https://www.sccam.org/sm/download/code_de_conduite_francais.pdf.

²¹ Convention de médiation de l'auteur.

médiateur restitue aux parties les documents qu'elles lui auraient remis sous le sceau de la confidentialité.

.....

6.5 Le médiateur peut, s'il le souhaite, détruire ses notes de dossier. »

3. *Cas particulier des médiateurs-avocats*

En sus des règles déontologiques de l'association professionnelle de médiation à laquelle ils appartiennent²², les médiateurs-avocats sont soumis aux Directives de la Fédération Suisse des Avocats (FSA) pour la médiation, du 20 janvier 2005,²³ lesquelles prévoient:

« Article 2 Portée et Champ d'application des Directives

- 2.1 Les Présentes Directives s'appliquent à tous les membres de la FSA qui agissent en tant que médiateur ou médiatrices, domaine de la profession d'avocat qu'elles règlent de manière exhaustive.

Article 6 Confidentialité de la procédure de médiation

- 6.1 Les médiateurs / médiatrices sont soumis aux obligations de secret professionnel définies par la loi. Ils informent les parties de la portée et du contenu de leurs devoirs à cet égard.
- 6.2 Ils rendent les parties attentives à la possibilité de conclure des clauses de confidentialité, ainsi qu'à la portée juridique de ces dernières. De telles clauses peuvent avoir pour objet l'existence, le contenu de la médiation ou les éléments produits au cours d'une procédure de médiation, ainsi que les obligations de confidentialité des différentes personnes impliquées dans la procédure. »

À la lecture de ces Dispositions, il apparaît que, selon la FSA, les activités de médiateur entrent dans le cadre des activités spécifiques de l'avocat et que les médiateurs-avocats jouissent du secret professionnel de l'avocat dans le cadre de leurs activités.

²² Par exemple, CSMC Chambre Suisse de Médiation Commerciale, FSM Fédération Suisse de médiation, etc.

²³ www.swisslawyers.com, Directives édictées par le Conseil de la FSA conformément aux articles 1 et 21 des Statuts de la FSA. Selon le Règlement Médiateurs FSA du 1^{er} juillet 2007 et ses Directives d'application, pour porter le titre de « Médiateur FSA », l'avocat doit satisfaire diverses exigences, notamment celle d'avoir accompli une formation en médiation de 128 heures au total. Voir: Revue de l'Avocat 3/2008 p. 99 ss : PIERRE KOBEL, *Le nouveau Règlement Médiateur FSA / Médiatrice FSA* ; URSULA GROSS LEHMANN, *SAV und Mediation* ; PETER VON INS, *Mediation in der (Anwalts)Praxis-insbesondere bei Streitigkeiten im Bau- und Immobilienbereich*.

Or, cette question reste controversée, la jurisprudence estimant qu'en ce qui concerne la médiation, le courtage et les conseils en matière économique, « *il s'agit de prestations qui n'appartiennent pas spécifiquement à l'activité d'un avocat* »²⁴.

Certains auteurs pensent au surplus que la problématique du secret du médiateur doit être résolue différemment²⁵ et qu'elle doit en quelque sorte être scindée entre l'obligation de secret et les prérogatives découlant de celui-ci. « *Dans la mesure où les confidences faites au médiateur ne le sont pas en raison de ses compétences juridiques, celui-ci ne peut pas se prévaloir de son secret professionnel, fût-il avocat. En revanche, il faut retenir que les règles professionnelles, en tant qu'elles dictent un comportement à l'avocat, s'imposent à lui lorsqu'il intervient comme médiateur, dans la mesure où il se prévaut de son titre d'avocat dans l'exercice de cette fonction. Ainsi, les avocats qui proposent leurs services dans le domaine de la médiation dans le cadre de leur activité d'avocat ou qui mentionnent sur le papier à lettre le titre de médiateur FSA, FSM ou CSMC et qui entendent dès lors se distinguer des autres médiateurs par leurs connaissances juridiques et le cadre de leur profession, sont soumis aux articles 12 et 13 LLCA* »^{26 27}.

²⁴ ATF 124 III 363, consid. 2d, JdT 1999 I p.406.

²⁵ « *Il ne s'agit toutefois pas d'une activité propre à l'avocat et la question du secret du médiateur ne devrait pas être résolue par ce biais* » BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, note 1830.

²⁶ Loi sur la Libre Circulation des Avocats (LLCA)

Article 12 : Règles professionnelles

L'avocat est soumis aux règles professionnelles suivantes:

- a. il exerce sa profession avec soin et diligence;
- b. il exerce son activité professionnelle en toute indépendance, en son nom personnel et sous sa propre responsabilité;
- c. il évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé;
- d. il peut faire de la publicité, pour autant que celle-ci se limite à des faits objectifs et qu'elle satisfasse à l'intérêt général;
- e. il ne peut pas, avant la conclusion d'une affaire, passer une convention avec son client par laquelle ce dernier accepterait de faire dépendre les honoraires du résultat de l'affaire; il ne peut pas non plus s'engager à renoncer à ses honoraires en cas d'issue défavorable du procès;
- f. il doit être au bénéfice d'une assurance responsabilité civile professionnelle offrant une couverture adaptée à la nature et à l'étendue des risques liés à son activité; la somme couvrant les événements dommageables pour une année doit s'élever au minimum à un million de francs; des sûretés équivalentes peuvent remplacer l'assurance responsabilité civile;
- g. il est tenu d'accepter les défenses d'office et les mandats d'assistance judiciaire dans le canton au registre duquel il est inscrit;
- h. il conserve séparément les avoirs qui lui sont confiés et son patrimoine;

A l'instar de ces auteurs, il est juste de penser que « *les parties qui choisissent un avocat comme médiateur, en raison de sa qualité d'avocat, doivent pouvoir partir du principe que celui-ci est soumis aux règles de sa profession, tout particulièrement s'il s'agit d'un avocat portant le titre de médiateur FSA. Elles peuvent dès lors le dénoncer en cas de violation du devoir de diligence, d'un conflit d'intérêt, de non respect des règles en matière de facturation ou de violation du secret professionnel.* »²⁸

Dès lors que le respect du secret découle des dispositions du mandat²⁹ et de la LLCA, l'avocat-médiateur doit à l'évidence se conformer à ces règles.

4. Quel secret ?

Secret professionnel

Contrairement au secret des ecclésiastiques, des avocats, des défenseurs en justice, des notaires, des contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, le secret du médiateur n'est pas protégé par le Code pénal en tant que secret professionnel³⁰.

i. lorsqu'il accepte un mandat, il informe son client des modalités de facturation et le renseigne périodiquement ou à sa demande sur le montant des honoraires dus;

j. il communique à l'autorité de surveillance toute modification relative aux indications du registre le concernant.

LLCA Article 13 : Secret professionnel

¹ L'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers. Le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés.

² Il veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel.

²⁷ BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, n° 3483.

²⁸ BOHNET/MARTENET, *idem*, n° 3484.

²⁹ Article 394ss Code des Obligations.

³⁰ Article 321 Code pénal : Violation du secret professionnel

1. Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Seront punis de la même peine les étudiants qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs études.

La révélation demeure punissable alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études.

2. La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit.

3. Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice.

Quant à l'avocat-médiateur, nous avons vu qu'il importe de faire la différence entre ses obligations professionnelles visant à respecter le secret et d'éventuelles prérogatives découlant de l'article 321 du Code pénal, lequel ne peut être invoqué que lorsque l'avocat(-médiateur) exerce des activités spécifiques d'avocat.

Dès lors, il est clair que, alors même qu'il reste soumis aux règles professionnelles de sa profession, le médiateur-avocat, agissant comme médiateur, ne peut se prévaloir de son secret professionnel d'avocat pour refuser de témoigner, mais bien des règles légales, institutionnelles et conventionnelles régissant la confidentialité de la médiation.

De *lege ferenda*, compte tenu du rôle et de la fonction du médiateur dans le cadre de la résolution des différends et des garanties qu'implique son assermentation, il serait certainement souhaitable de le faire entrer dans le cercle des personnes visées à l'article 321 du Code pénal.

Secret de fonction

La question est une fois encore controversée³¹. Certains auteurs sont d'avis que le médiateur n'est pas soumis au secret de fonction dans la mesure où les dispositions de l'article 320 CP³² ne s'appliquent qu'aux fonctionnaires et aux membres d'une autorité³³.

Cependant, si le médiateur agit comme médiateur pénal assermenté et que la médiation lui est déléguée par le Juge pénal, l'on pourrait également considérer qu'il exerce une tâche publique sous la dépendance de l'Etat et qu'en sa qualité d'auxiliaire de la justice³⁴, il bénéficie et est soumis au secret de fonction³⁵.

Conclusion

La confidentialité permet également aux parties de décider du champ de la médiation au fur et à mesure de son déroulement. En cela, elle les invite à dépasser la logique juridique consistant à résoudre un « litige » qui est la

³¹ CR LLCA – PASCAL MAURER/JEAN-PIERRE GROSS, art. 13 LLCA N 197.

³² Article 320 Code pénal : Violation du secret de fonction

1. Celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin.

2. La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure.

³³ BOHNET/MARTENET, *idem*, n° 3484.

³⁴ *Idem*, n°3504.

³⁵ C. GUY-ECABERT, *La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative* : petite histoire d'un pari sur l'indépendance. AJP/PJA 2009 p.47-56.

manière dont le droit, par une norme prédéterminée, générale et abstraite, simplifie la réalité. Or, le conflit comprend de nombreuses dimensions que le droit, dans son souci d'objectivation, ne peut retenir. Avec l'interdiction de statuer *ultra petita*, le juge est lié par l'objet du litige, un concept sans pertinence dans le processus de médiation.

Au contraire, la médiation peut prendre en compte tous les aspects en jeu dans un conflit aux plans affectif, économique, juridique, éducatif, psychologique et social, et permettre une véritable résolution du / des différend(s). Seul le cadre confidentiel que garantit le processus de médiation permet une discussion libre et ouverte, l'évaluation des risques, l'admission d'erreurs, la proposition d'éventuelles concessions, la confrontation d'alternatives et d'options à la réalité, tout ceci sans crainte d'être pris à quelque piège que ce soit.

L'axiome de base d'une médiation réussie est ainsi la modification des relations entre les parties. Cela ne signifie pas nécessairement que les personnes ont été transformées mais que le mode de communication entre elles a changé. Or, ceci n'est possible que dans la sécurité d'un espace de liberté de communication mutuelle, garanti par la confidentialité.

Enfin, dans la réalité économique des entreprises, une récente étude a démontré que la confidentialité est l'un des huit principaux objectifs cités par les entreprises dans le cadre de la résolution de leurs différends avec leurs clients ou fournisseurs³⁶.

Une fois autour de la table, les parties s'accommodent généralement très bien de ce principe aux contours pourtant peu précis. Celle qui en conteste l'application sans souhaiter s'engager plus avant n'est généralement pas de bonne disposition. Dans ce cas, la réussite de la médiation semble compromise et il est préférable de s'abstenir de poursuivre un processus qui, par ailleurs, a démontré son efficacité³⁷.

³⁶ Dispute-Wise Business Management : Vers un management optimisé des litiges » Etude effectuée par FIDAL (www.fidal.fr) et AAA (American Arbitration Association, www.adr.org) en 2009 auprès de 70 entreprises françaises de toute taille (40% d'entreprises cotées, 40% de grandes entreprises et 20% de PME) dans le but d'identifier les entreprises les plus « Dispute Wise » en terme de management, de coûts alloués à la résolution des différends, etc.

³⁷ Les statistiques internationales, notamment celles de ABC Mediation aux Pays Bas, indiquent un taux de réussite de 80% des médiations où les parties se rendent de bonne foi autour de la table.

Ainsi, le paradoxe de la confidentialité³⁸ consiste en ce que le groupe social donne de la valeur à la médiation en raison précisément de son secret et sa confidentialité. Et par ses aspects secrets, « *la confidentialité renforce la confiance du public en la médiation* »³⁹.

³⁸ THOMAS FIUTAK. *Le médiateur dans l'arène. Réflexions sur l'art de la médiation*. Trajets érés 2009.

³⁹ CHRISTINE GUY-ECABERT, *op.cit.*