

## 7. LA CONFIDENTIALITÉ DE LA MÉDIATION ET L'OBLIGATION DE TRANSPARENCE DES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES

La confidentialité est une caractéristique – on pourrait même dire une valeur – essentielle de la médiation.

Les autorités administratives belges sont toutefois liées par une obligation de transparence<sup>37,38</sup>.

Du coup, la confidentialité telle qu'elle est appliquée dans les médiations entre particuliers, peut poser deux types de difficultés lorsqu'une autorité administrative est partie à la médiation, à savoir :

- la confidentialité ne pourra généralement pas être appliquée dans toute sa rigueur dans la mesure où l'agent qui représente l'autorité devra régulièrement rendre des comptes à la personne ou l'organe compétent et obtenir sa ratification pour les prises de position exprimées en cours de médiation ainsi que sa signature de l'accord de médiation éventuel ;
- l'administration pourrait se voir contrainte de communiquer certains documents issus de la médiation par application de la législation relative à la publicité de l'administration.

La première difficulté ne peut, à notre sens, être résolue que moyennant l'acceptation par l'autre partie de cet indispensable échange avec l'organe décisionnel. Il est vivement recommandé de régler cette question dans le protocole de médiation.

Quant à la deuxième difficulté, en cas de demande de publicité de la part d'un tiers (par exemple le voisin du demandeur du permis d'urbanisme qui, par hypothèse, n'a pas été impliqué dans la médiation), l'on peut d'abord se demander si

---

37. Art. 32 Const. et les diverses législations fédérale, communautaires et régionales, parmi lesquelles la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes, la loi du 5 août 2006 relative à l'accès du public à l'information en matière environnementale, ainsi que les décrets et ordonnances équivalents de la Communauté et de la Région flamande, de la Région wallonne, de la Région de Bruxelles-Capitale, de la Communauté française, de la Communauté germanophone, de la Commission communautaire commune de la Région de Bruxelles-Capitale et de la Commission communautaire française.

38. À ce sujet, on peut notamment renvoyer aux ouvrages suivants : D. RENDERS (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 987 p. ; F. SCHRAM, *Praktijkboek openbaarheid van bestuur*, Mechelen, Kluwer, 2010, 112 p. ; R. TIJS, *Openbaarheid van bestuur*, Brussel, Larcier, 2011, 284 p. ; V. MICHIELS (dir.), *La publicité de l'administration. Vingt ans après, bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 535 p.

en étendant le champ de la médiation telle que réglée par le Code judiciaire aux personnes morales de droit public<sup>39</sup>, le législateur n'a pas adopté une loi qui est à la fois postérieure et plus spécifique que les législations relatives à la publicité de l'administration de sorte qu'elle y fait exception<sup>40</sup>.

Dans l'affirmative, il suffira d'appliquer les dispositions du Code judiciaire telles que modifiées par la loi du 18 juin 2018 précitées (en particulier le nouvel article 1728 C. jud.<sup>41</sup>).

Dans la négative, il faudra vérifier si une des exceptions prévues par la législation applicable ne permet pas de refuser la publicité. À ce titre, relevons, tout d'abord, qu'il est possible que la publicité demandée concerne un « *document à caractère personnel* », c.-à.-d. un « *document administratif comportant une appréciation ou un jugement de valeur relatif à une personne physique nommément désignée ou aisément identifiable, ou la description d'un comportement dont la divulgation peut manifestement causer un préjudice à cette personne* »<sup>42</sup> auquel cas le demandeur devra pouvoir justifier d'un intérêt à obtenir la publicité du document concerné<sup>43</sup>.

39. Article 214 de la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, modifiant l'article 1724 du Code judiciaire.

40. Et ce tant par application de l'adage *lex posterior derogat priori* que par l'adage *lex specialis derogat legi generali*.

41. « Art. 1728. § 1<sup>er</sup>. *Les documents établis et les communications faites au cours du processus de médiation et pour les besoins de celui-ci sont confidentiels. Ils ne peuvent être utilisés dans aucune procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ni dans toute autre procédure de résolution des conflits et ne sont jamais admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire.*

*Sauf volonté contraire des parties exprimée par écrit, ne sont pas visés par la présente obligation de confidentialité le protocole de médiation et le ou les accords de médiation signés par les parties, ainsi que l'éventuel document établi par le médiateur qui constate l'échec de la médiation.*

*L'obligation de confidentialité peut, par ailleurs, avec le consentement écrit des parties, et dans les limites qu'elles déterminent, être levée. À l'inverse, les parties peuvent, de commun accord et par écrit, rendre confidentiels des documents ou communications antérieurs à l'entame du processus de médiation.*

*§ 2. Sans préjudice des obligations que la loi lui impose, le médiateur ne peut rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin par les parties dans une procédure civile, administrative ou arbitrale relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation. Il ne peut davantage révéler, en ce compris au juge ou à l'arbitre saisi d'un différend entre les parties médiées, le motif de l'échec de ce mode amiable de règlement des conflits. L'article 458 du Code pénal lui est applicable.*

*§ 3. Dans le cadre de sa mission et pour les besoins de celle-ci, le médiateur peut, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentent ou lorsque la complexité de l'affaire l'exige, recourir aux services d'un expert, spécialiste du domaine traité. Ceux-ci sont tenus à l'obligation de confidentialité visée au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>. Le paragraphe 2 s'applique à l'expert.*

*§ 4. En cas de violation de l'obligation de confidentialité ou de secret par les personnes qui y sont tenues en vertu de la présente disposition, le juge ou l'arbitre se prononce en équité sur l'octroi éventuel de dommages et intérêts, et sur la hauteur de ceux-ci.*

*Les documents et communications confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de confidentialité sont d'office écartés des débats. »*

42. Article 1<sup>er</sup>, al. 2, 3<sup>o</sup>, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

43. Article 4, al. 2, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

Si le demandeur peut justifier d'un tel intérêt, il faudra ensuite vérifier si une des causes d'exception au droit à la publicité ne s'applique pas. Sans s'avancer sur des questions qui devront nécessairement être examinées au cas par cas en fonction des données de l'espèce, relevons déjà que les exceptions suivantes pourraient potentiellement s'appliquer :

« § 1<sup>er</sup>. L'autorité administrative fédérale ou non fédérale rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif si elle a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection de l'un des intérêts suivants :

1° (...);

2° les libertés et les droits fondamentaux des administrés ;

3° (...);

4° (...);

5° (...);

6° (...);

7° le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité ;

8° le secret de l'identité de la personne qui a communiqué le document ou l'information à l'autorité administrative à titre confidentiel pour dénoncer un fait punissable ou supposé tel.

§ 2. L'autorité administrative fédérale ou non fédérale rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif qui lui est adressée en application de la présente loi si la publication du document administratif porte atteinte :

1° à la vie privée, sauf si la personne concernée a préalablement donné son accord par écrit à la consultation ou à la communication sous forme de copie ;

2° à une obligation de secret instaurée par la loi ;

3° au secret des délibérations du Gouvernement fédéral et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif fédéral ou auxquelles une autorité fédérale est associée.

4° (...).

§ 3. L'autorité administrative fédérale peut rejeter une demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif dans la mesure où la demande :

*1° concerne un document administratif dont la divulgation peut être source de méprise, le document étant inachevé ou incomplet ;*

*2° concerne un avis ou une opinion communiqués librement et à titre confidentiel à l'autorité ;*

*3° est manifestement abusive ;*

*4° est formulée de façon manifestement trop vague<sup>44</sup>. »*

Enfin, rappelons tout de même que « lorsque, en application des §§ 1er à 3, un document administratif ne doit ou ne peut être soustrait que partiellement à la publicité, la consultation, l'explication ou la communication sous forme de copie est limitée à la partie restante »<sup>45</sup>.

En conclusion, un tiers à la médiation peut invoquer la législation sur la publicité de l'administration pour prendre connaissance, recevoir des explications et/ou recevoir copie d'un document administratif lié à la médiation. Il est néanmoins possible de concilier cette législation avec le caractère confidentiel de la médiation pour ne pas devoir renoncer à une médiation avec une personne morale de droit public. Cette protection de la confidentialité est par ailleurs propre à la médiation<sup>46</sup> et ne s'applique pas aux simples négociations avec une administration.

---

44. Article 6, § 1 à 3, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

45. Article 6, § 4, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

46. Hormis les négociations confidentielles entre avocats.