

Bref compte-rendu des interventions sur les deux thèmes proposés dans la session (ne tient pas compte des échanges en séance) :

I- PRÉSENTATION DU PREMIER THÈME : LA PLACE FONDAMENTALE DE L'AVOCAT EN MÉDIATION COMMERCIALE

Pour quoi cette question se pose-t-elle ?

- Spécificité du contentieux commercial : les parties sont toujours assistées.
- Pendant longtemps la médiation était vue avec méfiance :
 - par les avocats qui craignaient d'être dépossédés de leurs dossiers ou devoir baisser la garde,
 - par les médiateurs qui craignaient d'être dépassés par les avocats

Les efforts de formation et la pratique ont montré que les fonctions respectives se complètent au service de la recherche de solutions mutuellement satisfaisantes.

De fait l'avocat en médiation est incontournable.

Son rôle est double : il est un allié du processus, il assiste son client dans la négociation. Il est le garant de ce que la médiation serve les intérêts de son client.

Le rôle de l'avocat avant, pendant et après la médiation.

Avant

- Il assiste son client à déterminer s'il convient d'entrer en médiation : quels sont les avantages et les inconvénients de la médiation
- S'il faut la proposer et si oui comment ?
- Comment répondre à une offre de médiation ?
- Il l'assiste à choisir le médiateur et le cadre de la médiation
- Il veille au respect des délais et notamment de la prescription ou de la péremption d'instance en cas de renvoi
- Il s'entretient avec le médiateur
- Il forme son client et l'aide à construire sa BATNA
- Il accepte de dépasser les concepts juridiques

Pendant

- Son rôle diffère selon les phases, avec une action essentielle dans le comment et surtout le comment finalement
- Il s'assure que le médiateur respecte ses devoirs
- Il s'assure que poursuivre la médiation demeure une bonne chose pour son client

Après

- Il s'assure de la bonne exécution de l'accord
- Il peut participer à la réflexion sur le retour d'expérience

II- LA CONFIDENTIALITÉ EN MÉDIATION COMMERCIALE

« La confidentialité libère la parole et favorise la recherche de solutions. »

Elle est un atout de la médiation commerciale, mais également les points de vigilance à conserver en-tête. Son respect est particulièrement sensible en matière commerciale pour l'entreprise qui a des secrets d'affaires, de stratégies commerciales, de marchés, etc.

La médiation commerciale (comme toute médiation) repose sur 4 piliers structurants : le caractère volontaire, la confidentialité, l'efficacité, l'intervention d'un tiers qualifié.

S'agissant de la confidentialité, les 5 points qu'il est important de conserver à l'esprit sont :

1. Que prévoit la loi française ?
2. Qui est tenu à la confidentialité et concrètement, comment cela se passe en médiation commerciale ?
3. Les échanges préalables, destinés à la préparation et mise en place de la médiation, sont-ils couverts par la confidentialité ?
4. Comment traiter les réunions d'information/injonctions au regard de cette obligation de confidentialité ?
5. Pendant la médiation, comment la confidentialité est-elle protégée ?

1. Ce que la loi française prévoit

⇒ La loi française pose un principe et deux exceptions

Principe : le principe est posé tant pour la médiation judiciaire que pour la médiation conventionnelle. Les textes diffèrent toutefois légèrement (voir comparaison Art. 131-14 CPC et Art. 1531 CPC), ce qui permet de conclure que le périmètre de la confidentialité de la médiation conventionnelle en France est plus précis que celui de la médiation judiciaire (mention de la temporalité « au cours de la médiation » ; protection de la confidentialité face à une instance « arbitrale » ; mention de l'« accord des parties » pour en être levé).

Exceptions : 2 exceptions au principe de confidentialité pour des motifs supérieurs d'intérêt général : « 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 » et d'ordre procédural : « 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 ».

⇒ La loi française est toutefois imprécise

Elle ne prévoit pas (sauf une précision) qui est tenu à la confidentialité, quand elle commence, comment sont protégées les pièces très souvent échangées en matière commerciale, etc.

2. Qui est tenu à la confidentialité?

Sauf en ce qui concerne le serment du médiateur inscrit sur les listes des cours d'appel (il jure « de ne rien révéler ni utiliser de ce qui sera porté à sa connaissance à cette occasion - Art. 10 du décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel), les textes n'énumèrent pas les personnes tenues par la confidentialité.

Le consensus des praticiens est que toutes celles et tous ceux qui interviennent au processus de médiation sont tenus à la confidentialité, point à stabiliser selon le règlement du centre de médiation s'il y en a un qui intervient, le protocole de médiation ou encore les engagements de confidentialité à faire signer par les « intervenants externes » (tiers expert, traducteur, observateur, etc.)

3. Qu'en est-il des échanges préalables ?

D'un côté, les textes qui régissent la confidentialité ne précisent pas le point de départ de l'obligation de confidentialité. De l'autre, les échanges préalables sont importants : ce sont les échanges relatifs à l'organisation pratique de la médiation.

Quel est le point de départ de la médiation ? La médiation commence-t-elle dès les échanges préalables avec le médiateur ? Ces échanges préalables sont-ils protégés par la confidentialité ?

⇒ En médiation judiciaire

Depuis le décret du 25 février 2022 d'application de la loi pour la confiance, le CPC prévoit désormais que le délai initial de la médiation (3 mois) court à compter du jour du versement de la provision, laquelle intervient dorénavant entre les mains du médiateur (Art. 131-3 CPC). Il est donc possible d'en déduire que la confidentialité commence à courir à compter du versement de la provision. Cela permet d'étendre l'obligation de confidentialité aux échanges préalables qui interviennent entre le jour du versement de la provision et la première réunion de médiation.

Restent donc non résolues les questions de la confidentialité des échanges :

- i. en vue de désigner le médiateur
- ii. entre la désignation du médiateur et le versement de la provision (la question ne se pose pas en pratique si le médiateur ne rentre pas en contact avec les parties tant que la provision n'est pas versée en totalité).

⇒ En médiation conventionnelle

La loi ne dit rien, à part que ce que le médiateur constate ou recueille « au cours » de la médiation est confidentiel.

Restent donc non résolues les questions de la confidentialité des échanges :

- i. en vue de désigner le médiateur
- ii. entre la désignation du médiateur et le versement de la provision, mais également
- iii. entre le versement de la provision et la première réunion de médiation ou ce que les parties déterminent être le point de départ de leur médiation.

4. Et les réunions d'information ?

Le décret du 25 février 2022 a codifié, dans le CPC, l'injonction d'avoir à rencontrer un médiateur. Il s'agit en principe d'un temps d'échange imposé par le juge aux parties consistant à s'entretenir avec un médiateur, afin que ce dernier leur explique l'objectif et le déroulement d'une médiation. Il arrive souvent qu'en pratique, ces discussions abordent le conflit lui-même, parfois à l'initiative du médiateur. Or, ce temps n'est pas couvert par la confidentialité de la médiation. Et le décret du 25 février 2022 n'a pas ajouté de clarification sur ce point. Les avocats des parties et le médiateur seront donc particulièrement prudents s'agissant des informations et pièces échangées dans le cadre de ces injonctions.

5. L'obligation de confidentialité en médiation

La loi vise comme confidentielles les « constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ». Aucun texte ne prévoit que les documents et pièces sont confidentiels du fait qu'ils sont échangés en médiation. Ce point est particulièrement sensible en matière commerciale, où la confidentialité est l'un des bénéfices premiers recherchés par les entreprises. Sans confidentialité, la médiation ne les intéresse pas.

La règle en pratique est la suivante : la pièce dont une partie dispose avant d'entrer en médiation et qu'elle montre ou échange en médiation :

- ⇒ ne devient pas pour cette partie confidentielle au motif qu'elle l'a utilisée en médiation (fondement : équilibre confidentialité de la médiation et accès au juge)
- ⇒ est confidentielle pour l'autre partie en médiation qui n'en avait pas connaissance, sauf si :
 - pièce dans le domaine publique
 - accord conjoint des parties sur le traitement non confidentiel de cette pièce

Enfin, il faut aussi mentionner qu'en médiation, il existe une autre forme de confidentialité : la confidentialité renforcée des apartés (formes différentes selon que la plénière ou la navette est en place).