

Ce texte a été publié dans le N° 3186 des Actualités sociales hebdomadaires le 27 novembre 2020

LA MÉDIATION A L'USAGE DES ÉTABLISSEMENTS ET SERVICES SOCIAUX ET MÉDICO-SOCIAUX

Claude Evin, Avocat au Barreau de Paris, Médiateur

La période de crise, plus que toute autre, est propice à voir se développer des différends, voire des conflits au sein des établissements et services, mais aussi dans les relations entre les personnes prises en charge ou leurs proches et ces établissements. Les contestations concernant la manière dont certains établissements, notamment des EHPAD, ont gérés la crise sanitaire ne conduiront pas, et heureusement, à l'engagement de nombreuses procédures contentieuses.¹ Pour autant il faudra bien trouver les moyens de traiter les tensions qui se sont manifestées et permettre de retrouver des relations apaisées.

Même en dehors des périodes de crise, dans la vie courante d'un établissement ou d'un service social ou médico-social, les occasions de litiges sont nombreuses et nécessitent des modalités de résolution amiable de ces différends, et particulièrement de la médiation (I). Mais la médiation ne s'improvise pas et doit répondre à un certain nombre de principes (II). Si elle peut, d'une manière générale, être mise en œuvre à la seule initiative des parties qui ont un différend ou dans le cadre d'une procédure contentieuse (III), certains dispositifs apportent des solutions plus ciblées (IV).

I. LA MÉDIATION, UN BESOIN PLUS QUE JAMAIS D'ACTUALITÉ

Un besoin permanent au sein des établissements et services

Dans la vie d'un établissement ou d'un service social ou médico-social, les occasions de litiges peuvent concerner aussi bien des tensions entre des professionnels au sein de l'établissement que des plaintes et réclamations relatives à la vie quotidienne des résidents ou à la qualité de la prise en charge. Les litiges de la vie courante auxquels sont confrontés les établissements et services sont souvent la conséquence d'une écoute ou d'un dialogue insuffisant. Lorsque la communication s'est rompue, il est parfois difficile de la rétablir en s'acharnant à rechercher la solution entre les seules parties au conflit. L'intervention d'un tiers, neutre et étranger à ce conflit, permettra souvent d'ouvrir de nouvelles perspectives pour le résoudre.

¹ Delphine Jaafar, « Covid-19 ou la résistible ascension de la mise en cause des établissements d'hébergement de personnes âgées dépendantes », RDSS, sept.-oct. 2020, p.905

Il peut certes arriver que la tension soit tellement forte ou que le sujet semble absolument justifier la saisine d'un juge. Démarche tout à fait légitime que nous ne saurions contester. Mais le juge rendra un arrêt, un jugement. Il dira quel est celui qui a tort ou celui qui a été lésé. Le juge sanctionnera le passé. Il ne donnera pas nécessairement les éléments qui permettront de construire l'avenir. De plus, les procédures, judiciaires ou administratives, sont longues et souvent couteuses. Elles ne permettent pas aux parties de renouer une relation qui a été abîmée, voire rompue lorsqu'il faut pourtant continuer de cohabiter.

Beaucoup de ces tensions, ces réclamations ou ces situations conflictuelles, y compris dans le cours d'une procédure judiciaire, peuvent trouver leur solution dans une recherche amiable du règlement du différend et notamment dans un processus de médiation entre les parties. La médiation peut d'ailleurs aussi bien intervenir à titre préventif pour anticiper ou éviter des difficultés prévisibles ou de manière positive, pour aider à la mise en place d'un projet commun.

Les établissements et services sociaux et médico-sociaux ne disposent pas d'un cadre spécifique pour développer la médiation

A la différence des établissements de santé qui disposent d'un médiateur médecin et d'un médiateur non médecin au sein de la commission des usagers, le code de l'action sociale et des familles n'offre aucune procédure comparable pour traiter des plaintes et réclamations que peuvent exprimer les personnes prises en charge dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux. Certains établissements qui assurent un hébergement payé par le résident relèvent du code de la consommation pour le traitement des litiges touchant cette partie de la prise en charge, mais cette procédure ne permet pas de traiter tous les différends auxquels ils peuvent être confrontés et ne concerne pas tous les établissements.

Il est toujours possible à un établissement ou à un service social ou médico-social de recourir à un processus de médiation conventionnelle pour traiter aussi bien les différends internes aux établissements que ceux qui concernent les relations avec les usagers. Certaines procédures réglementaires obligent d'ailleurs les établissements ou services à rechercher d'abord en leur propre sein à traiter le différend avant de les saisir. Par ailleurs, dans le cours d'une procédure civile ou d'une procédure administrative, il est aussi possible à l'initiative du juge mais aussi à l'initiative des parties elles-mêmes de mettre en œuvre une médiation.

Le cadre législatif et réglementaire concernant la médiation s'est fortement enrichi au cours de ces dernières années

La médiation peut être mise en œuvre indépendamment de tout cadre législatif ou réglementaire. Ce cadre a pour autant évolué au cours de ces dernières années, aussi bien

au niveau européen que sur le plan national, et a donné à la médiation une plus grande visibilité et ainsi des garanties qui, aujourd'hui, la conforte.

La loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, laissait déjà au juge judiciaire la possibilité de proposer aux parties la désignation d'un médiateur. Cette loi est une des sources de la médiation judiciaire. 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, en établissant la norme fondamentale en droit de l'Union européenne, a impulsé dans notre pays un mouvement législatif et réglementaire. Cette directive a fait l'objet d'une transposition par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, qui a notamment modifié et enrichi la loi de 1995. Des textes réglementaires publiés en 2012² et en 2015³ ont complété cette transposition. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a instauré la médiation administrative et a mis en place une réglementation sur la médiation en ligne. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice et le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile ont encore apporté des éléments nouveaux dans la mise en œuvre de la médiation judiciaire.

Concernant les établissements et services sociaux et médico-sociaux, ils sont naturellement, comme toute personne morale ou personne physique, concernés par ces textes. Deux autres textes concernent plus particulièrement certains établissements et services, il s'agit d'une part de l'ordonnance n°2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation qui a instauré une médiation de la consommation pour les professionnels qui fournissent un service en contrepartie duquel le consommateur s'engage à payer le prix et d'autre part du décret du 28 août 2019 qui a institué un médiateur national et des médiateurs régionaux et interrégionaux pour les personnels des établissements publics de santé, sociaux et médico-sociaux.

II. LES PRINCIPES QUI RÉGISSENT LA MÉDIATION

1. Qu'est-ce que la médiation ?

C'est un « processus structuré reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, qui, volontairement, avec l'aide d'un tiers neutre, impartial, indépendant et sans pouvoir décisionnel ou consultatif, favorise par des entretiens confidentiels, l'établissement et/ou le rétablissement des liens, la prévention, le règlement des conflits ».

² Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends

³ 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 différends

Dans cette définition, extraite du code national de déontologie du médiateur⁴, et qui a aussi été introduite dans le code de procédure civile⁵ et dans le code de justice administrative⁶, chaque mot a son importance.

La médiation est un processus. Ce n'est pas une procédure. Il n'y a pas dans la médiation de mode opératoire défini. Il n'y a pas deux médiations qui soient identiques. Même si elle doit répondre à des principes, elle n'est pas codifiée. La médiation est d'abord de l'ordre de la relation humaine.

La médiation, c'est l'affaire des participants. Ce sont eux qui choisissent de venir en médiation. Elle ne peut pas leur être imposée. Dans le cadre d'une procédure contentieuse le juge doit recueillir l'accord des parties pour ordonner une médiation. Il peut, s'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, leur enjoindre de rencontrer un médiateur afin que celui-ci les informe sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation⁷, mais il ne peut leur imposer d'accepter la médiation. Lorsqu'elles sont rentrées dans une médiation, il est toujours possible aux parties d'y mettre fin à tout moment sans avoir à le justifier.⁸ Le médiateur lui-même pourra aussi y mettre fin ou demander au juge d'y mettre fin s'il s'agit d'une médiation judiciaire, s'il considère que les conditions de la médiation ne sont plus réunies.

Mais, c'est aussi l'affaire des participants, car c'est eux qui vont progressivement trouver la solution à leur conflit. Ils sont maîtres de leur affaire. Le médiateur est là pour accompagner leur démarche.

On associe parfois indifféremment les termes « conciliation » et « médiation » et même certains textes législatifs les mélangent. Il ne s'agit pas ici de rentrer dans une querelle sémantique d'autant qu'il s'agit dans les deux cas de trouver un accord sur le désaccord. La médiation et la conciliation diffèrent dans la méthode de travail pour parvenir à cet accord.⁹ Le conciliateur aide les parties à trouver un accord ponctuel sur un litige qui les oppose. Il intervient sur le fond du litige (en général, il s'agit d'un différend juridique, la conciliation émanant généralement d'un juge). Le conciliateur peut donner son opinion, suggérer aux parties des solutions qu'il estime appropriées. Le médiateur gère tous les aspects du conflit

⁴ Le code national de déontologie du médiateur a été rédigé par le Rassemblement des Organisations de la Médiation (R.O.M.) et présenté au Palais Bourbon le 5 février 2009. Il fait consensus entre tous les organismes de médiation.

⁵ Art. 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et art. 1530, CPC

⁶ Art. L. 213-1, CJA

⁷ Art. 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995

⁸ Art. 131-10, CPC

⁹ Martine Bourry D'Antin et Béatrice Gorchs-Gelzer, in Arts et techniques de la médiation, LexisNexis, 2^{ème} édition, p. 326.

(juridiques, économiques, relationnels, émotionnels). Il n'intervient pas sur le fond, ni ne donne son avis et laisse aux parties la responsabilité de le résoudre.

La médiation est soumise au principe de confidentialité.¹⁰ Cela concerne les parties qui s'engagent à respecter ce principe ainsi que le médiateur. Sauf accord contraire des parties, ce que constate le médiateur, ce qui se dit dans la médiation ne peut être utilisé en dehors, y compris dans le cadre d'une instance judiciaire¹¹ ou arbitrale. Toutefois l'obligation de confidentialité peut être levée dans deux cas :

- *« 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 ;*
- *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. »*

2. Les règles garantes de la qualité du médiateur

L'activité de médiateur n'est pas une activité réglementée. A l'exception du médiateur de la consommation, sur lequel nous reviendrons, et qui doit être inscrit sur une liste nationale et des médiateurs régionaux et interrégionaux qui interviennent pour les personnels des établissements publics de santé, sociaux et médico-sociaux, et qui sont nommés par arrêté des ministres, les médiateurs ne sont soumis qu'au respect de conditions définies dans les textes législatifs (code de procédure civile et code de justice administrative) régissant les différentes formes de médiation ainsi que dans le code national de déontologie du médiateur.

Le médiateur peut être une personne physique ou une personne morale. Lorsque le médiateur est une personne morale, il désigne, avec l'accord des parties, la personne physique qui assurera la mission de médiation.¹² Le choix du médiateur par les parties doit être consensuel.

Le médiateur est neutre, impartial et indépendant.

La neutralité du médiateur signifie qu'il n'a pas de préjugé sur la solution que les médiés trouveront à leur différend. Il ne fait pas prévaloir sa solution, son projet. Cette attitude n'est pas toujours simple à mettre en pratique et nécessite que le médiateur ait opéré un travail sur lui-même. Cette neutralité, qui reste un principe déontologique et qui n'est pas inscrit dans la

¹⁰ Art. 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions civile, pénale et administrative ; art. 1531, CPC et art. L. 213-3, CJA

¹¹ Art. 131-14, CPC

¹² Art. 1532, CPC et art. R. 213-2, CJA.

loi, n'est pas respecté en médiation de la consommation puisque « *à défaut d'accord amiable* » entre les parties, le médiateur de la consommation « *leur propose une solution pour régler le litige* ». ¹³

Le médiateur est impartial. Il n'a aucun parti pris en faveur de l'un ou l'autre des médiés. Il ne privilégie aucune des parties. Il les traite de manière égalitaire et objective. Ce principe rejoint le principe d'indépendance.

Le médiateur ne dépend d'aucune des parties en présence. Il doit être détaché de toute pression qui pourrait s'exercer sur lui au sein même de la médiation ou à l'extérieur. Le code de déontologie précise que ce principe vaut, y compris, lorsque le médiateur est dans une relation de subordination ou institutionnelle. Or, certains dispositifs de médiation prévoient que le médiateur est nommé par le représentant légal de la structure qui peut être partie à la médiation. ¹⁴ Cette situation peut fragiliser la confiance que chaque médié doit avoir dans la démarche de médiation. Il appartient au médiateur qui a des liens passés ou présents avec l'une des parties d'en faire état avant le début de la médiation et de vérifier auprès des parties que cette situation ne fait pas obstacle à ce qu'il soit désigné comme médiateur.

Le médiateur accomplit sa mission « avec diligence ». Il n'a pas d'obligation de résultat. Il est par contre « *tenu à une véritable obligation de moyens pour mener à bien le processus de médiation* ». ¹⁵

Il accomplit aussi sa mission « avec compétence ». ¹⁶ Les textes ne définissent pas de manière précise quels sont les critères de compétence du médiateur. Le code de procédure civile ¹⁷ comme le code de justice administrative ¹⁸ formulent l'un et l'autre exactement la même exigence : le médiateur doit « *posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation* ».

Le code de procédure civile ¹⁹ précise que le médiateur ne doit pas « *avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnée sur le bulletin n°3 du casier judiciaire* » ni « *n'avoir été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes*

¹³ Art. R. 612-3, C. Conso.

¹⁴ C'est par exemple le cas des établissements de santé où le médiateur médecin et le médiateur non médecin sont désignés par le représentant légal de l'établissement (art. R. 1112-82, CSP)

¹⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale

¹⁶ Art. 21-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995

¹⁷ Art. 1533, CPC

¹⁸ Art. R. 213-3, CJA

¹⁹ Art. L. 131-5, 1° et 2°, CPC

mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation. ». Si le code de justice administrative ne précise pas les mêmes règles, elles sont reprises dans la Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs établie par le Conseil d'Etat qui indique que « *Le médiateur présente des garanties de probité et d'honorabilité* ».

III. LES DIFFÉRENTES FORMES DE MÉDIATION

La médiation peut être mise en œuvre à l'initiative des parties (1) ou à l'initiative du juge dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative (2).

1. La médiation à l'initiative des parties

Les parties à un différend de nature civile comme de nature administrative peuvent prendre l'initiative de recourir à une médiation pour tenter de trouver un accord à leur différend. Cette démarche pourra être motivée par leur désir de maîtriser la recherche de la solution à ce différend et éviter de s'engager dans une procédure contentieuse dont l'issue sera incertaine ou, tout simplement, par le désir de retrouver des relations apaisées, notamment lorsqu'il s'agit de litiges entre des personnes physiques. Pour un établissement ou un service social ou médico-social, cela peut aussi bien concerner un litige avec une personne prise en charge ou ses proches que les relations entre les professionnels au sein de l'établissement.

Les établissements et services ont tout intérêt à proposer cette démarche volontaire mais structurée dès qu'apparaît une situation qui ne pourra trouver sa solution sans l'aide d'un tiers extérieur au différend. En effet, les dispositifs existants pour ces établissements, soit ne couvrent pas l'ensemble des services fournis par l'établissement (médiation de la consommation), soit nécessitent, avant qu'il y soit fait appel, d'avoir fait l'objet d'une recherche de règlement du différend en interne. D'où la nécessité pour les établissements et services de disposer eux-mêmes d'une capacité de proposer une médiation pour traiter ces litiges.

De plus, en matière civile²⁰, les litiges inférieurs à 5 000 euros ainsi que les litiges de voisinage, font obligation avant de saisir un tribunal, à peine d'irrecevabilité, que soit mis en œuvre une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice ou une tentative de médiation.

La médiation conventionnelle peut être mise en œuvre aussi bien pour traiter des litiges de la vie courante d'un établissement qu'une situation précontentieuse ou contentieuse : en amont d'un éventuel procès, ou parallèlement à une procédure déjà engagée.

²⁰ Art. 4 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice et art. 750-1, CPC

L'article 1528 du code de procédure civile indique que « *Les parties à un différend peuvent, à leur initiative, ..., tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats.* ». Le code de justice administrative prévoit²¹ que « *Les parties peuvent, en dehors de toute procédure juridictionnelle, organiser une mission de médiation et désigner la ou les personnes qui en sont chargées* ».

Les délais de recours contentieux ou pour conclure et former appel incident²² sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenue d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation. Les délais de prescription recommencent à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois à partir de la date à laquelle, soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur déclarent que la médiation est terminée.²³

Lorsque, dans le cadre d'un recours administratif, le délai de recours contentieux a été interrompu par l'organisation d'une médiation, l'exercice d'un recours gracieux ou hiérarchique ne l'interrompt pas de nouveau, sauf s'il constitue un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours gracieux.²⁴

Si la médiation décidée librement entre des parties n'appelle pas de règles particulières sinon la prise en compte des principes déontologiques que nous avons évoqués précédemment, la médiation conventionnelle en matière civile dispose toutefois d'un cadre légal régi par les articles 1532 à 1535 du code de procédure civile et en matière administrative, la médiation à l'initiative des parties est régie par les articles L. 213-5 et L. 213-6 du code de justice administrative.

Les parties choisissent d'un commun accord le médiateur. A la différence du code de procédure civile, le code de justice administrative prévoit qu'en dehors de toute procédure juridictionnelle, les parties peuvent également « *demander au président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel territorialement compétent d'organiser une mission de médiation et de désigner la ou les personnes qui en seront chargées, ou lui demander de désigner la ou les personnes qui sont chargées d'une mission de médiation qu'elles ont-elles-mêmes organisée.* »²⁵

²¹ Art. L. 213-5, CJA

²² Art. 910-2, CPC

²³ Art. 2238, CPC et art. L. 213-6, CJA

²⁴ Art. R. 213-4, CJA

²⁵ Art. L. 213-5, CJA

Avant de commencer la médiation, le médiateur fera signer aux parties une convention de médiation qui définira les modalités de son déroulement, notamment, sa durée, la rémunération du médiateur, l'engagement de confidentialité...

Si nécessaire et si les parties le souhaitent l'accord auquel elles sont parvenues peut être soumis à l'homologation²⁶ du juge compétent afin qu'il lui donne force exécutoire.²⁷ Le code de procédure civile précise que l'accord « *est présenté au juge par requête de l'ensemble des parties à la médiation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres.* ».²⁸

Si les médiés ont toute latitude pour parvenir à un accord, celui-ci « *ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition* ».²⁹

2. La médiation à l'initiative du juge dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative

En matière civile³⁰ en première instance ou en appel, ainsi qu'en matière administrative³¹, le juge ou le président de la formation de jugement d'un tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, ordonner une médiation et désigner un médiateur dont la mission sera de permettre aux parties de trouver une solution au conflit qui les oppose. Cette possibilité est aussi envisageable au Conseil d'Etat saisi d'un litige en premier ou en dernier ressort.³²

Cette démarche peut intervenir à tout moment de la procédure, y compris en référé.³³

Le juge ne peut donc pas contraindre les parties à entrer en médiation. Il doit avoir recueilli leur accord. Le juge judiciaire peut, par contre, s'il estime qu'une résolution amiable du différend est possible, y compris en référé, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne afin qu'il les informe sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation.³⁴

Il peut aussi déclarer irrecevable une saisine pour une demande qui tendrait au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou relative à un conflit de voisinage et qui n'aurait pas été précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de

²⁶ Art. L. 131-12, CPC

²⁷ Art. 21-5 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et art. L. 213-4 et art. 1565, CPC

²⁸ Art. 1534, CPC. L'article L. 1535 du code de procédure civile prévoit qu'un accord rendu exécutoire par une juridiction ou une autorité d'un autre Etat membre de l'Union Européenne dans les conditions prévues par les dispositions de l'article 6 de la directive 2008/52/CE, est reconnu et déclaré exécutoire en France.

²⁹ Art. L. 21-4 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et art. L. 213-3, CJA

³⁰ Art. L. 131-1, 1^{er} al., CPC

³¹ Art. L. 213-7, CJA

³² Art. L. 114-1, CJA

³³ Art. 22 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ; art. L. 131-1, 2^{ème} al. CPC ; art. R. 213-5, CJA

³⁴ Art. 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

justice ou d'une tentative de médiation, ou d'une procédure participative³⁵. Dans ce cas, à peine de nullité, l'assignation ou la requête doit mentionner les diligences qui ont été entreprises en vue de la résolution amiable du litige ou la justification de la dispense d'une telle tentative.³⁶

Par ailleurs, concernant les litiges statutaires de la fonction publique, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle a introduit l'expérimentation, pour une durée de quatre ans³⁷, d'une procédure de médiation préalable obligatoire sous peine d'irrecevabilité. Cette expérimentation concerne notamment les agents de la fonction publique territoriale employés dans les collectivités territoriales et les établissements publics locaux situés dans un nombre limité de départements³⁸ et qui ont conclu avant le 1^{er} septembre 2018, avec le centre de gestion de la fonction publique territoriale dont ils relèvent, une convention lui confiant la mission de médiation préalable obligatoire. Les médiateurs désignés pour assurer cette médiation obligatoire sont des médiateurs « fléchés ». Concernant les agents de la fonction publique territoriale, le médiateur est désigné au sein du centre de gestion concerné. Lorsque le tribunal administratif est saisi d'une requête dirigée contre une décision entrant dans le champ de compétence défini dans ce décret, qui n'a pas été précédée d'un recours préalable à la médiation, son président ou le magistrat qu'il délègue rejette cette requête par ordonnance et transmet le dossier au médiateur compétent.

Ce même décret a aussi, toujours à titre expérimental, rendu obligatoire une médiation, avant d'engager les recours contentieux dans le cadre de litiges concernant des aides sociales (RSA, APL, aides exceptionnelles de fin d'année) ou de l'emploi (ASS, radiation de la liste des demandeurs d'emploi).³⁹

Dans le cadre de procédures contentieuses, la médiation peut porter sur tout ou partie du litige.⁴⁰ Elle ne dessaisit pas le juge qui peut prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaires.⁴¹

Dans la décision qui ordonne la médiation, le juge judiciaire⁴² ou le juge administratif⁴³ mentionne l'accord des parties, il désigne le médiateur et la durée initiale de sa mission. Il fixe

³⁵ Art. 4 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de la réforme pour la justice

³⁶ Art. 54, CPC

³⁷ Le décret n° 2020-1303 du 27 octobre 2020 a reporté la date de fin de cette expérimentation au 31 décembre 2021.

³⁸ La liste des départements concernés a été publiée par arrêté du 2 mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique territoriale

³⁹ Arrêté du 6 mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges sociaux.

⁴⁰ Art. L. 131-2, 1^{er} al. CPC et art. R. 213-1, CJA

⁴¹ Art. L. 131-2, 2^{ème} al. et art. R. 213-8, CJA

⁴² Art. 131-6, CPC

⁴³ Art. L. 213-8, R. 213-6 et R. 213-7, CJA

le montant de la rémunération du médiateur ainsi que la provision à valoir sur cette rémunération et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti. A défaut de consignation, la décision de médiation est caduque et l'instance est poursuivie.

Si, en matière administrative⁴⁴, le juge qui ordonne une médiation peut en fixer librement la durée, en matière civile⁴⁵, elle ne peut excéder trois mois. Le juge peut toutefois la renouveler une fois pour une même durée à la demande du médiateur. Il peut aussi y mettre fin, à tout moment sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur. Il peut aussi y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la médiation paraît compromis.⁴⁶

Les frais de la médiation 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. Ces frais peuvent faire l'objet d'une aide juridictionnelle accordée à l'une des parties.⁴⁷ En matière administrative, lorsque la médiation constitue un préalable obligatoire au recours contentieux (voir supra) en application d'une disposition législative ou réglementaire, la médiation est gratuite pour les parties⁴⁸.

Les décisions ordonnant une médiation ne sont pas susceptibles de recours.⁴⁹

Le médiateur tient le juge informé des difficultés éventuelles qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission.⁵⁰ Il peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre des tiers qui y consentent. Il ne dispose pas de pouvoir d'instruction.⁵¹

A la fin de sa mission, le médiateur informe par écrit le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose.⁵²

Chaque cour d'appel dispose d'une liste de médiateurs⁵³ pour l'information des juges et du public. L'inscription sur une liste n'est pas toutefois une condition nécessaire pour être désigné médiateur par une juridiction.

⁴⁴ Art. R. 213-6, CJA

⁴⁵ Art. 131-3, CPC

⁴⁶ Art. 22-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ; art. 131-10, CPC et art. R.213-9, CJA

⁴⁷ Art. 22-22 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et art. L. 213-8, CJA

⁴⁸ Art. L. 213-5, CJA

⁴⁹ Art. 131-15, CPC et art. L. 213-10, CJA

⁵⁰ Art. 131-9, CPC et R. 213-9, CJA

⁵¹ Art. 131-8, CPC

⁵² Art. 131-11, CPC et art. L. 213-9, CJA

⁵³ Art. 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel

IV. DES DISPOSITIFS PARTICULIERS POUR CERTAINS ÉTABLISSEMENTS ET SERVICES SOCIAUX ET MÉDICO-SOCIAUX

La médiation peut permettre de traiter les plaintes et réclamations que peuvent exprimer les personnes prises en charge ou leurs proches vis-à-vis des établissements ou services (1) ainsi que les conflits entre professionnels au sein des établissements ou services (2).

1. Le traitement des plaintes et réclamations des personnes prises en charge

Ainsi que nous l'avons évoqué dans notre introduction, les établissements et services sociaux et médico-sociaux ne disposent pas de procédure de médiation qui leur soit spécifique contrairement aux établissements de santé qui disposent, au sein de la commission des usagers⁵⁴ d'un médiateur médecin et d'un médiateur non médecin pour traiter des plaintes et des réclamations que peuvent exprimer les patients.

Le code de l'action sociale et des familles a prévu la possibilité d'avoir recours à une personne qualifiée pour faire valoir les droits des personnes prises en charge.⁵⁵ Cette personne a pour mission d'identifier les manquements éventuels aux droits des personnes et de transmettre ces manquements aux autorités de contrôle de l'établissement et, en tant que de besoin, à l'autorité judiciaire, mais il ne s'agit en rien d'une démarche de médiation.

Le code de la consommation⁵⁶ a introduit, depuis le 1^{er} janvier 2016⁵⁷, une obligation pour toute professionnel de permettre au consommateur de disposer d'un recours à une médiation de la consommation. Cette disposition concerne certains établissements sociaux et médico-sociaux, mais ne porte que sur une partie de la prise en charge.

Quels sont les établissements concernés par la médiation de la consommation ?

L'article liminaire du code de la consommation définit le professionnel comme étant « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale* ». Les contrats de prestations de services concernés par la médiation de la consommation sont les contrats « *ayant pour objet la fourniture d'un service par le professionnel en en contrepartie duquel le consommateur s'engage à payer le prix* ». ⁵⁸

Ainsi, les établissements sociaux et médico-sociaux, quel que soit leur statut juridique, qui assurent un hébergement des personnes qu'elles prennent en charge en contrepartie duquel celles-ci sont appelées à payer un tarif sont concernés par ce dispositif.

⁵⁴ Art. L. 1112-3 et art. R. 1112-79 et suiv., CSP

⁵⁵ Art. R. 311-1, CASF

⁵⁶ Livre VI, titre premier, chapitre premier du code de la consommation

⁵⁷ Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation

⁵⁸ Art. L. 611-1, 4°

Il s'agit des EHPAD, des petites unités de vie qui font l'objet de la fixation de tarifs journaliers⁵⁹ à la charge du résident, directement ou par le biais de l'aide sociale ainsi que des résidences autonomie. Il s'agit des établissements de rééducation professionnelle fonctionnant en internat, des foyers logements ou tout autre établissement d'hébergement qui accueillent des personnes handicapées adultes qui s'acquittent d'une contribution qu'ils versent à l'établissement ou qu'ils donnent pouvoir à celui-ci d'encaisser.⁶⁰

Sont par ailleurs concernés les services à la personne intervenant à domicile dont les SAAD.

Quelles sont les obligations des établissements et services concernés ?

Ces établissements et services doivent, soit mettre en place leur propre dispositif de médiation de la consommation, soit adhérer à l'offre proposée par leur fédération ou leur syndicat professionnel qui a signé une convention avec une association ou une société de médiateurs.⁶¹

Les établissements ou services doivent communiquer aux personnes prises en charge, ou à leurs représentants, les coordonnées du ou des médiateurs compétents dont relève l'établissement ou le service.⁶² Dès lors qu'un litige n'a pas pu être réglé dans le cadre d'une réclamation préalable directement introduite auprès de leurs services, ils sont également tenus de fournir cette même information aux résidents ou à leurs proches.

Si l'établissement ou le service dispose d'un site internet, le nom et les coordonnées, dont le site internet du ou des médiateurs de la consommation dont ils relèvent, doivent y être inscrits de manière visible et lisible. Il en est de même sur tout document présentant les prestations rendues par l'établissement ou le service.⁶³ C'est notamment le cas du livret d'accueil prévu à l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles. Lors de l'entretien qui a lieu au moment de la signature du contrat de séjour, la personne prise en charge ou son représentant doit être informée de la possibilité de recourir, en cas de litige, à une procédure de médiation de la consommation.

Les manquements à ces obligations d'information sont passibles d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale.⁶⁴

⁵⁹ Art. L. 314-2, 3° du I, CASF

⁶⁰ Art. R. 344-29, CASF.

⁶¹ C'est ainsi, à titre d'exemple, que la FEHAP, l'ADMR, la FEDESAP ont signé une convention cadre avec l'Association nationale des médiateurs (ANM Conso). La FHF, le SYNERPA, la FESP, ont signé une convention avec l'Association des médiateurs européens (AME Conso).

⁶² Art. L.616-1 et R.616-1, C. Conso.

⁶³ Art. R. 616-1, C. Conso

⁶⁴ Art. L. 641-1, C. Conso.

Quelles sont les caractéristiques des médiateurs de la consommation ?

A la différence des médiateurs qui interviennent habituellement en médiation conventionnelle ou en médiation judiciaire, les médiateurs de la consommation font l'objet d'un cadre strictement défini par la loi et le règlement.

Un médiateur de la consommation peut être une personne physique ou une personne morale. Quel que soit le choix fait par l'établissement ou le service, (dispositif propre de médiation de la consommation ou adhésion à un organisme de médiation) la désignation d'un médiateur de la consommation doit répondre à diverses exigences.⁶⁵

Lorsque le médiateur de la consommation est employé ou rémunéré exclusivement par le professionnel, il est désigné selon une procédure transparente, par un organe collégial mis en place dans l'entreprise.⁶⁶ A l'issue de son mandat, il a interdiction de travailler pendant au moins trois ans pour le professionnel qui l'a employé ou pour la fédération à laquelle le professionnel est affilié. Il ne doit y avoir aucun lien hiérarchique ou fonctionnel entre le professionnel (établissement ou service) et le médiateur pendant l'exercice de sa mission. Le médiateur est clairement séparé des organes opérationnels du professionnel et dispose d'un budget distinct et suffisant pour l'exécution de sa mission.

Tout médiateur de la consommation doit disposer d'un site internet consacré à la médiation.⁶⁷ Ce site doit comprendre diverses informations relatives au processus de médiation ainsi qu'un lien électronique vers la plate-forme européenne de résolution des litiges.⁶⁸ Il comprend aussi diverses informations sur son activité.⁶⁹ Il doit permettre aux consommateurs de déposer en ligne une demande de médiation accompagnée des documents justificatifs. Ceci étant, les parties doivent toujours avoir la possibilité d'utiliser la voie postale.⁷⁰

Le médiateur de la consommation⁷¹ doit posséder des aptitudes dans le domaine de la médiation ainsi que de bonnes connaissances juridiques, notamment dans le domaine de la consommation. Il est inscrit sur la liste des médiateurs qui est notifiée par chaque Etat membre à la Commission européenne. Il est pour cela référencé par la Commission d'Evaluation et de Contrôle de la Médiation de la Consommation (CECMC)⁷² en tant que médiateur de la

⁶⁵ Art. L. 613-2, C. Conso

⁶⁶ La composition de cet organe collégial est précisée à l'article D. 613-2, C. Conso

⁶⁷ Art. L. 614-1, C. Conso

⁶⁸ Art. L. 614-2, C. Conso

⁶⁹ Art. R. 614-1, C. Conso

⁷⁰ Art. L. 614-3, C. Conso

⁷¹ Art. L. 613-1, C. Conso

⁷² La composition et les missions de la CECMC sont précisées aux articles R. 615-1 et suivants, C. Conso

consommation.⁷³ Outre l'établissement de la liste des médiateurs, cette commission a pour mission d'évaluer l'activité des médiateurs et d'en contrôler la régularité.⁷⁴

Le médiateur de la consommation établit chaque année un rapport d'activité qu'il met à la disposition du public.⁷⁵

Le médiateur de la consommation est nommé pour une durée minimale de trois années. Il ne peut être en situation de conflit d'intérêts et le cas échéant, il doit le signaler.⁷⁶

Comment se déroule une médiation de la consommation ?

La médiation de la consommation est un droit du consommateur en vue de la résolution amiable du différend qui l'oppose à un professionnel. Le professionnel garantit l'exercice de ce droit, mais il ne peut saisir le médiateur de la consommation. C'est une prérogative du résident et non de l'établissement ou du service.

La médiation des litiges de la consommation doit être aisément accessible à toutes les parties (consommateur comme professionnel) que ce soit par voie électronique ou par courrier. Ce sont les établissements et services qui supportent l'intégralité des frais nécessités par la médiation de la consommation, à l'exception des frais d'avocat et d'expert que la personne prise en charge ou son représentant aurait choisi de solliciter pour l'accompagner dans la procédure.⁷⁷

Pour que le litige soit examiné par le médiateur de la consommation⁷⁸, le résident doit justifier avoir tenté, au préalable, de le résoudre directement auprès de l'établissement ou du service par une réclamation écrite selon les modalités qui ont été prévues, le cas échéant, dans le contrat de séjour ou de prestation de service. La demande auprès du médiateur ne doit pas avoir été introduite dans un délai supérieur à un an à compter de sa réclamation auprès de l'établissement. La demande ne doit pas être manifestement infondée ou abusive. Elle ne peut avoir été précédemment examinée ou être en cours d'examen par un autre médiateur ou par un tribunal. La demande doit rentrer dans le champ de compétence du médiateur. Dans l'hypothèse où le litige ne peut être examiné par le médiateur qui a été sollicité, celui-ci doit le faire savoir au consommateur dans un délai de trois semaines à compter de la réception du dossier.

⁷³ La liste des médiateurs de la consommation référencés par le CECMC est consultable sur le site internet du ministère de l'économie à l'adresse : <https://www.economie.gouv.fr/meditaion-conso>

⁷⁴ Art. L. 615-1 et R. 614-4, C. Conso.

⁷⁵ Art. R. 614-2, C. Conso

⁷⁶ Art. L. 613-2, C. Conso

⁷⁷ Art. R. 612-1, C. Conso

⁷⁸ Art. L. 612-2, C. Conso

Les principes auxquels doit se référer le médiateur de la consommation sont identiques à ceux qui sont retenues pour toute médiation. « *Le médiateur de la consommation accomplit sa mission avec diligence et compétence, en toute indépendance et impartialité, dans le cadre d'une procédure transparente, efficace et équitable.* »⁷⁹ Il informe les parties sans délai de la survenance de toute circonstance qui affecterait ces principes.⁸⁰ La médiation de la consommation est aussi soumise à l'obligation de confidentialité.⁸¹

Le médiateur peut recevoir les parties ensemble ou séparément. A défaut d'accord amiable entre elles, à la différence d'une médiation conventionnelle « classique » ou d'une médiation judiciaire, il leur propose une solution pour régler le litige.⁸²

En faisant connaître aux parties la solution qu'il propose, il leur rappelle qu'elles sont libres d'accepter ou de refuser cette proposition, que la participation à la médiation de la consommation n'exclut pas la possibilité d'un recours devant une juridiction et que la solution qu'il propose peut être différente de la décision qui serait rendue par un juge. Il leur précise également quels sont les effets juridiques de l'acceptation de la proposition de solution et leur fixe un délai d'acceptation ou de refus de la solution.⁸³

L'issue de la médiation intervient, au plus tard, dans un délai de quatre-vingt-dix jours à compter de la date de notification de sa saisine par le médiateur.⁸⁴

Les limites de la médiation de la consommation

La médiation de la consommation ne permet pas d'aborder tous les litiges auxquels peuvent être confrontés les établissements. En effet, ne sont pas considérés comme des litiges de la consommation, les litiges concernant « *les services de santé fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé, y compris la prescription, l'administration et la fourniture de médicaments et de dispositifs médicaux* ». ⁸⁵

Lorsque, dans un EHPAD ou un établissement accueillant des adultes handicapés, le litige concerne exclusivement l'hébergement mis en œuvre, la médiation de la consommation peut répondre au besoin, mais lorsque les griefs exprimés par le résident et/ou ses proches vis-à-vis de l'établissement portent sur l'ensemble de la prise en charge et concernent aussi bien

⁷⁹ Art. L. 613-1, C. Conso

⁸⁰ Art. R. 613-1, C. Conso

⁸¹ Art. L. 612-3, C. Conso

⁸² Art. R. 612-3, C. Conso

⁸³ Art. R. 612-4, C. Conso

⁸⁴ Art. R. 612-5, C. Conso

⁸⁵ Article L. 611-4, C. Conso. Ne sont pas non plus considérés comme des litiges de consommation, les services d'intérêt général non économiques.

les conditions d'hébergement que des prestations sanitaires réalisées par, ou dans, l'établissement, la médiation de la consommation n'est pas adaptée.

De plus, les établissements dont l'hébergement n'est pas financé par le consommateur ne sont pas concernés par la médiation de la consommation. Rien ne leur fait obstacle d'avoir recours à des médiateurs, formés et répondant aux principes généraux que les différents textes relatifs à la médiation ont affirmé et notamment les principes déontologiques qui les régissent, pour mettre en œuvre des médiations conventionnelles afin de traiter les différends qu'ils peuvent rencontrer avec les personnes qu'ils prennent en charge ou leurs proches. Il en est de même pour les établissements concernés par la médiation de la consommation lorsqu'ils sont confrontés à des différends qui dépassent le seul cadre de l'hébergement.

2. Le traitement des différends concernant les personnels des établissements

Dans les établissements publics

Un décret d'août 2019⁸⁶ a mis en place un dispositif spécifique de médiation pour les personnels établissements publics de santé, sociaux et médico-sociaux afin de traiter les différends qui peuvent exister entre les professionnels, soit que le différend oppose un agent à sa hiérarchie, soit qu'il oppose des personnels entre eux dans le cadre de leurs relations professionnelles. Une charte de la médiation⁸⁷ accompagne ce décret et affirme notamment les règles garantes de la qualité de médiateur identiques à celles que nous avons décrites précédemment.

Ce dispositif concerne les personnels qui sont employés par le même établissement ou qui sont au sein d'une direction commune ou d'un même groupement de coopération sanitaire, et dont le différend porte une atteinte grave au fonctionnement du service.

Il ne concerne pas les conflits sociaux ni les différends relevant des instances représentatives du personnel ou faisant l'objet d'une saisine du Défenseur des droits ou d'une procédure disciplinaire ainsi que les différends relatifs à des décisions prises après avis d'un comité médical ou d'une commission de réforme.

Les différends concernés par le dispositif peuvent faire l'objet d'une saisine d'un médiateur régional ou interrégional lorsqu'ils n'ont pas pu être résolus dans le cadre d'un dispositif local de conciliation ou de médiation. Il est donc nécessaire que les établissements sociaux et

⁸⁶ Décret n° 2019-897 du 28 août 2019 instituant un médiateur national et des médiateurs régionaux ou interrégionaux pour les personnels des établissements publics de santé, sociaux et médico-sociaux

⁸⁷ Arrêté du 30 août 2019 portant approbation de la charte de la médiation pour les personnels des établissements publics de santé, sociaux et médico-sociaux

médico-sociaux disposent d'un tel dispositif local pour traiter les différends auxquels peuvent être confrontés leurs personnels

Les médiateurs régionaux et interrégionaux sont nommés par arrêté des ministres concernés pour une durée maximale de trois ans renouvelable une fois. Ils disposent auprès d'eux d'une instance régionale ou interrégionale qu'ils président. Cette instance est composée de dix membres comprenant un nombre égal de femmes et d'hommes.

Les médiateurs régionaux ou interrégionaux sont saisis par voie électronique.⁸⁸ Concernant les personnels des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, ils sont saisis soit par l'une des parties concernées, soit par le directeur d'établissement.

Le médiateur régional ou interrégional accuse immédiatement réception de cette saisine et en informe le directeur de l'établissement. Il instruit la demande et organise son examen par l'instance régionale ou interrégionale avant de décider d'engager la médiation.

Deux membres de l'instance sont désignés par le médiateur pour rencontrer les parties concernées et réunir les informations utiles à la médiation, notamment les conclusions de la démarche qui avait été initiée localement.

Si le différend remplit les critères de recevabilité, le médiateur recueille l'accord des parties pour engager la médiation et accéder au dossier individuel des intéressés. La médiation sera alors conduite par un ou deux membres de l'instance. Il est possible à l'une ou l'autre des parties au différend de récuser le ou les membres de l'instance désignés. Cette faculté est ouverte une fois.

Lorsque la saisine du médiateur régional ou interrégional n'a pas abouti, celui-ci peut saisir le médiateur national qui peut aussi être saisi par les ministres concernés ou par le directeur général du Centre national de gestion. Le médiateur national est nommé par les ministres concernés et placé auprès d'eux. Il dispose auprès de lui d'une instance nationale de médiation composée de dix membres. La procédure d'intervention du médiateur national et de l'instance nationale est identique à la procédure régionale ou interrégionale.

Dans les établissements privés

Dans le code du travail la médiation est ancienne et intervient dans la procédure de règlement des conflits collectifs.⁸⁹ Mais le code du travail évoque peu la médiation sinon dans le domaine du harcèlement moral où la médiation peut être demandée par la personne s'estimant victime

⁸⁸ Les secrétariats des instances régionales ou interrégionales sont assurés par les agences régionales de santé

⁸⁹ Art. L. 2523-1, C. Trav.

ou par la personne mise en cause.⁹⁰ Le recours à un médiateur extérieur à l'établissement peut être utile dans ce cas, comme dans toute situation qui s'avèrerait le nécessiter.

D'une manière générale, les différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail peuvent faire l'objet d'une recherche de résolution amiable des différends selon les dispositions prévues au livre V du code de procédure civile⁹¹ c'est-à-dire les dispositions relatives à la médiation conventionnelle.

Le bureau de conciliation et d'orientation du conseil des prudhommes peut homologuer l'accord issu d'une médiation. Il peut aussi, à n'importe quel stade d'une procédure après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur « *afin de les entendre et de confronter leurs points de vue pour permettre de trouver une solution au litige qui les oppose* ». ⁹²

Dans des établissements et services sociaux et médico-sociaux les situations de tension sont inhérentes à la nature même de l'activité, à sa sensibilité et à sa complexité. Le recours à des processus de médiation s'impose donc aussi bien pour traiter des litiges avec les personnes prises en charge ou leurs proches que pour traiter les relations entre les professionnels.

Le développement de la médiation représente une formidable opportunité pour faire vivre le dialogue et fluidifier les relations nécessaires à la qualité du service rendu. A condition toutefois, que dans les établissements et services soumis à des obligations, les processus ne se limitent pas au simple respect d'une contrainte réglementaire et que dans tous les établissements et services sociaux et médico-sociaux, quel que soit leur statut et leur champ d'intervention, une telle démarche soit pleinement mise en œuvre.

⁹⁰ Art. L. 1152-6, C. Trav.

⁹¹ Art. R. 1471-1, C. Trav.

⁹² Art. R. 1471-2, C. Trav.