

Quel droit national est applicable aux médiations transfrontalières dans la Communauté européenne à travers l'exemple du devoir de confidentialité ?

Martin HAUSER *

Nous nous proposons d'examiner la question de savoir quel droit national est applicable aux médiations transfrontalières, à travers l'exemple du devoir de confidentialité en droit français, autrichien et allemand de la médiation¹. Lors de la transposition de la Directive européenne relative à la médiation, les trois pays ont édicté des règles en matière de droit de la médiation qui prévoient des réglementations différentes en dépit d'une certaine harmonisation. S'y ajoutent les dispositions applicables aux professions d'origine respectives des médiateurs telles que celle d'avocats praticiens de la médiation, qui sont marquées d'une empreinte nationale (I.). La question se pose dès lors de savoir à quel droit de la médiation national sont soumises les médiations transfrontalières et quelles sont en conséquence les obligations incombant au médiateur et aux parties en termes de confidentialité. Le droit applicable à la médiation transfrontalière est-il déterminé selon les principes du droit privé international en faveur d'un rattachement au droit des obligations ou, par analogie avec l'arbitrage international, selon le lieu qui aura été convenu pour la procédure (« lieu de la médiation ») (II.) ? Nous émettrons pour finir des recommandations sous forme de conclusion (III.).

I. Les dispositions applicables

Afin d'encourager le recours à la médiation et de faire en sorte que les parties faisant appel à la médiation puissent se fonder sur un cadre juridique prévisible, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont souhaité instaurer des règles cadres traitant les aspects essentiels de la procédure civile. La confidentialité du processus de médiation leur a paru importante et ils ont souhaité prévoir un minimum de compatibilité des règles de procédure civile en matière de préservation de la confidentialité de la médiation dans les procédures judiciaires ou arbitrales subséquentes relevant du droit civil et commercial² :

A. La Directive européenne relative à la médiation

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 est entrée en vigueur le 13 juin 2008 et devait être transposée par les États membres jusqu'au 20 mai 2011 (ci-après « directive relative à la médiation »)³. L'article 7 prévoit la confidentialité de la médiation de telle sorte que « *ni le médiateur, ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci...* ». L'alinéa 2 prévoit que cette disposition « *n'empêche pas les États membres d'appliquer des mesures plus strictes en vue de préserver la confidentialité de la médiation* ».

B. Les lois régissant la médiation en France, Autriche et Allemagne

La France avait inclus des dispositions relatives aux médiations judiciaires, ordonnées par un juge, dans le code de procédure civile dès 1995⁴. Son article 131-14 prescrit que « *les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites, ni invoquées dans la suite de la procédure sans*

* Avocat aux barreaux de Paris et Munich, Médiateur CMAP, **BMH AVOCATS**, Paris, traduction de l'allemand par Nelly Hervé et Martin Hauser.

¹ A propos de la question de la confidentialité dans les processus de médiation internationaux, *Horst Eidenmüller*, Hybride ADR-Verfahren bei internationalen Wirtschaftskonflikten, RIW 1/2002, p. 1-11 (p. 4) ; à ce sujet, du point de vue du droit allemand, *Armin Hutner*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Tübingen 2005

² Cf. les considérations 7 et 23 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, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:De:PDF>

³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:De:PDF>

⁴ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006117227&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20080505> ; à ce sujet *Thierry Garby*, La gestion des conflits, Paris 2004, p. 53 et suiv.

l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance ». *Thierry Garby* estime que cette interdiction s'adresse *erga omnes* à toutes les personnes, qu'elles soient médiateurs, parties ou leurs représentants, ayant eu connaissance d'informations confidentielles émanant d'une médiation. Contrairement à ce qui se pratique dans d'autres pays, cette formulation interdit selon lui de reproduire ces informations sous forme de témoignages devant les tribunaux répressifs français. Le législateur de 1995 aurait en revanche omis de prévoir la confidentialité envers l'ensemble des tiers extérieurs. *Thierry Garby* suggère de conclure si nécessaire des accords complémentaires ou de faire référence aux règlements de médiation d'institutions⁶. Cette omission a été rattrapée lors de la transposition de la directive relative à la médiation en droit français. L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 prévoit désormais sans distinction la confidentialité des médiations judiciaires et des médiations conventionnelles⁷ : « *Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers, ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties* »⁸. Il y a par conséquent aujourd'hui en France un principe légal uniforme de confidentialité qui s'impose à toutes les personnes impliquées dans la médiation et qui se traduit par une interdiction d'utiliser les informations lors de procédures⁹. Cette approche dépasse la norme minimale de la directive relative à la médiation qui limite la confidentialité au médiateur et aux auxiliaires participant à la médiation sans l'étendre pour autant aux parties et à leurs conseils.

En Autriche, la « loi sur la médiation en matière civile » (*Zivilrechts-Mediationsgesetz*) est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004¹⁰ ; cette loi prévoit en son article 18 un devoir de confidentialité du médiateur¹¹ qui ne s'appliquait

⁶ *Thierry Garby*, La gestion des conflits, Paris 2004, p. 79, 80, qui fait observer qu'il est difficile de comprendre pourquoi la violation de négociations confidentielles en présence d'avocats français et la divulgation d'informations d'un conciliateur désigné par un juge devrait constituer une violation du secret professionnel dont le manquement est pénalisé tandis que pour une médiation ordonnée par un juge, il n'est prévu qu'une protection de la confidentialité facultative pour les parties, dont le manquement n'est pas pénalisé et qui peut uniquement obliger à réparer le dommage.

⁷ Article 1531 Code de procédure civile

« *La médiation et la conciliation conventionnelles sont soumises au principe de confidentialité dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée.* » Les dispositions relatives à la médiation conventionnelle définies par décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 aux articles 1530 et suiv. du Code de procédure civile français se réfèrent à la nouvelle disposition sur la confidentialité de 2011.

⁸ Article 21-3 Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (créé par l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1) :

« *Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.*

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

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

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

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

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

⁹ *Béatrice Gorchs-Gelzer*, Regard critique sur l'ordonnance n° 2011-1540 transposant la directive médiation, http://www.iepj.fr/themes/iepj/images/upload/Regard_critique_sur_lordonnance_n2011-1540.pdf « *La confidentialité s'impose à la fois aux parties et au tiers. Elle s'applique aux informations échangées entre les parties, oralement ou par écrit, et celles recueillies par le tiers (notamment pendant les « caucus ») au cours du processus jusqu'aux résultats eux-mêmes de la médiation. Ces informations ne sont pas recevables comme moyens de preuve lors d'une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure* ».

¹⁰ <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20002753>

¹¹ « *Discretion, confidentialité* § 18. *Le médiateur est tenu à la confidentialité sur les faits qui lui sont confiés ou qui sont portés à sa connaissance d'une quelconque autre manière dans le cadre de la médiation. Il doit traiter confidentiellement les documents rédigés ou qui lui sont remis dans le cadre de la médiation. Il en va de même pour les auxiliaires du*

qu'aux « médiateurs enregistrés ». Les médiations transfrontalières auxquelles participaient des médiateurs non enregistrés ne jouissaient d'aucune protection de la confidentialité en Autriche. Le 1^{er} mai 2011, la « loi sur la médiation dans l'Union européenne » est finalement entrée en vigueur par transposition de la directive relative à la médiation¹². La confidentialité y est régie à l'article 3 et prévoit explicitement un devoir de refus de témoigner¹³. Elle ne prévoit pas en revanche de devoir de confidentialité des parties impliquées dans une médiation transfrontalière et de leurs avocats. Les médiations transfrontalières bénéficient donc depuis cette date en Autriche d'une certaine protection de la confidentialité, même lorsqu'elles sont menées par des médiateurs non enregistrés. Si toutefois un « médiateur enregistré » sur la liste des médiateurs conformément à la loi sur la médiation en matière civile intervient dans une médiation transfrontalière (article 5 de la loi sur la médiation dans l'UE¹⁴), les dispositions de la loi sur la médiation en matière civile s'appliquent aussi aux médiations transfrontalières.

En Allemagne, la loi sur la médiation n'est entrée en vigueur que le 26 juillet 2012¹⁵. Son Article 4 prévoit un devoir de confidentialité légal du médiateur¹⁶ qui lui donne dorénavant un droit de refus de témoigner¹⁷, quelle que soit sa profession initiale, dans les procédures civiles et toutes procédures faisant référence à cette réglementation, conformément à l'article 383 alinéa 1 n° 6 du Code de procédure civile allemand (ZPO). Le

médiateur et les personnes qui opèrent sous la direction du médiateur dans le cadre d'une formation professionnelle pratique chez ce dernier. »

¹² <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20007234>

¹³ « **Confidentialité** § 3. Sauf accord contraire des parties, les médiateurs et les personnes impliquées dans l'exécution de la médiation dans des procédures judiciaires ou arbitrales en matière civile et commerciale **sont tenus de refuser de déposer** au sujet d'informations résultant d'une médiation ou en relation avec celle-ci, **excepté**

1. lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, ou
2. lorsque la divulgation du contenu de l'accord obtenu lors du processus de médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou exécuter celui-ci. »

En dépit du libellé, Roman Köper, Eine Qualitätsstudie des Österreichischen Zivilrechts-Mediations-Gesetzes, ZKM 2004, p. 161-164 (p. 162) parle d'un « droit de refus de témoigner ».

¹⁴ « **Rapport avec la loi sur la médiation en matière civile** § 5. (1) Les médiateurs enregistrés (§ 13 de la loi sur la médiation en matière civile) et les médiations transfrontalières menées par ces derniers sont soumis aux dispositions de la loi sur la médiation en matière civile.

(2) Un médiateur non enregistré se doit d'informer les parties de cet état de fait.

¹⁵ <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/mediationsg/gesamt.pdf> ; à ce sujet Nils Goltermann, Jürgen Klowait, Rechtsrahmen der Wirtschaftsmediation und Mediationsgesetz, dans : Ulla Glässer, Lars Kirchhoff, Felix Wendenburg, Konfliktmanagement in der Wirtschaft, Baden Baden 2014, p. 285-317

¹⁶ Loi allemande sur la médiation :

« § 4 **Devoir de confidentialité**

*Le médiateur et les personnes impliquées dans l'exécution du processus de médiation sont **tenus à la confidentialité**, sauf disposition légale contraire. Cette obligation se réfère à tout de ce qui aura été porté à leur connaissance dans l'exercice de leur activité. Nonobstant d'autres dispositions légales relatives au devoir de confidentialité, elle ne s'applique pas si*

1. la divulgation du contenu de l'accord obtenu lors du processus de médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou exécuter ledit accord,

2. cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public, notamment pour éviter la mise en danger du bien-être d'un enfant ou une atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, ou

3. s'il s'agit de faits avérés ou dont l'importance n'exige pas qu'ils soient tenus confidentiels.

Le médiateur est tenu d'informer les parties de l'étendue de son devoir de confidentialité. »

¹⁷ A propos de la distinction par rapport au devoir de refus de témoigner, cf. Hubertus Nölting, Mediatorenverträge, Cologne 2003, p. 122 et suiv.

législateur allemand n'a pas établi en revanche de droit de refus de témoigner dans les procédures pénales¹⁸. Les dispositions ne prévoient pas de devoir de confidentialité légal pour les parties, leurs avocats et des tiers éventuels (experts). La confidentialité devrait être explicitement étendue aux parties et à leurs avocats par « *stipulation d'une limitation des moyens de preuve et des exposés* » (*Vereinbaren einer Vortrags- und Beweismittelbeschränkung*) ou par référence au règlement de médiation d'une institution¹⁹.

On peut en conséquence retenir que la France est dotée d'une protection légale de la confidentialité de la médiation plus étendue, prévoyant un droit de refus de témoigner pour toutes les personnes impliquées dans une médiation, qu'il s'agisse de médiations nationales ou transfrontalières. En Autriche en revanche, la protection légale de la confidentialité sous forme de droit de refus de témoigner n'existe que pour les « *médiateurs enregistrés* », sauf dans les cas où il s'agit de médiations transfrontalières. L'Allemagne accorde un droit de refus de témoigner en droit civil, mais non en droit pénal, aux seuls médiateurs, qu'il s'agisse de médiations nationales ou transfrontalières²⁰.

C. Les dispositions nationales des professions d'origine

Les trois pays prévoient des réglementations différentes pour la protection des négociations, au nombre desquelles figurent également les négociations assistées dans le cadre d'une médiation : en France, les négociations orales et écrites entre avocats français (« *confidentialité des correspondances* ») jouissent fondamentalement d'une protection de la confidentialité au titre du « *secret professionnel* » dont le manquement est pénalisé et ne peuvent être produites dans aucune procédure²¹, que le client souhaite ou non dégager les avocats dudit secret. Cette réglementation a pour sens et

¹⁸ Nils Goltermann, Jürgen Kloweit, Rechtsrahmen der Wirtschaftsmediation und Mediationsgesetz, dans : Ulla Glässer, Lars Kirchhoff, Felix Wendenburg, Konfliktmanagement in der Wirtschaft, Baden Baden 2014, p. 285-317 (p. 303); Kai von Lewinski, Grundriss des anwaltlichen Berufsrechts, Baden Baden 2012, p. 256

¹⁹ Nils Goltermann, Jürgen Kloweit, Rechtsrahmen der Wirtschaftsmediation und Mediationsgesetz, dans : Ulla Glässer, Lars Kirchhoff, Felix Wendenburg, Konfliktmanagement in der Wirtschaft, Baden Baden 2014, p. 285-317 (p. 303); Renate Dendorfer-Ditges, Mediationsgesetz – Orchidee oder doch Stachelblume im Paragrafenwald? Checkliste zum gesetzlichen Pflichtenkatalog für Mediatoren, dans: Konfliktodynamik 2 (1), p. 86-89 (89); Reinhard Gregern, Hannes Unberath, Mediationsgesetz – Kommentar, Munich 2012, paragraphe 4, considérant 1, 48 et suiv., 67 et suiv. ; la responsabilité pénale d'un avocat allemand pourrait être considérée, Hanns Prütting, 46: Haftung, dans : Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 1145, 1146; Armin Hutner, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Tübingen 2005, p. 26

²⁰ A propos du devoir de confidentialité qui peut être conçu comme « *droit de refus de témoigner* », comme « *devoir de refus de témoigner* », voire comme « *secret professionnel* » dans les différents pays, Armin Hutner, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Tübingen 2005, p. 195-199

²¹ Règlement Intérieur National de la profession d'avocats (RIN), Article 3 : la confidentialité – correspondances entre avocats (L. art. 66-5)

« 3.1 Principes

Tous échanges entre avocats, verbaux ou écrits quel qu'en soit le support (papier, télécopie, voie électronique ...), sont par nature confidentiels.

Les correspondances entre avocats, quel qu'en soit le support, ne peuvent en aucun cas être produites en justice, ni faire l'objet d'une levée de confidentialité.

3.2 Exceptions

*Peuvent porter la mention officielle et ne sont pas couverts par le **secret professionnel**, au sens de l'article 66.5 de la loi du 31 décembre 1971 :*

une correspondance équivalant à un acte de procédure ;

une correspondance ne faisant référence à aucun écrit, propos ou éléments antérieurs confidentiels.

Ces correspondances doivent respecter les principes essentiels de la profession définis par l'article 1^{er} du présent règlement.

3.3 Relations avec les avocats de l'Union européenne

Dans ses relations avec les avocats inscrits à un barreau d'un Etat Membre de l'Union européenne, l'avocat est tenu au respect des dispositions de l'article 5-3 du Code de déontologie des avocats européens, ci-après article 21.

3.4 Relations avec les avocats étrangers

Dans ses relations avec un avocat inscrit à un barreau en dehors de l'Union Européenne, l'avocat doit, avant d'échanger des informations confidentielles, s'assurer de l'existence, dans le pays où le confrère étranger exerce, de règles permettant

objectif de protéger la confiance mutuelle des avocats afin de créer ainsi les bases d'une collaboration reposant sur la confiance qui contribuera à son tour à préparer une résolution extrajudiciaire des conflits²². Le témoignage d'un avocat français violant le secret professionnel ne pourrait pas être exploité dans une procédure et ne devrait pas être retenu par un tribunal²³. Il n'existe pas de réglementation de ce type en Autriche, ni en Allemagne²⁴. Selon le code de déontologie des avocats de l'Union européenne, cette confidentialité pourrait être préalablement convenue²⁵ entre avocats de France, d'Autriche et d'Allemagne, sachant qu'aucune interdiction d'exploiter les informations ne s'opposerait à l'introduction d'extraits de contenu d'un document confidentiel exclu des preuves devant un tribunal allemand²⁶. Il n'est pas possible de traiter ici les autres différences, notamment pour les autres professions d'origine des médiateurs.

II. Le droit applicable à la clause de médiation

Dans le cas de processus de médiation transfrontaliers, la question se pose de savoir quel droit est applicable à une clause de médiation et au processus de médiation. Une clause contractuelle de médiation peut comprendre généralement plusieurs conventions : une convention de médiation entre les parties, un contrat de médiateur entre les parties et le médiateur, et par référence au règlement de procédure d'une institution, une convention d'organisation de la médiation avec une institution (CMAP, Institut allemand d'Arbitrage - DIS, CCI, OMPI etc.)²⁷.

On peut imaginer les constellations suivantes : un processus de médiation entre parties de nationalités différentes ou relatif à un litige ayant des liens avec plusieurs États a lieu dans un certain État de l'Union

d'assurer la confidentialité de la correspondance et, dans la négative, conclure un accord de confidentialité ou demander à son client s'il accepte le risque d'un échange d'informations non confidentielles. »

Pour plus de détails à ce sujet, *Maxime-Stephanie Wild*, Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht in Deutschland und Frankreich, Francfort sur le Main 2008, p. 136-158: „... Un domaine se distingue dans lequel le secret professionnel (de droit français) est plus complet que le devoir de confidentialité des avocats défini par le droit allemand. Il n'y a que dans le droit français que la correspondance échangée entre les avocats est couverte par le secret professionnel Cette spécificité du droit français est source de problèmes dans la collaboration des avocats français avec des confrères d'autres États dont les systèmes juridiques ne connaissent pas cette protection ... ».

Si par le passé les négociations entre parties en présence d'avocats français étaient également couvertes par la même confidentialité, la solution est aujourd'hui incertaine, à défaut d'engagement de confidentialité signé par les parties.

²² *Maxime-Stephanie Wild*, Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht in Deutschland und Frankreich, Francfort sur le Main 2008, p. 145

²³ *Maxime-Stephanie Wild*, Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht in Deutschland und Frankreich, Francfort sur le Main 2008, p. 79

²⁴ Pour l'Allemagne, *Maxime-Stephanie Wild*, Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht in Deutschland und Frankreich, Francfort sur le Main 2008, p. 293

²⁵ Code de déontologie des Avocats Européens : Correspondance entre avocats

« L'avocat qui adresse à un confrère d'un autre Etat membre une communication dont il souhaite qu'elles ait un caractère « confidentiel » ou « without prejudice » devra clairement exprimer sa volonté lors de l'envoi de cette communication. Au cas où le destinataire de la communication ne serait pas en mesure de lui donner un caractère « confidentiel » ou « without prejudice », il devra la retourner à son expéditeur sans en révéler le contenu. »

²⁶ *Maxime-Stephanie Wild*, Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht in Deutschland und Frankreich, Francfort sur le Main 2008, p. 295-296 ; p. 294 : si un avocat allemand et un avocat français concluent un contrat relatif aux moyens de preuve, l'« exception de l'exercice du contrat relatif aux moyens de preuve » incomberait à la partie adverse au cas où la partie contractante allemande souhaite produire une correspondance confidentielle auprès d'un tribunal allemand en violation de l'accord, ce qui aurait pour conséquence que la demande de fournir les moyens de preuve serait refusée ; p. 79 : la production d'une correspondance confidentielle ou d'extraits de celle-ci auprès d'un tribunal français entraînerait automatiquement, au titre d'une violation de la confidentialité et du secret professionnel, une interdiction d'exploiter les documents, conformément au (« principe de la licéité de la preuve », art. 9 du code de procédure civile) ; p. 296 : les avocats inscrits au barreau dans les deux États sont tenus de respecter le code de déontologie des deux pays.

²⁷ *Armin Hutner*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Tübingen 2005, p. 10

européenne tandis qu'en cas d'échec de la médiation, une procédure judiciaire ou arbitrale est ensuite engagée dans ce même État ou dans un autre État de l'Union européenne. Les représentants des parties impliquées dans le processus de médiation qui a échoué et leurs avocats sont cités comme témoins dans une telle procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure. La question de savoir s'ils sont soumis à un devoir de confidentialité et s'ils peuvent revendiquer un droit de refus de témoigner est déterminée par le droit national applicable. S'agit-il ici du droit applicable au contrat principal ? Du droit qui semble applicable à une clause (autonome) de médiation ?

La question du droit national du témoin en question se tranche-t-elle en fonction du droit qui est applicable au lieu du processus de médiation ou au lieu où est implanté le tribunal saisi (lex fori) ?

A. Autonomie de la clause de médiation ?

La question préliminaire qui se pose tout d'abord est de savoir si une clause contractuelle de médiation « survit », de manière similaire à une clause d'arbitrage, dans le cas où une partie fait valoir l'invalidité du contrat principal à l'origine du différend. Le principe de l'« *autonomie de la clause d'arbitrage* » du contrat principal²⁸ consiste à aider à faire aboutir la voie juridictionnelle convenue par les parties, même lorsque la validité du contrat principal est mise en question. Ce principe devrait être transférable à la clause de médiation dans la mesure où les intérêts des parties sont identiques. La voie de la résolution du conflit convenue par les parties ne saurait être compromise par le fait que l'une des parties fait valoir l'invalidité du contrat principal. Ceci apparaît d'autant plus clairement dans le cas des clauses combinées de négociation, de médiation et d'arbitrage qui tendent de plus en plus à figurer dans les contrats internationaux. Il n'est pas envisageable qu'en cas d'exception de nullité, un tribunal arbitral doive d'abord décider si le contrat principal, et donc la clause de médiation, sont valides pour conclure ensuite éventuellement à l'irrecevabilité en l'état de la demande d'arbitrage et renvoyer les parties à la voie de la négociation et de la médiation.

B. Rattachement au lieu du processus de médiation ou rattachement au droit des obligations ?

Afin de déterminer le droit procédural qui lui est applicable, une clause de médiation mérite donc, de manière similaire à une clause d'arbitrage, à être interprétée indépendamment du contrat principal. La question se pose alors de savoir si c'est le droit en vigueur sur le lieu du processus de médiation (droit local) qui doit s'appliquer aux clauses de médiation transfrontalières, par analogie avec le droit de l'arbitrage, en raison de la teneur des dispositions relevant principalement du droit procédural, ou si au contraire, en raison d'une teneur des dispositions relevant principalement du droit des obligations et du droit matériel, c'est le Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)²⁹ ayant remplacé la Convention 80/934/CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles signée le 19 juin 1980 à Rome, qui doit être appliquée auxdites clauses.

Armin Hutner se prononce contre une analogie avec le rattachement en matière arbitrale au droit en vigueur au siège du tribunal arbitral³¹. En dépit de la renonciation en l'état à l'action dont s'accompagne régulièrement la mise en place d'un processus de médiation, il s'agirait selon lui d'une négociation assistée par un tiers et non d'une « *jurisprudence consensuelle* ». Il n'y aurait en outre pas « *encore* » de droit procédural applicable au processus de la médiation, contrairement à ce qui est le cas en droit d'arbitrage. Une clause de médiation comprendrait principalement des règles de droit matériel et non de droit procédural. Le droit qui lui est applicable devrait en conséquence être déterminé selon le Règlement Rome I sur la loi applicable aux

²⁸ Art. 1447 du code de procédure civile ; § 1029 du code de procédure civile allemand (deutsche Zivilprozessordnung - ZPO)

²⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=FR>

³¹ § 1025 du code de procédure civile allemand (ZPO), champ d'application :
« (1) Il convient d'appliquer les dispositions de ce code lorsque le lieu de la procédure d'arbitrage au sens du § 1043 al. 1 est situé en Allemagne. »

Article 1486 du code de procédure civile français (CPC) :

« L'appel et le recours en annulation sont portés devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale a été rendue. »

obligations contractuelles^{32, 33}. Pour les conventions de médiation comprenant des conventions de négociation, de prescription et de procédure, *Armin Hutner* conclut à des rattachements différents, tout en les subordonnant pour l'essentiel au statut de droit international des obligations³⁴. L'accord sur le refus de témoigner conclu avec le médiateur dans la convention passée avec ce dernier relèverait en revanche du droit de la *lex fori*³⁵, sachant que celui-ci a été harmonisé entre-temps dans l'Union européenne à la suite de la directive relative à la médiation. Il n'en va pas de même pour le droit de refus de témoigner des parties à la médiation qui a été introduit par voie législative en France, mais pas en Autriche, ni en Allemagne, en dépit de la critique formulée à ce propos à l'encontre de l'avant-projet de la directive relative à la médiation³⁶. *Armin Hutner* fait observer que le risque est grand qu'un tribunal étranger ne respecte pas le choix du droit fait par les parties, mais applique son propre droit³⁷. Le facteur clé lors du choix du droit applicable aux processus de médiation internationaux est selon lui le principe de l'« *uniformité* ». Les questions de droit connexes devraient être autant que possible soumises à un droit uniforme. C'est pourquoi les règles définissant le processus dans la convention de médiation et dans le contrat avec le médiateur devraient autant que possible être régies dans leur ensemble par un seul ordre juridique³⁸. Le choix du droit ne protégeant toutefois pas intégralement la médiation transfrontalière, le mieux serait de créer une zone de protection de droit procédural au moyen de réglementations uniformes, en ce qui concerne notamment la protection de la confidentialité par-delà les frontières. Ce point a été reconnu par la Commission de l'Union européenne³⁹ et a débouché ultérieurement sur la directive relative à la médiation. Comme évoqué précédemment à travers l'exemple de la protection de la confidentialité, cette directive s'est traduite certes par une certaine harmonisation (en Autriche par exemple, il n'existait auparavant aucune protection de la confidentialité pour les médiations transfrontalières dès lors que le médiateur n'était pas un « *médiateur enregistré* »), mais sa concrétisation est néanmoins restée disparate. La protection légale de la confidentialité peut être considérée comme élevée en France tandis qu'en Autriche et en Allemagne, elle doit être évaluée comme étant faible, au niveau minimum prescrit par la directive relative à la médiation. C'est pourquoi il semble toujours nécessaire dans les médiations transfrontalières de compléter la protection de la confidentialité par des conventions entre parties ou par la référence au règlement de médiation d'une institution afin que l'Autriche et l'Allemagne atteignent à leur tour un niveau de protection comparable à celui de la France.

³² *Armin Hutner*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Tübingen 2005, p. 31-35, 127-128, 147-149: pour simplifier, en résumé : en cas de conclusion concomitante de la convention de médiation et du contrat avec le médiateur, c'est le droit en vigueur au siège du médiateur qui serait déterminant ; en cas de conclusion d'abord de la convention de médiation, celle-ci relèverait du droit du contrat de base ; si une convention de médiation est conclue en même temps que le contrat de base ou séparément, en faisant référence à un règlement de médiation, le droit applicable est le droit du contrat de base avant la conclusion du contrat avec le médiateur (désignation du médiateur) et, après la désignation de celui-ci, le droit du siège du médiateur.

³³ *Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke*, Mediation in der Wirtschaft, Cologne 2011, p. 307 avec références, estiment que dans les cas de conflits transfrontaliers, les parties « *(peuvent) largement aménager elles-mêmes le droit procédural de la médiation dans le contrat* ».

³⁴ *Armin Hutner*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Tübingen 2005, p. 32 et suiv., 186 et suiv.

³⁵ *Armin Hutner*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Tübingen 2005, p. 294

³⁶ *Armin Hutner*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Tübingen 2005, p. 318-323

³⁷ *Armin Hutner*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Tübingen 2005, p. 294

³⁸ *Armin Hutner*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Tübingen 2005, p. 302

³⁹ *Armin Hutner*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Tübingen 2005, p. 306

C. Tentative de solution

Lorsqu'une médiation commerciale transfrontalière est menée par exemple à Paris, toutes les parties impliquées estiment bien entendu jouir d'une protection légale totale de la confidentialité, telle qu'on la connaît en France pour les médiations nationales. Mais cette règle s'applique-t-elle aussi aux représentants des parties et avocats allemands et/ou autrichiens participant à cette médiation ? Au vu des éléments exposés précédemment, il y a de bonnes raisons d'en douter dès lors que ne sont pas conclues des conventions supplémentaires entre les parties qui devraient valoir dans les deux pays ou que le règlement de médiation d'une institution n'a pas été convenu. S'ajouterait à cela le fait qu'un « médiateur enregistré » en Autriche qui mènerait la médiation à Paris serait soumis à la loi autrichienne sur la médiation en matière civile, par référence figurant dans la loi autrichienne sur la médiation dans l'Union européenne⁴⁰. Si le « médiateur enregistré » était en outre un avocat inscrit au barreau de Paris, la situation se compliquerait encore. La loi allemande sur la médiation ne précise pas son champ d'application territorial. En se fondant sur l'article 2, alinéa 2 de la directive relative à la médiation, l'ordonnance française du 16 novembre 2011 fait appliquer le droit de la médiation français aux conflits du travail transfrontalier, par référence au droit local : les dispositions françaises sur la médiation s'appliquent lorsqu'une procédure judiciaire ou arbitrale est engagée en France à la suite d'une médiation transfrontalière en droit du travail⁴¹.

La transposition de la directive relative à la médiation n'ayant pu produire jusque-là de dispositions uniformes protégeant complètement les médiations transfrontalières malgré la création d'un droit procédural applicable aux médiations, il devrait être dans l'intérêt des parties à la médiation de trouver un règle si possible uniforme, simple et prévisible, de rattacher la médiation, pour les effets d'une clause de médiation, au droit en vigueur sur le lieu du processus convenu par les parties, par analogie avec le droit arbitral international. Tous les effets de la médiation, en ce qui concerne notamment le devoir de confidentialité, pourraient être soumis à ce droit, à l'exception d'un accord transactionnel négocié dans le cadre d'une médiation transfrontalière pour lequel les parties pourraient décider à part du droit applicable.

III. Conclusion et recommandations

La confidentialité des processus de médiation transfrontaliers entre la France, l'Autriche et l'Allemagne n'étant pas assurée au même niveau par les lois nationales en dépit de la transposition de la directive relative à la médiation, il semble nécessaire de la stipuler à titre complémentaire⁴², tout au moins tant que la question du droit applicable et de son respect par les autres États de l'Union européenne n'est pas clarifiée :

⁴⁰ Rapport avec la loi sur la médiation en matière civile, § 5.

« (1) Les médiateurs enregistrés (§ 13 de la loi sur la médiation en matière civile) et les médiations transfrontalières menées par ces derniers sont soumis aux dispositions de la loi sur la médiation en matière civile.

(2) Un médiateur non enregistré se doit d'informer les parties de cet état de fait ».

⁴¹ 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, art. 24 :

« Les dispositions des **articles 21 à 21-5 ne s'appliquent à la médiation conventionnelle** intervenant dans les différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail que lorsque ces différends sont **transfrontaliers**.

« Est transfrontalier, au sens du présent article, le différend dans lequel, à la date où il est recouru à la médiation, une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un Etat membre de l'Union européenne autre que la France et une autre partie au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle en France.

« Le **différend transfrontalier** s'entend également du cas où une **instance judiciaire ou arbitrale** est introduite **en France** entre des parties ayant recouru préalablement à une médiation et étant toutes domiciliées ou ayant toutes leur résidence habituelle dans un autre Etat membre de l'Union européenne à la date à laquelle elles ont recouru à la médiation ».

⁴² A ce propos Hannah Tümpel, Verfahrensstandards in der (internationalen) Wirtschaftsmediation, dans: Ulla Glässer, Lars Kirchhoff, Felix Wendenburg, Konfliktmanagement in der Wirtschaft, Baden-Baden 2014, p. 106 et suiv.

Il convient

- d'une part de formuler le choix explicite du droit dans la clause de médiation (éventuellement en complément au contrat principal) et de convenir d'un lieu où se déroulera le processus de la médiation commerciale, en connaissance des nécessités de protection et
- d'autre part de faire référence au règlement de médiation d'une institution (p. ex. CMAP, Institut allemand d'Arbitrage - DIS, CCI, OMPI) dans le contrat et de vérifier si ledit règlement est susceptible d'être interprété, si nécessaire, par les tribunaux allemands comme un renoncement contractuel aux moyens de preuve (*vertraglicher Beweismittelverzicht*). Le règlement de médiation de l'Institut allemand d'Arbitrage (DIS)⁴³ protège la confidentialité en l'étendant non seulement au médiateur, mais aussi aux parties. Le règlement de médiation du CMAP⁴⁴ va au-delà en incluant explicitement les conseils des parties dans l'obligation de confidentialité. La CCI⁴⁵ (sous certaines réserves du droit applicable) et l'OMPI⁴⁶ règlementent la confidentialité en termes détaillés.

⁴³ Règlement de médiation de l'Institut allemand d'Arbitrage (DIS) : § 10 Confidentialité

« 10.1 Les parties, le médiateur et les personnes chargées d'un processus de médiation au siège de l'Institut allemand d'Arbitrage (DIS) sont tenus de garder la confidentialité sur le processus, et notamment sur les parties impliquées et les documents échangés, vis-à-vis de toute personne.

10.2 Ceci ne s'applique pas aux informations ou documents déjà connus avant le processus de médiation ou dont il est prouvé qu'ils auraient été connus d'une quelconque autre manière.

10.3 Le devoir de confidentialité ou l'obligation au secret contractuelle n'en sont pas affectés.

10.4 L'Institut allemand d'Arbitrage (DIS) est autorisé à publier des informations sur les processus de médiation dans une compilation de données statistiques dès lors que ces informations excluent l'identification des personnes impliquées. »

⁴⁴ Règlement de médiation du CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris) :

« 7.5 Le médiateur, les parties et leurs conseils sont tenus à la plus stricte confidentialité pour tout ce qui concerne la médiation ; aucune constatation, déclaration ou proposition, effectuée devant le médiateur ou par lui, ne peut être utilisée ultérieurement, même en justice, sauf accord formel de toutes les parties. »

⁴⁵ Règlement de médiation de la CCI, Article 9 Confidentialité :

« 1 Sauf convention contraire des parties et à moins que la loi applicable ne l'interdise :

a) la Procédure, mais pas le fait qu'elle a, a eu ou aura lieu, est privée et confidentielle ;

b) tout accord entre les parties mettant fin au différend est tenu confidentiel, sauf dans la mesure où sa divulgation par une partie est exigée par la loi applicable ou nécessaire à des fins d'application ou d'exécution, auquel cas ladite partie est en droit de le divulguer.

2 A moins que la loi applicable ne l'y contraigne, et sauf convention contraire des parties, aucune partie ne doit produire à titre de preuve dans aucune procédure judiciaire ou arbitrale ou autre procédure similaire :

a) de documents, déclarations ou communications soumis par une autre partie ou par le Médiateur au cours ou aux fins de la Procédure, à moins qu'ils puissent être obtenus indépendamment par la partie souhaitant les produire dans ladite procédure judiciaire ou arbitrale ou autre procédure similaire ;

b) d'opinions exprimées ou de suggestions faites par l'une des parties au cours de la Procédure à propos du différend ou de son éventuel règlement ;

c) d'aveux faits par une autre partie au cours de la Procédure ;

d) d'opinions exprimées ou de propositions faites par le Médiateur au cours de la Procédure ; ou

e) le fait que l'une des parties ait indiqué au cours de la Procédure être prête à accepter une proposition d'accord mettant fin au différend. »

⁴⁶ Règlement de médiation de l'OMPI : Confidentialité

« Article 14

Les réunions entre les parties et le médiateur ne font l'objet d'aucun enregistrement quel qu'il soit.

Article 15

Toute personne associée à la procédure de médiation – y compris en particulier le médiateur, les parties, leurs représentants et conseillers, tout expert indépendant et toute autre personne assistant aux réunions entre les parties et le médiateur – doit respecter le caractère confidentiel de la procédure de médiation ; elle ne peut, à moins que les parties et le médiateur n'en décident autrement, utiliser ou révéler à un tiers aucun renseignement concernant cette procédure ou obtenu au cours de celle-ci. Chacune de ces personnes doit, avant de prendre part à la médiation, signer l'engagement d'en respecter le caractère confidentiel.

Article 16

Sauf convention contraire des parties, toute personne associée à la procédure de médiation doit, à la clôture de celle-ci, restituer tout exposé, document ou autre pièce à la partie qui l'a fourni, sans en conserver de copie. Toute note prise par une personne concernant les réunions entre les parties et le médiateur doit être détruite à la clôture de la procédure de médiation.

Article 17

Sauf convention contraire des parties, le médiateur et les parties s'interdisent d'invoquer comme preuve ou d'aucune autre manière dans une procédure judiciaire ou arbitrale :

- (i) toute opinion exprimée ou toute suggestion formulée par l'une des parties quant à un éventuel règlement du litige ;*
- (ii) tout aveu fait par l'une des parties au cours de la procédure de médiation ;*
- (iii) toute proposition présentée ou toute opinion exprimée par le médiateur ;*
- (iv) le fait qu'une partie se soit ou non déclarée prête à accepter une proposition de règlement émanant du médiateur ou de l'autre partie. »*

WIPO Mediation Rules, Confidentiality

"Article 14

No recording of any kind shall be made of any meetings of the parties with the mediator.

Article 15

Each person involved in the mediation, including, in particular, the mediator, the parties and their representatives and advisors, any independent experts and any other persons present during the meetings of the parties with the mediator, shall respect the confidentiality of the mediation and may not, unless otherwise agreed by the parties and the mediator, use or disclose to any outside party any information concerning, or obtained in the course of, the mediation. Each such person shall sign an appropriate confidentiality undertaking prior to taking part in the mediation.

Article 16

Unless otherwise agreed by the parties, each person involved in the mediation shall, on the termination of the mediation, return, to the party providing it, any brief, document or other materials supplied by a party, without retaining any copy thereof. Any notes taken by a person concerning the meetings of the parties with the mediator shall be destroyed on the termination of the mediation.

Article 17

Unless otherwise agreed by the parties, the mediator and the parties shall not introduce as evidence or in any manner whatsoever in any judicial or arbitration proceeding:

- (i) any views expressed or suggestions made by a party with respect to a possible settlement of the dispute;*
- (ii) any admissions made by a party in the course of the mediation;*
- (iii) any proposals made or views expressed by the mediator;*
- (iv) the fact that a party had or had not indicated willingness to accept any proposal for settlement made by the mediator or by the other party."*