



L'ordonnance du 20 août 2015

LE NOUVEAU CADRE JURIDIQUE DE LA MÉDIATION DE LA CONSOMMATION



JEAN-PIERRE PIZZIO
Professeur émérite
Université de Bourgogne

Président de commissions de médiations de plusieurs fédérations



YVES GÉRARD
Président du Cercle des médiateurs bancaires

Médiateur auprès de la Société Générale et du Groupe Crédit du Nord

Jean-Pierre Pizzio et Yves Gérard présentent le dispositif réglementaire de la médiation de la consommation issue de l'ordonnance du 20 août 2015 transposant la directive du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation dans les articles. Ils précisent le cadre législatif existant jusqu'à présent et soulignent les conséquences opérationnelles des nouvelles dispositions.

L'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, qui a transposé la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation dans les articles L. 151-1 à L. 157-1 du Code de la consommation regroupés sous un nouveau titre V du livre I^{er} intitulé « Médiation de la consommation », apporte une innovation de taille en octroyant aux consommateurs un droit à la médiation¹.

La reconnaissance de ce droit fait entrer la médiation, d'essence purement conventionnelle, dans le domaine réglementé par l'introduction de règles imposant la mise en place d'un dispositif de médiation dans les entreprises dont le fonctionnement est encadré, évalué et contrôlé.

C'est sous l'impulsion conjointe du législateur communautaire et national que la médiation devient progressivement un mode normal de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation parallèlement à la voie judiciaire.

ÉVOLUTION LÉGISLATIVE

1. Au plan communautaire, la directive précitée du 21 mai 2013 :
 - a été précédée de la directive 2008/52/CE du 21 mai

1. Jean-Pierre Pizzio, « Le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation. Apport des nouveaux textes européens », *Revue Droit des affaires*, septembre 2013, n° 85, p. 40 et s.

2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale transposée en droit français dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 dont le décret d'application n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des litiges créée dans le Code de procédure civile un livre V consacré à la résolution amiable des différends ;

– a été complétée par le règlement CE 524/2013 du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation adaptant à ces règlements en ligne le dispositif mis en place par la directive du 21 mai 2013 ;

– l'ensemble de ces textes ayant pour objectif commun de faire de la médiation un instrument au service du marché intérieur en constituant, par l'harmonisation des règles applicables aux systèmes de médiation nationaux, un réseau de médiateurs européens.

Au plan national, il faut ajouter aux textes transposant les directives précitées, d'autres textes qui sont :

– soit spécifiques à certains domaines d'activité dans lesquels la désignation d'un médiateur est imposée aux professionnels, comme par exemple dans le secteur bancaire, la loi MURCEF n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dont les dispositions plusieurs fois modifiées figurent maintenant à l'article L. 316-1 du Code monétaire et financier, lequel impose aux banques d'offrir à leurs clients un service de médiation bancaire ;

– soit communs à l'ensemble des professionnels en contact avec les consommateurs, comme par exemple la loi Hamon du 14 mars 2014 sur la consommation créant l'article L. 133-4 du Code de la consommation faisant obligation au professionnel, lors de la conclusion de tout contrat écrit de vente ou de prestations de services, d'informer le consommateur de la possibilité de recourir à un médiateur ;

– sans omettre l'obligation faite aux avocats par le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des litiges de justifier avoir tenté de résoudre le litige par la voie amiable avant d'engager une procédure judiciaire ;

– le tout couronné par un projet de loi sur la justice au XXI^e siècle rendant obligatoire la tentative de conciliation pour les litiges du quotidien (article 3 du projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire actuellement en discussion parlementaire).

L'APPORT DE L'ORDONNANCE DU 20 AOÛT 2015

2. Les mesures de base de l'ordonnance précitée, de son décret d'application n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de consommation et du décret n° 2015-1607 du 7 décembre 2015 relatif aux conditions de désignation des médiateurs d'entreprises sont d'une double portée.

Certaines mesures relatives aux garanties que doivent offrir le médiateur et le processus de médiation viennent concrétiser le contenu des exigences d'impartialité, d'indépendance, de compétence et de diligence impo-

sées, au titre de principes à tout médiateur, par la législation antérieure et notamment par l'article 21-2 de la loi du 8 février 1995 précitée.

D'autres mesures sont innovantes car elles sont spécifiques à la médiation de la consommation, dotée d'un corps de règles destinées à garantir au consommateur un recours effectif à la médiation qui devient :

– une médiation généralisée à tous les secteurs économiques de la consommation et à tous les professionnels en contact avec les consommateurs ;

– une médiation dont la transparence est assurée par l'information du consommateur et dont les garanties sont accentuées par le renforcement du statut du médiateur ;

– une médiation évaluée et contrôlée par un nouvel organisme, la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (ci-après dénommée la Commission d'évaluation et de contrôle).

LA CONFORMITÉ DE LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE PAR L'ORDONNANCE

3. La directive du 20 mai 2013 est une directive d'harmonisation minimale qui laisse aux États membres la faculté de maintenir ou d'adopter dans leur législation nationale des règles allant au-delà de ses dispositions, la directive allant jusqu'à autoriser des mesures de droit national rendant la participation des professionnels à la procédure de médiation obligatoire ou rendant l'issue de cette procédure contraignante pour les professionnels.

La transposition a été facilitée par les travaux du groupe de travail présidé par M. Emmanuel Constans², qui a remis en avril 2014 un rapport formulant 13 recommandations. Elle a été assurée par un comité de pilotage présidé par M. Christophe Caresche³, comité composé de parlementaires, de professionnels et de représentants d'organisations des consommateurs, dont l'objet avait de formuler des propositions rédactionnelles à partir desquelles l'ordonnance a été rédigée (rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015)⁴.

L'ordonnance du 20 août 2015 réalise une transposition a minima de la directive dont elle se borne à reproduire fidèlement les dispositions contraignantes, à l'exception de la mesure instituant un médiateur public dont la compétence l'emporte sur celle des médiateurs privés dans le même secteur d'activité, alors que la directive n'établit aucune hiérarchie entre les médiateurs.

La transposition a minima a le mérite de préserver au mieux le caractère conventionnel de la médiation de la consommation⁵.

2. Lire à ce sujet l'interview d'E. Constans, p. 4.

3. Lire à ce sujet l'intervention de C. Caresche, p. 6.

4. On ne manquera pas de relever l'innovation qu'a pu constituer le recours à un comité de pilotage dans le domaine de l'ordonnance.

5. Cette transposition minimale a du reste été imposée par l'article 15 de la loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014 ayant autorisé le législateur à légiférer par ordonnance.

LA DATE D'ENTRÉE EN VIGUEUR DES NOUVELLES DISPOSITIONS

4. L'article 7 de l'ordonnance du 20 août 2015 indique que les professionnels disposent d'un délai de deux mois à compter de la publication du décret pris en application de l'article L. 152-1 du Code de la consommation.

Le décret susvisé ayant été publié le 30 octobre 2015, les professionnels et les médiateurs ont jusqu'au 1er janvier 2016 pour se conformer au nouveau dispositif de médiation.

En l'absence de dispositions transitoires, la question se pose de savoir quelle conséquence peut avoir le dispositif nouveau sur les contrats de médiation en cours à cette date. L'application des principes régissant la matière conduit à considérer que les contrats qui ne seraient pas conformes aux exigences nouvelles doivent être modifiés pour que le médiateur en place puisse être qualifié de médiateur de la consommation. C'est l'application immédiate de la loi nouvelle. En dehors de cette exigence, la conclusion d'un nouveau contrat ne s'imposerait pas, sauf à rendre le dispositif nouveau rétroactif, ce qu'il n'est pas⁶.

Quoi qu'il en soit, il appartient désormais aux professionnels d'appliquer un ensemble de règles mettant en place un dispositif de médiation obligatoire, transparent, évalué et contrôlé, dont le fonctionnement et la bonne administration sont garantis par un médiateur au statut renforcé et diversifié et par une procédure de médiation régulée.

I. LE DOMAINE DE LA MÉDIATION DE LA CONSOMMATION

Le domaine de la médiation de la consommation est délimité par quatre critères.

1. LES SECTEURS PROFESSIONNELS CONCERNÉS

5. La médiation de la consommation couvre l'ensemble des secteurs professionnels de la consommation qui ont pour activité économique une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale⁷.

Son domaine est généralisé à tous les professionnels en contact avec les consommateurs. Leur définition reprise de la directive englobe toute personne physique ou morale, publique ou privée, y compris celle agissant en son nom ou pour son compte pour exercer une des activités précitées.

La définition du consommateur donnée par la directive n'est pas reprise, car cette définition est inscrite, depuis la loi Hamon du 17 mars 2014, dans l'article préliminaire du Code de la consommation disposant : « Au sens du pré-

sent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. »

6. Cette définition, qui fait entrer dans le domaine de la médiation de la consommation les litiges résultant des seuls rapports entre professionnels et consommateurs, exclut ceux résultant des rapports entre professionnels, ainsi que le précise d'ailleurs l'article L. 151-3, a, du Code de la consommation.

Rien n'interdit cependant d'en étendre par convention le bénéfice à de tels rapports.

2. LES LITIGES DE CONSOMMATION CONCERNÉS

7. Les litiges concernés sont les litiges de nature contractuelle entre professionnels et consommateurs établis dans l'Union Européenne.

L'article L. 151-3 du Code de la consommation procède à une série d'exclusions du domaine de la médiation de la consommation qui sont :

– soit déjà présentes dans les médiations actuelles, comme par exemple les litiges entre professionnels, les négociations directes avec le professionnel, les réclamations auprès de son service clientèle ou enfin toute tentative de conciliation ou de médiation judiciaire ;

– soit nouvelles, comme par exemple les procédures introduites par le professionnel contre un consommateur, le mot procédure devant être entendu, au sens du considérant 16 de la directive, comme désignant les plaintes introduites par des professionnels contre des consommateurs, donc toutes les procédures de résolution extrajudiciaire des litiges que sont la médiation, mais aussi la conciliation et la procédure participative⁸.

Sont également exclus certains litiges entre professionnels et consommateurs qui ne sont pas de nature contractuelle, mais de nature extra-contractuelle, autrement dit les litiges relatifs aux obligations précontractuelles, postcontractuelles ou délictuelles découlant notamment des réglementations de protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales, les ventes avec prime et les ventes groupées que la loi MURCEF précitée a fait entrer dans le domaine de compétence du médiateur bancaire.

Là encore, c'est par convention que ces litiges délictuels pourront être intégrés dans le cadre de la médiation de la consommation.

La remarque est sans doute à nuancer parce que, d'une part l'inobservation de ces réglementations est souvent liée à un problème de conclusion ou d'exécution du contrat, d'autre part les entités de médiation proposent une solution aux parties en droit et ou en équité.

8. L'article L. 151-1 du Code de la consommation indique que les litiges contractuels sont les litiges nationaux ou transfrontières découlant des contrats de vente ou de prestation de services.

6. Parce qu'ils devront être préalablement désignés par un organe collégial paritaire pour figurer sur la liste des médiateurs de la consommation établie par la commission d'évaluation et de contrôle, il peut toutefois être soutenu que les médiateurs auprès d'une entreprise doivent disposer d'une durée effective de trois ans à compter de leur désignation (voire du 1^{er} janvier 2016), ce qui implique un allongement de la durée de leur contrat.

7. C'est ainsi que l'article L. 151-4 du Code de la consommation exclut des litiges de consommation, les services d'intérêt général non économiques, les services de santé et les prestataires publics de l'enseignement supérieur.

8. En raison de cette exclusion, l'article R. 152-1 du Code de la consommation, selon lequel la médiation des litiges de la consommation doit être aisément accessible à toutes les parties, ne signifie donc pas que le professionnel peut introduire une demande de médiation contre un consommateur. Certaines chartes prévoient d'ailleurs l'accord du consommateur dans le cas de saisine par le professionnel.

9. La définition donnée du contrat de vente ou du contrat de prestation de services ne soulève pas de difficultés à l'exception de la mention, à propos de ce dernier contrat, que le consommateur s'engage, en contrepartie du service fourni par le professionnel, à en payer le prix, ce qui laisserait supposer que les services sans contrepartie pécuniaire, comme les services de contrats de fourniture de service de réseautage social présentés comme gratuits, sont hors de portée de la médiation de la consommation.

Il suffit, pour se convaincre du contraire, de se reporter à la recommandation 2014-02 de la commission des clauses abusives relative aux contrats proposés par les fournisseurs de réseaux sociaux indiquant que, si toute contrepartie monétaire à la charge du consommateur est exclue, les données, informations et contenus qu'il dépose, consciemment ou non, à l'occasion de l'utilisation du réseau social, constituent une contrepartie qui s'analyse en une rémunération ou un prix potentiellement valorisable par le professionnel.

L'intention libérale du contrat à titre gratuit fait donc défaut.

10. L'extension aux litiges transfrontières est rarement préconisée par les dispositifs de médiation actuellement en vigueur.

Ces dispositifs, s'ils sont maintenus en l'état, resteront en dehors du domaine de la médiation de la consommation.

La directive, dont l'objectif essentiel est de renforcer la confiance des consommateurs dans le marché intérieur par la mise en place de procédures extrajudiciaires simples et adaptées aux petits litiges, contient un certain nombre de dispositions propres aux litiges transfrontières.

Ces dispositions, dont il ne peut être fait qu'un exposé très bref, concernent l'information et l'assistance des consommateurs, la prise en compte des règles de conflit de lois pour déterminer la loi applicable et ne pas priver le consommateur des règles impératives de protection de l'État membre dans lequel il a sa résidence habituelle conformément au règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, la coopération entre les entités de règlement extrajudiciaire et leur affiliation à des réseaux et la mise en place par le règlement CE du 21 mai 2013 RLL complémentaire à la directive d'une plate-forme européenne de règlement extrajudiciaire en ligne des litiges du commerce électronique.

En vertu de l'article L. 156-4 du Code de la consommation, l'article R. 162-2 du même code fixe les modalités de l'assistance et des informations nécessaires aux consommateurs pour les orienter vers l'entité de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation compétente dans un autre État membre. Il prévoit que le site internet de la Commission d'évaluation et de contrôle comporte toutes informations utiles à ce titre et notamment les coordonnées du Centre européen des consommateurs France et des indications relatives aux modalités de l'assistance dont les consommateurs peuvent bénéficier en vue du règlement extrajudiciaire de tels litiges.

3. LES SYSTÈMES DE MÉDIATION CONCERNÉS

11. Le législateur français a choisi, parmi les entités de règlement extrajudiciaire des litiges –REL– visés par la

directive, la médiation dont la forme juridique est laissée au libre choix du professionnel par l'article 21 de la loi du 8 février 1995 précitée auquel renvoie l'article L. 151-1 du Code de la consommation, disposant que « la médiation régie par le présent chapitre 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 ».

Le fonctionnement de la médiation de la consommation peut ainsi être assuré par une personne physique, une personne morale, un organisme collégial comme une commission de médiation composée de plusieurs personnes physiques ou par tout autre organisme privé ou public.

12. La seule exigence posée par la directive est que la structure de médiation soit durablement établie.

Cette condition de durée implique, non seulement que les professionnels ou les organisations professionnelles mettent en place un dispositif qui offre aux consommateurs la possibilité de régler leurs litiges en dehors de la voie judiciaire, mais aussi, comme le souligne le considérant 46 de la directive, que ce dispositif dispose de ressources humaines, matérielles et financières nécessaires à un fonctionnement pérenne.

Par voie de conséquence, sont exclues du domaine de la directive les procédures extrajudiciaires ad hoc créées par le professionnel et le consommateur en vue du règlement d'un litige particulier.

4. UNE MÉDIATION QUALIFIÉE PAR L'ORDONNANCE DE MÉDIATION DE LA CONSOMMATION

13. L'article L. 151-2 du Code de la consommation qualifie de médiation de la consommation la médiation qui se conforme aux exigences fixées par le titre V du même code et à celles du chapitre Ier du titre II de la loi du 8 février 1995.

Cet article est la résultante de l'article 4, I, g et h de la directive définissant l'entité de REL comme étant toute entité proposant de régler un litige par une procédure de REL satisfaisant aux exigences énoncées dans la directive.

Au vu de ces textes, les médiations, tant existantes que nouvellement créées, doivent être en conformité avec les prescriptions en vigueur pour être inscrites sur la liste des médiateurs de la consommation établie par la Commission d'évaluation et de contrôle en vertu de l'article L. 155-2 du Code de la consommation avant d'être notifiées à la Commission européenne.

14. La question, qui peut cependant se poser, est de savoir quel sort réserver aux médiateurs traitant des litiges entre un professionnel et sa clientèle de consommateurs qui, ne satisfaisant pas aux conditions exigées, ne seront pas inscrits sur la liste des médiateurs de la consommation ou seront retirés de cette liste par la Commission d'évaluation et de contrôle.

Ces médiations peuvent-elles perdurer malgré leur défaut de conformité aux exigences légales ?

L'obligation d'information du professionnel posée par l'article L. 156-1 du Code de la consommation, dont le manquement est sanctionné par une amende administrative, ne vise que l'information sur les coordonnées du

médiateur, autrement dit les informations permettant de le localiser, mais non celles sur sa qualité de médiateur de la consommation.

À défaut de texte enjoignant la mise en conformité de ces médiations sous peine de sanction spécifique, rien n'interdirait leur existence en dehors du domaine de la médiation de la consommation.

Seule leur serait interdite l'utilisation de la dénomination de médiateur de la consommation qui constituerait une tromperie induisant les consommateurs en erreur. Il est donc possible de considérer que le dispositif actuel ressemble à celui qui l'a précédé qui conférerait à la Commission de la médiation de la consommation créée par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 la mission de mettre en place dans une charte les bonnes pratiques de médiation et de référencer les médiations dont les conditions et le fonctionnement étaient conformes à ladite charte.

Désormais, le nouveau système pourrait se résumer comme généralisant les dispositifs de médiation devant répondre aux exigences légales d'origine européenne pour que soit rendu possible l'établissement d'une liste de médiateurs français de la consommation devant être notifiés à la Commission Européenne qui les référencera sur son site Internet afin de favoriser le commerce en ligne dans le marché intérieur.

On peut en revanche considérer que l'article L. 156-1 du Code de la consommation, en précisant que le professionnel doit fournir les coordonnées du ou des médiateurs compétents dont il relève, a visé implicitement le ou les médiateurs de la consommation dont il doit se doter.

En tout état de cause, on ne peut pas imaginer qu'un professionnel ne se conforme pas au dispositif nouveau. Du reste, le non-respect d'une telle obligation pourrait éventuellement être sanctionné par l'autorité de contrôle, à laquelle ce professionnel pourrait être soumis, comme c'est le cas dans le secteur financier (banque et assurances).

■ II. LE DISPOSITIF DE MÉDIATION DE LA CONSOMMATION

15. Le dispositif de médiation de la consommation présente des caractéristiques et des garanties de fonctionnement spécifiques qui le différencient des autres modes de médiation conventionnelle traditionnelle.

1. LES CARACTÉRISTIQUES DU DISPOSITIF DE MÉDIATION

Le dispositif de médiation de la consommation est un dispositif obligatoire, transparent, évalué et contrôlé et prévoyant une assistance particulière des consommateurs en cas de litiges transfrontières.

1.1. Un dispositif de médiation obligatoire conforme aux nouvelles exigences

16. La mise en place d'un dispositif de médiation par le professionnel ne résulte pas de la convention, mais de la loi.

Du droit octroyé au consommateur par l'article L. 152-1 du Code de la consommation de recourir gratuitement à un

médiateur de la consommation découle l'obligation pour tout professionnel de se doter d'un dispositif de médiation conforme aux nouvelles exigences tout en conservant le libre choix de la structure et du mode de médiation.

a. Un dispositif de médiation dont la mise en place est obligatoire

17. Tout professionnel sans distinction, qu'il s'agisse d'une entreprise de dimension nationale ou internationale ou d'un simple commerçant ou artisan exerçant en entreprise individuelle ou en société unipersonnelle, voire un auto-entrepreneur, doit permettre au consommateur d'accéder à un dispositif de médiation.

Les grandes entreprises appartenant au secteur de l'énergie, des télécommunications, des banques, des assurances, des transports, du tourisme disposent d'un médiateur d'entreprise.

D'autres entreprises appartenant au même secteur marchand ou pratiquant les mêmes méthodes de distribution, comme la vente directe, la franchise ont également un médiateur qui est généralement un médiateur mis en place par la fédération professionnelle dont elles sont membres.

Les secteurs économiques dépourvus de médiateur (la liste de ces secteurs est dressée dans l'annexe IV du rapport du groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation), que les États membres sont invités à résorber par la directive (considérant 24 et article 5,3) en créant une entité de médiation dite résiduelle, commencent à être investis par certains organismes.

C'est le cas de la Chambre nationale des huissiers de justice qui vient d'instaurer une plate-forme de médiation à laquelle pourraient avoir recours les professionnels ne souhaitant pas créer leur propre dispositif de médiation, comme par exemple la Fédération française du bâtiment pour la résolution amiable des litiges des entreprises du bâtiment concernant des travaux de construction neuve, rénovation, maintenance ou dépannage.

D'autres professions, comme la profession d'avocat, devraient instituer leur propre médiateur pour tenter de régler à l'amiable les litiges avec leurs clients particuliers.

En revanche, il semble plus incertain qu'un tel mouvement se dessine dans l'immédiat au sein des petites entreprises, notamment les petites entreprises artisanales et commerciales, qui exercent une profession de proximité favorisant le contact personnalisé avec la clientèle rendant inutile le recours à un médiateur dont le coût, mutualisé ou non, est à lui seul dissuasif. Pour autant, elles devront se conformer à ces exigences avec l'aide éventuelle de leurs fédérations, voire de la Chambre des métiers ou de la Chambre de commerce et d'industrie.

b. Un dispositif de médiation dont la structure et le mode de médiation sont au libre choix du professionnel

18. L'article 21 de la loi du 8 février 1995 précitée, auquel renvoie l'article L. 151-1 du Code de la consommation, énonçant que « la médiation régie par le présent chapitre 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 », laisse libre le professionnel de se doter d'un médiateur, personne physique ou personne morale ou encore d'un médiateur présentant la forme d'un organisme collégial composé de plusieurs personnes physiques ou d'une plate-forme constituant un espace de travail dédié à la médiation.

En vertu de l'article 1532 du Code de procédure civile, le médiateur personne morale désigne, avec l'accord des parties, la personne physique chargée d'accomplir la mission de médiation.

L'article L. 152-1 du Code de la consommation laisse le professionnel également libre du choix de son mode de médiation conventionnelle.

Il peut à sa convenance :

- soit créer son propre dispositif de médiation, dite médiation d'entreprise, en employant ou rémunérant son médiateur, lequel peut être une personne du monde juridique, avocat ou toute autre personnalité ;
- soit adhérer à un dispositif externe à son entreprise qui peut être notamment le médiateur de sa fédération professionnelle, ou celui d'un autre organisme, tel qu'une association.

Cette liberté de choix du mode de médiation est cependant contrariée par le même article qui enjoint au professionnel de ne pas écarter le recours à un médiateur dont la compétence s'étend à l'ensemble des entreprises d'un même domaine d'activité économique dont il relève, lorsque ce médiateur coexiste avec le médiateur d'entreprise. Il s'agit du médiateur sectoriel, catégorie à laquelle peuvent appartenir les médiateurs auprès d'une fédération, si l'adhésion à la fédération par le professionnel entraîne de plein droit l'adhésion au mécanisme de médiation.

c. Un dispositif de médiation conforme aux nouvelles exigences

19. Le dispositif de médiation doit satisfaire aux exigences légales imposant des obligations d'information des consommateurs au professionnel et au médiateur également tenu de produire un rapport annuel d'activité et renforçant le statut du médiateur (infra, n° 26 et suivants).

Toutes les médiations existantes et a fortiori les médiations nouvellement créées devront en principe être en conformité avec ces nouvelles exigences au 1er janvier 2016.

Le manquement par le professionnel à l'obligation de proposer aux consommateurs une médiation qualifiée de médiation de la consommation au sens de l'ordonnance du 20 août 2015 ne fait pourtant l'objet d'aucune sanction directe.

Si la Commission d'évaluation et de contrôle s'assure de la qualité des médiateurs en vue de leur inscription sur la liste des médiateurs prévue à l'article R. 155-2 du Code de la consommation, il n'en demeure pas moins que la seule mesure prise contre le médiateur ne satisfaisant pas aux conditions exigées est, selon l'article L. 155-3 du même code, le refus d'inscription sur la liste ou le retrait de la liste.

Comme il a été dit (supra, n° 14), ce médiateur ne fait l'objet d'aucune injonction de se mettre en conformité et la seule sanction susceptible d'être prononcée à l'encontre du professionnel consiste dans le manquement à son obligation de communiquer aux consommateurs les coordonnées de ce médiateur.

1.2. Un dispositif de médiation transparent

20. La transparence de la médiation est assurée par une obligation d'information du professionnel et une obligation de communication du médiateur

Ces obligations posées par le législateur, dont le contenu est précisé par le décret du 30 octobre 2015 précité, ne feront pas l'objet d'une étude détaillée dans le cadre de ce commentaire qui se limitera à en souligner les objectifs essentiels.

21. Pour le professionnel, il s'agit de fournir au consommateur les coordonnées et l'adresse du site Internet du médiateur dont il relève, qu'il s'agisse de son propre médiateur ou du médiateur de sa fédération professionnelle, de manière visible et lisible, sur son site Internet, sur ses conditions générales de vente ou de service, sur ses bons de commande ou tout autre support adapté.

Pour faciliter le règlement en ligne des litiges de consommation issus du commerce électronique, le professionnel doit fournir un lien électronique aisément accessible aux consommateurs vers la plateforme de règlement en ligne -RLL- mise en place par le règlement du 21 mai 2013 (article 14 du règlement).

Le manquement à cette obligation d'information expose le professionnel à une sanction administrative.

Il faut comprendre par manquement, non seulement l'absence d'information sur l'existence et les coordonnées du médiateur, mais aussi l'information trompeuse constitutive de pratique commerciale déloyale consistant à présenter la médiation comme une médiation de la consommation, alors qu'elle n'est pas conforme aux exigences légales.

22. Pour le médiateur, personne physique ou personne morale, l'obligation de communication présente un triple aspect.

En premier lieu, il lui appartient de mettre en place un site⁹ Internet consacré à la médiation, devant être distinct du site du professionnel pour marquer l'indépendance du médiateur et en faciliter l'accès, sans pour autant priver le consommateur de la possibilité de recourir à la médiation par la voie postale.

Ce site ou tout autre document comprend dix rubriques détaillées dans l'article R. 154-1 du Code de la consommation informant sur la personne du médiateur et sur le processus de médiation.

Les informations sur la personne du médiateur, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, concernent la personne physique chargée de la mission de médiation au nom de la personne morale.

Les informations sur le médiateur, organe collégial constitué sous la forme d'une commission regroupant des personnes physiques, devraient concerner les personnes physiques composant cette commission.

Pour le règlement en ligne des litiges du commerce électronique, l'article L. 154-1 du Code de la consommation

9. Les informations portent sur les coordonnées, la désignation, le CV et la compétence du médiateur, sur les textes applicables et les cas d'irrecevabilité, ainsi que sur les langues utilisées pour la médiation., sur l'appartenance éventuelle du médiateur à des réseaux de médiateurs de litiges transfrontaliers. Le site doit encore avoir un lien vers celui de la Commission européenne dédié au litige de médiation.

l'oblige à fournir sur son site Internet un lien électronique vers le site Internet de la Commission Européenne dédié à la médiation de la consommation.

En deuxième lieu, il lui appartient également de mettre à la disposition du public sur son site Internet son rapport annuel d'activité comprenant un certain nombre d'informations dont la liste est établie par l'article R. 154-2 du Code de la consommation.

En troisième lieu, il lui appartient de transmettre tous les deux ans à la commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation les informations nécessaires à l'évaluation de son activité dont la liste figure dans l'article R. 154-4 du Code de la consommation et de lui communiquer, s'il souhaite être inscrit sur la liste des médiateurs, les informations détaillées à l'article R. 154-3 du même code.

1.3. Un dispositif de médiation évalué et contrôlé

23. L'article L. 155-1 du Code de la consommation crée une Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation chargée d'évaluer l'activité de médiation, d'établir et de mettre à jour la liste des médiateurs de la consommation avant de procéder à la notification des médiateurs inscrits sur la liste auprès de la Commission Européenne.

Les documents à transmettre à la Commission d'évaluation et de contrôle par le médiateur souhaitant son inscription sur la liste des médiateurs de la consommation ont été établis par l'Administration.

Il est distingué quatre types de situation, selon qu'il s'agit d'une association de médiateurs, de médiateur d'entreprise, de médiateur d'une fédération professionnelle ou de médiateur public sectoriel.

La conformité de la médiation aux exigences requises pour pouvoir être qualifiée de médiation de la consommation au sens des dispositions légales est consacrée par l'inscription du médiateur sur la liste établie par la Commission d'évaluation et de contrôle.

C'est cette inscription sur la liste, que la Commission d'évaluation et de contrôle peut refuser ou retirer en cas de non conformité de la médiation, qui donne droit au titre de médiateur de la consommation dans les États membres de l'Union européenne.

1.4. Un dispositif prévoyant une assistance particulière des consommateurs en cas de litiges transfrontières

24. En cas de litige transfrontalier, l'article L. 156-4 du Code de la consommation fait bénéficier le consommateur de l'assistance et des informations nécessaires pour être orienté vers l'entité de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation compétente dans un autre Etat membre.

L'article R. 156-2 du même code issu du décret du 30 octobre 2015 indique que ces informations sont sur le site Internet de la Commission d'évaluation et de contrôle, qui comprend également les coordonnées du Centre Européen des consommateurs France situé à Kehl en Allemagne.

Le rôle de ce Centre est d'informer et de conseiller les consommateurs sur leurs droits en Europe et de trans-

mettre leur dossier de réclamation à ses homologues situés dans le pays du professionnel qui indiqueront au final le médiateur compétent.

Même si aucune obligation ne lui en est faite, le médiateur doit communiquer à tout le moins aux consommateurs sur son site ou tout autre support durable l'adresse du site de la Commission d'évaluation et de contrôle.

La question de la loi applicable à un contrat transfrontière est abordée par l'article 11 de la directive lorsque l'entité de REL impose une solution au consommateur pour rappeler que le consommateur ne doit pas être privé de la protection que lui accordent les dispositions impératives de son pays.

Cette disposition n'est pas reprise par l'ordonnance du 20 août 2015 car le médiateur propose et non impose une solution au consommateur.

Seul l'article L. 112-2 du Code des assurances est complété par une disposition obligeant l'assureur à mentionner dans les documents remis au preneur d'assurances la loi applicable au contrat.

2. LES GARANTIES DE BON FONCTIONNEMENT DU DISPOSITIF DE CONSOMMATION

25. Les garanties de bon fonctionnement de la médiation de la consommation sont assurées par deux séries de mesures.

D'une part, ces garanties commandent que le médiateur, personne physique agissant en son nom ou agissant au nom de la personne morale, association ou société, pour le compte de laquelle il exerce la mission de médiation, non seulement n'ait pas fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance visées à l'article 1533 du Code de procédure civile, mais aussi dispose d'un statut lui conférant une totale indépendance. Il ne peut recevoir aucune instruction des parties.

D'autre part, ces garanties commandent que le déroulement du processus de médiation soit régulé par certaines règles procédurales.

2.1. Un médiateur au statut renforcé et diversifié

26. Les exigences de qualité générales auxquelles doivent satisfaire tous les médiateurs de la consommation sont à distinguer de celles qui, étant particulières à certains médiateurs, créent entre eux des statuts diversifiés.

a. Un statut renforcé pour tous les médiateurs

27. Les exigences générales de qualité, qui recouvrent la compétence, l'indépendance et l'impartialité du médiateur, ne sont pas nouvelles et ne font que reprendre des principes relevant depuis longtemps de l'éthique professionnelle et consacrés par une législation antérieure.

Ce qui est nouveau, c'est la concrétisation de ces principes par une liste de conditions à remplir pour y satisfaire.

Ces conditions, qui sont énumérées à l'article L. 153-1 du Code de la consommation, concernent les aptitudes à la médiation et les connaissances juridiques, la durée minimale du mandat de médiateur de trois ans, l'interdiction d'une rémunération liée au résultat et l'obligation de ne

pas être en situation de conflits d'intérêts et, dans le cas contraire, les dispositions à prendre par le médiateur énoncées à l'article R. 153-1 du même code.

À l'exception de ces mesures, le statut de droit commun du médiateur ne comporte aucune autre prescription impérative et laisse à la libre volonté des parties le choix du médiateur, sa désignation et, le cas échéant, la composition de son équipe.

C'est cette unité que rompent les articles L. 153-2 et L. 153-3 du Code de la consommation en créant un statut diversifié en fonction de la situation du médiateur par rapport au professionnel ou aux organismes ayant mis en place le dispositif de médiation.

b. Un statut diversifié

28. Les médiateurs de la consommation sont divisés en deux catégories par les nouvelles dispositions légales qui distinguent entre les médiateurs employés ou rémunérés exclusivement par le professionnel ou un organisme ou fédération professionnelle et les médiateurs qui ne le sont pas.

Ces derniers doivent satisfaire uniquement aux exigences générales précitées¹⁰.

29. Les médiateurs employés ou rémunérés exclusivement par le professionnel ou un organisme ou fédération professionnelle sont soumis à des exigences supplémentaires pour garantir la totale indépendance du médiateur.

Il convient de déterminer les médiateurs concernés avant d'exposer les conditions spécifiques qu'ils doivent remplir.

1. Les médiateurs concernés sont les médiateurs de la consommation employés ou rémunérés exclusivement par le professionnel ou un organisme ou fédération professionnelle

30. Le médiateur visé aux articles L. 153-2 et L. 153-3 du Code de la consommation est le médiateur employé ou rémunéré exclusivement par le professionnel ou un organisme ou fédération professionnelle commun à plusieurs entreprises.

Le médiateur employé ou rémunéré exclusivement par le professionnel est essentiellement le médiateur d'entreprise.

En premier lieu, il peut s'agir d'une personne physique salariée de l'entreprise, encore que le contrat de travail, qui implique subordination à l'entreprise, devrait être suspendu pendant la durée des fonctions, voire les trois années suivantes, ce qui rend en fait et en droit théorique le recours à un salarié.

Il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale rémunérée par l'entreprise dans le cadre d'un contrat de prestation de services, qui à lui seul devrait lui assurer son indépendance.

Sous réserve d'avoir les compétences exigées, le médiateur peut être un avocat, un ancien magistrat, un médiateur professionnel ou tout autre personne qualifiée.

Force est de constater que la rémunération exclusive soulève une difficulté d'interprétation, lorsque le médiateur exerce son activité au profit de plusieurs professionnels, avec lesquels il est lié par un contrat de prestations propre à chacun d'eux et reçoit une rémunération versée par chacun d'eux. Selon une interprétation généralement donnée, la

rémunération exclusive du médiateur par le professionnel doit s'entendre de la rémunération versée par le seul professionnel bénéficiant de ses services de médiation et non par plusieurs professionnels bénéficiant tous de ses services.

En second lieu, le médiateur employé ou rémunéré exclusivement par un organisme ou fédération professionnelle peut aussi être une personne physique salariée ou une personne physique ou une personne morale rémunérée comme prestataire de services et agissant dans le cadre d'un contrat d'entreprise.

31. Les articles L. 153-2 et L. 153-3 du Code de la consommation ne visent pas le médiateur collégial constitué sous la forme d'une commission comprenant plusieurs personnes physiques.

Le médiateur est en effet la commission de médiation et non ses membres exerçant collectivement la mission de médiation.

Cette commission peut être un médiateur d'entreprise ou un médiateur mis en place par une fédération professionnelle.

2. Les exigences de qualité supplémentaires

32. Aux exigences communes de qualité s'ajoutent les exigences supplémentaires dont le nombre varie selon que le médiateur est un médiateur d'entreprise employé ou rémunéré exclusivement par le professionnel (le médiateur d'entreprise) ou un médiateur employé ou rémunéré par un organisme ou une fédération professionnelle.

• *Le médiateur d'entreprise*

33. Le médiateur d'entreprise doit satisfaire à une série d'exigences visant le médiateur, énumérées à l'article L. 153-2 du Code de la consommation.

Lorsque ce médiateur exerce son activité dans le cadre d'une personne morale, ces exigences devraient être appréciées au regard de la personne morale pour le compte de laquelle il agit, l'article L. 153-2 visant le médiateur de la consommation sans distinguer selon qu'il est personne physique ou personne morale.

Mais l'article 1532 du Code de procédure civile mentionnant que le médiateur personne morale désigne, avec l'accord des parties, la personne physique chargée d'accomplir la mission de médiation invite à penser que c'est ce médiateur qui doit satisfaire aux exigences légales comme le suggère d'ailleurs la directive qui ne vise que le médiateur personne physique. Au surplus, en pratique, les contrats de prestations conclus avec des personnes morales mettent en évidence le caractère intuitu personae d'une telle mission, confiée au médiateur personne physique.

Deux exigences concernent la personne du médiateur qui doit :

- être désigné par un organe collégial paritaire dans le cadre d'une procédure transparente ;
- respecter un délai de viduité de 3 ans après la cessation de son mandat de médiateur au cours duquel il s'engage à ne pas travailler pour le professionnel concerné ou une organisation ou une fédération professionnelle dont le professionnel est membre.

Le décret n° 2015-1607 du 7 décembre 2015 relatif aux conditions de désignation des médiateurs d'entreprises précise, dans l'article D. 153-2 du Code de la consommation qu'il modifie, que l'organe collégial mis en place par le professionnel doit être composé paritairement de repré-

10. Même s'il s'agit d'un médiateur public.

sentants d'associations de consommations agréées et des représentants du professionnel.

Ce décret précise également que cet organe collégial peut relever d'une instance nationale consultative dans le domaine de la consommation ou propre à un secteur d'activité et complète l'article D. 511-1 du même code pour intégrer dans les missions du Conseil national de la consommation celle de procéder à la désignation des médiateurs d'entreprises

S'agissant des médiateurs bancaires, le même décret modifie les articles D. 214-9 et D. 614-1 du Code monétaire et financier en application de l'article 2 de l'ordonnance du 20 août 2015 qui a complété l'article L. 614-1 du même code pour attribuer compétence, si les établissements choisissent de recourir à cette modalité de désignation, à un organe collégial constitué au sein du Comité consultatif du secteur financier. La mission de l'organe collégial institué par l'ordonnance du 20 août 2015 n'est pas de se substituer au professionnel pour désigner le médiateur.

C'est au professionnel qu'il appartient de mettre en place son dispositif de médiation et de choisir son médiateur et il appartient seulement à l'organe collégial de vérifier si ce médiateur satisfait aux exigences requises.

Une troisième exigence est propre à l'indépendance du médiateur qui ne doit avoir, pendant l'exercice de sa mission, aucun lien hiérarchique ou fonctionnel avec le professionnel et qui doit être clairement séparé des organes opérationnels du professionnel et disposer d'un budget distinct et suffisant pour l'exercice de ses missions dont il semble suffisant qu'il prenne la forme, non d'un budget autonome, mais d'une ligne comptable prévoyant un budget prévisionnel.

Cette dernière exigence ne devrait pas concerner le médiateur exerçant en qualité de prestataire de services.

Seul devrait être concerné le médiateur personne physique salarié pour lequel l'autorité hiérarchique et fonctionnelle doit être écartée pendant l'exercice de sa mission par un mandat lui accordant une totale indépendance intellectuelle et financière ainsi qu'une totale liberté dans l'organisation de son travail sur le terrain.

Une telle interprétation, que commande le texte, ne paraît cependant pas celle retenue par la Commission d'évaluation et de contrôle qui exige une attestation selon laquelle le médiateur dispose d'un budget distinct du budget général et suffisant pour l'exécution de la mission du médiateur. On croit comprendre que le seul modèle envisagé est celui où le médiateur dispose au sein de l'entreprise de ressources affectées à son activité, ce qui peut poser problème lorsque l'ensemble de l'activité est déléguée au médiateur disposant de sa propre équipe.

En tout cas, l'exigence d'une équipe dédiée exclusivement à sa mission posée par le projet d'ordonnance a été supprimée, de sorte que le médiateur peut disposer, à temps plein ou à temps partiel, selon ses besoins, de salariés de l'entreprise mis à son service.

• *Le médiateur d'une fédération professionnelle ou d'un autre organisme*

34. Le médiateur mis en place par une fédération professionnelle ou le médiateur commun à un regroupement d'entreprises, qu'il s'agisse d'une personne physique salariée ou d'une personne physique ou d'une personne

morale rémunérée comme prestataire de services, font l'objet d'un régime allégé par l'article L. 153-3 du Code de la consommation.

Ce médiateur est considéré comme remplissant l'exigence d'indépendance dès lors qu'il satisfait aux exigences générales et dispose d'un budget distinct, cette dernière exigence étant même supprimée si le médiateur prend la forme d'un organisme collégial, par exemple d'une commission, composée à parité égale de représentants d'associations de consommateurs agréées et de représentants des professionnels.

Cette dernière forme de médiation, qui est à la fois collégiale, sectorielle de type fédératif ouverte à un ensemble d'entreprises appartenant à un même secteur économique et enfin paritaire associant représentants des professionnels et représentants des associations de consommateurs dans la recherche d'un règlement amiable des litiges, répond aux critères d'indépendance et de compétence renforcés par les nouvelles dispositions légales qui mettent en avant ce type de médiation parmi les autres modes de médiation de la consommation.

2.2. Une procédure de médiation régulée

35. De nouvelles dispositions viennent préciser les règles de base de la procédure de médiation et les modalités du processus de médiation.

a. Les règles de base de la procédure de médiation

36. En renfort des exigences de qualité des médiateurs, l'ordonnance du 20 août 2015 aménage l'encadrement « processuel » de la médiation par référence aux droits fondamentaux que sont, pour tout justiciable, le droit d'accès à un tribunal, le droit à un procès équitable, le droit à une bonne administration de la justice et le droit à l'exécution.

Le processus de médiation, dont les différentes étapes sont placées sous les signes de transparence, d'efficacité, d'équité et de légalité, est dominée par certains principes directeurs.

La directive, dont les prescriptions sont minimales (article 3, § 3), laisse les États membres libres de maintenir ou d'adopter des règles plus sévères.

Un inventaire rapide des dispositifs de médiation existants montre que la plupart des pratiques actuelles obéissent à des règles dont le niveau d'exigence est équivalent à celui demandé par les nouvelles dispositions légales.

1. Le caractère facultatif de la médiation

37. Le caractère facultatif de la médiation, dont le recours et le déroulement relèvent de l'entière volonté des parties, est rappelé par les articles R. 152-2 et R. 152-4 du Code de la consommation disposant qu'elles sont libres de participer à la procédure, de s'en retirer à tout moment, d'accepter ou de refuser la solution de règlement du litige.

L'article L. 152-4 du même code condamne, par voie de conséquence, la clause de médiation dont l'objet est de faire de ce mode extrajudiciaire des litiges un préalable obligatoire de l'action judiciaire, alors d'une part qu'elle a été jugée valable par la Cour de cassation sous la condition qu'elle ne prive pas le consommateur de la possibilité de saisir le juge et d'autre part qu'elle est autorisée par la directive.

2. Le libre choix du médiateur par le professionnel

38. Le professionnel a le libre choix de son médiateur sous réserve qu'il remplisse les conditions de qualité exigées. Une fois inscrit sur la liste, ce médiateur s'impose aux consommateurs, sauf accord du professionnel pour recourir à une médiation n'entrant pas dans le champ de ce dispositif.

Ce libre choix est portant battu en brèche par deux dispositions légales en cas de pluralité de médiateurs.

• *La règle de la compétence partagée du médiateur sectoriel posée par l'article L. 152-1 du Code de la consommation*

39. Aux termes de l'article L. 152-1 du Code de la consommation, lorsqu'il existe un médiateur de la consommation dont la compétence s'étend à l'ensemble des entreprises d'un domaine d'activité économique dont il relève, le professionnel permet toujours au consommateur d'y recourir.

Cette disposition, qui introduit une règle non prévue par la directive, doit être interprétée strictement. Elle vise les médiateurs sectoriels, dont la compétence s'étend de plein droit à tous les professionnels d'un même domaine d'activité économique dont ils relèvent.

• *La règle de la « primauté » du médiateur public*

40. L'ordonnance du 20 août 2015 innove en instituant parallèlement aux médiateurs privés un médiateur public défini par l'article L. 151-1, h du Code de la consommation comme « un médiateur désigné par une autorité publique dans les conditions fixées par la loi ».

L'article L. 152-5 du même code fait de ce médiateur public un médiateur exclusif des litiges relevant de sa compétence, excluant les médiateurs privés partageant son domaine de compétence, sous réserve d'une convention répartissant les litiges entre lui et les médiateurs concernés.

Cette règle générale vaut pour l'instant pour le médiateur national de l'énergie visé à l'article L. 122-1 modifié du Code de l'énergie et pour le médiateur de l'Autorité des marchés financiers visé à l'article L. 614-1 du Code monétaire et financier, lequel a été modifié par l'ordonnance pour lui donner ce statut.

Ce statut des médiateurs publics pose problème au regard de la directive qui n'institue aucune distinction entre les médiateurs privés et les médiateurs publics et n'introduit aucune préférence en faveur de ces derniers.

En tout cas, dès lors qu'une convention a été conclue, aucune prééminence n'est accordée au médiateur public sur le médiateur privé dans le secteur d'activité ainsi partagé, ainsi que le prévoit l'article L. 152-2, c, du Code de la consommation. À cette application du dispositif de droit commun applicable à l'ensemble des médiateurs publics, il faut noter que le Code de l'énergie apporte une dérogation, introduite par l'article 6 de l'ordonnance, en faveur du médiateur national de l'énergie. La saisine d'un autre médiateur ne fait pas obstacle au traitement d'un litige de consommation par le médiateur national de l'énergie, dès lors que ce litige relève de son champ de compétence¹¹.

3. Le libre choix du médiateur par le consommateur

41. Le consommateur doit saisir le médiateur retenu par le professionnel, dont il a les coordonnées¹².

En revanche le consommateur doit avoir le libre choix du médiateur en cas de pluralité de médiateurs compétents pour régler le même litige, lui permettant de retenir, comme la loi l'y invite, le médiateur sectoriel, s'il en existe un, au lieu du médiateur d'entreprise.

Le consommateur est cependant privé de son libre choix lorsque le médiateur privé est en concurrence avec un médiateur public, sauf signature d'une convention entre eux.

4. La règle selon laquelle un litige ne peut pas faire l'objet d'une double médiation

42. C'est l'article L. 152-2, c du Code de la consommation qui fixe la règle : « Un litige ne peut être examiné par un médiateur de la consommation lorsqu'il a été précédemment examiné ou est en cours d'examen par un autre médiateur ou par un tribunal. »

Cette règle interdit les médiations dans lesquelles un médiateur régional constitue le premier niveau de médiation avant la saisine du médiateur national.

Cette règle est cependant remise en cause par l'article 18 du décret du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile et à la communication électronique et à la résolution amiable des différends modifiant l'article 56 du Code de procédure civile¹³.

Ce texte dispose en effet que l'assignation en justice doit être précédée d'une tentative de résolution amiable du litige indiquant les diligences prises sous la forme de simples négociations, d'une médiation ou d'une conciliation ou encore d'une procédure participative pour parvenir à la résolution du litige, sous peine de voir l'assignation rejetée.

Il y aura ainsi une double médiation si le consommateur, qui agit en justice, a précédemment saisi sans succès le médiateur du professionnel, sauf à considérer que la saisine de ce médiateur permette de justifier des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

5. Le principe du contradictoire

43. Le principe du contradictoire est énoncé à l'article R. 152-3 du Code de la consommation transposant l'article 9, § 1er, a de la directive prévoyant les échanges d'arguments, d'éléments de preuve et de documents entre les parties par l'intermédiaire de l'entité de médiation.

Ce texte vient formaliser des pratiques devenues habituelles pour les médiateurs qui veillent à ne pas nuire au secret des affaires. Cette communication de pièces n'intervient qu'à la demande des parties et peut porter sur tout ou partie des pièces du dossier, ce qui laisse au médiateur une marge d'appréciation.

11. Ce texte suggère deux interprétations. Une interprétation stricte conduit à n'admettre la saisine du médiateur national de l'énergie que si le médiateur de l'entreprise n'a pas encore proposé sa solution. Une interprétation plus extensive serait d'admettre l'existence d'un « droit d'appel » à l'encontre d'une solution proposée par le médiateur d'entreprise.

12. Le consommateur peut certes proposer son propre médiateur. Mais il doit alors obtenir l'accord du professionnel et cette médiation ne relèvera pas du présent dispositif (notamment gratuité).

13. Voir par l'article L. 122-1 modifié du Code de l'énergie précité, si l'on retient l'interprétation extensive visée au paragraphe 40 note 11 pour le médiateur national de l'énergie.

Dans certains domaines et notamment le domaine bancaire, le médiateur devra apprécier la part à faire entre le droit de savoir, indispensable à la manifestation de la vérité, et les informations couvertes par le secret bancaire (rapport annuel de la cour de cassation 2004, rapport annuel de la cour de cassation, 2010, page 260).

Une grande souplesse est encore reconnue au médiateur qui peut, sans que cela constitue pour lui une obligation, recevoir ensemble ou séparément les parties (article R. 152-2 du Code de la consommation).

6. Le principe de confidentialité

44. La confidentialité des données et de la procédure, laquelle confidentialité est inhérente à la médiation, est soulignée à titre de principe par l'article L. 152-3 du Code de la consommation qui renvoie à l'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

Ce dernier article déclare que la médiation est soumise à l'obligation de confidentialité, sauf accord contraire des parties et précise que 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. La confidentialité devrait exclure donc toute publication d'un avis dans lequel l'identité de l'une ou l'autre des parties pourrait être révélée.

7. Le principe de gratuité

45. Le principe de gratuité de la procédure pour le consommateur est exprimé à l'article L. 152-1 du Code de la consommation qui sur ce point se démarque de l'article 8, c de la directive, qui permet de prévoir qu'un coût modique soit laissé à la charge du consommateur.

Mais la gratuité n'est pas totale. C'est ainsi que le consommateur supporte tous les frais de timbre et de photocopie qu'il pourra exposer. C'est ainsi encore que s'il recourt à un avocat pour le représenter ou à toute personne de son choix pour l'assister les frais correspondants sont à sa charge. Il en va enfin de même s'il recourt à un expert, sauf en cas de demande conjointe des parties, auquel cas les frais sont partagés.

8. La suspension de la prescription

46. L'ordonnance du 20 août 2015 n'avait pas à évoquer la suspension de la prescription pendant le processus de médiation déjà énoncée par l'article 2238 du Code civil.

Le législateur aurait pu cependant saisir l'occasion d'étendre cette règle à la forclusion applicable au crédit à la consommation dont le délai de deux ans n'est pas suspendu pendant le cours de la médiation, ce qui nuit à son développement.

b. Les modalités du processus de médiation

47. Il n'y a pas lieu d'exposer pour chaque étape du processus de médiation, l'ensemble des pratiques des médiateurs, mais de souligner succinctement les nouveautés législatives concernant la saisine du médiateur, le traitement du litige et la solution préconisée aux parties.

1. La saisine du médiateur

48. L'article L. 152-2 du Code de la consommation donne la liste des cas d'irrecevabilité de la demande de médiation

qui sont, soit déjà présents dans les médiations actuelles, soit nouveaux.

Les cas d'irrecevabilité actuels confirmés par les nouvelles dispositions légales sont :

- l'exigence d'une démarche préalable de réclamation auprès du service clients de l'entreprise ;
- la condition que le litige n'a pas fait l'objet ou ne fait pas l'objet d'une procédure devant une juridiction ou une autre entité de REL également compétente pour le litige en cause ;
- le consommateur n'a pas introduit de réclamation auprès du médiateur dans le délai d'un an suivant sa réclamation auprès des services de l'entreprise, qui est une condition qui n'est pas actuellement toujours formalisée tout en étant pratiquée dans les faits ;
- le litige n'entre pas dans son champ de compétence.

Le seul nouveau cas d'irrecevabilité absent des médiations actuelles concerne la demande manifestement infondée ou abusive, expression transposant le caractère fantaisiste ou vexatoire du litige visé par la directive.

Les autres cas d'irrecevabilité prévus par la directive, celui portant sur le seuil financier à partir duquel la demande est recevable et celui selon lequel le traitement d'un litige de ce type entraverait sinon gravement le fonctionnement de l'entité de REL, cas d'irrecevabilité qui laisse perplexe, n'ont pas été introduits en droit national, ces règles étant facultatives pour les États membres.

Il en va de même de l'obligation de fournir une explication circonstanciée par le médiateur sur les motifs de son refus de traiter le litige, qui, n'étant pas imposée, n'a pas été transposée, mais il reste à la charge du médiateur d'informer le consommateur dans un délai de trois semaines à compter de la réception du dossier du rejet de sa demande.

49. Les articles R. 152-1, R. 152-2 et R. 152-5 du Code de la consommation précisent les règles entourant la saisine du médiateur et la durée de la médiation.

Le médiateur est saisi, non pas à réception du simple formulaire de réclamation, mais à réception des documents sur lesquels est fondée la demande du consommateur.

C'est à ce stade que le médiateur notifie aux parties sa saisine, ce qui a le mérite de rapprocher le point de départ de la médiation de celui de la suspension du délai de prescription prévue à l'article 2238 du Code civil disposant que la prescription est suspendue à partir du moment où les parties conviennent de recourir à la médiation ou à partir de la première réunion, ce qui interprété à la lettre impliquerait que le médiateur attende à tout le moins de recevoir l'accord du professionnel après avoir été informé de la demande du consommateur.

En définitive, dès réception de la demande du consommateur, le médiateur se prononce sur la recevabilité de celle-ci et, en cas d'irrecevabilité, en informe le client dans un délai de trois semaines. Si la demande est recevable, le médiateur en informe les parties dès réception des documents sur lesquels la demande du consommateur est fondée. C'est à partir de cette notification que commencent à courir le délai de 90 jours et celui de la suspension de la prescription¹⁴.

¹⁴. Le point de départ de ce délai pourrait être différé, pour le cas où le consommateur n'aurait pas remis les pièces suffisantes lors de sa saisine. Par ailleurs, dans

Il est enfin précisé que le consommateur est libre de se faire représenter par un avocat, d'être assisté par toute personne de son choix¹⁵ ou de solliciter un expert et que le médiateur dispose de quatre vingt dix jours pour proposer une solution, sauf si le litige est complexe¹⁶. Dans ce cas le médiateur, qui peut prolonger le délai, en avise immédiatement les parties.

2. Le traitement du litige

50. Le déroulement de la médiation est placé sous le signe de l'équité par l'article 9 de la directive qui ne définit pas ce concept, ni n'en précise l'articulation avec la règle de droit.

Les médiations actuelles mentionnent dans leur règlement ou leur charte que le médiateur statue en droit et en équité.

Le recours à l'équité ne figure pourtant ni dans l'ordonnance du 20 août 2015 ni dans son décret d'application.

On ne saurait pour autant en conclure que le recours à l'équité serait condamné, car une telle solution irait à l'encontre de la directive et aux principes qui gouvernent la médiation.

L'article R. 152-4 du Code de la consommation se borne en effet à indiquer que le médiateur propose une solution pour régler le litige, sans préciser sur quel fondement elle doit être prise, ni d'ailleurs l'obligation de la motiver.

51. Si le processus de médiation conventionnelle est généralement écrit, il est parfaitement possible pour le médiateur de recevoir les parties ensemble et même séparément, sans que cela constitue pour lui une obligation.

3. La solution

52. C'est au médiateur de formuler une proposition de solution, sans que l'on sache s'il est obligé de rechercher préalablement l'accord des parties¹⁷.

Cette proposition pourra ainsi constituer en un refus pur et simple de donner une suite favorable à la demande du consommateur.

53. Avant l'acceptation de la solution proposée par le médiateur, l'article R. 152-5 du Code de la consommation prévoit une information des parties par écrit ou par voie électronique, destinée :

- en premier lieu à les éclairer sur la liberté pour elles d'accepter ou de refuser la proposition de solution dans le délai raisonnable fixé par le médiateur et d'exercer, si elles le souhaitent, un recours judiciaire malgré leur participation au processus de médiation ;
- en second lieu à leur permettre d'apprécier la solution proposée en rappelant d'une part qu'elle peut être différente de la décision qui serait rendue par un juge et d'autre part les conséquences juridiques attachées à l'acceptation de la solution¹⁸.

54. L'accord issu de la médiation peut faire l'objet d'une homologation par le juge ou rendu exécutoire par une juridiction ou une autorité d'un autre Etat membre de l'Union européenne en vertu des articles 1534 et 1535 du Code de procédure civile renvoyant sur le dernier point à la directive du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

■ CONCLUSION

55. Avec la publication de l'ensemble des textes applicables¹⁹, il est possible de mesurer la portée de l'innovation apportée par l'ordonnance du 20 août 2015 transposant la directive du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

La nouveauté incontestable est que le recours à la médiation est devenu un droit pour le consommateur et que les règles à respecter par les entreprises et les médiateurs, jusqu'alors essentiellement inspirées des bonnes pratiques de la médiation conventionnelle, puisent désormais leur source dans la loi.

Ce socle légal est nécessaire pour assurer une bonne articulation des règles de droit contractuel, de droit processuel et de droit de la consommation gouvernant ensemble la médiation.

La médiation doit être structurée pour garder la confiance du consommateur et favoriser l'évolution vers un mode de règlement des litiges moins conflictuel et plus consensuel, sans pour autant être rigidifiée pour préserver, par sa souplesse de fonctionnement et son caractère consensuel, au plan individuel sa fonction de pacification des conflits et au plan collectif sa fonction de moralisation des pratiques des entreprises. ■

Achévé de rédiger le 13 décembre 2015.

certaines secteurs d'activité, la médiation ne peut commencer qu'avec l'accord du consommateur.

15. On peut penser que pour unifier et donner une base éprouvée à l'article R. 152-1 du Code de la consommation, les juges appliqueront au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation les règles applicables à la représentation et à l'assistance en justice, figurant aux articles 411 et s. du Code de procédure civile.

16. La notion de complexité n'est pas définie et relève de l'appréciation du médiateur au regard des faits, des problèmes de droit comme plus généralement de la difficulté de réunir les pièces nécessaires à la solution.

17. À noter la curieuse formule de l'article R. 152-3 qui précise qu'à défaut d'accord amiable entre elles, il leur propose une solution pour régler le litige. Mais la recherche d'un accord amiable préalable ne paraît pas s'imposer en dehors du cas où le médiateur décide de recevoir les parties ensemble ou séparément.

18. L'acceptation par les deux parties constitue un accord sur la solution, ayant

les effets d'un contrat, lequel a donc force obligatoire. Les parties peuvent recourir à une transaction, si la solution du médiateur entraîne des concessions réciproques.

19. Seul manque à ce jour l'arrêté de nomination des membres de la Commission d'évaluation et de contrôle.