

*Droits et Débats*

# Les développements de la médiation

Un colloque organisé par le Conseil d'État le 4 mai 2011  
à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris



## Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

### Rapports publics du Conseil d'État dans la Collection « Études et documents du Conseil d'État » (nouvelle collection « Les rapports du Conseil d'État »)

- Les autorités administratives indépendantes (EDCE n° 52), 2001.
- Collectivités publiques et concurrence (EDCE n° 53), 2002.
- Perspectives pour la fonction publique (EDCE n° 54), 2003.
- Un siècle de laïcité (EDCE n° 55), 2004.
- Responsabilité et socialisation du risque (EDCE n° 56), 2005.
- Sécurité juridique et complexité du droit (EDCE n° 57), 2006.
- L'administration française et l'Union européenne :  
Quelles influences ? Quelles stratégies ? (EDCE n° 58), 2007.
- Le contrat, mode d'action publique et de production de normes (EDCE n° 59), 2008.
- Droit au logement, droit du logement (ECDE n° 60), 2009.
- L'eau et son droit (ECDE n° 61), 2010.
- Consulter autrement, participer effectivement (EDCE n° 62), 2011.
- Les agences : une nouvelle gestion publique (EDCE n° 63), 2012 (*à paraître*)

### Collection « Les études du Conseil d'État »

- Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine », 1999.
- Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, 1999.
- L'utilité publique aujourd'hui, 1999.
- Les lois de bioéthique : cinq ans après, 1999.
- La norme internationale en droit français, 2000.
- L'influence internationale du droit français, 2001.
- La publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs, 2001.
- Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, 2002.
- Collectivités territoriales et obligations communautaires, 2004.
- L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social, 2004.
- Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales, 2006.
- Inventaire méthodique et codification du droit de la communication, 2006.
- Pour une politique juridique des activités spatiales, 2006.
- Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national, 2007.
- Le droit de préemption, 2008.
- L'implantation des organisations internationales sur le territoire français, 2008.
- Les recours administratifs préalables obligatoires, 2009.
- La révision des lois bioéthiques, 2009.
- Les établissements publics, 2010.
- Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2011.
- Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.

### Collection « Droits et débats »

- Le droit européen des droits de l'homme, 2011.
- Les développements de la médiation, 2012.
- La valorisation économique des propriétés des personnes publiques (*à paraître*).



Acronymes .....	5
Avant-propos .....	7
Le programme du colloque.....	10
Séance d'ouverture.....	12
<b>Première table ronde : L'étude du Conseil d'État : une transposition volontariste pour renforcer la médiation.....</b>	<b>23</b>
<i>Sommaire.....</i>	<i>23</i>
<i>Les intervenants de la 1<sup>ère</sup> table ronde.....</i>	<i>24</i>
<i>Actes - L'étude du Conseil d'État : une transposition volontariste pour renforcer la médiation.....</i>	<i>26</i>
<i>Échanges avec les participants .....</i>	<i>44</i>
<i>Propos conclusifs .....</i>	<i>45</i>
<b>Deuxième table ronde : Comment développer la médiation en précisant son articulation avec les autres modes alternatifs de règlement des conflits ? .....</b>	<b>47</b>
<i>Sommaire.....</i>	<i>47</i>
<i>Les intervenants de la 2<sup>ème</sup> table ronde.....</i>	<i>48</i>
<i>Actes – Comment développer la médiation en précisant son articulation avec les autres modes alternatifs de règlement des conflits.....</i>	<i>50</i>
<i>Échanges avec les participants .....</i>	<i>64</i>
<b>Troisième table ronde : Les médiations dans le domaine bancaire, financier et de la consommation.....</b>	<b>69</b>
<i>Sommaire.....</i>	<i>69</i>
<i>Les intervenants de la 3<sup>ème</sup> table ronde.....</i>	<i>70</i>
<i>Actes - Les médiations dans le domaine bancaire, financier et de la consommation .....</i>	<i>72</i>
<i>Propos conclusifs .....</i>	<i>87</i>



<b>Quatrième table ronde : Les médiations internes dites « maison », les médiations dans le domaine social.....</b>	<b>89</b>
<i>Sommaire.....</i>	<i>89</i>
<i>Les intervenants de la 4<sup>ème</sup> table ronde.....</i>	<i>90</i>
<i>Actes – Les médiations internes dites « maison », les médiations     dans le domaine social.....</i>	<i>92</i>
<i>Propos conclusifs .....</i>	<i>100</i>
<i>Échanges avec les participants .....</i>	<i>101</i>
<b>Synthèse générale du colloque .....</b>	<b>105</b>
<b>Séance de clôture .....</b>	<b>109</b>
<b>Annexe documentaire .....</b>	<b>111</b>
<b>Directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale .....</b>	<b>113</b>
<b>Présentation de l'étude du Conseil d'État et de ses principales propositions.....</b>	<b>121</b>
<b>Glossaire : la médiation et la conciliation judiciaires et conventionnelles.....</b>	<b>134</b>



## Acronymes

AFUB	Association française des usagers des banques
AMF	Autorité des marchés financier
BIT	Bureau international du travail
CCAG	Cahier des clauses administratives générales
CCIP	Chambre de commerce et d'industrie de paris
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CMAP	Centre de médiation et d'arbitrage de Paris
CNC	Conseil national de la consommation
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
DDTEFP	Direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle
ENM	École nationale de la magistrature
ESSEC	École supérieure de sciences économiques et sociales
GEMM	Groupement européen des magistrats pour la médiation
INSERM	Institut national de la santé et de la recherche médical
IRÉNE	Institut de recherche et d'enseignement sur la négociation
MARD	Mode alternatif de règlement des différends
MARL	Mode alternatif de règlement des litiges
OIT	Organisation internationale du travail
RAPO	Recours administratifs préalables obligatoires
SMJ	Service minimum juridique
TGI	Tribunal de grande instance
UE	Union européenne





## Avant-propos

Jacques Biancarelli

*Conseiller d'État, délégué au droit européen,  
coordonnateur du colloque*

Le Conseil d'État a toujours manifesté un véritable intérêt à l'égard des modes alternatifs de règlement des différends (MARD). En témoigne notamment son étude de 1993 « *Régler autrement les conflits* ». Non pas seulement par souci de désencombrer les prétoires, car le recours aux MARD ne doit en aucun cas être regardé comme une préoccupation de ménager le confort du juge, encore moins comme une ébauche de privatisation de la Justice, service public régalien par excellence, et certainement pas pour restreindre la portée du principe de l'accès au juge. En réalité, il s'agit surtout d'une volonté de pacifier les relations sociales et de freiner autant que faire se peut la judiciarisation croissante à laquelle doivent faire face toutes les grandes démocraties.

La médiation participe ainsi d'une autre conception du règlement des différends, celle qui précisément tend à éviter qu'un différend ne se transforme en litige, celle qui privilégie la volonté de s'entendre entre les parties, grâce au concours d'un tiers qui n'est pas nécessairement un juge, celle enfin qui permet aux parties d'engager un véritable dialogue, souvent plus efficace, plus rapide et moins onéreux que la formation d'une action devant une juridiction. Si l'office du juge relève de la sphère régaliennne, le médiateur effectue, pour sa part, une « prestation de services » spécifique au profit du justiciable virtuel.

Saisi par le Premier ministre aux fins de faciliter l'exercice de transposition de la directive n°2008/52 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, le Conseil d'État n'a pas hésité, dans son étude remise à celui-ci le 30 juillet 2010, à se prononcer clairement en faveur d'un développement de la médiation et, à cet égard, le titre même du colloque est dépourvu d'ambiguïté. Il a souhaité, en liaison étroite avec l'ensemble des professionnels du droit concernés, qu'il s'agisse des avocats, des magistrats, des universitaires ou encore des multiples associations de médiateurs, préciser les concepts et proposer un relatif encadrement dans un souci de sécurité juridique.

Une clarification sémantique s'impose en effet, dès lors qu'une multitude de processus ou procédures voisins se réclament de la médiation, sans qu'il y ait lieu, bien naturellement, de conférer à la médiation au sens strict un « label » ou une protection au titre, en quelque sorte, d'une appellation d'origine.

Le Conseil d'État, dans le strict cadre de la transposition de la directive 2008/52, a proposé de retenir les définitions suivantes de la médiation et du médiateur : « *La médiation est un processus structuré par lequel les parties tentent, avec l'aide d'un médiateur, de parvenir à un accord amiable sur la résolution de leurs différends à caractère individuel* ».



*« Le médiateur est un tiers impartial, indépendant, compétent et probe qui est sollicité, par les parties d'un commun accord, en vue de mener avec toute la diligence requise, le processus de médiation dont il a été chargé par les parties à un différend. Le recours à un médiateur peut également être ordonné par le juge avec l'accord des parties, dans le cadre du règlement du litige qui lui est soumis. La médiation peut être confiée à plusieurs médiateurs ».*

Mais il est clair que de telles définitions n'ont pas été suggérées aux seules fins de se conformer à une directive de l'Union européenne. Même si, une fois encore, le Conseil d'État a pu mesurer l'incidence croissante du droit de l'Union sur le droit interne, dès lors que la matière civile et commerciale, au sens de celui-ci, inclut l'ensemble de la matière administrative, lorsque l'administration ne fait pas usage de prérogatives de puissance publique. C'est, ainsi, avec beaucoup de pragmatisme et de souplesse qu'ont été recensés et comparés des processus voisins de la médiation, qu'elle soit conventionnelle ou judiciaire, tels que la conciliation, la conciliation judiciaire, la conciliation de justice, la conciliation conventionnelle, la convention de procédure participative, la transaction et l'arbitrage.

Quelles que soient les différences procédurales, les problématiques essentielles sont les mêmes : la parfaite impartialité et probité du médiateur ainsi que sa compétence, laquelle implique un renforcement de sa formation ; la liberté des parties d'engager ce processus et de s'en retirer à tout moment ; un degré de contradictoire approprié à ce type de dispositif ; la confidentialité s'attachant à la médiation ; une possibilité d'articuler harmonieusement la médiation avec les concepts voisins précédemment évoqués ; les effets de l'engagement d'une médiation sur les délais de prescription ou de suspension de la procédure devant le juge ; enfin, si l'on se trouve dans le champ de la directive, la possibilité de faire homologuer par des juges d'autres États membres de l'Union européenne les accords issus des processus de médiation.

Or, la médiation, cette fois au sens large du terme, s'est développée substantiellement dans pratiquement tous les domaines de la vie sociale. Ainsi en est-il du secteur bancaire et financier ; des différends en matière de consommation qui se sont multipliés à un point tel qu'une « Charte médiation consommation » a été adoptée par la Commission de la médiation de la consommation le 27 septembre 2011, aux fins d'établir les principes et règles à respecter par les médiateurs, ainsi que par les entreprises, secteurs et administrations qui mettent en œuvre un service de médiation ; enfin, toujours plus nombreux sont les litiges individuels dans le domaine social à être soumis à de multiples régimes de médiation, sans oublier la phase de conciliation qui précède nécessairement la phase juridictionnelle devant le Conseil des prud'hommes.

De sorte que les définitions proposées plus haut s'avèrent difficilement applicables dans certaines hypothèses, notamment celle où le médiateur a été désigné à l'avance par l'une des parties. On le voit, la matière est très riche, les intervenants sont toujours plus nombreux, souvent fervents partisans, voire passionnés. Cependant, alors que plus de quatre millions de litiges sont tranchés annuellement, en France, par un juge de l'ordre judiciaire ou administratif, seules



quelques dizaines de milliers se résolvent par un MARD, même si des statistiques précises font encore défaut. Le champ d'action potentiel de la médiation est, par suite, encore très vaste.

A cet égard, le droit de l'Union européenne, nouvel intervenant en la matière, a parfois été mal perçu et considéré comme susceptible de conduire à une cristallisation excessive des définitions et des procédures. Bien plus, l'on a pu craindre qu'il ne conduise à une médiation en quelque sorte « à deux vitesses » : l'une, relative aux litiges transfrontaliers et entrant dans le champ de la directive 2008/52, fortement encadrée, répondant pleinement à l'impératif de sécurité juridique et aboutissant à l'homologation d'accords de médiation par les différents juges des États membres de l'Union ; l'autre, cantonnée aux différends purement nationaux, moins perfectionnée, risquant d'être dépréciée, ne répondant pas pleinement aux exigences de la sécurité juridique et se voyant fermer la porte de l'homologation.

C'est précisément la volonté d'éviter une telle juxtaposition préjudiciable de deux régimes différents pour un même processus qui a inspiré les réflexions du Conseil d'État et l'a conduit à les poursuivre en organisant un colloque sur les développements de la médiation. La richesse des propositions des intervenants et l'annonce toute récente, par le Parlement européen, de nouvelles initiatives de l'Union en matière de MARD ou d'actions de groupe montrent que le débat sur la médiation est loin d'être clos et que celle-ci a vocation à connaître un véritable essor, pour autant qu'elle offre au justiciable les mêmes garanties de sécurité juridique que celles que lui procure le recours au juge.



# Le programme du colloque

---

## 9h 30 – Séance d’ouverture

- **Jean-Marc Sauvé,** vice-président du Conseil d’état

## 10 h 00 – L’étude du Conseil d’état : une transposition volontariste pour renforcer la médiation

### *Modérateur*

- **Yves Robineau,** président de la section de l’intérieur du Conseil d’ tat

### *Intervenants*

- **Jacques Biancarelli,** délégué au droit européen à la section du rapport et des études du Conseil d’ tat
- **Claire-Agnès Marnier,** *legal officer* auprès de la direction générale justice de la Commission européenne
- **Laurent Vallée,** directeur des affaires civiles et du Sceau (ministère de la justice et des libertés)

## 11 h 30 – Comment développer effectivement la médiation en précisant son articulation avec les autres modes alternatifs de règlement des différends (MARD) ?

### *Modérateur*

- **Oliver Schrameck,** président de la section du rapport et des études du Conseil d’ tat

### *Intervenants*

- **Aurélien Colson,** professeur associé de science politique et de négociation à l’ESSEC
- **Charles Jarrosson,** professeur à l’université Panthéon-Assas
- **Gérard Pluyette,** conseiller à la Cour de cassation

## 13 h 00 – Fin de la matinée

**14 h 30 – Les médiations dans le domaine bancaire, financier et de la consommation**

**Modérateur**

- **Didier Kling**, vice-président et trésorier de la chambre de commerce et d'industrie de Paris

**Intervenants**

- **Michel Armand-Prevost**, avocat
- **Nathalie Homobono**, directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
- **Gérard Rameix**, médiateur national du crédit
- **Elyane Zarine**, présidente de la commission de la médiation de la consommation de l'Institut national de la consommation

**16 h 00 – Les médiations internes dites « maison », les médiations dans le domaine social**

**Modérateur**

- **Olivier Dutheillet de Lamothe**, président de la section sociale du Conseil d'État

**Intervenants**

- **Jean Bessiere**, adjoint au directeur général du travail et chef du service de l'animation territoriale de la politique du travail et de l'action de l'inspection du travail
- **Anne Dufour**, présidente de chambre au conseil des prud'hommes de Paris
- **Jean Kaspar**, ancien secrétaire général de la CFDT, PDG de Kaspar Consultant

**17 h 15 – Synthèse générale du colloque**

- **Catherine Chadelat**, conseiller d'État

**17 h 30 – Séance de clôture**

- **Pierre-Antoine Gailly**, président de la chambre de commerce et d'industrie de Paris





# Séance d'ouverture

Par Jean-Marc Sauvé<sup>1</sup>  
Vice-président du Conseil d'État

La justice est une figure essentielle de la démocratie. Elle pèse équitablement et tranche les conflits en appliquant la loi et le droit. Elle est ainsi un garant ultime de la régulation sociale. Mais lorsque le glaive de la justice s'abat, il sépare, disjoint ou distend, en ne laissant entre les êtres d'autre ciment que la parole et l'autorité du droit, la *jurisdictio* et l'*imperium*, c'est-à-dire une parole et une force qui viennent de l'extérieur.

Or la régulation sociale ne peut et ne saurait reposer toute entière sur une contrainte externe, en particulier celle qu'imposerait le juge. Les autres pouvoirs, bien sûr, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, sont eux aussi responsables de la cohésion de notre société. Mais la régulation sociale est une responsabilité qui incombe d'abord, et peut-être avant tout, à chacun des individus, chacune des personnes, qui forment la société.

« Régler les conflits autrement »<sup>2</sup> que par le recours au juge est donc une nécessité. Une nécessité en termes d'accès à la justice et de garantie des droits. De fait, en France, si les juridictions administratives, comme les juridictions judiciaires, ont accompli de grands progrès en termes de délais de jugement, elles ne peuvent poursuivre en ce sens, dans le contexte d'augmentation des contentieux, sans de sérieux risques d'atteinte à la qualité de la justice rendue et, donc, à l'efficacité de la régulation sociale qu'elles ont pour mission d'assurer. Régler les conflits autrement est également une nécessité en termes économiques : outre le coût des procès pour les justiciables et pour la société, le recours au juge peut dans certains cas n'être pas une voie pertinente pour le bon fonctionnement des marchés et des relations commerciales. Régler les conflits autrement est enfin une exigence sociale : une société de « Chicaneau », dans laquelle « L'un veut plaider toujours, l'autre toujours juger »<sup>3</sup>, serait, sans douter, une société dérégulée.

La conscience de cette nécessité a conduit les États-Unis, après la conférence « Pound » de 1976<sup>4</sup> dont le chief Justice de la Cour suprême Warren Burger fut l'un des fervents promoteurs, à faire évoluer en profondeur leur système judiciaire en favorisant les modes alternatifs de règlement des conflits : les « Alternatives dispute resolutions » (ADR).

1 Texte écrit en collaboration avec M. Timothée Paris, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État

2 *Régler les conflits autrement : conciliation transaction, arbitrage en matière administrative*, Étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 4 février 1993.

3 Racine, *Les Plaideurs*, Acte I scène 5.

4 De son nom complet : *National Conference on the causes of popular dissatisfaction on the administration of justice*, avril 1976. Le nom de « Pound Conference » est un hommage à Roscoe Pound, qui fut doyen de la faculté de droit d'Harvard. Celui-ci avait mené, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, d'importants travaux de recherche sur l'amélioration du système judiciaire américain. La conférence d'avril 1976 porte le même intitulé que le discours prononcé par R. Pound en 1903 devant l'*American Bar Association (The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice)*.



La conscience de cette nécessité a aussi conduit l'Europe et chacun des États qui la composent, depuis une vingtaine d'années, à des réflexions de grande ampleur en faveur du développement des modes alternatifs de règlement des différends. La directive du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale s'inscrit dans cette dynamique<sup>5</sup>. Elle repose sur la volonté de faire de la médiation un mode alternatif efficace de règlement des différends, qui puisse inspirer le développement de l'ensemble des procédures extra-judiciaires. Le Conseil d'État, au travers de l'étude qu'il a réalisée sous le titre « Développer la médiation dans le cadre de l'Union Européenne » à la demande du Premier ministre pour préparer la transposition de cette directive, s'est pleinement approprié cet objectif.

De fait, cette étude met en évidence que les modes non juridictionnels de règlement des différends, tels que la médiation, sont des processus appropriés pour répondre et remédier à la judiciarisation croissante de notre société (I). Le cadre juridique adapté qu'elle propose (II) pourrait aussi contribuer au développement de ces processus alternatifs de règlement des litiges en matière administrative, domaine dans lequel ils sont particulièrement pertinents (III).

### **I - Les modes non juridictionnels de règlement des différends sont, par leurs objectifs, leurs méthodes et leurs résultats, des processus appropriés pour répondre et remédier à la judiciarisation croissante de notre société.**

*A.- Les modes non juridictionnels de règlement des différends répondent principalement à deux objectifs qui font d'eux des instruments utiles et adaptés pour prévenir des litiges ou pour tenter d'y mettre un terme.*

1.- Le premier de ces objectifs est de permettre aux parties de résoudre un différend sans être contraint de s'en remettre à la décision d'un tiers, que celui-ci soit un juge étatique ou un arbitre. Cet objectif se traduit d'abord par le caractère essentiellement volontaire du recours à la plupart de ces processus et par l'inspiration contractuelle dont ils procèdent. La médiation, comme la conciliation, la transaction, ou encore la convention de procédure participative reposent en effet, d'abord, sur la volonté des parties d'oeuvrer conjointement à la résolution amiable de leur différend.

Ce premier objectif se traduit également par le rôle du tiers indépendant, lorsque ces processus y recourent. La mission du médiateur, comme celle du conciliateur - bien qu'avec un degré d'implication plus grand pour ce dernier -, n'est pas d'imposer une solution aux parties mais bien, avant tout, d'aider au rapprochement des points de vue.

2.- Le second objectif que poursuivent les modes non juridictionnels de règlement des différends est la recherche d'une solution, non nécessairement « la plus exacte possible au regard de la règle de droit mais [...] la plus apte possible à permettre le maintien d'une convergence des intérêts entre les parties »<sup>6</sup>. Ces processus permettent en effet de prendre en considération, pour la résolution d'un litige, des

<sup>5</sup> Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil européen du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

<sup>6</sup> G. Flécheux et P. Lafarge, « La médiation », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz, Paris, 2000, p. 301.



questions sans lien direct avec l'application stricte de la règle de droit, liées par exemple à la psychologie des parties ou encore à la perception qu'ont celles-ci des enjeux matériels en litige<sup>7</sup>. Leur objectif est donc aussi, de ce fait, un objectif de pacification des relations entre les parties fondée sur le sentiment qu'ont celles-ci de l'équité.

*B.- La souplesse des méthodes de règlement non juridictionnel des différends participe aussi de cette vertu pacificatrice.*

1.- Cette souplesse est une caractéristique intrinsèque de ces processus. La médiation et la conciliation en témoignent : elles peuvent toutes deux être diligentées, soit à l'initiative des parties, soit être requises ou suggérées par un juge. Elles ne sont pas nécessairement enserrées dans des contraintes de temps ou de délais : les parties peuvent adapter elles-mêmes la procédure et les délais à l'urgence ou à la complexité du litige, ce qui distingue ces processus du recours au juge. Cette souplesse repose aussi, enfin, sur la discrétion qui est une caractéristique propre aux modes alternatifs de règlement des conflits.

2.- La souplesse des modes non juridictionnels de règlement des différends résulte également de ce qu'ils sont conduits à la lumière du droit et sous la protection de la justice – « in the shadow of law » dirait-on en anglais, d'après le titre de l'article publié en 1979 par Robert Mnookin et Lewis Kornhauser<sup>8</sup>. Ainsi, les droits sur lesquels les parties peuvent négocier sont limités : cette limitation n'est pas excessive, mais elle suffit à prévenir, notamment, toute atteinte aux droits fondamentaux et à l'ordre public. En outre, lorsque les parties ont recours, par exemple, à une conciliation ou à une médiation, elles conservent toujours la possibilité de faire appel au juge, si elles le souhaitent ou en cas d'échec du processus. Elles ont également la possibilité de faire appel au juge pour assurer l'exécution de leur accord ou de leur transaction, au travers notamment de l'homologation de ceux-ci<sup>9</sup>.

Cette complémentarité entre les modes non juridictionnels de règlement des différends et la justice étatique permet aussi opportunément de prévenir toute appropriation de ces processus par une communauté professionnelle. Enfin, si les modes non juridictionnels de règlement des différends permettent de s'écarter de l'application stricte de la règle de droit, celle-ci n'en reste pas moins, en pratique, un guide essentiel pour déterminer la solution du conflit. Tel est le sens de l'analyse menée par Robert Mnookin et Lewis Kornhauser dans le cas des transactions de divorce, à laquelle je viens de faire référence.

---

7 Voir sur ce point A. Bolze, « Le procès, risque à éviter : les modes alternatifs de règlement des litiges », *Revue générale de droit des assurances*, 1er juillet 2010, n° 2010-03, pp. 481 et sq.

8 Robert H. Mnookin et Lewis Kornhauser, « Bargaining in the shadow of law: the case of divorce », *The Yale law journal*, 1979, pp. 950 et sq. Dans cet article, les auteurs démontrent, en substance, que la règle de droit n'est pas seulement une règle qui s'impose d'en haut, mais est aussi un guide dont s'inspirent de manière constante les modes alternatifs de règlement des différends et, plus particulièrement, puisqu'il s'agit de l'exemple étudié, la négociation-transaction qui peut régler les divorces aux États-Unis sans recours au juge.

9 L'article 6 de la directive du 21 mai 2008 dispose ainsi que : « 1. Les États membres veillent à ce que les parties, ou l'une d'entre elles avec le consentement exprès des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire. (...) 2. Le contenu de l'accord peut être rendu exécutoire par une juridiction ou une autre autorité compétente au moyen d'un jugement ou d'une décision ou dans un acte authentique, conformément au droit de l'État membre dans lequel la demande est formulée ».



C.- Du fait de leurs objectifs et de la souplesse de leurs méthodes, les modes non juridictionnels de règlement des différends ont des domaines d'application potentiels importants et des résultats significatifs, voire probants.

1.- Outre la matière administrative, sur laquelle je reviendrai, de nombreux domaines se prêtent à leur utilisation. En témoignent les dispositifs existant en France, dont beaucoup ont été créés au cours des 15 dernières années. L'on peut penser à la médiation judiciaire en matière civile, créée par la loi du 8 février 1995. Plusieurs dispositifs de médiation existent également en matière prud'homale et en matière scolaire. La médiation, la transaction et la conciliation sont aussi des processus particulièrement adaptés pour les litiges dans le domaine commercial, dans le domaine bancaire, dans celui des assurances ou encore dans le domaine social, domaines qui seront évoqués au cours des tables-rondes de cet après-midi.

2.- Lorsque de telles procédures alternatives ont été instaurées, elles présentent en outre des résultats significatifs, voire probants. En France, le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris évalue par exemple à environ 75-80% le taux de réussite des médiations qu'il conduit<sup>10</sup>. En Europe, l'étude menée en 2009 à la demande de la Commission dans les 27 États de l'Union a montré que, dans le domaine de la consommation, les modes alternatifs de règlement des différends étaient regardés, dans plus de 80% des cas, comme des moyens très efficaces de résolution d'un litige<sup>11</sup>.

## **II - Le développement des modes non juridictionnels de règlement des différends nécessite la mise en place d'un cadre juridique plus adapté.**

A.- Bien entendu, la souplesse des modes alternatifs de règlement des différends, en particulier de la médiation, exclut qu'ils soient soumis à un régime procédural strict et à des contraintes trop étendues sur le fond du droit applicable.

1.- Leur développement nécessite néanmoins de définir précisément les principes fondamentaux qui leur sont applicables. En termes de procédure, les modes alternatifs de règlement des différends ne relèvent bien évidemment pas de la notion de « procès équitable » - ils en perdraient leur caractère « alternatif »<sup>12</sup>. Un minimum de formalisme et de garanties sont néanmoins nécessaires, pour prévenir la conclusion d'accords déloyaux, qui entérineraient une situation de faiblesse ou résulteraient d'un défaut d'information de l'une des parties. S'agissant de la médiation, trois principes paraissent particulièrement importants. Le premier est le principe de la diffusion transparente d'informations, qui peut être rattaché à l'idée d'égalité des armes. Le deuxième principe est celui de la confidentialité de ces informations<sup>13</sup>. Le troisième principe est la possibilité de recourir à l'homologation,

10 E.-A. Télémaque, « La médiation en propriété intellectuelle : un outil de prévention et de pacification des litiges à consommer sans modération », In *Gaz. Pal.* 11 mars 2008, n° 71, pp. 8 et sq.

11 *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union*, rapport final de l'étude menée par le *Consumer Policy Evaluation Consortium*, soumis à la Commission européenne le 16 octobre 2009, p. 346.

12 Voir sur ce point, notamment, N. Fricéro, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », in *Liberté, justice, tolérance, Mélanges en l'honneur du Doyen Cohen-Jonathan*, op. cit. ibid.

13 Ainsi que le rappelle expressément l'article 7 de la directive du 21 mai 2008 : « ... les États membres veillent à ce que, sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une procédure judiciaire



par un juge, de l'accord ou de la transaction. A ces principes peut également être ajouté celui selon lequel les parties doivent avoir la faculté, si elles le souhaitent, d'être assistées par un professionnel du droit pendant le déroulement d'une médiation, d'une conciliation ou d'une transaction.

Selon une logique analogue, la liberté laissée aux parties pour convenir d'un accord ou d'une transaction, y compris lorsque ceux-ci sont fondés sur des considérations extrajuridiques, ne doit pas avoir pour effet de porter atteinte à des règles ou des principes relevant de l'ordre public. Cette question se pose, par exemple, en droit des assurances, mais aussi en matière administrative.

2.- Définir un cadre juridique lisible et prévisible suppose en outre de préciser l'articulation entre eux des différents modes de règlement alternatif des différends et l'articulation de ceux-ci avec les procédures juridictionnelles. Cela implique de clarifier la définition et le champ de chacun de ces processus alternatifs : la directive du 21 mai 2008, en donnant une définition précise de la médiation, contribue à une meilleure distinction entre celle-ci et, par exemple, la conciliation. Elle conduit aussi à mieux distinguer l'accord qui peut résulter d'une médiation, d'une transaction, cette dernière supposant en principe l'existence de concessions réciproques. Quant à l'articulation des modes alternatifs de règlement des différends avec les procédures juridictionnelles, elle pourrait bénéficier, ainsi que la directive y invite dans le domaine de la médiation, de la généralisation de dispositions expresses suspendant les délais de prescription et les délais de recours pendant le déroulement du processus alternatif<sup>14</sup>, ainsi que d'une meilleure distinction entre, d'une part, les processus ordonnés ou conduits par le juge et, d'autre part les processus conduits à la seule initiative des parties.

*B.- Le développement des modes non juridictionnels de règlement des différends suppose également de veiller à la qualité de ces processus.*

1.- Cela passe d'abord par l'affirmation des garanties d'impartialité et de neutralité des tiers impliqués, le cas échéant, dans leur déroulement – le médiateur ou le conciliateur. L'article 3 de la directive du 21 mai 2008 et l'étude du Conseil d'État font ainsi des exigences d'impartialité, d'indépendance et de probité du médiateur des conditions essentielles de la qualité du processus de médiation<sup>15</sup>. Les guides de

---

*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, excepté: a) lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'État membre concerné, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne; ou b) lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en oeuvre ou pour exécuter ledit accord. »*

14 La question des effets de la médiation sur les délais de prescription est expressément prévue par l'article 8 de la directive du 21 mai 2008, qui trouve déjà un écho en droit interne dans l'article 2238 du code civil. L'étude du Conseil d'État propose la transposition explicite de cet article de la directive à la matière administrative. Elle propose également, dans cette matière, de prévoir des dispositions permettant de suspendre les délais de recours pendant une durée de trois mois, avec pour objectif de concilier le principe de sécurité juridique et la qualité qui doit s'attacher au processus de médiation (p. 50).

15 L'article 131-5 du code de procédure civile dispose d'ores et déjà que « La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes : 1° Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire ; / 2° N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes moeurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation,



bonnes pratiques, tels que le code de déontologie des médiateurs adopté en 2008 par les principales organisations professionnelles de la médiation en France ou le code de déontologie des médiateurs européens, participent également de cette politique de qualité.

2.- Il convient aussi, dans cette perspective, de porter une attention particulière à la capacité du médiateur ou du conciliateur, qu'il s'agisse de sa compétence dans les domaines juridiques, de ses compétences techniques et, bien évidemment, de sa compétence dans la pratique de la médiation ou de la conciliation. Plusieurs dispositifs permettant de garantir cette compétence existent déjà : ils ont été créés et sont mis en œuvre par les associations professionnelles spécialisées dans ces domaines. L'instauration d'un mécanisme d'adhésion volontaire à des associations agréées et l'obligation de suivre une formation minimale dans un organisme de formation agréé à cet effet<sup>16</sup>, telles qu'elles ont été proposées par l'étude du Conseil d'État, devrait permettre de favoriser une harmonisation des pratiques et de consolider les garanties existantes. Ce dispositif pourrait être utilement complété par une plus grande ouverture de l'Université et des organismes de formation des professions du droit aux processus de règlement alternatif des différends. Les formations qui ont été mises en place, notamment, par le Barreau de Paris s'inscrivent assurément dans cette dynamique.

### **III - Ainsi dotés d'un cadre juridique adapté, les modes non juridictionnels de règlement des différends s'avèrent particulièrement pertinents en matière administrative.**

A.- 1.- Les modes non juridictionnels de règlement des différends poursuivent en matière administrative les mêmes objectifs de prévention et de résolution des conflits que dans les autres domaines. Ils se fondent également sur les mêmes méthodes souples, qui permettent de concilier, d'un côté, une grande liberté des parties pour tenter de résoudre par elles-mêmes un différend et, de l'autre côté, la garantie d'un contrôle adapté du juge administratif. L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État sur les conditions d'homologation des transactions en matière administrative témoigne clairement de la recherche d'un tel équilibre. Le juge administratif, y compris le juge de cassation<sup>17</sup>, peut aujourd'hui juger recevables, en fonction de la nature du litige, les demandes d'homologation de transactions, alors même qu'aucun contentieux ne serait pendant devant lui<sup>18</sup>. *Le contrôle qu'il révoque, de retrait d'agrément ou d'autorisation ; /3° Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ; /4° Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ; /5° Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation. »*

16 Selon une procédure analogue, par exemple, à celle instaurée en Belgique par la loi du 21 février 2005.

17 CE, ass., 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, Lebon p. 273 avec les conclusions de B. Dacosta.

18 CE, ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, Lebon p.433 avec les conclusions de G. Le Chatelier. Cet arrêt juge, notamment, que sont recevables les conclusions à fin d'homologation d'une transaction intervenue entre les parties en cours d'instance et que la recevabilité d'une demande d'homologation doit être admise, dans l'intérêt général, lorsque la conclusion d'une transaction vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation, ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières. Tel peut notamment être le cas en matière de marchés publics et de délégations de service public.



effectue permet quant à lui de concilier le principe de liberté contractuelle des parties avec le respect des exigences procédurales et des principes de fond auquel il ne peut être dérogé<sup>19</sup>.

2.- L'intérêt d'un tel contrôle, qui conduit le juge à vérifier, notamment, que la transaction ne constitue pas de la part de la collectivité publique intéressée une libéralité et qu'elle ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public, tient au fait que les limites à la liberté dont disposent les parties à un processus non juridictionnel de règlement des différends en matière administrative, sont nécessairement plus fortes que dans d'autres domaines. Par essence, l'administration se distingue en effet d'une partie privée par le fait qu'elle a pour mission de mettre en oeuvre l'intérêt général et que son action engage les deniers publics. Il est donc essentiel qu'un juge puisse s'assurer du respect, par l'administration, des règles impératives du droit public. Tel est le sens de la décision *INSERM* rendue le 17 mai 2010 par le Tribunal des conflits<sup>20</sup> en matière de contrôle juridictionnel des sentences arbitrales.

3.- De ce fait, après avoir un temps hésité, je suis aujourd'hui convaincu que, si la matière administrative se prête au développement des modes non juridictionnels de règlement des différends, elle ne se prête pas, en revanche, à l'arbitrage. L'arbitrage n'offre en effet pas la même souplesse que la médiation, la conciliation ou la transaction. Il reste, d'abord, un mode juridictionnel de règlement des différends : il n'a donc pas la même vertu pacificatrice que, par exemple, la médiation<sup>21</sup>. L'arbitrage est aussi en principe exclusif du recours au juge étatique, si l'on excepte l'intervention éventuelle – mais sans portée sur le fond du litige – du juge d'appui ou, lorsqu'elle est requise, l'intervention du juge de l'exequatur<sup>22</sup>. De plus, lorsque la sentence arbitrale fait l'objet d'un contrôle de fond, celui-ci est particulièrement restreint, notamment dans le cas des contrats mettant en jeu les intérêts du commerce international. Si l'on ne met pas en oeuvre les règles jurisprudentielles de fond fixées par l'arrêt *INSERM* précité, le contrôle juridictionnel exercé sur les sentences arbitrales rendues sur des litiges nés de tels contrats ne porte en effet ni sur la licéité de la clause compromissoire, ni sur le fond du litige au regard du droit interne. Il a pour unique objet de vérifier la régularité de la sentence en considération des règles matérielles – au demeurant très limitées – relevant de l'ordre public international<sup>23</sup>.

---

19 Le juge vérifie que les parties consentent effectivement à la transaction, que l'objet de cette transaction est licite, qu'elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique intéressée une libéralité et qu'elle ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public. CE, ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses*, précité.

20 TC 17 mai 2010, *Institut national de la santé et de la recherche médicale c/Fondation Letten F. Saugstad*, à publier au Recueil Lebon.

21 Ainsi que le souligne le professeur Jarrosson, « l'arbitre impose sa solution, le médiateur la propose et les parties disposent ». C. Jarrosson, « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.* 1996 p. 952 n°10.

22 En témoigne l'article 148 du code de procédure civile, qui impose à une juridiction d'État devant laquelle est portée un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage, de se déclarer incompétente.

23 Cass, 1ère ,civ. 4 juin 2008, n°06-15320.



B.- 1.- A contrario, les modes non juridictionnels de règlement des différends peuvent trouver à s'appliquer dans de nombreux domaines du droit administratif. Une transposition et une adaptation étendue de la directive du 21 mai 2008, par exemple, permettraient à la médiation de s'appliquer dans des pans entiers de l'action administrative non régaliennne, tels que, notamment, les marchés publics, les délégations de service public, les contrats de partenariat, la responsabilité à l'occasion des dommages de travaux publics ou encore la responsabilité hospitalière.

Par ailleurs, y compris dans certaines matières régaliennes, le développement de ce mode spécifique de règlement des différends qu'est le recours administratif préalable obligatoire peut aussi contribuer aux mêmes objectifs de prévention du contentieux et de rapprochement des points de vue entre les parties. Ces recours peuvent en effet, dans certaines hypothèses, « permettre de rechercher une solution de compromis, à un niveau de responsabilité qui autorise la prise en compte d'éléments d'opportunité et non les seuls éléments de légalité »<sup>24</sup>. Du point de vue de l'administration, les recours administratifs préalables obligatoires peuvent être « un facteur essentiel d'amélioration de la décision et de la pratique administratives »<sup>25</sup> et, donc, d'amélioration de la qualité et de pacification de la relation entre l'administration et les citoyens.

2.- Dans les domaines du droit administratif où les modes non juridictionnels de règlement des différends sont applicables, ceux-ci paraissent particulièrement adaptés à deux catégories de litiges. La première est celle des litiges dans lesquels les enjeux sont limités ou des litiges proches des contentieux dits « sériels », sans toutefois les recouvrir totalement. La seconde catégorie recouvre les litiges complexes ou ceux pour lesquels les enjeux sont particulièrement importants. De fait, si la mission de conciliation dévolue au juge administratif n'a pas été fréquemment utilisée depuis sa création par l'article 22 de la loi du 6 janvier 1986, elle a néanmoins montré son efficacité dans ces deux catégories de litiges. L'on peut penser aux commissions de médiation qui ont été créées pour la réparation des dommages causés par les travaux d'implantation du tramway à Nantes, Grenoble, Bordeaux, Nice ou Paris, qui ont montré leur succès. L'on peut aussi penser à la conciliation conduite par le président du tribunal administratif de Lyon en 1999 en vue de l'indemnisation de la société évincée du contrat de concession du boulevard périphérique nord de cette ville<sup>26</sup>.

*C.- Comment assurer effectivement le développement des modes non juridictionnels de règlement des différends en matière administrative ?*

1.- Les pouvoirs publics et les associations professionnelles jouent bien évidemment un rôle important à cet égard. L'étude du Conseil d'État, en s'appuyant sur la directive du 21 mai 2008, propose plusieurs recommandations pour continuer à développer la connaissance de la médiation par les particuliers, telle que la mise à disposition du public, au moyen d'un site Internet, des informations relatives aux organismes de médiation et aux associations de médiateurs ayant adhéré au code de déontologie des médiateurs.

<sup>24</sup> *Les recours administratifs préalables obligatoires*, étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 29 mai 2008, *La Documentation française*, Paris, 2008, pp. 36-37.

<sup>25</sup> *Idem* p. 38.

<sup>26</sup> Sur ces points, voir J.-M. Le Gars, *La conciliation par le juge administratif*, AJDA 2008, pp. 1468 et sq.



2.- Le juge est également, j'en suis convaincu, un rouage essentiel dans la promotion et le développement des modes alternatifs de règlement des différends. L'expérience menée en 2010 dans les chambres sociales de la Cour d'appel de Paris est à cet égard révélatrice du succès que peut rencontrer la médiation lorsqu'elle est engagée ou proposée par le juge. La mise en place d'une double convocation par la juridiction –à l'instance juridictionnelle et à une rencontre permettant d'informer les parties sur la possibilité du recours à la médiation-, la présence permanente de médiateurs lors de chaque audience des chambres sociales de la cour d'appel et l'information dispensée par le juge au cours de l'audience, en présence d'un médiateur, sur la possibilité pour les parties de recourir à la médiation dans les litiges pour lesquels ce mode de règlement des différends est approprié ont ainsi contribué à l'engagement de processus de médiation pour les 2/3 des informations dispensées au cours de l'année 2010. Ce succès met en évidence le fait qu'un rôle proactif du juge, autrement dit « l'intégration » des modes alternatifs de règlement des litiges « dans le fonctionnement des juridictions »<sup>27</sup> est un élément essentiel pour permettre leur développement et leur pérennisation. La généralisation à l'ensemble des juridictions civiles, par le décret du 1<sup>er</sup> octobre 2010<sup>28</sup>, de la possibilité de recourir à une conciliation judiciaire déléguée par le juge, sur le fondement des propositions du rapport de la commission sur la répartition des contentieux, présidée par le Recteur Guinchard<sup>29</sup>, s'inscrit également dans cette logique qui vise à allier souplesse et sécurité<sup>30</sup>. L'implication du juge administratif dans la promotion des modes non juridictionnels de règlement des différends est de manière semblable une condition de leur déploiement en matière administrative.

Les modes alternatifs de règlement des différends sont un enrichissement de la réponse judiciaire aux litiges et non un substitut à celle-ci<sup>31</sup>. Tel est le cas, en particulier, de la médiation, mais aussi de la conciliation et de la transaction, qui offrent un point d'équilibre satisfaisant par les méthodes souples et non directives qu'elles emploient, entre, d'un côté, l'objectif de prévention du contentieux et de pacification sociale et, de l'autre côté, le droit pour les personnes d'avoir accès à un juge et de faire valoir leurs droits devant lui. Cet équilibre rend ces modes non juridictionnels particulièrement adaptés à la matière administrative, comme ils le sont en matière civile, commerciale ou sociale. Il permet aux parties, de fait, une liberté étendue pour mettre fin à leur différend, tout en conciliant cette liberté avec les limites qu'impose le respect des principes et des règles impératives du droit public. Il est donc important que le juge administratif, par une démarche active, contribue à leur développement, en partenariat avec les administrations, les professions du droit, les acteurs économiques et sociaux et

27 *Célérité et qualité de la justice. La médiation, une autre voie*. Rapport du groupe de travail sur la médiation présidé par Jean-Claude Magendie, 2008, p. 80.

28 Décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale.

29 *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rapport au garde des Sceaux de la Commission sur la répartition des contentieux, présidée par Serge Guinchard, *La Documentation française*, Paris, 2008.

30 Voir sur ce point, notamment, N. Gerbay, « Premières vues sur le décret du 1er octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale », *Gazette du Palais*, 12 octobre 2010, n°285, pp. 17 et sq.

31 Voir sur ce point, par exemple, F. Vert, « Les sept enseignements du rapport Magendie sur la médiation », contribution à la session de formation continue de l'École Nationale de la Magistrature, intitulée « Médiation : Enjeux et perspectives à la Cour d'appel de Paris », *Les Annonces de la Seine*, lundi 11 avril 2011, n° 23, p. 8.



les associations qui œuvrent déjà en ce sens. L'étude réalisée par le Conseil d'État sur la transposition de la directive « médiation » et ce colloque sont une pierre importante sur cette voie.

Je remercie chaleureusement M. Pierre-Antoine Gailly, président de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, d'avoir accepté, non seulement d'accueillir cet événement au siège de la chambre, mais aussi de conclure les travaux de cette journée. Je remercie chacun des participants de leur contribution, ainsi que la Section du rapport et des études pour l'organisation de ce colloque qui permettra d'explorer les multiples dimensions de la médiation, de ses méthodes, de ses domaines d'application et des voies et moyens de la rendre plus effective. Je ne doute pas que les travaux de ce colloque apporteront une contribution importante à la réflexion sur les modes alternatifs de règlement des différends, en particulier sur le développement de la médiation, dans la perspective, notamment, de la transposition prochaine de la directive du 21 mai 2008 qui devrait –du moins peut-on l'espérer– procéder d'une ordonnance prise sur l'habilitation donnée par l'article 198 de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit actuellement en cours d'examen par le Conseil constitutionnel.



### L'étude du Conseil d'État : une transposition volontariste pour renforcer la médiation

La première table ronde présente la façon dont l'étude du Conseil d'État a répondu à la demande du Premier ministre, allant au-delà de recommandations pour une simple transposition de la directive 2008/52 relative à la médiation en matière civile et commerciale. Les débats ont ainsi pour objet d'exposer la méthodologie utilisée par le Conseil d'État ainsi que ses principales analyses et conclusions. Enfin, elle aborde l'approche de l'Union européenne en matière de médiation ainsi que les premiers enseignements à tirer des transpositions par les autres États membres de la directive 2008/52.

#### Sommaire

<b>Introduction de Yves Robineau,</b> <i>Président de la section de l'intérieur du Conseil d'État.....</i>	26
<b>Intervention de Jacques Biancarelli,</b> <i>Délégué au droit européen de la section du rapport et des études.....</i>	27
<b>Intervention de Laurent Vallée,</b> <i>Directeur des affaires civiles et du Sceau au ministère de la justice et des libertés .....</i>	35
<b>Intervention de Claire-Agnès Marnier,</b> <i>Legal Officer auprès de la direction générale « justice » de la Commission européenne .....</i>	39
<b>Échanges avec les participants .....</b>	44
<b>Propos conclusifs .....</b>	45
<b>Documentation générale sur le thème du débat.....</b>	113
<i>La directive 2008/52 est reproduite en annexe ainsi que la présentation de l'étude du Conseil d'État figurant au dossier du participant du colloque.</i>	



## Les intervenants de la 1<sup>ère</sup> table ronde

---

### Présidence

---

#### **Yves Robineau**

*Président de la section de l'intérieur du Conseil d'État*

Diplômé de droit public, de sciences politiques et de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion Léon Blum), Yves Robineau intègre le Conseil d'État en 1975 comme auditeur. En 1978, il devient responsable du centre de documentation du Conseil d'État, avant d'être, en 1980, commissaire du Gouvernement à la section du contentieux. En 1983, il devient délégué interministériel à l'insertion professionnelle et sociale des jeunes en difficulté. Commissaire du Gouvernement à la section du contentieux en 1986, puis directeur de l'éducation surveillée au ministère de la justice en 1988, il est nommé médiateur du cinéma en 1992 pendant 4 ans. Il devient président de la 2<sup>ème</sup> sous-section du Conseil d'État en 1997, puis président adjoint de la section du contentieux en 2001 et vice-président du tribunal des conflits de 2002 à 2004. Il est depuis 2004, président de la section de l'intérieur.

### Intervenants

---

#### **Jacques Biancarelli**

*Délégué au droit européen à la section du rapport et des études du Conseil d'État*

Inspecteur du trésor de 1971 à 1973, ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion André Malraux), Jacques Biancarelli entre au Conseil d'État comme auditeur en 1977, où il exerce successivement les fonctions de rapporteur et de commissaire du Gouvernement à la section du contentieux. En 1982, il est référendaire à la Cour de justice des communautés européennes pendant 6 ans, puis devient directeur des services juridiques du Crédit Lyonnais en 1987. Il est nommé juge au tribunal de première instance des communautés européennes de 1989 à 1995. En 1996, il est assesseur à la section du contentieux. Depuis 1998, il est responsable de la cellule du droit communautaire à la section du rapport et des études, devenue depuis 2009 délégation au droit européen.

**Laurent Vallée**

*Directeur des affaires civiles et du Sceau au ministère de la justice et des libertés*

Diplômé de l'École supérieure des sciences économiques et commerciales, de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion Cyrano de Bergerac, 1997-1999), Laurent Vallée entre comme auditeur au Conseil d'État en 1999. Il est maître des requêtes depuis 2002 au Conseil d'État, commissaire du gouvernement près l'assemblée du contentieux et les autres formations de jugement de 2002 à 2008. De 2008 à 2010, il devient avocat of Counsel au cabinet Clifford Chance. Depuis 2010, il est le directeur des affaires civiles et du Sceau au ministère de la justice et des libertés.

**Claire-Agnès Marnier**

*Legal officer auprès de la direction générale justice de la Commission européenne*

Titulaire d'un D.E.A. de droit privé général, option droit des obligations et droit de la famille de l'université de Paris II Panthéon-Assas en 2001, ancienne élève de l'École nationale de la magistrature (promotion 2002-2004), Claire-Agnès Marnier est nommée en 2004 comme juge du siège au tribunal de grande instance de Troyes. De septembre 2007 à janvier 2011, elle occupe la fonction de magistrat rédacteur au ministère de la justice et des libertés, à la direction des affaires civiles et du Sceau, bureau de l'entraide civile et commerciale internationale. Dans ce cadre, elle est en charge de l'activité de coopération en matière de notification internationale d'actes, d'obtention de preuves et d'enlèvement international d'enfants et participe aux négociations du règlement n°4/2009 « obligations alimentaires ». Depuis le 16 janvier 2011, elle est *legal officer* au sein de la Commission européenne, à la DG justice, direction justice civile, dans l'unité coopération judiciaire en matière civile – domaine de la famille.



## Actes - L'étude du Conseil d'État : une transposition volontariste pour renforcer la médiation

---

**Introduction de Yves Robineau,**

*Président de la section de l'intérieur du Conseil d'État*

Le point de départ de la réflexion sur la médiation à laquelle nous prenons part aujourd'hui est la directive 2008/52 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008. C'est d'ailleurs aux fins de sa transposition en droit français, que le Conseil d'État a été saisi, par la Gouvernement, d'une demande d'étude.

C'est la raison pour laquelle le thème dominant de cette table ronde sera la dimension européenne de la médiation ou plus précisément la contribution de l'Union européenne à l'essor de la médiation. Une fois transposée la directive 2008/52 marquera une nouvelle étape dans le développement des MARD. Ce regain d'intérêt se fait d'ores et déjà sentir au niveau national où de nombreuses initiatives ont été entreprises par les milieux intéressés. Je pense notamment à l'impulsion donnée par le premier président Magendie dans son rapport<sup>32</sup> publié en octobre 2008 ou à l'éclosion d'un tissu d'associations consacrées à ce mode alternatif de résolution des litiges.

Tout d'abord, Claire-Agnès Marnier, membre la Direction générale de la justice de la Commission européenne en charge des travaux relatifs à la coopération judiciaire en matière civile et notamment de la directive qui nous intéresse, offrira une perspective du point de vue de Bruxelles. Seront principalement développés trois points : la genèse de la directive, son état des transpositions en Europe, et, bien entendu, les réaction suscitées par la démarche de transposition française au sein le la Commission européenne. Je tiens à cet égard à la remercier tout particulièrement pour son témoignage.

Ensuite, Laurent Vallée, directeur des affaires civiles et du Sceau au ministère de la justice et des libertés, ministère chef de file pour la transposition de cette directive, nous fera part de son ressenti et répondra à de nombreuses questions au nombre desquelles figurent : Sur quels aspects y-a-t-il lieu de progresser et d'enrichir notre droit national, qui accorde déjà un statut légal à la médiation en matière civile ? Sur les points demeurant en débat, quelles options gouvernementales sont en voie d'être retenues lorsque la directive laisse ouvertes plusieurs options ?

Enfin, Jacques Biancarelli, Conseiller d'État, délégué au droit européen au sein de la section du rapport et des études et président du groupe de travail chargé d'élaborer l'étude remis au Premier ministre, introduira cette table ronde en exposant le contenu et l'apport du rapport du Conseil d'État.

Il répondra notamment à cette question difficile mais passionnante pour les juristes : Comment concilier l'exigence constitutionnelle et européenne de transposition de normes écrites et la nécessaire souplesse inhérente à la médiation ?

---

<sup>32</sup> Le rapport «Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie», issu du groupe de travail sur la médiation présidé par Jean-Claude MAGENDIE, du 15/10/2008.

---

**Intervention de Jacques Biancarelli,**  
*Délégué au droit européen*  
*à la section du rapport et des études du Conseil d'État*

La demande d'étude dont le Conseil d'État a été saisi lui a permis d'enrichir la réflexion menée depuis un quart de siècle sur les modes alternatifs de règlement des différends (MARD) et, plus précisément, sur la médiation. La judiciarisation croissante, la volonté de privilégier le dialogue entre les parties dans la résolution de leurs différends ont conduit institutions et milieux sociaux professionnels, tant au niveau européen qu'au niveau national, à s'intéresser toujours davantage à ce sujet devenu très actuel<sup>33</sup>.

Saisi par le Premier ministre le 28 mai 2010, le Conseil d'État s'est vu confier une mission inédite : éclairer le Gouvernement sur les travaux préparatoires à la transposition de la directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Cette demande illustre d'ailleurs un renforcement et un renouvellement de la fonction consultative du Conseil d'État en matière de droit de l'Union européenne, rôle d'ailleurs confirmé et même renforcé notamment par l'étude sur le Parquet européen.

Dans le très bref délai imparti par le Premier ministre (sept semaines utiles, l'étude devant être remise au 30 juillet 2010), il a néanmoins été possible de conduire des travaux approfondis, grâce notamment à la réactivité du Conseil d'État et au précieux concours d'un groupe de travail particulièrement compétent et coopératif qui s'est réuni à cinq reprises. Les expériences différentes des personnalités composant ce groupe de travail ont certainement contribué à la bonne élaboration de cette étude : des membres du Conseil d'État, des représentants des services du Premier ministre et des ministères concernés, un magistrat de l'ordre judiciaire, des avocats, deux universitaires et le vice-président de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris.

Il n'a pas été demandé au Conseil d'État de simples recommandations relatives à une transposition de la directive, mais, plus largement, de faire des propositions plus ouvertes sur un thème qui revêt un intérêt croissant : le développement de la médiation. Ainsi, les termes mêmes de la demande d'étude laissent à penser que la France entend transposer de façon ambitieuse et cohérente cette directive. La commande du Premier ministre est volontariste ; alors même que le champ d'application de la directive est clairement circonscrit aux seuls litiges transfrontaliers, l'extension de l'application de ce cadre européen de référence est envisagée. Les médiations intervenant dans des litiges dépourvus de caractère transfrontalier seraient alors concernées. Le souhait du Premier ministre semble être d'éviter que ne s'instaure un différentiel de qualité entre les médiations transfrontalières, qui bénéficieraient d'un cadre juridique perfectionné

---

33 Pour exemples : Rapport d'information n°3696, Monsieur Jacques Floch, *La médiation en Europe*, Assemblée Nationale 2007 / Livre vert de la Commission du 19 mars 2002 « *Les modes alternatifs de résolutions des conflits relevant du droit civil et commercial* », COM (2002) 196 final / Rapport de M. Magendie, Premier président de la cour d'appel de Paris, « *Célérité et qualité de la justice : la médiation : une autre voie* ».



et sécurisé (instauré par la transposition de la directive) et les médiations purement internes qui en seraient dépourvues. Le droit de l'Union européenne constitue ainsi une source d'influence et de progrès pour le droit national qui s'en inspire.

Le Conseil d'État a ainsi mené une étude empreinte de réalisme et d'ambition. Il s'est tout d'abord attaché à déterminer les critères d'un régime de médiation satisfaisant aux exigences de l'Union européenne et servant de référence aux processus nationaux de médiation. Il a ensuite procédé à un état des lieux des processus de médiation existants en droit interne à l'aune des critères dégagés. Enfin, il a fait des propositions précises au Premier ministre dans le cadre de la transposition de la directive, propositions qui vont plus loin que les strictes exigences de transposition et qui illustrent une démarche volontariste du Conseil d'État pour renforcer la médiation.

## **I - Une volonté de définition de critères d'un processus de médiation**

### *A. Une clarification des concepts*

La multiplication et la diversification des procédures pouvant être qualifiées de MARD n'ont pas été accompagnées d'un encadrement normatif approprié. Il en résulte parfois une confusion sémantique. A l'occasion de la transposition de la directive 2008/52, le Conseil d'État a entendu clarifier, d'une part, les spécificités qui s'attachent aux différents MARD et, d'autre part, ce que l'on entend précisément par « médiation ».

#### a) Définition et spécificité des différents MARD

S'attachant à des motifs de sécurité juridique et de respect des obligations du droit de l'Union européenne, le Conseil d'État se réfère à la définition de la médiation figurant à l'article 3 de la directive 2008/52. Ainsi, la médiation est « *un processus structuré, [...] 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* ». Par suite, son étude distingue trois critères auxquels doit satisfaire une médiation. Le premier impose l'existence d'un différend à caractère individuel, le deuxième, une démarche volontaire, commune et continue des parties, le troisième, enfin, un processus « structuré ». Outre ces trois critères, la médiation doit respecter trois garanties pour satisfaire aux exigences de la directive : l'égalité des armes entre les parties, la confidentialité des informations résultant de la médiation et la possibilité d'homologuer et de rendre exécutoire un accord issu de la médiation, tant par le juge national que par ceux des autres États membres. La médiation participe alors d'une autre conception du règlement des différends privilégiant la volonté de s'entendre entre les parties grâce à l'aide d'un tiers qui ne propose pas de solution au litige. Le médiateur est un simple « facilitateur », un « pacificateur ».

La définition de « médiateur » ainsi introduite, le Conseil d'État a rappelé les exigences inhérentes à cette fonction: il doit faire preuve de diligence, sans pour autant qu'une obligation de résultat lui soit imposée, il doit bénéficier d'une formation minimale et justifier de son impartialité et son indépendance. Le Conseil d'État propose en outre une exigence supplémentaire aux termes de laquelle le médiateur doit faire preuve de probité.



Ces notions précisées, le Conseil d'État a pu clarifier les concepts voisins de la médiation. Ainsi, l'arbitrage désigne le procédé par lequel un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, selon des modalités qui se rapprochent d'une procédure judiciaire. La transaction consiste en un contrat par lequel les parties mettent fin à un litige né ou à naître en se faisant des concessions réciproques ; elle est l'issue fréquente d'un processus de conciliation ou de médiation. La conciliation se distingue quant à elle de la médiation par l'intensité du rôle joué par le tiers « conciliateur » qui, contrairement au médiateur, propose une solution aux parties.

#### b) Une typologie des régimes de la médiation

S'il existe plusieurs types de médiations en fonction du contexte dans lequel elles sont engagées, la directive n'inclut dans son champ d'application que certaines d'entre elles.

La directive 2008/52 ne se réfère à aucun terme générique pour qualifier les différents types de médiation. Elle se limite à les décrire tout en précisant celles qui entrent, ou non, dans son champ d'application. Il existe donc trois hypothèses : la médiation peut être engagée à l'initiative des parties en dehors de tout processus judiciaire ; elle peut être suggérée ou ordonnée par un juge dans le cadre d'un litige ; enfin, elle peut être menée par le juge lui-même saisi pour résoudre un litige. La directive, dans les considérants 11 et 12 de son préambule, inclut dans son champ d'application les seules deux premières hypothèses et exclut expressément la troisième.

En droit national, il existe une distinction sémantique entre ces cas de figure. Sont qualifiées de « judiciaires » les médiations suggérées et ordonnées par le juge dans le cadre d'un litige dont il est saisi (voir, en ce sens, les articles 21 à 26 de la loi du 8 février 1995 et les articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile). Les médiations menées à l'initiative des parties en dehors de toute procédure judiciaire sont dès lors qualifiées de « conventionnelles ». Cependant, la troisième hypothèse, celle dans laquelle le juge mène lui-même la médiation, n'a pas de traduction formelle en droit national (le régime se rapprochant le plus de cette hypothèse est la conciliation judiciaire).

L'étude du Conseil d'État a choisi de se départir de la terminologie retenue en droit national. En effet, elle choisit la typologie suivante : sont considérées comme entrant dans le champ d'application de la directive uniquement les médiations dites conventionnelles, c'est-à-dire celles engagées à l'initiative des parties et celles suggérées ou ordonnées par le juge. Le Conseil d'État réserve l'appellation « judiciaire » aux médiations menées par un juge dans le cadre d'un litige dont il est saisi.

#### *B. Une définition large du champ d'application matériel de la directive*

Le champ *ratione materiae* de la directive est très large : il comprend l'ensemble de la matière civile et commerciale. Toutefois, pour définir les contours de cette matière, il ne faut pas se référer au droit national mais bel et bien à la notion



autonome proposée par le droit de l'Union européenne<sup>34</sup>. Celle-ci est beaucoup plus extensive, car elle comprend une grande part de la matière administrative : celle où l'autorité publique n'agit pas en mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, autrement dit la matière administrative régaliennne. C'est non sans surprise que le Conseil d'État a relevé que 80 % du droit administratif entrent, par principe, dans le champ matériel de la directive. D'où, de façon relativement surprenante, une obligation de transposition des dispositions de cette directive 2008/52, non seulement dans la loi de 1995 et dans le code de procédure civile, mais également dans le code de justice administrative (voir les pages 45 à 50, et 59 et suivantes de l'étude).

Cependant, l'on peut relativiser les conséquences de cette acception large en rappelant que l'ensemble du droit administratif ne pourra faire l'objet d'une médiation, car les parties devront pour ce faire disposer des droits en litige, c'est-à-dire que sont exclues les différends mettant en cause des dispositions dites d'ordre public. Des incertitudes subsistent quant à la détermination exacte du champ d'application de la médiation en droit administratif mais l'on peut d'ores et déjà identifier certains domaines qui bénéficieront du recours à la médiation quand bien même ils étaient jusqu'alors largement exclus. Il en sera certainement ainsi pour les litiges intervenant dans le cadre de marchés publics, de délégations de service public, de contrats de partenariat public-privé, de la responsabilité à l'occasion des dommages de travaux publics. Entre alors dans le domaine « non-régalien » pratiquement tout le droit de la commande publique, générateur de nombreux litiges concernant lesquels la médiation pourrait se révéler être un instrument extraordinaire de désengorgement des prétoires. Il semble néanmoins que la médiation ne puisse porter sur l'ensemble de la matière relative aux marchés publics, car certaines dispositions du code des marchés publics pourraient être considérées comme des dispositions d'ordre public. Il s'agirait dès lors d'un domaine où l'on n'a pas le droit de transiger, par exemple, les grands principes de la commande publique. En tout état de cause, et sans obligation de motivation, l'administration pourra, à tout moment, se retirer d'un processus de médiation, y mettant ainsi un terme et, le cas échéant, revenir classiquement devant le juge.

Le Conseil d'État a estimé, notamment dans le droit fil de l'étude du Conseil d'État de 1993 « Régler autrement les conflits » et du Rapport Labetoulle de 2007, qu'il s'agissait là, non pas d'une contrainte pesant sur la juridiction administrative, mais d'une véritable chance qui lui est offerte de s'associer ainsi à un véritable phénomène de société. D'une façon générale, et compte tenu de l'encombrement croissant des prétoires, les justiciables ont toujours davantage recours aux M.A.R.D, plus rapides, moins onéreux, dès lors que des garanties de compétence et d'impartialité leur sont offertes. Bien plus, au-delà de ces strictes considérations tenant à l'encombrement des prétoires, la médiation relève d'une nouvelle approche, quasiment philosophique du règlement des différends. Elle repose avant tout sur une acception consensuelle qui préside à l'engagement de la médiation et à la désignation du médiateur ; les parties jouent un rôle essentiel dans son déroulement.

---

34 Arrêt *Eurocontrol*, CJCE, C-29/76, 14 octobre 1976



## II - Un état des lieux contrasté et pragmatique

Le Conseil d'État a procédé, avec l'aide des administrations, au recensement des processus de médiation identifiés au sein des ministères par ces derniers. L'objet de cet examen consistait à apprécier les processus portant le nom de « médiation », afin d'analyser si ceux-ci répondaient bien aux critères préalablement définis. Il est apparu que la dénomination « médiation » recouvre, de manière inappropriée, une grande diversité de processus. Ainsi, moins de 10% des processus recensés constituent de « véritables » médiations, telles qu'entendues par la directive. La raison est claire: soit que ces médiations ne laissent pas les parties libres de désigner, voire de recourir au médiateur, soit qu'il s'agisse de médiations dites « maison », c'est-à-dire de processus internes aux entreprises ne faisant l'objet d'aucun encadrement. Les tables rondes suivantes examineront ces problèmes.

Le Conseil d'État, pragmatique, n'a cependant pas entendu priver ces processus de la dénomination de « médiation », alors même qu'ils fonctionnent bien. Ils doivent aussi continuer de s'autoréguler selon les mêmes modalités que celles prévalant actuellement, mais alors sans bénéficier du processus d'homologation, prévu par la directive. Il apparaît ainsi que le Conseil d'État veut permettre à ces processus, jusqu'alors situés en dehors du champ de la directive, d'évoluer qualitativement pour répondre aux critères de la médiation tels que définis par le droit de l'UE.

Cependant, seules les « véritables » médiations pourront bénéficier des avantages s'y attachant, comme, la possibilité offerte aux parties de demander conjointement au juge d'homologuer les accords issus de la médiation, leur conférant ainsi force exécutoire dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne.

## III – Des propositions ambitieuses du Conseil d'État

L'analyse de la directive et de la situation actuelle de la médiation en France a conduit le Conseil d'État à présenter des propositions afin d'atteindre les objectifs de la directive, mais aussi de renforcer le mécanisme de la médiation. Trois types de propositions ont été formulées : des normes de transposition, des actions concrètes et une meilleure information du public.

### - *Propositions de rédaction de normes de transposition*

Des propositions de rédaction de normes de transposition allant au-delà des strictes exigences de transposition ont été esquissées de manière non exhaustive et non finalisée dans l'étude. En effet, compte tenu du court délai qui lui était imparti pour la rédaction de l'étude, le Conseil d'État n'a pas été en mesure de définir des formulations totalement abouties. D'emblée, fidèle à ses propres préconisations constantes depuis plus de vingt ans, il a écarté toute idée de grande norme transversale sur la médiation.

Les principales obligations de transposition de la directive sont au nombre de trois :

- En premier lieu, il convient de compléter (ou d'adapter) le régime de la médiation judiciaire, déjà encadré en France, afin de prendre en compte les exigences de la directive.



- En deuxième lieu, il s'agit d'instituer un mécanisme similaire à celui de la médiation judiciaire applicable au juge administratif de premier ressort.

- En troisième et dernier lieu, il convient, selon le Conseil d'État, de créer une procédure de médiation conventionnelle, en la définissant de manière précise, tant pour la matière civile que pour la matière administrative non régaliennne, et de prévoir la possibilité pour les parties de demander aux juges administratif et judiciaire de rendre exécutoires les accords issus d'une telle médiation.

S'agissant de la médiation judiciaire, elle est déjà largement réglementée, notamment par la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Il est donné au juge la possibilité de recourir à une médiation après accord des parties. Le Conseil d'État, relève que cet encadrement paraît suffisant. Une seule norme de transposition concernant des exceptions au principe de la confidentialité de la médiation est donc nécessaire pour que la médiation judiciaire satisfasse aux exigences de la directive. Il conviendra donc seulement de compléter la loi de 1995. Est également préconisé un mécanisme de médiation applicable devant le seul juge administratif de premier ressort. Le Conseil d'État rappelle que la matière administrative non régaliennne entrant dans le champ de la directive, il est nécessaire de modifier le code de justice administrative et certaines lois de manière significative.

Il convient d'autoriser les parties en litige à recourir à une médiation, d'offrir au juge administratif de premier ressort la possibilité d'inviter les parties à recourir à la médiation (les niveaux d'appel et de cassation pour l'engagement d'une procédure de médiation sont exclus, essentiellement pour des considérations d'opportunité ; l'engagement d'un tel processus ne se justifiant que très en amont de la procédure).

Il y a lieu également de permettre au juge administratif de rendre exécutoire l'accord issu d'une médiation, d'étendre le bénéfice de l'aide juridictionnelle à la médiation ordonnée par le juge administratif de premier ressort, de suspendre les délais de recours contentieux en matière administrative en cas d'engagement d'une médiation. Il serait souhaitable d'adopter des dispositions relatives à la suspension ou l'interruption des délais de prescription en cas d'engagement d'une médiation pour régler un litige relevant de cette matière administrative non régaliennne.

S'agissant de la médiation conventionnelle ou extra-judiciaire qui, rappelons le, n'est pas réglementée en France, la directive impose la transposition de dispositions relatives à la définition de la médiation et du médiateur, la confidentialité du processus de médiation et la possibilité de rendre exécutoire un accord issu de la médiation. Le Conseil d'État propose de compléter en ce sens la loi n°95-125 du 8 février 1995. Concernant les délais, le Conseil d'État préconise de ne pas enfermer la médiation conventionnelle dans des délais, puisqu'en cette matière, la liberté contractuelle prévaut.

### *B. Propositions d'actions concrètes*

La deuxième série de propositions a pour objet, en allant au-delà des exigences de la directive, de renforcer les garanties entourant la qualité de la médiation. Plusieurs recommandations ont été faites dans des domaines différents :



- En premier lieu, il s'agit d'encourager l'élaboration de codes de bonne conduite et l'adhésion à ceux-ci par les médiateurs et associations de médiateurs. Il en existe déjà plusieurs et le Conseil d'État, pragmatique, propose de les mettre en ligne sur un site internet public.

- En deuxième lieu, il apparaît nécessaire de mettre en place des mécanismes de contrôle sur la qualité de la médiation. A cet égard, l'article 4 de la directive, doté d'une faible normativité, se borne à formuler des objectifs généraux, laissant aux États membres un choix discrétionnaire quant à la forme et aux moyens pour les atteindre. Le Conseil d'État propose, par exemple, l'institution d'un régime d'adhésion volontaire à des associations de médiateurs agréées, lesquelles auraient pour fonction de contrôler directement la compétence des médiateurs, dans le respect de la directive « services ». Il ne lui a semblé ni opportun, ni même juridiquement possible, sauf à méconnaître le droit de l'UE, d'envisager des mécanismes lourds d'encadrement et de contrôle de la compétence des médiateurs, par exemple l'institution d'un régime d'agrément qui serait frontalement contraire aux objectifs de la directive « services ».

- En troisième lieu, le Conseil d'État rappelle qu'une médiation de qualité ne peut être obtenue sans une formation initiale des médiateurs. Or, à l'exception de la médiation familiale, celle-ci n'est pas réglementée. Le Conseil d'État suggère donc de promouvoir la formation des médiateurs en prévoyant une exigence de formation minimale.

### *C. L'information du public : une nécessité*

L'ensemble de cette construction normative resterait lettre morte sans une information appropriée du public et des justiciables virtuels !

Par suite, le Conseil d'État souligne la nécessité de la renforcer et de la garantir, puisqu'il s'agit d'un enjeu essentiel pour le développement de la médiation. En dépend l'accessibilité effective des citoyens à ce mode de règlement des litiges. Ce sont près de deux millions et demi de justiciables potentiels qui sont concernés.

La directive confie une double mission d'information aux États membres. Tout d'abord, conformément à l'article 9 de la directive, les États membres doivent permettre à chaque justiciable de contacter facilement les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation. Cet article ne revêt pas de caractère obligatoire et laisse aux États membres une grande liberté quant aux mesures à prendre pour atteindre l'objectif qu'il fixe. En second lieu, l'article 5 de la directive encourage les praticiens de la justice à informer leurs clients des possibilités de médiation. Pour mener à bien cette mission d'information, le Conseil d'État préconise une mise à disposition sur un site internet public des informations relatives aux organismes de médiation et associations de médiateurs que leurs coordonnées. La centralisation sur internet de ces informations semble une excellente mesure pour favoriser le développement de la médiation.

En conclusion, l'étude remise au Premier ministre a été très rapidement suivie d'effets concrets, comme l'a rappelé le Président Robineau. En outre, de nombreuses



initiatives, tant au niveau européen qu'au niveau national, portant sur les développements de la médiation sont intervenues depuis le mois de juillet 2010, témoignant de l'intérêt toujours croissant que suscite ce thème dans les milieux intéressés. On peut citer, à titre d'exemple :

- Le « *forum ouvert* » organisé par le groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMM) sur le thème « transposition de la directive européenne 2008/52 : enjeux pour la société » qui s'est tenu le 24 et 25 février dernier.

- La session de formation continue de l'ENM, intitulée « *Médiation : enjeux et perspectives* » qui s'est déroulée le 1<sup>er</sup> avril dernier à la Cour d'appel de Paris.

Les autres MARD ont, eux aussi, fait l'objet de développements récents :

- Le décret n° 2010-1165 du 1<sup>er</sup> octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2010, a pour objet la consolidation des écritures des parties dans le cadre des procédures orales et de l'activité judiciaire et extrajudiciaire des conciliateurs de justice. Il reprend largement les travaux du rapport Guinchard sur la répartition des contentieux.

- L'article 37 de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 introduit dans le code civil un titre XVII intitulé « *De la convention de procédure participative* ». Cette procédure, *suis generis*, et qui ne doit pas être confondue avec la médiation ni avec les autres MARD, en dépit de certaines similarités, a pour objet, elle aussi, de pacifier les différends des parties à un litige, sans l'intervention d'un tiers mais avec l'assistance de leurs avocats respectifs. Les parties consentent par convention, pour une durée déterminée, à ne pas intenter d'actions juridictionnelles et à tout mettre en œuvre pour s'entendre sur les suites à donner à leur litige.

- Le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage constitue le nouveau texte de référence du droit de l'arbitrage français. Il consolide les acquis jurisprudentiels dans cette matière et s'inspirant de certains droits étrangers, apporte davantage de lisibilité tant pour l'arbitrage interne que l'arbitrage international.

Au niveau de l'Union européenne, la Direction Générale Santé et Protection des consommateurs de la Commission européenne a lancé, en janvier dernier, une consultation sur les modes alternatifs de règlements des différends, qui s'est terminée le 15 mars dernier. Le programme de travail de la Commission Européenne pour 2011 prévoit l'adoption d'une proposition législative dans ce domaine fin 2011. Il s'agit d'une initiative prioritaire de la Commission.

Ces récentes initiatives témoignent du caractère toujours plus essentiel des MARD dans la société et, parmi eux, de la médiation. Les idées fleurissent ! Cependant, il est indispensable de structurer ces différents processus, et de leur fournir un cadre normatif approprié. C'est justement ce que le Conseil d'État a entendu faire pour la médiation et notre colloque aura précisément pour objet de préciser les modalités de cet encadrement.



---

**Intervention de Laurent Vallée,**  
*Directeur des affaires civiles et du Sceau  
au ministère de la justice et des libertés*

La France est l'un des États de l'Union européenne dans lequel le droit de la médiation est le plus développé. La loi du 8 février 1995, suivie par un décret du 22 juillet 1996, a finalement consacré dans les textes ce qui, jusqu'alors, se faisait en pratique. En vertu de ces textes, tout juge saisi d'un litige peut, avec l'accord des parties, désigner un médiateur. Sa tâche est de permettre aux parties de trouver une solution librement acceptée par elles et non pas imposée par une juridiction. Les termes de la directive n° 2008/52/CE, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, comportent les mêmes impératifs que ceux contenus dans la loi précitée. Ces impératifs concernent notamment la définition du médiateur, lequel doit être un tiers au litige, impartial et compétent pour le résoudre, le caractère confidentiel de la médiation et enfin, la possibilité donnée aux parties de rendre exécutoires les accords issus de la médiation.

Si le régime de médiation judiciaire prévu par la directive existait déjà en France, tel n'était pas le cas de la médiation conventionnelle, qui n'était régie par aucun texte général. La médiation conventionnelle s'est donc développée en France sans support de référence et de ce fait, de manière quelque peu anarchique. C'est dans ce contexte que le gouvernement a sollicité, au mois de mai 2010, le Conseil d'État afin qu'il l'éclaire notamment sur les critères à retenir pour apprécier dans quelle mesure les médiations ou conciliations existantes entrent dans le champ de la directive. Sur la base de cette demande, le Conseil d'État a remis au Premier ministre une étude remarquable qui synthétise la réflexion très intense développée par le groupe de travail placé sous la présidence de Jacques Biancarelli.

Indéniablement, le rapport du Conseil d'État a permis au gouvernement de mieux maîtriser les enjeux attachés à la transposition de cette directive (I). Sur la base des propositions développées par le Conseil d'État, le gouvernement a pris ses responsabilités et adopté des orientations parfois différentes de celles préconisées dans le cadre du rapport (II). En tout état de cause, les orientations prises par le Gouvernement s'inscrivent dans une démarche volontariste destinée à développer la médiation dans notre pays (III).

### **I – Les apports des travaux du Conseil d'État**

Le rapport du Conseil d'État a permis de mieux délimiter le champ d'application de la directive (A) et de confirmer la volonté du Gouvernement de ne pas réglementer abusivement une matière qui se caractérise par sa souplesse (B).

#### *A. Une meilleure délimitation du champ d'application de la directive*

Le rapport du Conseil d'État a en premier lieu confirmé que les « médiations maison », c'est-à-dire les médiations d'entreprise, ne rentraient pas dans le champ de la directive et devaient de ce fait continuer à s'autoréguler, sans qu'il soit nécessaire de faire évoluer sur ce point les textes. Pour autant, cela n'empêchera pas, si les médiations développées par les entreprises satisfont aux critères déterminés dans



le cadre de la transposition de la directive, que les accords issus de telles médiations puissent être rendus exécutoires par le juge.

En deuxième lieu, le rapport a mis en évidence que la matière administrative non régaliennne rentrait dans le domaine du champ d'application de la directive. Enfin, et en troisième lieu, le rapport a confirmé le fait que la directive ne s'appliquait pas en matière de litiges collectifs, notamment en matière de droit du travail. Le champ de la directive s'applique donc aux seuls litiges de nature individuelle. *B. Le rapport a confirmé le gouvernement dans son souhait de ne pas réglementer à l'excès une matière qui se caractérise par sa très grande souplesse*

Cette difficulté s'est surtout posée en matière de formation des médiateurs et de contrôle de la qualité de la médiation : fallait-il exercer un contrôle *a priori*, en vertu duquel seules les personnes dûment autorisées auraient pu exercer la fonction de médiateur, ou au contraire un contrôle *a posteriori* ? Le rapport du Conseil d'État a, à juste titre, préconisé que les mesures prises dans ce domaine ne soient pas inutilement contraignantes et de nature à nier la spécificité du processus de médiation, qui est par nature consensuel. C'est dans cet esprit que le gouvernement a considéré que le médiateur, même en matière de médiation conventionnelle, devait notamment justifier d'une formation ou d'une expérience adaptée à la médiation.

Néanmoins, les dispositions que le gouvernement envisage de prendre ont essentiellement une vocation incitative. Elles pourront éventuellement être sanctionnées *a posteriori*, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, dans l'hypothèse où le médiateur aurait manqué à ses devoirs, par exemple en ne respectant pas le principe de la confidentialité.

## **II – Les choix proposés par le Gouvernement dans le cadre de la transposition de la directive**

Ces orientations font l'objet d'une consultation publique sur la base de laquelle le gouvernement arrêtera ses choix.

### *A. La définition de la médiation et du médiateur*

Sur ce point, le Gouvernement propose de s'inspirer de la définition de « médiation » et de « médiateur » telles que proposées par le Conseil d'État, sans pour autant reprendre, en ce qui concerne le médiateur, les notions d'indépendance et de probité, lesquelles ne sont au demeurant pas utilisées par la directive. Il a été jugé en effet que la notion de « tiers impartial » se suffisait à elle-même et qu'il appartenait au juge, au moment de l'homologation de l'accord, de vérifier si cet accord est suffisamment équilibré pour qu'il puisse le faire sien dans le cadre d'un jugement, comme il le fait déjà dans le cas où il lui est demandé d'homologuer un accord transactionnel : instaurer un carcan ne pourrait que conduire les parties et les personnes accomplissant des missions de médiateur à se détourner de la médiation.

Dans le même esprit, il n'est pas envisagé de détailler les termes que devraient contenir la convention de médiation, ceci pour préserver au maximum la liberté contractuelle des parties. En outre, il n'est apparu ni possible, ni souhaitable de



« plaquer » les dispositions propres à la médiation judiciaire sur celles de la médiation conventionnelle, comme par exemple les dispositions relatives à la provision qui doit être consignée en vue de payer le médiateur : à la différence de la médiation ordonnée par un juge, les modalités de fixation et d'acquittement des honoraires du médiateur relèvent nécessairement de la pure liberté contractuelle dans le cas de la médiation conventionnelle.

#### *B. Le principe de confidentialité*

Là aussi, les orientations prises par le gouvernement se rapprochent de celles préconisées par le Conseil d'État, lesquelles sont au demeurant directement inspirées de la directive. Elles visent à s'assurer que les constatations et déclarations recueillies par le médiateur dans le cadre de la médiation ne puissent pas être produites dans une procédure ultérieure, sauf exceptions expressément prévues par la directive (pour des raisons d'ordre public, afin de préserver la protection des intérêts de l'enfant ou l'intégrité d'une personne ou lorsque la divulgation de l'accord est nécessaire pour assurer sa bonne exécution).

#### *C. Le caractère exécutoire des accords issus de la médiation*

L'orientation prise par le Gouvernement est de permettre au juge matériellement compétent, c'est-à-dire celui qui serait naturellement compétent pour connaître de l'affaire, de rendre exécutoires par homologation les accords issus de la médiation. J'insiste sur ce point : dès lors que le juge *homologue* l'accord, c'est-à-dire le fait sien dans le cadre d'un jugement, il est normal que ce soit le juge matériellement compétent qui ait un tel pouvoir.

Dans un souci de cohérence sur lequel je reviendrai, cette orientation devrait amener le Gouvernement à modifier l'article 1441-4 du code de procédure civile. Désormais, ce ne serait plus au Président du tribunal de grande instance de conférer force exécutoire à la transaction qui ne résulte pas d'une médiation, mais au juge matériellement compétent d'homologuer cette transaction.

Par ailleurs et comme préconisé par le Conseil d'État, lorsqu'une médiation conventionnelle intervient alors qu'une procédure judiciaire est engagée, mais sans pour autant que cette médiation soit ordonnée par le juge saisi du litige, il appartiendra à ce dernier juge d'homologuer l'accord issu de cette médiation conventionnelle. Ainsi, la transposition de la directive permet-elle au Gouvernement d'unifier les modalités pour rendre exécutoires les accords issus de la médiation.

### **III– L'approche volontariste adoptée par le Gouvernement dans le cadre de la transposition de la directive relative à la médiation se manifeste particulièrement sur trois points**

#### *A. Le choix fait par le Gouvernement d'étendre les exigences de la directive aux médiations qui n'ont pas de caractère transfrontalier*

Dès l'origine, le Gouvernement a envisagé la directive relative à la médiation non comme une contrainte, mais comme un moyen d'améliorer la médiation non seulement transfrontalière, mais aussi interne. C'est dans cet esprit que le Parlement



a donné au Gouvernement l'habilitation d'étendre les mesures prises dans le cadre de la transposition de la directive aux médiations qui ne sont pas de nature transfrontalière, hormis celles concernant la matière administrative non régaliennne.

Toutefois, le Gouvernement estime qu'il est opportun de permettre le développement de la médiation administrative pour les litiges internes. Il est donc envisagé d'insérer les dispositions relatives à la médiation administrative dans le projet de loi de ratification de l'ordonnance pour couvrir tant la médiation transfrontalière qu'interne. Les dispositions prises en matière de médiation administrative reprennent en totalité les préconisations faites par le Conseil d'État.

#### *B. Donner à la résolution conventionnelle des différends une place à part entière dans le code de procédure civile*

Le Conseil d'État recommandait d'insérer les dispositions relatives à la médiation conventionnelle dans le code de procédure civile à la suite de celles réservées à la médiation judiciaire. Tel n'a pas été le choix du Gouvernement. En effet, le livre quatrième du code de procédure civile, réservé à l'arbitrage, a été entièrement refondu par le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

Il est alors apparu opportun de profiter de cette refonte et de la vacance du livre cinquième pour insérer dans ce dernier livre les dispositions relatives non seulement à la médiation conventionnelle, mais aussi à la conciliation conventionnelle et enfin à la procédure participative, prévue par la loi du 22 décembre 2010, relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, dite loi Bétaille.

Ainsi, la place donnée aux règlements amiables des différends dans le code de procédure civile démontre la volonté du Gouvernement de promouvoir les modes alternatifs de règlement des litiges, lesquels, à l'instar de l'arbitrage, permettent aux parties d'obtenir des solutions adaptées sans nécessiter l'intervention d'un juge étatique.

#### *C- Développer la promotion de la médiation et des codes de bonne conduite*

Soucieux d'encourager le développement d'une « culture de la médiation » dans notre pays et dans le cadre de la mise en œuvre des préconisations développées en 2008 par le rapport du groupe de travail présidé par le Recteur Serge Guinchard, le ministère de la justice étudie la possibilité de mettre en œuvre une liste de médiateurs judiciaires, consultable par le public sur un site Internet, site sur lequel seront également publiés les codes de bonne conduite des médiateurs de référence.

Ainsi, les juges saisis d'un litige pourront choisir les médiateurs qui sont les plus à même de résoudre un type de litige. Les justiciables pourront, quant à eux, et en dehors de tout procès, connaître les références de médiateurs compétents et ainsi recourir aux services de ces médiateurs.

Cette initiative permettra, sans nul doute, de favoriser le développement de la médiation tant judiciaire que conventionnelle. Elle est à l'image de ce qui est voulu par le Gouvernement dans le cadre de la transposition de la directive : favoriser la médiation sans pour autant la réglementer à l'excès.



---

**Intervention de Claire-Agnès Marnier,**  
*Legal Officer auprès de la direction générale « justice »  
de la Commission européenne*

Au nom de Madame Françoise Le Bail, Directeur général de la Direction générale Justice, je souhaite remercier et féliciter le Conseil d'État français, d'avoir organisé ce colloque sur ce thème particulièrement d'actualité. La tenue de ce colloque en présence d'intervenants de haute qualité démontre l'importance que la France accorde à la question de la médiation transfrontalière.

Madame Françoise Le Bail porte un intérêt véritable au développement de la médiation en Europe. Aussi regrette-t-elle sincèrement de ne pas être en mesure de participer personnellement à ce colloque.

**I - Genèse de la directive 2008/52/CE et sa place dans le contexte général des modes alternatifs de règlement des litiges au regard du droit de l'Union européenne**

Avec le développement des technologies modernes de communication et la mobilité accrue des citoyens, les échanges internationaux se multiplient et avec eux, la potentialité de conflits transfrontaliers.

La directive sur la médiation en matière civile et commerciale, adoptée par codécision en mai 2008, concrétise **un objectif politique fort** : Encourager dans les États Membres le développement et l'utilisation de la médiation, en tant que mode alternatif de règlement des litiges.

**La directive sur la médiation en matière civile et commerciale s'inscrit dans cette perspective politique.** Le recours à la médiation contribue à désengorger les tribunaux, à réduire les coûts de la justice pour les citoyens et les entreprises. Elle évite l'affrontement des parties, inhérent à la procédure judiciaire et permet ainsi le maintien des relations professionnelles ou personnelles des parties au-delà de leur litige et une plus grande créativité dans la résolution des différends.

La directive est applicable à l'ensemble des États membres, excepté le Danemark. Son **champ d'application** couvre la médiation en matière civile et commerciale. La proposition initiale de la Commission n'était pas restreinte aux cas transfrontaliers car la problématique de la médiation dans l'Union européenne est plus large et inclut des situations juridiques « purement internes ».

Ce n'est pas cette approche qui a été retenue dans la directive adoptée en 2008 : Son article 2 prévoit que la directive ne s'applique que dans le cas de « litiges transfrontaliers », définis notamment comme les litiges dans lesquels « une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de toute autre partie à la date à laquelle les parties conviennent de recourir à la médiation après la naissance du litige [...] ». Néanmoins, si une procédure judiciaire est entamée suivant une médiation entre les parties, dans un État membre autre que celui dans lequel elles ont leur résidence habituelle à la date susvisée, les dispositions de la directive sur la confidentialité et les délais de prescription sont applicables (article 2 (2)). Les États membres sont en



autre toujours libres d'appliquer la directive aux processus de médiation interne.

La directive représente **une véritable plus value** pour les citoyens et les opérateurs économiques de l'Union car elle facilite le recours à la médiation en renforçant les garanties juridiques qui l'entourent, par quatre règles :

1) Le **recours à la médiation (article 5)** : Tout juge en Europe peut proposer la médiation aux parties, à un moment donné de la procédure, s'il l'estime approprié. Le juge peut aussi inviter les parties à une réunion d'information sur la médiation.

2) La deuxième règle vise à assurer une bonne articulation entre les procédures judiciaires et la médiation et concerne **l'effet de l'accord de médiation (article 6)**. La directive oblige les États membres à instaurer un mécanisme par lequel les accords écrits de médiation peuvent devenir exécutoires si les parties au litige le demandent. Ceci peut se faire, par exemple, au moyen d'une homologation judiciaire ou d'un acte authentique. La directive laisse le choix aux États membres.

Cette possibilité, qui actuellement n'existe pas dans tous les États membres, peut inciter les parties à recourir à la médiation. Bien que dans la plupart des cas, les parties se conforment volontairement aux termes d'un accord conclu par médiation, la possibilité d'obtenir un titre exécutoire peut être souhaitable dans certaines situations, par exemple pour le recouvrement des pensions alimentaires.

Certains États membres prévoient déjà la possibilité de revêtir un accord de la formule exécutoire, soit que le juge l'homologue et délivre un titre exécutoire, soit que les parties aient recours à l'acte authentique établi devant notaire. Mais d'autres États membres ne le permettent pas et dans d'autres encore, la situation juridique est loin d'être claire à cet égard.

Rendu exécutoire, l'accord pourra « circuler » dans l'Union européenne, c'est-à-dire qu'il pourra être reconnu et exécuté dans les autres États membres, selon les règles de reconnaissance et d'exécution prévues par les règlements dits « Bruxelles I »<sup>35</sup> et « Bruxelles II bis »<sup>36</sup>.

3) La troisième règle a trait à la **confidentialité de la procédure (article 7)**, qui assure la franchise des parties et la sincérité des communications au cours de la procédure. La directive garantit que la médiation se déroulera dans une atmosphère de confidentialité et que le médiateur ne sera pas tenu de produire les déclarations faites par les parties au cours d'une médiation dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ultérieure, sauf accord contraire des parties. Il existe toutefois des exceptions (notamment, la protection des intérêts primordiaux des enfants).

---

35 Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (J.O. L 12 du 16.01.2001, p.1).

36 Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (J.O. L 338 du 23.12.2003, p.1).



4) La quatrième règle concerne les délais de **prescription (article 8)** : Lorsqu'une médiation est engagée, les délais de prescriptions sont suspendus ou interrompus afin de garantir aux parties qu'elles ne perdent pas le droit de saisir un tribunal judiciaire ou arbitral en raison de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation. Avant la directive, recourir à la médiation pouvait avoir pour effet d'empêcher les parties d'introduire une procédure en justice.

A cela s'ajoute, l'obligation qui pèse sur les États membres de promouvoir la **formation des médiateurs (article 4)**.

## **II - L'appréciation portée sur l'étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 29 juillet 2010**

En cette période de transposition (les États membres ont jusqu'au 21 mai 2011 pour transposer la directive (article 12)), c'est avec grand intérêt que j'ai pris connaissance de cette étude de grande qualité, menée par le groupe de travail présidé par M. le Conseiller d'État, délégué au droit européen, Jacques Biancarelli, à la demande de M. François Fillon, Premier Ministre.

Cette étude témoigne du souci des autorités françaises d'assurer une transposition exacte et complète des dispositions de la directive. A cet égard, la Commission a pris note de la position française, qui considère que le droit français est déjà partiellement conforme à la directive. D'autres États membres sont dans la même situation. Néanmoins, comme rappelé lors de la réunion du groupe d'experts qui s'est tenue le 11 janvier dernier, il appartient aux États membres de notifier à la Commission les dispositions de droit national correspondantes, accompagnées le cas échéant d'un tableau de concordance, tel que vous l'envisagez en annexe 7 de votre étude.

## **III - L'état des transpositions dont la Commission a connaissance à quelques jours de l'expiration du délai de transposition de la directive (21 mai 2011) et perspectives**

A ce stade, 25 États membres ont notifié à la Commission la liste des autorités et tribunaux compétents pour recevoir les demandes visant à rendre exécutoire un accord de médiation conformément à l'article 6 (3) (délai : 21 novembre 2010) et 12 États membres ont déclaré avoir déjà pris des mesures de transposition.

La Commission assiste les ministères de la justice dans la préparation des mesures de transposition ; comme mentionné précédemment, nous avons réuni les experts des États membres à Bruxelles le 11 janvier 2011 pour discuter de ces questions. 22 États membres étaient représentés. Certains États membres ont expliqué que le processus de transposition était en cours et que le délai de transposition serait en principe respecté. D'autres ont soutenu que leur législation nationale était déjà compatible avec la directive. La Commission a encouragé les États à notifier rapidement les nouvelles mesures.

La Commission a présenté en 2010 une communication<sup>37</sup> sur la mise en œuvre du programme de Stockholm (2010-2014) dans le domaine de la justice. En particulier, elle considère qu'

37 COM(2010) 171 final du 20.4.2010.



peut contribuer à une administration de la justice plus efficace ». Les modes alternatifs de règlement des litiges (ADR, pour l'expression en anglais « Alternative Dispute Resolution ») sont généralement plus rapides et moins coûteux que les procédures judiciaires et des mécanismes d'ADR en ligne offriraient encore plus d'avantages dans les situations transfrontalières.

Plusieurs directives de l'Union européenne, telles que la directive sur le commerce électronique<sup>38</sup>, la directive sur les services postaux<sup>39</sup> et la directive concernant les marchés d'instruments financiers<sup>40</sup>, encouragent les États membres à établir des systèmes de règlement extrajudiciaire des litiges (REL). La Commission a aussi mis en place deux réseaux pour faciliter l'accès des consommateurs au REL (le réseau Fin-Net et le réseau des Centres européens des consommateurs).

Par ailleurs, le réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale a comme mission de mettre en place un système d'information destiné au public.

La Commission prépare actuellement une **proposition législative sur les mécanismes extrajudiciaires de résolution des litiges** relatifs aux transactions et aux pratiques commerciales dans l'Union européenne. Il s'agit d'une initiative stratégique de la Commission, comme indiqué dans le Programme de travail 2011<sup>41</sup>. Cette initiative est également mentionnée dans les communications de la Commission intitulées « L'Acte pour le marché unique »<sup>42</sup> et « Une Stratégie numérique pour l'Europe »<sup>43</sup>. Le Commissaire Dalli présentera cette proposition fin 2011. La consultation préalable s'est déroulée du 18 janvier au 15 mars 2011, sous forme d'un questionnaire accessible sur Internet.

Les travaux de la Commission **dans le domaine des recours collectifs** concernent également les ADR. Lorsqu'un grand groupe de citoyens et d'entreprises sont victimes de la même infraction au droit de l'Union, le recours individuel n'est pas, dans bien des cas, une voie efficace pour obtenir réparation du préjudice causé par ces pratiques illégales. C'est pourquoi, la Commission a lancé une consultation publique<sup>44</sup>, du 4 février au 30 avril dernier, ayant pour objet le renforcement de la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs.

L'objectif de cette consultation est de dégager des principes juridiques communs en matière de recours collectifs qui pourraient s'insérer dans l'ordre juridique de l'Union et des 27 États membres et de déterminer dans quels domaines les

38 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (J.O. L 178 du 17.07.2000, p.1).

39 Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (J.O. L 52 du 27.02.2008, p.3).

40 Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil (J.O. L 145 du 30.04.2004, p.1).

41 COM(2010) 623 final du 27.10.2010.

42 COM(2011) 206 final du 13.04.2011.

43 COM(2010) 245 final du 19.5.2010.

44 SEC(2011) 173 final du 4.02.2011.



diverses formes de recours collectifs apporteraient une valeur ajoutée aux fins d'améliorer le contrôle de l'application de la législation de l'Union ou de renforcer la protection des droits des victimes. Elle permettra notamment d'examiner si le rôle des organismes publics nationaux (tels que le médiateur), dans le contrôle de l'application du droit de l'Union, pourrait être renforcé, dans le respect des modèles nationaux existants. D'ici la fin de l'année, la Commission devrait publier une communication qui en présentera les résultats.

Une fois encore, je tiens à remercier le Conseil d'État de nous avoir donné la possibilité de présenter ce formidable instrument qu'est la directive « médiation » et nous sommes ouverts à toute coopération pour la mise en œuvre de cet instrument.

---

**Intervention de Yves Robineau,**

*Président de la section de l'intérieur du Conseil d'État*

La directive médiation est une directive qui ne déstabilise pas le droit français puisqu'elle s'en inspire largement. Elle suscite néanmoins des interrogations, notamment la question de l'inclusion ou pas de typologies. Qu'est-ce qu'une médiation au sens de la directive ? Le concept de médiation entraînant le statut juridique prévu par la directive est un concept plus étroit. C'est un débat qui peut être légitimement ouvert, sur lequel le Conseil d'État a pris partie et sur lequel le Gouvernement est en phase. Il y a également des débats à composante européenne sur le statut des médiateurs en général. Le fait de conserver une souplesse de statut et ne pas en faire une profession était à la fois un choix d'opportunité et une contrainte communautaire.



## Échanges avec les participants

---

**Question** - *Je souhaite intervenir sur la grande liberté qui caractérise le processus de médiation, et plus précisément sur la liberté des parties de suivre ou non les préconisations du médiateur. Je trouve intéressante la faculté ouverte au médiateur dans les pays nordiques et britanniques d'opérer une conciliation dans l'hypothèse où les parties n'arriveraient pas à se mettre d'accord.*

*A l'issue du Sommet de mars relatif aux ADR, la Commission a fait part de sa volonté de formuler une proposition afférente à la médiation. Selon vous, quelle est la forme que prendra cette initiative ?*

---

**Jacques Biancarelli**

Il est absolument impossible pour un fonctionnaire de la Commission européenne de prendre position sur des projets en cours de la Commission européenne, avant que le Collège ne statue et alors que la consultation publique est à peine terminée. Il y a là une obligation de déontologie et de réserve qui interdit à Mme Marnier de répondre à cette seconde question.

Sur la première question, nous n'avons pas voulu encadrer la définition du médiateur ou les conditions de l'exercice. L'étude en permanence dit qu'il faut rester très souple et libre. Il ne s'agit pas de faire une « appellation d'origine contrôlée » de la médiation. Nous avons voulu clarifier les choses. Il est clair qu'un médiateur à l'issue d'un processus de médiation pourra initier un processus de conciliation. Le Conseil d'État répondait à une demande d'étude claire et précise sur une transposition de directive portant uniquement sur la médiation.

---

**Question à l'attention de Laurent Vallée** - *Le Gouvernement ne semble pas enclin à faire de l'indépendance du médiateur l'un des critères relatif à l'exercice de sa mission. Par suite, le problème de sémantique évoqué par M. Biancarelli est sérieux car un médiateur qui serait le préposé de l'une des parties ne constitue pas, à mon sens, une véritable médiation.*

---

**Laurent Vallée**

Les notions présentes dans la directive et ce qui en résulte directement suffisent à garantir cette idée d'indépendance. S'il y avait lieu, il y aurait possibilité de contester quelque chose qui se rapprocherait de l'indépendance si un médiateur apparaissait ne pas devoir l'être.

---

**Question à l'attention de Jacques Biancarelli** - *La question de l'indépendance du médiateur est évidemment centrale. La question du conflit d'intérêt est de pleine actualité. Pourriez vous nous faire part de vos remarques sur ces deux points ?*

Sur le problème de l'indépendance et de l'impartialité, l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État avait décidé d'ajouter deux conditions, certes non prévues par la directive, et pour laquelle il n'y a pas d'obligation juridique de transposition. Pourquoi ? Parce que nous nous étions fondés sur une approche très classique faite par la CEDH du concept d'impartialité objective et d'impartialité subjective. L'impartialité subjective se rapproche étonnamment de l'indépendance. L'indépendance visée par là, c'est le lien de subordination hiérarchique au sein d'une entreprise entre un salarié et son employeur. Il peut également s'agir de liens familiaux ou de liens d'intérêts. Ce souci a également inspiré la prise en compte du concept de probité, latent dans les travaux préparatoires de la directive. En ajoutant ce concept de probité, nous étions certains que la Commission européenne n'engagerait pas un recours en manquement contre la France pour cet ajout. C'est tout à fait dans l'esprit de la directive 2008/52. Les motivations du CE étaient de se rapprocher à la fois du droit de l'UE et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

---

**Question** - *L'établissement de listes de médiateurs peut paraître rassurant mais peut également, à mon sens, inquiéter. Pensez-vous que des alternatives à ces listes existent ?*

---

Laurent Vallée

Tout cela donnera lieu à consultation. L'idée du Gouvernement de la mise sur un site d'un certain nombre d'éléments correspond à la volonté de transposer l'article 9 de la directive. Cet article prévoit la mise à disposition d'informations sur les médiateurs. Il s'agit de réfléchir aux meilleures modalités dans lesquelles on peut envisager la transposition de l'article 9 et donc la mise à disposition des informations. L'idée d'un site a priori ne peut pas être exclue. Telle est la position du Gouvernement.

## Propos conclusifs

---

---

Yves Robineau

L'on voit poindre une diversité de pratiques distinctes. L'objectif de ces réflexions est de clarifier les choses. La question de savoir si une médiation entre ou pas dans le champ de la directive est une question juridique qui ne vient pas disqualifier d'autres démarches. Il serait dommageable de déduire de nos débats qu'il y aurait de bonnes ou de mauvaises médiations. L'important est que chacun sache dans quel cadre il se situe. En termes de sécurité juridique et de succès de la médiation, c'est une exigence.



## Deuxième table ronde

---

# Comment développer la médiation en précisant son articulation avec les autres modes alternatifs de règlement des conflits ?

La deuxième table ronde a pour objet d'exposer avec précision la spécificité de chaque MARD ou MARL (modes alternatifs de règlements des litiges). Par ailleurs, elle présente les avantages et inconvénients propres à chacun d'entre eux. Enfin, elle s'attache à rappeler les mesures qui président à un développement effectif de la médiation : formation des médiateurs, meilleure articulation entre les juges et les médiateurs, publicité de la liste des spécialités des médiateurs, libre circulation et reconnaissance mutuelle des titres issus des accords de médiation...

## Sommaire

---

<b>Introduction de Olivier Schrameck,</b> <i>Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État.....</i>	<i>50</i>
<b>Intervention de Charles Jarrosson,</b> <i>Professeur à l'université de Paris II Panthéon Assas .....</i>	<i>51</i>
<b>Intervention de Gérard Pluyette,</b> <i>Conseiller à la Cour de cassation .....</i>	<i>57</i>
<b>Intervention d'Aurélien Colson,</b> <i>Professeur associé de science politique et de négociation à l'ESSEC .....</i>	<i>62</i>
<b>Échanges avec les participants .....</b>	<i>64</i>
<b>Documentation générale sur le thème du débat.....</b>	<i>134</i>
<i>Un glossaire de la médiation et de la conciliation judiciaires et conventionnelles est fourni en annexe.</i>	

## Les intervenants de la 2<sup>ème</sup> table ronde

---

### Présidence

---

#### **Olivier Schrameck**

*Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État*

Diplômé de droit public et de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion André Malraux), Olivier Schrameck entre au Conseil d'État en 1977 en tant qu'auditeur. Il est conseiller technique puis chargé de mission au cabinet du ministre de l'intérieur et de la décentralisation de 1982 à 1984. En 1984, il devient directeur du cabinet du secrétaire d'État chargé des enseignements supérieurs. En 1985, il est directeur des enseignements supérieurs au ministère de l'éducation nationale puis devient directeur du cabinet du ministre de l'éducation nationale en 1988. Il est, de 1993 à 1997, secrétaire général du Conseil constitutionnel. En 1997, il est directeur du cabinet de Lionel Jospin, Premier ministre. Il est nommé ambassadeur de France à Madrid en 2002. Assesseur à la section du contentieux du Conseil d'État en 2005 puis président de la 6<sup>ème</sup> sous-section de 2006 à 2009, il est depuis 2009, président de la section du rapport et des études du Conseil d'État. Il est professeur associé à Sciences-Po Paris.

### Intervenants

---

#### **Charles Jarrosson**

*Professeur à l'université de Paris II Panthéon-Assas*

Charles Jarrosson est professeur à l'université de Paris II Panthéon-Assas, directeur du Master 2 contentieux, arbitrage et modes amiables de règlement des conflits, et directeur du CEMARC (Centre d'études des modes amiables de règlement des conflits). Il est, en outre, rédacteur en chef de la Revue de l'arbitrage et enseigne principalement le droit de l'arbitrage, de la médiation et plus généralement les modes amiables de règlement des conflits. Il a publié de nombreuses études sur ces matières.



## **Gérard Pluyette**

*Conseiller à la Cour de cassation*

Diplômé en droit privé et sciences criminelles, Gérard Pluyette a été juge d'instruction au tribunal de grande instance de Pontoise de 1975 à 1978, puis de Paris de 1978 à 1987. Chargé de mission auprès du président du tribunal de grande instance de Paris puis du premier président de la cour d'appel de Paris de 1982 à 1988, il devient vice-président du tribunal de grand instance de Paris de 1988 à 1991, puis conseiller de 1991 à 1996 et président de chambre de 1996 à 1999 à la cour d'appel de Paris. Il participe pendant cette période à la mise en œuvre de la médiation judiciaire à la cour d'appel de Paris avec le Premier président Guy Canivet en concertation avec le barreau. Depuis 1999, il est conseiller doyen à la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation.

Il est coauteur de l'ouvrage *Art et Technique de la médiation* (Litec) avec Martine Bourry d'Antin et Stephen Bensimon.

## **Aurélien Colson**

*Professeur associé de science politique et de négociation à l'ESSEC*

Docteur en science politique, titulaire d'un *PhD in International Relations*, Aurélien Colson est professeur associé de science politique et de négociation à l'ESSEC (département droit et environnement de l'entreprise). Il est également directeur d'IRÉNÉ (Institut de recherche et d'enseignement sur la négociation). Il coordonne l'enseignement de négociation à l'ENA depuis 2002, ainsi qu'à l'Institut diplomatique et consulaire du Quai d'Orsay. Il intervient en conseil et formation en négociation, médiation et résolution de conflits auprès de nombreuses entreprises et organisations (Commission européenne notamment) et mène des missions de réconciliation dans des pays en situation post-conflit (Burundi, Corne de l'Afrique, RDC, Caucase). De 1998 à 2002, il fut chargé de mission puis conseiller technique au sein du cabinet du Premier ministre. De 2002 à 2005, il fut chef de projet au commissariat général du Plan. Il y a dirigé le groupe de travail aboutissant au rapport sur « *La conduite du changement dans le secteur public* » (La Documentation française). En 2008, ses recherches lui ont valu un grand prix de l'Académie des sciences morales et politiques. Il est auteur ou co-auteur de nombreuses publications sur la médiation, dont *Méthode de médiation* (Dunod, 2008) ou *Entrer en négociation* (Larcier, 2011).



## Actes – Comment développer la médiation en précisant son articulation avec les autres modes alternatifs de règlement des conflits

---

**Introduction d'Olivier Schrameck,**  
*Président de la section du rapport et des études  
du Conseil d'État*

En tant que président de la section du rapport et des études du Conseil d'État, je suis très heureux de présider cette table ronde, de nature transversale. Après avoir cerné dans un premier temps la nature de la médiation par rapport aux autres modes alternatifs de règlement des différends, il s'agit de mieux mesurer dans un second temps le champ potentiel et les conséquences pratiques du développement de cette forme de règlement.

Même si le rapport du Conseil d'État s'astreint à un effort rigoureux et nécessaire de définition, quelques incertitudes demeurent aujourd'hui dans les esprits et dans les pratiques. Le président Robineau disait qu'il n'y avait pas de marque déposée de la médiation. Par rapport aux autres modes de règlement des différends, une distinction se fait très aisément à l'égard des recours administratifs préalables obligatoires, qui ont donné lieu à un rapport de la section du rapport et des études publié en 2009. Ces recours forcent, avant de s'adresser au juge administratif, la partie potentiellement requérante à observer une procédure préliminaire. Cette procédure peut être une procédure de médiation. Il y a en tout cas des exemples de conciliation, notamment en matière sportive. Par ailleurs, le rapport du Conseil d'État avait souhaité que l'on multiplie les modes de recours à des tiers garants, notamment en matière de fonction publique. Avec cette notion, nous sommes très proches de la médiation.

La distinction est plus claire par rapport à l'arbitrage. Dans la médiation, n'y a aucun transfert de la capacité de juger, même si le juge peut intervenir à l'origine ou à la fin du processus, et parfois aux deux. Mais les deux modes peuvent se succéder. L'existence du centre de médiation et d'arbitrage de la chambre de commerce et d'industrie de Paris en est l'illustration concrète.

En revanche, il me semble, à titre introductif, que la frontière est bien incertaine entre médiation et conciliation, malgré l'exigence pour la première d'un tiers. Le premier rapport du Conseil d'État « Régler les conflits autrement » de 1993 préférait agréger les deux termes, pour faire référence à ce qu'on appelait à l'époque la « médiation-conciliation ». La transaction peut faire suite aussi bien à une conciliation qu'à une médiation.

Le médiateur doit-il être toujours un facilitateur ? Ou peut-il aller au-delà, par les initiatives qu'il prendrait, les investigations qu'il mènerait avec l'accord des parties, son intervention éventuelle à des différends collectifs, notamment de nature économique, et en définitive, dans la détermination des solutions qu'il pourrait



proposer ? L'indépendance est-elle la seule garantie de l'impartialité ? Même si l'on n'est pas complètement indépendant statutairement et fonctionnellement, on peut être formé en conscience à la pratique de l'impartialité. On peut ainsi tout à fait en respecter les méthodes et les règles.

Comment encourager la médiation en l'encadrant par des garanties, qui relèvent de la formation, de la déontologie, voire du contrôle ? Aucune de ces questions ne sera omise grâce à la diversité des expériences concrètes de nos intervenants.

Charles Jarrosson, est professeur à l'université Paris-II, directeur du Master « Contentieux, arbitrage et mode de règlement des conflits », et directeur du Centre d'études des modes amiables de règlement des conflits. C'est une autorité universitaire reconnue en France et à l'étranger. Parmi ses innombrables études sur le sujet, il est l'auteur à titre pratique d'un glossaire fort utile qui avait été annexé au rapport du Conseil d'État et reproduit dans le dossier du participant, et qui fait l'objet d'une mise à jour entre-temps. Nul mieux que lui ne peut introduire le sujet.

Gérard Pluyette est membre du groupe de travail du Conseil d'État et conseiller-doyen à la première chambre civile de la Cour de cassation. Il aura été le maître d'œuvre actif et créatif de la médiation dans le domaine judiciaire et juridictionnel, avec le premier président Guy Canivet, à la Cour d'appel de Paris. Il est coauteur d'un ouvrage intitulé *Arts et techniques de la médiation*, aux éditions Litec. Il nous présentera les plus récents développements de cette forme de médiation, lorsqu'elle est étroitement liée à l'évolution du rôle et à la fonction du juge.

Enfin, Aurélien Colson, professeur associé de science politique à l'ESSEC et directeur d'IRÉNÉ (Institut de recherche et d'enseignement sur la négociation), a une expérience très riche, y compris internationale, de la pratique de la médiation. Il a axé sa réflexion sur les moyens et les finalités du développement de sa pratique. Il est auteur ou coauteur de nombreuses publications sur la médiation, dont *Méthode de médiation* aux éditions Dunod et *Entrer en négociation* aux éditions Larcier.

---

### **Intervention de Charles Jarrosson,**

*Professeur à l'université de Paris II Panthéon-Assas*

Le meilleur — ou tout au moins le premier — moyen pour développer la médiation consiste à savoir de quoi l'on parle ; il faut ensuite apprendre comment elle fonctionne et enfin déterminer quels bénéfices on peut en attendre.

En partant de cette idée simple, il s'agit en premier lieu de définir juridiquement la médiation et d'en faire ressortir les critères caractéristiques qui permettent de la distinguer des autres modes de règlement des conflits<sup>45</sup>(I). Il est ensuite nécessaire d'appréhender le phénomène de la médiation, lequel se décline au pluriel : il existe en effet des médiations et le vaste paysage de la médiation nécessite quelques éclaircissements (II). Enfin, il s'agit d'indiquer, sous un angle juridique, les qualités de la médiation par rapport aux autres modes de règlement des conflits, qui constituent une raison supplémentaire de plaider pour son développement (III).

---

45 V. également, en annexe, notre Glossaire de la médiation et des institutions voisines.



## I - La médiation

### A.- Définition

Définir consiste et se limite à donner le sens d'un mot, non à l'affubler des particularités dont on souhaite le revêtir. Ainsi, définir juridiquement la médiation suppose de laisser de côté un autre sens, plus récent, que certains ont voulu lui donner et selon lequel la médiation serait un moyen de reconstituer le lien social. Cela n'est pas faux, mais reste très parcellaire. Selon le Larousse, la médiation est l'« *entremise, l'intervention destinée à amener à un accord* ». La médiation est effectivement une entremise, une intervention, destinée à réconcilier les parties en litige. Cette entremise suppose nécessairement l'intervention d'un tiers.

La médiation a pour ainsi dire toujours existé. L'histoire et la littérature en donnent une myriade d'exemples. Elle souffre pourtant d'une certaine ambiguïté terminologique qui est assez largement due à la connotation méliorative qui s'attache aujourd'hui au mot et à l'idée de médiation et qui a brouillé ses frontières en raison de la multiplicité des utilisations du mot.

Traditionnellement, le juriste n'emploie le terme que pour désigner un mode de règlement des litiges, mode pacifique puisqu'il tend vers l'accord des litigants.

### B.- Éléments essentiels

Ainsi, les éléments essentiels de la médiation sont au nombre de trois : un *litige*, un *tiers* et une *mission particulière* confiée à ce tiers qui consiste à régler ledit litige en essayant de trouver un accord ou, en d'autres termes : substituer à la situation conflictuelle une solution consensuelle. L'existence d'un litige est, tout comme l'intervention d'un véritable tiers, un élément nécessaire pour la qualification de médiation : pas de litige, pas de médiation, pas de tiers pas de médiation.

### C- Distinction avec les notions voisines

#### 1.- Distinguer la médiation de l'arbitrage.

La confusion la plus fréquente est celle qui est faite entre médiation et arbitrage. L'histoire enseigne que, pendant des siècles, médiation et arbitrage n'ont pas été conceptuellement différenciés. Les exemples sont nombreux d'emploi des mots « arbitrage » et « médiateur » comme synonymes, que ce soit chez Platon, dans le Coran ou encore dans la littérature<sup>46</sup>.

---

46 Platon confondait les deux (v. *Protagoras*, n° 337d et e, GF Flammarion n° 761, p.108 : « *Il serait honteux que nous, qui connaissons la nature des choses, qui sommes les plus savants des grecs (...) nous nous déchirions en discordes comme les plus médiocres des hommes. Pour ma part, je vous demande et je vous conseille, Protagoras et Socrate, de vous réconcilier, en obéissant pour ainsi dire à notre arbitrage, et de vous accorder sur une position moyenne (...); prenez tous deux une voie moyenne* ». ; plus près de nous, v. A. Maalouf, A propos de l'intervention du cheikh pour résoudre les litiges à l'époque ottomane, dans la montagne libanaise : « *comme c'était lui qui rendait justice en son domaine, et que tous les différends — entre frères, entre voisins, entre mari et femme — se réglaient devant lui, le cheikh avait l'habitude d'écouter les plaignants, ensuite quelques témoins, avant de proposer un arrangement ; les parties étaient sommées de s'y conformer et de se réconcilier séance tenante par les embrassades coutumières ; si quelqu'un s'entêtait, la gifle du maître intervenait en argument ultime* » (A. Maalouf, *Le rocher de Tanios*, Grasset, 1993, Le livre de poche, p. 19). Sur les utilisations du terme dans le Coran, v. A. Mezghani, « L'arbitrage en droit musulman », *Rev. arb.*, 2008.211.



Aujourd'hui, en revanche, la médiation doit être nettement distinguée de l'arbitrage, car leur régime juridique est différent. La confusion est rendue possible car tous deux partagent des *caractéristiques communes*. En effet, tous deux nécessitent l'existence d'un litige et tous deux nécessitent l'intervention d'un tiers, dont la mission commune est d'œuvrer dans le sens de la résolution du litige. Toutefois, et là réside la différence, le tiers exerce au regard du litige une mission précise : celle de l'arbitre est *juridictionnelle*, car il est un juge (privé, mais un juge) qui tranche le litige et impose sa solution aux parties, sa sentence ayant la nature d'un acte juridictionnel, tandis que celle du médiateur est purement *consensuelle*. Le médiateur ne peut rien imposer aux parties, à qui il peut seulement proposer une solution, à charge pour celles-ci de l'accepter si elle rencontre leur accord. En ce cas, la solution qui a fait l'objet de l'accord des parties est de nature conventionnelle.

## 2.- Distinguer la médiation de l'expertise.

La médiation se distingue également de l'expertise : l'expert est aussi un tiers, qui peut intervenir en cas de litige, mais il donne un avis, en principe facultatif, sur une question technique. Sa mission ne consiste pas à rapprocher, mais à éclairer. Toutefois, une fois éclairées, les parties sont mieux placées pour trouver un accord, par voie de médiation par exemple.

## 3.- Distinguer la médiation de la conciliation ?

La question lancinante relative à la médiation est celle de savoir quelle est la différence entre conciliation et médiation. Il n'y en a pas vraiment : la conciliation est, comme la médiation, un mode pacifique de règlement des litiges. La conciliation a cependant un champ plus large, car on peut imaginer que les parties procèdent soit seules à une conciliation, soit grâce à un tiers. En outre, le mot conciliation vise aussi bien le *processus* que le *résultat* auquel ce processus est censé conduire. Entre conciliation avec un tiers et médiation, il n'y a donc pas de différence nécessaire. C'est le parti qu'a pris tant l'Union européenne dans la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008, que la CNUDCI dans sa loi-type sur la conciliation commerciale internationale de juin 2002<sup>47</sup>. La clause d'un contrat qui prévoit le recours à un tiers conciliateur ou celle qui vise un médiateur ont exactement le même effet. Au bénéfice des explications qui précèdent, on peut donner de la médiation la définition suivante : « Variété de conciliation, qui consiste également en un processus de résolution des litiges fondé sur la recherche d'un accord des parties, mais nécessite la participation d'un tiers, le *médiateur* ».

La distinction entre conciliation et médiation ne doit se faire en droit positif que pour viser les formes de conciliation ou de médiation judiciaires ou légales auxquelles le législateur a voulu conférer un régime spécifique : on distinguera ainsi la médiation judiciaire, la conciliation judiciaire, la conciliation de justice, la convention de procédure participative... La complexité vient ici de ce que les textes, au fil des ans, ont multiplié les formes et les appellations. En voici quelques exemples.

a) La conciliation judiciaire est celle opérée par le juge saisi d'un litige, à sa propre initiative ; elle est prévue par l'article 21 du code de procédure civile (« *Il entre*

47 V. son texte in *Rev. arb.*, 2004 p. 143, et le commentaire de J.-M. Jacquet, « La loi-type de la CNUDCI du 24 juin 2002 sur la conciliation commerciale internationale », *Rev. arb.*, 2004.63.



*dans la mission du juge de concilier les parties »). Toutefois, depuis un décret du 1<sup>er</sup> octobre 2010, le juge peut déléguer son pouvoir de conciliation ; cette conciliation judiciaire déléguée revient à transférer la conciliation à un conciliateur de justice. Ce conciliateur de justice, créé par un décret de 1978, intervenait au départ avant toute saisine d'un juge, puis les textes ont étendu le champ de sa saisine aux litiges pour lesquels le juge d'instance ou de proximité était saisi. Il a désormais, du fait de la délégation prévue par le décret précité, un rôle complet de conciliation judiciaire fondé sur l'article 21 du code de procédure civile.*

*b) Dès lors, on se rapproche beaucoup de la médiation judiciaire qui est celle engagée sur proposition du juge, à l'occasion d'une action en justice pendante devant lui, mais menée par un tiers nommé par le juge.*

#### *4. Distinguer la médiation de la transaction.*

Pour terminer sur ces questions de terminologie, il faut préciser que l'on donne souvent le nom de transaction à l'accord qui résulte d'une médiation réussie ou d'une conciliation réussie et menée par les parties seules ; cette appellation, qui correspond à un contrat régi en tant que tel par le code civil (art. 2044 et s.) emporte des conséquences particulières et suppose que les parties se soient consenti des concessions réciproques<sup>48</sup>. C'est cette condition qui fait que la transaction n'est pas toujours le terme adéquat pour désigner l'accord mettant un terme au litige. En effet, il peut arriver que cet accord résulte d'un abandon de ses prétentions d'origine par une seule des parties. La transaction est également le but poursuivi par cette nouvelle convention, dénommée convention de procédure participative<sup>49</sup> et introduite dans le code civil par une loi discrète du 22 décembre 2010, laquelle ne précise pas si elle vise une recherche d'accord par les parties seules ou grâce à l'intervention d'un tiers. Ne l'interdisant pas, elle doit être interprétée comme l'admettant.

## **II - Les médiations**

Il y a aujourd'hui foisonnement de médiations<sup>50</sup>. La raison en est simple : les sources de la médiation sont diverses et abondantes. La section du rapport et des études du Conseil d'État a réalisé dans son rapport du 29 juillet 2010<sup>51</sup> l'exploit titanesque de les dénombrer de manière quasi-exhaustive<sup>52</sup>. La médiation peut être d'origine légale. Elle peut aussi, quoique d'origine légale, être laissée à l'appréciation du juge et devenir ainsi judiciaire, mais elle peut aussi être conventionnelle et même à initiative unilatérale.

S'agissant des médiations légales, on passe du Médiateur de la République au Médiateur de la Halde (bientôt à un médiateur du Défenseur des droits ?), au

---

48 V. Ch. Jarrosson, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.*, 1997.267.

49 Sur laquelle v. J.-Ph. Tricoit, *Rev. arb.*, 2011 p. 213, n° 13 et s.

50 Pour s'y retrouver, v. not. les « Chroniques de Droit des modes alternatifs de règlement des conflits » rédigées par J.-Ph. Tricoit dans le n° 1 de chaque année de la *Revue de l'arbitrage : Rev. arb.*, 2011.207, *Rev. arb.*, 2010.153, *Rev. arb.*, 2009.207, *Rev. arb.*, 2008.137, *Rev. arb.*, 2007.123.

51 Etude adoptée par l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État du 29 juillet 2010 : *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, spéc. p. 37 et s. et l'annexe V.

52 V. l'annexe V « Tableau des régimes de médiation tels que recensés par les administrations » du rapport. L'exhaustivité ne peut cependant être totale, car n'ont été dénombrées que les médiations qui étaient instituées par un texte, ce que n'est pas la médiation en matière de téléphonie par exemple.



Médiateur du cinéma, et à toutes les médiations administratives qui opèrent dans le cadre de ministères, comme par exemple ceux de l'économie ou de l'éducation nationale. Toutefois, l'emploi du terme « médiation » par un texte ne fait pas *ipso facto* de cette médiation une médiation au sens juridique.

La médiation judiciaire est régie par le code de procédure civile (art. 131-1 et s.). Elle est *proposée* et non imposée aux parties par le juge saisi du litige. La *médiation familiale* suit un régime particulier en raison des droits, généralement indisponibles, auxquels elle s'applique.

La médiation conventionnelle se déroule sur le fondement du seul accord des parties, que celui-ci soit intervenu avant ou après la naissance du litige. C'est cette forme de médiation qui se développe dans le domaine du contentieux des affaires. Elle est régie par le droit commun des contrats, la jurisprudence intervenant parfois pour apporter des précisions. Les textes applicables en la matière (par ex. l'article 2238 C. civ.) sont et doivent rester rares, afin de ne pas la dénaturer.

Et puis, il y a la foule des médiations créées à l'initiative unilatérale de sociétés ou d'entités professionnelles et qui sont parfois regroupées, aux côtés de médiations spéciales créées par des textes, sous le terme de « médiations-maison », domaine où règnent les appellations incontrôlées et où se côtoient vraies et fausses médiations.

L'adjectif « fausse » accolé au mot médiation n'a pas de connotation péjorative, mais indique simplement qu'au regard du droit, ces « médiations » n'en sont pas et ne peuvent en être, faute de litige au sens juridique ou faute de tiers, le médiateur n'étant qu'un salarié, même bénéficiant d'une certaine autonomie. Ces « fausses médiations » sont cependant souvent dignes d'intérêt. Ainsi, le Médiateur du crédit, même s'il ne contribue pas à résoudre un litige juridique et ne peut donc pas juridiquement être considéré comme un médiateur, contribue, sur le terrain économique, à résoudre des difficultés<sup>53</sup>. D'autres « fausses médiations » ne sont en fait qu'un démembrement du « service client » de telle entreprise ou, comme dans le domaine des médias, servent de courrier des lecteurs (médiateurs des journaux, des chaînes de télévision...).

Parmi les « vraies » médiations, on trouve celles organisées par les grandes entités d'assurances (GEMA, FFSA, Groupama), la SNCF, la Poste, EDF, les opérateurs de la téléphonie mobile, etc... Ces initiatives sont très intéressantes, spécialement lorsque le médiateur est choisi en fonction de critères assurant son indépendance<sup>54</sup> (il faut souligner à cet égard que le fait qu'il soit rémunéré par l'entité en cause ne suffit pas à démontrer sa dépendance<sup>55</sup>) et lorsqu'il rédige et publie un rapport annuel dont le but est aussi, en synthétisant son activité, de pousser les professionnels à revoir les clauses de leurs contrats, ce qui permet de prévenir de nombreux autres contentieux futurs<sup>56</sup>.

53 V. à cet égard, l'intervention de M. G. Rameix, actuel Médiateur du crédit.

54 Par ex. en raison de la participation de la DGCCRF et/ou des associations de consommateurs à son processus de désignation.

55 Ce jugement, hâtif, a parfois été l'œuvre d'associations de consommateurs qui n'ont pas compris qu'il y avait là un avantage supplémentaire pour les consommateurs et qui ne sont pas allées jusqu'au bout de la logique de leur critique qui aurait dû aboutir à une proposition de leur part de contribuer pour moitié aux frais de la médiation...

56 V. notamment les rapports du Médiateur du GEMA, de la FFSA, de la Téléphonie mobile.



### III - Motifs juridiques de recourir à la médiation et de plaider pour son développement

Le succès actuel de la médiation vient d'abord de ce qu'elle apparaît comme un procédé de règlement des conflits moins traumatisant, qui préserve l'avenir. C'est une forme de justice plus rapide, plus simple et moins coûteuse, mieux adaptée à certains litiges et confidentielle. En fait, elle vaut à la fois comme une réaction aux défauts que l'on reproche à la justice officielle : lenteur, complexité et cherté, mais aussi par ses qualités propres sur lesquelles il faut insister et auxquelles je vais désormais me limiter.

La médiation se caractérise par sa remarquable souplesse : dès lors que les droits litigieux sont disponibles, elle s'organise comme le veulent les parties et avec l'aide du médiateur, voire du centre de médiation (le CMAP par ex.) auquel les parties ont pu vouloir se référer. En outre, le recours à la médiation peut avoir lieu à tout moment, avant que le litige soit porté devant un juge ou un arbitre, ou bien après qu'il est apparu. Paradoxalement, cette immense liberté fait parfois peur : les parties, voulant recourir à la médiation demandent : « comment faire ? » et la réponse : « faites comme vous voulez » les paralyse... D'où l'importance de la formation.

Avec la médiation, c'est le fond du litige que l'on aborde directement : on évite le juridisme. En outre, et c'est capital, les parties conservent la maîtrise de leur litige, ou se le réapproprient, alors que dans le procès étatique ou arbitral elles s'en sentent souvent dépossédées.

Le traitement juridique du litige peut le rigidifier en raison des qualifications retenues pour l'exprimer. Le juriste raisonne sur la base d'un présupposé, souvent invisible à ses propres yeux, et selon lequel l'intérêt du litigant équivaut et est parfaitement transcrit par la demande en justice telle qu'elle est formulée. La médiation remet en cause la justesse de cette équation car on oublie que les intérêts mis en avant ne sont la plupart du temps pas les seuls, et qu'ils peuvent varier selon les circonstances.

Il faut insister sur la valeur ajoutée que représente l'intervention d'un tiers : la reformulation qu'il opère des termes du litige et de la position des parties éclaire chacune d'elles sur la position de l'autre et, parfois, sur la sienne ; les parties ne sont pas livrées à elles-mêmes, mais épaulées par le tiers qui recadre le débat. Surtout, le médiateur est libre de déterminer l'étendue de la recherche d'une solution (pour le dire en d'autres termes, plus juridiques, il n'est pas tenu par le principe dispositif, art. 4 et 5 du code de procédure civile).

Dans la médiation, la solution n'est pas nécessairement recherchée à mi-chemin entre les positions respectives des parties : il ne faut pas voir la médiation comme une droite, au milieu de laquelle on cherche une solution médiane, mais comme un plan représentant un repère orthonormé et au sein duquel on évalue les diverses possibilités en fonction des intérêts des parties. En effet, la solution proposée peut être en dehors de la ligne sur laquelle les parties s'opposent et le juste milieu n'est pas nécessairement juste au milieu...



On a observé que la médiation fonctionne d'autant mieux qu'elle concerne des litigants appartenant à un milieu homogène ou ayant des relations suivies ou bien étant de même force. Cela conduit à se focaliser quelques instants sur les avantages spécifiques de l'utilisation de la médiation pour les entreprises<sup>57</sup> : la médiation est conforme aux attentes des entreprises et aux nécessités nouvelles de la vie contractuelle. En effet, les entreprises attachent aujourd'hui une plus grande attention aux risques et à leur gestion. Elles sont de plus en plus souvent confrontées à des impératifs légaux de transparence : d'où la nécessité d'un règlement rapide des litiges qui sont un élément de perturbation.

Les activités et donc les contrats sont de plus en plus complexes (recours aux groupes de contrats). Or, les contentieux nés de ces groupes de contrats ou de contrats multipartites s'accommodent mal du procès classique ou de l'arbitrage, bornés par le caractère relatif des conventions d'attribution de juridiction ou des conventions d'arbitrage. Et puis, certains chantiers ne peuvent être arrêtés car ils sont soumis à une date butoir ( ex. construction du Grand stade), certaines opérations ne peuvent être suspendues (arrivée de la saison des pluies). Il est souvent des contrats pour lesquels on ne peut se brouiller avec son partenaire, car on ne peut pas ne pas continuer de le retrouver dans la vie professionnelle : (ex. : grands groupes de distribution et de l'agroalimentaire, contentieux entre actionnaires liés par un pacte).

---

**Intervention de Gérard Pluyette,**  
*Conseiller à la Cour de cassation*

Il s'agit d'aborder ici la médiation judiciaire comme mode alternatif de règlement des litiges. Cette procédure, née d'un besoin que la pratique a mis en lumière et organisée sous l'égide du juge, a été instituée par la loi du 8 février 1995 dans ses principes et par le décret du 22 juillet 1996 pour sa mise en œuvre. Depuis 1995, la médiation judiciaire a rencontré plus d'hostilité que d'encouragement, et peine à se développer.

Pour rechercher comment elle peut devenir une voie procédurale à part entière, il s'agit de se pencher d'abord sur ses principes essentiels (I), puis sur les conditions de son développement (II) et les expériences en cours, ainsi que leur bilan (III).

### **I - La médiation judiciaire se caractérise autour de quatre grands principes.**

1. C'est une mesure qui intervient au cours d'un procès ; elle consiste pour le juge, saisi du litige, de désigner une tierce personne pour :

- écouter les parties ;
- faire se confronter les thèses en présence et rétablir si possible un dialogue souvent rompu ;
- rechercher et favoriser toutes solutions amiables du litige et donc une solution acceptable et acceptée.

57 Cf. J.-Fr. Guillemin, « Les médiateurs contractuels », in *Les médiateurs en France et à l'étranger*, Société de Législation comparée, 2001, p. 71 ; *adde*, du même auteur, « Reasons for choosing alternative dispute resolution » in *ADR in Business*, Kluwer, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p. 13.



Elle est donc placée sous le contrôle du juge. C'est ce qui différencie la médiation judiciaire de la médiation conventionnelle. Cependant, le juge ne doit pas s'immiscer dans l'exécution de la mesure, mais seulement veiller à son bon déroulement.

2. C'est un mode alternatif et autonome de règlement du litige, un processus judiciaire à part entière mis en œuvre au lieu et à la place d'une solution juridictionnelle du juge. Cependant, si la médiation n'aboutit pas à une solution transactionnelle, le pouvoir de *juridictio* est alors assuré par le juge toujours saisi, qui tranche le litige selon les prétentions des parties qui lui ont été soumises. Il s'agit donc de ce qu'on peut appeler une « parenthèse consensuelle » dans le procès.

Depuis la loi de 1995, l'office du juge se trouve modifié car désormais, il entre dans sa mission et son devoir de proposer aux parties une médiation dans le souci de rétablir un climat d'apaisement dans une situation conflictuelle grave ou « bloquée ». La proposition d'une médiation participe de la mission du juge qui est aussi de rétablir la paix sociale<sup>58</sup>.

3. C'est une mesure qui suppose le consentement des parties, le secret ainsi que la confidentialité, clés de voûte de cette procédure.

4. Enfin, c'est une mesure d'administration judiciaire qui exclut toute délégation par le juge de son pouvoir de *juridictio* ou même d'*imperium*. Si le choix et la personnalité du médiateur sont primordiaux, il n'est investi d'aucun pouvoir de juger ; il doit seulement favoriser l'émergence d'une solution pouvant mettre fin au litige en tout ou en partie. Cette mesure n'est susceptible d'aucun recours juridictionnel.

## **II - Les conditions d'un meilleur développement de la médiation judiciaire.**

### *A. Comment parvenir à rendre cette procédure plus effective dans la pratique judiciaire ?*

Cela conduit à s'interroger sur la mise en œuvre de cette mesure. A quel moment de la procédure peut-elle intervenir ? A l'initiative de qui ? Quel est le rôle respectif de chacun des intervenants pour la prescription de la médiation ?

#### 1. Quand la médiation judiciaire peut-elle être ordonnée ?

Elle peut être proposée à tout stade de la procédure, et, devant toutes les juridictions ; : aussi bien devant le juge du fond qu'en référés ; devant le tribunal de grande instance, la cour d'appel, le tribunal de commerce, le tribunal d'instance, le conseil des prud'hommes (mais c'est très rare), le tribunal des affaires de sécurité sociale, des baux ruraux, etc.

A tout stade de la procédure, et, c'est la question la plus délicate dans la pratique, car c'est souvent la nature du litige et la situation personnelle des parties qui déterminent le moment le plus favorable ; Personnellement, j'ai souvent proposé des médiations lorsque l'examen du dossier montrait qu'une perspective de solution amiable existait et devait être tentée. Cela pouvait intervenir lors de la

---

<sup>58</sup> Cf. les observations du premier président Guy Canivet dans *Arts et techniques de la médiation*, M. BOURRY d'ANTIN, G. PLUYETTE, S. BENSIMON, Litec, p. 76



mise en état de la procédure ; avant ou après l'audience de plaidoiries, notamment en appel car cela constitue la dernière chance d'arrangement devant le juge. Aucun moment de la procédure ne doit être exclu : il faut rechercher l'instant propice.

## 2. A l'initiative de qui ?

Il n'y a aucune exclusivité du juge, car ce peut être à l'initiative de n'importe lequel des intervenants au procès. Le juge évidemment, car comme nous l'avons vu, cela relève désormais de son office ; mais aussi, les parties elles-mêmes ou leurs avocats, qui à cet égard ont un devoir d'information et de conseil.

En pratique, c'est essentiellement au juge que revient cette proposition de médiation, soit par une démarche individuelle, dossier par dossier, soit en coordination avec une politique de développement dans la juridiction de la médiation judiciaire, ce qui est primordial et correspond au souci actuel du législateur et des justiciables ; quelles en sont les conditions ?

### *B. Comment mettre en place une politique judiciaire favorisant la médiation ?*

La mise en place de la médiation judiciaire ne doit plus être laissée à la seule initiative individuelle du juge, à son bon vouloir ou à celui d'un avocat. L'expérience, notamment, celle de Mme Brenneur-Blohorn, président d'une chambre sociale à la cour d'appel de Grenoble, a montré que tous les efforts fournis au départ par les magistrats s'amenuisent, réduisant ainsi substantiellement le nombre de médiations, la faisant même parfois disparaître.

Il faut une politique judiciaire ferme et résolue associant tous les acteurs du procès pour promouvoir la médiation. Les efforts doivent, me semble-t-il, être conduits dans deux directions : d'une part, un investissement effectif de tous les partenaires de justice pour mettre en œuvre cette politique de promotion de la médiation judiciaire, et, d'autre part, des actions d'information et de formations.

#### 1.- Un investissement de tous les partenaires.

Il faut un investissement personnel effectif de tous ceux qui concourent à la détermination et à la conduite d'une véritable politique de promotion et de structuration de la médiation au sein de la juridiction.

Ce sont d'abord les chefs de juridictions qui définissent la politique de médiation et les moyens alloués à sa mise en œuvre. Il faut convaincre ces magistrats prescripteurs de l'intérêt de la mesure, qui n'est ni une perte de temps ni un moyen pour ne pas juger. Ce sont ensuite les barreaux en tant qu'ordre professionnel auprès de la juridiction. Il faut impliquer le bâtonnier et le Conseil de l'ordre pour mettre en place, avec leur concours positif, les mesures pratiques pour le bon déroulement de la médiation, pour que chacun ne crée pas sa propre pratique procédurale. Sinon cela entraînerait dans l'esprit des justiciables crainte, méfiance et surtout incertitude sur le processus de médiation, qui conduirait inévitablement au rejet de la mesure.

Il faut donc obtenir aussi l'adhésion, si ce n'est l'absence d'opposition de l'avocat de la partie, *car en pratique*, le magistrat, qui doit recueillir le consentement des parties au litige, ne peut ordonner et mettre en œuvre une médiation judiciaire contre l'avis



d'un avocat ; sinon, la médiation est vouée à l'échec. Ce sont enfin, les associations de médiateurs qu'il faut faire participer à cette politique de développement de la médiation. Il y a aujourd'hui un grand nombre d'associations, généralistes ou spécialisées dans des contentieux spécifiques, dont le sérieux et la compétence sont avérés pour la plupart. Il faut conclure avec elles des protocoles d'accord définissant et organisant leur rôle. C'est de l'intérêt de tous.

C'est cette direction qui me paraît être actuellement suivie par beaucoup de juridictions, sous l'impulsion de la Chancellerie, et notamment, par la cour d'appel de Paris depuis le rapport déterminant du Premier président Magendie du 24 mai 2008. L'impulsion suscitée par l'obligation des États de transposer la directive européenne 2008/52/CE du 24 mai 2008 sur la médiation et la mise en œuvre du décret n°2010-1165 du 1<sup>er</sup> octobre 2010 créant, au sein des juridictions, un magistrat coordonnateur des activités de médiation et de conciliation (art. R 312-13-1 du code de l'organisation judiciaire) y contribuent également.

Ce magistrat, qui est un conseiller à la cour d'appel désigné par le premier président et dont l'activité qui n'est pas occasionnelle correspond à une fonction propre, doit prendre toutes les initiatives pour coordonner l'activité des acteurs de la médiation, par l'organisation de rencontres systématiques et l'établissement de documents et de tableaux de bord renseignant sur l'activité de médiation de la juridiction. Il doit enfin, et c'est à la fois important et nouveau, établir « *un rapport annuel sur l'activité des conciliateurs de justice et des médiateurs de ressort de la cour d'appel qu'il transmet au premier président de celle-ci ainsi qu'aux présidents des tribunaux de grande instance* » ; le premier président de la cour d'appel communique ce rapport au Garde des Sceaux (cf. sur cette question, le rapport du colloque organisé le 1<sup>er</sup> avril 2011 à la cour d'appel de Paris : « Médiation : enjeux et perspectives ; *Les Annonces de la Seine* ; n°23 du 11 avril 2011 p. 5 et 6). Ce coordonnateur, au rôle d'animateur et d'observateur, doit être aujourd'hui l'acteur essentiel du développement de la médiation judiciaire. Dans ce même esprit, les tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel de Paris ont eux-mêmes désigné un juge de leur tribunal pour assurer la fonction de coordonnateur de la médiation ; c'est donc un véritable réseau, un maillage de responsables, qui se met en place.

Dans cet esprit, il faut favoriser la conclusion de protocoles entre les juridictions, les barreaux, et s'il y a lieu, des associations de médiateurs pour fixer la politique de médiation, les modalités de mise en œuvre des mesures, et aussi des règles de bonne conduite assurant une déontologie de la médiation judiciaire.

## 2. Des actions d'informations et de formations.

A côté de cet investissement institutionnel et personnel, il faut développer les actions d'information et de formation à la médiation, avec le concours notamment de l'université, du barreau et des associations. Sans information ni formation sur la réalité de la médiation, il existera toujours une méfiance, une réticence naturelle, et surtout des confusions avec les autres modes alternatifs susceptibles d'être choisis pour le règlement pacifique du litige. Or, il faut assurer la confiance dans le sérieux, la compétence du médiateur et la déontologie qui doit être respectée. La



directive et le rapport du Conseil d'État insistent sur l'obligation de formation qui pèse sur les médiateurs. Il faut donc renforcer l'obligation d'information, à tous les niveaux, juges, avocats et publics, pour faire connaître ce qu'est réellement la médiation judiciaire et la formation à la technique du processus de médiation, qui ne s'improvise pas et mérite apprentissage et expérience. Mais quels sont les résultats actuels de tous ces efforts ?

### **III - Les expériences et leurs résultats actuels.**

Deux expériences seront évoquées. La première a été conduite sous l'impulsion du premier président Guy Canivet à la cour d'appel de Paris entre 1996 et 1999. C'était une politique nouvelle, mais elle n'a pas eu le succès escompté. L'idée était la suivante. Dès l'acte d'appel, il fallait informer les parties de l'existence d'une possibilité de recourir à un médiateur. Au lieu de choisir cas par cas et d'examiner les dossiers au niveau de la mise en état, nous avons pris comme principe une information systématique par l'intermédiaire des avoués, parties prenantes et qui avaient l'obligation de relayer les actions, d'indiquer aux parties qu'ils avaient la possibilité, s'ils le souhaitaient, de recourir à une mesure de médiation. Cela indiquait qu'une nouvelle voie procédurale pouvait être suivie. Cette information était donnée systématiquement dans toutes les chambres civiles et commerciales.

Lorsque la partie était intéressée par une mesure de médiation, elle écrivait au magistrat qui devait convoquer les deux parties et leurs avocats. Le magistrat expliquait les principes de la médiation, s'efforçait de voir si un accord pouvait intervenir sur le choix de cette mesure, et essayait de choisir avec les parties le profil d'un médiateur. Cette procédure, trop rigide, n'a eu qu'un succès limité car elle dépendait trop de l'implication personnelle des magistrats; ce fut un échec relatif.

La seconde expérience est celle actuellement mise en œuvre dans le ressort de la cour d'appel de Paris. Un compte rendu très complet de cette nouvelle politique a été publié par *Les Annonces de la Seine* dans le numéro du 11 avril 2011, relatant la journée d'études tenue le 1<sup>er</sup> avril 2011 à la cour d'appel de Paris sur « La médiation : enjeux et perspectives ». Il convient de s'y référer. Ainsi, depuis 2009, la cour et les tribunaux du ressort ont pris les mesures suivantes : nomination d'un magistrat référent, création d'unités de médiations civiles présidées par le président du tribunal et signature d'un protocole d'accord. Au niveau de la mise en état, avant même que les parties ne soient convoquées à une audience de procédure, le système de la double convocation est pratiqué. Une convocation est envoyée au conseil des parties indiquant une date de procédure, et une seconde convocation est envoyée pour une réunion d'information sur la médiation. Ces réunions sont tenues bénévolement par des médiateurs qui assurent une série de vacations pour rencontrer les parties, leur expliquer et leur proposer des médiations.

Dans la pratique, les résultats ont montré que cette nouvelle politique d'ensemble, et dans toutes les chambres du tribunal, a pratiquement fait doubler le nombre de médiations. Il y a eu une véritable prise de conscience par les parties et par les avocats de l'intérêt de coordonner ces actions. L'expérience est en cours et a été prolongée par les tribunaux. Cela montre bien que des actions concertées sont



nécessaires. Afin d'exposer plus en détail cette nouvelle politique et ses premiers résultats, il est annexé à notre propos le compte rendu fait par Mme Danièle Ganancia, vice-président au TGI de Paris, coordonnateur pour le TGI des mesures de médiation judiciaire, lors de cette journée d'études du 1<sup>er</sup> avril 2011 (cf. *Gazette du Palais*, 27, 28, mai 2011, p.14). annexe II

En conclusion, la médiation judiciaire est un processus de règlement des litiges prometteur et plein d'avenir. Elle doit se développer et s'adapter au litige ; mais elle ne peut et ne doit pas être nécessairement généralisée à tous les litiges, car certains procès, soit de principe soit très « juridiques », rendent le rôle du juge ainsi que l'intervention de la décision juridictionnelles indispensables ; la médiation n'a pas pour but d'évincer le juge, mais de lui rendre la plénitude de son office.

---

**Intervention d'Aurélien Colson,**  
*Professeur associé de science politique  
et de négociation à l'ESSEC*

Il est important de présenter aussi précisément que possible les avantages liés à la médiation ; ces avantages expliquent que le droit de l'Union européenne évolue de manière à en encourager le développement. Il ne faudra cependant pas en ignorer les limites et les risques. Il s'agira enfin de revenir sur les recommandations et les préconisations figurant dans l'étude du Conseil d'État.

Les avantages de la médiation sont nombreux. En se renforçant les uns les autres, ils forment un système. Le premier avantage tient au caractère volontaire de la médiation : de bout en bout, les parties conservent le droit de se retirer du processus et une forme de droit de veto sur les solutions. La médiation ne trouvera une solution que si les parties l'acceptent. Ce caractère libre, volontaire et consensuel de la médiation pourrait certes freiner l'efficacité de la médiation. Mais dans trois cas sur quatre, sans contrainte aucune, les parties acceptent la solution de la médiation. L'exécution de la solution s'en trouve considérablement facilitée. Cela est à comparer avec les difficultés d'exécution que la solution judiciaire rencontre bien souvent. La médiation forme des solutions durables et robustes, car acceptées.

Cette durabilité est en partie liée à d'autres avantages de la médiation. La médiation entretient notamment un rapport très particulier avec le temps. Elle peut être déclenchée et aboutir dans un laps de temps beaucoup plus rapide que des procédures judiciaires. Cette rapidité a comme corollaire un avantage sur le coût. Il est moins coûteux pour les deux parties de rémunérer un médiateur que de rémunérer chacune leur avocat pour un laps de temps beaucoup plus long. La médiation consomme peu de temps, mais elle le met intensément à profit. Dans une procédure judiciaire, le juge va être contraint de faire défiler très vite les affaires. Or, en médiation, au contraire, selon les statistiques du centre de médiation et d'arbitrage de Paris, les parties peuvent voir leurs affaires traitées durant quinze, vingt ou trente heures. Cette durée a des conséquences très positives : il y a là pour les parties une marque de reconnaissance et d'apaisement qui n'est pas à minorer. Ce laps de temps disponible va permettre une compréhension approfondie du problème. Le médiateur



a la possibilité d'organiser des entretiens séparés avec les uns et les autres qui vont optimiser l'échange d'informations. Cette compréhension approfondie va permettre de remonter aux racines du problème. Or, les racines d'un conflit sont souvent composites. Là où le juge se trouve vite embarrassé, car il ne peut traiter autre chose que le litige pour lequel il est saisi, le médiateur a toute liberté de révéler, de mettre en lumière, d'embrasser et d'aider les parties à traiter l'ensemble des composantes du problème. La robustesse et la durabilité des solutions s'en trouvent renforcées.

Ce temps disponible et cette capacité à remonter aux racines du problème met en lumière un autre avantage de la médiation : il s'agit d'un processus profondément inclusif. A mesure que l'on comprend les racines du problème, on peut se rendre compte qu'au-delà des parties qui se trouvent autour de la table, des parties prenantes, qui ont compté dans l'émergence du conflit et qui peuvent aujourd'hui contribuer aux solutions, se trouvent dans le paysage. La médiation permet d'étendre de manière très opportune le périmètre à la fois de compréhension et de solution du conflit. Cela permet la recherche de solutions innovantes, créatives et satisfaisantes pour tous. La médiation va en outre permettre, si cela est nécessaire, de travailler à la restauration de la relation. Dans bien des conflits, la relation s'avère bien plus importante que le problème. Le problème n'est qu'un symptôme d'une relation dégradée. En matière aussi bien civile que commerciale, le maintien et la restauration de la relation forment quelque chose de crucial. Les parties ont un passé dans le passé, mais elles ont aussi un futur partagé. Cette dimension, qui fait de la médiation bien plus qu'une simple transaction sur le fond, est fondamentale. Cela fait écho à la dimension pacificatrice évoquée par le vice-président du Conseil d'État.

Un autre avantage de la médiation est sa discrétion et sa confidentialité. Là où la procédure judiciaire est par nature publique, sauf exception, la médiation permet de créer une bulle de discrétion particulièrement précieuse pour les parties. D'autres avantages encore sont attachés à la figure du tiers : il peut fournir un espace neutre et pallier l'absence de communication entre parties qui ne veulent pas forcément se rencontrer. Il peut également servir d'écran pour protéger chacune des parties contre l'émotion parfois agressive des uns envers les autres. Dans une négociation au sens strict, les parties doivent tout gérer en négociation : structurer un processus, traiter du fond, tout en gérant leur relation personnelle, parfois tendue. Or, la médiation organise une sorte de partage des tâches facilitant extraordinairement l'identification de solutions. C'est sur le médiateur que repose l'organisation d'un processus efficace. Il peut servir de modérateur à la gestion des relations en permettant aux parties de se consacrer à la gestion du fond.

Ces avantages sont cependant conditionnés au respect d'un certain nombre de principes: l'indépendance du médiateur vis-à-vis des parties, sa capacité à organiser et à garantir l'impartialité des processus, et la compétence. On ne s'improvise pas médiateur. Nombreux sont ceux qui ont pu constater que la médiation s'adosse à des méthodes, des techniques et des outils qui vont faire la différence pour gérer un certain nombre de dilemmes. Le rapport du Premier président Magendie avait bien noté l'utilisation du titre de médiateur par des personnes ne présentant pas forcément des garanties d'impartialité ni de compétence. Pour favoriser ces avantages et se prémunir de certains risques, l'étude du Conseil d'État présente un certain nombre de recommandations.



En premier lieu, il y a un intense besoin, en particulier en France, d'informer les parties et le public des avantages potentiels de la médiation. Il faut sensibiliser plus encore l'autorité judiciaire à la médiation. Dans bien des instances, le recours à la médiation est très attaché et très corrélé à une personnalité : le jour où cette personnalité quitte son poste, le recours à la médiation chute. Il faut systématiser l'insertion de clauses de médiation dans des contrats. Il faut évidemment former les médiateurs, les avocats, qui peuvent être soit conseils de parties de médiations, soit gérer la médiation. Former les juges à la médiation est nécessaire. Il faut également qu'il y ait une sensibilisation à la médiation à l'École nationale de la magistrature. Sans doute aussi faut-il former des cadres et futurs cadres d'entreprise à ce qu'est la médiation : c'est ce que nous faisons à l'ESSEC, pour que le jour où nos étudiants se trouvent en situation de responsabilité au sein d'entreprises et face à des conflits, ils considèrent la médiation comme un mode sérieux et efficace de résolution des conflits.

Sur les dispositifs visant à renforcer et à garantir la qualité de la médiation et la déontologie des médiateurs, on se heurte à une limite. Un code de déontologie du médiateur, faisant référence au code de conduite européen, et l'adhésion à des associations agréées sont certes importants. Mais on voit la limite de tout cela. Foncièrement, la médiation est un processus libre, volontaire, souple, pluriel, multiple, adaptable et par conséquent adapté. Le défi consiste à parvenir à une nécessaire professionnalisation, mais sans pour autant instituer une profession réglementée, contrainte et contraignante, tant pour le médiateur que pour les parties.

## Échanges avec les participants

---

**Question à l'attention de Charles Jarrosson** - Vous avez décrit les catégories de médiation et donné la définition de la médiation légale et ce que vous qualifiez de « faux médiateurs », de « médiateurs maison ». Je souhaiterais invoquer votre indulgence pour une catégorie de médiateur qui est au croisement des deux définitions. Une loi de décembre 2001<sup>59</sup> a créé la médiation bancaire en obligeant les établissements de crédit à se doter d'un médiateur. Les établissements de crédit ont désigné donc un médiateur que vous qualifieriez de maison (des avocats, des anciens ministres), ou bien ont opté pour des médiateurs au compte commun, celui de la fédération bancaire française, ou de l'association des sociétés financières. En croisant vos deux catégories, nous aurions de faux médiateurs, qui seraient néanmoins dans la légalité. J'ai cru comprendre d'après ce que disait le directeur des affaires civiles et du Sceau que les « médiateurs maison » seront exclus du champ de la loi de transposition, par suite, je m'interroge sur les conséquences d'une telle exclusion pour la médiation bancaire.

---

<sup>59</sup> loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001.

Effectivement, il y a là un certain flou. Cependant, les textes n'ont pas forcément vocation à embrasser dans leur champ d'application la totalité des médiations. La médiation relative aux établissements de crédit a une origine légale, cela étant la loi n'a fait que consacrer une pratique déjà ancienne au sein des établissements bancaires. Force est de constater que la ligne de « fracture », entre « médiations au sens propre » et « fausses médiations », passe au sein des médiations maison. Il y a celles qui répondent à un certain nombre de critères et qui, d'origine légale ou non, sont de véritables médiations, et d'autres qui n'en sont pas. Je n'hésiterai pas à coller l'étiquette « vraie médiation » sur un certain nombre de celles-ci. J'ai donné à cet égard un certain nombre d'exemples, à propos des sociétés d'assurance et de téléphonie. A partir du moment où l'on se réfère à des médiations maison qui ne sont pas vraiment de la médiation, il paraît normal qu'un texte juridique ne s'y applique pas. Bien entendu, on ne peut empêcher personne d'utiliser le mot médiation, par suite il ne faut pas s'étonner que cette notion soit parfois dévoyée. A deux pas de chez moi, il y a une école maternelle. J'ai vu un jour la personne faisant traverser les enfants avec un haut fluorescent sur lequel il y avait marqué « médiateur ». Je n'ai pas eu le temps de l'interroger sur sa fonction exacte. Il y avait sûrement à la base de cette inscription une décision administrative ou un texte. L'appellation « médiations légales » doit s'appréhender comme un concept *more* voire nébuleux et en aucun cas une catégorie juridique. Ainsi, un certain nombre de « médiations maison » rentrent quand même dans le champ de la médiation.

La terminologie revêt en la matière une grande importance. Le terme médiation recouvre un sens différent selon le contexte dans lequel il est utilisé. En matière sociale, par exemple, cette notion n'est pas liée à un litige ou un différend particulier. Il s'agit d'une simple fonction de facilitation sociale au sens large. Le droit doit nous rappeler à l'ordre et nous maintenir dans les limites d'un périmètre analysable.

**Question** - *Le CCRA, comité consultatif de règlement à l'amiable des litiges, fonctionne très bien et permet de rétablir un lien entre des parties qui ont besoin de travailler ensemble. Dans l'article 50.5 du CCAG travaux (cahier des clauses administratives générales), il n'est prévu que le recours à la conciliation et à l'arbitrage. J'ignore pourquoi la médiation n'a pas été expressément citée. Il est fondamental que dans les relations contractuelles cette mention figure expressément, car on a quelques difficultés pour faire admettre à des administrations que ce recours est tout à fait possible pour les personnes publiques. Dans le cadre de la mise en ligne du nouveau cahier des clauses administratives générales, je me suis essentiellement focalisé sur la procédure précontentieuse de l'article 50 pour qu'il soit rédigé de façon très simple. Je n'ai pas constaté que le recours à la conciliation et à l'arbitrage avait été prévu. Car si tel avait été le cas il aurait fallu indiquer également la médiation. Comment modifier aujourd'hui ce CCAG travaux aux fins*



*d'y faire figurer expressément la possibilité de recourir à la médiation, alors qu'il a fallu attendre près de 30 ans pour parvenir à la dernière réforme? Pourtant cette mention formelle, qui peut paraître de prima bord sans importance, doit figurer dans les documents contractuels pour que les professionnels puissent dire à leurs clients, aussi bien personnes publiques qu'entreprises, que la médiation leur est ouverte en matière de marchés de travaux.*

---

**Olivier Schrameck**

L'expérience dont vous nous faites part est extrêmement intéressante. Dans le rapport du Conseil d'État de 2008 sur les RAPO<sup>60</sup>, vous trouverez une analyse extrêmement positive de l'action menée en matière de règlement des différends relatifs aux marchés publics. On se trouve devant une difficulté sémantique soulevée à plusieurs reprises. Aux fins d'y remédier il faut recourir à l'énumération la plus exhaustive possible.

---

**Question** - *L'une des difficultés de l'expérience pilote menée à la cour d'appel de Paris en chambre sociale est le refus opposé par des organismes sociaux dans le cadre d'une médiation judiciaire. En dépit de l'accord des deux parties de recourir à la médiation, les organismes sociaux risquent d'y faire échec en mettant leur veto.*

*L'opposabilité aux tiers et organismes sociaux qui sera conférée aux accords de médiation fera certainement progresser cette situation qui ne peut qu'être déplorée. Du moins je l'espère car bien souvent les parties, même si elles sont tout à fait d'accord pour la médiation, préféreront aller plaider le dossier pour des raisons fiscales et sociales.*

---

**Gérard Pluyette**

Vous évoquez un réel problème que j'ai d'ailleurs rencontré à la cour d'appel de Paris en chambre sociale. Effectivement, lorsqu'on doit faire venir des organismes sociaux, GARP ou caisses, ils refusent systématiquement de participer aux médiations. Le prétexte avancé est qu'ils n'ont pas le pouvoir de consentir à une médiation dont ils ignorent le résultat final. Ils estiment que l'accord ne leur est pas opposable et que seule la décision judiciaire l'est. Il faut régler le problème au niveau des directions régionales pour savoir dans quelle mesure on pourrait associer ces organismes sociaux à une véritable médiation. Cette circonstance freine considérablement la médiation lors de règlement judiciaire.

---

**Charles Jarrosson**

Quelle que soit la manière dont on règle un litige, le statut fiscal et social de l'accord financier est très important. Selon la façon dont l'acte est rédigé, il s'agira soit d'un revenu supplémentaire, donc imposé et traité par les assurances sociales

---

60 Étude du Conseil d'État sur les Recours administratifs préalables obligatoires du 29 mai 2008.



comme un salaire, ou soit d'une indemnisation, qui échappe donc à l'impôt. A l'occasion d'une médiation, j'avais fini par mettre d'accord les parties en posant à l'une d'elles la question suivante : qu'est ce qui vous intéresse ? La somme sortant de la poche de l'autre partie ou celle rentrant dans la votre ? Cette simple question, accompagnée d'un calcul, a permis à la partie réticente de prendre conscience que son avantage personnel et celui de l'autre partie n'étaient pas forcément antagonistes et qu'elles pouvaient toutes deux réaliser un profit en se mettant d'accord. Il y a aussi la question du traitement judiciaire de ces accords, et notamment la question de l'homologation, qui est une question difficile. En droit français, il n'y a pas de notion unitaire et univoque de l'homologation. On utilise le mot homologation dans toutes les branches du droit pour viser des réalités différentes. A titre d'exemple, lorsque le juge judiciaire homologue un changement de régime matrimonial, il doit faire attention à l'intérêt de la famille et doit opérer un véritable contrôle sur le fond de l'accord, alors que de manière générale, le juge qui homologue ne fait que vérifier l'apparente conformité à l'ordre public du document qui lui est soumis. Il ne dit pas si c'est bien ou pas et ne rejuge pas le fond.

A cet égard j'estime qu'il serait regrettable de créer une sorte de juridiction supplémentaire dont l'unique fonction serait d'habiliter en quelque sorte le « juge homologateur » à contrôler la légalité d'un accord de médiation. Ce serait absurde pour la raison suivante : l'accord auquel sont parvenues les parties n'est pas un accord par lequel les parties ont-elles mêmes jugé les affaires. Il ne s'agit pas pour le juge homologateur de rejuger. En outre, le juge homologateur ne se substitue pas au juge de droit commun. Il ne délivre pas un brevet de qualification ou de validité de l'accord. Il est simplement là comme une espèce de « contrôleur SNCF » vigilant. S'il a homologué, cela ne veut pas dire que l'acte homologué est valable. Cela n'empêche pas l'une des parties de le contester devant le juge du fond normalement compétent. Le juge homologateur n'a pas de pouvoir juridictionnel. C'est en tant que « témoin solennel » qu'il est là.





## Troisième table ronde

# Les médiations dans le domaine bancaire, financier et de la consommation

Il s'agit de la première des deux tables rondes sectorielles du colloque. Consacrée à la médiation dans le domaine bancaire, financier et de la consommation. Elle donnera lieu au recensement des difficultés que rencontrent les médiateurs dans ces trois domaines. Les débats seront également l'occasion de déterminer si les processus de médiation actuels satisfont aux critères, conditions et exigences dégagés lors de la seconde table ronde de la matinée

## Sommaire

<b>Introduction de Didier Kling,</b> <i>Vice-président et trésorier de la chambre de commerce et d'industrie de Paris</i> .....	72
<b>Intervention de Nathalie Homobono,</b> <i>Directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes</i> .....	75
<b>Intervention de Elyane Zarine,</b> <i>Présidente de la commission de la médiation de l'Institut national de la consommation</i> .....	78
<b>Intervention de Michel Armand-Prevost,</b> <i>Médiateur</i> .....	80
<b>Intervention de Gérard Rameix,</b> <i>Médiateur national du crédit</i> .....	84
<b>Propos conclusifs</b> .....	87
<b>Documentation générale sur le thème du débat</b> .....	111



## Les intervenants de la 3<sup>ème</sup> table ronde

---

### Présidence

---

#### **Didier Kling**

*Vice-président et trésorier de la chambre de commerce et d'industrie de Paris*

Diplômé de la chambre de commerce britannique et de l'Institut d'études politiques de Paris, Didier Kling est expert-comptable à Paris et commissaire aux comptes depuis 1978, président du cabinet Didier Kling depuis 1987 et expert agréé depuis 1999 par la Cour de cassation. Il est membre de la chambre nationale des conseils et experts financiers avant d'en devenir le président en 2004. Membre de la chambre de commerce et d'industrie de Paris depuis 2004, il en est devenu le trésorier en janvier 2011.

### Intervenants

---

#### **Nathalie Homobono**

*Directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*

Ancienne élève de l'École normale supérieure d'Ulm, docteur en mathématiques et informatique, Nathalie Homobono est chef de la division développement industriel à la direction régionale de l'industrie, de la recherche et de l'environnement de Picardie et chargée de mission auprès du préfet de la région Picardie de 1990 à 1993. Chef de la division automobiles, métrologie, équipements sous pression à la DRIRE d'Île-de-France de 1993 à 1995, puis secrétaire générale adjointe et secrétaire générale de la direction de l'action régionale et de la petite et moyenne industrie de 1995 à 2002, elle devient directrice de la DRIRE d'Île-de-France et inspectrice générale des carrières de la ville de Paris de 2002 à 2006. De 2006 à 2009, elle est directrice de l'action régionale, de la qualité et de la sécurité industrielle à l'administration centrale du ministère de l'économie, des finances et de l'emploi. Elle est directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et commissaire du gouvernement auprès de l'autorité de la concurrence depuis 2009.

### **Elyane Zarine**

*Présidente de la commission de la médiation de l'Institut national de la consommation*

Dès l'âge de 20 ans, elle occupe différents postes administratifs dans le cinéma ou la vente à crédit, puis intègre Air France en 1968 où elle exerce pendant 30 ans des fonctions d'agent commercial, de manager, de formateur, d'animateur, de responsable en charge du recrutement au sein des relations humaines à l'escale Charles de Gaulle. En 1998, elle prend, suite à un audit social qu'elle effectue au sein du centre obstétrico-chirurgical des Hauts-de-Seine, la direction de cette clinique. De 2000 à 2003, elle occupera le poste de directeur administratif et des ressources humaines dans un laboratoire d'analyses médicales. Depuis 2003, elle siège au conseil d'administration de plusieurs sociétés HLM et assure la présidence de commissions d'attributions des logements. Elle est présidente de l'organisation générale des consommateurs, siège national et agence de Paris. En octobre 2010, elle est nommée présidente de la commission de la médiation de la consommation et administrateur au CREDOC. Elle est administrateur du groupe La Poste depuis 2005.

### **Michel Armand-Prevost**

*Médiateur*

Docteur en droit, licencié ès lettres, diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, Michel Armand-Prevost a été juriste d'entreprise au sein de la Compagnie financière de Suez, directeur juridique de la Banque Monod, secrétaire général du groupe Hersant. Parallèlement, il a exercé des fonctions de juge consulaire au Tribunal de commerce de Paris, dont il a été vice-président en 1992 et 1993. Il est le premier conseiller nommé à la Cour de cassation en service extraordinaire, fonction qu'il occupe de 1995 à 2000. Il intègre ensuite le barreau de Paris, où il est avocat pendant dix ans. Titulaire d'un diplôme universitaire de médiation, il est médiateur agréé par le CMAP, membre de l'association des médiateurs européens, de l'IEAM. Il est membre de l'association française d'arbitrage (AFA) et président d'honneur de Droit et Commerce.

### **Gérard Rameix**

*Médiateur national du crédit*

Ancien élève de l'ENA (Promotion Pierre Mendès France), conseiller maître à la Cour des comptes, Gérard Rameix est nommé médiateur national du crédit aux entreprises par décret du Président de la République. De formation juridique et économique, il a mené toute sa carrière au service de l'économie française et de ses entreprises ; son expérience, reconnue auprès des acteurs privés comme publics, permet aujourd'hui de conforter efficacement l'action de la médiation du crédit aux entreprises. Il fut également directeur de la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés, directeur de la commission des opérations de bourse et secrétaire général de l'autorité des marchés financiers (AMF).



## Actes - Les médiations dans le domaine bancaire, financier et de la consommation

---

**Introduction de Didier Kling**

*Vice-président et trésorier*

*de la chambre de commerce et d'industrie de Paris*

Le Conseil d'État a accompli un travail colossal et a rendu un excellent rapport sur cette question. Ce rapport marque et atteste que la médiation est réellement une voie d'avenir pour le règlement des conflits ; cela, y compris en matière administrative non régalienne, ce qui traduit un positionnement novateur du Conseil d'État.

**I – Les modes alternatifs de règlement des conflits sont particulièrement chers à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris qui s'est engagée, depuis 1995, dans le développement de la médiation au service des entreprises.**

*A. La mise en place du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP)*

En effet, la CCIP a souhaité :

- accompagner la mise en œuvre de la loi du 8 février 1995<sup>61</sup> relative à la médiation judiciaire ;
- aider également les entreprises, avant la saisine du juge et de façon conventionnelle, à régler efficacement leurs conflits, en un lieu neutre, pour essayer d'apaiser les différends et de pérenniser les relations commerciales ;
- œuvrer sans relâche pour l'adoption et la transposition de la directive européenne sur la médiation.

La CCIP a ainsi créé, en 1995, le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP), association régie par la loi de 1901, en partenariat avec le Tribunal de Commerce de Paris, le Barreau de Paris, le Barreau des Hauts de Seine, le Conseil supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables, l'Association Française d'Arbitrage et le Comité National Français de la Chambre de Commerce Internationale. Deux axes forts sous-tendent l'engagement du CMAP. Tout d'abord, sa participation régulière, en tant que chef de file, à des programmes européens destinés à promouvoir la médiation dans l'Union européenne. Ensuite, sa contribution aux travaux de la Commission européenne sur la rédaction du code de déontologie des médiateurs.

La CCIP est ainsi devenue un promoteur de la médiation en France, mais également en Europe. A cet égard, elle a souhaité accompagner les orientations prises par la Commission européenne sur ce sujet, notamment à travers ses prises de positions successives sur la directive évoquée aujourd'hui. Plusieurs rapports, qui reflètent l'avis des chefs d'entreprise, ont ainsi été adoptés par l'assemblée de la CCIP en 2002, 2005 et tout récemment en février 2011 sur la transposition de la directive.

<sup>61</sup> Loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.



Ces documents sont consultables sur le site de la CCIP – ccip.fr.

Car les atouts de la médiation – et cela a été rappelé aujourd’hui – sont nombreux. Cette technique de règlement des litiges permet, en effet, à moindre coût, en toute confidentialité, dans un lieu neutre et dans des délais rapides et maîtrisés (deux mois en général), d’aider les parties à trouver une issue négociée à leur différend par l’adoption d’une solution consensuelle, satisfaisante pour chacune d’elle. C’est le fameux « gagnant – gagnant ». En effet, la médiation aboutit, en pratique, dans près de sept cas sur dix, à un accord et, ce qui est primordial, préserve la pérennité des relations commerciales. Depuis sa création le CMAP s’est illustré dans la gestion de plus de deux mille médiations. L’industrie, les services financiers sont les secteurs d’activités qui ont le plus recouru à la médiation, rattrapés depuis par le secteur de l’informatique, en forte progression. Notons également que près de 90 % des médiations aboutissant à un accord sont réglées en moins de 30 heures, dont près de la moitié en moins de dix heures.

Au-delà de ces chiffres encourageants, l’intérêt du CMAP est d’apporter un retour d’expérience sur le vécu du recours à la médiation. Deux approches doivent être mises en exergue. La première concerne naturellement la médiation intra-entreprise. Le CMAP, premier centre de médiation en France (le seul d’ailleurs à publier ses résultats), a initié, le 22 novembre 2005, la Charte de la médiation inter-entreprises pour la résolution amiable des conflits commerciaux. Signée en présence du ministre de l’économie, des finances et de l’industrie d’alors, elle a été adoptée depuis par plus de 50 grandes entreprises et toujours réactualisée par les ministres, actuellement Mme Lagarde.

Mais aujourd’hui, ce processus de règlement alternatif des litiges prend également tout son sens à l’occasion des litiges collectifs. Pourquoi un dispositif de médiation collective ? Il s’agit d’un outil pouvant opportunément compléter les dispositifs existants. En matière de consommation, les entreprises légitimement soucieuses de leur image à l’égard de leur clientèle ont depuis longtemps organisé des services consommateurs, parfois qualifiés de « médiation interne ». D’autres outils amiables existent également au niveau des secteurs ou branches d’activités (médiateur de la sous-traitance, secteur de l’énergie, des télécoms...). Mais, parallèlement, le besoin d’une médiation totalement extérieure à l’entreprise avec un tiers neutre, s’est fait ressentir.

*B. Un contexte formidablement favorable à la médiation tant individuelle que collective, en France comme en Europe.*

En France, lors des Assises de la consommation en octobre 2009, Mme Lagarde a exprimé ses réserves sur l’action de groupe et a encouragé la médiation. Plus récemment, dans sa Consultation du 25 janvier 2011 sur l’indemnisation des préjudices subis par les épargnants, l’AMF a dit souhaiter privilégier le règlement amiable des litiges en matière financière.

Au niveau européen, et après plusieurs initiatives menées ces dernières années, une nouvelle actualité s’articule aujourd’hui autour de deux consultations qui donnent une place de premier rang aux MARC et qui les positionnent clairement



comme une solution de règlement des litiges de masse. D'une part, la consultation européenne du 18 janvier 2011 sur le recours aux MARC pour résoudre les différends relatifs à des transactions commerciales. Sont visés principalement les litiges individuels, « *voire plusieurs litiges individuels présentant des similitudes* ». L'accent est mis sur le fait que ces solutions « *font intervenir un tiers neutre, tel qu'un organe d'arbitrage ou de médiation, capable de proposer une solution ou de réunir les parties pour les aider à en trouver une* ». D'autre part, la consultation européenne du 4 février 2011 sur les recours collectifs. Ce document comporte un bloc de question sur les MARC pour résoudre les litiges de masse.

Dans ce contexte, le CMAP a joué un rôle pionnier en la matière. Il a été le premier centre à organiser une médiation collective avec des consommateurs et a, depuis, publié un règlement de médiation collective. Cette initiative, qui a vocation à s'étendre à toute l'Europe, doit être reconnue et soutenue par le droit français. C'est pourquoi il faut saisir l'occasion d'entendre dans la notion de médiation aussi bien la médiation individuelle que la médiation collective ; c'est-à-dire un mécanisme qui concernerait une entreprise confrontée à plusieurs consommateurs dans le cadre d'un litige collectif. Ce règlement est présent sur le site du CMAP.

## **II - Ce préalable fait, il convient d'insister sur les messages suivants relatifs à la transposition imminente de la directive du 21 mai 2008, qui rejoignent très largement certaines des réflexions de ce jour et la position du Conseil d'État.**

1<sup>er</sup> message général : pour la CCIP – et à partir de son expérience incontestable, en tout cas dans le domaine de la vie des affaires –, il faut garder à la médiation son caractère essentiellement consensuel qui fait sa force. Dès lors, il est primordial que le texte de transposition n'établisse pas une réglementation détaillée de la médiation aboutissant à instituer une « procédure de médiation conventionnelle », les deux termes étant selon la CCIP et le CMAP radicalement antinomiques. Nous pensons même que cela conduirait inévitablement la pratique à trouver un autre mode alternatif.

2<sup>ème</sup> message : la CCIP approuve l'option proposée par le Conseil d'État d'étendre les règles issues de la directive du 21/05/2008 également aux litiges dépourvus de caractère transfrontalier, alors que la directive ne visait que les litiges transfrontaliers. C'est sans nul doute un des vecteurs permettant le développement de la médiation en France et, surtout, dans d'autres pays.

3<sup>ème</sup> message : là encore, la CCIP propose d'approuver sans réserve la proposition du Conseil d'État d'intégrer dans le champ de la médiation la matière administrative non régalienne (par exemple les marchés publics, les partenariats public / privé...).

4<sup>ème</sup> message : la CCIP considère qu'il faut saisir l'occasion d'entendre dans la notion de médiation aussi bien la médiation individuelle que collective ; il s'agit de « montrer l'exemple », dans le cadre d'une actualité européenne très favorable.

5<sup>ème</sup> message : il est utile de préciser la définition retenue pour le terme « médiateur » en indiquant qu'il est un « facilitateur » devant aider les parties à trouver elles-mêmes la solution à leur litige.



Le 6<sup>ème</sup> message : la confidentialité du processus de médiation doit absolument être préservée.

7<sup>ème</sup> message : la CCIP insiste sur son attachement fort à l'exigence de la formation initiale et continue des médiateurs, qu'elle met directement en application via le CMAP. Ce point doit rester une préoccupation permanente de ceux qui mettent en place tout mécanisme de médiation conventionnelle. Pour autant, la CCIP ne souhaite pas de législation sur cette question, excepté l'institution d'un mécanisme de certification très lourd et, surtout, une professionnalisation des médiateurs.

Enfin, il s'agit de sensibiliser davantage les différents acteurs que sont les entreprises, leurs conseils et les magistrats à l'existence de la médiation. Le Conseil d'État y a déjà fortement contribué, par son rapport et à travers le poids de sa notoriété.

---

**Intervention de Nathalie Homobono,**  
*Directrice générale de la concurrence,*  
*de la consommation et de la répression des fraudes*

Pour introduire le sujet de la médiation dans le champ de la consommation, on dressera au préalable un bref descriptif du contexte et des caractéristiques de ces litiges.

La consommation est un domaine qui se caractérise par une évolution rapide aussi bien de l'offre que de la demande, et par des litiges qui sont souvent de faible montant. Cette évolution rapide de la demande concerne autant les produits que les services qui sont proposés aux consommateurs, notamment parce que le développement d'offres de plus en plus complexes, au travers de contrats de consommation et de techniques de vente de plus en plus multiformes, a rendu le sujet relativement complexe. On en donnera deux exemples bien connus :

- Le phénomène des forfaits, couplé à l'apparition des nouvelles technologies dans les secteurs de la téléphonie et de l'Internet ; il est parfois difficile de savoir avec certitude ce qui rentre ou non dans le cadre du forfait, d'où une potentialité de litiges avec les opérateurs.
- Le marketing direct, qui a développé de nouvelles formes d'approche des consommateurs qui se caractérisent parfois par des pratiques plus ou moins satisfaisantes au regard du droit.

Dans ce contexte d'évolution rapide, le sujet de la résolution des litiges de consommation est une priorité pour le gouvernement. La confiance est un élément déterminant de la consommation, celle-ci étant un moteur de développement économique au niveau national. Ces litiges surviennent principalement en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite des obligations qui incombent aux professionnels. Le cas de figure est celui de la relation entre une entreprise et un particulier, et donc au regard du droit entre un *sachant* et un *non-sachant* qui est la partie faible du contrat. D'où un corpus de règles regroupées dans le code de la



consommation qui inscrit dans notre droit une large part des obligations auxquelles les professionnels doivent se conformer.

Le règlement de ces litiges, qui sont souvent de faible montant, appelle des moyens de résolution à la fois proportionnés et efficaces. Proportionnés parce que, en cas de litiges de faible montant, il ne s'agit pas de déployer un arsenal qui n'apporterait pas de réponse satisfaisante au consommateur. Efficaces, parce que le consommateur souhaite, de manière rapide, obtenir satisfaction en cas de litige l'opposant à un professionnel. Ainsi lorsqu'il s'agit de litiges engageant de faibles montants, le consommateur ne se tourne pas vers le juge en raison du coût et des délais des procédures judiciaires traditionnelles.

La médiation en matière de consommation s'impose de plus en plus comme un mode de résolution conventionnel des litiges. A nos yeux, ce processus de médiation doit intervenir comme un second filet de sécurité. La façon première de régler un désaccord entre un consommateur et un professionnel consiste pour le consommateur à se tourner directement vers l'entreprise auprès de laquelle il a acquis un produit ou un service, dans le but de régler cette divergence de vues, voire de constater qu'il a pu mal interpréter le contenu réel de son acquisition. La première façon de traiter le cas repose donc sur la relation directe entre le consommateur et l'entreprise en cause. La médiation constitue un deuxième filet de sécurité - si l'image est permise - dans le sens où, elle n'a vocation à intervenir que si le litige entre le consommateur et le service client n'a pas pu se résoudre par un accord censé intervenir dans la majorité des cas.

Concernant l'état des lieux actuels, la procédure de médiation dans le champ de la consommation repose pour l'essentiel sur une démarche volontaire du consommateur. Sur le plan juridique, la médiation n'est fixée par un cadre législatif que dans très peu de secteurs d'activité : les banques et l'énergie. Les procédures mises en œuvre pour résoudre les litiges de consommation s'illustrent le plus souvent à travers la mise en place de médiateurs, soit au sein des entreprises, soit rattachés à une organisation ou à une association professionnelle sectorielle. On a donc des médiateurs dans le champ de la consommation qui possèdent des positionnements et des ancrages juridiques assez différents. Ainsi dans le domaine de l'énergie, il y a un médiateur public et des médiateurs d'entreprise ; cependant il existe aussi dans le secteur de l'énergie des médiateurs d'entreprises. Dans d'autres domaines, il existe des médiateurs sectoriels qui, en l'absence de support juridique, ont été institués par une fédération ou une association professionnelles.

On reviendra brièvement sur ce qui, à nos yeux, fait la réussite de la médiation au travers de deux avis successifs du Conseil national de la consommation (C.N.C.), qui regroupe à la fois des représentants des professionnels et les dix-sept associations de consommateurs agréées au niveau national. Le C.N.C. s'est penché depuis plusieurs années sur le sujet de la médiation, notamment à la lumière des recommandations formulées par la Commission européenne en 1998 et en 2001. Le C.N.C. a formulé deux avis, l'un en 2004, l'autre en 2007, le deuxième approfondissant le premier qui visait à définir :



- des critères sur la qualité des médiations, tout à fait cohérents avec ce qui figure dans la directive<sup>62</sup> sur la médiation ;
- la mise en place d'une instance de suivi de la médiation.

Le C.N.C. avait également formulé un certain nombre de lignes directrices pour la mise en place d'une médiation dans de bonnes conditions.

Sur la question des qualités requises pour un médiateur, on retrouve les critères évoqués dans les précédentes tables rondes : la compétence, la neutralité, l'impartialité, la confidentialité. Un sujet un peu plus sensible et qui fait encore débat est celui de l'indépendance. La question est parfois posée s'agissant des médiateurs d'entreprises ; dans ce cas le positionnement du médiateur au sein de l'entreprise est un élément déterminant pour éclairer cette notion d'indépendance.

Autre point qui caractérise aussi la médiation dans le champ de la consommation, celui de la transparence du processus, aussi bien en amont de la saisine du médiateur que lors de la mise en œuvre de la procédure proprement dite de médiation. Sur ce point il existe déjà une Charte des médiateurs du service public, désormais réunis en un club. Cette Charte a rappelé un certain nombre de caractéristiques du service qu'entendent rendre les médiateurs dans le champ de la consommation, et que l'on peut illustrer par des exemples classiques : service personnalisé, indifférencié, rapide et efficace, facile d'accès et gratuit. Ce dernier point est extrêmement important dans le champ de la consommation : pour des litiges de faible montant, si la médiation n'est pas gratuite, on retombe alors dans les difficultés qui pourraient apparaître dans le cadre d'une médiation judiciaire classique avec la problématique des coûts de procédure.

Concernant la réflexion sur la transposition de la directive sur la médiation, le sujet de la gratuité est une spécificité de la médiation dans le champ de la consommation. Sur les autres aspects, nous demeurons bien évidemment attachés à la compétence et à la formation des médiateurs. Une réflexion reste toujours à mener sur les moyens permettant de garantir la compétence des médiateurs, la qualité et l'efficacité de la procédure en tant que telle, ainsi que la rapidité ; ce dernier point est spécialement important pour les particuliers.

Si l'on veut que cette médiation constitue une véritable réponse aux litiges de consommation, il apparaît nécessaire d'approfondir la question de la qualité et la dimension de l'exhaustivité.

Sur le premier point, le gouvernement souhaite que puisse se mettre en place, sur la base des éléments déjà existants, une charte plus générale sur la médiation en matière de consommation, ainsi qu'un suivi des pratiques de médiation.

Sur le second point, il importe que les différents secteurs de la consommation soient couverts. Or, il existe aujourd'hui des champs importants qui ne le sont pas. Si on prête attention à l'historique de la mise en place de la médiation, on constate que la présence de grands opérateurs dans certains secteurs a pu entraîner l'apparition

62 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.



de médiateurs. En revanche, dans des secteurs atomisés où les professionnels sont de moindre taille, la réponse en termes de médiation n'est généralement pas construite et reste en devenir. Une médiation est déjà présente dans le secteur bancaire et dans celui de l'énergie ainsi que, plus récemment, dans celui de l'eau. Des médiations de branches commencent à se mettre en place dans le secteur de la franchise et l'automobile ainsi que le tourisme réfléchissent à la mise en place d'une médiation dans leurs secteurs respectifs.

Si des besoins restent encore à combler, les enseignements que l'on peut tirer de la situation actuelle sont assez encourageants, comme le gouvernement a pu le souligner. Par exemple, le rapport d'activité du médiateur des communications électroniques pour 2009 montre que plus de 3 000 avis ont été rendus, dans un délai de deux trois mois. Le médiateur de l'énergie, pour la même période, a traité près de 1 300 litiges dans des délais aussi brefs que possible.

Notre objectif est de dresser un bilan avant la fin de l'année, afin de vérifier si la couverture des différents secteurs de la consommation progresse. Et notre ambition demeure toujours que ces litiges puissent se régler au mieux, sachant encore une fois que la médiation est l'une des voies de résolution des litiges, mais non la seule. Toutefois, c'est là l'une des voies que privilégie très nettement le gouvernement pour le moment.

---

**Intervention de Elyane Zarine,**

*Présidente de la commission de la médiation  
de l'Institut national de la consommation*

La médiation de la consommation est un processus qui, depuis quelques années, prend de l'ampleur. Au cours notamment des dix dernières années, des médiations de qualité se sont développées avec succès dans ce domaine, que ce soit à l'initiative de grandes entreprises ou au niveau de certains secteurs professionnels. La loi est parfois intervenue pour consacrer des dispositifs ambitieux, en matière d'énergie ou dans le secteur bancaire entre autres. Ainsi, nombre de consommateurs français peuvent d'ores et déjà s'adresser à un médiateur pour régler en dernier recours amiable un litige persistant, sans devoir en arriver à saisir la justice.

C'est le cas notamment pour les clients d'EDF, de GDF-SUEZ, de la SNCF, de la RATP, de La Poste, pour les clients des communications électroniques, des assurances, des banques, des marchés financiers. Pour garantir la qualité de leurs médiations, un certain nombre de ces médiateurs se sont d'ailleurs regroupés en une association, le *Club des médiateurs de services au public*.

A l'occasion des premières Assises de la consommation, organisées le 26 octobre 2009, le ministre Hervé Novelli, tout à fait conscient des évolutions apportées par la recrudescence des plaintes des consommateurs insatisfaits dans certains cas des services rendus par des entreprises, a déclaré qu'il fallait « *trouver des structures entre entreprises et consommateurs* » et renforcer les dispositifs extra-judiciaires, en qualifiant la situation d'« *ardente obligation* ». On assiste en conséquence,



aujourd'hui, au développement de la médiation extra-judiciaire. Elle donne des résultats satisfaisants et il n'y a pas à rougir des travaux accomplis dans ce domaine. On peut également se satisfaire des résultats obtenus, en matière de relations entre les organisations de consommateurs et les entreprises, dans le traitement des dossiers soumis à la médiation. Mais la médiation a encore du chemin à faire. Elle n'existe pas dans certains secteurs où elle est pourtant nécessaire. Peuvent être mentionnés à titre d'exemple les secteurs suivants : le transport aérien, l'automobile, le tourisme, l'hôtellerie, la restauration, le bâtiment, le secteur de l'artisanat, etc.

Pour assurer le développement de la médiation dans tous les secteurs de la consommation, les pouvoirs publics, après consultation des représentants des entreprises et des associations de consommateurs, ont décidé de mettre en place une instance indépendante, la *Commission de la Médiation de la Consommation* qui a été créée par la loi à l'initiative du ministre Hervé Novelli, à la suite des Assises de la Consommation précédemment évoquées. Cette Commission est officiellement opérationnelle depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Elle n'a pas vocation à traiter des litiges et n'en traitera pas. Elle est composée de treize membres : une présidente, cinq membres des associations de consommateurs, cinq membres professionnels et deux personnes qualifiées. Cette Commission doit élaborer pour juillet 2011 une Charte des bonnes pratiques. Les principes et les règles de la Charte ne constitueront pas de simples vœux pieux. Ce seront des règles obligatoires pour tous les médiateurs que la Commission labellisera d'une manière ou d'une autre. Cela permettra de fixer un cadre à respecter pour la généralisation de la médiation à tous les secteurs de la consommation. Une bonne régulation est indispensable afin d'offrir aux consommateurs, et aussi aux secteurs et entreprises concernés, toutes les garanties nécessaires. A cet effet, trois groupes de travail ont été formés sur la base de trois critères : l'analyse des textes existants, l'audition des médiateurs existants, et l'élaboration d'un plan de communication. Et, bien sûr, elle assurera un suivi constant de la qualité de la médiation, et veillera à son bon développement dans le plus grand nombre de secteurs professionnels.

Ainsi la médiation, dont nous reprenons la définition telle qu'elle figure dans la directive européenne, n'est pas un service de traitement des réclamations, un service « clientèle » ou un service « consommateurs ». Ces services font partie intégrante des entreprises, leur rôle est essentiel mais le médiateur est une instance différente, qui intervient après rejet de la demande du consommateur par ces services « clientèle » ou « consommateurs ».

Le médiateur est d'ailleurs d'abord une personne dont la crédibilité personnelle est capitale. Il doit pouvoir être saisi facilement par courrier ou par courriel. Il se doit d'être impartial et il lui faut avoir les moyens de son indépendance. Compétent, formé, il se doit d'être efficace car l'un des principaux intérêts de la médiation, outre sa gratuité pour le consommateur, réside dans sa rapidité. Les médiations sont le plus souvent rendues en moins de deux mois. Elles respectent le principe du contradictoire et sont confidentielles. Elles peuvent donner lieu à un accord exécutoire, notamment en cas de transaction. Enfin, la médiation reste toujours un processus volontaire pour les parties.



On évoquera enfin l'action de groupe, qui ne doit pas être écartée dans la résolution des litiges entre professionnels et particuliers. La Commission européenne y travaille actuellement et elle devra rendre ses travaux en fin d'année 2011. Cela demandera une grande attention car il est essentiel que le traitement des dossiers et des processus utilisés restent au choix des consommateurs.

---

**Intervention de Didier Kling**

*Vice-président et trésorier  
de la chambre de commerce et d'industrie de Paris*

J'aurais aimé revenir sur les attentes de la Commission européenne. On a bien compris que vous refusiez d'intervenir sur des litiges individuels ou collectifs. Avez-vous des suggestions que vous aimeriez voir prises en considération dans le cadre de la transposition de la dite directive ?

---

**Intervention de Elyane Zarine**

*Présidente de la Commission de la médiation  
de l'institut national de la consommation*

Avant de se prononcer sur des éventuelles attentes, la Commission européenne attend que la transposition soit achevée. Mais la Commission sera extrêmement vigilante à la rédaction des mesures de transposition relatives à la consommation. Si à l'heure actuelle la consommation n'occupe pas une place prépondérante dans le champ rationae materiae de la médiation, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue l'un des domaines dans lequel la Commission souhaite voir ce MARD se développer. Ainsi cette matière doit impérativement être inscrite dans cette transposition.

---

**Intervention de Michel Armand-Prevost,**

*Médiateur*

A la différence des médiations institutionnelles, la médiation visée dans l'étude du Conseil d'État s'apparente davantage à la médiation judiciaire et à la médiation conventionnelle. Formé à la médiation, médiateur agréé par le CMAP et donc astreint à suivre chaque année trois séances de formation permanente, membre de l'AME qui, comme le CMAP, a contribué à l'élaboration d'un code de déontologie du médiateur, je crois pouvoir rentrer dans la définition proposée du médiateur. Je dispose d'une expérience de médiation dans le domaine bancaire, financier et de la consommation et, plus particulièrement dans le domaine de la consommation, à travers deux médiations récentes, l'une conventionnelle, l'autre judiciaire.



## I – Deux expériences de médiation.

Deux médiations vécues en 2009 et 2011 pour l'une, et en 2010 pour l'autre, se rattachent au thème des médiations dans le domaine bancaire, financier et de la consommation. Le premier cas abordé sera plus développé et plus précis, car les parties ont diffusé des communiqués de presse, seuls documents utilisés dans la présentation du cas. L'évocation du second cas sera beaucoup plus succincte, car il n'a pas reçu la même publicité.

1. La médiation entre, d'une part, le Crédit Foncier de France (CFF) et, d'autre part, UFC Que Choisir, le Collectif Action et l'Association française des usagers de banque (AFUB) était une médiation conventionnelle menée en application du règlement de médiation du CMAP. Étaient concernés des prêts à taux variables (ou révisables) consentis entre 2006 et 2007 par le Crédit Foncier de France à 150.000 emprunteurs. La commercialisation de ces prêts a pu laisser croire que la variation des taux était plafonnée. Or, cela n'était pas le cas, car la faculté d'allonger la durée du prêt pour moduler le taux était elle-même enfermée dans des limites.

Face aux nombreuses réclamations survenues après la hausse des taux de référence, le Crédit Foncier avait proposé en janvier 2008 des mesures de plafonnement ou de conversion à taux fixe. Cependant, le nouveau taux apparaissait encore élevé pour les réclamants. Une plainte pénale a été déposée par UFC Que Choisir, qui a conduit le Tribunal de grande instance de Créteil à prononcer, en janvier 2010, une condamnation de l'établissement financier à une amende, ainsi qu'à des dommages et intérêts au bénéfice de l'association de consommateurs.

Avant que n'intervienne cette décision de justice, dès les premiers mois de 2009, le Crédit Foncier a souhaité que s'engage, sous l'égide du CMAP, une médiation conventionnelle avec les associations de consommateurs concernées, afin de trouver une solution équitable pour les emprunteurs de ces types de prêts. C'est dans ces conditions qu'a été mise en œuvre une médiation conventionnelle entre, d'une part, le CFF et, d'autre part, UFC Que Choisir, le Collectif Action ( des emprunteurs ) et l'AFUB. Il a été prévu que le CFF prendrait à sa charge tous les frais de la médiation, de manière à ce que celle-ci soit gratuite pour les consommateurs et les associations les représentant.

Désigné par le CMAP pour conduire cette médiation, j'ai utilisé les entretiens séparés et les réunions plénières, respectant toujours un équilibre entre les parties. Sur la durée, et compte tenu des tensions et blocages inévitables, je ne me suis pas limité au rôle de facilitateur et j'ai aussi été « aviseur », notamment pour faire une proposition lorsqu'on se trouvait dans une situation de blocage.

Les réunions plénières regroupaient chaque fois une quinzaine de personnes. Elles ont commencé au printemps 2009. Après cinq mois de négociations, tant en réunions de médiation, qu'entre ces réunions, un protocole d'accord a pu être signé en novembre 2009. Le dispositif alors arrêté prévoyait de proposer aux 150.000 emprunteurs potentiellement concernés une option de passage à taux fixe « privilégié » (qualificatif utilisé dans le communiqué du CFF) ainsi que la définition d'une enveloppe globale de 15 000 000 €, destinée à l'indemnisation des



situations particulières. Il était prévu la création d'un « Comité de suivi » au sein duquel les associations étaient décisionnaires, chargé de la répartition de cette enveloppe globale.

La nécessité d'envoyer une lettre aux 150.000 emprunteurs potentiellement concernés, comme l'examen des situations particulières relevant de la répartition de l'enveloppe de 15 millions d'euros, allait prendre du temps. C'est pourquoi il était prévu que cette tâche s'achèverait au 31 décembre 2010. Le protocole prévoyait aussi de soumettre d'éventuelles difficultés d'application à une médiation du CMAP avant tout recours contentieux. Des difficultés étant effectivement survenues, le CMAP a été saisi d'une demande d'une nouvelle médiation, qui m'a été confiée.

Lors de la première réunion plénière de cette nouvelle médiation, en janvier 2011, tous les participants semblaient vouloir trouver ensemble une solution aux derniers points qui les opposaient encore. Il est vraisemblable que le travail en commun au sein du Comité de suivi, qui avait tenu des séances régulières et nombreuses, avait contribué à ce nouvel état d'esprit. Un avenant au protocole d'accord a ainsi pu être signé le 5 avril 2011, objet de nouveaux communiqués de presse de la part des signataires.

L'accord va permettre l'indemnisation des dossiers retenus par le Comité de suivi, en assurant une indemnisation individuelle au plus près du préjudice calculé par le Comité, étant précisé qu'une indemnisation plancher est fixée pour les personnes dont le contrat est toujours à taux variable pour leur permettre de racheter leur crédit et que, pour les dossiers à taux fixe et rachetés, il est prévu une indemnisation minimum garantie.

Pour conclure sur cette médiation, je citerai un extrait du communiqué de l'AFUB : « *Cette indemnisation illustre qu'il est d'autres alternatives pour régler un conflit, ceci même en dehors de toute « action collective » ou « class action ».* »

2. Une médiation entre une association de consommateurs et un fournisseur de téléphonie mobile fut également conduite. Reprochant à une société de téléphonie mobile une publicité mensongère et le non respect de dispositions du droit de la consommation, une association de consommateurs l'avait assignée devant le tribunal. Après avoir recueilli l'accord des parties, le tribunal a ordonné une médiation confiée au CMAP, et que j'ai menée. Un accord partiel a pu être réalisé sur plusieurs des questions litigieuses, ce qui a conduit le tribunal à statuer sur les autres points restant en litige.

## **II - Par rapport à ces deux expériences vécues, quel est l'apport de l'étude du Conseil d'État ?**

Les dispositions nouvelles proposées dans l'étude du Conseil d'État pour ce qui concerne la médiation conventionnelle sont opportunes et justifiées parce qu'introduites dans le code de procédure civile, elles seront d'application générale pour toutes les médiations conventionnelles ; alors qu'aujourd'hui de telles dispositions, quand elles existent, ne figurent que dans les règlements de médiation de Centres de médiation, comme le CMAP ou l'IEAM par exemple, pour ceux que je connais.



Pour la médiation conventionnelle CFF-UFC Que Choisir, Collectif Action et AFUB des garanties comparables à celles proposées par le Conseil d'État ont pu être assurées aux parties par le règlement de médiation du CMAP et, pour ce qui concerne la formation du médiateur, par l'agrément que donne le CMAP aux médiateurs qu'il propose aux parties.

La nécessité d'introduire des règles générales pour la médiation conventionnelle, comme il en existe déjà pour la médiation judiciaire, me paraît d'autant plus urgente que, pour ma part, j'ai le sentiment que la médiation conventionnelle se développe aujourd'hui plus rapidement que la médiation judiciaire, au moins dans le domaine du droit commercial et des affaires.

Il convient de signaler plus particulièrement l'apport de l'article 131-24 nouveau (du CPC) relatif à l'homologation. Aujourd'hui, une demande d'homologation d'un accord issu d'une médiation conventionnelle semble relever des dispositions applicables à l'homologation d'une transaction. Or, si le juge ne doit pas apprécier le document à homologuer, sauf s'il porte atteinte à l'ordre public, comme nous l'a rappelé ce matin le Professeur Jarrosson, il arrive néanmoins qu'il le fasse, notamment pour vérifier qu'en matière de transaction il y a bien des concessions réciproques. Dans le cadre de la médiation CFF-UFC Que Choisir – AFUB, l'accord conclu ne répondait pas à la définition d'une transaction, puisqu'il s'agissait d'un engagement unilatéral pris au bénéfice de tiers non parties à l'accord (hormis les représentants du Collectif Action à titre individuel).

L'homologation prévue à l'accord a été obtenue sans difficulté, mais il est clair que la reconnaissance d'une possibilité de faire homologuer un accord issu d'une médiation conventionnelle, qu'il prenne ou non la forme d'une transaction, résoudrait toute éventuelle difficulté. A la suite de la médiation CFF-UFC Que Choisir – AFUB, le CMAP a travaillé à la mise au point d'une adaptation de son règlement de médiation aux médiations dans le domaine de la consommation.

---

**Intervention de Didier Kling**

*Vice-président et trésorier  
de la chambre de commerce et d'industrie de Paris*

Les conditions dans lesquelles cette médiation a été mise en œuvre répondaient-elles d'ores et déjà aux critères définis et aux conditions prévues par la directive européenne ?

---

**Intervention de Michel Armand-Prevost**

*Médiateur*

Je ne vois pas en quoi les conditions de cette médiation dérogeaient à ce qui était prévu par la directive européenne. Je trouve que la proposition de cristalliser dans le code de procédure civile des éléments qui existent pratiquement est inutile.



---

**Intervention de Didier Kling**

*Vice-président et trésorier  
de la chambre de commerce et d'industrie de Paris*

La loi de 1995 était déjà en avance. Elle avait déjà anticipé ce qu'il y a dans la directive. Il n'y a donc pas de difficulté majeure. Peut-on raisonner de la même manière en matière de médiation de crédit ? Il n'y a pas une médiation, mais plutôt 50 000 médiations. Rentrent t-elles dans ce cadre ?

---

**Intervention de Gérard Rameix**

*Médiateur national du crédit*

On a pu prendre conscience, après avoir pris connaissance des travaux du Conseil d'État et de la directive européenne<sup>63</sup>, que la question de la médiation du crédit était quelque peu éloignée du champ de cette directive et des textes de transposition tels que proposés par le Conseil d'État, même s'il existe de nombreux points de convergence.

Dans un premier temps, ces points de convergence méritent d'être soulignés avant que ne soit abordée la question des spécificités propres à chacune des médiations.

**I – Les éléments de convergence.**

Les aspects communs résident dans la philosophie du dispositif, la compétence professionnelle des médiateurs et plus globalement la procédure employée.

La philosophie même de la médiation consiste à conduire une expertise technique neutre de la situation financière d'une entreprise pour faire ensuite converger les points de vue en alternant entre colloques singuliers et réunions bilatérales, voire trilatérales, en vue d'aboutir à des propositions de solutions adaptées et concertées.

Au plan quantitatif, la médiation du crédit est une réussite indéniable. En deux ans, plus de 30 000 entreprises ont eu recours à la médiation et plus de 14 000 d'entre elles ont retrouvé, après un refus initial, un financement. Au total, près de 245 000 emplois ont ainsi pu être consolidés. De tels chiffres sont assez spectaculaires, avec un taux de réussite (63%) généralement équivalent à celui que l'on retrouve dans le cadre de la plupart des médiations. Nous parvenons ainsi à mettre d'accord les banques et les entreprises, alors qu'auparavant ces dernières s'étaient vues refuser soit la poursuite d'un concours, soit la mise en place d'un nouveau financement.

Un autre point de convergence se situe dans la compétence des médiateurs de l'équipe nationale mais surtout sur le terrain, des médiateurs départementaux. Au plus proche des entreprises, les médiateurs sont les directeurs de la Banque de France. Leur professionnalisme reconnu est primordial. Ils se sont mobilisés de manière remarquable dans cette nouvelle mission. Il y a eu nombre de situations

---

<sup>63</sup> 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.



où certains d'entre eux se sont impliqués très fortement, avec notamment une dimension sociale, auprès de quelques chefs d'entreprise désemparés. Leurs fonctions à la Banque de France ou dans les Instituts d'émission ultramarins, qui est historiquement ancrée dans les territoires, leur permet de connaître de près le tissu économique local et d'entretenir des contacts privilégiés avec les banques. En définitive, les médiateurs sont neutres, respectés et jouissent d'un excellent positionnement pour atteindre leurs objectifs dans leur mission de médiation.

La procédure de la médiation du crédit, aussi, rejoint celle de la médiation en général. La rapidité peut également être évoquée. Si les trente heures évoquées dans le cadre de cette table ronde peuvent sembler bien courtes, pour la plupart des dossiers nous avons besoin en moyenne de deux ou trois mois pour mener à bien la médiation, voire un mois pour les cas les plus faciles.

## II – Les éléments de différence.

Sur la question des différences par rapport à ce qui pouvait se lire dans la directive<sup>64</sup> ou dans les travaux du Conseil d'État. Il s'agit d'en évoquer trois : l'objet de la médiation, la désignation du médiateur et un engagement déterminé dans le temps.

1. Premièrement, si on cherche logiquement dans le cadre d'une médiation à résoudre un litige, cela est moins évident en matière de crédit. Nous venons en aide à toutes les entreprises qui rencontrent des difficultés de financement. Par conséquent, deux conditions sont nécessaires pour nous saisir :

- être une entreprise, car nous ne traitons pas le cas des particuliers ;
- faire l'objet d'un refus de financement.

Il n'est donc pas question de trancher des litiges juridiques. La vocation de la médiation du crédit n'est pas juridique mais économique. En ce sens, la médiation est orientée vers l'avenir, elle se projette dans l'exploitation future de la société. Nous sommes donc souvent face à des situations proches d'un litige (refus de financement, relations altérées...) mais sans qu'elles ne s'y identifient vraiment.

2. Deuxièmement, nous avons été très sensibles à ce qu'a écrit le Conseil d'État concernant la relation entre la puissance publique et le médiateur. Le médiateur y est conçu comme étant une personne neutre que les parties vont solliciter pour résoudre leur litige. D'ailleurs le rapport du Conseil d'État et la directive<sup>65</sup> sont extrêmement prudents sur la question de la certification des médiateurs.

Les choses ont, dans les faits, été différentes dans le secteur du crédit puisque tout est venu d'une initiative du Président de la République et du précédent médiateur national du crédit, M. René Ricol, qui avaient relevé que les difficultés d'ordre macro économique et les problèmes liés au secteur bancaire pouvaient conduire ce dernier à refuser un crédit à un certain nombre d'entreprises. Il s'agissait donc de demander au secteur bancaire de prendre des engagements de maintien globaux

64 Directive précitée.

65 Directive précitée.



de ces concours à l'économie. D'où la mise en place d'une institution de mission, par principe temporaire, destinée à vérifier durant la crise, de manière globale mais aussi au cas par cas, que les décisions de refus de crédit étaient prises à bon escient. Nous sommes donc assez loin de l'idée de parties en conflit juridique qui, d'une façon neutre et libre vont rechercher un médiateur choisi sur la base de sa compétence.

Le secrétariat général du Gouvernement et le Conseil d'État ont pu s'en étonner, mais le décret du Président de la République nommant le médiateur national du crédit est probablement le premier dans l'histoire de la République à attribuer une fonction qui n'existait pas en droit strict. Le médiateur national du crédit n'a, en effet, été défini qu'ultérieurement par deux conventions successives : la première a été signée fin juillet 2009, plusieurs mois après le début de la médiation effective en novembre 2008. Cette première convention qui expirait à la fin de l'année 2010 a été renouvelée récemment par le ministre de l'économie, des finances et de l'emploi Mme Lagarde, la Fédération bancaire française, le gouverneur de la Banque de France, et moi-même. C'est dans ce texte purement conventionnel, et dont la portée juridique est relativement limitée, qu'on définit ce qu'est la médiation du crédit. L'État a désigné une personne disposant d'appuis considérables de Bercy et de la Banque de France et dont la saisine est purement volontaire afin de retrouver l'idée d'un choix par les entreprises.

3. Concernant l'engagement à fournir les meilleurs efforts pour faire fonctionner cette médiation, l'approbation des banques a été collective et elles ont sincèrement tenu leurs engagements.

Il est à noter que la démarche dans laquelle a été créé le médiateur du crédit se démarque de l'idée exposée précédemment dans ce colloque en ce que les parties ne s'accordent pas sur le choix du médiateur. Dans le domaine du crédit, les pouvoirs publics ont désigné un médiateur qui s'impose aux entreprises souhaitant y recourir. Dans le même sens, nous avons créé à la Commission des opérations de bourse puis l'Autorité des marchés financiers, qui lui a succédé, une médiation qui, par certains aspects, était apparentée à la technique de la médiation du crédit, notamment sur l'aspect institutionnel, en n'offrant pas de véritable choix. Pour le reste, cette forme de médiation intervenait de façon beaucoup plus proche du cadre classique, sur la base d'un litige entre une institution financière et un consommateur financier. Plus généralement, nous voyons donc bien que la matière financière est assez propice à des solutions particulières sur toute une série de points de fonctionnements.

En conclusion, je voudrais insister sur le fait que le dispositif repose sur deux négociations successives :

- celle entre les pouvoirs publics et la profession bancaire qui permet de fixer le dispositif et sa durée. Le renouvellement sur deux ans a clairement résulté d'une demande des représentants des PME à l'État et de l'insistance des autorités publiques auprès de la profession bancaire ;
- celle propre à chaque médiation pour laquelle le demandeur est clairement l'entreprise, la discussion étant classiquement tripartite entreprise-banque(s)-médiation.



## Propos conclusifs

---

**Didier Kling**

Vous avez bien expliqué que la médiation du crédit n'existe pas juridiquement, sauf par une convention postérieure à son début de fonctionnement, que vous intervenez en dehors du litige, mais que vous respectiez foncièrement un certain nombre de critères et donc la philosophie de la médiation. Ce que l'on peut tirer de ces différents propos, c'est que la directive européenne et l'excellent rapport du Conseil d'État visant à sa transposition ont su parfaitement concilier un renforcement de la médiation tout en préservant la richesse de la médiation.



## Quatrième table ronde

### Les médiations internes dites « maison », les médiations dans le domaine social

La quatrième table ronde est consacrée aux médiations en matière sociale, domaine dont le Conseil d'État a souligné dans son étude la grande spécificité. En effet, en premier lieu, il existe de très nombreux processus de médiation, soit prévus par le code du travail, soit informels et de nature très diverse, dans un grand nombre des multiples branches d'activité. Ensuite, le droit du travail est, pour une bonne part, un droit négocié par les partenaires sociaux. Les concepts de parité et d'égalité, inhérents à la médiation, y sont prééminents. Enfin, l'importance des dispositions d'ordre public rend difficile l'institution d'un régime de droit commun de l'homologation des accords issus de la médiation. Cette table ronde a ainsi pour objet d'apporter des réponses aux nombreuses interrogations que soulève cette catégorie de médiation.

#### Sommaire

<b>Introduction de Olivier Dutheillet de Lamothe,</b> <i>Président de la section sociale du Conseil d'État</i> .....	92
<b>Intervention de Jean Bessière</b> <i>Adjoint au directeur général du travail et chef du service de l'animation territoriale de la politique du travail et de l'action de l'inspection du travail</i> .....	93
<b>Intervention de Anne Dufour</b> <i>Présidente de chambre au conseil des prud'hommes de Paris</i> .....	96
<b>Intervention de Jean Kaspar</b> <i>Consultant en stratégies sociales</i> .....	98
<b>Propos conclusifs</b> .....	100
<b>Échanges avec les participants</b> .....	101
<b>Documentation générale sur le thème du débat</b> .....	111



## Les intervenants de la 4<sup>ème</sup> table ronde

---

### Présidence

---

#### **Olivier Dutheillet de Lamothe,**

*Président de la section sociale du Conseil d'État*

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion Léon Blum), Olivier Dutheillet de Lamothe entre en 1975 au Conseil d'État en tant qu'auditeur, avant d'être responsable du centre de documentation en 1977 et commissaire du gouvernement à la section du contentieux de 1981 à 1986. Il est, en 1979, conseiller technique au cabinet du ministre de la santé et de la sécurité sociale. En 1986, il est conseiller au cabinet du ministre des affaires sociales et de l'emploi, puis il devient en 1987 directeur des relations du travail au ministère des affaires sociales et de l'emploi, puis au ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. En 1995, il est conseiller social à la Présidence de la République et en 1997, secrétaire général adjoint de la Présidence de la République. De 2001 à 2010, il est membre du Conseil constitutionnel. Il est, depuis 2011, président de la section sociale du Conseil d'État.

### Intervenants

---

#### **Jean Bessière**

*Adjoint au directeur général du travail et chef du service de l'animation territoriale de la politique du travail et de l'action de l'inspection du travail*

Débutant sa carrière professionnelle comme contrôleur des lois sociales en agriculture en 1971, Jean Bessière devient inspecteur du travail en 1975. Il est nommé, en 1982, adjoint au chef du service régional de l'inspection du travail, de l'emploi et de la politique sociale agricoles de Champagne-Ardenne puis en devient le chef, en tant que directeur du travail, de 1986 à 1988. De 1988 à 1992, il occupe les fonctions de directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle de Dordogne. Il occupera les mêmes fonctions pour le département des Pyrénées-Atlantiques de 1992 à 1996, puis pour le département du Rhône de 1996 à 2003. De 2003 à 2006, il est nommé directeur de l'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. Depuis 2006, il est directeur d'administration centrale, adjoint au directeur général du travail. Il est, par ailleurs, intervenu de manière informelle dans le cadre de conflits collectifs de travail et a été chargé de médiations judiciaires au TGI de Lyon. Il a également participé à des missions spécifiques concernant la Guadeloupe, en février 2009, ou le port de Nantes Saint-Nazaire, en février 2010. Il a, en outre, effectué le suivi des interventions de l'inspection du travail dans les conflits collectifs de 2008 à 2011.



**Anne Dufour**

*Présidente de chambre au conseil des prud'hommes de Paris*

Chargée d'études à la Caisse d'épargne Île-de-France, Anne Dufour a été élue pour la première fois au conseil de prud'hommes de Paris sur une liste CFDT en décembre 1997.

Installée dans ses fonctions en mars 1998, elle est régulièrement élue présidente d'audience depuis janvier 2001 et siège également en référés depuis 2004. Elle participe en outre à la formation des conseillers prud'hommes d'Île-de-France au sein de l'ISEFOJ.

**Jean Kaspar**

*Consultant en stratégies sociales*

Débutant son activité professionnelle comme apprenti puis mineur aux mines de potasse d'Alsace en 1955, Jean Kaspar exerce, de 1965 à 1992, d'importantes responsabilités syndicales locales, régionales et nationales, comme membre de la commission exécutive de la CFDT entre 1982 et 1992 et secrétaire général de la CFDT entre 1988 et 1992. Il est ministre conseiller pour les affaires sociales à l'ambassade de France à Washington, de 1993 à 1996, puis professeur associé à l'université de Marne-la-Vallée jusqu'en 2006. Il est en outre, depuis 1996, consultant en stratégies sociales et intervient notamment dans des séminaires de formation de cadres d'entreprises publiques ou privées sur tout ce qui a trait à la stratégie de régulation et du dialogue social. Il a d'ailleurs construit un séminaire de formation sur le dialogue social pour l'ENA (Promotion Romain Gary). Il contribue également à l'élaboration de stratégies sociales dans les entreprises confrontées à des changements particulièrement importants comme les fusions ou les réorganisations d'entreprises. Il est vice-président de l'Observatoire social international, qui regroupe plus d'une centaine de partenaires (entreprises, organisations syndicales, universitaires, responsables politiques et associatifs). Il est, de plus, membre de la commission pour la libération de la croissance française, présidée par Jacques Attali et est l'auteur de deux ouvrages *Mon Engagement* (Flammarion, 1994) et *Refondre le syndicalisme* (Gallimard, 2001).



## Actes – Les médiations internes dites « maison », les médiations dans le domaine social

---

**Introduction de Olivier Dutheillet de Lamothe**

*Président de la section sociale du Conseil d'État*

Cette quatrième table ronde est consacrée aux médiations dans le domaine social. Il y a une vraie spécificité qui s'attache à la matière sociale pour ce qui est de la médiation. Dans le domaine social, la médiation prend des formes très diverses. Nous aborderons cette diversité et cette spécificité sous trois angles.

Dans un premier temps, il s'agit de présenter la médiation des conflits en entreprise effectuée par l'Inspection du travail, dans le cadre des procédures de médiation prévues par le code du travail ou en dehors de celles-ci. Lorsque j'étais directeur des relations du travail, j'avais visité le département des Vosges. Il y avait là un vieux briscard soixante-huitard de l'Inspection du travail. Il m'avait raconté comment il s'était rendu à pied en hiver dans une entreprise perdue dans la forêt pour mettre fin à un conflit. L'Inspection a une grande légitimité dans cette fonction, car elle connaît l'entreprise et a la confiance des salariés et des organisations syndicales. Jean Bessière interviendra. Inspecteur du travail il y a longtemps, il fut ensuite directeur départemental de l'emploi et de la formation professionnelle, puis directeur de 2003 à 2006 de l'Institut national du travail, qui forme les inspecteurs du travail. Depuis 2006, il est directeur d'administration centrale : adjoint au directeur général du travail, il est le chef du service de l'animation territoriale de la politique du travail et de l'action de l'Inspection du travail. On ne « dirige » pas l'Inspection du travail, mais on « l'anime », car, en vertu d'une convention de l'OIT, il n'y a pas d'autorité hiérarchique sur les inspecteurs du travail dans l'exercice de leurs fonctions propres. Grâce à cette longue et riche carrière, il connaît parfaitement l'Inspection du travail. Il est intervenu comme inspecteur et directeur du travail dans beaucoup de conflits, et a lui-même effectué des missions de médiation très lourdes et difficiles, que ce soit en Guadeloupe en février 2009 ou dans le port de Nantes Saint-Nazaire en février 2010.

Dans un deuxième temps, il s'agit de présenter une forme particulière de médiation, à savoir la conciliation devant les conseils de prud'hommes. En vertu des textes et de la loi, avant de pouvoir passer en jugement devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, toute affaire portée devant le conseil de prud'hommes doit faire l'objet d'une tentative de conciliation devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes. Juridiquement, cela n'est pas une médiation, mais une conciliation. En réalité, cela se rattache bien à la notion de médiation judiciaire telle qu'elle est évoquée dans le rapport du Conseil d'État. Quand on parle de la conciliation devant les conseils de prud'hommes, il y a l'idée reçue qu'il s'agit un échec, car le taux de conciliation est faible. Ce constat mérite d'être nuancé. Anne Dufour interviendra sur ce point. Présidente de chambre au conseil des prud'hommes de Paris, conseiller prud'homal depuis 1998 élue sur une liste de la CFDT, elle est chargée de la formation des conseillers de prud'hommes dans la région Île-de-France.



Dans un troisième temps, il s'agit de donner une vision d'ensemble de la médiation dans le domaine social. Nous avons la chance d'accueillir l'un des anciens acteurs des relations sociales de ce pays, l'un de ses plus fins connaisseurs et meilleurs observateurs, en la personne de Jean Kaspar, ancien secrétaire général de la CFDT. Jean Kaspar est l'un des très rares dirigeants syndicaux à avoir été un ouvrier. La plupart des dirigeants syndicaux viennent en effet du secteur tertiaire ou de la fonction publique. Jean Kaspar a démarré comme mineur aux mines de potasse d'Alsace en 1955. De 1965 à 1992, il a exercé d'importantes responsabilités syndicales locales, régionales et nationales, en tant que membre de la commission exécutive de la CFDT entre 1982 et 1992. Il fut ensuite secrétaire général CFDT entre 1988 et 1992, puis ministre conseiller pour les affaires sociales à l'ambassade de France à Washington, poste qu'il a lui-même créé, avant de devenir professeur associé à l'université de Marne-la-Vallée jusqu'en 2006. Depuis 1996, il a créé un cabinet de consultant en stratégie sociale où il intervient auprès des entreprises pour les aider à élaborer des stratégies sociales face à des restructurations importantes (fusion ou réorganisations d'entreprises). Vice-président de l'observatoire social international, il a été membre de la Commission Attali pour la libération de la croissance française. Il est auteur de deux ouvrages, *Mon Engagement* et *Refondre le Syndicalisme*.

---

#### **Intervention de Jean Bessière**

*Adjoint au directeur général du travail  
et chef du service de l'animation territoriale de la politique du travail  
et de l'action de l'inspection du travail*

L'intervention des services de l'État et plus particulièrement de l'administration du travail dans la prévention et le règlement des conflits est une pratique ancienne, et jugée consubstantielle à la fonction d'inspection du travail. Elle est consacrée par l'article R.8112-2 du code du travail, selon lequel l'inspecteur du travail assure un rôle de conseil et de conciliation en vue de la prévention et du règlement des conflits, mais aussi par l'article R.2522-1, qui dispose que tout conflit collectif de travail est immédiatement notifié par la partie la plus diligente au préfet qui, en liaison avec l'inspecteur du travail compétent, intervient en vue de rechercher une solution amiable.

Elle est cependant sujette à discussion. Dans les débats parlementaires du début du XX<sup>ème</sup> siècle, la question du rôle des services de l'État en matière de conflits collectifs ou individuels était une question sensible. Elle l'est toujours pour le Bureau international du travail (BIT) : l'article 8 de la recommandation n° 81 de 1947 recommande aux États qui ont ratifié la convention de ne pas confier des missions de conciliation aux inspecteurs du travail.

Il s'agit d'évoquer ici les interventions de l'inspection du travail dans les litiges individuels. Si le traitement des plaintes de salariés peut aboutir, de fait, à la résolution d'un litige, la pratique aujourd'hui bien établie de l'inspection du travail est de conseiller au salarié la saisine du conseil des prud'hommes, y compris dans



le secteur agricole où, jusqu'au début des années 80, l'inspection des lois sociales en agriculture consacrait une part très importante de ses moyens et de son activité à la pratique de la transaction par référence aux dispositions du code civil.

La notion de médiation pourrait aussi être évoquée, dans une certaine mesure, dans l'investissement, de plus en plus important des présidents de commission mixte paritaire, dont le rôle est souvent déterminant, dans certaines branches professionnelles, dans la construction d'un dialogue constructif pouvant aboutir à un texte conventionnel. A titre d'exemple, au début des années 2000, la crise de la vache folle dans la filière bovine a trouvé une réponse sociale au sein d'une commission mixte filière (dans une approche originale dans le niveau - filière et non pas branche- et, dans la gestion croisée entre ministères de l'agriculture et du travail).

L'essentiel de l'intervention de l'administration du travail se trouve bien, en fait dans la résolution des conflits collectifs dans une double dimension.

Dans un premier temps, les procédures formelles définies aux articles L.2522-1 et suivants du code du travail, avec trois niveaux : la conciliation (commission de conciliation), la médiation (médiateur désigné par les parties ou par le préfet à partir d'une liste régionale) et l'arbitrage (arbitre désigné par les parties dans le cadre d'une procédure conventionnelle ou par accord des parties). Ces formules sont peu usitées, mais celles de la conciliation ou de la médiation connaissent encore, dans quelques cas, des succès signalés (en 2010, commission de conciliation déterminante dans la résolution du conflit Saint-Gobain Glass dans le Nord et, en 2009, intervention décisive d'un médiateur, ancien inspecteur du travail, dans un des volets du conflit Molex).

Plus répandue est l'intervention plus informelle dans le cadre des dispositions règlementaires rappelées précédemment (initiative de l'inspecteur du travail ou du préfet). La recrudescence des conflits collectifs dans le contexte de crise économique en 2008 et 2009 a impliqué un très fort retour de l'activité de médiation dans les services déconcentrés. Dans les rapports que les directeurs régionaux font tous les quinze jours au ministre du travail sur l'actualité sociale, on a pu dénombrer plus de 120 conflits suivis par les services (au cours de la même quinzaine début 2011, on est sur une moyenne de 80, avec un déplacement des revendications sur le champ des revenus du travail plus que sur les restructurations). Bien sûr, le terme de « conflit suivi » recouvre des degrés d'implication très différents. La direction générale du travail (DGT) avait procédé, au printemps 2009, à une analyse de l'intervention de l'État dans cinq conflits qui avaient plus particulièrement retenu l'attention des medias au regard des contraintes exercées par une partie des salariés sur la personne des dirigeants de leur entreprise (Molex, Caterpillar, Faurecia, Sony et 3M)

De cette analyse ressortaient quelques traits communs sur la nature du conflit :

- une restructuration lourde de l'appareil de production pouvant aller jusqu'à la fermeture de sites anciens sur des territoires où ils occupent une place importante dans l'équilibre socio-économique local ;



- des lieux de décisions éloignés du site (5 multinationales, dont 3 américaines et 1 japonaise) ;
- une procédure longue et complexe, avec une évolution des projets, entrecoupée d'instances judiciaires, pic du conflit, plus ou moins violent, à l'occasion d'un incident de procédure cristallisant l'exaspération accumulée depuis plusieurs mois.

L'intervention de l'État, elle-même, présente plusieurs traits communs. L'arbitrage par l'autorité préfectorale est toujours rendu en faveur d'une tentative de négociation avant une éventuelle opération au titre du maintien de l'ordre. La première dimension de la médiation porte non sur le conflit, mais sur les conditions de reprise de négociation (c'est une constante dans les conflits difficiles : la définition du processus à conduire est parfois plus exigeante que les négociations lorsqu'elles seront engagées ; de ce fait cette partie de la médiation est déterminante).

Dans quatre cinquièmes des conflits, la négociation a été conduite par le directeur du travail, dans une articulation très subtile avec le préfet (ou le sous-préfet) et l'inspecteur du travail ; dans les conflits les plus longs et les plus complexes, suivant les phases, le leadership de la médiation a été exercé par le DDTEFP ou l'inspecteur du travail, sans négliger les interventions ministérielles (industrie, finances....). La complexité de la médiation a nécessité des rapports de confiance avec des tiers : magistrats (juge des référés, procureurs...), élus, avocats (le rôle des avocats dans la gestion de la médiation me paraissant devoir être souvent souligné), unions départementales de syndicats...L'atout des services du travail repose dans la connaissance du milieu, des rapports sociaux, des dispositifs « emploi » (intervention sur le contenu du PSE, sur les conventions de revitalisation).

Enfin, la posture de l'inspecteur du travail est particulièrement délicate (et révélatrice de la richesse et des exigences du métier). Le geste professionnel de la médiation n'est pas celui du contrôle ni de l'autorité administrative décisionnaire (articulation entre implication dans la gestion du conflit et décisions à prendre sur les demandes d'autorisation de licenciement des salariés protégés).

Pour être plus complet, il faudrait signaler aussi les interventions des membres du corps des inspecteurs du travail dans les médiations judiciaires (loi du 8 février 1995) et la nécessité pour l'administration du travail d'élargir davantage et en valorisant mieux ses prestations sur le champ de la prévention (dispositif expérimental de l'appui au dialogue social, « médiation préventive », ingénierie des relations sociales). L'inspection du travail s'efforce d'intervenir dans le cadre de préventions, de dispositifs expérimentaux appuyés au dialogue social, de médiations préventives, et de phénomène d'ingénierie des relations sociales que notre direction générale entend promouvoir dans les nouvelles directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRRECTE).



---

## Intervention de Anne Dufour

*Présidente de chambre au conseil des prud'hommes de Paris*

Selon une légende tenace, les conseils de prud'hommes ne remplissent pas leur rôle. Ils ont en effet été créés pour régler par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion du contrat de travail. Cependant, une grande part des acteurs considère aujourd'hui que le taux de conciliation, qui avoisine les 10%, est nettement insuffisant, voire dérisoire. Pour autant, si on le met en regard des autres procédures civiles pour lesquelles il n'existe pas d'audience spécifique de conciliation, on se rend compte que ce n'est pas si négligeable. Ainsi, si les conciliations devant le tribunal de grande instance atteignent presque 2%, elles dépassent à peine 1% devant le tribunal d'instance<sup>66</sup>. A ce chiffre de 10%, il convient cependant d'ajouter un nombre à peu près équivalent de désistements qui, du fait du principe de l'unicité d'instance, valent désistement d'instance et d'action.

Le juge prud'homal, comme tout juge statuant au civil, a pour mission de concilier les parties. Cette mission s'exerce tout au long de la procédure, mais aussi, et c'est la particularité prud'homale, principalement lors de la première audience en bureau de conciliation. Ce préalable de conciliation est obligatoire à peine de nullité pour toutes les procédures au fond sauf pour de rares cas où il est statué en la forme des référés. C'est cette audience qui est réputée ne pas fonctionner correctement, souvent décriée par ceux qui considèrent qu'elle est une perte de temps.

Or, si la mission première du bureau de conciliation est de concilier les parties, il a d'autres tâches à accomplir, puisqu'il doit également mettre l'affaire en état d'être jugée, en prenant éventuellement toute mesure d'instruction utile et ordonner, le cas échéant, des mesures provisoires. Ces trois phases, décrites dans les articles R.1454-10 et R.1454-14, ont leur importance dans le bon déroulement du procès. Dans un monde idéal, ou plutôt dans un bureau de conciliation idéal, ces différentes phases sont bien différenciées et certains conseils ont adopté un formalisme particulier pour ce faire. Il convient, par exemple, de ne prendre aucune note pendant la phase de conciliation et de ne commencer à écrire que lors de la phase de mise en état. Dans la pratique, force est de constater que ces différentes phases sont parfois confondues, ce qui n'empêche pas que le bureau de conciliation fonctionne.

Néanmoins, il faut le reconnaître, des freins à la conciliation existent. L'acte de concilier nécessite la volonté de l'ensemble des acteurs : les parties bien sûr, mais aussi leurs conseils, le juge et même le greffe.

En ce qui concerne la médiation dont on a parlé tout au long de la journée, elle fonctionne quand il y a une réelle volonté des parties d'y recourir. Dans le cadre du bureau de conciliation, on n'est pas du tout dans cette configuration puisqu'il s'agit d'une phase obligatoire du procès.

Bien souvent, le bureau de conciliation est la première rencontre après l'événement

---

<sup>66</sup> Chiffres 2008 : 1,98% de conciliation devant le TI et 1,22% devant le TGI (source : annuaire statistique de la Justice – édition 2009-2010)

générateur du litige, qui est dans 93% des cas, la rupture du contrat de travail<sup>67</sup>. Outre les difficultés économiques qu'engendre la perte d'un emploi, cette rupture est souvent vécue de manière douloureuse par les parties. Elles ne sont pas forcément réceptives à ce moment à la proposition de transaction. Nous vivons dans un monde où l'on se définit par son travail, et le fait de le perdre conduit à des interrogations et des souffrances. Du côté des employeurs, la situation est souvent tout aussi difficile, surtout dans les très petites entreprises, où il n'est pas rare que l'employeur estime avoir été trahi par le salarié qu'il a dû licencier. Les personnes qui saisissent le conseil de prud'hommes ne viennent pas chercher le règlement d'un litige, mais viennent demander une réparation, voire une réhabilitation.

Dans ces conditions, il est fréquent que les parties s'arc-boutent sur leurs positions et refusent toute proposition transactionnelle. Leurs conseils préfèrent souvent attendre que la communication de pièces ait eu lieu pour pouvoir évaluer le contenu d'un éventuel accord.

En ce qui concerne le juge, les difficultés sont autres. Ce n'est un secret pour personne, deux conceptions du droit du travail prévalent dans les conseils de prud'hommes. Mais il existe aussi deux conceptions fondamentalement différentes du rôle du juge qui amènent à des modes de fonctionnement opposés, principalement lors de la phase de conciliation. Il y a, tout d'abord, une conception purement civiliste, selon laquelle le procès étant l'affaire des parties, le juge n'a pas à intervenir de quelque manière que ce soit, son rôle se bornant à écouter et à trancher. Au moment du bureau de conciliation, les partisans de cette conception considèrent que leur rôle se borne à demander aux parties si elles souhaitent concilier puis, dans le cas contraire, à les renvoyer devant le bureau de jugement.

L'autre tendance consiste à d'abord écouter les parties pour essayer de comprendre le litige. Puis à voir, avec elles, s'il est possible d'arriver à un accord satisfaisant. Il ne s'agit pas de « pousser » à la conciliation mais bien d'aider les parties à formaliser leur accord. Depuis l'arrêt du 28 mars 2000, on sait que la conciliation est un « *acte judiciaire* » « *qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles* »<sup>68</sup>. Il a été depuis lors jugé que l'assistance des parties ne dispense pas le juge de cette obligation.

Le bureau de conciliation ne peut donc se contenter d'être passif. Il doit vérifier que les parties sont « informées de leurs droits respectifs ». Dans une communication récente, la Cour de cassation a, par ailleurs, rappelé le caractère d'ordre public du code du travail, ce qui explique cette exigence à l'égard du bureau de conciliation<sup>69</sup>. Le médiateur, qui a pour but de rapprocher les points de vue des parties, n'est pas soumis à cette obligation. C'est là toute la différence entre ce qui relève du bureau de conciliation et de la médiation.

S'il y a si peu de conciliations devant les conseils de prud'hommes, n'est-ce-pas simplement, parce que le juge prud'homal fait bien son travail ?

---

67 Source infostat justice 105. Les affaires prud'homales en 2007.

68 Soc. 28 mars 2000, n°97-47419.

69 Bulletin d'information n°740 du 15 avril 2011.



---

**Intervention de Olivier Dutheillet de Lamothe**  
*Président de la section sociale du Conseil d'État*

Je vous remercie. C'est un problème bien plus complexe que l'image simpliste et caricaturale que l'on a souvent, puisque la tentative de conciliation met en jeu le fonctionnement de l'ensemble de l'institution prud'homale.

---

**Intervention de Jean Kaspar**  
*Consultant en stratégies sociales*

La médiation sociale a deux caractéristiques propres. D'une part, elle met en relations des acteurs qui sont porteurs d'une stratégie, d'une culture et d'une histoire que le médiateur doit connaître. La formation, dont on a souvent parlé au cours du colloque, doit intégrer cette réalité mais elle ne peut pas être seulement technique. D'autre part, elle ne peut se limiter à la seule application des règles. Elle doit les connaître, favoriser une compréhension commune de ces dernières et souvent les dépasser.

Les relations sociales peuvent être conflictuelles car elles sont au centre de ce qui est qualifiable de conflit des logiques (économique, financière, technique, juridique, sociale, organisationnelle ou encore individuelle et collective). Elles ne peuvent se limiter, comme cela est encore trop souvent le cas, à un S.M.J. (service minimum juridique). Les relations sociales doivent également contribuer à faire émerger une dynamique de partenariat et de coopération entre des acteurs, fondée sur la reconnaissance de leur légitimité et sur une volonté commune de dépasser les conflits d'intérêts ou de logiques. Préconiser une dynamique de partenariat et de coopération n'exclut donc pas la conflictualité. En effet, le conflit est inhérent à toute société ouverte. Seules des sociétés totalitaires peuvent donner l'illusion d'une société sans conflit.

Le dialogue social a donc pour objectif de contribuer à trouver des solutions, par des procédures d'information, de consultation, de concertation et de négociation. Il tend de même à éviter ou à réduire les risques de conflit et, si l'on se trouve confronté à un conflit, à le gérer dans une démarche gagnante pour chacune des parties.

Il apparaît de manière évidente qu'aucune logique ne doit s'imposer comme un absolu. Le dialogue social est précisément le moyen de trouver le point d'équilibre le plus pertinent et le plus efficace à moyen et long terme. La logique financière ne pouvant être un absolu, il en est de même pour la logique économique et sociale.

La recherche du compromis est donc une nécessité qui appelle une valorisation dans la société française de la notion de compromis, qui ne doit pas être considérée comme le plus petit dénominateur commun mais comme l'expression



de l'intelligence des hommes et des femmes qui prennent conscience que l'on ne peut pas vivre ensemble sans compromis. Le problème ne réside en effet pas dans le compromis mais dans son contenu. Il convient de se demander s'il est avantageux pour chaque partie et s'il permet de traduire réellement une démarche de co-construction.

C'est dans la recherche de ce point d'équilibre que peuvent naître des difficultés et que l'intervention d'un tiers facilitateur peut aider les acteurs économiques et sociaux à rechercher les voies et les moyens permettant d'y accéder.

Concernant la médiation proprement dite, on observe que le recours à un médiateur intervient généralement, en tout cas dans la majorité des cas, pour sortir d'une situation conflictuelle. La visée est davantage curative que préventive. Un conflit laissant toujours des traces, cette approche ne peut conduire à une réelle transformation des relations sociales

Nous aurions intérêt à développer, comme dans le cas du Québec, des démarches de médiation préventive ou le recours à des facilitateurs (ce que font d'ailleurs en partie des inspecteurs du travail ou des consultants).

Le médiateur ou le facilitateur doit évidemment se référer à quelques règles déontologiques. On évoque souvent la neutralité, la confidentialité, le respect de la volonté et de l'autonomie des acteurs, la capacité à sortir d'une logique de pouvoir et la capacité à se remettre en cause.

Ces règles méritent d'être discutées. Pour ne prendre qu'un exemple, celui de la neutralité : le médiateur, s'il est neutre, l'est de par sa capacité à ne pas se faire instrumentaliser par la stratégie de l'un ou l'autre des acteurs, il est par contre un acteur engagé dans sa capacité à créer les conditions d'un accord entre les parties. Il doit être capable d'affronter, de contester ou de prendre de la distance par rapport aux logiques de chacun des acteurs.

Si le recours à la médiation est un moyen utilisé par les acteurs (chefs d'entreprises et représentants des salariés et des organisations syndicales) dans des situations conflictuelles, ce recours est moins évident dans les situations qui précèdent les conflits, ou les difficultés. Pour partie, cela s'explique par le fait que pour un chef d'entreprise, des représentants du personnel ou un responsable syndical, recourir à un tiers apparaît comme un signe d'impuissance voire de faiblesse. Pourtant, une telle intervention plus en amont serait souvent plus efficace.

Le processus de judiciarisation des relations sociales est à noter. Les juristes ont une place beaucoup trop importante dans le dialogue social. Cette évolution s'explique pour partie par la complexité des procédures et des règles mais aussi par la faiblesse du dialogue social, ses difficultés à innover, à sortir des sentiers battus, à repenser le rôle des instances représentatives du personnel sans attendre que la loi nous y invite. On peut citer en exemple les préconisations du rapport Lachmann<sup>70</sup>.

---

70 Rapport remis le 17 février 2010 au Premier ministre par Henri Lachmann, président du Conseil de surveillance de Schneider Electric et vice-président de l'Institut Montaigne, Christian Larose (CESE) et Muriel Pénicaud (Danone) : «Bien-être et efficacité au travail»



Ces difficultés sont liées à l'absence de réflexion stratégique dans les entreprises et la société sur le type de relations sociales que l'on souhaiterait promouvoir pour les prochaines années.

Un texte de loi ne crée pas une dynamique sociale. Il trace un cadre. Il fixe la règle. La question est de savoir comment faire vivre la règle, s'en emparer pour la transformer en réalité concrète et la dépasser pour en faire un levier de transformation des comportements, des cultures et des rapports sociaux ...

## Propos conclusifs

---

**Olivier Dutheillet de Lamothe**

*Président de la section sociale du Conseil d'État*

Merci pour cet exposé tonique et positif. J'aime assez l'expression de service minimum juridique, car les relations du travail en France crèvent un peu de juridisme. La médiation est un exemple parmi d'autres. Les vrais enjeux des salariés ne sont pas dans le respect formel des procédures. Les tentatives pour sortir de la judiciarisation totale des relations du travail vont dans le bon sens.

Vous avez évoqué les compromis gagnant-gagnants. On a beaucoup parlé de médiations individuelles, où le travail du médiateur consiste à chercher le plus petit dénominateur commun. Dans les relations sociales, des gens très intelligents comme Pierre-Louis Rémy et des patrons comme Antoine Riboux ont porté le discours sur la médiation et en ont été les pionniers. Les gens intelligents qui acceptent de se mettre autour d'une table dans l'entreprise, du côté de l'employeur comme des salariés, arrivent à trouver des compromis gagnant-gagnants en termes d'organisation du travail. On arrive à trouver des solutions qui sont gagnantes pour les deux parties.



## Échanges avec les participants

---

***Question à l'attention de Jean Kaspar** - Seriez-vous prêt à envisager que, lors de la rédaction des contrats de travail, soit précisée la possibilité de faire appel à la médiation ? Il s'agirait d'un prémisses de processus de négociation comme c'est le cas, au sein de certains groupes industriels, pour les banques. En effet, celles-ci doivent signer un contrat dans lequel elles s'engagent à respecter la gouvernance d'entreprise. Quand elles sont tenues à la déclaration de soupçon, elles doivent saisir en référé directement leur chef. Lorsque ce dernier ne répond pas, elles peuvent saisir directement des instances, pour l'intérêt général de l'entreprise, des actionnaires, la pérennité de l'entreprise et l'intérêt général des salariés.*

---

**Jean Kaspar**

Je n'ai pas de réponse définitive sur la question. Je constate aujourd'hui que dans le domaine social l'essentiel de l'intervention du médiateur se situe dans une situation de conflit. Ce n'est pas une intervention transformatrice des comportements et des cultures. Elle permet de régler un conflit mais pas de changer la nature des rapports sociaux. Il faudrait réfléchir sur la façon dont on peut, en discutant avec les partenaires sociaux, qui peuvent construire un certain nombre de règles et les proposer aux pouvoirs publics pour les transformer dans le domaine législatif, imaginer dans le domaine des relations sociales dans notre pays, l'intervention d'un tiers intervenant facilitateur permettant de développer la négociation collective et répondre aux problématiques collectives des salariés. Faut-il l'introduire dans le contrat de travail pour permettre au salarié individuel de faire appel à un tiers intervenant ? Je suis plus réservé, car les salariés en ont déjà la possibilité aujourd'hui.

S'agissant des transformations structurelles des entreprises, ce phénomène est déjà observé dans de nombreux États membres notamment en Allemagne.

---

**Olivier Dutheillet de Lamothe**

Au cours du feuilleton législatif qui s'est déroulé à l'occasion de la loi de modernisation sociale, le gouvernement, alors qu'il était dans l'impasse, a fait adopter des amendements, inspirés du système allemand, lequel prévoit que dans le cadre de la procédure de consultation des institutions représentatives du personnel et d'élaboration d'un plan social, réalisée lors d'un licenciement, une procédure de recours à un tiers extérieur est possible.

---

**Anne Dufour**

Insérer une telle notion dans le contrat de travail serait compliquée. Mais dans certains cas, le code de travail prévoit que le salarié peut recourir au médiateur lorsqu'il s'estime victime de harcèlement.

En ce qui concerne la médiation préventive, terme provenant du Québec, le ministère du travail et l'agence pour l'amélioration des conditions de travail ont essayé de mettre en place un dispositif de médiation préventive, à titre expérimental, dans deux régions. A cette occasion, on a essayé de redéfinir ce concept. On a formé des personnes de nos services du ministère du travail, qui sont considérées comme pouvant intervenir dans le cadre de la médiation préventive. Mais comment nourrit-on ce dispositif là ? C'est la grande difficulté. Nous avons la conviction que dans le quotidien, les inspecteurs du travail participent souvent à de la médiation préventive dans la mesure où, par leur intervention, ils font changer le comportement de l'employeur et des représentants du personnel. C'est davantage compliqué d'identifier le contexte d'entreprise où l'on n'est pas dans une paix sociale complexe, mais où l'on sent qu'il peut y avoir un conflit car des problèmes ne sont pas résolus. Toutefois, cela suppose qu'on vende l'idée de la médiation préventive à la fois au chef d'entreprise et aux organisations syndicales de l'entreprise. On a essayé de mobiliser nos inspecteurs et contrôleurs en leur disant d'essayer de sentir les conflits mais il est difficile de définir les conditions d'intervention.

---

***Question** - Lors de la précédente table ronde qui portait sur les questions de médiation bancaire, financière et de consommation, il n'y a pas ni débat ni présentation de la médiation bancaire au sens de l'article L.315-1 du code monétaire et financier, et pas davantage de la médiation financière. Autrement dit, la question fut traitée soit par des situations exceptionnelles, soit dans un domaine qu'on a appelé médiation, mais qui est à l'opposé de la médiation, car il s'agit fondamentalement d'une intervention publique très largement assise sur la mobilisation des reports de TVA et d'un certain nombre de dispositifs de financements publics. Nous n'avons traité la question qu'à la marge. Il existe des dispositifs légaux dans la médiation bancaire avec des systèmes de régulation.*

*Ma question concerne l'articulation du comité de la médiation bancaire et plus généralement les structures de régulation de médiations bancaires et financières avec la nouvelle commission de la consommation qui est une structure à la fois toute jeune et plus globale de l'ensemble du secteur de la consommation. Par-delà la diversité, nous partageons des problématiques très proches. J'ai reconnu au cours des interventions des exigences comme la transparence, le développement de la prévention, la nécessité de traiter des questions à froid. Autant de problématiques qui sont celles de la médiation bancaire, mais également de la médiation en général.*

---

**Olivier Dutheillet de Lamothe**

Votre constat me va droit au cœur. J'ai écrit un livre dont la préface est toute entière consacrée à la nécessité de réconcilier l'économique et le social. Les problématiques sont souvent les mêmes. On gagnerait beaucoup à les résoudre ensemble en les abordant en même temps. La stratégie de Lisbonne, quelles que soient ses faiblesses, et son échec sur le plan opérationnel, a



marqué un grand pas, car désormais à chaque printemps, les chefs d'État, lors d'un rendez-vous institutionnel, discutent à la fois des perspectives économiques et des perspectives en matière d'emploi dans l'Union européenne.

---

**Question** - *Mes questions portent sur le tiers facilitateur. S'agit-il d'une personne externe ou interne à l'entreprise ? En outre, ne pensez-vous pas qu'à travers cette médiation sociale un travail ne pourrait pas être fait dans l'entreprise sur la compétitivité ?*

---

**Jean Kaspar**

Les deux sont possibles. Cela dépend des problèmes à traiter. Cela est certes possible pour constituer, au sein des entreprises, des facilitateurs dans un certain nombre de domaines. Sur des grands sujets de restructuration, je crois que c'est davantage des facilitateurs de l'entreprise. En matière de conditions de travail et de bien-être au travail, des gens reconnus pour leur charisme et leur compétence peuvent jouer le rôle de tiers facilitateur.

Un véritable changement culturel est nécessaire. J'ai encore lu, il y a 15 jours dans le mensuel d'une organisation patronale un article intitulé « *Être compétitif pour faire du social* ». Cette séparation ne marche plus. Il faut prendre conscience que le social est un aspect stratégique de la compétitivité, et non une résultante de choix économiques et financiers. L'implication des gens dans leur travail, la volonté de se sentir utile nécessite que l'on intègre le social comme élément fondamental de la compétitivité. Mais ce renversement culturel n'est pas encore fait. C'est l'un des enjeux des prochaines années. Il faut dépasser les clivages et répondre à ces questions pour savoir comment la question du social peut être intégrée en amont du choix stratégique. Cela fait 15 ans que je traverse des entreprises en tant que consultant. Je constate que dans la plupart des comités de direction, il n'y a pas de réflexions stratégiques sur la façon de traiter le social, à l'inverse du marketing notamment. Le social est ainsi traité au fil des événements ou des interventions d'acteurs extérieurs (État, loi). L'implication des acteurs sur la façon de traiter ces problématiques est insuffisante.





## Synthèse générale du colloque

---

**Par Catherine Chadelat,**  
*Conseiller d'État*

Diplômée de droit privé, de sciences criminelles et ancienne élève de l'École nationale de la magistrature, Catherine Chadelat est, de 1972 à 1982, avocate à la cour d'appel de Paris et assistante à l'université de Paris II, avant d'être auditeur au tribunal de grande instance d'Evreux de 1983 à 1984. De 1984 à 1985, elle est juge à la 1<sup>ère</sup> chambre civile du tribunal de grande instance de Meaux, puis magistrate à la chancellerie de 1986 à 2002, où elle a été nommée sous-directeur de la législation civile à compter de 1994, avant de devenir conseiller pour les affaires civiles au cabinet de Dominique Perben, Garde des Sceaux de 2002 à 2003. Elle entre au Conseil d'État à la section du contentieux en 2003 et devient membre de la section de l'intérieur en 2005.

---

Le vice-président du Conseil d'État a ouvert le colloque en rappelant qu'en 1993, le Conseil a publié un rapport intitulé « Régler autrement les conflits ». Cet intitulé, loin d'être interrogatif, relevait de l'ordre exclamatif : la nécessité s'impose de régler autrement les conflits, y compris en matière administrative, qu'il s'agisse de litiges sectoriels et factuels ou d'affaires délicates et complexes.

Pourquoi cet impératif ? Face à une société en voie de judiciarisation de plus en plus marquée, il est nécessaire de trouver des modalités de règlement permettant d'offrir un service de qualité, sans délais et sans coût excessifs ce que ne parvient pas à faire à l'heure actuelle le service public de la justice, face à des contentieux de masse. Il importe également de rechercher des solutions qui soient à la fois apaisantes et apaisées. C'est dire que l'enjeu est tout autant juridique qu'économique et sociétal. Pour autant, il ne s'agit pas d'opposer réponse juridictionnelle et modes alternatifs de règlement des conflits. Il y a une vraie complémentarité entre les deux avec la sécurité d'un côté et la souplesse de l'autre.

Pour comprendre la place exacte de la médiation en France, il convient d'en présenter les différents aspects et de dégager les fonctions qu'elle est amenée à remplir. Le présent colloque était précisément destiné à permettre de mesurer toute la richesse de l'institution. Les travaux se sont déroulés autour des trois axes : d'abord une analyse de la médiation juridique « classique » au sens de la directive 2008/52, ensuite une réflexion plus globale sur la place de la médiation au sein des modes alternatifs de règlement des litiges individuels, enfin l'approche d'une médiation qui s'affranchit de la sphère juridique pour s'affirmer dans les domaines économique, social et même politique.

Le président Robineau a introduit la première table ronde, axée sur la directive 2008/52, en plantant ainsi le « décor » dans lequel trois « acteurs » sont successivement intervenus : la Commission européenne, le Conseil d'État et le Gouvernement.

En premier lieu, après s'être attachée à présenter la genèse de la directive, la représentante de la Commission européenne a indiqué que les orientations premières dégagées au niveau français par le rapport du Conseil d'État celle-ci étaient en phase avec celle-ci. Elle a rappelé l'attachement de la Commission au développement des modes alternatifs de règlement des conflits et indiqué que les travaux se poursuivaient à Bruxelles sur ce point. Elle s'est réjouie de la mobilisation des États membres, dont certains ont déjà transposé la directive et d'autres ont fait savoir que leur droit répondait déjà aux exigences de celle-ci.

En deuxième lieu, le président du groupe de travail du Conseil d'État s'est attaché à présenter le contenu du rapport du Conseil. Comme l'y invitait la lettre du Premier ministre, à l'origine de la mission du Conseil, celui-ci a entrepris une réflexion globale sur l'ensemble des médiations, sans se limiter aux conflits transfrontaliers et en intégrant les médiations internes. L'étude s'est attachée à dégager les critères de la médiation découlant de la directive et devant être intégrés dans notre droit. Le rapport a opté pour un degré de précision propre à satisfaire la sécurité juridique, sans pour autant adopter un cadre rigide et les interventions ont convergé sur ce point tout au cours de la journée. La médiation doit en effet son succès à la libre volonté des parties de pouvoir aménager ce mode alternatif et préciser leurs attentes à l'égard du médiateur. Le constat a été fait que notre droit, largement en phase avec le directive, doit être cependant complété, en particulier s'agissant du droit public non régalien. La présentation du rapport a été poursuivie par un état des lieux des dispositions sectorielles existantes, dont l'acquis doit être préservé. Elle s'est achevée par l'indication que le rapport comporte des propositions de rédaction précises et exhaustives.

Enfin, troisième acteur, le directeur des affaires civiles et du Sceau du ministère de la justice, maître d'œuvre de la transposition, a livré un « scoop » à l'auditoire en présentant le contenu de l'avant projet de transposition tout en maintenant un suspense, la loi d'habilitation destinée à permettre cette transposition par ordonnance risquant de ne pas franchir la barre du Conseil constitutionnel pour des motifs procédurals. S'agissant des choix arrêtés, la Chancellerie a fait part de deux préoccupations. D'abord, poursuivre le développement de la médiation, par une approche volontariste et souple de celle-ci. Ensuite et pour donner son plein essor à l'institution, retenir un champ d'application large de celle-ci, comme l'a fait le rapport du Conseil d'État. Pour développer la médiation, des choix de qualité doivent être faits en promouvant la formation et en développant l'information auprès du public, notamment à travers des sites Internet. Deux points de divergence avec les conclusions du rapport du Conseil d'État ont été mentionnés, la chancellerie ne souhaitant pas reprendre le critère d'indépendance du médiateur qui ne figure pas dans la directive et se prononçant en faveur de la désignation du juge compétent sur le fond du litige pour procéder à l'homologation de l'accord conclu entre les parties.

Le décor ainsi planté, le « lever de rideau » s'est opéré avec la deuxième table ronde. La « scène » a d'abord été choisie : elle s'est délibérément affranchie du cadre de la directive.



Le professeur Jarrosson s'est livré à une analyse sémantique et juridique des modes alternatifs de règlement des litiges, en distinguant la médiation d'autres concepts de résolution amiable, tout en faisant apparaître son affinité profonde avec la conciliation dont elle constitue l'une des modalités qui se singularise par l'intervention d'un tiers. Un véritable travail d'orfèvre a été opéré par l'intervenant tant dans la définition de la médiation que dans la présentation de la diversité de ses applications (dont certaines ne correspondent pas au champ d'application de la directive) et des avantages irréductibles qu'elle présente ou encore dans l'analyse du rôle du juge en matière d'homologation.

Le professeur Colson a précisément développé ce que l'on pouvait attendre de la médiation. La présentation a été très attractive : caractère volontariste impliquant un droit de retrait de chaque partie, liberté, confiance, espace neutre, prise en charge par le médiateur de l'infrastructure propre à permettre aux parties de se concentrer sur le fond pour faire émerger un point de vue commun, mais surtout capacité à remonter aux sources du conflit en dépassant le principe du dispositif inhérent au domaine juridictionnel. A cet égard, a été rappelée l'importance du temps en matière de médiation : il s'agit d'un temps utile, c'est-à-dire utilisé à bon escient, avec de la maturation, tout en restant un temps plus court que le moment judiciaire. L'ensemble de ces avantages n'existe cependant qu'au prix d'un certain nombre d'exigences, à savoir l'impartialité, l'indépendance, la compétence et la formation.

Le président Pluyette a achevé la présentation par une incursion dans le monde de la médiation proprement judiciaire en mettant en exergue ce qu'elle a pu apporter de novateur dans l'office du juge, alors même que le code de procédure civile confie à celui-ci le soin de chercher la conciliation des parties. Il s'est attaché à dégager les conditions du succès de cette médiation en soulignant la nécessité d'une coopération, au sein du monde judiciaire, entre les avocats, les associations et les magistrats coordonnateurs.

Au-delà de l'approche juridique et classique de la médiation, les deux tables rondes de l'après-midi ont été consacrées à des applications sectorielles de la médiation dans le domaine économique et social.

La troisième table ronde a abordé la médiation dans le monde de la consommation. L'intervention d'un médiateur de terrain a permis d'illustrer, par un exemple concret, le cheminement d'une médiation et de montrer qu'une maturation est nécessaire pour aboutir, alors même qu'elle génère des délais. La directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a montré que la médiation comporte des spécificités irréductibles en matière de consommation. Celle-ci couvre une immensité de petits litiges qui appellent des réponses urgentes et gratuites et donc extrajudiciaires. En outre, la médiation fonctionne à deux niveaux. Le premier niveau correspond à ce qu'il est convenu d'appeler « les médiations maison » au sein des entreprises, du moins les grandes entreprises couvrant des secteurs de base, comme l'énergie ou la banque, à la différence des petites entreprises intervenant dans des secteurs spécialisés (tourisme, automobile) pourtant pleinement concernées par les attentes des consommateurs en ce domaine. Le second niveau correspond à la



médiation hors entreprise qui intervient comme un second filet de sécurité pour les consommateurs, à qui il est nécessaire d'offrir un outil de qualité et labellisé. La commission de la médiation de l'Institut national de la consommation œuvre en ce sens.

Après celui de la consommation, a été abordé le monde du crédit. Le médiateur du crédit s'est dit très éloigné de la philosophie de la médiation dégagée par les précédents intervenants. Ceci étant, la médiation est, par essence, plurifonctionnelle. Pourquoi ne pourrait-elle être mise au service d'une politique économique ? L'environnement est différent puisqu'il ne s'agit pas de régler un litige juridique, mais de traduire l'intérêt que portent les pouvoirs publics à voir les entreprises pouvoir surmonter leurs difficultés de financement. Il reste que c'est avec le concours d'un tiers extérieur qu'une solution amiable est recherchée, ce qui est le propre de la médiation.

La quatrième table ronde a été consacrée au domaine social. Le concept de médiation y revêt une singularité profonde. Le premier intervenant a présenté la forme spécifique que revêt la médiation judiciaire à travers la phase de conciliation du conseil des prud'hommes.

L'originalité de la conciliation prud'homale tient avant tout à son caractère obligatoire. Elle n'en reste pas moins un mode qui se veut pacifié des conflits. Si l'esprit est donc le même que celui de la médiation proprement dite, les deux processus divergent en revanche dans leur déroulement : les parties choisissent leur médiateur alors que le bureau de conciliation est imposé devant le conseil de prud'hommes. Autre spécificité, ce bureau participe à crédibiliser la fonction juridictionnelle du conseil de prud'hommes à travers le bureau de jugement, les deux phases étant étroitement liées. En cela, la conciliation prud'homale n'est pas un vrai mode alternatif de règlement des conflits. Enfin, la parité, règle d'ordre public en matière de droit du travail, conduit à l'intervention de deux conciliateurs représentant le secteur salarié et le secteur patronal.

Les deux dernières interventions ont permis d'abord, s'agissant de l'Inspection générale du travail, de découvrir un mode peu connu de médiation sociale menée par l'État. Il s'agit d'une pratique ancienne, bien implantée mais délicate à mener. Dépassant ce cadre, la table ronde a fait apparaître ensuite, avec l'intervention de Jean Kaspar, le caractère à la fois essentiel et singulier de la médiation préventive et collective dans le domaine social. Elle permet de sortir de la diabolisation du conflit par une logique de « gagnant/gagnant ». Elle devient ainsi un outil percutant en matière de dialogue social.

Conclure sur cet aspect novateur permet de dégager toute la richesse des enseignements du colloque d'aujourd'hui : prenant pour point de départ le concept classique de mode juridique de règlement amiable des litiges individuels, le monde de la consommation a permis de dégager une application spécifique de la médiation aux petits litiges de masse, celui de l'entreprise a conduit à faire émerger un nouvel instrument de politique économique et celui du travail, à affirmer une nouvelle philosophie du dialogue social. La médiation reste encore une terre à découvrir.



## Éléments conclusifs

### Par Pierre-Antoine Gailly

*Président de la chambre de commerce et d'industrie de Paris*

Né en 1955, diplômé d'HEC, Pierre-Antoine Gailly est actuellement président de la chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP), premier vice-président de la chambre régionale de commerce et d'industrie (CRCI) et vice-président de l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie (ACFCI). Il est, par ailleurs, président du Conseil de surveillance du Lido, après avoir été, de 1998 à 2005, le président du directoire du Moulin Rouge (le Bal du Moulin Rouge SA). Il est également président de l'Éolienne (conseil et private equity), entreprise qu'il a créée en 2000. Au cours de sa carrière, Pierre-Antoine Gailly a, notamment, été vice-président directeur général de Fininfo (services électroniques d'information financière), président directeur général du Bon Marché, puis de Desfossés International. Il a géré plusieurs entreprises, de tailles différentes, à Paris et en région : Poron diffusion à Troyes, Jeux Nathan, Miro Meccano. Pierre-Antoine Gailly est président de l'Union des chambres de commerce et d'industrie françaises à l'étranger (UCCIFE).

La Chambre de commerce et d'industrie salue le travail colossal accompli par le Conseil d'État dans cet excellent rapport qui marque et atteste que la médiation est réellement une voie d'avenir pour le règlement des conflits ; cela, y compris en matière administrative non régalienne, ce qui est encore un choix fort et novateur du Conseil d'État.

Les modes alternatifs de règlement des conflits sont particulièrement chers à la CCIP qui s'est engagée depuis 1995, dans le développement de la médiation au service des entreprises. Elle avait alors créé le CMAP (Centre de médiation et d'arbitrage de Paris), association régie par la loi de 1901, en partenariat avec le Tribunal de Commerce de Paris, le Barreau de Paris, le Barreau des Hauts de Seine, le Conseil supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables, l'Association Française d'Arbitrage et le Comité National Français de la Chambre de Commerce Internationale.

Les atouts de la médiation - et cette journée l'a opportunément rappelé - sont nombreux. Moindre coût, confidentialité, délais rapides et maîtrisés, lieu neutre... autant d'éléments qui aident les parties à trouver une issue négociée à leur différend, par l'adoption d'une solution consensuelle, satisfaisante pour chacune d'elle. C'est le fameux « gagnant – gagnant ». Un chiffre à titre d'illustration : au CMAP, 90 % des médiations aboutissant à un accord sont réglées en moins de 30 heures, dont près de la moitié en moins de 10 heures !

C'est pourquoi, tout comme vous, nous suivons avec attention la transposition imminente de la directive du 21 mai 2008. Et nos réflexions rejoignent très largement les vôtres. Je n'en citerai que quelques-unes...



Tout d'abord, il faut garder à la médiation son caractère essentiellement consensuel qui en fait sa force. Il est dès lors primordial que le texte de transposition n'établisse pas une réglementation détaillée de la médiation aboutissant à instituer une « procédure de médiation conventionnelle », les deux termes étant radicalement antinomiques. Nous pensons même que cela conduirait inévitablement la pratique à trouver un autre mode alternatif à ce mode alternatif.

Ensuite, nous approuvons totalement l'option proposée par le Conseil d'État d'étendre les règles issues de la directive du 21/05/2008 également aux litiges dépourvus de caractère transfrontalier alors que la directive ne visait que les litiges transfrontaliers. Il nous faut aujourd'hui nous en féliciter car, c'est sans nul doute un des vecteurs permettant le développement de la médiation en France et, surtout, dans d'autres pays...

Par ailleurs, nous considérons qu'il faut saisir l'occasion d'entendre dans la notion de médiation aussi bien la médiation individuelle que collective ; il s'agit de « montrer l'exemple », dans le cadre d'une actualité européenne très favorable. Tous les litiges ne sont pas individuels. Ce que la CCIP a mis en place au titre du CMAP était destiné à résoudre les litiges entre entreprises. L'exemple présenté par Michel Armand-Prevost montre que nous avons été conduits à étendre le domaine de compétences. D'où la rédaction par la CCIP d'un règlement général pour les modes alternatifs de règlement des conflits collectifs. Ce règlement général a été présenté à un certain nombre de parties prenantes, auxquelles il appartient aujourd'hui de donner l'application qui leur apparaîtra utile.

Enfin, la CCIP insiste sur son attachement fort à l'exigence de la formation initiale et continue des médiateurs. Ce point doit rester une préoccupation permanente de ceux qui mettent en place tout mécanisme de médiation conventionnelle. Pour autant, nous ne souhaitons pas de législation sur cette question, sauf à instituer un mécanisme de certification très lourd et, surtout, une professionnalisation des médiateurs.

Un dernier message tout de même : nous vous proposons de sensibiliser davantage les différents acteurs que sont les entreprises, leurs conseils et les magistrats à l'existence de la médiation. Le Conseil d'État y a déjà fortement contribué, par son rapport et à travers le poids de sa notoriété.

Je vous redis tout le plaisir que nous avons eu à voir cette journée se tenir dans les locaux de la CCIP, la maison des entrepreneurs... Merci pour ce symbole fort.



## **Annexe documentaire**

---





# Directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale

Source : Journal officiel de l'Union européenne, 24.5.2008, L 136/3

## LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 61, point c), et son article 67, paragraphe 5, second tiret,

vu la proposition de la Commission,

vu l'avis du Comité économique et social européen [1],

*statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité [2], considérant ce qui suit:*

**(1)** La Communauté s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice, dans lequel est assurée la libre circulation des personnes. À cet effet, la Communauté doit adopter, entre autres, dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile les mesures qui sont nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur.

**(2)** Le principe de l'accès à la justice est fondamental et, en vue de faciliter un meilleur accès à la justice, le Conseil européen réuni à Tampere les 15 et 16 octobre 1999 a invité les États membres à créer des procédures de substitution extrajudiciaires.

**(3)** En mai 2000, le Conseil a adopté des conclusions sur les modes alternatifs de règlement des conflits relevant du droit civil et commercial et a déclaré que l'établissement de principes fondamentaux dans ce domaine constituait un pas essentiel pour permettre le développement et le fonctionnement appropriés de procédures extrajudiciaires concernant le règlement des conflits en matière civile et commerciale de façon à simplifier et améliorer l'accès à la justice.

**(4)** En avril 2002, la Commission a présenté un livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, qui dressait un bilan de la situation actuelle en ce qui concerne les modes alternatifs de résolution des conflits dans l'Union européenne et engageait une vaste consultation auprès des États membres et des personnes concernées sur les mesures pouvant être mises en œuvre pour encourager le recours à la médiation.

**(5)** L'objectif de garantir un meilleur accès à la justice, qui fait partie de la politique de l'Union européenne visant à établir un espace de liberté, de sécurité et de justice, devrait englober l'accès aux modes de résolution des litiges tant judiciaires qu'extrajudiciaires. La présente directive devrait contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur, notamment en ce qui concerne la possibilité de disposer de services de médiation.

**(6)** La médiation peut apporter une solution extrajudiciaire économique et rapide aux litiges en matière civile et commerciale au moyen de processus adaptés aux



besoins des parties. Les accords issus de la médiation sont susceptibles d'être respectés volontairement et de préserver une relation amiable et durable entre les parties. Ces avantages sont plus marqués encore dans des situations comportant des éléments transfrontaliers.

**(7)** Pour encourager davantage le recours à la médiation et faire en sorte que les parties qui y recourent puissent se fonder sur un cadre juridique prévisible, il est nécessaire d'établir une législation-cadre qui porte en particulier sur les aspects essentiels de la procédure civile.

**(8)** Les dispositions de la présente directive ne devraient s'appliquer qu'à la médiation des litiges transfrontaliers, mais rien ne devrait empêcher les États membres de les appliquer également aux processus de médiation internes.

**(9)** La présente directive ne devrait nullement empêcher le recours aux techniques modernes de communication dans le cadre des processus de médiation.

**(10)** La présente directive devrait s'appliquer aux processus dans lesquels deux parties ou plus à un litige transfrontalier tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord à l'amiable sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Elle devrait s'appliquer aux matières civiles et commerciales, sans pouvoir néanmoins s'appliquer aux droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer par elles-mêmes en vertu de la législation pertinente applicable. De tels droits et obligations sont particulièrement fréquents en droit de la famille et en droit du travail.

**(11)** La présente directive ne devrait pas s'appliquer aux pourparlers précontractuels ni aux processus quasi judiciaires tels que certaines procédures judiciaires de conciliation, les plaintes de consommateurs, l'arbitrage et les décisions d'expert ou aux processus dans lesquels des personnes ou des instances émettent une recommandation formelle, contraignante ou non, quant à la solution du litige.

**(12)** La présente directive devrait également s'appliquer aux cas dans lesquels une juridiction renvoie les parties à la médiation ou à ceux dans lesquels le droit national la prescrit. En outre, lorsque le droit national permet au juge d'agir en qualité de médiateur, la présente directive devrait également s'appliquer à la médiation menée par un juge qui n'est en charge d'aucune procédure judiciaire ayant trait à l'objet du litige. La présente directive ne devrait pas, toutefois, couvrir les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi pour résoudre un litige au cours de la procédure judiciaire relative audit litige, ni les cas dans lesquels la juridiction ou le juge saisi demande l'assistance ou les conseils d'une personne compétente.

**(13)** La médiation prévue par la présente directive devrait être un processus volontaire en ce sens que les parties elles-mêmes sont responsables du processus et peuvent l'organiser comme elles l'entendent et y mettre un terme à tout moment. Néanmoins, en vertu du droit national, les juridictions devraient avoir la possibilité de limiter le processus de médiation dans le temps. En outre, les juridictions devraient pouvoir attirer l'attention des parties sur la possibilité d'une médiation chaque fois qu'elle est appropriée.

**(14)** Aucune disposition de la présente directive ne devrait affecter une législation nationale rendant le recours à la médiation obligatoire ou soumis à des incitations ou à des sanctions, pour autant qu'une telle législation n'empêche pas les parties



d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire. De même, aucune disposition de la présente directive ne devrait affecter des systèmes autorégulés de médiation existants, dans la mesure où ils portent sur des aspects ne relevant pas de la présente directive.

**(15)** Afin d'assurer la sécurité juridique, la présente directive devrait indiquer la date qu'il convient de prendre en considération pour déterminer si un litige que les parties tentent de régler par la médiation est un litige transfrontalier ou non. En l'absence d'accord écrit, les parties devraient être réputées consentir à la médiation dès l'instant où elles effectuent une démarche spécifique visant à entamer un processus de médiation.

**(16)** Pour assurer la confiance réciproque nécessaire en ce qui concerne la confidentialité, les effets sur les délais de prescription ainsi que la reconnaissance et l'exécution des accords issus de la médiation, les États membres devraient encourager, par tout moyen qu'ils jugent approprié, la formation des médiateurs et la mise en place de mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture des services de médiation.

**(17)** Les États membres devraient définir de tels mécanismes, qui peuvent inclure le recours à des solutions commerciales, et ne devraient pas être tenus de les financer. Ces mécanismes devraient viser à préserver la souplesse du processus de médiation et l'autonomie des parties et veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, impartialité et compétence. L'existence du code de conduite européen pour les médiateurs devrait être signalée aux médiateurs, ce code devant aussi être accessible au public sur l'internet.

**(18)** Dans le domaine de la protection des consommateurs, la Commission a adopté une recommandation [3] qui établit les critères minimaux de qualité que les instances extrajudiciaires chargées de la résolution consensuelle des litiges de consommation doivent offrir à leurs utilisateurs. Tout médiateur ou tout organisme entrant dans le champ d'application de cette recommandation devrait être encouragé à en respecter les principes. Afin de faciliter la diffusion des informations relatives à de telles instances, la Commission devrait constituer une base de données des systèmes extrajudiciaires que les États membres jugent conformes aux principes de ladite recommandation.

**(19)** La médiation ne devrait pas être considérée comme une solution secondaire par rapport aux procédures judiciaires au motif que le respect des accords issus de la médiation dépendrait de la bonne volonté des parties. Les États membres devraient donc veiller à ce que les parties à un accord écrit issu de la médiation puissent obtenir que son contenu soit rendu exécutoire. Un État membre ne devrait pouvoir refuser de rendre un accord exécutoire que si le contenu de l'accord est contraire à son droit, y compris son droit international privé, ou si son droit ne prévoit pas la possibilité de rendre le contenu de l'accord en question exécutoire. Tel pourrait être le cas si l'obligation énoncée dans l'accord ne pouvait, par nature, recevoir la force exécutoire.

**(20)** Le contenu d'un accord issu de la médiation qui est rendu exécutoire dans un État membre devrait être reconnu et déclaré exécutoire dans les autres États membres, conformément au droit communautaire ou national applicable, par



exemple sur la base du règlement (CE) no 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [4] ou du règlement (CE) no 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale [5].

**(21)** Le règlement (CE) no 2201/2003 prévoit expressément que, pour être exécutoire dans un autre État membre, tout accord entre les parties doit être exécutoire dans l'État membre dans lequel il a été conclu. Par conséquent, si le contenu d'un accord issu de la médiation dans le domaine du droit de la famille n'est pas exécutoire dans l'État membre où il a été conclu et où la demande visant à le rendre exécutoire est formulée, la présente directive ne devrait pas encourager les parties à contourner la loi de l'État membre en question en faisant en sorte que l'accord soit rendu exécutoire dans un autre État membre.

**(22)** La présente directive ne devrait pas porter atteinte aux règles des États membres concernant l'exécution des accords issus de la médiation.

**(23)** La confidentialité est importante dans le cadre du processus de médiation et la présente directive devrait par conséquent prévoir un degré minimum de compatibilité entre les règles de procédure civile concernant les modalités de protection de la confidentialité de la médiation dans toute procédure ultérieure, qu'il s'agisse d'une procédure judiciaire civile ou commerciale ou d'un arbitrage.

**(24)** Pour encourager les parties à recourir à la médiation, les États membres devraient veiller à ce que leurs règles de prescription n'empêchent pas les parties de saisir une juridiction ou un arbitre si leur tentative de médiation échoue. Les États membres devraient s'assurer que tel est le cas même si la présente directive n'harmonise pas les règles nationales sur les délais de prescription. Les dispositions relatives aux délais de prescription prévus dans des accords internationaux applicables dans les États membres, par exemple dans le domaine du droit des transports, ne devraient pas être affectées par la présente directive.

**(25)** Les États membres devraient encourager la mise à la disposition du public d'informations sur la manière de contacter les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation. Les États membres devraient également encourager les praticiens de la justice à informer leurs clients des possibilités de médiation.

**(26)** Conformément au point 34 de l'accord interinstitutionnel «Mieux légiférer» [6], les États membres sont encouragés à établir, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux, qui illustrent, dans la mesure du possible, la concordance entre la présente directive et les mesures de transposition, et à les rendre publics.

**(27)** La présente directive vise à promouvoir les droits fondamentaux et tient compte des principes qui sont reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

**(28)** Étant donné que l'objectif de la présente directive ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres et peut donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action, être mieux réalisé au niveau communautaire, la Communauté



peut prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

**(29)** Conformément à l'article 3 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande, annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, le Royaume-Uni et l'Irlande ont notifié leur souhait de participer à l'adoption et à l'application de la présente directive.

**(30)** Conformément aux articles 1er et 2 du protocole sur la position du Danemark, annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, le Danemark ne participe pas à l'adoption de la présente directive et n'est pas lié par celle-ci, ni soumis à son application,

## **ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:**

### ***Article premier - Objet et champ d'application***

1. La présente directive a pour objet de faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires.
2. La présente directive s'applique, dans les litiges transfrontaliers, aux matières civiles et commerciales, à l'exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer en vertu de la législation pertinente applicable. Elle ne s'applique notamment ni aux matières fiscale, douanière ou administrative, ni à la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique («*acta jure imperii*»).
3. Aux fins de la présente directive, on entend par «État membre», tout État membre autre que le Danemark.

### ***Article 2 - Litiges transfrontaliers***

1. Aux fins de la présente directive, on entend par «litige transfrontalier», tout litige dans lequel une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de toute autre partie à la date à laquelle:
  - a) les parties conviennent de recourir à la médiation après la naissance du litige;
  - b) la médiation est ordonnée par une juridiction;
  - c) une obligation de recourir à la médiation prend naissance en vertu du droit national; ou
  - d) les parties sont invitées à recourir à la médiation aux fins de l'article 5.
2. Nonobstant le paragraphe 1, aux fins des articles 7 et 8, on entend également par «litige transfrontalier», tout litige dans lequel des procédures judiciaires ou d'arbitrage suivant une médiation entre les parties sont entamées dans un État membre autre que celui dans lequel les parties sont domiciliées ou ont leur résidence habituelle à la date visée au paragraphe 1, point a), b) ou c).
3. Aux fins des paragraphes 1 et 2, le domicile est déterminé conformément aux articles 59 et 60 du règlement (CE) no 44/2001.



### **Article 3 - Définitions**

Aux fins de la présente directive, on entend par:

a) «médiation», 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. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre.

Elle inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question. Elle exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige;

b) «médiateur», tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener.

### **Article 4 - Qualité de la médiation**

1. Les États membres encouragent, par tout moyen qu'ils jugent approprié, l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et l'adhésion à ces codes, par les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation, ainsi que d'autres mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture de services de médiation.

2. Les États membres promeuvent la formation initiale et continue de médiateurs afin de veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, compétence et impartialité à l'égard des parties.

### **Article 5 - Recours à la médiation**

1. Une juridiction saisie d'une affaire peut, le cas échéant et compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, inviter les parties à recourir à la médiation pour résoudre le litige. La juridiction peut également inviter les parties à assister à une réunion d'information sur le recours à la médiation pour autant que de telles réunions soient organisées et facilement accessibles.

2. La présente directive s'applique sans préjudice de toute législation nationale rendant le recours à la médiation obligatoire ou le soumettant à des incitations ou des sanctions, que ce soit avant ou après le début de la procédure judiciaire, pour autant qu'une telle législation n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire.

### **Article 6 - Caractère exécutoire des accords issus de la médiation**

1. Les États membres veillent à ce que les parties, ou l'une d'entre elles avec le consentement exprès des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire. Le contenu d'un tel accord est rendu exécutoire, sauf si, en l'espèce, soit ce contenu est contraire au droit de l'État membre dans lequel la demande est formulée, soit le droit de cet État membre ne prévoit pas la possibilité de le rendre exécutoire.

2. Le contenu de l'accord peut être rendu exécutoire par une juridiction ou une autre autorité compétente au moyen d'un jugement ou d'une décision ou dans



un acte authentique, conformément au droit de l'État membre dans lequel la demande est formulée.

3. Les États membres communiquent à la Commission le nom des juridictions ou autres autorités compétentes pour recevoir une demande conformément aux paragraphes 1 et 2.

4. Aucune disposition du présent article n'affecte les règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution dans un autre État membre d'un accord qui a été rendu exécutoire conformément au paragraphe 1.

#### **Article 7 - Confidentialité de la médiation**

1. Étant donné que la médiation doit être menée de manière à préserver la confidentialité, les États membres veillent à ce que, sauf accord contraire des parties, 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, excepté:

- a) lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'État membre concerné, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne; ou
- b) lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord.

2. Aucune disposition du paragraphe 1 n'empêche les États membres d'appliquer des mesures plus strictes en vue de préserver la confidentialité de la médiation.

#### **Article 8 - Effets de la médiation sur les délais de prescription**

1. Les États membres veillent à ce que les parties qui choisissent la médiation pour tenter de résoudre un litige ne soient pas empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage concernant ce litige du fait de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation.

2. Le paragraphe 1 s'entend sans préjudice des dispositions sur les délais de prescription figurant dans les accords internationaux auxquels les États membres sont parties.

#### **Article 9 - Information du public**

Les États membres encouragent, par tout moyen qu'ils jugent approprié, la mise à la disposition du public, notamment sur internet, d'informations sur la manière de contacter les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation.

#### **Article 10 - Informations sur les autorités et les juridictions compétentes**

La Commission met à la disposition du public, par tout moyen approprié, les informations sur les autorités ou les juridictions compétentes qui sont communiquées par les États membres conformément à l'article 6, paragraphe 3.

#### **Article 11 - Révision**

Au plus tard le 21 mai 2016, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport relatif à l'application de la présente directive. Ce rapport examine l'évolution de la médiation dans



l'ensemble de l'Union européenne et l'incidence de la présente directive dans les États membres. Il est accompagné, si nécessaire, de propositions visant à adapter la présente directive.

#### **Article 12 - Transposition**

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 21 mai 2011, à l'exception de l'article 10, pour lequel la mise en conformité a lieu au plus tard le 21 novembre 2010. Ils en informent immédiatement la Commission.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

#### **Article 13 - Entrée en vigueur**

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne.

#### **Article 14 - Destinataires**

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Strasbourg, le 21 mai 2008.

Par le Parlement européen, Le président, H.-G. Pöttering

Par le Conseil, Le président, J. Lenarčič

[1] JO C 286 du 17.11.2005, p. 1.

[2] Avis du Parlement européen du 29 mars 2007 (JO C 27 E du 31.1.2008, p. 129), position commune du Conseil du 28 février 2008 (non encore parue au Journal officiel) et position du Parlement européen du 23 avril 2008 (non encore parue au Journal officiel).

[3] Recommandation 2001/310/CE de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation (JO L 109 du 19.4.2001, p. 56).

[4] JO L 12 du 16.1.2001, p. 1. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) no 1791/2006 (JO L 363 du 20.12.2006, p. 1).

[5] JO L 338 du 23.12.2003, p. 1. Règlement modifié par le règlement (CE) no 2116/2004 (JO L 367 du 14.12.2004, p. 1).

[6] JO C 321 du 31.12.2003, p. 1.



# Présentation de l'étude du Conseil d'État et de ses principales propositions

Source : dossier du participant du colloque (SRE)

## I- Le cadre général de l'étude

L'étude « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne », remise au Premier ministre, à sa demande, le 30 juillet 2010, s'inscrit dans la fonction traditionnelle du Conseil d'État, conseil du Gouvernement.

En amont de la transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil sur « certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale », le Premier ministre a demandé « que le Conseil d'État éclaire le Gouvernement sur les critères à retenir pour apprécier dans quelle mesure les médiations ou conciliations existantes entrent dans le champ de la directive (...) et à la lumière de ces précisions, consolider le recensement des textes législatifs et réglementaires constituant des médiations ou des conciliations en matière civile ou commerciales susceptibles d'être affectés par l'opération de transposition. / Il s'agira en outre de faire apparaître en quoi ces textes appelleraient des évolutions au regard de l'exercice de transposition, en faisant le départ entre les évolutions relevant du domaine de la loi et celles relevant du domaine du règlement. / Les conclusions de cette analyse gagneront à être synthétisées dans un tableau de concordance entre le droit national et le droit de l'Union. »

Le Conseil d'État a ainsi été amené à formuler différentes préconisations afin, d'une part, de permettre au Gouvernement de respecter le contenu et le délai de transposition qui expire le 21 mai 2011 et, d'autre part, et peut-être surtout, d'améliorer la qualité et l'efficacité de la médiation en France.

## II- Présentation de l'étude

### **PREMIERE PARTIE : Le contexte général de la transposition de la directive 2008/52**

#### *1.1. La genèse de la directive 2008/52*

*1.1.1 Une initiative qui participe de la coopération judiciaire en matière civile au sein de l'Union*

*1.1.2. La proposition de directive s'inspirait de trois préoccupations principales*

*1.1.3. La position française lors de la négociation de la proposition de directive*

#### *1.2. Le contenu et la portée de la directive 2008/52*

*1.2.1. Une définition large de la médiation et du médiateur*

*1.2.2. Les diverses composantes du champ d'application de la directive sont définies avec une inégale précision*

*1.2.3. La directive vise à coordonner les processus de médiation avec les modes judiciaires de règlement des litiges*

*1.3. Les modalités de transposition de la directive envisagées par les autres États membres*



*1.3.1. Les États membres où la médiation n'est pas encore réglementée*

*1.3.2. Les États membres où la médiation est réglementée*

*1.4. La portée de la demande d'étude du Premier ministre*

*1.4.1. Elle s'inspire d'une préoccupation de cohérence*

*1.4.2. La demande d'étude excède ainsi les strictes exigences de transposition de la directive*

La médiation, comme d'ailleurs l'ensemble des modes alternatifs de règlements des différends (MARD), des litiges (MARL) ou des conflits (MARC) s'est considérablement développée depuis le début des années 2000, ce mouvement venant heureusement tempérer la judiciarisation de la société française. Cependant, la médiation, à l'exception de celle strictement judiciaire, ne fait l'objet d'aucune définition juridique, ni d'aucun encadrement réellement normatif. C'est pourquoi la France s'est montrée d'emblée particulièrement favorable à l'adoption d'un cadre communautaire dans ce domaine et a joué un rôle décisif dans l'adoption de cette directive, en souhaitant tout particulièrement mettre en valeur les trois améliorations essentielles qu'elle apporte : une définition commune de la médiation, un élargissement de son champ d'application et la reconnaissance mutuelle des décisions résultant d'une médiation (le principe de reconnaissance mutuelle des titres homologuant des accords issus d'une médiation).

S'attachant à examiner de manière globale les incidences de la directive sur le droit interne, l'étude s'efforce en premier lieu de présenter le contexte général dans lequel s'inscrit la transposition de la directive. Rappelant qu'il s'agit d'une initiative visant à renforcer la coopération judiciaire en matière civile au sein de l'Union européenne, le Conseil d'État souligne les trois préoccupations principales qui ont présidé à la rédaction de ce texte communautaire :

- Promouvoir la médiation extrajudiciaire comme mode autonome de résolution des conflits. La médiation ne doit plus être regardée comme un simple moyen de désengorger les tribunaux, mais, gagnant ses lettres de noblesse, elle devient un mode à part entière de règlement des différends, plus consensuel et pacifié ;
- Conférer de nouvelles garanties aux justiciables en fixant un cadre général et des principes communs minima aux États membres : la qualité de la médiation en est ainsi renforcée ;
- Promouvoir une relation de cohérence et de complémentarité entre les différents modes de règlements des litiges.

Afin de répondre à ce triple objectif, la directive 2008/52/CE donne une définition large de la médiation et du médiateur. En effet, ce qui prime, c'est la volonté des parties de trouver un accord amiable, quelle que soit la dénomination du processus utilisé. Cependant, en première analyse, les exigences de transposition sont limitées dès lors que le champ d'application de cette norme communautaire est clairement circonscrit aux seuls litiges transfrontaliers et semble écarter expressément « les systèmes autorégulés de médiation existants ».

Mais l'intérêt d'étendre les règles issues de la directive aux médiations intervenant



dans des litiges dépourvus de caractère transfrontalier est rapidement apparu. En effet, la coexistence en droit interne de plusieurs régimes de médiation distincts, selon la nature des litiges, risquerait de parvenir à la juxtaposition d'un régime « perfectionné » de médiation civile et commerciale, assorti d'un encadrement approprié et d'une multitude de régimes de médiation purement internes, dépourvus de véritables encadrements et qui s'en trouveraient nécessairement dépréciés.

C'est pourquoi le Conseil d'État, dans un souci d'une transposition complète de la directive, et même au delà, dans une préoccupation de cohérence, a examiné successivement les différents critères devant être respectés pour répondre aux exigences de l'Union européenne.

***DEUXIEME PARTIE : La détermination des critères d'un régime de médiation satisfaisant aux exigences de l'Union européenne et servant de référence aux processus nationaux de médiation***

*2.1. Un critère spatial : le litige ou différend transfrontalier, ou encore intra-européen*

*2.2. Les critères processuels : les concepts de médiation et de médiateur*

*2.2.1. La médiation*

*2.2.2. La définition du médiateur par la directive*

*2.3 Les critères matériels*

*2.3.1. La matière civile et commerciale*

*2.3.2. La « matière administrative » est en principe exclue du champ de la directive*

*2.3.3. La dérogation tirée de l'indisponibilité des droits par les parties à la médiation*

*2.3.4. Les médiations intervenant dans des domaines particuliers*

*2.4. Les critères relatifs au déroulement du processus de médiation*

*2.4.1. La qualité de la médiation*

*2.4.2. Le recours à la médiation*

*2.4.3. Le caractère exécutoire des accords issus de la médiation*

*2.4.4. La confidentialité de la médiation*

*2.4.5. Les effets de la médiation sur les délais de la prescription*

Tout d'abord, il s'est attaché à énoncer clairement les trois critères auxquels doit satisfaire une médiation et les trois garanties qui doivent s'y attacher. Les critères sont les suivants : une médiation repose sur l'existence d'un différend à caractère individuel. Tant le préambule que les travaux préparatoires de la directive ont souhaité exclure les différends à caractère collectif. La médiation doit, par ailleurs, être le fruit d'une démarche volontaire, commune et continue des parties pour tenter de régler le différend. Ainsi, chacune des parties peut y mettre fin à tout moment, sans avoir à justifier sa décision. Enfin, son processus est structuré.

S'agissant des trois garanties qui doivent s'attacher à tout régime de médiation, il s'agit de l'égalité des armes entre les parties, de la confidentialité des informations résultant de la médiation et de la possibilité d'homologuer et de rendre exécutoire un accord issu d'une médiation, tant par le juge national que par ceux des autres États membres.



L'étude s'efforce également de clarifier des notions voisines jusque-là encore souvent confondues avec la médiation :

- l'arbitrage, où c'est une tierce personne, choisie par les parties, qui, à la place du juge, est chargée de régler le différend, selon des modalités qui se rapprochent le plus d'une procédure judiciaire ;

- la transaction, qui se présente sous la forme d'un contrat entre les parties ayant pour objet de mettre fin à un litige né ou à naître ;

- la conciliation, qui se distingue de la médiation par l'intensité du rôle joué par le tiers « conciliateur ». Dans une médiation, l'intervention du médiateur se borne à une simple « assistance ». Contrairement au « conciliateur », le médiateur ne propose pas de solution au litige, il est un simple « facilitateur », un « pacificateur ». D'où des modes de rémunération distincts.

La définition du médiateur ayant ainsi été clairement exposée, le Conseil d'État a rappelé qu'un certain nombre d'exigences s'attachent à ce rôle de facilitateur : il doit faire preuve de diligence, sans pour autant qu'une obligation de résultat lui soit imposée, afin d'assurer au mieux sa fonction et d'être compétent, il doit bénéficier d'une formation minimale aux techniques de la médiation ; il doit de plus justifier de son impartialité et de son indépendance. En outre, et c'est là une exigence supplémentaire proposée par le Conseil d'État, le médiateur doit faire preuve de probité.

De plus, l'étude met en lumière les possibilités étendues de recours à la médiation ouvertes par la directive, eu égard à la conception large et autonome de la « matière civile et commerciale » que le droit de l'Union européenne a développée. La jurisprudence de la CJUE inclut en effet dans la matière « civile et commerciale » la matière administrative non régaliennne, c'est-à-dire une part importante de la matière administrative, à l'exception des domaines où l'autorité publique agit dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Par ailleurs, la médiation ne peut intervenir lorsque les droits ne sont pas disponibles, c'est-à-dire dans les domaines où trouvent à s'appliquer des dispositions d'ordre public. L'indisponibilité des droits concerne notamment les litiges portant sur l'état et la capacité des personnes ainsi qu'une part importante des litiges relatifs au droit du travail. En tout état de cause, la directive s'applique de manière indifférenciée à des domaines pour lesquels le recours à la médiation était, en matière administrative, jusque là exclu : marchés publics, délégations de service public, contrats de partenariat public-privé, responsabilité du fait des dommages causés par des travaux publics, responsabilité hospitalière... Il peut également être recouru à la médiation dans certains aspects du droit familial - hors droits indisponibles - du droit social et du droit de la consommation.

Enfin, l'étude relève deux points novateurs de la directive permettant d'encourager le recours à la médiation, notamment en matière administrative, en renforçant la sécurité juridique et les garanties des justiciables :

- tout d'abord, le Conseil d'État souligne la nécessité de conférer une force exécutoire aux accords issus de la médiation. Or, si le droit national prévoit déjà des procédures



d'homologation par le juge judiciaire, cette question est relativement nouvelle en droit administratif et n'a été évoquée que pour des accords issus de transaction ;

- en outre, la directive précise que le recours à la médiation ne doit pas se retourner contre les justiciables, en les empêchant par la suite, en cas d'échec de la médiation, d'engager une procédure judiciaire, en raison de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation. Si de telles dispositions existent déjà en droit civil, tel n'est pas le cas pour la matière administrative.

L'ensemble de cette approche conceptuelle a permis d'identifier plusieurs critères permettant de déterminer à la fois les modifications nécessaires à apporter au droit national pour se conformer à nos engagements européens, les nouveaux domaines susceptibles d'entrer désormais dans le champ de la médiation ainsi que les conditions à respecter pour mériter la qualification de « médiation » au sens du droit de l'Union européenne et, par suite, bénéficier des avantages prévus par la directive.

Dès lors, et comme le précisait la demande d'étude, il y avait lieu d'identifier l'ensemble des dispositifs de droit national devant être regardés comme relevant de la médiation extra-judiciaire en matière civile et commerciale, au sens large déjà évoqué. Pour mener à bien cette mission, le Conseil d'État a pu bénéficier d'une opération de recensement des dispositifs de médiations existant au sein de chaque ministère, effectuée par les administrations, non exhaustive, et qui a été tout à la fois vérifiée et consolidée par le Conseil d'État.

### ***TROISIEME PARTIE : Le recensement des processus de médiation et leur classement à l'aune des critères précédemment dégagés***

#### *3.1. Les opérations de recensement conduites par les administrations*

##### *3.1.1. Méthodologie suivie par l'administration*

##### *3.1.2. Le tableau de recensement tel qu'il résulte de ces opérations*

#### *3.2. La consolidation de ces travaux de recensement par le Conseil d'État*

##### *3.2.1. Un recensement non exhaustif dans les brefs délais impartis*

##### *3.2.2. La dénomination de « médiation » recouvre, de façon inappropriée, une grande diversité de processus*

##### *3.2.3. Moins de 10% des processus recensés sont des médiations, au sens de la directive*

##### *3.2.4. Les conclusions qui peuvent être tirées de ce constat*

Il a été procédé à deux constats :

- la dénomination « médiation » recouvre de façon inappropriée une grande diversité de processus souvent regardés à tort comme des médiations par les différents acteurs concernés ;

- moins de 10% des processus recensés étaient de vraies médiations au sens de la directive.

Le résultat s'explique logiquement : l'essentiel des médiations recensées sont soit des médiations administratives ou institutionnelles, qui ne laissent pas les parties libres d'y recourir ou de désigner elles-mêmes un médiateur, soit des médiations



dites « médiations maison », c'est-à-dire des processus internes aux entreprises, non structurés et ne faisant l'objet d'aucun encadrement.

Parvenu à ce stade du raisonnement, le Conseil d'État formule des propositions très précises, y compris la rédaction de normes de transposition, mais à titre purement exploratoire, eu égard à l'extrême brièveté des délais qui lui ont été impartis.

#### **QUATRIEME PARTIE : Propositions**

##### *4.1. Transposition des dispositions contraignantes de la directive*

*4.1.1. Une seule norme de transposition est nécessaire pour la médiation judiciaire*

*4.1.2. Prévoir des dispositions de transposition pour la médiation conventionnelle*

*4.1.3. Prévoir des dispositions de transposition pour les médiations relevant de la matière administrative non régalienne*

*4.2. Transposition des dispositions de la directive à caractère facultatif : pour une meilleure garantie de la qualité de la médiation*

*4.2.1. Les dispositions de la directive et les obligations de transposition*

*4.2.2. L'encouragement à l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et à l'adhésion à ces codes*

*4.2.3. Mécanismes de contrôle de la qualité de la médiation*

*4.2.4. La promotion de la formation initiale et continue de médiateurs*

*4.3. Pour une meilleure information du public*

*4.3.1. Les obligations résultant de la directive*

*4.3.2. Recommandations en matière d'information du public*

*4.4. Information de la Commission européenne sur les juridictions compétentes pour rendre exécutoire le contenu d'un accord issu d'une médiation*

Tout d'abord, deux cas de figure doivent être distingués : les processus qualifiés de médiations « institutionnelles » ou « maison » qui fonctionnent bien doivent continuer à s'autoréguler selon les mêmes modalités qui prévalent actuellement. A l'inverse, pour ceux de ces processus qui souhaiteraient bénéficier de la qualification de « médiation » et des avantages qui s'y attachent, il y aura lieu de les faire évoluer.

Cette analyse de la directive et de la situation actuelle de la médiation en France a conduit le Conseil d'État à présenter deux séries de propositions afin d'atteindre les objectifs de la directive : simplifier le recours à la médiation ; le rendre plus lisible et accessible ainsi que le sécuriser.

#### **Adapter les procédures actuelles aux exigences de la directive**

Le Conseil d'État insiste tout d'abord sur la nécessité d'adapter les procédures actuelles de règlements des litiges aux exigences de la directive. D'une manière générale, le Conseil d'État a jugé approprié de proposer, sauf exception dûment justifiée, des textes de transposition de nature transversale ayant pour objet de compléter et d'adapter le régime de médiation judiciaire ainsi que d'instituer un mécanisme similaire à celui de la médiation judiciaire, applicable par le juge administratif. Dans un souci de sécurité juridique et de clarté de la norme, le Conseil d'État suggère, pour ce qui concerne le juge administratif, d'introduire ces nouvelles dispositions directement dans le code de justice administrative.



Par ailleurs, et toujours dans un souci de garantir au mieux les droits des justiciables, le Conseil d'État propose d'étendre le bénéfice de l'aide juridictionnelle à la médiation ordonnée par le juge administratif. Cependant, il ne préconise pas d'étendre cette dernière à la médiation purement conventionnelle, non seulement en raison de contraintes budgétaires, mais également et surtout de l'architecture actuelle du régime de l'aide juridictionnelle : une telle évolution nécessiterait en effet de la repenser complètement.

Enfin, il ressort de la directive qu'une suspension des délais de recours contentieux en cas d'engagement d'une médiation doit être prévue. Afin de concilier le respect du principe de sécurité juridique, la capacité d'action de l'administration et la bonne qualité qui doit s'attacher à tout processus de médiation, le Conseil d'État propose de limiter la durée de cette suspension à trois mois au plus. Et, si l'extrême brièveté de certains délais de recours contentieux devant le juge administratif s'accommode mal d'une procédure de médiation qui peut durer des mois, voire des années, l'étude rappelle que l'administration peut à tout moment mettre un terme à la médiation sans avoir à se justifier.

### **Renforcer les garanties entourant la médiation**

La deuxième série de propositions a pour objet, en allant au-delà des exigences de la directive, de renforcer les garanties entourant la médiation. Plusieurs recommandations sont formulées dans quatre domaines concrets :

Tout d'abord, il s'agit d'encourager l'élaboration de codes de bonne conduite et l'adhésion à ceux-ci. Il existe actuellement plusieurs chartes de bonne conduite : le code de conduite européen pour les médiateurs élaboré sous la direction de la Commission, en coopération avec un grand nombre d'organisations et adopté en 2004 ; le code de déontologie du médiateur, qui se réfère au précédent code, élaboré par les principaux experts en matière de médiation. Deux propositions simples sont faites :

- mettre en ligne ces codes de conduite sur un site internet public ;
- prévoir, dans le cas d'une médiation suggérée par un juge, une information systématique du médiateur désigné sur l'existence de ces codes.

Ensuite, il est apparu nécessaire de mettre en place des mécanismes de contrôle de la qualité de la médiation. Tenant compte de la gestion d'un tel système, de sa possible contrariété avec nos engagements européens (directive « Services ») et d'une remise en cause du libre choix du médiateur par les parties, le Conseil d'État a écarté la mise en place d'un contrôle opéré par l'État au moyen d'un mécanisme d'agrément individuel des médiateurs. De même a-t-il des réserves sur la mise en place d'une telle procédure par un organisme privé, à l'instar du système existant pour la certification des normes ISO. En effet, cette solution présente l'inconvénient de la nécessaire rémunération de l'organisme contrôleur par l'organisme contrôlé et donc d'une possible altération de l'indépendance des organismes de certification. C'est pour cette raison que le Conseil d'État propose le choix entre les deux termes de l'alternative suivante :



- soit la mise en place d'un système déclaratoire auprès d'une administration restant à définir (via internet, en préfecture, auprès du tribunal d'instance, par exemple) et se limitant au strict nécessaire ;

- soit l'institution d'un régime d'adhésion volontaire à des associations agréées. Cette solution, privilégiée par le Conseil d'État parce qu'étant la plus souple, conduirait à transférer le contrôle de la compétence des médiateurs aux associations de médiateurs. D'ores et déjà, certaines fédérations ont établi un annuaire national des médiateurs ayant reçu une formation initiale et adhéré aux codes de bonne conduite. Il s'agirait d'étendre cette pratique à l'ensemble des fédérations de médiateurs.

En outre, une bonne qualité de la médiation ne peut être obtenue sans une formation initiale des médiateurs. Or, à l'exception de la médiation familiale, celle-ci n'est pas réglementée. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État suggère de promouvoir la formation des médiateurs en prévoyant une exigence générale de formation minimale. Les organismes délivrant les formations pourraient faire l'objet d'un agrément par le Garde des Sceaux (et le ministre en charge du secteur concerné). Des dérogations pourraient être envisagées pour les personnes justifiant d'une expérience particulière.

Enfin et en vue d'assurer l'accessibilité effective aux justiciables de ce mode de règlement des litiges, le Conseil d'État met l'accent sur la mise en place d'une information par l'État. Il recommande ainsi à la puissance publique de mettre à la disposition du public, sur un site internet public, les informations relatives aux organismes de médiations et associations de médiateurs ayant adhéré à l'un des codes de déontologie, ainsi que les coordonnées des médiateurs qui y adhèrent.

## **Conclusion**

En élaborant cette étude, le Conseil d'État a agi pleinement dans son rôle de conseil du Gouvernement. Sa saisine en amont de la transposition d'une directive dans l'ordre interne s'est faite dans le droit fil de ce qui avait été souhaité par le Premier ministre dans sa circulaire du 30 janvier 2003 et de l'ensemble des préconisations faites par le Conseil d'État dans son rapport annuel de 2007 ainsi que dans son étude du 22 février 2007 « Pour une meilleure transposition des normes communautaire en droit national ».

Malgré ces contraintes temporelles, le Conseil d'État, en conformité avec les principes sous-tendant le programme européen « Mieux légiférer », devenu « Smart regulation », a jugé essentiel de consulter les milieux intéressés en réunissant un groupe de travail représentant une forte capacité d'expertise.

Il a fait preuve de la réactivité nécessaire pour conduire cette mission dans le délai très court de sept semaines utiles. Cette réactivité a été suivie d'effet au niveau gouvernemental puisque, dès la fin du mois d'août 2010, le Gouvernement l'a saisi d'un projet de loi de transposition, examiné par l'Assemblée générale le 12 septembre, délibéré en conseil des ministres le 22 septembre et déposé le jour même sur le bureau du Sénat, par la voie de la procédure accélérée.



Ainsi devrait être assurée, en l'espèce, l'obligation de transposition des directives de l'Union européenne, principe désormais de valeur constitutionnelle.

### III- L'étude en 10 questions-réponses

1) Dans quelle perspective vient s'inscrire cette étude du Conseil d'État ?

Les modes alternatifs de règlements des différends (MARD) font l'objet d'un intérêt croissant depuis plus d'un quart de siècle. Ainsi, dès 1993, le Conseil d'État y consacrait son rapport annuel sous le titre « régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative », étude qui a été complétée par le rapport sur « les recours administratifs préalable obligatoires » de 2008.

De la même façon, en 2008, la médiation a fait très récemment l'objet d'une étude dirigée par M. MAGENDIE, Premier président de la cour d'appel de Paris, mettant en avant les points forts du recours à la médiation : « Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie », mais également d'une réflexion approfondie par les autorités politiques comme le montre le rapport du député Jacques FLOCH sur « la médiation en Europe » en 2007.

Au-delà de ces rapports, études et autres réflexions, la médiation garantit un accès plus effectif au bon règlement des litiges.

2) Pourquoi encourager le développement de la médiation aujourd'hui ? Pourquoi un tel engouement au niveau européen ?

La médiation résulte d'une autre conception du règlement des différends, celle qui privilégie la volonté de s'entendre entre les parties, grâce à l'aide d'un tiers qui n'est pas nécessairement un juge. Elle permet ainsi aux parties d'engager un dialogue souvent plus efficace que l'engagement d'une procédure devant un tribunal. La médiation est donc un mode de règlement des litiges souple, choisi par les parties, adaptable aux particularités de chaque litige. C'est pour cette raison que les États se sont accordés en 1999 pour créer des procédures de substitution extrajudiciaires.

Consciente de l'intérêt de ces processus et d'abord motivée par l'objectif de garantir la protection des consommateurs dans le cadre du développement du marché intérieur, l'Union européenne s'est saisie de ce problème à la fin des années quatre-vingt-dix. Aujourd'hui, les MARD connaissent une véritable consécration au niveau du droit de l'Union européenne avec la directive 2008/52. En effet, il s'agit, d'une part, de garantir un standard minimum du processus de médiation et, d'autre part, de permettre de manière simplifiée la reconnaissance d'un accord dans les différents États membres. Depuis le Livre vert de la Commission européenne de 2002 sur les modes alternatifs de résolutions des conflits en matière civile et commerciale, la médiation a vocation à couvrir quasiment toute la matière civile et commerciale et plus seulement de demeurer dans l'ombre des recours juridictionnels traditionnels, comme simple alternative. Elle a vocation à s'affirmer comme mode à part entière de résolution des litiges.



### 3) L'interaction entre le droit national et celui de l'Union européenne

#### a) L'existant en droit national

La médiation en France est caractérisée par deux éléments clés tenant à son domaine d'intervention et à sa définition réglementaire.

En premier lieu, on constate un développement considérable de la médiation qui s'inscrit dans le cadre plus large de la recherche d'un règlement à l'amiable des conflits. Ainsi, la terminologie de médiation, dénomination ne faisant l'objet actuellement d'aucune définition réglementaire, renvoie à des domaines très hétérogènes, allant de la médiation scolaire à la médiation en matière de crédit bancaire, en passant par les médiations mises en place au sein des ministères ou encore dans le domaine familial.

En second lieu, la médiation n'est que partiellement réglementée. Ainsi, la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative a donné la possibilité au juge de recourir à une médiation après accord des parties. De même, le recours à la médiation a-t-il été élargi au domaine familial, notamment du fait de l'absence de formalisme et la volonté de favoriser le dialogue. Le but d'un recours à la médiation est clair : dédramatiser ces procédures.

Cependant, la médiation extra-juridictionnelle, ou conventionnelle, est actuellement « le parent pauvre de la médiation ». En effet, ni encadrée, ni prévue par les textes, elle est considérablement affaiblie du fait de son manque de reconnaissance par la justice et par les justiciables.

#### b) L'apport de la directive 2008/52

Le champ matériel de cette directive conduit à de profonds bouleversements de la conception française de la médiation. En effet, le droit européen a une conception autonome de la notion de droit administratif. Ainsi, la directive s'applique, de manière indifférenciée, à des domaines ignorant jusque-là le recours à la médiation : les marchés publics, les délégations de service public, les contrats de partenariat, la responsabilité à l'occasion des dommages de travaux publics, pour ce qui est du domaine administratif. Aussi, c'est un champ nouveau très vaste qui est désormais couvert par la médiation.

Seuls en sont explicitement exclus certains litiges ou différends : ceux faisant intervenir les pouvoirs régaliens de l'État ou des personnes de droit public, ou ceux intervenant dans des domaines largement régis par des dispositions dites d'ordre public.

Par ailleurs, pour la première fois, la directive permet une définition claire tant du principe de la médiation que des qualités du médiateur, entraînant ainsi un renforcement important des garanties des justiciables et de la portée juridique d'une médiation.



#### 4) Quelles différences entre la médiation, la conciliation, la transaction et l'arbitrage ?

L'étude du Conseil d'État permet de clarifier des notions voisines de la médiation. D'une part, figure en son annexe un glossaire réalisé par le Professeur JARROSSON, qui définit les différents processus de règlement extrajudiciaire des litiges et, d'autre part, elle s'appuie sur la définition de la médiation, donnée par la directive 2008/52, pour mettre fin à la confusion sémantique existant jusqu'alors entre la médiation et la conciliation, deux notions souvent confondues en droit national.

La définition de la médiation est désormais clarifiée : il s'agit d'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 ».

La médiation se distingue ainsi de :

- l'arbitrage, où c'est une tierce personne, choisie par les parties qui, à la place du juge, est chargée de régler le différend, selon des modalités qui se rapprochent le plus d'une procédure judiciaire ;
- la transaction, qui se présente sous la forme d'un contrat entre les parties ayant pour objet de mettre fin à un litige né ou à naître ;
- la conciliation, qui se distingue de la médiation par l'intensité du rôle joué par le tiers « conciliateur ». Dans une médiation, l'intervention du médiateur se borne à une simple « assistance ». Contrairement au « conciliateur », le médiateur ne propose pas de solution au litige, il est un simple « facilitateur », un « pacificateur ». D'où des modes de rémunération distincts.

#### 5) Quels sont les critères conventionnels d'une médiation ?

La directive instaure quatre critères communs à l'ensemble des pays de l'Union européenne caractérisant ainsi de manière homogène la médiation :

- une exigence de qualité : la médiation doit être menée avec efficacité et compétence ;
- une garantie d'indépendance et d'impartialité ;
- un caractère exécutoire conféré aux accords issus de la médiation : la directive prévoit une homologation des accords de médiation par le juge et permet ainsi de renforcer la portée juridique et donc l'efficacité de la médiation ;
- le respect de la confidentialité de la médiation : afin de permettre une négociation la plus efficace possible, tous les échanges tenus au cours de ce processus sont confidentiels ;
- une suspension des délais de la prescription : il s'agit d'empêcher que le recours à la médiation rende impossible la saisine d'un juge en cas d'échec.



## 6) Quelles conditions et garanties le médiateur doit-il satisfaire ?

Afin de permettre une protection maximale des parties, le médiateur doit satisfaire à six conditions, garantissant une « égalité des armes » entre les parties et la recherche d'une solution positive au litige :

- Il doit être extérieur aux parties. Il s'agit ainsi de s'assurer de sa neutralité ;
- Il doit être impartial ;
- Il doit être indépendant. Ce critère a été ajouté par le Conseil d'État afin de renforcer les garanties de chacune des parties et permet l'existence d'une présomption d'impartialité ;
- Il doit être efficace. Il ne s'agit pas d'imposer une obligation de résultat, mais de s'assurer que le médiateur cherche effectivement et activement à résoudre le litige ;
- Il doit être compétent, ce qui implique une formation technique et de l'expérience ;
- Enfin, il doit être probe. Sa conduite doit « [respecter] scrupuleusement les règles de la morale sociale, les devoirs imposés par l'honnêteté et la justice » (Le petit Robert 2007).

## 7) Quelles perspectives pour certaines formes particulières de médiation ?

Avec l'aide des administrations, l'étude a procédé à un recensement des processus de médiation existant, au sein des ministères. Après examen à l'aune des critères définis par la directive, il a été constaté que moins de 10% des processus recensés constituent réellement des médiations, au sens de la directive.

Cependant, ce faible pourcentage s'explique logiquement par le caractère particulier de ces « médiations ». Ainsi, de nombreux processus sont des médiations administratives ou encore une phase de précontentieux obligatoire ne laissant pas de choix aux parties : le recours à ces « médiations » est obligatoire. D'autres sont des « médiations maison », internes aux entreprises et ne correspondent pas aux exigences d'un processus structuré.

Dès lors, deux cas de figure doivent être distingués :

- Les médiations administratives ou « maison » qui fonctionnent bien sont hors du champ de la médiation et devront, à l'avenir, continuer à s'autoréguler ;
- Les médiations qui bénéficient des avantages résultant de la directive, notamment pour ce qui est de leur portée juridique, devront, elles, évoluer en renforçant les garanties autour du médiateur.

## 8) Comment former au mieux les médiateurs ?

L'intervention du législateur est très limitée, elle se borne à fixer des « garde-fous » afin de garantir le respect des critères fixés par la directive et approfondis par le Conseil d'État. Cet équilibre entre règles-cadres et autorégulation s'explique par une grande attention portée aux processus de médiation déjà existants, fonctionnant de



façon très satisfaisante. Ainsi, une réglementation trop stricte risquerait de porter préjudice à des processus existants efficaces.

C'est pourquoi il revient à l'initiative privée d'organiser cette formation par l'encadrement des centres de formation, comme l'Institut français de la médiation, les barreaux, les chambres de commerce et d'industrie, et les autres organes intéressés.

Loin de limiter le droit d'exercer la fonction de médiateur aux seules personnes ayant bénéficié d'une formation spécifique, le Conseil d'État a estimé cependant nécessaire de prévoir certaines exigences de formation minimale. Aussi, propose-t-il d'instituer un dispositif d'agrément souple des organismes délivrant des formations à la médiation.

9) Comment informer au mieux les quelques deux millions et demi de justiciables potentiels des possibilités qui leur sont offertes en matière de médiation ?

L'information du public est un enjeu essentiel pour le développement de la médiation. C'est la raison pour laquelle la directive confie une double mission d'information aux États membres :

- Permettre à chaque justiciable de contacter facilement les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation ;

- Encourager les praticiens de la justice à informer toutes les personnes intéressées des possibilités de médiation.

A cet effet, le Conseil d'État suggère de mettre à disposition du public, sur un site internet public, les informations relatives aux organismes de médiation et associations de médiateurs ayant adhéré au « code de déontologie des médiateurs ». D'ailleurs, pour la plupart, les sites internet de ces organismes et associations comportent déjà les coordonnées des médiateurs ayant adhéré à ce code.

10) Pourquoi la France a-t-elle opté pour une transposition large et volontariste de la directive 2008/52 en créant un régime unique de médiation ?

Le Gouvernement français a choisi d'étendre les dispositions de la directive au-delà des seules médiations transfrontalières. Pour deux raisons :

- garantir une unité dans la pratique de la médiation transfrontalière et interne ;

- éviter de créer des « sous-médiations » ou des « médiations au rabais », c'est-à-dire celles qui ne seront pas dans le champ de la directive et donc ne bénéficieront pas des mêmes garanties juridiques.

C'est donc un triple objectif de simplicité, lisibilité et d'accessibilité de la justice qui est recherché.



# Glossaire : la médiation et la conciliation judiciaires et conventionnelles

Source : dossier du participant du colloque (SRE)

**ANNEXE I - Glossaire de la médiation et des institutions voisines** établi par Charles JARROSSON, professeur à l'Université de Paris II Panthéon-Assas, directeur du Master Contentieux, arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, rédacteur en chef de la Revue de l'arbitrage

**Amiable composition** : faculté spécifique confiée par les parties à un litige, à l'arbitre (ou, le litige né, au juge, v art. 12 dernier alinéa NCPC), lui permettant de corriger la solution à laquelle il parvient en appliquant strictement la règle de droit afin d'aboutir à une solution plus équitable à ses yeux. Seul le titulaire d'un pouvoir juridictionnel peut être investi de la mission de statuer en amiable composition. Expressions synonymes à celle de « statuer en amiable composition » : statuer *ex aequo et bono*, statuer en équité.

**Arbitrage** : procédé par lequel un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci. On parlera d'arbitrage institutionnel si l'arbitrage se déroule sous l'égide et selon le règlement d'une institution d'arbitrage à laquelle les parties se sont référées, ou d'arbitrage ad hoc si l'arbitrage se déroule selon les règles convenues entre les parties.

**Conciliation** : (du latin *conciliare* : assembler)

- 1) processus de résolution des litiges fondé sur la recherche d'un accord des parties ; la conciliation est menée soit par les parties seules, soit avec l'aide d'un tiers alors appelé conciliateur (rappr. art. 127 NCPC : « les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance »).
- 2) nom donné à l'accord résultant du processus cité en 1.

**Conciliation conventionnelle** : encore appelée conciliation amiable ou conciliation extrajudiciaire : conciliation qui tire sa source de la volonté des parties et qui s'effectue en dehors du cadre judiciaire. Elle relève du droit des contrats.

**Conciliation de justice** : conciliation particulière, organisée auprès des tribunaux d'instance et des juges de proximité par le décret du 20 mars 1978, modifié par les décrets des 22 juillet 1996 et 28 décembre 1998 (v. art. 830 à 835 NCPC, art 847 al. 2). Le conciliateur de justice a une mission continue (un an, puis renouvellement par périodes de deux ans).

**Conciliation judiciaire** : conciliation opérée par le juge dans le cadre ou l'esprit de l'article 21 NCPC (« il entre dans la mission du juge de concilier les parties »). V art. 127 à 131 du NCPC, art. 847 al 1 NCPC, art 1071 al. 1 NCPC, art. 252 C.civ, art. 373-2-10 al. 1 C.civ.



**Conciliation judiciaire déléguée** : conciliation judiciaire ressortissant de l'application de l'article 21 CPC et dont le décret du 1<sup>er</sup> octobre 2010 a prévu qu'elle pouvait être opérée, non par le juge saisi du litige au fond, mais par un conciliateur de justice.

**Convention de procédure participative** : convention introduite dans le code civil par une loi du 22 décembre 2010 (art. 2062 à 2068 C. civ.) et par laquelle « les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend » (art. 2062 al. 1 C. civ.)

**Expertise** : recours par le juge (expertise judiciaire) ou par des contractants, en litige ou non (expertise amiable ou conventionnelle) à un tiers, choisi pour ses compétences techniques et à qui il est demandé son avis aux fins d'éclairer celui qui recourt à lui.

**Litige** : au sens juridique du terme, il y a litige (le mot est ici synonyme de différend) dès lors qu'une partie résiste en pouvant s'appuyer sur une argumentation juridique, au point de vue qu'une autre partie essaye d'imposer et qui diffère du sien.

**Médiation** : variété de conciliation, qui consiste également en un processus de résolution des litiges fondé<sup>71</sup> sur la recherche d'un accord des parties, mais nécessite la participation d'un tiers, le médiateur.

**Médiation conventionnelle** : médiation qui se déroule sur le fondement du seul accord des parties, que celui-ci soit intervenu avant ou après la naissance du litige.

**Médiation familiale** : médiation judiciaire particulière destinée à résoudre les conflits familiaux, principalement en matière de divorce ou d'exercice de l'autorité parentale (art. 255 et 373-2-10 al. 2 et 3 C. civ., art. 1071 al 2. NCPC).

**Médiation judiciaire**<sup>72</sup> : médiation engagée sur proposition du juge, à l'occasion d'une action en justice pendante devant lui, *et menée par un médiateur qu'il désigne directement ou par le biais d'une association.*

**Tiers** : dans le cadre du règlement des litiges, le tiers est une personne extérieure aux parties, qui ne les représente donc pas et est à leur égard indépendante et impartiale.

---

71 Autres définitions :

J.P. Bonafé-Schmitt (La médiation, une autre justice, éd. Syros-Alternatives, Coll. Alternatives sociales, 1992) : « processus le plus souvent formel par lequel un tiers neutre tente à travers l'organisation d'échanges entre les parties de permettre à celles-ci de confronter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution au conflit qui les oppose ».

Dictionnaire *Petite Robert* : « Entreprise destinée à mettre d'accord, à concilier ou à réconcilier ».

Vocabulaire Capitant (dir. G. Cornu) : « mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes, à proposer à ceux-ci un projet de solution ».

72 Autre définition : J. Joly-Hurard : « la médiation judiciaire peut se définir comme un mode conventionnel de règlement des litiges intervenant dans le cadre d'une instance judiciaire, par lequel le juge, saisi d'un litige et après avoir recueilli le consentement des parties, désigne un tiers chargé, sous son contrôle et contre rémunération, de confronter leurs points de vue respectifs et de les aider à trouver une solution au litige qui les oppose » (l'auteur utilise le mot conventionnel dans sa définition, afin d'insister sur le nécessaire accord des parties pour que la médiation proposée par le juge puisse avoir lieu)



**Modes alternatifs (ou amiables) de règlement des conflits** : ensemble non limité de procédés qui, le plus souvent grâce à l'intervention d'un tiers, ont pour objet de régler un conflit en recourant à une solution non juridictionnelle voulue par les parties.

**Transaction** : contrat par lequel les parties mettent fin à un litige né ou à naître en se faisant des concessions réciproques (art. 2044 et s. C. civ.). La transaction est l'issue fréquente (mais non systématique, car l'accord peut ne pas comporter de concessions réciproques ou résulter d'un désistement ou d'un acquiescement) d'un processus de conciliation ou de médiation voire d'une convention de procédure participative..

**NB 1** : les notions de médiation et de conciliation n'ont, hormis le fait qu'une conciliation peut avoir lieu sans tiers, pas de raison d'être distinguées en droit, de manière générale. Les distinctions éventuelles n'ont d'intérêt et d'effet que lorsque les textes attribuent à tel ou tel terme un régime juridique différent. Ce n'est pas le cas pour la conciliation ou la médiation conventionnelle, cela peut être le cas en matière judiciaire.

**NB 2** : le rôle du médiateur ou du conciliateur ne diffère que si les parties le décident ou si, dans certains cas précis le législateur le prévoit (ex. art. L. 524-1 et s. du code du travail en matière de conflits collectifs du travail). L'utilisation d'un terme ou d'un autre n'a, sans cela, pas d'effet juridique.



---

Le présent ouvrage a été élaboré par la section du rapport et des études du Conseil d'État, en collaboration avec les intervenants du colloque.

Il est enrichi de références documentaires, non exhaustives, proposées dans le cadre d'une démarche pédagogique, pour faciliter la compréhension et le suivi des débats.

Les contenus sont protégés par les droits d'auteur ; toute référence à la publication devra comporter les mentions éditoriales.

### **Comité de rédaction**

#### ***Responsable de la publication :***

Olivier Schrameck, président de la section du rapport et des études

#### ***Conception et réalisation :***

Jacky Richard, conseiller d'État, président adjoint de la SRE,

Jacques Biancarelli, coordinateur du colloque,

Corinne Mathey, secrétaire de la SRE

***Secrétaire de rédaction :*** Evelyne Ghanbariha, assistante à la SRE

***Suivi du colloque :*** Fabien Chevalier, secrétaire adjoint de la SRE,  
Pierre-Marie Baudry, stagiaire à la SRE

***Crédits photos, conseil graphique :*** direction de la communication.

