

Le 17 novembre 2011

JORF n°266 du 17 novembre 2011

Texte n°9

RAPPORT

**Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale**

NOR: JUSC1117339P

Monsieur le Président de la République,

La présente ordonnance a pour objet de transposer la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, qui fixe notamment un cadre destiné à favoriser la résolution amiable des différends par les parties à ce différend, avec l'aide d'un tiers, le médiateur.

Cette ordonnance est prise en application de l'article 198 de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, qui a habilité le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance pour transposer la directive, afin de respecter au maximum le délai de transposition expiré le 21 mai 2011. Tenant compte du fait que les dispositions prises en matière de médiation impacteraient nécessairement d'autres domaines que ceux de la médiation proprement dite, mais s'en rapprochant, telle la transaction, le Parlement a habilité le Gouvernement à « harmoniser le droit en vigueur avec les mesures prises » en matière de droit de la médiation.

La directive du 21 mai 2008 régit l'ensemble des médiations transfrontalières portant sur des matières de nature civile ou commerciale, que ces médiations soient judiciaires ou conventionnelles. Cette vision extensive du champ de la médiation se retrouve dans la définition que la directive donne dans son article 3 a à la notion de « médiation », dont le caractère très vaste recouvre ainsi non seulement la médiation conventionnelle et judiciaire au sens du droit français, mais également les conciliations menées par les conciliateurs de justice, ainsi que tout processus qui répondrait à la définition de la directive, sans pour autant employer l'appellation de « médiation » ou de « médiateur ». Inversement, certains processus qualifiés de médiation n'entrent pas dans le champ de la directive, comme par exemple ceux qui doivent être regardés, en réalité, comme des recours administratifs préalables ou encore ceux qui se bornent à émettre un avis aux administrations ou entreprises qui les saisissent à cette fin.

Au regard de la multiplicité des secteurs concernés par la directive, mais aussi dans le souci d'adopter une législation qui permette un développement accru des modes alternatifs de règlement des différends en France, le Gouvernement a procédé à des consultations dans le cadre des travaux de transposition de ce texte.

Ainsi, le Gouvernement a, au mois de mai 2010, sollicité le Conseil d'Etat afin de l'orienter au mieux dans les choix qu'il ferait pour transposer cette directive. C'est dans ce contexte que l'Assemblée générale plénière du Conseil d'Etat a, le 29 juillet 2010, adopté une étude intitulée « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne ». C'est dans le même esprit que le ministère de la justice et des libertés a procédé, au cours du mois de mai 2011, à une consultation publique afin de recueillir l'avis de l'ensemble des parties intéressées sur les projets de textes relatifs à la transposition de cette directive.

Dès lors que la volonté du Gouvernement était de profiter de la transposition de la directive pour améliorer le régime de la médiation et que les exigences de ce texte étaient de nature à permettre une telle amélioration, il a été décidé, comme l'habilitation le permettait, de ne pas limiter la transposition de ce texte au seul domaine des médiations transfrontalières, couvert par la directive, mais de l'étendre également aux médiations intervenant en dehors de tout contexte transfrontalier.

Le droit procédural civil français, issu de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, dispose déjà d'un cadre juridique, répondant aux exigences de la directive, pour la médiation judiciaire, ainsi que pour la conciliation menée par un conciliateur de justice. L'ordonnance entend dès lors fixer un cadre général à la médiation, englobant la médiation conventionnelle ainsi que l'ensemble des processus entrant dans le champ d'application matériel de la directive.

A cette fin, l'ordonnance prévoit en son article 1er une modification complète du chapitre Ier du titre II (« La conciliation et la médiation judiciaires ») de la loi du 8 février 1995 susmentionnée. Ainsi le chapitre Ier s'intitule désormais « La médiation ».

La section 1 de ce chapitre est consacrée aux dispositions générales, applicables à toutes les formes de médiation au sens de la directive 2008/52/CE, qu'elles soient conventionnelle ou judiciaire et quelle qu'en soit la dénomination. Cette notion générique de médiation issue de la directive renvoie, en droit interne, non seulement à la médiation au sens strict mais aussi à toute conciliation qui n'est pas menée par le juge en charge de trancher le litige.

L'article 21 nouveau de cette loi définit en son premier alinéa la notion de « médiation » en s'inspirant très largement de la définition donnée par la directive : la médiation s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige. Il convient d'insister en particulier sur la notion de processus structuré : la médiation n'est pas une procédure rigide, puisque les parties, en parfait accord avec le médiateur, sont libres de déterminer de manière consensuelle les modalités selon lesquelles la médiation se déroulera. C'est le cadre donné par le médiateur, en accord avec les parties, qui participe à la structuration de ce processus.

L'article 21-1 a pour objet de rappeler que les dispositions qui régissent la médiation dans le cadre de la présente section s'appliquent sans préjudice des règles complémentaires applicables à certains types de médiation établies, comme par exemple la médiation familiale, laquelle est notamment régie par les articles 255 et 373-2-10 du code civil. Cette disposition est de nature à autoriser des dispositifs propres à certains secteurs d'activité, comme par exemple celui de la consommation, et permet en même temps d'articuler les

dispositions générales de la loi du 8 février 1995 avec ces dispositions spéciales. Ces règles complémentaires peuvent également concerner la qualité du « médiateur ». En effet, au sens de la directive, la notion de « médiateur » ne doit pas être comprise de façon restrictive. Ainsi, cette disposition permet de réserver le cas des réglementations particulières, à l'instar de celles résultant du décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

L'article 21-2 précise les qualités que doit présenter le médiateur dans la médiation qu'il mène, à savoir celles de compétence et d'impartialité. Ces deux qualités apparaissent essentielles pour le succès de la médiation dès lors qu'elles sont de nature à permettre aux parties de parvenir à un accord équilibré mettant un terme au différend qui les oppose.

Le Gouvernement a choisi de ne pas retenir la notion d'indépendance dans la définition du médiateur. En effet, cette dernière notion, qui n'est au demeurant pas employée par la directive, peut être comprise comme renvoyant à l'existence d'un statut, notamment lorsque les personnes inscrivent leur activité dans le cadre d'une structure organisée. Dès lors, il a été jugé préférable de ne pas se référer à une telle notion, laquelle aurait été de nature à rigidifier l'exercice d'une telle activité, qui nécessite au contraire une véritable souplesse ; la notion d'impartialité se suffit à elle-même : le médiateur, qui doit être un tiers au litige doit se montrer impartial, c'est-à-dire dépourvu dans les faits de tout parti pris pour l'une ou l'autre partie.

Par ailleurs, afin de transposer l'exigence d'efficacité du médiateur prévue par la directive, il a été fait choix de préciser que le médiateur doit agir avec diligence, ce qui implique que le médiateur est tenu à une véritable obligation de moyens pour mener à bien le processus de médiation.

L'article 21-3 a pour objet de transposer le principe de confidentialité de la médiation, prévu par l'article 7 de la directive et antérieurement prévu par l'ancien article 24 de la loi du 8 février 1995. Ce principe apparaît essentiel pour le succès de la médiation. En effet, à défaut, les parties pourraient craindre que les constatations du médiateur ou les déclarations recueillies au cours de la médiation ne soient divulguées à des tiers ou utilisées dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale subséquente. C'est la raison pour laquelle cet article affirme en son premier alinéa le principe de confidentialité, lequel innerve l'ensemble du processus de médiation et s'impose à l'ensemble des personnes qui y participent, sauf accord contraire des parties à la médiation.

Le deuxième alinéa donne au principe édicté par l'alinéa précédent son application pratique. A cet effet, la formulation empruntée par l'ordonnance a pour objet d'empêcher les parties de divulguer à des tiers les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours du processus de médiation, ni faire état au cours d'une procédure judiciaire ou arbitrale de tels éléments. A ce titre, il convient de préciser que la formulation empruntée ne sera pas de nature à empêcher les parties de faire valoir devant la juridiction saisie des moyens de preuve qu'elles auraient pu produire à défaut d'une médiation. Ainsi, le principe du droit d'accès à un tribunal est préservé.

Les troisième, quatrième et cinquième alinéas reproduisent les exceptions au principe de confidentialité tel que prévu par la directive, sous réserve d'une légère variante. En effet, la directive prévoit que le contenu de l'accord issu de la médiation peut être divulgué « pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord ». Dès lors que l'accord issu de la médiation peut avoir été exprimé sous forme verbale, il est apparu nécessaire d'ajouter qu'il est fait exception au principe de confidentialité lorsque la révélation de l'existence de

l'accord ou de son contenu est nécessaire à sa mise en œuvre ou son exécution.

Le dernier alinéa apporte une précision lorsque la médiation intervient dans un cadre judiciaire. Il reprend, en la modifiant légèrement, la formulation empruntée par l'ancien troisième alinéa de l'article 24 de la loi du 8 février 1995 à l'effet de prévoir que le médiateur désigné par un juge informe ce dernier de ce que les parties sont parvenues ou non à un accord. L'efficacité du mécanisme impose en effet que le juge qui a ordonné, avec l'accord des parties, la médiation soit informé de son succès ou de son échec, étant précisé que, bien évidemment, le médiateur n'a pas à dévoiler les raisons du succès ou de l'échec de la médiation, qui sont couvertes par l'exigence de confidentialité.

L'article 21-4 rappelle le principe en vertu duquel les parties ne peuvent, dans le cadre de l'accord issu de la médiation, porter atteinte aux droits dont elles n'ont pas la libre disposition.

L'article 21-5 a vocation à transposer la possibilité donnée aux parties par la directive de rendre exécutoires les accords issus de la médiation. La formulation empruntée reprend, en la modifiant légèrement, la rédaction de l'ancien article 25 de la loi du 8 février 1995 précitée. Comme naguère dans l'article précité, il est fait référence à la notion d'« homologation », ce qui implique que, pour que l'accord de la médiation soit rendu exécutoire, le juge fera sien par une décision les termes de l'accord, ceci après avoir procédé aux vérifications qui s'imposent, notamment en s'assurant que l'accord en cause n'est pas contraire à des dispositions d'ordre public. Des dispositions réglementaires, intégrées notamment dans le code de procédure civile, détermineront les conditions procédurales dans lesquelles interviendra cette homologation.

La section 2 est réservée à la médiation judiciaire. Cette section reprend, en les adaptant à l'architecture de l'ordonnance, les anciennes dispositions des articles 21, 22 et 23 de la loi du 8 février 1995 précitée.

L'article 22 rappelle le principe selon lequel le juge saisi d'un litige peut, à tout moment, désigner un médiateur qui, en pratique, peut aussi être un conciliateur de justice, dans les cas et conditions prévus par les dispositions régissant l'activité de ces derniers.

L'article 22-1 reprend, dans son premier alinéa, l'interdiction pour le juge de déléguer à un médiateur les tentatives préalables de conciliation en matière de divorce et de séparation de corps. Le second alinéa indique que, dans le cadre des autres tentatives de conciliation prescrites par la loi, le juge qui n'a pas recueilli l'accord des parties peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur afin d'être informées sur l'objet et le déroulement de la mesure de médiation. Il est précisé que ce médiateur doit répondre à des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Les conciliateurs de justice, en l'état du droit, peuvent être chargés d'une telle mission d'information.

Les articles 22-2 et 22-3 reprennent les dispositions existantes des anciens articles 22 et 23 de la loi du 8 février 1995, avec les adaptations qui s'imposent, s'agissant des frais et de la durée de la médiation.

L'article 22-2 étant relatif aux frais de la médiation judiciaire, il rappelle qu'il concerne le cas où la médiation est accomplie à titre onéreux, ce qui permet de réserver la conciliation par un conciliateur de justice, qui est gratuite pour les parties.

Sur le fond, les frais de la médiation sont répartis de façon consensuelle entre les parties,

comme dans le cas de la médiation conventionnelle. A défaut d'accord, la répartition se fait à parts égales. En toute hypothèse, il est prévu que le juge peut fixer une autre répartition, si celle-ci est inéquitable au regard de la situation économique des parties.

Des règles identiques de répartition sont prévues dans le cas où l'une des parties bénéficie de l'aide juridictionnelle, étant précisé que les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'Etat, sous réserve des dispositions de l'article 50 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, énumérant les cas de retrait de l'aide juridictionnelle.

Il convient en outre de rappeler que ces dispositions sont d'ores et déjà complétées par des dispositions réglementaires. Ainsi, si les parties déterminent la répartition du coût de la médiation, c'est le juge qui, en application de l'article 131-13 du code de procédure civile, fixe la rémunération du médiateur qu'il a désigné. En outre, l'article 123-2 du décret n°91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique dispose que l'accord des parties ne peut mettre à la charge du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle plus de la moitié des dépens de l'instance.

La section 3, intitulée « Dispositions finales », contient un article 23 qui prévoit que les dispositions du chapitre Ier ne sont pas applicables aux procédures pénales, reprenant les termes de l'ancien article 26 de la loi du 8 février 1995.

L'article 24 réserve, en matière de différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail, l'application des dispositions ayant vocation à régir les médiations conventionnelles aux seules médiations revêtant un caractère transfrontalier, une définition du différend transfrontalier au sens de la directive 2008/52/CE étant donnée par les deuxième et troisième alinéas de cet article. Cette limitation, pour la médiation conventionnelle, du champ d'application des mesures prises dans le cadre de la transposition en matière de droit du travail a été voulue dès lors que la procédure prud'homale donne lieu à un préalable de conciliation auquel il n'a pas été souhaité porter atteinte.

L'article 25 prévoit que les conditions d'application du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'Etat. De telles dispositions existent déjà, notamment en matière de médiation judiciaire (articles 131-1 et suivants du code de procédure civile) ou de conciliation par un conciliateur de justice (décret du 20 mars 1978 susmentionné). Le Gouvernement envisage par ailleurs d'ajouter dans le code de procédure civile un nouveau livre consacré à la résolution amiable des différends et de prévoir des dispositions dans le code du travail relatives à l'homologation des accords issus de médiations conventionnelles revêtant un caractère transfrontalier.

L'article 2 procède à la transposition de la directive en matière administrative, en insérant un nouveau chapitre dans le titre VII du livre VII du code de justice administrative qui comprend trois dispositions.

L'article L. 771-3 pose le principe de la possibilité pour les parties à un différend relevant de la compétence du juge administratif de recourir à la médiation. Le processus de médiation administrative pourra être directement initié par les parties au litige, préalablement à toute saisine du juge administratif.

Cet article renvoie aux articles 21, 21-2 à 21-4 de la loi n°95-125 du 8 février 2005 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Ces dispositions précisent les qualités que doit présenter le médiateur, qui doit être un tiers

impartial, compétent et diligent et être désigné par les parties ou le juge saisi du litige ; elles rappellent l'exigence de confidentialité, qui s'impose tant en matière de médiation conventionnelle que lorsque la médiation est ordonnée par le juge.

Conformément à l'habilitation à légiférer par ordonnance que le Parlement a donnée au Gouvernement, le champ matériel de cette disposition se limite aux litiges transfrontaliers, seuls régis par la directive. Les deuxième et troisième alinéas définissent ainsi les différends transfrontaliers dont le règlement pourra faire l'objet d'une médiation.

Par ailleurs, la matière administrative régaliennne est exclue du champ de la directive ; ainsi, l'article L. 771-3 prévoit que la médiation ne pourra pas intervenir dans les litiges dans lesquels une partie met en œuvre des prérogatives de puissance publique.

L'article L. 771-3-1 régit le cas dans lequel le juge administratif a déjà été saisi du litige : il lui sera possible, avec l'accord des parties, d'ordonner une médiation administrative dans les cas prévus à l'article L. 771-3.

L'article L. 771-3-2 précise que, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en matière administrative, le juge administratif peut homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation.

L'article 3, s'inspirant du régime prévu en matière civile par l'article 2238 du code civil, dispose au nouvel article 2-1 de 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 que la prescription est suspendue à compter du jour de l'accord des parties sur le principe d'une médiation mise en œuvre dans les cas prévus à l'article L. 771-3, et à tout le moins à compter de la première réunion de médiation. La suspension de la prescription ne peut pas excéder une durée de six mois.

L'article 4 modifie l'article 3 de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. Cette modification est induite par la mise en œuvre du nouveau régime de médiation. Elle a pour objet de donner aux accords auxquels les juridictions ont conféré force exécutoire la qualité de « titre exécutoire », lequel permet au créancier de poursuivre l'exécution forcée de sa créance sur les biens de son débiteur. L'ancienne rédaction de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991 précitée prévoyait déjà une telle règle pour les accords transactionnels, de même que l'article 9 du décret 2 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice prévoyait que le juge conférait force exécutoire aux constats d'accords établis par le conciliateur de justice. La rédaction retenue à l'article 4 permet ainsi de mettre en œuvre l'exigence posée par la directive, tout en harmonisant l'état du droit, conformément à l'habilitation donnée au Gouvernement.

L'article 5 prévoit que les accords issus d'une médiation engagée entre le 21 mai 2011 et l'entrée en vigueur de l'ordonnance et qui répondent aux conditions prévues aux articles 21-2 à 21-4 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée peuvent faire l'objet d'une homologation.

Tel est l'objet de la présente ordonnance que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de notre profond respect.