

N° 512

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2011-2012

Enregistré à la Présidence du Sénat le 3 mai 2012

PROJET DE LOI

ratifiant 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,

PRESENTE

au nom de M. François FILLON,

Premier ministre

Par M. Michel MERCIER,

garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés

(Envoyé à la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

Le présent projet de loi vise à ratifier 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.

L'ordonnance du 16 novembre 2011, prise sur le fondement du 1° du I de l'article 198 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration du droit et de l'article 38 de la Constitution, détermine le cadre de la médiation au niveau national. Elle régit les médiations en droit privé, ainsi que celles intervenant en matière administrative non régaliennne. Toutefois, dans certaines matières, seuls les différends à caractère transfrontalier entrent dans le champ de l'ordonnance ; il en est ainsi en matière administrative.

Cette ordonnance définit la médiation comme tout processus structuré 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. Ce médiateur est choisi par les parties ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige. L'ordonnance instaure, en outre, un régime commun à toutes les médiations, en vue d'assurer l'efficacité de ce mode amiable de résolution des différends. Ainsi, les exigences d'impartialité, de compétence et d'efficacité du médiateur sont rappelées ; la confidentialité de la médiation et la possibilité pour les juridictions de rendre exécutoires les accords issus de la médiation sont prévues.

En application du II de l'article 198 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration du droit, ce projet de loi de ratification doit être déposé devant le Parlement au plus tard le dernier jour du sixième mois suivant la publication de l'ordonnance. L'**article 1^{er}** du présent projet de loi procède à cette ratification.

Par ailleurs, en l'état actuel du droit, deux modes alternatifs de règlements des litiges sont à la disposition des parties en matière administrative : la conciliation et, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 16 novembre 2011 précitée, la médiation. Ces procédures se distinguent par leurs champs d'application et leurs régimes juridiques

respectifs. En particulier, la médiation se limite aux litiges transfrontaliers non régaliens tandis que la conciliation peut être mise en œuvre à l'occasion de tous types de litiges, y compris ceux qui concernent la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

Afin de garantir une bonne articulation entre les deux procédures, l'**article 2** précise que la conciliation supprime la faculté jusqu'alors offerte aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel de désigner un tiers pour mener la procédure de conciliation. La suppression du recours à un tiers fait ainsi sortir cette procédure du champ de la directive. Parallèlement, l'**article 3** étend la possibilité de recourir à la médiation administrative aux litiges nationaux (hors prérogatives de puissance publique), afin de favoriser le développement de ce mode alternatif de règlement des litiges, dont le régime juridique est, au demeurant, plus précis que celui de la conciliation administrative. La distinction entre conciliation et médiation est ainsi opérée par un critère organique : tandis que la conciliation est opérée par le juge, la médiation est opérée par un tiers.

Par ailleurs, les dispositions régissant la répartition des frais de la médiation sont prévues au titre II intitulé « dispositions de procédure civile », et plus particulièrement à l'article 22-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Dès lors, afin que cette clé de répartition soit applicable aux médiations administratives ordonnées par le juge, l'**article 4** du projet de loi renvoie aux trois premiers alinéas de l'article 22-2 précité. Ces dispositions prévoient que lorsque les frais de la médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leur répartition. À défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, à moins que le juge n'estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties. Le dernier alinéa de l'article 22-2 précité précise enfin que lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée à l'une des parties, les frais de la médiation sont également répartis à parts égales et que les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'État, sous réserve des dispositions régissant les conditions dans lesquelles l'aide juridictionnelle peut être retirée (article 50 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique).

L'ordonnance du 16 novembre 2011 précitée ne traite pas le cas des juridictions administratives spécialisées. En effet ces juridictions, au nombre desquelles figurent notamment les juridictions spécialisées en matière de contentieux d'aide sociale ne sont qu'exceptionnellement saisies

de « litiges transfrontaliers » au sens de l'article 2 de la directive 2008/52/CE. Toutefois, dans la mesure où le champ d'application de la médiation est étendu par la présente loi aux litiges purement internes, l'**article 5** du présent projet ouvre expressément aux juridictions administratives spécialisées la possibilité de recourir à la médiation.

Afin d'assurer la continuité des procédures de conciliation menée par un tiers, qui ont pu être initiées depuis l'entrée en vigueur, récente, de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, l'**article 6** prévoit que ces procédures se poursuivent, avec l'accord des parties, sous le régime de la médiation administrative prévue à l'article L. 771-3-1 du code de justice administrative, à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

PROJET DE LOI

Le Premier ministre,

Sur le rapport du Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés,

Vu l'article 39 de la Constitution,

Décrète :

Le présent projet de loi ratifiant 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, délibéré en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État, sera présenté au Sénat par le Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, qui sera chargé d'en exposer les motifs et d'en soutenir la discussion.

Article 1^{er}

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 est ratifiée.

Article 2

- ① L'article L. 211-4 du code de justice administrative est remplacé par les dispositions suivantes :
- ② « *Art.* L. 211-4. – Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel peuvent exercer une mission de conciliation. »

Article 3

À l'article L. 771-3 du même code, sont supprimés au premier alinéa, le mot : « transfrontaliers » ainsi que les deuxième et troisième alinéas.

Article 4

- ① L'article L. 771-3-1 du même code est complété par un alinéa ainsi rédigé :
- ② « Les frais de la médiation sont répartis dans les conditions prévues aux trois premiers alinéas de l'article 22-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. »

Article 5

Le chapitre I^{er} *ter* du titre VII du livre VII de la partie législative du code de justice administrative est applicable aux juridictions relevant du Conseil d'État qui ne sont pas régies par le présent code.

Article 6

Les missions de conciliation confiées à un tiers en application de l'article L. 211-4 du code de justice administrative, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, se poursuivent, avec l'accord des parties, selon le régime de la médiation administrative défini à l'article L. 771-3-1 du même code, à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi.

Fait à Paris, le 3 mai 2012

Signé : FRANÇOIS FILLON

Par le Premier ministre :

Le Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés,

Signé : MICHEL MERCIER



PROJET DE LOI

ratifiant 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

ETUDE D'IMPACT

Avril 2012

Sommaire

I. L'état du droit

A. Le droit de l'Union européenne

1. L'historique
2. La portée de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008
3. L'obligation de transposition

B. Le droit national

1. En matière administrative, il existe une pluralité de procédures tendant au règlement amiable des litiges
2. Les exigences du droit de l'Union ont rendu nécessaire une adaptation concrétisée par l'ordonnance du 16 novembre 2011
3. L'harmonisation des procédures de règlement amiable des litiges administratifs

II. Les objectifs poursuivis

III. Les options

A. L'harmonisation des procédures de médiation et de conciliation

1. Les différentes options possibles
 - a. Fondre les deux procédures en une seule
 - b. Accentuer la distinction des deux procédures, pour éviter le risque d'un chevauchement des procédures de médiation et de conciliation
2. Les raisons qui ont présidé au choix opéré

B. Les juridictions administratives spécialisées

C. La répartition des frais de la médiation

IV. Les impacts

A. L'incidence sur le nombre de recours devant les juridictions administratives

1. Les contentieux où la médiation est exclue
2. L'existence de mécanismes préexistants limitant le recours à la médiation
3. Les contentieux où la médiation et la conciliation sont appelées à se développer

B. L'incidence sur l'aide juridictionnelle

C. Les conséquences économiques et sociales et les bénéfices attendus pour les administrations

V. L'application outre-mer

VI. Les modalités d'application dans le temps et mesures transitoires proposées

VII. Les Consultations

A. Le Conseil national de l'aide juridique

B. Le Conseil supérieur des tribunaux administratif et des cours administratives d'appel

VIII. Les textes d'application nécessaires

Etude d'impact

Cette étude d'impact, prévue par l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, est jointe au projet de loi de ratification de 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.

Elle ne porte que sur les dispositions propres à ce projet de loi, qui, d'une part, déterminent l'articulation entre deux modes alternatifs de règlement des litiges susceptibles d'être mis en œuvre dans les matières relevant du juge administratif, la médiation et la conciliation, d'autre part, règlent les questions relatives aux frais de la médiation administrative, et, enfin, étendent la possibilité de recourir à la médiation aux juridictions administratives spécialisées.

I. L'état du droit

A. Le droit de l'Union européenne

1. L'historique

Dès la fin des années quatre-vingt-dix, l'Union européenne a cherché à favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges. Les Etats membres se sont ainsi accordés, au cours du Conseil européen de Vienne des 11 et 12 décembre 1998, puis au cours du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, à créer des procédures de substitution extrajudiciaires.

C'est dans ce contexte qu'a été adopté par la Commission européenne, le 19 mars 2002, un Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial.

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 (ci-après « la directive 2008/52/CE »), est inspirée de ces travaux.

2. La portée de la directive 2008/52/CE

La directive 2008/52/CE 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).

Elle donne de la médiation et du médiateur une définition assez large : ainsi l'article 3 définit-il la médiation comme « 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 ».

Le médiateur peut être « 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 (...) ».

Ainsi définie, la médiation, d'une part, est susceptible d'intervenir en dehors de toute instance, par convention entre les parties, mais également dans un cadre judiciaire. Elle recouvre, d'autre part, d'autres modes alternatifs de résolution des conflits en droit national, telle que notamment la conciliation actuellement prévue en droit interne par l'article L. 211-4 du code de justice administrative.

Le champ d'application de la directive est doublement limité.

D'une part, il ne couvre que les différends transfrontaliers, c'est-à-dire les litiges dans lesquels une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un Etat de l'Union européenne autre que la France, à la date à laquelle il est recouru à la médiation.

D'autre part, il se limite aux différends intervenant dans les matières civile et commerciale et exclut les matières fiscale, douanière ou administrative au sens du droit de l'Union européenne. Sont ainsi placées hors champ de la médiation la contestation des décisions prises en matière régaliennne, ainsi que la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour des actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique (« *acta jure imperii* »).

S'agissant enfin du déroulement du processus de médiation, la directive prévoit le recours, en tant que médiateur, à un tiers efficace, impartial et compétent, ce qui ouvre le recours aux médiations menées par certains organismes ou sociétés, en interne (médiations dites « maison »), dans des conditions préservant l'impartialité du processus (article 4 de la directive 2008/52/CE). Des dispositions spécifiques, telle que l'homologation de l'accord issu de la médiation, doivent permettre d'assurer le caractère exécutoire du processus de médiation (article 6). Les informations échangées au cours du processus de médiation doivent demeurer confidentielles (article 7). Les droits des tiers doivent être préservés (article 1^{er} 2^{ème} alinéa). Enfin, l'engagement d'un processus de médiation doit avoir pour effet de suspendre les délais de prescription, afin qu'en cas d'échec de ce processus, les parties ne soient pas empêchées de saisir le juge (article 8).

3. L'obligation de transposition

Les dispositions législatives et réglementaires de transposition de la directive devaient être adoptées avant le 21 mai 2011 (article 12 de la directive).

B. Le droit national

1. En matière administrative, il existe une pluralité de procédures tendant au règlement amiable des litiges

Le souci de procéder à un règlement amiable des conflits a été à l'origine de nombreuses pratiques, y compris dans les matières relevant du juge administratif. Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs encouragé le développement de modes alternatifs de règlement des conflits dans l'étude adoptée le 4 février 1993 par son Assemblée générale, « Régler autrement les conflits ».

Dans cette optique ont été introduites différentes procédures, qualifiées de « médiation », qu'elles soient menées par des autorités indépendantes (d'abord le Médiateur de la République, et désormais le Défenseur des droits, qualifié par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits « d'autorité constitutionnelle indépendante »), des autorités administratives indépendantes (médiateur de l'Autorité des marchés financiers, Médiateur du cinéma), des commissions instituées par la loi (commission de médiation pour le droit au logement opposable, par exemple) ou qu'elles soient traitées au sein des ministères (ministère de l'économie et des finances ; ministère de l'éducation nationale, par exemple).

L'introduction dans plusieurs matières d'un recours administratif préalable obligatoire participe également de cet objectif de règlement alternatif des litiges.

L'administration est en outre invitée à transiger, comme le rappelle la circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, dans tous les cas, notamment, où il apparaît clairement que l'Etat a engagé sa responsabilité et où le montant de la créance du demandeur peut être évalué de manière suffisamment certaine.

Enfin, une mission de conciliation a été confiée aux juges administratifs par la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs.

Cette mission de conciliation est actuellement régie par l'article L. 211-4 du code de justice administrative, lequel prévoit, dans sa version issue de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, que : « Dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont d'accord, organiser une mission de conciliation et désigner à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées. »

Il en résulte une multitude d'outils à la disposition du justiciable, dont les caractéristiques divergent, et qui, alors même que certaines entrent dans le champ de la directive 2008/52/CE, ne répondent pas à l'ensemble des exigences de cette dernière.

2. Les exigences du droit de l'Union ont rendu nécessaire une adaptation concrétisée par l'ordonnance du 16 novembre 2011

L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 a, conformément aux conclusions de l'étude adoptée le 29 juillet 2010 par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne », transposé les prévisions de la directive 2008/52/CE, en introduisant, au sein du titre VII du livre VII du code de justice administrative, un chapitre Ier Ter consacré à la médiation administrative.

L'article L. 771-3 de ce code définit la médiation, par renvoi aux dispositions de l'article 21 de la loi 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, comme « 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. »

Ce même article détermine les qualités principales de la médiation conformément à l'article 4 de la directive 2008/52 CE du 21 mai 2008, en prévoyant, par renvoi à l'article 21-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, que : « Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. »

L'exigence de confidentialité prévue par l'article 7 de la directive 2008/52 CE du 21 mai 2008 est également reprise par l'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, applicable aux juridictions régies par le code de justice administrative, qui prévoit que « ... la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties ».

Conformément aux prévisions de la directive, il est fait exception à ces principes dans deux cas : « 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 révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution. »

Saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation (article L. 771-3-2 du code de justice administrative).

Enfin, l'article L. 771-3-1 du même code prévoit expressément la possibilité pour les juridictions régies par le code de justice administrative d'ordonner elles-mêmes une médiation.

La parfaite transposition de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 exige toutefois, au-delà des dispositions qui viennent d'être mentionnées, deux modifications complémentaires, visant, d'une part, à prévoir, ainsi que l'a relevé expressément l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 27 octobre 2011, la répartition des frais de la médiation et, d'autre part, à offrir aux juridictions administratives spécialisées, qui ne sont pas régies par le code de justice administrative, la possibilité de recourir à la médiation.

3. L'harmonisation des procédures de règlement amiable des litiges administratifs

Si les principales exigences de la directive 2008/52/CE ont trouvé leur traduction dans le droit français, demeure toutefois la question de l'harmonisation des procédures de médiation, telle qu'issue de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, et de conciliation, telle qu'elle résulte de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011.

En effet, et ainsi que l'a relevé expressément l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 27 octobre 2011, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 16 novembre 2011, ces deux modes alternatifs de règlements des litiges sont à la disposition des parties en matière administrative.

Ces procédures se distinguent par leur champ d'application et leur régime juridique respectifs. En particulier, la médiation se limite, en l'état du droit, aux litiges transfrontaliers non-régaliens relatifs à des droits disponibles tandis que la conciliation peut être mise en œuvre à l'occasion de tous types de litiges, y compris ceux qui concernent la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

Par ailleurs, le régime de la médiation fait l'objet d'une définition complète, en conformité avec les exigences du droit de l'Union (qualité du médiateur ; caractère exécutoire des accords ; confidentialité de la médiation ; suspension du délai de prescription) alors que la conciliation n'est que très peu réglementée.

Pourtant, depuis que la loi du 13 décembre 2011 a modifié l'article L. 211-4 du code de justice administrative en permettant à la juridiction saisie d'un litige de confier la mission de conciliation à un tiers, la procédure de conciliation est entrée dans le champ d'application de la directive 2008/52/CE¹, sans toutefois en respecter l'ensemble des exigences.

Ainsi, il est nécessaire d'assurer une meilleure coordination entre la procédure de médiation, qui a seule vocation à transposer la directive 2008/52/CE mais dont le champ d'application est excessivement restreint, et la procédure de conciliation.

II. Les objectifs poursuivis

¹ En revanche, la directive ne s'applique pas lorsque c'est le juge saisi du litige qui entreprend lui-même une mission de conciliation. Voir en ce sens le considérant 12 de la directive : « *La présente directive devrait également s'appliquer aux cas dans lesquels une juridiction renvoie les parties à la médiation [...] En outre, lorsque le droit national permet au juge d'agir en qualité de médiateur, la présente directive devrait également s'appliquer à la médiation menée par un juge qui n'est en charge d'aucune procédure judiciaire. La présente directive ne devrait pas, toutefois, couvrir les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi pour résoudre un litige au cours de la procédure judiciaire relative audit litige [...]* ».

L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 a été adoptée en vue de transposer les prévisions de la directive 2008/52/CE.

Le caractère intra-européen ne fait néanmoins 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 de la directive précise ainsi que si « *les dispositions de la présente directive ne devraient s'appliquer qu'à la médiation des litiges transfrontaliers, rien ne devrait empêcher les Etats membres de les appliquer également aux processus de médiation internes* ».

Il est donc possible et souhaitable qu'au-delà du simple objectif de transposition de la directive 2008/52/CE, la loi ratifiant l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 procède à l'extension du champ de la médiation aux litiges internes, de l'ouvrir aux juridictions administratives spécialisées et d'harmoniser les dispositions relatives à la médiation et à la conciliation.

Enfin, il convient, pour assurer une complète transposition de la 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 à l'aide juridictionnelle accordée dans le cadre de telles affaires, de prévoir expressément des dispositions relatives aux frais de la médiation, à l'instar de ce qui est prévu pour la procédure civile.

III. Les options

A. L'harmonisation des procédures de médiation et de conciliation

1. Les différentes options possibles

a. Fondre les deux procédures en une seule

Il conviendrait alors de supprimer l'article L. 211-4 du code de justice administrative, d'étendre la médiation aux litiges purement internes ainsi qu'aux litiges régaliens et de permettre que le juge ordonne une médiation en dehors de tout litige dont il serait déjà saisi.

Ainsi, l'actuelle conciliation bénéficierait du régime plus complet applicable à la médiation (suspension de la prescription ; procédure d'homologation).

S'agissant des litiges régaliens, il faudrait toutefois prévoir que le recours à la médiation n'est possible que sur décision du juge (voire ajouter que la médiation ne peut alors être menée que par un juge).

b. Accentuer la distinction des deux procédures, pour éviter le risque d'un chevauchement des procédures de médiation et de conciliation.

Plusieurs voies peuvent être envisagées pour la mise en œuvre de cette option.

aa. Distinction fondée sur un critère matériel

La distinction entre la médiation et la conciliation reposerait sur le champ d'application de ces deux procédures, la médiation étant ouverte, conformément aux prévisions de la directive, aux litiges transfrontaliers et non régaliens, tandis que la conciliation serait cantonnée aux litiges internes.

Il conviendrait ainsi d'affirmer que la conciliation ne peut pas être mise en œuvre dans les litiges transfrontaliers, lesquels ne pourraient faire l'objet que d'une procédure de médiation au sens de l'article L. 771-3 du code de justice administrative. La conciliation, réservée aux litiges internes, serait placée hors du champ d'application de la directive. Par ailleurs, les litiges régaliens ne pourraient être traités que dans le cadre d'une procédure de conciliation.

Il serait alors possible, soit de conserver une certaine souplesse au processus de conciliation, en s'abstenant de préciser son régime et en maintenant ainsi la rédaction de l'article L. 211-4 du code de justice administrative dans sa version issue de la loi du 13 décembre 2011, soit à l'inverse de le compléter et d'en aligner le régime sur celui de la médiation, en affirmant la possibilité pour le juge d'homologuer un accord né d'une procédure de conciliation et la suspension de la prescription des créances sur les personnes publiques du fait de l'engagement d'une procédure de conciliation.

bb. Distinction fondée sur un critère organique

La distinction entre la médiation et la conciliation peut être fondée sur un seul critère organique, à savoir l'organe menant la procédure.

La médiation serait ainsi menée par un tiers, tandis que la conciliation serait opérée par le juge lui-même. Il conviendrait alors de modifier l'article L. 211-4 du code de justice administrative, afin d'affirmer que les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel exercent une mission de conciliation. La médiation, telle qu'issue de l'ordonnance du 16 novembre 2011, continuerait à pouvoir être confiée à un tiers autre que le juge.

En revanche, par souci de cohérence et de simplicité, le champ d'application des deux procédures devrait être identique. Il conviendrait ainsi d'élargir le périmètre de la médiation administrative à tous les litiges, et ainsi de la rendre applicable aux litiges purement internes, ainsi qu'aux litiges dans lesquels une des parties a mis en œuvre des prérogatives de puissance publique.

2. Les raisons qui ont présidé au choix opéré

La fusion des deux procédures (option a.) permet de n'ouvrir aux justiciables qu'une seule voie alternative de règlement du litige, qui présenterait un caractère à la fois plus simple et plus complet, puisque le régime de la médiation, qui est précisément défini par l'ordonnance du 16 novembre 2011, serait étendu à l'ancienne conciliation. Toutefois, en cas d'adoption de cette solution, le juge saisi de l'affaire ne pourrait procéder lui-même au rapprochement des parties, comme c'est le cas dans la conciliation.

Le maintien des deux procédures distinctes (option b.) apparaît préférable, puisqu'il permet d'offrir aux justiciables des réponses différenciées et mieux adaptées aux caractéristiques des litiges les opposant à l'administration.

Par ailleurs, en vue d'assurer une certaine cohérence, il convient d'adopter un critère facilement identifiable pour distinguer les deux procédures. Le critère organique paraît à cet égard devoir être privilégié : la médiation est opérée par un tiers, tandis que la conciliation est opérée par le juge.

Par conséquent, il est proposé de remplacer l'article L. 211-4 du code de justice administrative par les dispositions suivantes :

« *Art. L. 211-4.* - Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel peuvent exercer une mission de conciliation. »

En supprimant la possibilité que la conciliation soit menée par un tiers, le projet de loi fait sortir la procédure de l'article L. 211-4 du code de justice administrative du champ d'application de la directive 2008/52/CE.

Par ailleurs, l'article L. 771-3 du même code serait ainsi modifié :

- 1° au premier alinéa, le mot : « transfrontaliers » est supprimé ;
- 2° les deuxième et troisième alinéas sont supprimés.

B. Les juridictions administratives spécialisées

L'ordonnance n° 2011- 1540 du 16 novembre 2011 a prévu que doit être inséré dans le titre VII du livre VII du code de justice administrative un article L. 771-3-1 selon lequel « les juridictions régies par le présent code » peuvent, lorsqu'elles sont saisies d'un litige relevant de leur compétence, ordonner une médiation.

Cet article renvoie ainsi aux seules juridictions administratives « à compétence générale », à savoir les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat.

En effet, on pouvait penser que les litiges relevant de la compétence des juridictions administratives spécialisées n'entraient que de manière exceptionnelle dans le champ d'application de la directive, dès lors que ces juridictions ne sont que très rarement saisies de « litiges transfrontaliers » et qui ne concerneraient pas, au surplus, la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

Ainsi, parmi ces juridictions, la Cour nationale du droit d'asile n'est en pratique saisie que par des ressortissants de pays tiers, et ne se prononce pas sur des litiges intervenant « en matière civile ou commerciale » ; les juridictions financières, telles que la Cour des comptes, les chambres régionales des comptes ou la Cour de discipline budgétaire et financière, dont les missions juridictionnelles (jugement des comptes des comptables publics) ne peuvent concerner que des comptables français et qui exercent des prérogatives de puissance publique, sont également exclues du champ de la médiation ; les juridictions ordinaires, telles que les ordres médicaux (chambres de discipline de l'ordre des chirurgiens dentistes, des médecins, des pharmaciens..) ou les chambres régionales de discipline de l'ordre des architectes, dans la mesure où elles contrôlent l'activité de professionnels, ne sont qu'exceptionnellement saisies de litiges concernant des personnes résidant dans d'autres Etats membres ; de même, les juridictions spécialisées en matière de contentieux d'aide sociale, telles que les commissions départementales d'aide sociale, ne peuvent être saisies des seuls litiges concernant l'attribution d'aides sociales à des personnes résidant en France et ne peuvent donc être concernées par des litiges transfrontaliers.

Toutefois, la présente loi étend le champ de la médiation aux litiges purement internes. Par conséquent, il n'y a plus lieu d'exclure les litiges relevant de ces juridictions administratives non régies par le code de justice administrative du champ d'application de la procédure de médiation administrative.

C. La répartition des frais de la médiation

Les dispositions régissant la répartition des frais de la médiation sont prévues à l'article 22-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Aucune disposition spécifique aux juridictions administratives n'a été adoptée.

Dès lors, afin que la clé de répartition prévue par les dispositions applicables à la procédure civile soit transposée aux médiations administratives ordonnées par le juge, le projet de loi renvoie aux trois premiers alinéas de l'article 22-2 susmentionné.

Il est ainsi envisagé de prévoir que lorsque les frais de la médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leur répartition.

A défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, à moins que le juge n'estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties.

Enfin, lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée à l'une des parties, les frais de la médiation sont également répartis à parts égales ; les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'Etat, sous réserve des dispositions régissant les conditions dans lesquelles l'aide juridictionnelle peut être retirée (article 50 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique).

IV. Les impacts

La mise en œuvre de la présente loi est susceptible d'avoir un impact sur l'activité des tribunaux administratifs (A) et sur l'aide juridictionnelle (B).

A. L'incidence sur le nombre de recours devant les juridictions administratives

L'introduction de modes alternatifs de règlements des litiges a nécessairement une incidence sur le nombre de recours introduits devant les juridictions administratives concernées. Toutefois, si les dispositions introduites par la présente loi auront nécessairement pour effet de contribuer au désengorgement des tribunaux administratifs, l'ampleur de cet effet est difficile à quantifier.

Il est néanmoins possible de distinguer, au sein des différents contentieux, ceux dans lesquels cet impact sera nul, compte tenu de la nature de ces contentieux, celui où il sera faible eu égard à l'existence d'autres modes de résolution des conflits, enfin ceux où la médiation et la conciliation sont appelées à se développer.

On peut à cet égard relever que le bénéfice d'un accord issu d'une médiation ou d'une conciliation est double, puisqu'il évite le développement de l'ensemble d'un procès, qui comporte, selon la nature du contentieux, deux à trois instances.

1. Les contentieux où la médiation est exclue

Certains contentieux portés devant le juge administratif ne se prêtent pas à la recherche d'une solution amiable. Tel est le cas notamment du contentieux électoral. En effet, en cas d'irrégularités ayant eu une incidence sur la sincérité du scrutin, il n'y a pas d'alternative à l'annulation des élections.

La médiation paraît également difficile à envisager s'agissant des contestations relatives aux mesures de police administrative (arrêtés municipaux interdisant le stationnement des véhicules ; retrait de permis de conduire ; mesure d'éloignement d'un étranger en situation irrégulière...) Ces décisions prises pour des motifs de sécurité et d'ordre public ne peuvent en effet donner lieu à négociation.

Enfin, le contentieux de l'annulation de certaines décisions, qui intéressent une pluralité de personnes, telles que les décisions réglementaires (documents d'urbanisme) ou les déclarations d'utilité publique, ne se prête également pas à la médiation, alors notamment que ces décisions ont été adoptées après enquête publique, qui constitue normalement le lieu d'expression des intérêts particuliers.

2. L'existence de mécanismes préexistants limitant le recours à la médiation

Dans les contentieux qui se prêtent plus naturellement à la médiation, des mécanismes ont souvent déjà été mis en place, tel que le recours administratif préalable obligatoire (RAPO) ou la médiation « maison ». Ils ont en commun d'être mis en œuvre avant la saisine du juge administratif, ce qui réduit considérablement l'hypothèse que ce dernier, une fois saisi d'un recours, ordonne le recours à la médiation par un tiers.

On peut ainsi citer les comités consultatifs de règlement amiable des litiges relatifs aux marchés publics prévus par l'article 127 du code des marchés publics, lesquels ont émis 200 avis en 2010 ; les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation, prévues par l'article L. 1142-5 du code de la santé publique, chargées du règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, ont été saisies de 4117 demandes d'indemnisations en 2010, et ont prononcé 2 489 avis ; les commissions de médiation, prévues par l'article R. 441-13 du code de la construction et de l'habitation, chargées, pour l'application du droit au logement opposable, de préciser le caractère prioritaire de la demande de logement ou d'hébergement et l'urgence qu'il y a à attribuer au demandeur un logement ou à l'accueillir dans une structure d'hébergement ; près de 72000 demandes ont été déposées en 2011 auprès de ces commissions.

Dans ces cas, les frais d'intervention du « médiateur » de l'administration concernée ne sont pas à la charge du justiciable.

Par ailleurs, même si elles se distinguent de la médiation, certaines procédures permettent de trouver une solution aux litiges sans recourir au juge. Ainsi, en matière de refus de concours de la force publique, plus de 80% des litiges donnent lieu à transaction. Par ailleurs, de nombreuses catégories de litiges doivent faire l'objet d'un recours administratif préalable obligatoire auprès de l'autorité qui est à l'origine de la décision contestée par le justiciable, ou d'une commission spécialisée instituée à cet effet. Ainsi, les litiges des agents relevant de la fonction publique militaire doivent au préalable être soumis à la commission des recours des militaires placée auprès du ministre de la défense (article R.4125-1 du code de la défense) ; ceux qui concernent les décisions d'orientation des élèves doivent être soumis à une commission d'appel (articles D. 321-8 du code de l'éducation pour le premier degré et D331-35 du même code pour le second degré) ; les refus d'attribution du revenu de solidarité active doivent faire l'objet d'un recours administratif préalable auprès du président du conseil général, de même que les refus de visa d'entrée en France doivent être soumis à la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France avant tout saisine du juge.

Enfin, il existe de multiples recours préalables dans la matière spécifique que constitue le contentieux fiscal. Le contribuable peut ainsi s'adresser en cas de contestation au supérieur hiérarchique du vérificateur, à l'interlocuteur départemental, puis saisir le conciliateur fiscal ou la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires. Enfin toute requête en cette matière doit être précédée d'une demande préalable.

3. Les contentieux où la médiation et la conciliation sont appelées à se développer

Le contentieux des décisions individuelles d'urbanisme (permis de construire notamment), les dommages de travaux publics et surtout le contentieux social (aide personnalisée au logement, aide sociale à l'enfance, carte de stationnement pour adulte handicapé, reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé...) pourraient voir utilement se développer la médiation et la conciliation.

A cet égard, le groupe de travail, présidé par le chef de la mission d'inspection des juridictions administratives, M. Schilte, a remis un rapport d'étape qui porte, notamment, sur la recherche de voies procédurales plus satisfaisantes en matière de contentieux sociaux. Le rapport recommande ainsi de favoriser le recours à la conciliation dans les contentieux sociaux.

Si le recours à la médiation et à la conciliation peut avoir un impact positif sur le désencombrement des juridictions, cet effet est néanmoins difficile à quantifier. On peut toutefois indiquer que la part de ces contentieux s'établissait en 2010 à 11 770 requêtes, soit 6,4 % du total des nouvelles requêtes pour l'urbanisme, 3 692 soit 2 % du total pour les dommages de travaux publics et 7 480 soit 4 % pour le contentieux social en 2010, d'après le rapport d'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel pour 2010.

B. L'incidence sur l'aide juridictionnelle

Le projet de loi de ratification, même s'il élargit le périmètre de la médiation administrative aux litiges non transfrontaliers, devrait s'avérer neutre sur la charge de l'Etat au titre de l'aide juridictionnelle.

Il convient de préciser que l'aide juridictionnelle ne pourra pas être obtenue au titre d'une procédure de médiation initiée en dehors de tout litige porté devant le juge.

L'application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique pouvait d'ores et déjà conduire à une intervention de l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures de conciliation. En effet, le premier alinéa de l'article 40 précise que l'aide juridictionnelle concerne « *tous les frais afférents aux instances, procédures ou actes pour lesquels elle a été accordée, à l'exception des droits de plaidoirie* ». Ainsi, sur ce fondement sont d'ores et déjà pris en charge par l'Etat les frais de la conciliation qui seraient mis à la charge d'une partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, lorsque le recours à la conciliation menée par un tiers a été ordonné par le juge dans le cadre de l'instance.

C'est désormais la médiation ordonnée par le juge administratif qui sera susceptible d'engager des frais au titre de l'aide juridictionnelle, lorsque l'une des parties en bénéficiera.

A l'inverse, le présent projet de loi a notamment pour objet que la procédure de conciliation ne puisse plus désormais être menée par un tiers mais seulement par le juge lui-même (par définition non rémunéré par les parties). La procédure de conciliation ne sera dès lors plus susceptible d'engendrer des frais pour l'Etat au titre de l'aide juridictionnelle.

C. Les conséquences économiques et sociales et les bénéfices attendus pour les administrations

Il n'est pas possible d'estimer avec précision les coûts et bénéfices qui pourront être retirés du développement de la médiation en matière administrative. Celle-ci est, au demeurant, d'ores et déjà institutionnalisée par différentes administrations publiques (médiateur de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur, médiateur des ministères de l'économie et du budget...).

Il est en revanche certain que l'instauration d'un cadre juridique précis par le présent projet de loi facilitera le recours au règlement amiable des litiges ayant déjà fait l'objet d'une saisine du juge administratif. Les procédures de médiation ordonnée par le juge pourront d'ailleurs s'appuyer sur les médiateurs institués au sein des administrations concernées, dès lors que ces derniers effectuent leur mission avec impartialité.

Ceci est de nature à améliorer les relations entre l'administration et les usagers et à éviter que ne se succèdent inutilement plusieurs instances juridictionnelles dans les cas où un accord entre les parties peut être trouvé grâce à l'intervention d'un tiers. Le coût induit par la procédure de médiation, qui se limite aux frais sollicités par le médiateur et que se répartissent les parties entre elles sous le contrôle du juge, sera en toute logique nettement inférieur aux économies qui pourront être réalisées par la diminution de la charge des juridictions.

V. L'application outre-mer

Une ordonnance, prise sur le fondement du 2° du I de l'article 198 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration du droit et de l'article 38 de la Constitution, sera prochainement adoptée pour prévoir l'application outre-mer des dispositions de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011. Devant être adoptée dans un délai de six mois à compter de la publication de l'ordonnance du 16 novembre 2011, elle vise à rendre applicables, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de cette ordonnance dans les îles Wallis et Futuna, en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française pour celles qui relèvent de la compétence de l'Etat et, d'autre part, à procéder aux adaptations nécessaires en ce qui concerne les collectivités de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon. Cette ordonnance sera adoptée avant la publication de la présente loi, qui ne nécessite donc pas de disposition spécifique quant à l'application outre-mer des dispositions de son article 1^{er}.

Les articles 2 et 3 sont applicables de plein droit à Saint-Martin (en vertu de l'art. LO 6313-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT)), Saint-Barthélemy (art. LO 6213-1 CGCT), Saint-Pierre-et-Miquelon (art. LO 6413-1 CGCT), Mayotte (art. LO 6113-1 CGCT), la Polynésie française (art. 7 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004), la Nouvelle-Calédonie (art. 6-2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999) et dans les Terres australes et antarctiques françaises (8° de l'article 1-1 de la loi n° 55-1052 du 6 août 1955).

VI. Les modalités d'application dans le temps et mesures transitoires proposées

Le projet de loi, en ce qu'il offre aux juridictions administratives la possibilité de recourir à une nouvelle procédure pour régler les litiges dont elles sont saisies, sera immédiatement applicable aux procédures en cours.

Ainsi qu'il a été dit, le projet de loi prévoit de mettre fin à la possibilité, ouverte par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, pour les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel saisis d'un litige de confier à un tiers la mission de mener une conciliation pour sa résolution.

Afin d'assurer la continuité des procédures de conciliation menée par un tiers, qui ont pu être initiées depuis l'entrée en vigueur, récente, de la loi du 13 décembre 2011, le projet prévoit que ces procédures se poursuivent, avec l'accord des parties, sous le régime de la médiation administrative prévue à l'article L. 771-3-1 du code de justice administrative, à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

VII. Les consultations

A. Le Conseil national de l'aide juridique

L'article 65 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique prévoit la création du Conseil national de l'aide juridique qui est chargé de recueillir toutes informations quantitatives et qualitatives sur le fonctionnement de l'aide juridictionnelle et de proposer aux pouvoirs publics toutes mesures propres à l'améliorer.

L'article 133 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 précitée précise que le Conseil national de l'aide juridique est consulté sur les projets de loi et de décret relatifs à l'aide juridictionnelle, à l'aide à l'accès au droit, et aux aides à l'intervention de l'avocat prévues par les dispositions de la troisième partie de la loi du 10 juillet 1991 précitée.

L'ordonnance du 16 novembre 2011 relative à la médiation en matière civile et commerciale a créé un nouveau mode alternatif des litiges : la médiation administrative ordonnée par le juge.

Le présent projet de loi détermine plus particulièrement la répartition des frais de la médiation et leur prise en charge par l'Etat lorsque l'une des parties bénéficie de l'aide juridictionnelle.

Dans ces conditions, la consultation du Conseil national de l'aide juridique était requise.

Le CNAJ a émis le 13 mars 2012 un avis favorable au projet.

B. Le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

Selon l'article L. 231-1 du code de justice administrative : « Le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel exerce seul, à l'égard des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, les attributions conférées par les articles 14 et 15 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, aux commissions administratives paritaires, aux comités techniques et à la commission spéciale chargée de donner un avis sur le tour extérieur, le détachement, l'intégration après détachement et le recrutement complémentaire. Il connaît de toute question relative au statut particulier du corps des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. »

Même s'il sera vraisemblablement limité, le présent projet de loi est susceptible d'avoir un impact sur l'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, en termes quantitatifs comme qualitatifs, ces dispositions conférant de nouvelles missions aux juges.

Par conséquent, la consultation du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel était requise. Ce dernier a émis le 28 février 2012 un avis favorable au projet.

VIII. Les textes d'application nécessaires

Le présent projet de loi modifie des dispositions législatives du code de justice administrative.

L'adoption de textes réglementaires n'est pas nécessaire, dans la mesure où les dispositions législatives sont suffisamment précises pour être applicables dès l'entrée en vigueur de la loi.

En revanche, il pourra être utile de fixer, par voie réglementaire, un cadre précisant les conditions de recours à chacun des deux outils, la médiation et la conciliation, afin d'en faciliter l'utilisation par les justiciables comme par les juridictions et d'en assurer un meilleur développement.