



## « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne »

*Les études du Conseil d'État*

Paris, le 29 novembre 2010

### **Avant propos**

*Face à la judiciarisation croissante et à ses inconvénients, la médiation est l'un des modes alternatifs de règlement des différends. Elle privilégie la volonté de s'entendre entre parties en leur offrant le cadre d'un véritable dialogue, souvent plus efficace que l'engagement d'une procédure devant un tribunal.*

*L'étude du Conseil d'État établit une synthèse des critères qui permettent de définir un régime cohérent de la médiation et recense l'ensemble des nombreux régimes de médiation existants. Dans un souci de sécurité juridique, elle propose également les dispositions législatives et réglementaires nécessaires qui, permettraient l'instauration d'un droit cohérent de la médiation. Cette étude offre donc une analyse complète et permet d'approfondir la réflexion sur le développement de ces voies extra juridictionnelles. Elle contribue ainsi à l'amélioration constante de la qualité de la justice.*

*Remise au Premier ministre le 30 juillet 2010 à sa demande, elle s'inscrit parfaitement dans la fonction traditionnelle du Conseil d'Etat de conseil du Gouvernement.*

*Saisi en amont de la transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil sur « certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale », le Conseil d'Etat a formulé différentes préconisations afin de permettre au gouvernement de respecter le contenu et le délai de transposition qui expire le 21 mai 2011. Malgré les contraintes temporelles, il a jugé essentiel de consulter tous les milieux intéressés en réunissant un groupe de travail représentant une forte capacité d'expertise. Cette réactivité a été poursuivie au niveau gouvernemental puisqu'un projet de loi de transposition a été déposé par le gouvernement le 22 septembre sur le bureau du Sénat, par la voie de la procédure accélérée.*



## Les études du Conseil d'État

### [Au sommaire du dossier de presse](#)

**1 > Présentation de l'étude : « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne »**

**2 > Les principales propositions de l'étude**

**3 > L'étude en 10 questions / réponses**

**Contact presse : Isabelle Schwartz**  
**Tel. 01 40 20 82 71 – [isabelle.schwartz@conseil-etat.fr](mailto:isabelle.schwartz@conseil-etat.fr)**



## « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne »

1 >

### Présentation de l'étude

***Comme l'ensemble des modes alternatifs de règlements des différends, des litiges ou des conflits, la médiation s'est considérablement développée depuis le début des années 2000. Ce mouvement vient ainsi heureusement tempérer la judiciarisation de la société française. Cependant, la médiation ne fait l'objet d'aucune définition juridique, ni d'aucun encadrement réellement normatif, à l'exception de la médiation strictement judiciaire. C'est pourquoi la France s'est montrée particulièrement favorable à l'adoption d'un cadre communautaire et a joué un rôle décisif dans l'adoption de la directive européenne sur « certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ». Elle a notamment apporté trois améliorations essentielles : une définition commune de la médiation, un élargissement de son champ d'application, la reconnaissance mutuelle des décisions résultant d'une médiation.***

L'étude du Conseil d'État s'efforce d'abord de présenter le contexte général dans lequel s'inscrit la transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil sur « certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ». Elle s'attache à examiner de manière globale les incidences de cette directive sur le droit interne. Rappelant qu'il s'agit d'une initiative visant à renforcer la coopération judiciaire en matière civile au sein de l'Union européenne, le Conseil d'Etat souligne les trois préoccupations principales qui ont présidé à la rédaction de ce texte communautaire :

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

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

circonscrit aux seuls litiges transfrontaliers et semble écarter expressément « les systèmes autorégulés de médiation existants ».

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

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

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

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

L'étude s'efforce également de clarifier des notions voisines (arbitrage, transaction, conciliation) jusque là encore souvent confondues avec la médiation. La définition du médiateur ayant ainsi été clairement exposée, le Conseil d'Etat rappelle qu'un certain nombre d'exigences s'attache à ce rôle de facilitateur : il doit faire preuve de diligence, sans pour autant qu'une obligation de résultat lui soit imposée, afin d'assurer au mieux sa fonction ; il doit être compétent et bénéficier d'une formation minimale aux techniques de la médiation ; il doit de plus justifier de son impartialité et son indépendance. Enfin, - et c'est là une exigence supplémentaire proposée par le Conseil d'Etat -, le médiateur doit faire preuve de probité.

Par ailleurs, en soulignant la conception autonome du droit de l'Union européenne de la « matière civile et commerciale », l'étude met en lumière les possibilités élargies de recours à la médiation ouvertes par la directive. En effet, la jurisprudence range dans le concept de « matière civile et commerciale » la matière administrative non régaliennne, c'est-à-dire pratiquement toute la matière administrative à l'exception de celle où une autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique ou pour les litiges portant sur les droits indisponibles. Tel est notamment le cas des litiges portant sur l'état et la capacité des personnes, sur le droit du travail pour une grande part, ou encore dans le droit de la consommation (information du consommateur, possibilité de résilier un contrat d'achat, crédit à la consommation...). Ainsi, la directive s'applique de manière indifférenciée à des domaines où le recours était jusqu'alors largement exclu : les marchés publics, les délégations de service public, les contrats de partenariat, la responsabilité à l'occasion des dommages de travaux publics, pour ce qui est du domaine administratif ; mais également en matière sociale ou encore dans certains aspects du droit de la consommation.

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

- le Conseil d'Etat souligne d'abord la nécessité de conférer une force exécutoire aux accords issus de la médiation. Or, si le droit national prévoit déjà des procédures d'homologation par le juge judiciaire, cette question est relativement nouvelle en droit administratif et n'a été évoquée que pour des accords issus de transaction ;
- par ailleurs, la directive précise que le recours à la médiation ne doit pas se retourner contre les justiciables, en les empêchant, en cas d'échec de la médiation, d'engager par la suite une procédure judiciaire, en raison de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation. Si de telles dispositions existent déjà en droit civil, tel n'est pas le cas pour la matière administrative.

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

Dès lors, et comme le précisait la demande d'étude, il y avait lieu d'identifier l'ensemble des dispositifs de droit national devant être regardés comme relevant de la médiation extra-judiciaire en matière civile et commerciale, au sens large. Pour mener à bien cette mission, le Conseil d'Etat a pu bénéficier d'une opération de recensement non exhaustif des dispositifs de médiations existant au sein de chaque ministère. Effectuée par les administrations, ce recensement a été vérifié et consolidé par le Conseil d'Etat. Il en résulte deux constats :

- d'une part, la dénomination « médiation » recouvre de façon inappropriée une grande diversité de processus souvent regardés à tort comme des médiations par les différents acteurs concernés ;
- d'autre part, moins de 10% des processus recensés étaient de vraies médiations au sens de la directive.

Ce résultat s'explique logiquement : l'essentiel des médiations recensées sont soit des médiations administratives ou institutionnelles qui ne laissent pas les parties libres d'y recourir ou de désigner elles-mêmes un médiateur, soit des médiations dites « médiations maisons », c'est-à-dire des processus internes aux entreprises, non structurés et ne faisant l'objet d'aucun encadrement.

Parvenu à ce stade du raisonnement, le Conseil d'Etat formule des propositions très précises, y compris la rédaction de normes de transposition, mais à titre purement exploratoire, eu égard à l'extrême brièveté des délais qui lui ont été impartis.

### **« Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne »**

*Rapport du Conseil d'Etat - La Documentation française*

*125 pages -12 euros*



## « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne »

### 2 >

#### *Les principales propositions de l'étude*

***L'étude du Conseil d'État propose les dispositions législatives et réglementaires nécessaires à la transposition de la directive européenne 2008/52/CE sur « certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ». Elle fait également différentes préconisations afin de permettre au Gouvernement de respecter le contenu et le délai de transposition qui expire le 21 mai 2011 et, peut-être surtout, d'améliorer la qualité et l'efficacité de la médiation en France.***

Deux cas de figure semblent d'abord devoir être distingués : les processus qualifiés de médiations « institutionnelles » - ou « maison » - qui fonctionnent bien. A l'avenir, ils doivent rester en dehors du champ de la médiation et continuer à s'autoréguler selon les mêmes modalités qui prévalent actuellement. A l'inverse, pour les processus qui bénéficient des avantages résultant de la directive – notamment pour ce qui est de leur portée juridique, ils devront évoluer en renforçant les garanties autour du médiateur.

Afin d'atteindre les objectifs de la directive (simplifier le recours à la médiation, le rendre plus lisible et accessible, le sécuriser), le Conseil d'Etat a été conduit à présenter deux séries de propositions.

***Le Conseil d'Etat insiste tout d'abord sur la nécessité d'adapter les procédures actuelles de règlements des litiges aux exigences de la directive.***

Sauf exception dûment justifiée, le Conseil d'Etat souhaite proposer des textes de transposition de nature transversale ayant pour objet de compléter et d'adapter le régime de médiation judiciaire. Il recommande également d'instituer un mécanisme similaire à celui de la médiation judiciaire, applicable par le juge administratif. Dans un souci de sécurité juridique et de clarté de la norme, le Conseil d'Etat suggère, pour ce qui concerne le juge administratif, d'introduire ces nouvelles dispositions directement dans le code de justice administrative.

Par ailleurs, et toujours dans un souci de garantir au mieux les droits des justiciables, le Conseil d'Etat propose d'étendre le bénéfice de l'aide juridictionnelle à la médiation ordonnée par le juge administratif. Cependant, il ne préconise pas d'étendre cette dernière à la médiation purement conventionnelle. Non seulement du fait de contraintes budgétaires, mais également - et surtout - de l'architecture actuelle du régime de l'aide juridictionnelle : une telle évolution nécessiterait en effet de la repenser complètement.

Enfin, il ressort de la directive qu'une suspension des délais de recours contentieux en cas d'engagement d'une médiation doit être prévue. Afin de concilier le respect du principe de sécurité juridique, la capacité d'action de l'administration et la bonne qualité qui doit s'attacher à tout processus de médiation, le Conseil d'Etat propose de limiter la durée de cette suspension à trois mois au plus. Et, si l'extrême brièveté de certains délais de recours contentieux devant le juge administratif s'accommode mal d'une procédure de médiation qui peut durer des mois, voire des années, l'étude rappelle que l'administration peut à tout moment mettre un terme à la médiation sans avoir à se justifier.

***En allant au-delà des exigences de la directive, la deuxième série de propositions du Conseil d'État a pour objet de renforcer les garanties entourant la médiation.***

Plusieurs recommandations sont formulées dans quatre domaines concrets.

Tout d'abord, il s'agit d'encourager l'élaboration de codes de bonne conduite et l'adhésion à ceux-ci. Il existe actuellement plusieurs chartes de bonnes conduite : le code de conduite européen pour les médiateurs, élaboré sous la direction de la Commission, en coopération avec un grand nombre d'organisations et adopté en 2004 ; le code de déontologie du médiateur, qui se réfère au précédent code, élaboré par les principaux experts en matière de médiation. Deux propositions simples sont faites :

- mettre en ligne ces codes de bonne conduite sur un site Internet public ;
- prévoir une information systématique du médiateur désigné sur l'existence de ce code dans le cas d'une médiation suggérée par un juge.

Ensuite, il est apparu nécessaire de mettre en place des mécanismes de contrôle de la qualité de la médiation. Prenant en compte la gestion d'un tel système, de sa possible contrariété avec nos engagements européens (directive Services) et d'une remise en cause du libre choix du médiateur par les parties, le Conseil d'Etat a écarté la mise en place d'un contrôle opéré par l'Etat au moyen d'un mécanisme d'agrément individuel des médiateurs. De même, a-t-il émis des réserves sur la mise en place d'une telle procédure par un organisme privé, à l'instar du système existant pour la certification des normes ISO. En effet, cette solution présente l'inconvénient de la nécessaire rémunération de l'organisme contrôleur par l'organisme contrôlé et donc, d'une possible altération de l'indépendance des organismes de certification. C'est pourquoi le Conseil d'Etat propose le choix entre les deux termes de l'alternative suivante :

- soit la mise en place d'un système déclaratoire auprès d'une administration restant à définir (via Internet, en préfecture, auprès du tribunal d'instance, par exemple) et se limitant au strict nécessaire ;
- soit l'institution d'un régime d'adhésion volontaire à des associations agréées. Cette solution, privilégiée par le Conseil d'Etat comme étant la plus souple, conduirait à transférer le contrôle de la compétence des médiateurs aux associations de médiateurs. D'ores et déjà, certaines fédérations ont établi un annuaire national des médiateurs ayant reçu une formation initiale et adhéré aux codes de bonne conduite. Il s'agirait d'étendre cette pratique à l'ensemble des fédérations de médiateurs.

En outre, une bonne qualité de la médiation ne peut être obtenue sans une formation initiale des médiateurs. Or, à l'exception de la médiation familiale, celle-ci n'est pas réglementée. C'est pourquoi le Conseil d'Etat suggère de promouvoir la formation des médiateurs en prévoyant une exigence générale de formation minimale. Les

organismes délivrant les formations pourraient faire l'objet d'un agrément par le Garde des sceaux (et le ministre en charge du secteur concerné). Des dérogations pourraient être envisagées pour les personnes justifiant d'une expérience particulière.

Enfin le Conseil d'Etat met l'accent sur la mise en place d'une information par l'Etat en vue d'assurer l'accessibilité effective aux justiciables de ce mode de règlement des litiges. Il recommande ainsi de mettre à la disposition du public sur un site Internet, les informations relatives aux organismes de médiations et associations de médiateurs ayant adhéré à l'un des codes de déontologie, ainsi que les coordonnées des médiateurs qui y adhèrent.





## « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne »

### 3 >

#### *L'étude en 10 questions / réponses*

1) Dans quelle ligne vient s'inscrire cette étude du Conseil d'Etat ?

Les modes alternatifs de règlements de différends (MARD) font l'objet d'un intérêt croissant depuis plus d'un quart de siècle. Ainsi, dès 1993, le Conseil d'Etat y consacrait son rapport annuel sous le titre « régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative ». Cette étude a été complétée par le rapport sur « les recours administratifs préalables obligatoires » (RAPO) de 2008.

La même année, la médiation a fait l'objet d'une étude dirigée par M. MAGENDIE, Premier Président de la Cour d'appel de Paris, mettant en avant les points forts du recours à la médiation : « Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie » (2008). La médiation fait également l'objet d'une réflexion approfondie par les autorités politiques (voir, par exemple, le rapport de 2007 du député Jacques FLOCH sur « la médiation en Europe »).

Au-delà de ces rapports, études et autres réflexions, la médiation garantit un accès plus effectif au bon règlement des litiges.

2) Pourquoi encourager le développement de la médiation aujourd'hui ? Pourquoi un tel engouement au niveau européen ?

La médiation résulte d'une autre conception du règlement des différends. Elle privilégie la volonté de s'entendre entre les parties, grâce à l'aide d'un tiers qui n'est pas nécessairement un juge, et permet ainsi aux parties d'engager un dialogue souvent plus efficace que l'engagement d'une procédure devant un tribunal. Ainsi, la médiation est un mode souple de règlement des litiges, choisi par les parties, adaptable aux particularités de chaque litige. C'est pourquoi les Etats se sont accordés en 1999 pour créer des procédures de substitutions extrajudiciaires.

Consciente de l'intérêt de ces processus et d'abord motivée par l'objectif de garantir la protection des consommateurs dans le cadre du développement du marché intérieur, l'Union européenne s'est saisie de ce problème à la fin des années quatre-vingt-dix. Aujourd'hui, les modes alternatifs de règlements de

différends connaissent une véritable consécration au niveau du droit de l'Union européenne avec la directive 2008/52. En effet, il s'agit, d'une part de garantir un standard minimum du processus de médiation et d'autre part, de permettre de manière simplifiée la reconnaissance d'un accord dans les différents Etats membres. Depuis le livre vert de la Commission européenne de 2002 sur les modes alternatifs de résolutions des conflits en matière civile et commerciale, la médiation a vocation à couvrir quasiment toute la matière civile et commerciale et plus seulement à demeurer dans l'ombre des recours juridictionnels traditionnels, comme simple alternative. Elle a vocation à s'affirmer comme mode à part entière de résolution des litiges.

### 3) Quelle interaction entre le droit national et le droit de l'Union européenne ?

#### **a) l'existant en droit national**

En France, la médiation est caractérisée par deux éléments clés tenant à son domaine d'intervention et sa définition réglementaire.

En premier lieu, la médiation qui s'inscrit dans le cadre plus large de la recherche d'un règlement à l'amiable des conflits se développe considérablement. Ainsi, la terminologie de médiation, dénomination ne faisant actuellement l'objet d'aucune définition réglementaire renvoie à des domaines très hétérogènes, allant de la médiation scolaire à la médiation en matière de crédit bancaire, en passant par les médiations mises en place au sein des ministères ou encore au domaine familial.

En second lieu, la médiation n'est que partiellement réglementée. Ainsi, la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, a donné la possibilité au juge de recourir à une médiation, après accord des parties. De même, le recours à la médiation a-t-il été élargi au domaine familial, notamment du fait de l'absence de formalisme et de la volonté de favoriser le dialogue. Le but d'un recours à la médiation est clair : dédramatiser ces procédures.

Cependant, la médiation extra juridictionnelle, ou conventionnelle, est actuellement « le parent pauvre de la médiation ». En effet, ni encadrée, ni prévue par les textes, elle est considérablement affaiblie du fait de son manque de reconnaissance par la justice et par les justiciables.

#### **b) l'apport de la directive 2008/52**

Le champ matériel de la directive 2008/52 conduit à de profonds bouleversements de la conception française de la médiation. En effet, le droit européen a une conception autonome de la notion de droit administratif. Ainsi, la directive s'applique de manière indifférenciée à des domaines ignorants jusque là le recours à la médiation : pour ce qui est du domaine administratif, les marchés publics, les délégations de service public, les contrats de partenariat, la responsabilité à l'occasion des dommages de travaux publics. C'est donc un champ nouveau, très vaste, qui est désormais couvert par la médiation.

Seuls en sont explicitement exclus certains litiges ou différends : ceux faisant intervenir les pouvoirs régaliens de l'Etat ou des personnes de droit public, ou ceux intervenant dans des domaines largement régis par des dispositions dites d'ordre public.

Par ailleurs, la directive permet pour la première fois une définition claire, tant du principe de la médiation que des qualités du médiateur. Ceci entraîne un renforcement important des garanties des justiciables et de la portée juridique d'une médiation.

#### 4) Quelles différences entre la médiation, la conciliation, la transaction et l'arbitrage ?

L'étude du Conseil d'Etat permet de clarifier des notions voisines de la médiation. Un glossaire, réalisé par le Professeur JAROSSON et figurant en annexe, définit les différents processus de règlement extrajudiciaires des litiges. L'étude s'appuie par ailleurs sur la définition de la médiation donnée par la directive 2008/52, pour mettre fin à la confusion sémantique existant jusqu'alors entre la médiation et la conciliation, deux notions souvent confondues en droit national.

La définition de la médiation est désormais clarifiée : il s'agit d'un « processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur ».

La médiation se distingue ainsi de :

- **l'arbitrage** où c'est une tierce personne, choisie par les parties, qui est chargée de régler le différend à la place du juge, selon des modalités qui se rapprochent le plus d'une procédure judiciaire ;
- **la transaction** qui se présente sous la forme d'un contrat entre les parties ayant pour objet de mettre fin à un litige né ou à naître ;
- **la conciliation** qui se distingue par l'intensité du rôle joué par le tiers « conciliateur ». Dans une médiation, l'intervention du médiateur se borne à une simple « assistance ». Contrairement au « conciliateur », le médiateur ne propose pas de solution au litige, il est un simple « facilitateur », un « pacificateur ». D'où des modes de rémunération distincts.

#### 5) Quels sont les critères conventionnels d'une médiation ?

La directive instaure cinq critères communs à l'ensemble des pays de l'Union européenne caractérisant ainsi de manière homogène la médiation :

- Une exigence de qualité (la médiation doit être menée avec efficacité et compétence) ;
- Une garantie d'indépendance et d'impartialité ;
- Un caractère exécutoire conféré aux accords issus de la médiation (la directive prévoit une homologation des accords de médiation par le juge et permet ainsi de renforcer la portée juridique et donc l'efficacité de la médiation) ;
- Le respect de la confidentialité de la médiation (afin de permettre une négociation la plus efficace possible, tous les échanges tenus au cours de ce processus sont confidentiels) ;
- Une suspension des délais de la prescription (il s'agit d'empêcher que le recours à la médiation rende impossible la possibilité de saisir un juge en cas d'échec).

## 6) Quelles conditions et garanties le médiateur doit-il satisfaire ?

Afin de permettre une protection maximal des parties, le médiateur doit satisfaire six conditions, garantissant une égalité des armes entre les parties et la recherche d'une solution positive au litige :

- Il doit être **extérieur** aux parties (il s'agit ainsi de s'assurer de sa neutralité) ;
- Il doit être **impartial** ;
- Il doit être **indépendant** (ce critère a été **ajouté par le Conseil d'Etat** afin de renforcer les garanties de chacune des parties et permet l'existence d'une **présomption d'impartialité**) ;
- Il doit être **efficace** (il ne s'agit pas d'imposer une obligation de résultat, mais de s'assurer que le médiateur cherche **effectivement et activement** à résoudre le litige) ;
- Il doit être **compétent**, ce qui implique **formation technique** et **expérience** ;
- Enfin, il doit être **probe**, c'est-à-dire dont la conduite « *respecte scrupuleusement les règles de la morale sociale, les devoirs imposés par l'honnêteté et la justice* » (*Le petit Robert 2007*)

## 7) Quelles perspectives pour certaines formes particulières de médiation ?

Avec l'aide des administrations, l'étude a procédé à un recensement au sein des ministères des processus de médiation existant. Après examen à l'aune des critères définis par la directive, moins de 10% des processus recensés constituent réellement des médiations, au sens de la directive.

Cependant, ce faible pourcentage s'explique logiquement par le caractère particulier de ces « médiations ». Ainsi, de nombreux processus sont des médiations administratives ou une phase de précontentieux obligatoire ne laissant pas de choix aux parties : le recours à ces « médiations » est obligatoire. D'autres sont des « médiations maisons », internes aux entreprises et ne correspondent pas aux exigences d'un processus structuré.

Dès lors, deux cas de figure doivent être distingués :

- les médiations administratives (ou « maison ») qui fonctionnent bien sont hors du champ, à l'avenir, de la médiation et doivent continuer à s'autoréguler ;
- les médiations qui bénéficient des avantages résultant de la directive, notamment pour ce qui est de leur portée juridique, devront, elle, évoluer en renforçant les garanties autour du médiateur.

#### 8) Comment former au mieux les médiateurs ?

L'intervention du législateur est très limitée. Elle se borne à fixer des « garde-fous » afin de garantir le respect des critères fixés par la directive et approfondis par le Conseil d'Etat. Cet équilibre entre règles-cadres et autorégulation s'explique par un grand souci porté aux processus de médiation déjà existants, fonctionnant de façon très satisfaisante. Ainsi, une réglementation trop stricte risquerait de porter préjudice à des processus existants efficaces.

C'est pourquoi il revient à l'initiative privée d'organiser cette formation par l'encadrement des centres de formation, comme l'Institut Français de la Médiation, les barreaux, les CCI, et les autres organes intéressés.

Loin de limiter le droit d'exercer la fonction de médiateur aux seules personnes ayant bénéficié d'une formation spécifique, le Conseil d'Etat estime cependant nécessaire de prévoir certaines exigences de formation minimale. Aussi, propose-t-il d'instituer un dispositif d'agrément souple des organismes délivrant des formations à la médiation.

#### 9) Comment informer au mieux les quelques deux millions et demi de justiciables potentiels des possibilités qui leur sont offertes en matière de médiation ?

L'information du public est un enjeu essentiel pour le développement de la médiation. C'est pourquoi la directive confie une double mission d'information aux Etats membres :

- permettre à chaque justiciable de contacter facilement les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation ;
- encourager les praticiens de la justice à informer leurs clients des possibilités de médiation.

A cet effet, le Conseil d'Etat suggère de mettre à disposition sur un site Internet public, les informations relatives aux organismes de médiation et associations de médiateurs ayant adhéré au « code de déontologie des médiateurs ». D'ailleurs, pour la plupart, les sites Internet de ces organismes et associations comportent déjà les coordonnées des médiateurs ayant adhéré à ce code.

#### 10) Pourquoi la France a-t-elle opté pour une transposition large et volontariste de la directive 2008/52 en créant un régime unique de médiation ?

Le gouvernement français a choisi d'étendre les dispositions de la directive au-delà des seules médiations transfrontalières. Pour deux raisons :

- d'abord, pour garantir une unité dans la pratique de la médiation transfrontalière et interne ;
- ensuite, pour éviter de créer des « sous médiations » ou des « médiations au rabais », c'est-à-dire celles qui ne seront pas dans le champ de la directive et donc ne bénéficieront pas des mêmes garanties juridiques.

C'est donc un triple objectif de simplicité, de lisibilité et d'accessibilité de la justice qui est recherché.

## **Conclusion :**

En élaborant cette étude, le Conseil d'Etat, a agi pleinement dans son rôle de conseil du gouvernement. Sa saisine en amont de la transposition d'une directive dans l'ordre interne s'est faite dans le droit fil de ce qui avait été souhaité par le Premier ministre dans sa circulaire du 30 janvier 2003 et de l'ensemble des préconisations faites par le Conseil d'Etat dans son rapport annuel de 2007 ainsi que dans son étude du 22 février 2007 « Pour une meilleure transposition des normes communautaire en droit national ». Il a fait preuve d'une grande réactivité, en menant à bien la mission qui lui avait été confiée dans un délai très court de sept semaines utiles. Malgré ces contraintes temporelles, le Conseil d'Etat, en conformité avec les principes sous-tendant le programme « Mieux légiférer », devenu « Smart regulation », a jugé essentiel de consulter tous les milieux intéressés en réunissant un groupe de travail représentant une forte capacité d'expertise. Cette réactivité a été fort utile puisque, dès la fin du mois d'août 2010, le gouvernement l'a saisi d'un projet de loi de transposition, examiné par l'Assemblée générale le 12 septembre, délibéré en conseil des ministres le 22 septembre et déposé le jour même sur le bureau du Sénat, par la voie de la procédure accélérée.