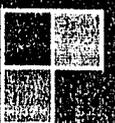




Les études du Conseil d'État

Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne

Étude adoptée par
l'Assemblée générale plénière
du 29 juillet 2010



SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : Le contexte général de la transposition de la directive 2008/52	9
1.1. <i>La genèse de la directive 2008/52</i>	9
1.1.1 Une initiative qui participe de la coopération judiciaire en matière civile au sein de l'Union	9
1.1.2. La proposition de directive s'inspirait de trois préoccupations principales	9
1.1.3. La position française lors de la négociation de la proposition de directive	10
1.2. <i>Le contenu et la portée de la directive 2008/52</i>	11
1.2.1. Une définition large de la médiation et du médiateur	11
1.2.2. Les diverses composantes du champ d'application de la directive sont définies avec une inégale précision	11
1.2.3. La directive vise à coordonner les processus de médiation avec les modes judiciaires de règlement des litiges	12
1.3.1. Les Etats membres où la médiation n'est pas encore réglementée	14
1.3.2. Les Etats membres où la médiation est réglementée	14
1.4.1. Elle s'inspire d'une préoccupation de cohérence	14
1.4.2. La demande d'étude excède ainsi les strictes exigences de transposition de la directive	15
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	19
2.1 <i>Un critère spatial : le litige ou différend transfrontalier, ou encore intra-européen</i>	19
2.2.1. La médiation	19
2.2.2. La définition du médiateur par la directive	23
2.3 <i>Les critères matériels</i>	24
2.3.1. La matière civile et commerciale	24
2.3.2. La « matière administrative » est en principe exclue du champ de la directive	25
2.3.3. La dérogation tirée de l'indisponibilité des droits par les parties à la médiation	28
2.3.4. Les médiations intervenant dans des domaines particuliers	29
2.4. <i>Les critères relatifs au déroulement du processus de médiation</i>	32
2.4.1. La qualité de la médiation	32
2.4.2. Le recours à la médiation	32
2.4.3. Le caractère exécutoire des accords issus de la médiation	32
2.4.4. La confidentialité de la médiation	34
2.4.5. Les effets de la médiation sur les délais de la prescription	35
TROISIEME PARTIE : Le recensement des processus de médiation et leur classement à l'aune des critères précédemment dégagés	37
3.1. <i>Les opérations de recensement conduites par les administrations</i>	37
3.1.1. Méthodologie suivie par l'administration	37
3.1.2. Le tableau de recensement tel qu'il résulte de ces opérations	38
3.2. <i>La consolidation de ces travaux de recensement par le Conseil d'Etat</i>	38
3.2.1. Un recensement non exhaustif dans les brefs délais impartis	38
3.2.2. La dénomination de « médiation » recouvre, de façon inappropriée, une grande diversité de processus	38
3.2.3. Moins de 10% des processus recensés sont des médiations, au sens de la directive	39
3.2.4. Les conclusions qui peuvent être tirées de ce constat	40

QUATRIEME PARTIE : Propositions	43
4.1. <i>Transposition des dispositions contraignantes de la directive.....</i>	43
4.1.1. Une seule norme de transposition est nécessaire pour la médiation judiciaire	43
4.1.2. Prévoir des dispositions de transposition pour la médiation conventionnelle	44
4.1.3. Prévoir des dispositions de transposition pour les médiations relevant de la matière administrative non régaliennne	46
4.2. <i>Transposition des dispositions de la directive à caractère facultatif : pour une meilleure garantie de la qualité de la médiation.....</i>	51
4.2.1. Les dispositions de la directive et les obligations de transposition.....	51
4.2.2. L'encouragement à l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et à l'adhésion à ces codes ..	52
4.2.3. Mécanismes de contrôle de la qualité de la médiation.....	53
4.2.4. La promotion de la formation initiale et continue de médiateurs	55
4.3. <i>Pour une meilleure information du public</i>	57
4.3.1 Les obligations résultant de la directive	57
4.3.2. Recommandations en matière d'information du public	57
4.4. <i>Information de la Commission européenne sur les juridictions compétentes pour rendre exécutoire le contenu d'un accord issu d'une médiation.....</i>	57
ANNEXES	61

Depuis plus d'un quart de siècle et même davantage¹, les modes alternatifs de règlement des différends (MARD)² sont regardés aussi bien par l'ordre juridique national que par l'ordre juridique communautaire comme étant susceptibles de constituer une réponse à la judiciarisation toujours croissante des sociétés contemporaines et à l'encombrement des prétoires. En France, les deux ordres juridictionnels se sont à plusieurs reprises penchés sur ce sujet. En témoignent l'étude du Conseil d'Etat de 1993³, intitulée « *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative* », et, plus récemment, le rapport du Premier Président de la Cour d'appel de Paris du 24 mai 2008⁴.

Les autorités politiques se sont également intéressées à ce thème qui constitue une véritable question de société, comme le montre le rapport du député Jacques Floch sur la médiation en Europe en 2007⁵. Bien que le législateur se soit saisi de la question il y a plus de quinze ans par la loi du 8 février 1995⁶, laquelle comprend un chapitre intitulé « la conciliation et la médiation judiciaires »⁷, aucun encadrement, législatif ou réglementaire, n'est venu régir la médiation extrajudiciaire (médiation conventionnelle).

De sorte que, alors que la médiation judiciaire avait été initialement présentée, d'ailleurs à tort, comme ayant pour seul objet de mettre un terme à la judiciarisation de la société française, la loi de 1995 est venue précisément et malencontreusement accélérer la judiciarisation des litiges. Or, outre le désencombrement des prétoires traditionnellement évoqué, la médiation participe 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, celle qui permet aux parties d'engager un véritable dialogue, souvent plus efficace que l'engagement d'une procédure devant un tribunal.

Alors que l'office du juge relève de la sphère régaliennne, le médiateur effectue une prestation de services.

L'Union européenne, pour sa part, s'est saisie de ce problème à la fin des années quatre-vingt dix. Ainsi, au cours du Conseil européen de Vienne, en décembre 1998, puis de celui de Tempere, des 15 et 16 octobre 1999, les Etats membres se sont accordés pour créer des « *procédures de substitution extrajudiciaires* »⁸. C'est ainsi que le Conseil européen a invité la Commission à présenter un Livre vert faisant le point de la situation existante et lançant une large concertation en vue de préparer les mesures concrètes à adopter. C'est dans ce contexte qu'a été adopté, par la Commission européenne, le Livre vert du 19 mars 2002 « *sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial* »⁹. Ce Livre vert rappelle les mérites de l'ensemble des M.A.R.D., en les recensant partiellement et en relevant qu'en aucun cas le recours aux M.A.R.D. ne doit avoir pour objet ou pour effet de nuire à l'accès à la justice. Par suite, il énonce un certain nombre de souhaits de dispositions minimales en matière de suspension des délais de prescription, de normes minimales de qualité, de confidentialité, de validité des consentements, de formation des médiateurs et d'homologation

¹ M. Six, cité par Michèle Guillaume-Hofnung in *La Médiation*, « Que sais-je ? », PUF, 2009, 5^{ème} édition.

² Désignés aussi sous l'acronyme M.A.R.C. (modes alternatifs de règlement des conflits) ou M.A.R.L. (modes alternatifs de règlement des litiges). D'une façon générale, dans une étude relative à la médiation, le mot « différend » sera préféré au mot de « litige » lequel se rattache davantage à une procédure juridictionnelle.

³ « *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative* », La Documentation française, 1993.

⁴ Rapport de M. Magendie, Premier Président de la cour d'appel de Paris, « *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie* ».

⁵ Rapport d'information n°3696, M. Jacques FLOCH, *La médiation en Europe*, Assemblée nationale, 2007.

⁶ Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

⁷ Mise en place par le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires.

⁸ Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Tempere des 15 et 16 octobre 1999, point 30.

⁹ « *Les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial* », COM(2002) 196 final.

des accords issus des M.A.R.D. par des actes authentiques bénéficiant d'un système allégé d'exequatur.

Très ambitieuse initialement, aussi bien dans son champ d'application que dans les mécanismes organiques qu'elle instituait, la proposition de directive de la Commission européenne¹⁰ a vu sa portée substantiellement affaiblie lors de sa négociation avec les Etats membres. De sorte que la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil européen du 21 mai 2008¹¹ « *sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale* » (ci-après la directive 2008/52), avec un préambule très complet comprenant trente considérants et un bref dispositif de quatorze articles, demeure d'une portée assez limitée.

Cette directive doit être transposée au plus tard le 21 mai 2011. Il est peut-être permis, à cet égard, de s'interroger sur l'intérêt porté par les administrations nationales entre la publication du Livre vert de la Commission, en 2002, et la publication au Journal officiel de l'Union européenne de la directive 2008/52, le 21 mai 2008, et, bien plus, sur la réalité des travaux de transposition entrepris depuis cette dernière date. Ont-ils été bien conformes aux bonnes pratiques et aux bonnes méthodes telles que notamment préconisées par le Conseil d'Etat dans son étude du 22 février 2007, « *Pour une meilleure insertion des normes communautaires en droit national* »¹². Même si les travaux relatifs à cette transposition ont, en France, comme dans la plupart des autres Etats membres, été engagés, ils ont fait apparaître une difficulté relativement classique en droit de l'Union européenne, parfois dénommée, lors qu'elle confine à des inégalités de traitement, « la discrimination à rebours ». Il serait regrettable que coexistent, dans notre droit national, deux régimes de médiation distincts selon la nature des litiges ou différends en cause, transfrontalière ou purement interne.

Autrement dit, ce que souhaite éviter le Gouvernement, c'est la juxtaposition d'un régime « perfectionné » de médiation civile et commerciale, assorti d'un encadrement approprié résultant de la transposition de la directive 2008/52, et d'une multitude de régimes de médiations purement internes dépourvus de tout encadrement. Il s'en suivrait nécessairement une dépréciation de ces derniers. L'on entendra par « litiges ou différends transfrontaliers », ceux qui mettent en cause des personnes, physiques ou morales, établies dans différents Etats membres de l'Union européenne, autrement dits ceux qui revêtent un caractère intra-européen¹³, à l'exclusion des pays tiers.

C'est dans un tel contexte que le Premier ministre a saisi le Conseil d'Etat¹⁴, en lui impartissant un délai de huit semaines pour parvenir à l'identification de l'ensemble des dispositifs de droit national devant être regardés comme relevant de la médiation extrajudiciaire en matière civile et commerciale, au sens de la directive ; à la définition des critères à retenir pour apprécier dans quelle mesure les régimes de médiation, voire de conciliation, existants entrent dans le champ d'application de la directive ; à l'identification des textes législatifs et réglementaires susceptibles d'être affectés par l'opération de transposition ; à la mise en évidence des évolutions normatives résultant de l'exercice de transposition, qu'elles relèvent du domaine de la loi ou de celui du règlement¹⁵.

¹⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale {SEC(2004) 1314}, COM/2004/0718 final.

¹¹ 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, JOUE du 24 mai 2008, L136/3, en annexe III.

¹² « *Pour une meilleure insertion des normes communautaires en droit national* », La Documentation française, 2007.

¹³ D'une façon générale, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, les mots « communautaires » ou « intracommunautaire » ne sont plus d'usage. Il leur est substitué respectivement les mots « de l'Union européenne », « entre Etats membres » ou « intra-européen », l'Europe étant bien naturellement ici l'Union européenne et non celle du Conseil de l'Europe.

¹⁴ Demande d'étude en annexe I.

¹⁵ Pour effectuer l'ensemble de ses travaux dans les brefs délais impartis, le Conseil d'Etat a institué auprès de lui un groupe de travail réunissant non seulement l'ensemble des administrations concernées, mais également un magistrat de l'ordre judiciaire, des professeurs d'universités, des avocats spécialisés en matière de médiation civile et

Sans aucun souci d'académisme, ni possibilité d'exhaustivité eu égard à la contribution des administrations fournie dans le délai imparti, l'étude examinera successivement :

- le contexte général de la transposition de la directive 2008/52/CE ;
- la détermination des critères d'un régime de médiation satisfaisant aux exigences communautaires et servant de référence aux régimes nationaux de médiation ;
- le recensement des régimes de médiation et leur classement à l'aune des critères précédemment dégagés ;
- Enfin, dans une quatrième partie, seront esquissées à titre exploratoire et de façon non exhaustive des propositions de rédaction de normes ou d'actions concrètes.

Première 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

Dans une optique de bon fonctionnement du marché intérieur, le Conseil européen de Tempere d'octobre 1999 a invité les Etats membres à créer des « *procédures de substitution extrajudiciaires* ». En mai 2000, le Conseil européen a adopté des conclusions sur les modes alternatifs de règlement des conflits relevant du droit civil et commercial¹⁶. Dans le Livre vert qu'elle a présenté en avril 2002 et qui a donné lieu à une vaste consultation sur les moyens de stimuler le recours à la médiation, la Commission européenne désigne ces modes alternatifs comme « *les processus extrajudiciaires de résolution des conflits conduits par une tierce partie neutre* ». C'est en octobre 2004 que la Commission a adopté sa proposition de directive sur la médiation. Il s'agit du premier texte de portée générale en la matière.

Cette initiative s'est appuyée sur des actions entreprises par la Commission dans le domaine du droit de la consommation, notamment les recommandations du 30 mars 1998¹⁷ et du 4 avril 2001¹⁸ relatives à la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation transfrontaliers et la création de deux réseaux européens d'instances nationales visant à faciliter l'accès des consommateurs à de telles procédures : le réseau assistance aux consommateurs (EEJ-Net) et services financiers (FIN-NET).

De plus, en juillet 2004, la Commission a encouragé l'adoption, par les professionnels, d'un code de conduite européen pour les médiateurs.

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

a) **Promouvoir la médiation extrajudiciaire comme mode autonome de résolution des conflits** et non comme un simple instrument visant à désengorger les tribunaux. La médiation est conçue comme un mode plus consensuel et pacifié de règlement des litiges. Elle repose essentiellement sur la volonté commune des parties à un différend de trouver entre elles un accord en sollicitant l'aide d'un tiers, le médiateur.

¹⁶ Paragraphe 11 des Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Lisbonne du 24 mars 2000.

¹⁷ Recommandation de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, JOUE du 17 avril 1998 L. 115/31 (98/257/CE).

¹⁸ Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation, JOUE du 19 avril 2001 L. 109/56 (2001/310/CE).

b) Renforcer la sécurité juridique des acteurs de la médiation et la qualité de celle-ci en fixant un cadre général et des principes communs minimaux aux Etats membres.

La proposition de directive ne visait ni à établir un régime uniforme de médiation, ni à réglementer la profession de médiateur en matière civile et commerciale, ce qui aurait porté atteinte à la souplesse de fonctionnement souhaitable de ce processus. Elle avait pour objet de définir un cadre léger laissant aux législations nationales, conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, le soin d'assurer l'adéquation de la règle générale à la diversité des situations.

c) Promouvoir une relation cohérente et complémentaire entre les deux modes de règlement des litiges : la médiation conventionnelle ou ordonnée par un juge et la procédure judiciaire.

Il convient de faire le départ entre trois modes de résolution des différends ou litiges :

- en premier lieu, la médiation conventionnelle au sens strict, qui résulte de la seule volonté des parties en dehors de toute intervention du juge ;
- en deuxième lieu, la médiation ordonnée par le juge, qui avec l'accord des parties, désigne un médiateur aux fins de résoudre le litige dont il demeure saisi ;
- en troisième lieu, la conciliation décidée et conduite par le juge.

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

Contrairement à certains de ses partenaires européens, la France, dont la position était naturellement influencée par les régimes nationaux de médiation, s'est montrée d'emblée particulièrement favorable à l'adoption d'un cadre communautaire dans ce domaine.

1.1.3.1 Etat des lieux de la médiation en France

Deux éléments le caractérisent.

En premier lieu, le développement très important du phénomène de la médiation participe de la recherche plus générale d'un règlement à l'amiable des conflits. Il existe, en effet, une multitude de pratiques se réclamant de la médiation, sans que cette dénomination soit protégée par un texte ou « labellisée ». Ces pratiques couvrent des domaines ou des procédures très hétérogènes :

- médiateur de la République ;
- médiation familiale ;
- médiation prud'homale ;
- médiations de voisinage (70 % des médiations conventionnelles¹⁹) ;
- médiation scolaire ;
- médiation commerciale (exemple : centre de médiation et d'arbitrage de Paris mis en place par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris) ;
- médiations relevant du droit de la consommation ;
- médiations intégrées au sein des entreprises: banques, assurances, transports... ;
- médiations sectorielles : médiateur du crédit en matière bancaire ; médiateur de la Fédération française des sociétés d'assurances dans le secteur des assurances ; médiateur de l'Autorité des marchés financiers ;
- médiations mises en place au sein des ministères (économie, éducation nationale).

En second lieu, l'encadrement législatif et réglementaire de la médiation présente un caractère partiel. En effet, et en dehors de la réglementation particulière régissant la médiation familiale, seule la médiation judiciaire a fait l'objet d'un encadrement général par la loi n° 95-125 du 8 février 1995²⁰ et son décret d'application²¹.

¹⁹ Source : Association nationale des médiateurs (2006).

²⁰ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

1.1.3.2. La France a, dès l'engagement de la négociation, exprimé son accord sur l'adoption d'un cadre communautaire définissant les principes directeurs de la médiation, son déroulement et les garanties relatives à ses qualités et ses effets

Elle s'est notamment attachée à donner un contenu réel aux dispositions essentielles de la proposition de directive relatives au caractère exécutoire de la médiation, à la confidentialité du processus et aux effets de la médiation sur la procédure contentieuse, notamment en matière de prescription.

La proposition initiale de la Commission, qui visait l'ensemble des litiges, nationaux ou transfrontaliers, s'est heurtée à l'opposition de la plupart des Etats membres. Dans ce contexte plus restrictif du champ d'application limité aux seuls litiges transfrontaliers, la France a souhaité qu'une portée la plus large possible soit donnée à la directive.

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

Elle a pour objet d'encourager le recours à la médiation, regardée comme « *une solution extrajudiciaire économique et rapide aux litiges en matière civile et commerciale* » (considérant 6 de son préambule).

Très brève, cette directive qui constitue une véritable directive, au sens de l'article 288 TFUE, vise à établir « *une législation-cadre qui porte en particulier sur les aspects essentiels de la procédure civile*²² ». Son ambition est, par suite, mesurée. Il ne s'agit pas de définir un régime intégré de la médiation communautaire, mais seulement d'en régir quelques aspects.

1.2.1. Une définition large de la médiation et du médiateur

L'article 3 donne une définition communautaire large de la médiation susceptible d'englober d'autres M.A.R.D. en droit national, en énonçant : « *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 qui prime, c'est la volonté des parties de trouver un accord amiable, quelle que soit la dénomination du processus utilisé à cette fin.

La directive retient également une acception tout aussi large du médiateur défini comme « *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'Etat 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* ».

Il s'en déduit que le médiateur aide les parties dans leur recherche d'un règlement amiable, lequel deviendra l'accord issu de la médiation. Il ne dispose d'aucun pouvoir coercitif à cet effet.

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

1.2.2.1. Son champ d'application est clairement circonscrit aux seuls litiges transfrontaliers

Se fondant sur les anciens articles 61, devenu 67 TFUE, et 67 (abrogé) du TCE, la directive porte sur les seuls « *litiges transfrontaliers* », en application du 2 de son article 1^{er}.

²¹ Décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires.

²² Considérant 7.

Ce caractère transfrontalier appelle deux remarques:

En premier lieu, il implique un minimum de règles d'harmonisation des pratiques dans les divers Etats membres. Ces règles portent notamment sur :

- la qualité de la médiation et les garanties devant y être attachées : formation (article 4) ; confidentialité (article 7) ;
- le caractère exécutoire des accords issus de la médiation (article 6) ;
- les effets de la médiation sur les délais de prescription des procédures judiciaires (article 8).

En second lieu, et c'est essentiel, ce caractère intra-européen ne fait pas obstacle à ce que les dispositions de la directive puissent, dans les Etats membres, servir de cadre de référence pour les médiations internes.

Le considérant 8 précise, à cet égard, que « rien ne devrait empêcher les Etats membres de les appliquer également aux processus de médiation internes ».

1.2.2.2. Son champ *ratione materiae*, défini de façon plus imprécise, est limité aux médiations intervenant en « matière civile et commerciale » (2 de l'article 1er)

D'une part, la directive ne donne aucune définition de la « *matière civile et commerciale* ». Mais il s'agit ici d'une simple reprise du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968²³ et de celui du règlement dit Bruxelles I (règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000²⁴). Ce dernier détermine la compétence des tribunaux en matière civile et commerciale et la reconnaissance, dans les autres Etats membres, des décisions rendues par les juridictions d'un Etat membre. Chacun des articles 1^{er} de la Convention et de ce règlement précise que ce texte « *s'applique en matière civile et commerciale quelle que soit la nature de la juridiction* ».

D'autre part, comme le fait déjà le règlement Bruxelles I, la directive exclut de son champ les compétences régaliennes des Etats membres, qui ne sauraient donner lieu à des médiations, à savoir « *les matières fiscale, douanière ou administrative* », auxquelles elle ajoute « *la responsabilité de l'Etat pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (« acta jure imperii »)* ».

La directive écarte également de son champ les matières dans lesquelles les parties ne peuvent disposer « *des droits et obligations (...) en vertu de la législation pertinente applicable* » (2 de l'article 1^{er}).

Le considérant 10 se borne à indiquer que de « *tels droits sont particulièrement fréquents en droit de la famille et en droit du travail* », ce qui ne signifie pas pour autant l'exclusion de la totalité de ces matières du champ de la directive. Le considérant 21 mentionne d'ailleurs les accords de médiation susceptibles d'intervenir « *dans le domaine du droit de la famille* ».

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

La directive a un double objet : d'une part, promouvoir la médiation extrajudiciaire comme mode autonome de résolution des conflits, d'autre part, assurer une articulation satisfaisante entre la médiation extrajudiciaire et les procédures judiciaires.

²³ Convention 72/454/CEE du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE du 31 décembre 1972 n° L. 299.

²⁴ Règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOUE du 16 janvier 2001 L. 12.

1.2.3.1. Promouvoir la médiation extrajudiciaire comme mode autonome de résolution des conflits

C'est ainsi que le considérant 6 présente la médiation comme « *une solution extrajudiciaire économique et rapide aux litiges en matière civile et commerciale au moyen de processus adaptés aux besoins des parties* ». La définition de la médiation énoncée à l'article 3, dont la lecture est renforcée par le considérant 10, met l'accent sur le fait que les parties à un litige « *tentent elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur* » et font appel à un médiateur, « *quelle que soit la façon dont il a été nommé* ». Cet article porte ainsi, à titre principal, sur la médiation conventionnelle ou extrajudiciaire.

1.2.3.2. « Assurer une articulation satisfaisante entre la médiation extrajudiciaire et les procédures judiciaires »

Le recours à la médiation judiciaire est envisagé à l'article 5, qui prévoit qu' « *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 (...)* ».

Le a) de l'article 3 précité, qui porte à titre principal sur la médiation conventionnelle ou extrajudiciaire, prévoit un mécanisme d'articulation entre les deux procédures dans le cas où le processus de médiation est « *également suggéré ou ordonné par une juridiction* » (considérant 12). Dans ce cas, la médiation, confiée à un tiers et non à un juge, participe de la résolution du litige dont le juge est saisi.

Ce même article précise, d'une part, qu'entre dans le champ de la médiation celle menée par un juge « *qui n'est en charge d'aucune procédure judiciaire ayant trait à l'objet du litige* » et qui est donc désigné par les parties à titre de « tiers » ; d'autre part, que sont exclues de ce champ les conciliations judiciaires, à savoir « *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 (...)* ».

Il résulte de ce qui précède que, si la directive porte à titre principal sur la médiation conventionnelle, ses auteurs ont entendu identifier l'ensemble des hypothèses de recours à la médiation, à l'exclusion toutefois des conciliations exercées par le juge lui-même dans le cadre du règlement d'un conflit dont il est saisi. Et ce d'autant que le caractère transfrontalier des litiges renforce la nécessité d'une articulation claire entre la médiation judiciaire et la médiation extrajudiciaire, à un double titre :

- d'une part, le caractère exécutoire des accords issus de la médiation conventionnelle (article 6) peut se traduire par un jugement d'homologation. Cet article est éclairé par le considérant 18 qui souligne que « *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 (...)* » ;

- d'autre part, l'effet de la médiation sur les délais de prescription est essentiel. Le 1 de l'article 8 fait, à cet égard, obligation aux États membres de veiller « *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* ».

1.2.3.3. Enfin, la directive semble écarter expressément « les systèmes autorégulés de médiation existants »

En effet, son considérant 14 écarte ces derniers « *dans la mesure où ils portent sur des aspects ne relevant pas de la présente directive* » (considérant 14), ce qui semble désigner notamment les médiations purement internes aux administrations, aux entreprises (médiations dites « maison ») ou organismes, et qui ne sont pas réglementées. Toutefois, et il convient ici de relever une nouvelle imprécision, le dispositif même de la directive n'écarte pas expressément de tels régimes de médiation. Or, ces médiations sont extrêmement nombreuses.

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

Figure, en annexe X, un tableau résumant les options de transposition des articles 3 et 4 de la directive dans les principaux Etats membres de l'Union européenne. Deux cas doivent être distingués.

1.3.1. Les Etats membres où la médiation n'est pas encore réglementée (Allemagne, Espagne, Finlande, Lettonie, République tchèque, Royaume-Uni)

Ces Etats membres envisagent de légiférer afin de mettre en conformité leur droit interne avec les exigences de la directive. En l'état des informations transmises par le secrétariat général aux affaires européennes et la Chancellerie, seul le Royaume-Uni semble envisager une transposition aussi légère que possible de la directive 2008/52.

L'Allemagne envisage la mise en œuvre d'une procédure de certification de la profession qui serait confiée aux organismes professionnels et aux associations qui pratiquent la médiation. En République tchèque, la loi en préparation tend à instituer une profession réglementée de « médiateur agréé ». La Finlande envisage qu'un accord résultant de la médiation ait force exécutoire dès lors que le médiateur serait une personne expérimentée justifiant d'une formation. Cette exigence se traduirait par un mécanisme de contrôle de la qualité.

1.3.2. Les Etats membres où la médiation est réglementée (Autriche, Belgique, Italie, Pologne, Portugal, Roumanie, Slovaquie)

Dans ces derniers, les dispositions en vigueur en matière de médiation apparaissent suffisantes au regard des articles 3 et 4 de la directive. Ces pays ont choisi de mettre en place un contrôle « a priori » en créant des procédures de certification, assorties d'une exigence de formation préalable, et des conditions d'aptitude à la pratique de la médiation. Des organes indépendants ou des services ministériels contrôlent l'activité de médiation et des règles déontologiques ont été établies. Ainsi, en Roumanie, le Conseil de médiation est seul compétent pour sélectionner des médiateurs. La Belgique, qui s'est dotée en 2005 d'une loi régissant toutes les médiations, dispose également d'une « *commission fédérale de médiation* » chargée d'autoriser l'exercice de la médiation.

L'Italie et le Portugal ont toutefois choisi de transposer la directive afin d'améliorer ou de renforcer la réglementation préexistante. L'Italie entend profiter de cette transposition pour introduire, à côté de la médiation volontaire et de celle requise par le juge, une médiation obligatoire, notamment en matière de copropriété, de successions, de dommages intérêts à la suite d'accidents de la route, de responsabilité médicale, de contrats d'assurances et de diffamation publique. Le Portugal a saisi l'occasion de la transposition pour réglementer la procédure de sélection des médiateurs.

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

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

Le Gouvernement entend s'appuyer sur l'exercice de transposition pour étendre, le cas échéant, aux médiations internes les dispositions qui seront retenues, en application de la directive, pour les médiations portant sur les litiges transfrontaliers. Son souci est par suite d'éviter, autant que faire se peut, « *la coexistence dans notre droit de deux régimes de médiation distincts selon la nature des litiges* ».

Il est demandé en conséquence au Conseil d'Etat :

- en premier lieu, de définir les critères permettant de distinguer, parmi les très nombreuses « médiations ou conciliations existantes », celles qui seraient susceptibles d'entrer dans le champ de la directive ;
- en deuxième lieu, de permettre de « consolider le recensement des textes législatifs et réglementaires » instituant ces médiations et conciliations, qui pourraient être affectés par l'opération de transposition ;
- en troisième lieu, d'identifier les modifications à apporter à ces textes dans la perspective de cette transposition, en faisant le départ entre celles relevant du domaine de la loi et celles relevant du pouvoir réglementaire. Il devra en résulter l'établissement d'un tableau de concordance entre le droit national et le droit de l'Union européenne.

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

1.4.2.1. Les exigences de transposition sont au demeurant limitées, pour deux raisons principales

1.4.2.1.1. La médiation judiciaire est déjà réglementée en France

En effet, la plupart des dispositions de la directive se sont inspirées de notre droit national.

C'est ainsi que ce dernier régit déjà, outre les tentatives préalables de conciliation menées par le juge ou par un conciliateur (articles 830 à 835 du code de la procédure civile et décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice), la conciliation et la médiation judiciaires.

Elles recouvrent deux cas de figure :

* la conciliation judiciaire, dont le fondement est l'article 21 du code de procédure civile qui dispose que « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». C'est ainsi une procédure dont le juge peut prendre l'initiative en cours d'instance « au lieu et au moment » qu'il estime favorables (article 127 du même code).

* la médiation judiciaire, qui est définie comme « un mode conventionnel de règlement de litiges intervenant dans le cadre d'une procédure judiciaire »²⁵. Engagée sur proposition du juge, à l'occasion d'une action en justice pendante devant lui, elle nécessite la désignation d'un tiers, avec l'accord des parties. Elle est prévue par les articles 21 à 26 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

L'article 21 de cette loi dispose : « Le juge peut, après avoir obtenu l'accord des parties, désigner une tierce personne remplissant les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat pour procéder : / 1° Soit aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi, sauf en matière de divorce et de séparation de corps ; / 2° Soit à une médiation, en tout état de la procédure et y compris en référé, pour tenter de parvenir à un accord entre les parties (...) ». Les modalités de cette médiation sont prévues aux articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile, qui sont issus du décret n° 96-652 du 24 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires.

Ces dispositions assurent déjà la transposition, pour ce qui concerne la stricte médiation judiciaire, de certaines dispositions de la directive : celles relatives aux qualités qui s'attachent à l'exercice de la mission du médiateur (article 131-5) ; le caractère exécutoire des accords issus de cette médiation (article 131-12) et la confidentialité du processus (article 131-14).

²⁵ Définition du Professeur Joly-Hurard.

Fait également l'objet d'une réglementation spécifique la médiation familiale, qui constitue une médiation judiciaire particulière, destinée à résoudre les conflits familiaux, principalement en matière de divorce ou d'exercice de l'autorité parentale (articles 255 et 373-2-10 du code civil, deuxième alinéa de l'article 1071 du code de procédure civile). Elle peut être ordonnée par le juge des affaires familiales, le juge des tutelles, le juge des enfants ou le juge des référés. Par ailleurs, la formation des médiateurs familiaux est également réglementée (articles R. 451 à R. 451-72 du code de l'action sociale et des familles).

Enfin, les dispositions de la directive relatives aux effets de la médiation sur les délais de prescription (article 8) peuvent être regardées comme déjà partiellement transposées par l'article 2238 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile : « *La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. / Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée* ».

1.4.2.1.2. Les exigences de transposition de la directive sont elles-mêmes réduites

La médiation conventionnelle, par laquelle les parties tentent de résoudre à l'amiable leurs différends, en dehors de toute intervention du juge, ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique. Sauf exception, seuls trouvent à s'appliquer soit le droit des obligations civiles et commerciales, dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits, soit des dispositions spécifiques propres aux accords transactionnels auxquels ces médiations peuvent aboutir.

Pour ces médiations, les exigences de transposition portent sur :

- la définition de la médiation et du médiateur (article 3 de la directive) ;
- le caractère exécutoire des accords issus de la médiation extrajudiciaire (1 de l'article 6) ;
- la confidentialité de la médiation (article 7) ;
- les effets de la médiation sur les délais de prescription (article 8).

Au-delà de ces exigences strictes, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur le point de savoir s'il convenait de transposer celles des dispositions de la directive qui se limitent à « *encourager* » les Etats membres à entreprendre certaines actions. Compte tenu des termes de la demande d'étude, il a retenu pour parti d'aller aussi loin que possible dans l'exercice de transposition, tout en offrant plusieurs alternatives au Gouvernement (cf. infra quatrième partie).

1.4.2.2. La demande du Premier ministre tend à éviter la coexistence de plusieurs régimes de médiation distincts

En effet, laisser coexister dans notre droit national, après l'opération de transposition de la directive 2008/52, deux régimes distincts de médiation, l'un « perfectionné » et satisfaisant à l'ensemble des prescriptions de la directive et l'autre, en l'état, pour les seuls litiges purement nationaux, conduirait nécessairement à la dépréciation du régime applicable à ces derniers.

D'ailleurs, le considérant 8 précité invite les Etats membres à appliquer les dispositions de la directive aux processus de médiation internes. Et ce, pour tous les processus qui en respectent les critères, qu'ils s'appliquent à des litiges transfrontaliers ou à des différends purement nationaux.

Le Conseil d'Etat a retenu les principes suivants pour élaborer la réponse à la demande d'étude :

- **Au plan méthodologique**, il a considéré qu'il lui appartenait, à titre principal, au titre de la qualification juridique, de définir les critères d'un régime de médiation, tels qu'ils se dégagent de la directive afin de guider le travail de recensement des régimes de médiation ; puis de préciser, au vu de ce recensement, les processus de médiation entrant dans le champ d'application de la directive.

Il a estimé qu'il appartenait aux diverses administrations compétentes d'effectuer, sous l'égide du secrétariat général du Gouvernement, le travail de recensement à proprement parler. Dès lors qu'il est apparu, compte tenu de la brièveté des délais impartis, que ce recensement ne pourrait être exhaustif, le Conseil d'Etat s'est efforcé de dégager une grille d'analyse sur laquelle les administrations pourront s'appuyer pour poursuivre ce travail de recensement.

- **Sur le fond**, le Conseil d'Etat a considéré que ses travaux devaient conduire à la définition d'un régime de médiation extrajudiciaire, au sens du a) de l'article 3 de la directive, c'est-à-dire qu'elle soit conventionnelle ou ordonnée par le juge, en se fondant sur les critères de la directive, enrichis, le cas échéant, d'autres dispositions tirées du droit national existant ou de l'expérience tirée de la pratique de fonctionnement des processus de médiation existants.

C'est à l'aune de ces critères qu'il a apprécié le point de savoir si tel ou tel processus pouvait être qualifié de médiation, au sens de la directive 2008/52.

Il a considéré que ces travaux ne devaient conduire :

- ni à proposer une loi de portée générale, en l'espèce sur la médiation conventionnelle et qui aurait été le pendant de la loi du 8 février 1995. Le Conseil d'Etat a considéré qu'une telle proposition, qui aurait certes eu le mérite de traduire l'autonomie de ce mode alternatif de règlement des différends, n'était ni justifiée par les exigences de la transposition, ni opportune compte tenu de la multitude des régimes de médiation existants et des textes de toutes natures les fondant. De surcroît, le souci d'éviter la prolifération normative, que le Conseil d'Etat a exprimé dans son rapport annuel de 2006²⁶, conduit à déconseiller une telle initiative ;
- ni à proposer une réglementation à proprement parler de la « profession » de médiateur, en considérant que, s'il est nécessaire de définir des règles garantissant la qualité de la médiation, l'exercice ne devait pas conduire à rigidifier, en créant une telle profession, le fonctionnement de la médiation, laquelle « doit rester un processus et non devenir une procédure »²⁷. En outre, une telle réglementation a semblé susceptible de présenter des difficultés au regard du droit communautaire, singulièrement de la directive du 12 décembre 2006²⁸, dite directive « services ».

²⁶ Etude du Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit », La Documentation française, 2006.

²⁷ Rapport Magendie, 24 mai 2008, op. cit.

²⁸ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE du 27 décembre 2006 L. 376/36.

Deuxième 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

Pour la définition de ces critères, le travail de qualification juridique imparti au Conseil d'Etat a consisté à opérer une analyse aussi fine que possible des dispositions de la directive et à apprécier, et l'aune de ces critères, le cas échéant à compléter, si les médiations internes y satisfaisaient.

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

Le 1 de l'article 2 de la directive 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 ; / une obligation de recourir à la médiation prend naissance en vertu du droit national (...) ».

Le 2 du même article désigne également *« 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 ».*

Outre ce qui a été dit ci-dessus, il y a lieu de relever que ce critère ne présente pas de difficulté particulière, sinon que la référence à *« la législation pertinente applicable »* (2 de l'article 1^{er}) faisant obstacle à la libre disposition des droits par les parties, référence qui semble désigner les législations nationales communément appelées *« d'ordre public »*, peut faire l'objet d'interprétations différentes d'un Etat membre à l'autre.

La date à prendre en compte pour apprécier ce caractère transfrontalier est celle à laquelle les parties conviennent de recourir à la médiation ou le moment où cette dernière est proposée, voire ordonnée par un juge (considérant 15).

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

2.2.1. La médiation

2.2.1.1 La définition de la directive

Le a) de l'article 3 de la directive 2008/52 définit la médiation comme suit:

« 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 ».

2.2.1.2. Le Conseil d'Etat propose de transposer cette définition de la médiation

Cette préconisation repose sur deux motifs :

- la sécurité juridique commande que les définitions énoncées dans les directives soient fidèlement transposées dans les codes (Etude du Conseil d'Etat de 2007, « *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national* »²⁹) ;
- cette définition est essentielle car elle conditionne le classement qui doit être effectué entre les processus pouvant être qualifiés de « médiations » et ceux qui ne satisfont pas aux critères tirés de la directive.

2.2.1.3. Une médiation doit satisfaire à trois critères et présenter trois garanties

Très classiquement, les trois critères sont les suivants :

- l'existence d'un différend³⁰ à caractère individuel, qui oppose deux ou davantage de parties³¹ ; en effet, il ressort tant des trente considérants du préambule de la directive 2008/52, que de ses différentes phases de négociations telles que relatées par le secrétariat général pour les affaires européennes, que celle-ci a entendu exclure de son champ d'application les médiations portant sur des différends de caractères collectifs
- une démarche volontaire et continue des parties pour tenter de régler à l'amiable ce différend, ce qui implique la possibilité pour celles-ci d'y mettre fin à tout moment et sans avoir à en justifier et l'absence d'obligation de résultat du processus de médiation. Il appartient aux parties, et non au médiateur, de trouver des solutions au différend.
- un processus (et non une « procédure ») « *structuré* », ce qui signifie un minimum de formalisme dans le déroulement de la médiation et de garanties apportées aux parties quant au déroulement de ce processus.

Les trois garanties peuvent s'énoncer ainsi qu'il suit :

- en premier lieu, la diffusion transparente d'informations par le médiateur à une partie, au nom de « l'égalité des armes »³², et ce avec l'accord de l'autre partie. Cette exigence ne se confond toutefois pas avec le caractère contradictoire de la procédure judiciaire ;
- en deuxième lieu, la confidentialité des informations résultant de la médiation.

L'article 7 de la directive encadre assez strictement cette condition en énonçant que :

« ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci ».

²⁹ Op. cit.

³⁰ Le mot différend apparaît préférable au mot litige dès lors qu'on se situe dans le champ de la médiation, nonobstant les termes mêmes de la directive.

³¹ le mot « parties » est retenu, nonobstant le caractère extrajudiciaire des médiations en cause.

³² Même si elle n'a pas été conduite à se prononcer expressément sur l'applicabilité de l'article 6§1 de la CEDH à la médiation, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu, implicitement mais nécessairement, une telle extension de l'article 6§1 en matière d'arbitrage. Décision de la commission européenne des droits de l'homme du 11 juillet 1989 n°12759/87, R. c/ Suisse ; puis en matière de conciliation de justice : arrêt du 28 octobre 1998, Pérez de Rada Cavanilles contre Espagne, 116/1997/90/1112.

La directive n'admet d'exceptions à ce principe que dans deux cas de figure :

« 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 ».

- en troisième lieu, enfin, la possibilité, pour l'accord issu de la médiation, d'être homologué et rendu exécutoire par un juge national et, par suite, d'être reconnu comme tel dans les autres États membres de l'Union européenne.

2.2.1.4. Compte tenu de ces critères, il est proposé de retenir une définition large de la médiation extrajudiciaire, ou conventionnelle.

La définition proposée s'énonce comme suit :

« 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 ».

A ce stade, il y a lieu de rappeler, l'étude précitée du Conseil d'Etat de 1993 en témoigne, qu'une relative incertitude terminologique prévaut en matière de M.A.R.D. C'est tout particulièrement le cas pour ce qui est de la distinction entre la conciliation et la médiation. D'ailleurs, ces deux concepts ne sont pas nécessairement différents en droit national, ainsi que le démontre la définition qui vient d'être proposée. La médiation au sens de la directive se différencie de la conciliation en ce que :

- elle émane de la volonté des seules parties d'y recourir et de désigner d'un commun accord un tiers médiateur ; pour la conciliation, la présence d'un tiers n'est pas obligatoire ;

- ce tiers n'a aucun pouvoir ; il cherche à rapprocher les points de vues entre les parties, à rétablir un dialogue entre elles. Mais il ne lui appartient pas de trouver des solutions au différend. C'est le rôle des seules parties ;

- ce tiers est rémunéré.

• Cette définition inclut³³ :

- la médiation conventionnelle, qui se déroule sur le fondement du seul accord des parties, que celui-ci soit intervenu avant ou après la naissance du litige ;

- la conciliation, « amiable » ou « extrajudiciaire », dans la seule mesure où elle intervient en dehors de la procédure judiciaire, dès lors qu'elle est menée, non par les parties seules, mais avec l'aide d'un tiers, le « conciliateur ». D'ailleurs dans ce cas elle peut être assimilée à une médiation.

- la médiation³⁴ qui peut être « suggérée ou ordonnée par une juridiction »³⁵ avec l'accord des parties, au sens du a) de l'article 3 de la directive, mais sans jamais pouvoir être imposée aux parties (cette médiation est intitulée médiation judiciaire par les articles 21 à 26 de la loi du 8 février 1995). Cette médiation a, à la fois, un caractère judiciaire, en ce qu'elle constitue une parenthèse dans le déroulement de l'instance judiciaire qui est interrompue sans pour autant

³³ Cf. Glossaire établi par le Professeur JARROSSON et figurant en annexe IV.

³⁴ Définition du Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME) : « La médiation judiciaire consiste à confier à un tiers impartial, qualifié et sans pouvoir de décision sur le fond, le « médiateur », la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d'entretiens, contradictoires ou non, afin des les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptables ».

³⁵ En revanche, notre droit ne connaît pas, en mode extrajudiciaire, deux cas de figure mentionnés dans la même disposition de la directive : celui où la médiation est « ordonnée par le juge » et celui où elle est « prescrite par le droit d'un Etat membre » (médiation obligatoire).

dessaisir le juge, et conventionnel, puisqu'elle n'est pas conduite par un juge et ne peut se dérouler sans l'accord des parties. Elle entre, par suite, dans le champ de la directive.

L'article 131-1 du code de procédure civile dispose à cet égard que : « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* ».

Aux termes de l'article 131-2 du même code : « *La médiation porte sur tout ou partie du litige. En aucun cas elle ne dessaisit le juge, qui peut prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaires* ».

Le processus peut aller jusqu'à l'établissement d'un procès-verbal. Un décret en Conseil d'Etat³⁶ en cours d'élaboration devrait formaliser prochainement cette procédure, pour ce qui est de la conciliation.

• En revanche, cette définition exclut du champ de la médiation au sens de la directive:

- les médiations collectives dans lesquelles le médiateur doit rendre compte des résultats de sa mission à l'autorité administrative ou politique. Il est fréquemment recouru à de telles médiations aux fins de résoudre des conflits collectifs dans le domaine des relations professionnelles ;

- la conciliation « judiciaire », c'est-à-dire celle conduite soit à l'initiative du juge en application de l'article 21 du code de procédure civile, soit celle engagée à l'initiative des parties en application des articles 127 à 131 du code de procédure civile. Dans le premier cas, c'est le juge qui la décide et la conduit, dans le second cas, les parties se concilient sans faire appel à un tiers. Ce sont les « *procédures judiciaires de conciliation* » que le considérant 11 exclut de la directive ;

- la tentative préalable de conciliation (articles 830 à 835 et alinéa 2 de l'article 847 du code de procédure civile), qui est organisée auprès des tribunaux d'instance et des juges de proximité ; le conciliateur a une mission continue (« mandat d'un an, renouvelé par période de deux ans »). Cette procédure est expressément exclue par le deuxième alinéa de l'article 3 de la directive lequel vise « *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* » ;

- la transaction (articles 2044 et suivants du code civil) : c'est le contrat par lequel les parties mettent fin à un litige né ou à naître en se faisant des concessions réciproques. Elle peut être l'issue d'un processus de médiation. Toutefois, d'une part, la présence d'un tiers n'est pas requise et, d'autre part, la condition tenant aux concessions réciproques est indispensable ;

- l'arbitrage, qui désigne le procédé par lequel un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission de nature juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci et qui s'achève par une sentence, laquelle s'impose aux parties et revêt un caractère quasi-juridictionnel.

D'ailleurs, le considérant 11 de la directive écarte expressément du champ de cette dernière, les « (...) *pourparlers précontractuels (...) 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* ».

³⁶ Projet de décret réformant la conciliation et la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale examiné par la Section de l'intérieur le 1^{er} décembre 2009.

2.2.2. La définition du médiateur par la directive

2.2.2.1. L'article 3 de la directive

Le b) de l'article 3 de la directive désigne le médiateur comme « (...) 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 ».

Cette définition, assez large, ne soulève pas de difficulté majeure de transposition. Elle recouvre au demeurant des concepts énoncés à l'article 131-5 du code de procédure civile, aux termes duquel le médiateur doit « (...) posséder par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige (...); (...) Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation; (...) Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation (...) ».

2.2.2.2. Les critères retenus par le Conseil d'Etat

- la qualité de tiers : le médiateur doit être extérieur aux parties, lesquelles expriment leur accord sur son choix ;
- le critère tenant au rôle de « facilitateur » du médiateur : il n'a pas pour mission de proposer lui-même des solutions aux différends, mais uniquement d'aider au rapprochement des points de vue entre les parties ;
- le critère « d'efficacité », qui est relatif dans l'ordre de ces critères, vise non le médiateur en tant que tel, mais la diligence et la qualité du processus de médiation, au sens du considérant 16 de la directive. En aucun cas, il n'impose une obligation de résultat ;
- le critère de compétence renvoie à la formation et à l'expérience des médiateurs.

Ce critère implique que les tiers désignés disposent, outre des qualités humaines indispensables à cet exercice (écoute, autorité), d'un minimum de formation aux techniques de la médiation.

Pour autant, cette exigence de formation minimale ne saurait faire obstacle à ce que les parties décident de recourir à un médiateur qui n'en aurait pas bénéficié. C'est le libre choix des parties qui prévaut. Une disposition particulière devrait réserver cette éventualité, en s'inspirant des dispositions du 4^o de l'article 131-5 du code de procédure civile précité qui vise le cas où le médiateur peut justifier « d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ».

- le critère d'impartialité, attaché à celui de « tiers », est essentiel à la conduite de la médiation. Le médiateur doit, à tout le moins, être reconnu comme tel par les parties qui l'ont sollicité.
- le critère d'indépendance, que le Conseil d'Etat estime utile d'ajouter aux trois critères énoncés par la directive (« efficacité, impartialité et compétence »). Ce critère conforte celui de l'impartialité. Il implique que le médiateur ne soit pas, en principe, lié à l'une des parties au différend par des rapports d'ordre hiérarchique ou financier susceptibles d'entacher, objectivement ou subjectivement, son impartialité ou la présomption d'impartialité nécessaire à l'accomplissement de sa mission.

Pour autant, l'existence de tels liens ne suffit pas à elle seule à entacher l'impartialité du médiateur dès lors que ces liens sont connus, admis par les parties et que ces dernières reconnaissent au médiateur l'indépendance intellectuelle, ou plutôt subjective, requise au sens où l'entend la jurisprudence de la CEDH.^{37 38}

Il convient de relever que ces critères sont relativement proches de ceux prévus par l'article 131-5 du code de procédure civile dans le cadre de la médiation judiciaire.

³⁷ Michèle Guillaume-Hofnung, *La Médiation*, « Que Sais-je ? », PUF, 2009, 5^{ème} édition.

³⁸ CEDH, 28 septembre 1995, *Procola contre Luxembourg* ; 6 mai 2003, *Kleyn contre Pays-Bas* ; CEDH, 30 juin 2009, « *UFC Que choisir* » de Côte d'Or.

Outre les critères existants actuellement en droit national et ceux requis par la directive 2008/5, il est également proposé d'ajouter un critère tiré de la probité du médiateur. D'ailleurs, ce critère est expressément mentionné au 2° de l'article 131-5 du code de procédure civile relatif à la médiation judiciaire.

2.2.2.3. La définition du médiateur retenue par le Conseil d'Etat

Au regard des critères précédemment énumérés, le Conseil d'Etat propose de retenir la rédaction suivante dans le cadre de la transposition :

« 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 ».

2.3 Les critères matériels

2.3.1. La matière civile et commerciale

2.3.1.1. Une notion autonome du droit de l'Union européenne

Comme indiqué précédemment, cette notion est reprise de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et du règlement dit Bruxelles I.

La CJCE, devenue CJUE, a toujours retenu une conception extensive de la « matière civile et commerciale ». Le juge administratif doit pleinement prendre en compte cette conception³⁹.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, la matière civile et commerciale doit être regardée comme une notion autonome par rapport au droit interne des Etats membres et non comme un simple renvoi à ce droit. C'est ainsi que dans un arrêt du 28 avril 2009, *Apostolides*⁴⁰, la CJCE a rappelé que « Il convient de ne pas interpréter la notion de matière civile et commerciale comme un simple renvoi au droit interne de l'un ou de l'autre des Etats concernés. Ladite notion doit être considérée comme une notion autonome qu'il faut interpréter en se référant, d'une part, aux objectifs et au système du [droit communautaire] (...) et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des ordres juridiques nationaux ».

La matière « civile et commerciale » recouvre, au sens large, les différends entre particuliers mettant en cause des intérêts privés. Sont donc visées les matières de droit privé, en dehors de celles relevant de la matière pénale.

L'article 1^{er} du règlement dit « Bruxelles I » précité exclut de son champ d'application :

- a) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions ;
- b) les faillites, concordats et autres procédures analogues ;
- c) la sécurité sociale ;
- d) l'arbitrage (...).

³⁹ Pour ce qui est du Conseil d'Etat, une circulaire du secrétaire général n° 050213 du 24 octobre 2005 a attiré l'attention sur la nécessité de prendre en compte l'entrée en vigueur du règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 créant un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (TEE). Cette circulaire a été transmise à l'ensemble de la juridiction administrative.

⁴⁰ CJCE, *Apostolides*, C-420/07, rec. page I-0357.

Ces exclusions sont liées à la spécificité de certains sujets, que le législateur communautaire souhaite traiter dans des règlements particuliers, alors même qu'ils relèvent de la matière civile et commerciale (ainsi, des propositions de règlements sont en cours de négociation sur les successions et sur les régimes matrimoniaux ; un règlement spécifique traite des faillites).

2.3.1.2. *La directive 2008/52 a un champ matériel plus large que celui du règlement dit Bruxelles I*

En effet, elle inclut certains domaines touchant au droit des personnes et de la famille, tels qu'ils procèdent notamment du règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dit Bruxelles II bis⁴¹ (cf. considérant 21 qui mentionne le droit de la famille).

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

Au nombre des matières régaliennes que le 2 de l'article 1^{er} de la directive exclut de son champ figure la « *matière administrative* ». Il y a lieu de définir avec la plus grande précision ce que recouvre cette notion, étant observé que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, au prix d'une acception restrictive du concept de « *matière administrative* », a fortement réduit la portée de cette dérogation et, par voie de conséquence, réintroduit dans le champ de la directive 2008/52 des pans entiers de la matière administrative.

2.3.2.1. *Une conception restrictive de la CJUE*

Il ressort de sa jurisprudence que la **matière administrative** que l'on pourrait qualifier de « *régalienn*e », et qui est exclue du champ de la directive par le 2 de son article 1er, doit être comprise comme l'ensemble des domaines de l'action administrative où l'autorité publique agit en mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique.

Le critère de la distinction entre matière civile et matière administrative n'est ni la qualité publique ou privée des parties, ni la nature judiciaire ou administrative de la juridiction compétente, ni même l'applicabilité au fond du droit civil ou du droit administratif⁴². C'est la nature des rapports juridiques entre les parties au litige ou l'objet de celui-ci qui prévaut.

Ainsi, selon la CJUE, les litiges relevant de la matière administrative exclue du champ d'application de la Convention de 1968 et du règlement Bruxelles I sont ceux mettant en cause « *l'intervention d'une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique* », dès lors qu'au moins une partie au litige est une autorité publique (arrêts *Eurocontrol* de 1976⁴³ et *Ruffer* de 1980⁴⁴).

C'est le critère matériel (l'exercice de la puissance publique) qui est décisif, dès lors que « *même s'il agit pour le compte de l'Etat un fonctionnaire n'exerce pas toujours la puissance publique* ». Constitue « *une manifestation de la puissance publique* » le comportement qui correspond « *à l'exercice de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre les particuliers* »⁴⁵.

⁴¹ Règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dit Bruxelles II bis, JOUE du 23 décembre 2003 L338/1.

⁴² H. Gaudemet-Tallon, ss CJCE, 21 avr. 1993, aff. C-172/91, *Volker Sonntag c/ Hans Waidmann*, Elisabeth Waidmann et Stefan Waidmann : Rev. crit. DIP 1994, p. 105, spécialement p. 107.

⁴³ Arrêt du 14 octobre 1976, *LTU Luftransportunternehmen GmbH & Co. KG contre Eurocontrol*, Affaire C-29/76.

⁴⁴ Arrêt du 16 décembre 1980, *Pays-Bas contre Ruffer*, Affaire C-814/79.

⁴⁵ Arrêt de la Cour du 21 avril 1993. - *Volker Sonntag contre Hans Waidmann*, Elisabeth Waidmann et Stefan Waidmann. Affaire C-172/91, points 21- 22.

Dans un second arrêt *Eurocontrol* du 19 janvier 1994⁴⁶, la Cour confirme (point 28) que « prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises se rattachent au contrôle et à la police de l'espace aérien qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique... ». Par suite, de telles activités échappent au droit communautaire de la concurrence ; elles se rattachent à la matière administrative exclue du champ de la directive.

2.3.2.2. La définition de la « matière administrative non régaliennne »

Concernant, a contrario, la matière administrative « non régaliennne », – et, par suite, susceptible de faire l'objet d'une médiation au sens de la directive – la cour administrative d'appel de Nantes avait déjà jugé, dans un arrêt *Société Mammoet Stoof Vof* du 15 avril 1999 (rec. T. 696), qu'un marché public pouvait être regardé comme relevant de la matière civile, au sens de la Convention de Bruxelles, dès lors que le litige en cause portait seulement sur les conditions d'exécution de marchés passés entre la SNCF et ses prestataires ; qu'ainsi, il ne pouvait être rattaché « à une décision d'une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique ». La même cour a confirmé cette jurisprudence le 15 octobre 2009, en jugeant que la reconnaissance de la force exécutoire de la transaction peut être étendue à la responsabilité hospitalière (CAA, Nantes, 15 octobre 2009, *Mme Chantal X contre le CHU de Tours et la SHAM*, inédit).

Le Tribunal des conflits lui-même, par deux décisions en date du 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris*⁴⁷, et du 4 mai 2009, *Société Gisserot / Centre des monuments nationaux*⁴⁸, a jugé que, dans la mesure où elles exercent des activités de production, de distribution et de services, les personnes morales de droit public peuvent, notamment dans le cadre de marchés publics ou de conventions de délégation de service public, être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, sauf en ce qui concerne les décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique.

Un tel mode de raisonnement n'est pas étranger au Conseil d'Etat : en matière d'ouverture de la fonction publique nationale aux ressortissants des autres Etats membres de l'Union européenne, il a considéré, dans un avis d'Assemblée générale du 31 janvier 2002⁴⁹, que « doivent être regardés comme inséparables de l'exercice de la souveraineté ou comme participant directement ou indirectement à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat ou d'autres collectivités publiques : a) d'une part, l'exercice de fonctions traditionnellement qualifiées de régaliennes ; d'autre part, la participation, à titre principal, au sein d'une personne publique, à l'élaboration d'actes juridiques, au contrôle de leur application, à la sanction de leur violation, à l'accomplissement de mesures, impliquant un recours possible à l'usage de la contrainte, enfin à l'exercice de la tutelle ». Le raisonnement suivi dans cet avis consultatif a été pleinement repris par la Section du contentieux dans sa décision du 4 février 2004, *Leseine et Mme Warnimont*⁵⁰.

2.3.2.3. La mise en œuvre par la juridiction administrative des modes alternatifs de règlement des différends

Le développement de la médiation dans la sphère administrative non régaliennne fait écho à l'intérêt déjà ancien que porte le Conseil d'Etat aux modes alternatifs de règlements des conflits. En témoigne l'étude de 1993 intitulée « Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative »⁵¹. L'une des préconisations de cette étude, l'élargissement substantiel du recours administratif préalable obligatoire, sera reprise, amplifiée et suivie d'effet

⁴⁶ Arrêt du 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft mBH contre Eurocontrol*, Affaire C-364/92.

⁴⁷ TC, 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris*, n° 3174.

⁴⁸ TC, 4 mai 2009, *Société Gisserot / Centre des monuments nationaux*, n° 3714, à paraître au recueil.

⁴⁹ Avis n° 366.313, Rapport public 2003, page 185.

⁵⁰ Conseil d'Etat, 4 février 2004, *Leseine et Mme Warnimont*, rec. p. 23.

⁵¹ Op. cit.

à la suite de l'adoption par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, le 29 mai 2008, de l'étude sur « *les recours administratifs préalables obligatoires* »⁵². Déjà, l'étude de 1993 attire l'attention sur la nécessité de promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits en matière administrative.

Dans le droit fil, se situe l'avis d'Assemblée du contentieux du 6 décembre 2002 *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Hay-les-Roses et Société CDI de Lille* (rec. p. 433 avec les conclusions de Gilles Le Chatelier), qui montre que le Conseil d'Etat statuant au contentieux sait faire usage, y compris au stade de la cassation, des différents modes de règlements alternatifs de règlement des conflits, en l'espèce en homologuant un accord de transaction. Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt d'Assemblée du contentieux *Société Krupp Hazemag* du 11 juillet 2008⁵³ : dans cette affaire, le requérant subordonnait son désistement à l'homologation de la transaction par le juge de cassation, demande auquel le Conseil d'Etat a fait droit.

Il en est de même de la décision du Tribunal des conflits *Société Briançon Bus et Brunet* du 18 juin 2007⁵⁴ où il a été jugé que « *la transaction conclue par une personne morale de droit public est, en principe, un contrat de nature civile, sauf si elle met en œuvre des prérogatives de puissance publique, ou aboutit à la participation du cocontractant à une mission de service public* ».

Il est clair qu'un intérêt comparable s'attache au développement de la médiation dans la sphère administrative non régaliennne.

2.3.2.4. Les domaines du droit administratif où trouverait à s'appliquer la médiation

Ils sont certainement très larges et couvrent des pans entiers de l'action administrative non régaliennne : marchés publics, délégations de service public, contrats de partenariat, responsabilité à l'occasion des dommages de travaux publics, responsabilité hospitalière...

Le principe même de la possibilité du recours à la médiation pourrait être prévu dans de nombreux codes, comme le code général des collectivités territoriales, le code de la santé publique, le code de l'environnement, le tout nouveau code des transports et le code des sports en particulier.

Bien plus, d'une façon générale, cet essor de la matière administrative non régaliennne et, par voie de conséquence, des processus de médiation devrait trouver une traduction concrète dans le code de justice administrative.

L'article L. 211-4 de ce code dispose déjà que « *Les tribunaux administratifs peuvent exercer une mission de conciliation* ».

Inspiré de l'article 21 du code de procédure civile, cette disposition, dont il a été jugé qu'elle était immédiatement applicable (CE, Assemblée, 23 juin 1989, *Veriter*, rec. p. 424) confie la mission de conciliation aux seuls tribunaux administratifs. La conciliation doit intervenir dans un litige ressortissant à la compétence de ces tribunaux (CE, 22 mars 1995, *Dadillon*, rec. p. 138).

Bien plus, le Conseil d'Etat a élargi la portée de cet article, dans sa décision de Section du 11 février 2005, *Organisme de gestion du cours du Sacré-Cœur et autres*⁵⁵, en mettant lui-même à la charge d'un expert une mission de conciliation des parties, revenant ainsi sur une décision du 12 octobre 1979, *Secrétaire d'Etat aux postes et télécommunications c/ Mme Devillers*.⁵⁶

⁵² La Documentation française, 2008.

⁵³ Arrêt d'Assemblée du contentieux *Société Krupp Hazemag* du 11 juillet 2008, n° 287364, rec.p. 273 avec les conclusions de Bertrand DACOSTA

⁵⁴ TC, 18 juin 2007, n° 3600, rec. p. 600.

⁵⁵ Conseil d'Etat, *Organisme de gestion du cours du Sacré-Cœur et autres*, rec. p. 65.

⁵⁶ Conseil d'Etat, 12 octobre 1979, *Secrétaire d'Etat aux postes et télécommunications c/ Mme Devillers*, rec. p. 375.

2.3.3. La dérogation tirée de l'indisponibilité des droits par les parties à la médiation (2 de l'article 1er de la directive)

Aux termes du 2 de l'article 1^{er} de la directive, la médiation ne saurait porter sur « des droits ou obligations dont les parties ne peuvent disposer en vertu de la législation pertinente applicable ».

Si elle conduit à exclure la médiation dans des matières relevant de l'ordre public, la distinction ainsi introduite entre droits disponibles et droits indisponibles est cohérente, au regard du caractère volontaire d'un processus destiné à aboutir à un accord entre les parties : encore faut-il que ces dernières puissent disposer des droits en cause. Cette distinction est déjà présente dans le droit national régissant la transaction et le compromis. C'est ainsi que l'article 2045 du code civil dispose que « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction (...) » et qu'aux termes de l'article 2059 du même code « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ».

Pour autant, la disposition précitée de la directive soulève deux interrogations :

- La première porte sur le champ matériel des droits librement disponibles.

Cette distinction recouvre, de façon générale, celle existant entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux.

L'article 2060 du code civil donne une définition des droits indisponibles qui peut s'appliquer aux processus de médiation, en énonçant que « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps (...) et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public (...) ».

Les droits indisponibles apparaissent ainsi, notamment dans les litiges portant sur l'état et la capacité des personnes, une grande partie du droit du travail, en matière de propriété littéraire et artistique, pour tout ce qui a trait à la monnaie, ou encore pour une part importante des litiges se situant dans la sphère du crédit ou de l'assurance.

Il est ainsi permis de penser qu'elle recouvre, en droit national, la plupart des dispositions qualifiées d'ordre public.

L'on pourrait être tenté d'établir une énumération, en première analyse, des domaines, au sein de la matière administrative non régaliennne, dans lesquels les droits ne sont pas disponibles. Il serait alors envisageable d'évoquer, outre ce qui relève du pouvoir normatif de l'Etat et des autres autorités publiques, les régimes d'octroi d'autorisations administratives, tels que les agréments ou les autorisations ainsi que les cas dans lesquels l'administration est en situation de compétence liée... Toutefois, une analyse plus fine conduit à penser qu'il y a lieu de raisonner au cas par cas, et non par blocs de compétence. Une même approche prudente doit être retenue pour la qualification des prérogatives de puissance publique. Tel devrait être le cas, en principe, dans des situations dites statutaires. Mais, là encore, une analyse plus fine s'impose. Ainsi, en matière de fonction publique, si les fonctionnaires de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements hospitaliers sont dans une situation statutaire et réglementaire, et non contractuelle laquelle serait susceptible de leur permettre de disposer librement de leurs droits, de nombreuses hypothèses telles que les accidents de service, les différends d'ordre purement patrimonial ou indemnitaire ou encore certains litiges en matière de pensions civiles et militaires de retraite, démontrent les limites de l'analyse.

Pour ce qui est des règles d'organisation du service public, deux observations doivent être formulées : d'une part, il est peu envisageable que des décisions individuelles concernent directement l'organisation du service public ; d'autre part, et en tout état de cause, la notion de service public, au sens organique, n'a pas de portée en droit de l'Union européenne, qui adopte une approche fonctionnelle. La seconde porte sur les implications de la référence à « la législation pertinente applicable ».

Dans une perspective transfrontalière, et dès lors que la notion de « *législation pertinente applicable* » paraît renvoyer aux législations nationales, sur le fondement de quelle loi sera appréciée la disponibilité ou non des droits objets de la médiation ? Il y a là source d'incertitude quant à l'interprétation que feront les juridictions compétentes des dispositions nationales de transposition de la directive 2008/52.

Il est rappelé qu'il est recouru à la distinction entre droits disponibles et non disponibles pour l'application de l'article 3 du code civil (« *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers* ») et la détermination de l'office du juge. En effet, en présence de droits indisponibles, le juge a l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflits de lois, de rechercher le droit étranger applicable et de le mettre en oeuvre, sous réserve qu'il ne soit pas contraire à l'ordre public (Civ., 1^{ère}, 6 décembre 2005).

De même ne peut-il être reproché aux juges du fond d'avoir tranché un litige relatif à un contrat comportant des éléments d'extranéité, sans préciser sur le fondement de quels droits ils statuaient, dès lors que le litige portait sur une matière pour laquelle les parties avaient la libre disposition de leurs droits (Civ., 1^{ère}, 10 décembre 1991).

Ce raisonnement ne trouve pas à s'appliquer dans les cas où, du point de vue de la loi française, l'objet du litige se rattache à l'exercice de la puissance publique (Civ., 1^{ère}, 29 mai 1990).

2.3.4. Les médiations intervenant dans des domaines particuliers

Trois domaines dans lesquels la médiation s'exerce fréquemment appellent des observations spécifiques : la médiation familiale, la médiation dans le domaine relevant du droit du travail et les médiations relevant du droit de la consommation. Si le considérant 10 de la directive mentionne, à propos des matières où les droits indisponibles sont fréquents, le droit de la famille et le droit du travail, le Conseil d'Etat considère que ces matières entrent dans le champ de la directive, sous réserve d'en délimiter précisément les champs respectifs.

2.3.4.1. La médiation familiale

Elle ne peut être, en tant que telle, exclue du champ de la directive.

Le critère devant guider cette inclusion ou non, est celui de la libre disposition des droits par les parties. Un départ doit être effectué, à cet égard, entre les médiations mettant en cause des droits patrimoniaux, qui entrent dans le champ de la directive, et celles mettant en cause des droits extrapatrimoniaux (droits personnels : état et capacité des personnes, divorce, filiation, autorité parentale ...) qui en sont en principe exclues.

Il en est ainsi, en particulier, des médiations portant sur les droits essentiels des enfants alors même que le a) du 1 de l'article 7 de la directive 2008/52, en mentionnant l'intérêt de « *la protection des intérêts primordiaux des enfants* », pourrait laisser penser que l'ensemble des litiges les mettant en cause entre dans son champ.

S'agissant plus précisément de l'autorité parentale, qui est un « *ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* » (article 371-1 du code civil), elle échappe à la libre disposition des parents et les médiations auxquelles elle pourrait donner lieu n'entrent pas dans le champ de la directive. Celles-ci ne sauraient faire l'objet de la procédure prévue par son article 6 destinée à conférer force exécutoire aux accords qui en sont issus.

A cet égard, s'il est vrai que l' article 373-2-7 du code civil autorise les parents à conclure des conventions pour l'organisation des modalités d'exercice de l'autorité parentale, de tels accords doivent être soumis au juge pour homologation et n'acquiescent de valeur juridique qu'à cette condition. Ainsi, la saisine du juge n'est pas seulement destinée à permettre l'exécution de l'accord conclu, elle est une condition de sa validité, le juge exerçant un véritable pouvoir décisionnel en appréciant souverainement si l'accord qui lui est soumis est conforme à l'intérêt de l'enfant. En d'autres termes, le rôle du juge ne se borne pas à donner force exécutoire à la convention (« *imperium* ») : le juge est amené à dire le droit (« *jurisdictio* »).

2.3.4.2. La médiation dans le domaine relevant du droit du travail

S'agissant de la matière sociale en général, elle entre dans le champ de la directive ainsi qu'en témoigne notamment son considérant 10. Toutefois, le Conseil d'Etat, dans le très bref délai imparti, n'a pas été en mesure d'obtenir, de la part des administrations concernées, des informations suffisantes de nature à lui permettre d'effectuer le travail de qualification juridique qui lui était demandé par le Premier ministre. Il n'a pas été davantage en mesure d'étendre le champ de ses réflexions aux juridictions spécialisées, nombreuses en matière sociale. Il a toutefois relevé que le juge judiciaire a déjà la possibilité, en application de l'article 21 de la loi du 8 février 1995 précitée, d'ordonner des médiations pour des différends relevant de la matière sociale.

S'agissant du domaine des relations du travail, celui-ci présente des particularités, liées notamment à la prééminence de la notion d'ordre public, qui le font, pour bonne part, échapper au champ d'application de la directive :

- il s'agit d'un domaine où, comme le rappelle d'ailleurs le considérant 10 susmentionné, « *les droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer par elles-mêmes en vertu de la législation pertinente applicable sont particulièrement fréquents (...)* » ;
- sont également exclus, pour les raisons exposées sous le point 2.2.1.4., l'ensemble des conflits collectifs du travail, lesquels ne peuvent donner lieu à une médiation, au sens de la directive ;
- nombre de conflits, collectifs ou individuels du travail revêtent une dimension qui peut être pénale. Or, la matière pénale, régaliennne par excellence, est exclue du champ d'application de la directive 2008/52 ;

En outre, la matière des relations professionnelles comporte de nombreuses spécificités. En effet :

- il existe de très nombreux processus de médiation intervenant dans ce domaine sur un double fondement :

* d'une part, le code du travail prévoit un certain nombre de procédures se rattachant à la médiation, ayant pour objet le règlement des litiges d'ordre individuel ou collectif, et qui donnent satisfaction ;

* d'autre part, des processus supplémentaires de médiation de nature extrêmement divers ont été institués dans un grand nombre des 1000 branches d'activité.

- le droit du travail est, pour bonne part, un droit négocié par les partenaires sociaux. Les concepts de parité et d'égalité y sont prééminents. Par suite, la mise en place d'une procédure homogène applicable à l'ensemble des médiations existantes, avec recours à une tierce personne en qualité de médiateur et non à une structure paritaire, en admettant même qu'elle soit souhaitable, serait un sujet de grande sensibilité pour les partenaires sociaux, dont la consultation préalable est certainement requise. Il en est de même de la saisine du comité du dialogue social européen, institué en 1998⁵⁷, qui doit être consulté préalablement à toute transposition de normes communautaires en matière de droit du travail ;

- le régime de droit commun de l'homologation des accords issus de médiations ne peut être appliqué tel quel, la force exécutoire se heurtant à l'opposition de la notion d'ordre public et à l'intervention du président du tribunal de grande instance à la spécificité de la juridiction prud'homale ;

- enfin, la phase de conciliation existante devant le conseil des prud'hommes avant la phase juridictionnelle proprement dite, à laquelle les partenaires sociaux et le Conseil supérieur de la Prud'homie sont fortement attachés ne constitue pas une médiation, au sens de la directive. Par suite, elle n'est pas de nature à être affectée en tant que telle par la transposition de la directive.

⁵⁷ Décret n° 98-1080 du 30 novembre 1998 portant création d'un comité du dialogue social pour les questions européennes et internationales.

Toutefois, pour toutes les composantes de la matière sociale, il appartiendra au Gouvernement de mener dans les meilleurs délais une réflexion approfondie sur les conditions et modalités de la transposition de la directive 2008/52.

2.3.4.3. Les médiations relevant du droit de la consommation

- Le droit de la consommation entre dans le champ de la directive

Il participe en effet de la matière civile et commerciale et de sa définition autonome comme indiqué ci-dessus, sous la double réserve suivante :

- sont exceptés les litiges mettant en cause des notions d'ordre public. Dans ce cas de figure, les accords issus de telles médiations ne sauraient être homologués par le juge ;
- la directive exclut elle-même de son champ « les plaintes des consommateurs » (considérant 11), ce qui semble correspondre en France aux saisines de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, qui ont un caractère précontentieux ;

En outre, la directive renvoie, pour certaines pratiques, dans son considérant 18, à un support distinct, à savoir la recommandation susmentionnée de la Commission 2001/310/CE du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation. Le premier considérant du préambule de celle-ci dispose : « afin d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs et de promouvoir leur confiance, la Communauté devrait veiller à ce que les consommateurs aient un accès simple et efficace à la justice, ainsi qu'encourager la résolution des litiges de consommation à un stade plus précoce. ». Le dispositif est conforme à cette recommandation et les principes ainsi dégagés sont bien ceux d'impartialité, de transparence, d'efficacité et d'équité.

- Au demeurant, dans une réponse ministérielle du 13 juin 2010, faisant suite aux Assises de la consommation du 26 octobre 2009, M. Novelli, ministre chargé de la consommation, appelle à la définition d'un cadre juridique de la médiation en matière de consommation qui s'inscrive dans la transposition de la directive⁵⁸.

Cette définition doit s'inspirer des critères retenus par le Conseil national de la consommation dans ses avis du 7 juillet 2004 et du 27 mars 2007.⁵⁹

⁵⁸ « Enfin, ces assises de la consommation ont été l'occasion de réfléchir à d'autres moyens d'assurer la promotion et le développement de la procédure de médiation comme mode de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation : définir un cadre juridique propre à la procédure de médiation, répondant ainsi à l'obligation de transposer dans notre droit national les principes de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ; prendre en compte les spécificités de la médiation pour le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, à partir, notamment, des critères repris dans les deux avis du CNC de 2004 et 2007, lesquels visent à garantir l'efficacité et la rapidité du traitement des litiges par les médiateurs ; envisager les voies d'une généralisation de la procédure de médiation. La crédibilité de la médiation extrajudiciaire, comme véritable alternative au recours judiciaire, suppose une couverture très large de l'ensemble des secteurs intéressant les litiges de consommation. Les dispositions législatives et réglementaires permettant ou facilitant l'ensemble de ces actions sont en cours d'élaboration. ».

⁵⁹ Lors des Assises de la consommation, l'accent a été tout particulièrement mis sur le contenu des deux avis du CNC et en particulier sur les points suivants : 1°) la gratuité du recours à la médiation pour le traitement des litiges de consommation ; 2°) la compétence et la formation des médiateurs de la consommation ; 3°) la qualité et l'efficacité des procédures de médiation ; 4°) la rapidité des procédures de médiation.

Trois voies d'action ont été plus particulièrement identifiées : l'information et l'orientation des consommateurs ; le suivi transversal des pratiques de médiation pour le règlement des litiges de consommation ; la généralisation de la médiation. Les associations de consommateurs et les professionnels ont fait le constat de l'absence ou de l'insuffisance des systèmes de médiation dans nombre de secteurs d'activité (bâtiment, voyages, hôtellerie, restauration, artisanat, professions libérales, transport de passagers dans les domaines aérien et routier, agences immobilières).

2.4. Les critères relatifs au déroulement du processus de médiation

2.4.1. La qualité de la médiation

L'article 4 de la directive dispose à cet égard que :

« 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 ».

Les dispositions de cet article n'exigent pas, par elles-mêmes, une norme de transposition.

2.4.2. Le recours à la médiation

L'article 5 de la directive dispose que :

« 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 ».

Cette disposition peut être regardée, pour ce qui est de la matière civile et commerciale, au sens traditionnel du terme, comme étant transposée par les dispositions du code de procédure civile relatives à la médiation judiciaire, notamment son article 131-6, aux termes duquel *« la décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur et la durée initiale de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience (...) ».*

En revanche, s'agissant de la *« matière civile et commerciale »* qui se rattache à la matière administrative non régaliennne, l'article 5 de la directive impose d'instituer une procédure équivalente dans le code de justice administrative (voir quatrième partie).

Par ailleurs, il n'est pas apparu nécessaire de donner une traduction dans le droit national de la disposition du même article 5 prévoyant la possibilité pour la juridiction d'inviter les parties à assister à une réunion d'information sur le recours à la médiation, dès lors qu'une telle invitation, au demeurant pratiquée par les juges aux affaires familiales et les juges d'instance, est déjà rendue possible par les dispositions des articles 131-1 et suivants du code de procédure civile.

2.4.3. Le caractère exécutoire des accords issus de la médiation

2.4.3.1. L'article 6 de la directive

« 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.* »

Les dispositions de cet article doivent être transposées, compte tenu de leur caractère normatif garant notamment de l'applicabilité des accords issus de la médiation aux litiges transfrontaliers. De surcroît, il résulte de la combinaison des articles 9 et du 1 de l'article 12⁶⁰, que les États membres doivent communiquer à la Commission, en vue de l'information du public dans les États membres, les « *juridictions* » compétentes pour rendre un accord exécutoire⁶¹ et ce, au plus tard le 21 novembre 2010.

2.4.3.2. Le droit national prévoit déjà des procédures d'homologation par le juge judiciaire

C'est ainsi, pour s'en tenir aux seules dispositions pertinentes au regard de l'étude, que l'article 25 de la loi du 8 février 1995 précitée et l'article 131-12 du code de procédure civile prévoient l'homologation des accords issus de la médiation judiciaire.

2.4.3.3. La nécessité d'une nouvelle norme de transposition de l'article 6

A l'inverse, s'agissant des médiations purement conventionnelles, aucune procédure d'homologation n'est actuellement prévue en droit national et il y aura lieu de prévoir une norme assurant la transposition de la directive.

2.4.3.4. La nécessité d'une nouvelle norme de transposition en matière d'homologation des accords de médiation par le juge administratif

C'est une question relativement nouvelle en droit administratif français.

- Le Conseil d'Etat admet déjà l'homologation d'un accord issu d'une transaction en matière administrative.

Si l'article L. 211-4 du code de justice administrative a prévu, de façon assez lapidaire, une compétence du tribunal administratif en matière de conciliation, rien n'est prévu dans le même code pour ce qui est de la médiation, ni même en matière de transaction. Le problème se trouve ainsi posé tant sur le plan des principes qu'en matière d'homologation des accords issus de la médiation ou de la transaction. Il n'en demeure pas moins que le Conseil d'Etat n'a pas hésité, par la voie prétorienne, à combler partiellement cette lacune des textes, en matière de transaction.

Dans son avis précité du 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses et Société CDI de Lille, le Conseil d'Etat était saisi par un tribunal administratif d'une demande d'avis contentieux portant sur le point de savoir si le juge administratif peut donner acte, approuver ou homologuer, au titre de ses attributions contentieuses, un accord intervenu sous la forme d'une transaction entre les parties aux fins de la réparation d'un dommage, alors qu'aucun litige n'est introduit devant lui ; et, en cas de réponse affirmative, si le juge administratif est compétent pour homologuer toute transaction ayant pour objet de mettre fin ou prévenir tout différend de nature administrative, ou seulement des

⁶⁰ Article 9 : « *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 12 : « *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 (...)* ».

⁶¹ En effet, l'obligation de notifier les « *autorités* » compétentes pour ce faire ne vise que d'autres États membres, eu égard à l'organisation du système judiciaire français.

transactions qui comportent des clauses exorbitantes du droit commun ou qui sont relatives à des marchés ou à des dommages de travaux publics.

Le Conseil d'Etat a jugé qu'une telle 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. »

De la même façon dans sa décision du 18 juin 2007 précitée, le Tribunal des conflits a jugé qu'il relève de la compétence de la juridiction administrative, en cas de mise en œuvre de prérogatives de puissance publique ou de participation du cocontractant à une mission de service public, l'homologation de la transaction, dès lors qu'« il est manifeste que les différends qui s'y trouvent compris ressortissent principalement à la compétence du juge administratif ».

La position constructive du Conseil d'Etat est, certes, assortie de plusieurs réserves : l'objet de la transaction doit avoir pour objet le règlement ou la prévention de litiges pour le jugement desquels la juridiction administrative serait compétente ; les parties consentent effectivement à la médiation ; l'objet de cette médiation est licite ; elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique intéressée une libéralité ; elle ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public ; en outre, lorsque le contrat faisant l'objet d'une transaction doit être adressé au représentant de l'Etat pour l'exercice du contrôle de légalité, la demande d'homologation portant sur ce contrat lui est également communiquée. Enfin il est précisé que la décision d'homologation est revêtue de l'autorité relative de la chose jugée.

- C'est la raison pour laquelle il est proposé, en matière d'homologation par le juge administratif d'un titre ayant vocation à rendre exécutoire un accord issu d'une médiation en matière administrative, d'insérer des dispositions nouvelles et spécifiques à la médiation et à l'accord qui en est issu, dans le code de justice administrative. Ces propositions sont énoncées dans la quatrième partie. Elles conduisent à élargir la portée d'une jurisprudence désormais bien établie relative à l'homologation d'une transaction, en l'étendant à l'homologation de l'ensemble des accords issus de la médiation, qu'ils donnent lieu ou non à un accord de transaction.

2.4.4. La confidentialité de la médiation

2.4.4.1. L'article 7 de la directive

Cet article, précité supra sous le point 2.2.1.3., énonce l'ensemble des règles de confidentialité qui s'attache à la procédure de médiation, ainsi que les deux hypothèses de dérogation à celles-ci.

Toutefois, la directive ajoute qu'aucune disposition de cet article « n'empêche les États membres d'appliquer des mesures plus strictes en vue de préserver la confidentialité de la médiation ».

2.4.4.2. Une transposition ne présentant pas de difficultés particulières

Ces dispositions, qui doivent être transposées, ne présentent pas en elles-mêmes de difficulté particulière pour cet exercice de transposition.

C'est la première fois que cette exigence sera introduite dans le droit national pour ce qui concerne la médiation conventionnelle. En effet, elle n'est actuellement prévue que pour la médiation judiciaire (article 24 de la loi du 8 février 1995⁶² et article 131-14⁶³ du code de procédure civile).

⁶²Article 24 : « Le conciliateur et le médiateur sont tenus à l'obligation du secret à l'égard des tiers. / Les constatations du conciliateur ou du médiateur et les déclarations qu'ils recueillent ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties. Elles ne peuvent être utilisées dans une autre instance. (...) ».

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

L'article 8 de la directive impose aux Etats membres de veiller « (...) 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. (...) »

Cette obligation de transposition est pour l'essentiel déjà transposée dans notre droit interne par l'article 2238 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, qui dispose que :

« La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. »

Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée »

Toutefois, ces dispositions ne s'appliquant qu'à la matière civile, la transposition de la directive impose, pour la matière administrative non régaliennne, l'adoption de dispositions de transposition complémentaires portant, d'une part, sur l'effet suspensif d'une médiation en matière de délai de recours contentieux, et, d'autre part, sur l'effet de la médiation en matière de délais de prescription.

- instituer une suspension des délais de recours contentieux, en cas de mise en œuvre d'une procédure de médiation

Certes, il pourrait être objecté à une telle proposition qu'une disposition en ce sens n'apparaît pas nécessaire pour les deux raisons suivantes :

- en premier lieu, instituer un tel mécanisme reviendrait à assimiler, du point de vue procédural, la médiation au recours administratif préalable obligatoire (RAPO). Or, l'esprit et l'objet de ces deux procédures sont totalement distincts. Ainsi que l'a bien démontré l'étude adoptée par le Conseil d'Etat le 29 mai 2008⁶³, les recours administratifs préalables obligatoires (ci-après RAPO) se caractérisent par leur grande hétérogénéité et par la diversité des situations. Toutefois, dans l'ensemble de ces régimes de RAPO, ce n'est, en aucun cas, une saisine consensuelle d'un tiers qui déclenche le mécanisme procédural, et c'est bien dans ce sens que la médiation se distingue totalement de ce mécanisme, tant par sa nature que par son objet ;

- en second lieu, et surtout, l'extrême brièveté de certains délais de recours contentieux devant le juge administratif s'accommode mal, notamment dans le contentieux de l'excès de pouvoir, d'une procédure de médiation qui peut durer des mois, voire des années.

Toutefois, la lettre même de l'article 8 de la directive impose un tel choix, dès lors qu'aux termes de cet article, « les parties ne doivent pas être empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire ». En toute hypothèse, il y a lieu de rappeler que l'administration demeure toujours libre d'engager ou de refuser un processus de médiation et que, même si elle l'a engagé, elle peut y mettre un terme à tout moment sans avoir à en justifier les motifs. De telles décisions mettent immédiatement un terme à la suspension du délai qui recommence à courir. En outre, aux fins de prendre en compte l'extrême spécificité de la matière administrative, des brefs délais ont été impartis en matière de suspension du délai de recours devant le juge administratif. Des propositions de rédaction sont esquissées en quatrième partie.

- Prévoir des dispositions de transposition en matière de délai de prescription.

⁶³ Article 131-14 : « Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance. ».

⁶⁴ Les recours administratifs préalables obligatoires, la Documentation française, 2008.

S'agissant de la médiation portant sur des litiges de droit privé, aucune disposition n'est à adopter, puisque, d'ores et déjà, l'article 2238 précité du code civil a procédé à cette transposition.

En revanche, en matière administrative « non régaliennne », une disposition complémentaire à celle prévue à l'article 2238 précité du code civil apparaît souhaitable. L'article 2238 n'est, en effet, pas applicable au juge administratif. Tout au plus, ce dernier pourrait s'inspirer des principes généraux du droit de la prescription qui s'en dégagent. Mais une disposition complémentaire contribuerait davantage à renforcer la sécurité juridique des justiciables.

D'ailleurs, de tels régimes interruptifs de prescription ont été mis en œuvre dans d'autres Etats membres de l'Union européenne, en cas de recours à la médiation conventionnelle.

C'est ainsi qu'en Belgique, les articles 1730 paragraphe 3 et 1731 paragraphes 3 et 4 du code judiciaire prévoient explicitement la suspension des délais de prescription lors d'un recours à la médiation⁶⁵. Par ailleurs, en Autriche, une suspension des délais de prescription ainsi que des délais de forclusion, qui sont fréquents dans les contentieux des affaires familiales, est prévue par la législation.

⁶⁵ Extrait du Code judiciaire belge :

« CHAPITRE II - LA MEDIATION VOLONTAIRE

Art. 1730 -

§ 3. *Dans, les mêmes conditions, la proposition suspend le cours de la prescription de l'action attachée à ce droit pendant un mois.*

Art. 1731 -

§ 3. *La signature du protocole suspend le cours de la prescription durant la médiation.*

§ 4. *Sauf accord exprès des parties, la suspension de la prescription prend fin un mois après la notification faite par l'une des parties ou par le médiateur à l'autre ou aux autres parties de leur volonté de mettre fin à la médiation. Cette notification a lieu par lettre recommandée. »*

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

Une réunion de lancement de ces opérations s'est tenue au secrétariat général pour les affaires européennes (ci-après le SGAE) le 9 juin 2009, sur la base des premiers recensements effectués par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et du ministère du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat. Celle-ci a coordonné les travaux de même nature effectués par la direction des affaires civiles et du scea. Elle s'est également appuyée sur le recensement effectué par le « Médiateur de Bercy », lequel participe à des enceintes spécialisées telles que le « Club des Médiateurs du service public ».

Les travaux ont été menés en trois phases successives :

- **Phase 1 : recensement des dispositifs de médiation relevant du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et du ministère du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat**
 - Identification des dispositifs de médiation relevant du champ de compétence de ces ministères ;
 - Recherche des textes instituant ces médiations.
- **Phase 2 : Examen des régimes de médiation existants au regard des dispositions de la directive**
 - Détermination de l'inclusion, ou non, des dispositifs recensés dans le champ de la directive ;
 - Identification des critères énoncés par la directive et devant être transposés : définition de la médiation (article 3) et des qualités du médiateur (article 3 : efficacité, impartialité, compétence), caractère exécutoire des accords issus de la médiation (article 6), confidentialité de la médiation (article 7) et effets de la médiation sur les délais de prescription (article 8) ;
 - Examen de la conformité de ces médiations aux critères énumérés par la directive ;
 - Vérification, en cas de doute lié à l'absence de texte ou dans le silence de ce dernier, de la satisfaction de ces médiations aux critères de la directive ;
 - Identification, dans la mesure du possible et en cas de besoin, des mesures à prendre pour mettre les régimes de médiation en conformité avec la directive ;
 - Détermination de la nature, législative ou réglementaire, de ces mesures.

Le tableau en résultant a été transmis par la direction des affaires juridiques aux autres directions des ministères susmentionnés pour compléments éventuels. Il a été régulièrement complété pour être actualisé et ce jusqu'au 8 juillet 2010. Ainsi, le médiateur des relations interentreprises et de la sous-traitance, institué en avril 2010, y a été ajouté en dernier lieu.

- **Phase 3 : diffusion par le SGAE du tableau de recensement aux autres ministères**

A la demande du Conseil d'Etat, lors du « Groupe à Haut Niveau pour la transposition des directives » du 23 juin dernier, le SGAE a invité les représentants des ministères présents à communiquer, le plus rapidement possible, compte tenu de l'avancement de l'étude du Conseil d'Etat, les dispositifs de médiation relevant de leur champ de compétence et susceptibles de relever de cette opération de transposition.

3.1.2. Le tableau de recensement tel qu'il résulte de ces opérations

Ce tableau, tel qu'il figure en annexe V à l'étude, a été établi par les administrations. Les opérations de qualification juridique ont été établies sous la seule responsabilité du Gouvernement.

3.2. La consolidation de ces travaux de recensement par le Conseil d'Etat

Le tableau de recensement effectué à l'aune des critères de la médiation définis par le Conseil d'Etat appelle les observations qui suivent.

3.2.1. Un recensement non exhaustif dans les brefs délais impartis

Les administrations n'ont pu, dans les brefs délais qui leur étaient impartis, procéder à un recensement exhaustif des médiations intervenant dans leur champ de compétence respectif

3.2.2. La dénomination de « médiation » recouvre, de façon inappropriée, une grande diversité de processus

Dans le tableau qu'elles ont produit, les administrations ont recensé de nombreux processus de règlements alternatifs de différends, qui peuvent être ordonnés selon la typologie suivante :

- des processus qui doivent être regardés, en réalité comme des recours administratifs préalables obligatoires, dans le mesure où la médiation est obligatoirement requise avant l'intervention de la décision administrative (par exemple : commission de conciliation du conseil supérieur des messageries de presse ; médiateur de la mutualité sociale agricole) ;
- des processus qui ne visent pas à résoudre des différends entre parties, mais à traiter :
 - soit des plaintes de consommateurs dans le cadre de commissions comportant des représentants des associations de consommateurs et des professionnels (commission de règlement des litiges de consommation ; commission de médiation de la vente directe) ;
 - soit des réclamations d'usagers (médiateur de la Poste ; conciliateur de l'ARCEP ; médiateur de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur ; médiateur de France 2...) ;
- des processus conduits par des commissions qui se bornent à émettre un avis aux administrations ou aux organismes (médiateur du groupement des entreprises mutuelles d'assurances) qui les saisissent à cette fin ;
- des processus qui, pour la plupart, ne satisfont pas aux critères susmentionnés, soit que la volonté des parties ne s'exprime ni dans le choix de recourir à une médiation (médiateur national de l'énergie), ni dans le choix du médiateur (mission de conciliation du comité national olympique sportif), soit que le médiateur ne peut être regardé comme un tiers indépendant, eu égard à ses conditions de désignation, soit encore que le même médiateur propose lui-même des propositions de règlement aux parties, voire, de plus fort, qu'il dispose d'un pouvoir

d'injonction. C'est en particulier le cas des médiations « institutionnelles » mises en place au sein des administrations ou de divers opérateurs (médiateur de l'EDF, de GDF, de la SNCF) et qui, bien qu'elles s'appuient sur les règles et garanties définies par la charte des médiateurs du service public (annexe XIII de l'étude), ne satisfont pas aux critères définis. Dans cette hypothèse, elles peuvent s'apparenter davantage à des conciliations en raison du rôle directif joué par « le médiateur »;

- des processus intervenant hors du champ matériel de la directive, en ce qu'ils portent sur des matières administratives régaliennes (commission d'arbitrage de la taxe sur les spectacles ; médiation relative aux nuisances sonores générées par les structures aéroportuaires).

A titre purement exemplatif, figurent en annexe VI de l'étude trois régimes recensés par l'administration et pour lesquels l'analyse de qualification juridique a été revue et complétée par le Conseil d'Etat : la commission de médiation entre les personnes présentant un risque de santé et les organismes d'assurance et de crédit, n'entre pas dans le champ d'application des médiations, dès lors qu'il s'agit clairement d'un régime de RAPO et alors même que certains autres critères sont satisfaits ; un régime très près de satisfaire à l'ensemble des critères, mais dont le Conseil d'Etat n'a pas validé l'analyse, faute d'avoir vu compléter l'ensemble des rubriques du tableau par lui établi (conciliation en matière de litiges survenant entre associés de groupements agricoles d'exploitation en commun) ; enfin, un régime qui, ainsi qu'on va le voir entre pleinement dans le champ de la directive au regard des critères à l'aune desquels il a été examiné : la « Médiation du forum des droits sur internet ».

3.2.3. Moins de 10% des processus recensés sont des médiations, au sens de la directive

Parmi les quarante-cinq processus recensés, seuls trois d'entre eux satisfont aux critères prédéfinis et peuvent, par suite, être regardés comme des médiations au sens de la directive. Il en ressort un double décalage entre la demande d'étude du Premier ministre et le constat établi par le Conseil d'Etat : d'une part, les travaux de transposition de la directive 2008/52 sont beaucoup moins avancés qu'il est indiqué ; d'autre part, les travaux de recensement réalisés par les administrations ne concernent pas, pour l'essentiel, des médiations, au sens de la directive.

Si l'on a pu parvenir à un tel constat, à quelques mois du délai de transposition de la directive, c'est peut-être parce que, en l'espèce, il a été institué deux ministères chefs de file pour la transposition de cette directive communautaire et parce que la coordination entre ces derniers n'a pu être assurée au mieux. En outre, les autres ministères concernés par cet exercice de transposition n'y ont pas suffisamment été associés en amont.

Il s'agit des régimes suivants :

3.2.3.1. Médiation du forum des droits sur internet

Il s'agit d'une association de la loi de 1901, qui a pour objet la résolution amiable des différends liés à l'internet. Elle s'est dotée d'une charte de déontologie qui respecte pour bonne part les critères précités : « *un processus librement accepté par les parties. Celles-ci sont et restent libres d'interrompre, poursuivre, conclure ou non, à leur gré, la médiation qu'elles ont entreprise. La médiation constitue un processus au cours duquel les échanges sont strictement confidentiels* ». L'indépendance du médiateur est notamment assurée par le fait qu'il n'y a aucun lien de subordination entre celui-ci et les parties qui le saisissent.

L'accord issu de la médiation peut donner lieu à un accord écrit. Le caractère exécutoire de cet accord peut être assuré dans les conditions du droit commun énoncées à l'article 2238 du code civil.

3.2.3.2. Conciliation en matière de litiges survenant entre associés de groupements agricoles d'exploitation en commun (GAEC)

L'article R. 323-44 du code rural et de la pêche maritime dispose que « *Les statuts [d'un GAEC] peuvent décider que, dans les cas où les intérêts des associés risquent d'être opposés, les décisions de l'assemblée générale seront prises après consultation d'une personnalité désignée à l'avance, particulièrement qualifiée par son esprit d'équité et son expérience sociale et agricole. Ils peuvent également prévoir que tous les litiges survenant entre associés, ou certains seulement, seront soumis pour conciliation à l'avis d'une telle personne. Le nom de celle-ci doit être communiqué au comité départemental ou régional d'agrément.* ».

Il s'agit bien d'une forme de médiation au sens de la directive : la médiation est engagée par la volonté commune des parties, et le médiateur est choisi par elles. Il semble y avoir toutefois un doute sur le point de savoir s'il s'agit réellement d'une médiation dans laquelle les parties recherchent un accord ou d'une conciliation dans laquelle le conciliateur propose une solution aux parties. Le médiateur est « *personnalité qualifiée par son esprit d'équité et son expérience sociale et agricole* », ce qui correspond aux critères de compétence et d'impartialité.

L'article R. 323-44 devrait notamment être complété par une disposition garantissant la confidentialité des informations échangées au cours de la médiation. Enfin, faute de texte, d'autres rubriques non renseignées auraient dû être remplies pour permettre au Conseil d'Etat de qualifier ce dispositif au regard de la directive.

3.2.3.3. Médiation de la HALDE

Parmi les processus de médiation institués au sein des autorités administratives indépendantes, qui ne sont clairement pas dans le champ de la directive, seul celui prévu au sein de la HALDE semble pouvoir être regardé comme une médiation au sens de cette directive, en tous cas pour les litiges à caractère privé et pour ceux relevant de la matière administrative non régaliennne.

Il résulte, en effet, de l'article 7 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de cette autorité et des articles 28 et 29 de son décret d'application n° 2005-215 du 4 mars 2005, que la médiation est engagée par la volonté commune des parties, lesquelles peuvent décider d'y mettre fin à tout moment. La procédure suivie est proche de celle définie pour la médiation judiciaire par les articles 131-1 et suivants du code de procédure civile. Si le médiateur est désigné par la HALDE, les garanties qu'il doit présenter sont les mêmes : indépendance, formation ou expérience, qualification. Certes, le mot « impartialité » n'apparaît pas, mais tout laisse penser que les garanties sont suffisantes à cet égard.

Rien n'est prévu en matière de prescription : le droit commun applicable aux litiges de droit privé (article 2238 du code civil) trouve également à s'appliquer aux accords issus de cette médiation.

3.2.4. Les conclusions qui peuvent être tirées de ce constat

3.2.4.1. Il est naturel que très peu « de médiations », au sens de la directive, aient été recensées dans la sphère publique

En premier lieu, la limitation du champ de la directive aux litiges transfrontaliers impose un certain degré d'exigence quant à la définition des régimes de médiation auxquels peuvent recourir des parties issues d'Etats membres différents. Tous les processus ne peuvent, par suite, satisfaire aux critères « perfectionnés » en résultant.

En second lieu, ce constat confirme que la directive a entendu couvrir à titre principal la médiation conventionnelle, engagée contractuellement entre deux parties, tout en l'articulation avec celle ordonnée par le juge.

Ce qui laisse hors de son champ, à la fois :

- l'essentiel des médiations « administratives ou institutionnelles » recensées par les administrations qui, quelles que soient les garanties qui y sont attachées, butent, soit, sur l'absence de libre choix par les parties du processus de médiation et du médiateur, soit sur le fait que ce dernier n'est pas un tiers indépendant, soit encore sur le fait qu'elles interviennent dans le champ de la matière administrative régaliennne ;
- les « médiations maison », c'est-à-dire les processus internes aux entreprises qui, pour la plupart, ne correspondent pas aux exigences d'un processus « structuré », tel que mentionné par la directive et ne satisfont pas en outre aux critères généraux tirés de celle-ci, et tel que défini plus haut.

3.2.4.2. Les évolutions de textes appelées par la transposition de la directive

A cet égard, deux cas de figures doivent être distingués :

- les processus qualifiés de médiations « administratives ou institutionnelles » et des « médiations maison », qui fonctionnent bien, mais sont hors champ de la directive, l'intervention de cette dernière n'implique nullement leur remise en cause : ils doivent continuer à s'autoréguler, sans qu'il soit nécessaire de faire évoluer les textes, qui, le cas échéant, les régissent.
- pour ceux de ces processus qui souhaiteraient se prévaloir de la qualification de « médiation » et aux avantages qui y sont attachés (formation des médiateurs ; caractère exécutoire ; effet des accords issus de la médiation sur la prescription), trois types d'évolution textuelle sont envisageables:
 - * des dispositions complétant les textes particuliers les régissant, par exemple pour intégrer l'exigence de confidentialité;
 - * des dispositions transversales qui seraient le pendant, pour la médiation conventionnelle, des dispositions du code procédure civile régissant la médiation judiciaire ;
 - * la prise en compte des régimes de médiation à instituer dans la « matière administrative non régaliennne », ce qui impliquera une modification du code de justice administrative.

Quatrième Partie

Propositions

4.1. Transposition des dispositions contraignantes de la directive

Il convient, à ce stade de l'étude, de résumer les options de transposition proposées par le Conseil d'Etat, telles qu'elles résultent des développements qui précèdent, et de récapituler les propositions de rédaction de normes de transposition. Tel est l'objet du tableau de concordance proposé par le Conseil d'Etat, figurant en annexe VII.

D'une manière générale, il est apparu approprié de proposer, sauf exception dûment justifiée, des textes de transposition de nature transversale. Ce choix résulte notamment du constat exposé dans la troisième partie selon lequel la plupart des processus recensés par les administrations ne constituent pas des médiations, au sens de la directive, et n'appellent, par suite, aucune évolution normative.

Les propositions de rédaction de normes qui sont présentées ci-après ne le sont qu'à titre exploratoire. Dans les brefs délais impartis, il n'a pas été possible de définir des formulations exhaustives et totalement abouties. Les propositions énoncées ci-après ne peuvent donc lier les formations consultatives du Conseil d'Etat lorsque celles-ci examineront les projets de textes de transposition de la directive.

Les principales obligations de transposition de la directive peuvent être exposées comme suit :

- compléter ou adapter, le cas échéant, le régime de la médiation judiciaire régi par les articles 21 à 26 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ainsi que par les articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile, afin de prendre en compte les exigences de la directive ;
- instituer un mécanisme similaire à celui de la médiation judiciaire susmentionnée, applicable au juge administratif de premier ressort, en lui donnant la possibilité de désigner un médiateur afin d'aider les parties à un litige relevant de la matière administrative non régaliennne à trouver une solution au conflit qui les oppose ;

créer une procédure de médiation conventionnelle, en la définissant précisément tant pour la matière civile que pour la matière administrative non régaliennne et prévoir la possibilité, pour les parties, de demander aussi bien au juge judiciaire qu'au juge administratif de rendre exécutoire les accords issus d'une telle médiation.

4.1.1. Une seule norme de transposition est nécessaire pour la médiation judiciaire

En effet, les articles 21 à 26 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 (annexe VIII de l'étude) et les articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile (annexe IX de l'étude) organisant la médiation judiciaire satisfont déjà aux principales exigences de la directive : les critères d'indépendance et de compétence du médiateur figurent déjà à l'article 131-5 du code de procédure civile, l'homologation de l'accord issu de la médiation est prévue par l'article 131-12, la confidentialité est garantie par l'article 24 de la loi du 8 février 1995 et l'article 131-14 du code de procédure civile.

S'agissant de la confidentialité de la médiation, si les dispositions correspondantes figurent déjà à l'article 24 de la loi du 8 février 1995 et à l'article 131-14 du code de procédure civile, il

apparaît toutefois nécessaire de transposer les a) et b) précités de l'article 7 de la directive qui prévoient deux séries d'exceptions à cette règle générale.

Ces dispositions, en ce qu'elles font référence à des « *raisons impérieuses d'ordre public* », présentent un caractère législatif. Il est dès lors proposé d'insérer un troisième alinéa à l'article 24 de la loi de 1995, lequel se lirait comme suit :

« Le conciliateur et le médiateur sont tenus à l'obligation du secret à l'égard des tiers.

Les constatations du conciliateur ou du médiateur et les déclarations qu'ils recueillent ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties. Elles ne peuvent être utilisées dans une autre instance.

Il ne peut être dérogé à ces dispositions que dans les deux cas suivants :

- a) en présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;*
- b) lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.*

Toutefois, le conciliateur ou le médiateur informe le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord. »

Il conviendrait, le cas échéant, de compléter également l'article 131-14 du code de procédure civile, en y insérant une disposition analogue.

4.1.2. Prévoir des dispositions de transposition pour la médiation conventionnelle

La directive 2008/52 impose la transposition des dispositions de la directive relatives à

- la définition de la médiation et du médiateur ;
- la confidentialité du processus de médiation ;
- la possibilité de rendre exécutoire un accord issu de la médiation.

4.1.2.1. Les dispositions législatives

Un choix doit être opéré entre deux solutions :

- soit, dans un souci de cohérence et de clarté de la norme, élever au niveau législatif l'ensemble du dispositif pour lui assurer sa cohérence, au risque de méconnaître la répartition des compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire telles qu'elles résultent des articles 34 et 37 de la Constitution ;
- soit respecter cette répartition des compétences et ne prévoir, au niveau législatif, que les dispositions relatives à la confidentialité et au respect des dispositions d'ordre public.

C'est, bien sûr, la seconde solution qui est ici proposée.

Le code de procédure civile ne comportant que des dispositions à caractère réglementaire, il est proposé de compléter le titre II de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 en insérant, après le chapitre I, un chapitre I-Bis, intitulé « *la médiation conventionnelle* » et comprenant l'article suivant :

« Article 26-1 :

Les dispositions de l'article 24 sont applicables à la médiation conventionnelle engagée en dehors de toute procédure judiciaire. »

4.1.2.2. Les dispositions réglementaires corrélatives

Il est proposé d'insérer dans le code de procédure civile les dispositions réglementaires corrélatives aux dispositions législatives qui viennent d'être exposées ci-dessus.

Bien que la médiation conventionnelle en matière civile soit menée en dehors de toute instance judiciaire, cette insertion est cohérente avec l'objectif d'une bonne articulation entre les médiations judiciaires et conventionnelles poursuivies par la directive.

Ce choix se justifie dès lors que l'accord trouvé dans le cadre du processus de médiation ne peut devenir exécutoire que par l'intervention du juge, doté de *l'imperium*. C'est d'ailleurs pour cette raison que les dispositions relatives à la transaction et à l'arbitrage se trouvent au sein de ce code.

Par suite, il est proposé d'ajouter, au sein du Livre Ier « Dispositions communes à toutes les juridictions », après le titre VI bis, intitulé « La médiation », qui deviendrait « La médiation judiciaire », un titre VI ter intitulé « La médiation conventionnelle » comprenant les articles suivants :

« Article 131-20

La médiation conventionnelle 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. »

« Article 131-21

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. »

« Article 131-22

« Les dispositions du premier alinéa de l'article 131-4 et de l'article 131-5 sont applicables aux médiations et aux médiateurs mentionnés respectivement à l'article 131-20 et à l'article 131-21. »

« Article 131-23

« En cas d'accord issu de la médiation, l'ensemble des parties ou l'une d'elles avec l'accord exprès des autres, peut soumettre celui-ci à l'homologation du président du tribunal de grande instance, ou au magistrat qu'il délègue à cet effet, qui lui donne force exécutoire. »

« Article 131-24 :

« Un accord issu d'une médiation, homologué en application des dispositions de l'article 6 de la directive 2008/52 du Parlement et du Conseil par une juridiction ou une autorité d'un autre Etat membre de l'Union européenne, est rendu exécutoire, à la demande des parties, sur le territoire de la République par le président du tribunal de grande instance. »

« Article 131-25 :

« L'accord d'engagement de la médiation mentionne expressément l'accord des parties, désigne le médiateur et la durée initiale de sa mission.

Il fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti ; si la médiation comporte plusieurs parties, la décision indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner. »

« Article 131-26

« Le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. Toutefois, il peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent. »

« Article 131-27

« L'ensemble du processus de médiation et l'accord issu de la médiation respectent les droits des tiers. »

Certes, l'on pourrait envisager d'enfermer la médiation conventionnelle au sein d'un délai, en prenant en compte le principe de sécurité juridique, comme c'est le cas dans la médiation judiciaire (selon l'article 23 de la loi du 8 février 1995 et l'article 131-3 du code de procédure civile, la durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois et cette mission peut être renouvelée une fois pour une même durée). Toutefois, s'agissant de la médiation conventionnelle, ce choix n'a pas paru opportun, car, en cette matière, c'est la liberté contractuelle qui prévaut.

4.1.3. Prévoir des dispositions de transposition pour les médiations relevant de la matière administrative non régalienn

Il ressort en effet des développements qui précèdent, que cette matière, encore une fois dans la mesure où elle n'est pas régalienn, entre dans le champ de la directive.

Il y a lieu de rappeler, aux fins de bien prendre conscience de la réalité des enjeux, que :

- pour qu'il y ait médiation, il faut qu'il y ait accord de l'ensemble des parties, donc de l'administration ;
- l'administration peut mettre fin à tout moment, de façon unilatérale et sans avoir à justifier d'un motif précis, à tout processus de médiation en cours ;
- l'ensemble des articles dont l'insertion est proposée dans le code de justice administrative devra être précédée de la consultation du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

4.1.3.1. Autoriser les parties à un différend à recourir à une médiation

Dans le titre I « Attributions » du livre I « Le Conseil d'Etat » de la partie législative du code de justice administrative, après le chapitre III « L'avis sur une question de droit », il est proposé l'insertion d'un chapitre IV « La médiation », comprenant l'article L. 114-1 ainsi rédigé :

« L. 114-1

« I. Les différends relevant de la compétence du juge administratif, à l'exclusion de ceux dans lesquels sont mises en œuvre, par une partie, des prérogatives de puissance publique, peuvent faire l'objet d'une médiation.

II. Le Conseil d'Etat est compétent, en matière de médiation, dans les conditions prévues à l'article L. 111-2.

III. Les tribunaux administratifs sont compétents, en matière de médiation, dans les conditions prévues à l'article L. 211-5 ».

4.1.3.2. Permettre au juge administratif de rendre exécutoire l'accord issu d'une médiation

Au sein du Livre VII « Le jugement » de la partie réglementaire du code de justice administrative, dans le titre VII « Dispositions spéciales », il est proposé d'ajouter un chapitre I intitulé « la médiation » et comprenant deux articles R. 780-1 et R. 780-2 ainsi rédigés :

« Article R. 780-1

« Lorsqu'il a été fait application de l'article L. 111-2 ou de l'article L. 211-5, ou dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en matière administrative, le juge administratif, sous réserve que la médiation ait pour objet le règlement ou la prévention des différends pour le jugement desquels la juridiction administrative est compétente, et lorsqu'il est saisi en ce sens, peut homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation. Le juge vérifie que les parties consentent effectivement à la médiation, que son objet est licite, qu'elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique une libéralité et qu'elle ne méconnaît aucune règle d'ordre public. L'ensemble du processus de médiation respecte les droits des tiers. ».

Article R. 780-2

« Un accord issu d'une médiation, homologué en application des dispositions de l'article 6 de la directive 2008/52 du Parlement et du Conseil par une juridiction ou une autorité d'un autre Etat membre de l'Union européenne est rendu exécutoire, à la demande des parties, sur le territoire de la République par le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue à cet effet. ».

En revanche, le Conseil d'Etat n'estime pas pertinent de permettre au juge d'appel d'homologuer des accords issus de médiations conventionnelles ; la compétence des tribunaux administratifs en la matière s'exercera sous le contrôle des juges d'appel et de cassation.

4.1.3.3. Permettre au juge administratif de premier ressort d'inviter les parties à recourir à la médiation

4.1.3.3.1. Dispositions à caractère législatif

Il est proposé d'offrir aux juges administratifs de premier ressort la possibilité d'inviter les parties à recourir à la médiation.

Faute de temps, il n'a pas été possible d'examiner le cas des juridictions administratives spécialisées pour lesquelles la question de la transposition de la directive 2008/52 se pose certainement dans des termes très voisins.

Le choix d'exclure les niveaux de l'appel et de la cassation pour l'engagement d'une procédure de médiation repose sur les considérations suivantes. D'une part, à l'instar de ce qui a été jugé pour ce qui est de la conciliation, par la décision *Dadillon* du 22 mars 1995⁶⁶, il est préférable de réserver aux seules juridictions de première instance la faculté d'ordonner des processus de médiation. D'autre part, et surtout, en pure opportunité, l'engagement d'un tel processus ne se justifie que très en amont de la procédure et ne semble pas avoir de sens au niveau de l'appel. D'ailleurs, comme le relève D. CHABANOL, « cette mission para ou méta juridictionnelle ne saurait donner lieu à décision susceptible de recours ». Ce n'est donc qu'au stade du tribunal administratif et du Conseil d'Etat statuant en premier et dernier ressort (hormis le cas des juridictions spécialisées qui se trouveraient dans une situation comparable) que l'engagement d'un processus de médiation conserve réellement un sens. Cette compétence s'exercera, s'agissant des tribunaux administratifs, à charge d'appel et de pourvoi en cassation.

Au sein du Livre II « Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel », Titre I « Attributions », Chapitre I « Attributions contentieuses », après l'article L. 211-4, il est proposé d'insérer un article L. 211-5, ainsi rédigé :

« L. 211-5

« Les tribunaux administratifs peuvent, lorsqu'ils sont saisis d'un litige relevant de leur compétence, à l'exclusion de ceux dans lesquels sont mises en œuvre, par une partie, des prérogatives de puissance publique, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci. »

Même s'il est permis de penser que la plupart des contentieux pour lesquels le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort concernent des litiges auxquels est partie une autorité publique mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, ou échappent par construction au champ de la médiation⁶⁷, il apparaît nécessaire de prévoir une disposition similaire pour le Conseil d'Etat juge de premier ressort.

⁶⁶ Voir les commentaires particulièrement étayés de M. Daniel CHABANOL sous l'article L. 211-4 dans le code de justice administrative annoté, éditions le Moniteur, troisième édition, p. 141.

⁶⁷ L'article R. 311-1 du code de justice administrative dispose en effet que : « Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort : / 1° Des recours dirigés contre les ordonnances du Président de la

Il est ainsi proposé, au sein du Livre I « *Le Conseil d'Etat* », Titre Ier « *Attributions* », Chapitre Ier « *Attributions contentieuses* », après l'article L. 111-1, d'insérer un article L. 111-2, ainsi rédigé :

« Article L. 111-2

« Le Conseil d'Etat statuant en premier et dernier ressort peut, lorsqu'il est saisi d'un litige relevant de sa compétence, à l'exclusion de ceux dans lesquels sont mises en œuvre, par une partie, des prérogatives de puissance publique, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation, pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci. »

4.1.3.3.2. Dispositions à caractère réglementaire

Au sein de la partie réglementaire du code de justice administrative, dans le chapitre Ier « *Attributions contentieuses* » du titre Ier « *Attributions* » du livre II « *Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel* », actuellement dépourvu de dispositions réglementaires, il est proposé d'insérer un article R. 211-1 ainsi rédigé :

« Article R. 211-1 :

« I. Lorsqu'un tribunal administratif ordonne une médiation en application de l'article L. 211-5, il désigne, en accord avec les parties, un tiers impartial, indépendant, compétent et probe.

II. Le médiateur ainsi désigné accomplit sa mission avec toute la diligence requise. Il met à même chaque partie de répondre aux observations formulées par l'autre dans le respect de la confidentialité, sous réserve de dispositions d'ordre public.

III. Si le médiateur n'a pas proposé au tribunal administratif un accord issu de la médiation à l'issue d'un délai fixé par le tribunal et ne pouvant excéder six mois, il est dessaisi de la médiation et le tribunal administratif statue dans les conditions fixées aux articles R. 611-1 et suivants.

IV. Chaque partie et le médiateur peuvent demander à tout moment au tribunal administratif d'ordonner qu'il soit mis fin au processus de médiation. Il est alors fait application du III. ci-dessus.

V. En aucun cas, la médiation ne dessaisit le tribunal administratif qui peut prendre à tout moment les mesures qui lui paraissent nécessaires, ou mettre un terme à la médiation. »

République et les décrets ; / 2° Des recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres et des autres autorités à compétence nationale et contre leurs circulaires et instructions de portée générale ; / 3° Des litiges concernant le recrutement et la discipline des agents publics nommés par décret du Président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 (3e alinéa) de la Constitution et des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat ; / 4° Des recours dirigés contre les décisions prises par les organes des autorités suivantes, au titre de leur mission de contrôle ou de régulation : l'Agence française de lutte contre le dopage ; l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles ; l'Autorité de la concurrence ; l'Autorité des marchés financiers ; l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ; l'Autorité de régulation des jeux en ligne ; l'Autorité de régulation des transports ferroviaires ; l'Autorité de sûreté nucléaire ; la Commission de régulation de l'énergie ; la Commission bancaire ; le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ; le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; la Commission nationale de l'informatique et des libertés ; la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité ; / 5° Des actions en responsabilité dirigées contre l'Etat pour durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative ; / 6° Des recours en interprétation et des recours en appréciation de légalité des actes dont le contentieux relève en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat ; / 7° Des recours dirigés contre les décisions ministérielles prises en matière de contrôle des concentrations économiques. »

Il conviendra également de prévoir une disposition relative aux modalités de la rémunération du médiateur par les parties, à l'instar des dispositions de l'article 22 de la loi du 8 février 1995 et du deuxième alinéa de l'article 131-6 du code de procédure civile.

Il y a lieu de prévoir une disposition homothétique pour le Conseil d'Etat (au sein de la partie réglementaire du code de justice administrative, dans le chapitre Ier « *Attributions contentieuses* » du titre Ier « *Attributions* » du livre I « *Le Conseil d'Etat* », actuellement dépourvu de dispositions réglementaires, il est proposé d'insérer un article R. 111-1).

4.1.3.4. Etendre le bénéfice de l'aide juridictionnelle à la médiation ordonnée par le juge administratif de premier ressort

Il est proposé, sur le modèle de l'article 22 de la loi du 8 février 1995 concernant la médiation judiciaire, d'étendre le bénéfice de l'aide juridictionnelle à la médiation ordonnée par un tribunal administratif. Il s'agit d'une obligation résultant de la directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003⁶⁸ visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, dont l'article premier dispose qu'elle « *vise, dans les affaires transfrontalières, toute procédure en matière civile et commerciale, quelle que soit la nature de la juridiction* » (article éclairé par le considérant 21 du préambule de cette directive, ainsi rédigé : « *L'aide judiciaire doit être accordée aux mêmes conditions, qu'il s'agisse de procédures judiciaires traditionnelles ou de procédures extrajudiciaires telles que la médiation, dès lors que la loi fait obligation d'y recourir ou qu'un tribunal y renvoie les parties.* »).

En réalité, cette obligation de la directive 2002/8 ne concerne que les médiations visant à régler des litiges transfrontaliers. Mais il serait quelque peu inique, voire constitutif d'une discrimination à rebours que de maintenir un régime dual, pour ce qui est de l'aide juridictionnelle, entre les litiges intracommunautaires et les différends purement internes. C'est la raison pour laquelle il a été choisi de ne pas retenir cette distinction pour éviter « *la coexistence dans notre droit de deux régimes de médiation distincts selon la nature des litiges* »⁶⁹.

Dans le titre IV « *L'aide juridictionnelle* » du livre IV « *L'introduction de l'instance de premier ressort* » de la partie réglementaire du code de justice administrative, après l'article R. 441-1, il est proposé d'ajouter un article R. 441-2 ainsi rédigé :

« R. 441-2

« Lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée à l'une des parties conformément à l'article R. 441-1, la part des frais de la médiation incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle est à la charge de l'Etat, dans la limite fixée par le président de la formation de jugement. »

Pour le surplus, c'est-à-dire la médiation purement conventionnelle, le Conseil d'Etat ne préconise pas une extension de l'aide juridique à de telles médiations pour deux raisons principales :

- s'agissant de médiations engagées par les parties en dehors de toute procédure judiciaire, l'attribution de l'aide juridique nécessiterait de repenser complètement l'architecture de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, qui organise l'aide juridictionnelle d'une part, difficilement séparable de l'instance, et l'aide à l'accès au droit d'autre part, aucun de ces deux types d'aide juridique n'étant adapté à la médiation conventionnelle ;

- les contraintes budgétaires qui prévalent aujourd'hui.

⁶⁸ Directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, JOUE, L 26/41 du 31 janvier 2003.

⁶⁹ Demande d'étude du Premier ministre.

4.1.3.5. La suspension des délais de recours contentieux en matière administrative en cas d'engagement d'une médiation

L'article 8 de la directive impose (cf. supra 2.4.6.) de prévoir une suspension des délais de recours contentieux s'agissant de l'ensemble des recours contentieux, y compris les recours pour excès de pouvoirs, en cas d'engagement d'une médiation. En effet, en disposant 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...* », les dispositions de cet article sont totalement dépourvues d'ambiguïté. **Ainsi, il existe bel et bien une obligation de transposition.**

Cette suspension des délais ne saurait concerner les recours dirigés contre les actes réglementaires, lesquels traduisent nécessairement l'exercice d'une prérogative de puissance publique par l'administration. Elle doit nécessairement être restreinte aux recours dirigés contre les décisions individuelles des personnes publiques ne mettant en outre pas en œuvre de prérogatives de puissance publique.

Il est proposé de limiter la durée de cette suspension à trois mois au plus, afin de concilier le respect du principe de sécurité juridique et la bonne qualité qui doit s'attacher à tout processus de médiation.

Au sein de la partie réglementaire du code de justice administrative, dans le titre II « *Les délais* » du livre IV « *L'introduction de l'instance de premier ressort* », il est proposé d'insérer, après l'article R. 421-7, un article R. 421-8 ainsi rédigé :

« R. 421-8

« I. Lorsqu'un processus de médiation est engagé dans le cadre de différends relevant de la compétence des juridictions administratives, à l'exclusion de ceux dans lesquels sont mises en œuvre, par une partie, des prérogatives de puissance publique, les délais prévus par les articles R. 421-1 et R. 421-3 sont suspendus à compter de la date à laquelle les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation.

II. Cette suspension ne peut excéder un délai de trois mois.

III. En cas d'échec de la médiation, la suspension du délai de recours cesse à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur, déclarent que la médiation est terminée, et, au plus tard, à l'issue du délai prévu au II.

IV. Les dispositions des articles R. 421-2 et R. 421-4 ne sont pas applicables. »

4.1.3.6. Effet de la médiation sur les délais de prescription en matière administrative

Dès lors que l'article 2238 du code civil n'est pas applicable, l'article 8 de la directive impose l'adoption de 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 la matière administrative non régaliennne.

Il est proposé de compléter la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics.

Après l'article 2 de cette loi, il est proposé d'ajouter un article 2 bis ainsi rédigé :

« Article 2 bis :

« La prescription est suspendue à compter du jour, où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation, ou, à défaut d'accord écrit, à compter de la première réunion de médiation.

La suspension de la prescription ne peut excéder une durée de six mois.

Les délais de prescription recommencent à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. »

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

L'article 4 de la directive portant sur la qualité de la médiation comporte deux paragraphes, l'un sur l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite, l'autre sur la formation initiale et continue des médiateurs :

« 1. Les Etats 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 Etats 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 ».

Ces dispositions sont éclairées par le considérant 16 du préambule de la directive, aux termes duquel *« 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. »* ; et par le considérant 17, ainsi rédigé : *« 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 ».*

Il y a lieu d'examiner les obligations de transposition résultant de cet article de la directive.

La terminologie utilisée (*« les Etats membres encouragent... », « les Etats membres promeuvent »*) pour les deux paragraphes de cet article lui confère une normativité faible, sinon inexistante. Par suite, cette disposition se limitant à formuler des objectifs généraux ou potestatifs, laissant aux Etats membres un choix discrétionnaire quant à la forme et aux moyens de les atteindre, le Conseil d'Etat considère que, en l'état, il n'existe aucune obligation de transposition à proprement parler.

Toutefois, si, comme le laissent penser les termes mêmes de la demande d'étude, la France souhaite aller plus loin dans la mise en œuvre pleine et effective de cette directive, un certain nombre d'actions sont concevables aux fins de parvenir à un régime homogène en matière de médiation et tendant d'une façon générale *« vers le haut »*, c'est-à-dire à s'aligner sur les exigences élevées de la médiation intercommunautaire.

Trois types d'action sont concevables :

- l'encouragement à l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et à l'adhésion à ces codes ;
- l'encouragement d'autres mécanismes efficaces de contrôle de la qualité de la médiation ;
- la promotion de la formation initiale et continue de médiateurs.

4.2.2. L'encouragement à l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et l'adhésion à ces codes

4.2.2.1 *Le code de conduite européen et le code de déontologie du médiateur*

Le code de conduite européen, auquel fait référence le considérant 16 de la directive, est le « *code de conduite européen pour les médiateurs* ».

Ce code de conduite expose une série de normes susceptibles d'être appliquées à la pratique de la médiation et auxquelles les organismes de médiation peuvent adhérer. Proposé par la Commission européenne, il a été élaboré en coopération avec un grand nombre d'organisations et de personnes, parmi lesquelles figurent des praticiens spécialisés en médiation et d'autres intéressés par le développement de la médiation au sein de l'Union européenne. Le Code a été adopté lors d'une réunion regroupant ces experts en juillet 2004 et il est disponible en ligne sur le site Internet de la Commission. Il est reproduit à l'annexe XI de l'étude.

En France, un « code de déontologie du médiateur » lequel se réfère au code de conduite européen a également été élaboré par les principales organisations professionnelles de la médiation. Il a été présenté publiquement le 5 février 2009 et adopté par : l'Académie de la Médiation ; l'Association des Médiateurs Européens (AME) ; l'Association Nationale des Médiateurs (ANM) ; l'Association pour la Médiation Familiale (APMF) ; le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (C.M.A.P.) ; la Chambre Nationale des Praticiens de la Médiation (C.N.P.M.) ; la Consulte des Médiateurs d'Entreprises (C.M.E.) ; la Fédération Nationale pour la Médiation familiale (FENAMEF) ; la Fédération Nationale des Centres de Médiation (FNCM) ; Médiation-Net ; le Réseau des Médiateurs en Entreprise (RME) ; l'Union Professionnelle Indépendante des Médiateurs (UPIM).

Il est reproduit à l'annexe XII de l'étude.

4.2.2.2. *L'adhésion à ces codes volontaires de bonne conduite*

Il y a lieu de préciser les obligations de transposition qui s'infèrent du 1 de l'article 4 de la directive.

S'agissant de l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite, on peut considérer que l'existence du « code de déontologie du médiateur » et son approbation par les principales associations de médiateurs satisfont aux prescriptions de la directive, laquelle n'appelle pas de mesures de transposition particulières, à l'exception de la mise à disposition du public du code de conduite européen.

S'agissant de l'obligation d'encourager l'adhésion à ces codes, par les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation, plusieurs recommandations peuvent être formulées, outre l'incitation à l'adhésion effectuée par les organisations nationales ayant approuvé le « code de déontologie du médiateur » :

- mettre en ligne le « code de conduite européen pour les médiateurs » et le « code de déontologie du médiateur » sur un site Internet public ;
- prévoir, dans le cas d'une médiation confiée par un juge conformément aux articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile, une information systématique des médiateurs désignés sur l'existence de ce code.

Cette obligation d'information par le juge pourrait être prévue par l'insertion d'un article 131-5-1 au code de procédure civile, ainsi rédigé :

« Article 131-5-1 :

« Le juge informe la personne physique ou l'association à qui est confiée la médiation de l'existence du code de conduite européen pour les médiateurs et du code de déontologie du médiateur ».

Une telle disposition présenterait toutefois l'inconvénient de renvoyer à un code dépourvu en l'état de valeur normative, élaboré dans un cadre associatif et susceptible d'évolutions. Cet inconvénient ne paraît pas rédhibitoire eu égard à la régularité de la mise à jour de ces « codes » et à la valeur qu'ils ont acquis auprès des professionnels depuis leur mise en œuvre.

Une disposition analogue doit être prévue dans le code de justice administrative.

4.2.3. Mécanismes de contrôle de la qualité de la médiation

Pour ce qui est des « autres mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture de services de médiation » également mentionnés à l'article 4 de la directive, la question de leur mise en œuvre est plus délicate.

Deux exigences difficilement conciliables doivent être pris en considération, mentionnées au considérant 16 précité de la directive. Il s'agit de préserver la souplesse du processus de médiation et l'autonomie des parties, tout en définissant des mécanismes efficaces permettant de veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, impartialité et compétence.

Plusieurs solutions sont envisageables. L'objectif doit être de parvenir à un système souple, peu coûteux, néanmoins efficace, et conforme aux exigences imposées par la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (directive « Services »)⁷⁰.

4.2.3.1. Trois solutions paraissent devoir être écartées

- En premier lieu, un contrôle par l'Etat au moyen d'un mécanisme d'agrément individuel des médiateurs

Il s'agirait du mécanisme le plus contraignant, en ce qu'il permettrait un contrôle très poussé de la compétence des médiateurs.

L'agrément serait délivré par une commission, mais il y aurait lieu de confier l'instruction des dossiers à une administration.

Plusieurs raisons conduisent à écarter cette solution :

- la lourdeur de la gestion d'un tel système pour l'administration chargée de l'instruction des dossiers ;
- l'incohérence avec l'esprit de la directive 2008/52, qui repose sur le libre choix du médiateur par les parties⁷¹ ;
- surtout, un tel système reviendrait à créer une nouvelle profession réglementée, vraisemblablement en contradiction avec la directive Services.

⁷⁰ Voir note 26.

⁷¹ Considérant 13 de la directive 2008/52 « 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 ».

- En deuxième lieu, un mécanisme de contrôle de compétence par un organisme privé
Il pourrait également être envisagé un mécanisme de contrôle par un organisme privé, à l'instar du système existant pour la certification des normes ISO.

Un tel système présenterait cependant l'inconvénient d'une rémunération de l'organisme contrôleur par l'organisme contrôlé. Par suite, l'indépendance des organismes de certification risquerait de s'en trouver altérée et l'ensemble du mécanisme de contrôle serait emprunt d'une grande lourdeur.

- En troisième lieu, un mécanisme plus poussé pour les seules médiations transfrontalières

Le choix de ne pas introduire de lourdeur excessive dans le processus de médiation pourrait conduire à réserver un mécanisme plus contraignant en matière de formation des médiateurs et de contrôle de la qualité des médiations pour les seules médiations menées pour résoudre un litige transfrontalier, tel que défini à l'article 2 de la directive.

Cela conduirait à la nécessité de transposer, par recopie, la définition donnée par l'article 2 de la directive, afin de pouvoir distinguer les médiations transfrontalières des autres, auxquelles un régime distinct serait appliqué.

Cette solution doit être écartée comme étant contradictoire avec la lettre même de la demande d'étude du Premier ministre, aux termes de laquelle « *la coexistence dans notre droit de deux régimes de médiation distincts selon la nature des litiges n'apparaît (...) pas souhaitable* ».

4.2.3.2. Subsiste une alternative entre deux solutions opérationnelles

- Le premier terme de l'alternative est constitué par un système déclaratif obligatoire.

Un système de déclaration obligatoire permettrait d'identifier les personnes ou institutions exerçant la médiation. Il faciliterait le respect des dispositions de l'article 9 de la directive : « *Les Etats membres encouragent, par tout moyen qu'ils jugent approprié, la mise à disposition du public, notamment sur internet, d'informations sur la manière de contacter les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation* ».

Un tel système permettrait de tenir à jour une liste des médiateurs déclarés et la mise à disposition de cette liste sur internet.

L'enregistrement des déclarations ainsi que la tenue de la liste et sa mise à disposition du public seraient assurés par une ou plusieurs administrations à déterminer.

Plusieurs modalités matérielles de déclaration sont envisageables : sur internet, en préfecture, auprès du tribunal d'instance, etc.

Afin de préserver la souplesse nécessaire au système et de ne pas imposer une charge administrative trop lourde aux administrations en charge de l'enregistrement des déclarations, le contenu de celles-ci pourrait être réduit à ce qui est strictement nécessaire : état civil, extrait de casier judiciaire, formation, adhésion à l'un des codes de déontologie, expérience en matière de médiation.

Se trouve posée la question de la sanction du caractère obligatoire du système déclaratif. On peut imaginer que ne bénéficient de certaines dispositions de la directive que les médiations assurées par un médiateur déclaré. Ce pourrait notamment être le cas s'agissant du caractère exécutoire des accords issus de la médiation ou de la suspension des délais de prescription.

Il convient de préciser qu'un tel dispositif n'empêcherait pas, bien sûr, les parties à un différend de choisir comme médiateur une personne ne figurant pas sur cette liste. Cependant, dans ce cas, elles ne seraient plus à même de bénéficier des nouvelles garanties offertes par la directive 2008/52.

Un tel système déclaratif serait constitutif d'un fichier au sens de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et doit donc être précédé d'une consultation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

- Le second terme de l'alternative est constitué par un système d'adhésion volontaire à des associations de médiateurs agréées.

Cette seconde proposition privilégie une plus grande souplesse. Elle tend à transférer le contrôle de la compétence des médiateurs sur les associations et organismes regroupant des médiateurs eux-mêmes.

Les associations ayant approuvé le « code de déontologie du médiateur » en assurent la diffusion. Certaines subordonnent l'adhésion de médiateurs à leur organisation à des conditions tenant à la formation et à la compétence de ces médiateurs.

D'ores et déjà, la Fédération Nationale des Centres de Médiation (FNCM) a établi un annuaire national des médiateurs, recensant près de 600 médiateurs adhérents d'un centre de médiation affilié à la Fédération, signataires du code de déontologie des médiateurs et astreints à des obligations de formation initiale et continue. Cet annuaire semble bénéficier de l'accord de plusieurs organisations nationales de médiateurs.

Le choix de se reposer sur l'action de formation et de sélection des médiateurs assurée par des structures privées ne semble pas contradictoire avec les exigences de la directive, qui prévoit seulement que les Etats membres « encouragent » l'élaboration de mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture de services de médiation.

Dans cette seconde hypothèse la puissance publique n'aurait à agréer, avec toutes les précautions requises aux fins d'assurer le respect des dispositions de la directive « Services », que quelques associations ou fédérations, en nombre très limité. Ce régime serait très simple à gérer et sa responsabilité pourrait être mise en œuvre par arrêté du garde des sceaux et, le cas échéant, par arrêté conjoint de celui-ci et du ministre de la compétence duquel relève l'association. Il convient de rappeler qu'un médiateur non affilié à une telle association ou fédération pourrait néanmoins se livrer à des activités de médiation en France.

- C'est ce second terme de l'alternative qui recueille la préférence du Conseil d'Etat pour deux motifs :
 - d'une part, il présente moins de difficultés de gestion et d'application ;
 - d'autre part, il ne présente pas de risque de contrariété avec le droit de l'Union européenne.

4.2.4. La promotion de la formation initiale et continue de médiateurs

4.2.4.1. A l'exception des médiateurs familiaux, la formation des médiateurs n'est pas réglementée

La formation des médiateurs, qu'il s'agisse de médiation conventionnelle ou de médiation judiciaire, n'est aujourd'hui pas réglementée en France, à l'exception de celle des médiateurs familiaux.

Cette dernière est régie par les articles R. 451-66 à R. 451-72 du code de l'action sociale et des familles, qui instituent un diplôme d'Etat de médiateur familial, délivré par le préfet de région dans les conditions fixées par l'arrêté du 12 février 2004 relatif au diplôme d'Etat de médiateur familial.

En matière de médiation judiciaire, l'article 131-5 du code de procédure civile dispose que le médiateur doit « (...) 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 ; (...) ».

Mais cette disposition n'est précisée par aucun texte et n'impose aucune obligation précise de formation. Elle réserve d'ailleurs le cas d'une personne, qui par son expérience, n'a pas à justifier du suivi d'une formation (cette réserve inclut notamment les professions juridiques : avocats, magistrats, etc.).

En matière de médiation conventionnelle, aucune disposition n'a été prévue en matière de formation.

4.2.4.2. Les dispositifs généraux de formation existants

Une offre de formation abondante mais d'inégale qualité existe, provenant tant d'instituts universitaires que d'organismes privés.

La Fédération nationale des centres de formation a procédé à une sélection des organismes de formation respectant des critères de qualité pour la formation des médiateurs. Pour pouvoir être inscrit sur l'annuaire national des médiateurs qu'elle tient à jour, il est nécessaire d'avoir suivi une formation de base dans l'un de ces organismes.

L'adhésion à certains centres de médiation ou associations de médiateurs est conditionnée au suivi d'une formation initiale et au respect d'obligations en matière de formation continue.

4.2.4.3. Les objectifs fixés par la directive

La directive n'impose aucunement l'instauration d'un système de formation obligatoire pour tous les médiateurs, notamment s'agissant de la médiation conventionnelle.

L'objectif est plutôt qu'un plus grand nombre de médiateurs puisse bénéficier d'une formation initiale et continue, le but poursuivi étant que la médiation soit menée avec efficacité, compétence et impartialité.

4.2.4.4. Recommandations en matière de formation des médiateurs

Si la généralisation de la formation des médiateurs aux techniques de formation et l'identification des médiateurs ayant satisfait à des obligations de formation sont souhaitables, il n'est pas envisageable d'envisager d'interdire la pratique de la médiation aux personnes dénuées de formation en la matière, dès lors que les parties peuvent décider de s'adresser à une personnalité expérimentée et dont l'autorité est reconnue.

Deux recommandations peuvent cependant être formulées :

- prévoir une exigence générale de formation minimale, à condition de l'assortir d'une dérogation pour les personnes justifiant d'une expérience particulière, sur le modèle de l'article 131-5 du code de procédure civile ;

Il est, par suite, proposé de disposer, dans le nouveau chapitre relatif à la médiation conventionnelle de la loi du 8 février 1995 précitée, que l'article 131-5 précité est applicable aux médiations conventionnelles. Des dispositions homothétiques devront être insérées dans le code de justice administrative.

- Instaurer un dispositif d'agrément souple des organismes délivrant des formations à la médiation par arrêté du garde des sceaux (le cas échéant par arrêté conjoint avec le ministre en charge du secteur concerné, en cas d'organisme spécialisé dans un domaine particulier de la médiation).

Il appartiendra au Gouvernement de déterminer si une disposition législative est nécessaire pour instituer un tel dispositif ou si une base législative existante peut être utilisée.

L'incitation au suivi d'une formation dans un de ces organismes serait constituée par la publication sur un site internet public d'un annuaire des médiateurs ayant suivi une telle formation.

Il semble, en revanche, impossible de réserver le bénéfice du caractère exécutoire aux seuls accords issus d'une médiation assurée par un médiateur satisfaisant aux exigences de formation ci-dessus décrites. Une telle solution pourrait être risquée au regard des prescriptions de la directive « Services ». En effet, des médiateurs issus d'autres Etats membres et n'ayant pas suivi une formation dans l'un des organismes français agréés doivent être mis à même d'assurer, notamment par la voie de la libre prestation de services, une médiation, de sorte que le contenu de l'accord qui en est issu puisse être rendu exécutoire par un juge.

4.3. Pour une meilleure information du public

4.3.1 Les obligations résultant de la directive

L'article 9 de la directive précitée est éclairé par le considérant 25 du préambule de la directive, ainsi rédigé : « *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.* »

A l'instar de l'article 4 de la directive, cet article revêt une faible normativité et laisse une grande liberté aux Etats membres quant aux mesures à prendre pour atteindre l'objectif qu'il fixe.

4.3.2. Recommandations en matière d'information du public

Une recommandation minimale peut être formulée. L'Etat devrait 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 ».

Les sites internet de ces organismes et associations comportent, pour la plupart, les coordonnées des médiateurs qui y adhèrent.

Si le système proposé d'adhésion volontaire à des associations de médiateurs agréées était retenu, l'Etat pourrait mettre à la disposition du public la liste des organismes agréés.

4.4. Information de la Commission européenne sur les juridictions compétentes pour rendre exécutoire le contenu d'un accord issu d'une médiation

L'article 6 de la directive prévoit que les États membres communiquent à la Commission le nom des juridictions ou autres autorités compétentes pour recevoir une demande tendant à ce que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire au moyen d'un jugement ou d'une décision ou dans un acte authentique.

Aux termes de l'article 10 de la même directive, la Commission met les informations à la disposition du public qui lui sont transmises par les Etats membres à disposition du public. Cette opération doit intervenir au plus tard le 21 novembre 2010, selon l'article 12.

En matière de médiation judiciaire, régie par les articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile, c'est le juge qui homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent, l'homologation relevant de la matière gracieuse (article 131-12). Ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire.

Les dispositions précitées de la directive ont ainsi une incidence sur les seuls accords issus de médiations conventionnelles. Pour cette matière, il n'existe pas de mécanisme permettant d'homologuer de tels accords, ni de les rendre exécutoires.

Il apparaît pertinent, eu égard à ce qui a été dit plus haut, que les tribunaux de grande instance, pour l'ensemble des médiations qui relèvent de l'ordre judiciaire, et le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs, pour ce qui relève de l'ordre administratif, soient désignés comme étant

les juridictions compétentes, en France, pour rendre exécutoire un accord issu d'une médiation conventionnelle, selon que la médiation est intervenue pour régler un litige de droit privé ou un litige portant sur la matière administrative non régaliennne.

Dans la perspective de l'échéance du 21 novembre 2010, il est proposé en l'état de limiter l'obligation d'information à ces juridictions, ce qui n'exclut pas d'élargir ultérieurement la liste des juridictions compétentes. En effet, l'inclusion, dans cette liste des tribunaux d'instance et des conseils de prud'hommes nécessiterait, à ce stade de la réflexion des administrations, d'entreprendre une véritable étude ainsi qu'une consultation des partenaires sociaux et des professionnels.

Enfin, une fois encore, il convient de réserver la question des juridictions administratives spécialisées lesquelles pourraient se voir reconnaître compétence pour homologuer des accords issus de médiations conventionnelles.





En élaborant cette étude à la demande du Premier ministre, le Conseil d'Etat éprouve le sentiment d'exercer pleinement les fonctions de conseil du Gouvernement qui sont les siennes. Cette saisine, qui est effectuée en amont de la transposition d'une directive, constitue une application appropriée de la circulaire du Premier ministre du 30 janvier 2003⁷² relative à la saisine consultative du Conseil d'Etat en matière de normes communautaires. Le Gouvernement a ainsi souhaité être éclairé sur l'ampleur et les enjeux de cette transposition, ainsi que sur les conséquences qu'elle pourrait emporter sur le droit national.

Plus concrètement, si le Conseil d'Etat avait préconisé, dans son étude sur la transposition des normes communautaires adoptée le 22 février 2007, d'éviter en principe ce qu'il avait alors qualifié de « cavalier de transposition communautaire », autrement dit la pratique consistant à modifier des pans entiers du droit national, alors que cet exercice n'est nullement requis par l'opération de transposition, tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, si les « cavaliers de transposition » doivent être évités, c'est parce qu'il convient avant tout de respecter nos engagements vis-à-vis de l'Union européenne, notamment en matière de délais de transposition.

Or, le délai de transposition de la directive 2008/52 n'expirant que le 21 mai 2011, le Gouvernement et le Parlement disposent d'un délai suffisant pour compléter les dispositions régissant actuellement la médiation en France, y compris par des vecteurs normatifs de niveau législatif.

De plus, le développement considérable des modes alternatifs de règlement des différends implique, notamment en application du principe de sécurité juridique, que de sérieuses garanties soient assurées aux personnes, physiques ou morales, qui privilégient le recours à ce mode alternatif par rapport à la voie juridictionnelle traditionnelle. La société française a tout à gagner au développement encadré de ces pratiques consensuelles. Par suite, le souhait du Premier ministre d'éviter que ne s'instaure un différentiel de qualité entre, d'une part, les médiations transfrontalières, ou intracommunautaires, lesquelles bénéficieraient en quelque sorte d'un régime « perfectionné », sécurisé et contrôlé et, d'autre part, les médiations purement internes, qui seraient pratiquement dépourvues d'encadrement et de garanties, s'inspire d'une préoccupation de cohérence.

La directive n°2008/52 relative à la médiation en matière civile et commerciale, qui porte sur des processus appelés à prospérer, fournit une nouvelle illustration de ce que le droit de l'Union européenne, loin d'être une contrainte exogène, constitue une source de progrès et d'amélioration du droit national.



⁷² Non publiée au JORF, mais accessible sur le site www.circulaires.gouv.fr

- Annexe I :** Demande d'Étude du Premier ministre
- Annexe II :** Composition du groupe de travail
- Annexe III :** Directive 2008/52
- Annexe IV :** Glossaire
- Annexe V :** Tableau des régimes de médiation tel que recensés par les administrations
- Annexe VI :** Conformité des processus de médiations à la directive : 3 exemples
- Annexe VII :** Tableau de concordance tel que proposé par le Conseil d'Etat
- Annexe VIII :** Articles 21 à 26 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative
- Annexe IX :** Articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile
- Annexe X :** Tableau relatif à la transposition des articles 3 et 4 dans les autres Etats membres.
- Annexe XI :** Code de conduite européen pour les médiateurs
- Annexe XII :** Code de déontologie du médiateur
- Annexe XIII :** Charte des médiateurs du service public