



Jean-Pierre BUYLE
*Avocat au barreau de
 Bruxelles, maître de
 conférences ULB*



**André-Pierre
 ANDRÉ-DUMONT**
*Avocat au barreau de
 Bruxelles, maître de
 conférences UCL*

La confidentialité attachée aux pièces communiquées au service de médiation ou au collège de médiation

En vue de répondre à la résolution du Conseil des Ministres de la Communauté européenne relative à la résolution rapide et efficace des plaintes des consommateurs, la fonction d'ombudsman a été créée en 1990 par l'Association belge des banques. Cette fonction va connaître une mutation structurelle importante en 2004 avec la création du Service de médiation et du Collège de médiation. Le but initial demeure quant à lui inchangé: permettre une résolution rapide et efficace des plaintes des consommateurs sans devoir passer par les cours et tribunaux. Dans la réalisation de ce but, un "dialogue" va s'instaurer entre d'une part, les différentes parties au conflit (plaignant/banque) et d'autre part, le Service de médiation. Dans ce cadre, diverses informations et documents sont échangés non entre les parties au litige mais entre elles et le Service. La présente contribution s'interroge sur la possibilité de contraindre un des intervenants à la procédure et spécialement le Service de médiation à produire ces documents.

The Confidentiality of the Documents Sent to the Mediation Service or Mediation College

In 1990, the Belgian Bankers' Association created the Ombudsman function in response to the resolution of the European Community Council of Ministers about a quick and efficient settlement of customer complaints. This function was subject to a profound structural change in 2004, when the Mediation Service and Mediation College were founded. The initial aim however is still the same: providing a quick and efficient settlement of customer complaints without the need to refer the case to a court. With this aim in view, there will be a "dialogue" between on the one hand the different parties concerned (plaintiff/bank) and the Mediation Service on the other hand. This implies an exchange of information and documents between the parties concerned and the Mediation Service rather than between the parties themselves. This article looks into the possibility of imposing the obligation to provide these documents upon one of the parties involved in the procedure, more particularly the Mediation Service.

1. Peut-on imposer au Service de Médiation Banques-Crédit-Placements (ci-après le Service de Médiation) ou au Collège de Médiation Banques-Crédit-Placements (ci-après le Collège de Médiation) de transmettre les documents qu'ils auraient reçus dans le cadre de leur intervention?

La réponse à cette question nécessite d'abord que soit déterminée la nature précise de l'intervention de ces "organes".

2. La procédure devant le Service de Médiation ou le Collège de Médiation est incontestablement un mode alternatif de règlement des différends entre les "clients"

et les institutions financières membres de Febelfin ou affiliées au Service de Médiation.

En effet, suivant le règlement de procédure du Service de Médiation, "les Services de l'ombudsman ont pour vocation de trouver un terrain d'entente entre l'institution financière et le plaignant". Cet accord peut être trouvé alors même que la procédure devant le Service ou le Collège de Médiation est en cours ou, à l'issue de celle-ci, par exemple si l'institution financière ou le client décide de se conformer à l'avis rendu par l'ombudsman ou par le Collège de Médiation.



3. Il s'agit toutefois d'un mode de résolution du litige tout particulier.

Premièrement, la procédure est essentiellement écrite. Le règlement de procédure du Service de Médiation prévoit en son article 10 que la procédure est toujours écrite. Aucune dérogation n'est prévue. Devant le Collège de Médiation, la procédure est en règle également écrite. Toutefois, le Collège de Médiation peut déroger à cette règle (art. 7). Cette disposition ne prévoit pas que si le Collège prend une telle décision, il doit nécessairement entendre les deux parties. Elle ne précise pas davantage si cette audition est réalisée en présence de la ou les autres parties.

Deuxièmement, la procédure devant le Service de Médiation et le Collège de Médiation est contradictoire. Ce terme a toutefois une portée bien précise. Il ne signifie pas que les documents remis par l'une des parties sont automatiquement communiqués à l'autre. Ainsi, le règlement du Service de Médiation précise que la plainte est transmise à l'institution financière. Il ne prévoit en revanche pas la transmission au plaignant des pièces communiquées par cette institution. Au contraire, le règlement du Collège de Médiation dispose que "chaque partie est informée des arguments avancés par son adversaire et a l'opportunité d'y répondre, exception faite des éléments pour lesquels une des parties sollicite la confidentialité et la justifie". La contradiction est donc limitée aux seuls arguments, pour autant en outre que la confidentialité de certains éléments ne soit pas requise par l'une des parties et admise par le Collège de Médiation.

Troisièmement, la contradiction limitée a pour corolaire une obligation de confidentialité pesant sur les "membres du Service et du Collège de Médiation". Le règlement du

Service de Médiation ne contient aucune autre mention sur cette question notamment sur l'intensité de cette obligation. Il importe seulement de constater qu'elle ne s'impose qu'aux membres du Service ou du Collège et non aux parties.

Quatrièmement, au terme de l'examen du dossier, un avis est rendu soit par l'ombudsman soit par le Collège de Médiation. Sauf s'il est rendu dans le cadre de la loi du 24 mars 2003 instaurant un service bancaire de base, cet avis n'est pas contraignant.

4. Ces quelques caractéristiques de la procédure devant le Service de Médiation ou le Collège de Médiation permettent de conclure qu'il ne s'agit pas d'une médiation au sens de la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation.

Le Code judiciaire ne contient aucune définition de ce qu'est la médiation¹.

Sur la base des travaux préparatoires et des dispositions législatives, elle peut être définie comme "un processus confidentiel et structuré de concertation volontaire entre parties entre lesquels il existe un différend géré par un tiers neutre, indépendant et impartial, qui n'a aucun pouvoir juridictionnel et dont le rôle consiste avant tout à créer les conditions nécessaires pour rétablir et faciliter la communication entre parties, mais aussi à conduire celles-ci à redéfinir leurs relations, entre autres en les conduisant à trouver elle-même une ou plusieurs solutions au différend et à en sélectionner une"².

La médiation telle qu'organisée par le Code judiciaire se caractérise notamment par (a) une intervention prépondérante des parties³ et (b) l'absence d'avis rendu par le

1. Alors qu'en matière civile, le législateur s'est abstenu de définir ce qu'est la médiation, il n'en est pas de même en matière pénale. Ainsi l'art. 2 de la loi du 22 juin 2005 introduisant des dispositions relatives à la médiation dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale et dans le Code d'instruction criminelle définit la médiation comme "un processus permettant aux personnes en conflit de participer activement, si elles y consentent librement, et en toute confidentialité, à la résolution des difficultés résultant d'une infraction, avec l'aide d'un tiers neutre s'appuyant sur une méthodologie déterminée. Elle a pour objectif de faciliter la communication et d'aider les parties à parvenir d'elles-mêmes à un accord concernant les modalités et les conditions permettant l'apaisement et la réparation". 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 précise que la médiation est un "processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur". Le 11^{ème} considérant de la directive précise qu'elle ne devrait pas s'appliquer notamment "aux processus dans lesquels les personnes ou instances émettent une recommandation formelle, contraignante ou non, quant à la solution du litige".

2. P.-P. RENSON, "Le droit de la médiation et le droit des biens. Analyse à la croisée des chemins" in *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 18, n° 15.

3. Ce sont les parties qui, grâce à l'intervention du médiateur qui peut être plus ou moins actif, vont rechercher et – éventuellement – trouver une solution à leur différend. La médiation repose dès lors essentiellement sur un dialogue direct entre les parties en litige. Certes, des caucus peuvent être organisés entre l'une ou l'autre des parties et le médiateur, aparté au cours de laquelle des informations sur lequel le médiateur devra, sauf accord de la partie qui la livre, garder le secret. Ils demeurent néanmoins l'exception (O. CAPRASSE, "La médiation en matière commerciale" in *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 88, n°s 74 à 81). L'art. 13 du Code de bonne conduite du médiateur agréé prévoit en son art. 13, que: "Si, au cours de la médiation, il apparaît qu'un aparté pourrait être utile, le médiateur informera toutes les parties (...)". De la sorte, ce Code de bonne conduite semble faire de l'aparté l'exception au principe des séances plénières. De même, le règlement de l'OBFG du 20 janvier 2003 sur la déontologie de l'avocat en matière de médiation précise que des apartés ne sont possibles que si, au préalable, le médiateur a recueilli l'accord éclairé des parties sur ce processus. La procédure semble donc essentiellement contradictoire.

Il faut néanmoins relever que le processus de médiation n'étant pas défini, les parties et le médiateur disposent, dans le respect des règlements éventuellement applicables au médiateur, d'une grande liberté dans l'organisation même de la médiation (recours fréquents aux apartés,...).

médiateur au terme de la procédure^{4,5}.

Ces caractéristiques permettent de comprendre que, même si les objectifs poursuivis par le Service de Médiation et le Collège de Médiation sont les mêmes que ceux du médiateur, les premiers ne font pas de la médiation au sens du Code judiciaire.

Il s'ensuit que la procédure devant le Service de Médiation et le Collège de Médiation ne peut pas bénéficier de la confidentialité de la médiation telle qu'organisée par le Code judiciaire. Or, cette confidentialité fait obstacle à ce que les "*documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation et pour les besoins de celle-ci*" puissent "*être utilisés dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits*"⁶. L'article 1728 du Code judiciaire précise en outre que ces documents et communications "*ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire*" et que "*En cas de violation de cette obligation de secret par une des parties, le juge ou l'arbitre se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts. Les documents confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de secret sont d'office écartés des débats*"⁷.

5. Eu égard aux obligations de confidentialité et au caractère contradictoire limité de la procédure devant le Service et le Collège de Médiation, se pose la question de la possible divulgation par l'une ou l'autre des parties des informations et documents transmis à ces "*organes*".

Il ne fait aucun doute que chaque partie, si elle le souhaite, peut faire usage, devant une juridiction devant laquelle le litige viendrait à être porté, des informations ou documents qu'elle a elle-même communiqués ou de l'avis

rendu par le Service de Médiation ou par le Collège de Médiation.

Plus délicate est la question de savoir si une partie peut exiger de son adversaire ou du Service de Médiation ou Collège de Médiation qu'il produise tous les documents échangés, dans le cadre de la procédure, avec ledit Service ou Collège.

Cette question doit être résolue au regard du droit commun de la production de documents et spécialement de l'article 882 du Code judiciaire qui prévoit que "*La partie ou le tiers qui s'abstiennent, sans motif légitime, de produire le document ou sa copie, selon la décision du juge, peuvent être condamnés à tels dommages-intérêts qu'il appartiendra*".

Il s'agit de déterminer si, en recourant aux services du Service de Médiation ou du Collège de Médiation et, partant, en acceptant de ce fait de se soumettre aux règlements de procédure ad hoc applicables⁸, il n'existerait pas un motif légitime permettant tant à la ou aux parties concernées qu'au Service de Médiation ou au Collège de Médiation de refuser de communiquer les documents échangés au cours de la procédure qui s'est déroulée devant ces "*organes*".

6. Le secret professionnel est le modèle même du juste motif qui peut être invoqué pour refuser la production d'un document.

La jurisprudence n'admet cependant pas que ce secret puisse être opposé en toute circonstance et qu'en conséquence, il fasse de manière systématique et absolue, obstacle à toute demande de production de document.

Ainsi, en matière médicale, la Cour de cassation⁹ a retenu une conception fonctionnelle du secret professionnel médical permettant au juge d'apprécier si, en fonction des

4. Le médiateur ne peut que constater l'accord ou le désaccord des parties.

5. Le rôle du médiateur n'est pas plus que la médiation elle-même, défini avec précision dans la loi. Il s'ensuit que la médiation peut présenter des visages multiples. Selon certains, rien n'interdirait au médiateur, si les parties le souhaitent, de proposer des options ou émettre son avis (voy. B. ALLEMEERSCH, B. GAYSE et P. SCHOLLEN, "De wet van 21 februari 2005 in verband met de bemiddeling" in *De nieuwe wet op de bemiddeling*, die Keure, 2005, p. 16, n° 9). D'autres estiment au contraire qu'un médiateur doit refuser de donner son avis sur l'un ou l'autre point, et ce même si les parties le lui demandent, et ce à peine de perdre son impartialité (P.-P. RENSON, "Le droit de la médiation et le droit des biens" in *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 39, n° 50). Cependant, même dans cette hypothèse, ces options et avis ne font l'objet d'aucune publicité. A l'inverse, l'intervention du Service de Médiation, si elle arrive à son terme, débouche nécessairement sur un avis, lequel fait en outre l'objet d'une publicité. Dans la procédure de médiation, l'avis est donc un moyen d'arriver éventuellement à un accord; dans la procédure menée devant le Service de Médiation, l'avis, s'il peut être précédé d'indications durant la procédure, est le point d'achèvement de celle-ci. La fonction de l'avis est partant fort différente.

6. Art. 1728 C.jud.

7. La confidentialité est un des éléments essentiels sans lesquels une véritable médiation ne peut avoir lieu. Cette règle est un principe reconnu par tous, que ce soit en Belgique ou à l'étranger (sur la question de la confidentialité de la médiation, voy. not. R. VAN RANSBEEK, "Bemiddeling" in *Leerstoel Professor Constant Matheussen*, HUB, 2008, pp. 43-50).

8. Sauf contestation, il apparaît que le recours à la procédure devant le Service de Médiation ou le Collège de Médiation emporte adhésion du plaignant aux règlements édictés par ces "*organes*".

9. Cass. 20 mars 1989, *JT* 1990, p. 194; Cass. 29 octobre 1991, *Pas.* 1992, I, p. 162.

circonstances propres à l'espèce, "le silence du médecin n'est pas détourné de son but"¹⁰.

De même, la cour d'appel de Gand a décidé que, dans le cadre d'un litige ayant trait à un état d'honoraires et de frais contesté, on ne peut admettre le refus de communiquer, au nom du secret professionnel de l'avocat, le dossier complet de l'avocat justifiant l'état faisant l'objet de la procédure¹¹.

7. La notion de juste motif ne se résume toutefois pas à celle de secret professionnel. Il peut donc y avoir d'autres circonstances dans lesquelles un document pourrait, sans encourir de sanction, ne pas être produit par une personne alors même qu'elle n'est soumise à l'obligation de secret découlant de l'article 458 du Code pénal.

Ainsi, si le banquier n'est, comme la Cour de cassation l'a précisé dans un arrêt du 25 octobre 1978¹², approuvé par la doctrine¹³, pas une personne tenue, à raison de la nature de ses fonctions ou d'une disposition légale, au secret, il est néanmoins soumis à un devoir de discrétion. Ce devoir s'efface, en règle, devant les articles 877 et suivants du Code judiciaire. Toutefois, selon les circonstances appréciées par le juge, le devoir de discrétion peut justifier le refus de produire un document¹⁴.

Un régime identique semble devoir être appliqué aux éléments et documents frappés de confidentialité par une clause contractuelle. Si cette dernière fait obstacle à la production spontanée, par l'une ou l'autre partie, d'éléments visés par la clause, elle s'efface également, en règle, devant l'injonction qui serait faite par le juge de produire un ou plusieurs documents soumis à la clause, à moins que cette convention soit considérée par le juge comme un juste motif empêchant la production de ces documents¹⁵.

En l'absence de toute clause de confidentialité, le secret des affaires peut également constituer un juste motif au sens de l'article 882 du Code judiciaire¹⁶.

8. L'adhésion des parties aux règlements du Service de Médiation et du Collège de Médiation emporte leur

accord sur le caractère confidentiel et contradictoire limité de la procédure.

A défaut d'être une médiation au sens du Code judiciaire, cette procédure ne peut bénéficier de la protection offerte par ledit code aux informations et documents échangés dans le cadre d'une médiation.

Le Service de Médiation et le Collège de Médiation ne sont pas davantage des confidents nécessaires, en sorte que la procédure devant eux ne peut bénéficier, au regard de l'article 877 du Code judiciaire, du régime favorable applicable aux dépositaires d'un secret professionnel.

La situation est de ce point de vue comparable à celle du banquier assujéti à un devoir de discrétion ou aux parties contractuellement soumises à une obligation de confidentialité.

Du fait de leur adhésion aux règlements précités, les parties ne peuvent ultérieurement demander, dans le cadre d'une instance judiciaire, la production par l'autre partie ou par les organes précités des documents échangés dans le cadre de la procédure devant le Service de Médiation ou le Collège de Médiation, à peine d'engager leur responsabilité.

En revanche, rien n'interdit au juge d'ordonner, le cas échéant d'office, la production de tels documents. Toutefois, les caractères particuliers de la procédure devant le Service de Médiation et le Collège de Médiation peuvent constituer de justes motifs, laissés à l'appréciation du juge, faisant obstacle à la demande de production de documents.

9. Bien que n'étant pas une médiation au sens du Code judiciaire, la procédure devant les "organes" précités est, selon nous, une quasi-médiation bénéficiant, en vertu d'un usage, d'une confidentialité identique à celle légalement organisée pour les médiations. Tout processus de ce type ne peut en effet réussir que si cette confidentialité est assurée. Cet usage constitue alors un juste motif faisant obstacle à toute demande de production.

10. D. MOUGENOT, "Le charme discret des 'petites' mesures d'instruction", *RDJP* 2007, p. 242.

11. Gand 21 janvier 2000, *TWVR* 2000, p. 146.

12. Cass. 25 octobre 1978, *JT* 1979, p. 37.

13. A. BRUYNEEL, "Le secret bancaire en Belgique après l'arrêt du 25 octobre 1978", *J.* 1979, p. 371; D. MOUGENOT, "Le charme discret des 'petites' mesures d'instruction", *RDJP* 2007, p. 243, p. 11.

14. Comm. Hasselt 26 mars 2001, *RDC* 2001, p. 843; J. MILQUET, "La production en justice, par un cocontractant, de renseignements et de documents protégés par une clause de confidentialité", *RDAI* 1991, p. 163.

15. J. MILQUET, "La production en justice, par un cocontractant, de renseignements et de documents protégés par une clause de confidentialité", *RDAI* 1991, p. 164; M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 321.

16. Liège 22 mai 2001, *RRD*, p. 468; Bruxelles 28 mars 1996, RG 95AR2.546, arrêt cité par D. MOUGENOT, "Le charme discret des 'petites' mesures d'instruction", *RDJP* 2007, p. 246.

