

MARL et droit de la consommation : nouveaux enjeux

le 1 décembre 2023

AFFAIRES | CIVIL

La sixième rencontre de la Chaire Droit de la consommation (CY Cergy Paris Université) consacré aux modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) en droit de la consommation s'est tenue le 20 novembre 2023 sous la direction scientifique des Professeures Carole Aubert de Vincelles (CY Cergy Paris Université) et Natacha Sauphanor-Brouillaud (Nanterre Université) dans le contexte d'une double actualité en la matière. Nationalement, avec la réintroduction de l'obligation de recourir avant saisine du juge à une voie amiable pour les litiges inférieurs à 5 000 € ; mais encore avec l'introduction de deux nouvelles procédures par le décret du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire : l'audience de règlement amiable dite « ARA », et la césure du procès ; toutes deux entrées en vigueur le 1^{er} novembre dernier. À l'échelle européenne, la Commission européenne a également publié le 17 octobre 2023 quatre documents dans le cadre de son « package enforcement » : un rapport sur l'application de la directive de 2013 sur le règlement extrajudiciaire des litiges, une proposition de modification de ladite directive, une proposition d'abrogation du règlement sur les plateformes de règlement en ligne dites « ODR » (*Online Dispute Resolution*), et enfin une recommandation sur les places de marché en ligne.

La rencontre réunissait pour discuter de ces enjeux de l'amiable en droit de la consommation : Valérie Alvarez, Médiatrice des communications électroniques ; Soraya Amrani-Mekhi, professeure à l'École de droit de Sciences Po et Ambassadrice de l'amiable ; Marie-Paule Benassi, cheffe d'unité Protection des consommateurs et recours à la Commission européenne (DG Justice) ; Alexandre Biard, juriste au Bureau européen des consommateurs (BEUC) ; Clément Bergère-Mestrinaro, magistrat, président du tribunal judiciaire de Sens et co-président de l'Association des magistrats français de justice civile (AMFJC) ; Marielle Cohen-Branche, Médiateur de l'Autorité des marchés financiers ; Jean-Christophe Marchal, chef du bureau 1.D « Mouvement consommériste et médiation de la consommation » et Éric Maurus, sous-directeur à la DGCCRF pour la Communication, la programmation, l'analyse économique et les relations avec le mouvement consommériste.

[Les récentes évolutions de l'amiable en droit français et leur application aux litiges de consommation](#)

« L'amiable doit être le principe et le judiciaire l'exception », tel était le credo affirmé par le garde des Sceaux le 5 janvier 2023 lors de la présentation à la presse de son plan d'action pour l'amiable issu des États généraux de la Justice.

Avant-même la réforme de 2023, le consommateur avait déjà vocation à bénéficier de modes amiables extrajudiciaires de règlement de ses litiges, notamment à l'aune de l'article 750-1 du code de procédure civile – rétabli – qui impose désormais une tentative amiable obligatoire devant le tribunal judiciaire pour les demandes en paiement de moins de 5 000 €, les conflits de voisinage et les troubles anormaux de voisinage. Dans cette hypothèse, le justiciable se voit offrir trois alternatives : la conciliation, la médiation, et la procédure participative. Originellement, la disposition prévoyait une dispense de l'obligation de prouver la tentative de recourir au processus en cas d'indisponibilité du conciliateur.

Cette dispense avait été annulée par le Conseil d'État par un arrêt du 22 septembre 2022 au motif de son imprécision. Le texte a subséquentement été corrigé, rétabli par décret du 11 mai 2023, et est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2023. La « médiation de la consommation », singularisée et obligatoire depuis 2016, est ainsi comprise dans la tentative de médiation préalable de l'article 750-1 du code de procédure civile.

La pratique de la médiation de la consommation

Valérie Alvarez témoigna tout d'abord de son expérience de médiatrice des communications électroniques. Celle-ci rend gratuitement des propositions de solutions dans ce champ, que les parties sont libres d'accepter ou non. Il existe une hypothèse rare dite de « médiation simplifiée », où, avant-même d'examiner au fond le dossier, la médiatrice laisse le professionnel faire une première proposition au consommateur. Elle indique alors à ce dernier que l'opérateur est d'accord pour le satisfaire, complètement ou partiellement dans sa requête, avec ladite proposition. La médiatrice ne réalise alors pas d'analyse au fond, et en cas d'accord des parties, formule seulement une proposition de solution prenant acte de l'engagement pris par le professionnel.

Dans les autres hypothèses, ou si le consommateur refuse la proposition du professionnel en procédure simplifiée, la médiatrice va instruire le dossier, l'analyser, essayer de comprendre le différend qui lui est soumis, procéder à son analyse juridique et technique, et, au besoin, solliciter des parties des pièces complémentaires ou des précisions. Elle rend consécutivement sa proposition de solution à la lumière de ce qu'elle nomme sa « jurisprudence de médiation » en prenant en compte des hypothèses analogues. Cette technique du précédent éclaire ce qu'il y a d'identique, même dans un contexte différent, et concourt à garantir son impartialité et sa neutralité vis-à-vis des professionnels et consommateurs. Elle permet en outre une cohérence dans les solutions de règlement proposées par la médiation des communications électroniques depuis vingt ans qu'elle existe. La médiatrice insista sur l'importance pour elle, dans le cadre de la médiation de la consommation, de pouvoir apprécier l'affaire en équité et pas uniquement en légalité. Dans 87 % des cas, la proposition qu'elle formule satisfait le consommateur.

Par-delà les réussites, furent ensuite analysées les hypothèses d'échecs. L'essentiel, 52 % en 2022 pour les communications électroniques, tient à l'irrecevabilité des demandes. Pour que la médiatrice puisse se déclarer compétente, plusieurs conditions sont en effet requises : tout d'abord que le professionnel soit membre de l'Association de la médiation des communications électroniques, ensuite qu'il existe un lien contractuel entre le professionnel et le consommateur, que la demande ne soit pas manifestement abusive, que le différend date de moins d'un an, que le consommateur n'ait pas saisi un autre médiateur ou le juge, et enfin qu'il ait épuisé toutes les voies de recours auprès de son interlocuteur professionnel. C'est le plus souvent cette dernière condition qui fait défaut. Pour prévenir ces échecs de recevabilité des demandes, la médiation des communications électroniques développe une politique d'information et d'accompagnement des consommateurs, quitte à les réorienter vers le médiateur compétent.

Une autre forme d'échec tient au refus du professionnel d'entrer en médiation, ce à quoi il n'est jamais contraint. Pour autant, dans la pratique de la régulation sectorielle considérée, la médiatrice va demander au professionnel de l'éclairer sur les raisons de ce refus, et va, le cas échéant, informer le consommateur de ces motifs.

Le troisième type d'échec intervient cette-fois après la formulation de la proposition de solution par la médiatrice. Sa fréquence très rare, 3 % des hypothèses, montre d'ailleurs aux yeux de la médiatrice le travail réalisé d'acceptabilité des propositions par les deux parties. Dans la plupart de ces hypothèses de refus, les professionnels s'opposent au principe même d'une solution en équité ; ou alors le montant demandé par le consommateur est simplement trop élevé et ils l'estiment infondé ; ou encore les opérateurs ne s'estiment pas convaincus par la motivation de la proposition de solution.

Enfin, dans 7 % des cas, le consommateur ne souhaite simplement pas suivre la proposition de solution qui lui est adressée. La missive précise alors explicitement qu'il demeure libre de porter son litige devant le juge, que toute la médiation est confidentielle, et que la proposition faite ni ne le contraint, ni ne le garantit.

La médiatrice déplore cependant que, parfois, dès l'origine, le processus est biaisé par le consommateur qui l'a saisie en sachant d'emblée qu'il refusera toute solution amiable, et souhaite dans ce cas seulement pouvoir démontrer au juge que la médiation a été un échec.

La tentative amiable préalable de l'article 750-1 du code civil

C'est ainsi la notion de « tentative » de médiation de l'article 750-1 du code de procédure civile « nouvelle version » qui est à considérer et sur laquelle la processualiste Soraya Amrani-Mekhi s'exprima ensuite. Celle-ci insista sur l'aspect radical de la sanction de l'article 750-1, puisqu'à défaut de tentative amiable préalable, l'action du consommateur est irrecevable, et cette privation temporaire d'accès au juge peut être soulevée d'office, y compris en procédure de référé.

Avant la réformation du texte en 2023, on parlait seulement de « tentative amiable » préalable. Désormais, l'article explicite les trois modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) offerts aux parties : la conciliation, la médiation (au sens large, incluant la « médiation de la consommation ») et les procédures participatives. En droit de la consommation, ces dernières sont illusoire, car il faudrait un accord des deux avocats et la conclusion d'une convention en ce sens, ce, alors que, même en dehors de ce champ, la procédure participative demeure quasi inusitée.

Il est donc essentiel pour le consommateur de se préconstituer la preuve qu'il y a bien eu tentative amiable préalable à la saisine du juge, en en justifiant le cas échéant dans l'assignation, soit qu'il y ait eu échec, soit que la conciliation n'ait tout simplement pas eu lieu dans le délai de trois mois du fait de l'insuffisance des conciliateurs dans le ressort en question, ou encore qu'il n'y ait tout simplement pas eu de réponse du professionnel à la proposition du consommateur.

Plus complexes sont les situations où le consommateur saisit un médiateur, mais pas le bon ; ou le saisit, mais en ne remplissant pas les conditions préalables idoines, notamment à défaut de démarche préalable directe auprès du professionnel. Du reste, dans l'essentiel des litiges de consommation qui sont le plus souvent inférieurs à 5 000 €, il n'y aura pas d'appel possible, et seul le pourvoi en cassation restera ouvert. Force est de constater que les décisions de la deuxième chambre sont rares. Il existe seulement deux arrêts sur la notion de tentative amiable préalable (Civ. 2^e, 15 avr. 2021 n° 24-14.106, [Dalloz actualité, 10 mai 2021, obs. C. Bléry](#) ; 1^{er} juill. 2021, [Dalloz actualité, 15 juill. 2021, n° 20-12.303, obs. C. Bléry](#)). Dans les deux hypothèses, les magistrats du quai de l'Horloge estimèrent que la caractérisation de la tentative préalable est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ces magistrats ont cependant l'obligation de motiver leur décision à cet égard. Il s'agit par-là de ménager le « droit au juge ». Dans ce dessein de garantir ce droit fondamental pour le consommateur, et à la lumière du fort taux d'irrecevabilité des recours amiables dans certains secteurs (par ex., médiation des avocats ou des notaires), il est probable aux yeux de l'universitaire qu'on n'opposera pas au justiciable de refus de statuer, si, de bonne foi, celui-ci s'est égaré dans sa tentative d'amiable préalable en ne s'adressant pas au bon interlocuteur. La jurisprudence future devra néanmoins déterminer les critères et le curseur appropriés pour caractériser la réalité de la tentative d'amiable.

Bianca Schulz, juriste du Centre européen des consommateurs en France (CEC France) interrogea la professeure sur les modalités de la preuve d'une tentative de médiation dans un autre pays de l'Union européenne où la médiation n'est pas forcément obligatoire. Soraya Amrani-Mekhi rappela que la preuve de la tentative demeure libre, que l'amiable préalable soit national ou à l'étranger. La circulaire du 17 octobre 2023 évoque seulement la nécessité de se préconstituer une preuve assez consistante, par exemple si le consommateur va dans un conseil départemental d'accès au droit (CDAD), une maison de Justice, ou devant un conciliateur officiant en mairie. Mais aucun formalisme n'est exigé de lui. Dans les litiges sériels pour des demandes en paiement inférieures à 5 000 €, les avocats vont généralement rédiger un courrier-type à destination du professionnel pour garantir cette dimension justificative. Le document rappelle alors le contenu de l'article 750-1 du code de procédure civile, indique le souhait du consommateur d'entrer dans une voie amiable, et invite le professionnel à répondre à cette demande. Une fois un « délai raisonnable » laissé au professionnel pour répondre, le justiciable aura ainsi de quoi justifier sa tentative d'amiable préalable, et pourra saisir le juge sans craindre de refus.

Le magistrat Clément Bergère-Mestrinaro déplora que l'amiable ne soit pas assez connu et identifié par les juridictions, notamment en confondant conciliation, médiation, et médiation de la consommation ; en n'ayant par ailleurs par assez en tête la gratuité de cette dernière, ce qui est une donnée essentielle pour ces litiges au montant généralement relativement modeste. Par

ailleurs, les juges doivent garder en tête que les médiateurs de la consommation sont particulièrement compétents dans certains domaines très techniques, comme les communications électroniques ou les marchés financiers. Pour ces raisons de gratuité, les juges vont ainsi renvoyer plus naturellement vers des conciliateurs, qui sont par ailleurs connus d'eux puisque nommés par l'autorité judiciaire. Certains tribunaux ont également normalisé le document que les conciliateurs vont remettre aux consommateurs pour prouver la tentative de conciliation, ce qui facilite ensuite l'entrée dans l'instance judiciaire.

Relativement à l'importance du droit au juge, Clément Bergère-Mestrinero estime comme la Professeure Amrani-Mekhi que les magistrats vont être réticents à exiger un niveau trop élevé de tentative d'amiable préalable. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et surtout la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ne verraient probablement pas d'un bon œil la multiplication des obstacles à cet accès effectif.

Du reste, aux yeux du magistrat, le contournement de la règle de l'amiable obligatoire demeure assez simple. En effet, au-delà même d'une insincère tentative, il suffit de priser un peu trop généreusement le préjudice matériel ou moral dans l'affaire pour dépasser le seuil de 5 000 € et subséquemment éluder l'exigence d'amiable préalable.

La Professeure Natacha Sauphanor-Brouillaud rappela également que le conciliateur peut toujours agir avec sa casquette de médiateur de la consommation qu'il peut exercer en sus de son activité de conciliateur.

Soraya Amrani-Mekhi déplora la confusion qui peut régner dans l'esprit du consommateur lorsque certains interlocuteurs d'entreprises sont nommés en leur sein « médiateurs » alors qu'ils ne sont en réalité que des points de contact, des conseillers-clientèle, et en aucun cas des médiateurs de la consommation répondant aux exigences d'indépendance et d'impartialité.

Aux yeux de l'ambassadrice de l'amiable, le relatif échec de la médiation tient toujours aux conditions de saisine, dont les taux énormes d'irrecevabilité, qui peuvent dépasser la moitié voire les deux-tiers des demandes dans certains secteurs, témoignent.

Se pose par ailleurs la question de la place des associations qui, dans la pratique, accompagnent les consommateurs dans leurs démarches, notamment précontentieuses. Le code de la consommation ne tient pas compte de ces démarches qui sont totalement informelles et ne répondent pas aux exigences de l'article 750-1 du code de procédure civile, pas plus que les négociations dialogiques qui peuvent exister directement avec les professionnels.

La médiatrice des communications électroniques confirma la transparence des associations dans cette appréciation. Elle rapporta néanmoins sa pratique vis-à-vis de ces interlocuteurs qui vont être tenus informés conjointement avec le consommateur-sollicitant, mais pas davantage. Il n'en reste pas moins important à ses yeux de valoriser le rôle de ces associations de consommateurs, notamment dans l'orientation du dossier vers le bon médiateur. Il fut en écho souligné par la Professeure Sauphanor-Brouillaud qu'une interrogation analogue concerne les systèmes assuranciers dits de « protection juridique » qui constituent également des acteurs-ressources privilégiés des consommateurs-plaignants.

L'audience de règlement amiable (ARA)

La professeure Amrani-Mekhi envisagea ensuite l'audience de règlement amiable, dite « ARA ». Elle insista sur le fait qu'il s'agit là d'une mesure d'administration judiciaire qui s'applique à la procédure écrite ordinaire devant le tribunal judiciaire et en référé, et uniquement dans les matières dont les parties ont la libre-disposition, à savoir la matière patrimoniale, dont les litiges de consommation.

L'universitaire insista sur le caractère complémentaire des différents modes amiables considérés qui peuvent s'articuler et se succéder dans le temps, notamment après un échec de tentative amiable préalable. L'ARA n'est donc pas le concurrent de la conciliation après un échec de médiation. Plus encore, à l'inverse, après une ARA, les parties peuvent très bien se rediriger vers

une médiation.

La processualiste insista également sur le fait qu'il s'agit d'un mode amiable véritablement piloté par le juge, magistrat professionnel (quand bien même il sera souvent honoraire ou exercera à titre temporaire, puisque les juridictions manquent de ressources humaines), spécialisé et désigné par les présidents de juridiction pour tel ou tel domaine dans les ordonnances de roulement. L'ARA ne constituant pas une audience juridictionnelle, il n'y a par contre pas de greffe dans ce temps de l'amiable judiciaire, et celui-ci n'intervient finalement que pour constater l'éventuel accord à l'issue de la procédure et lui donner force exécutoire.

Par ailleurs, l'ARA n'est ouverte en France que pour les procédures écrites, à l'inverse du droit belge par exemple où elle est réservée aux procédures orales. Mais les premières hypothèses peuvent tout à fait concerner la consommation dès lors que le litige dépasse donc 10 000 €, ce qui sera par exemple le cas dans le contentieux des piscinistes, des cuisinistes, de la construction, ou des ventes de véhicules.

Par ailleurs, le droit de la consommation peut être particulièrement mobilisé à l'occasion des référés qui sont concernés par l'ARA, à savoir le « référé-président de juridiction » ou le « référé-juge du contentieux de la protection » ; à l'exclusion du « référé-JAF » exclu du champ. L'ARA est ainsi utilement mobilisable dans tous les référés « art. 145 c. pr. civ. », ceux avant introduction de l'instance au fond afin d'obtenir une mesure d'instruction, par exemple avec la désignation d'un expert pour apprécier un vice de fabrication ou une non-conformité.

Pour augurer du succès de l'ARA, la limite est néanmoins toujours la même : les moyens alloués aux juridictions. Si des audiences vont être dédiées aux ARA, elles vont l'être à la marge des calendriers des chambres. Du reste, en raison de l'étanchéité même entre l'ARA et la suite éventuelle du contentieux devant un autre juge en charge de trancher et rédiger le jugement, il va falloir multiplier les magistrats. Aucun « tsunami de l'amiable judiciaire » n'est donc à attendre dans les mois à venir. Ce n'est par ailleurs que si les justiciables et leurs conseils s'emparent véritablement de l'ARA que celle-ci va devenir incontournable dans la vie des tribunaux. Dès à présent, l'École nationale de la magistrature forme en tout cas les jeunes magistrats à cette nouvelle fonction de l'amiable judiciaire. L'ARA exige en effet du juge un rôle certain, puisqu'il est tenu de rappeler les « principes juridiques applicables », sans pour autant préjuger de l'affaire. Il aura par ailleurs accès pour diriger l'ARA aux conclusions qui auront été échangées entre les parties, avec leurs pièces. Le magistrat pourra également procéder à des constatations sur place, comme les conciliateurs. Il ne pourra par contre pas ordonner d'expertise. Pour autant, si une expertise s'avère utile voire nécessaire pour permettre aux parties de s'entendre, leurs avocats pourront toujours diligenter un acte de procédure (C. pr. civ., art. 1546) afin de désigner un expert.

L'ARA promet en tout cas des résultats intéressants, car c'est un amiable particulier, certes gratuit, mais surtout piloté par un juge, dont l'ombre protectrice favorisera le dialogue et les concessions des parties.

À propos de l'espace ouvert par l'ARA et l'office du juge en la matière, les Québécois parlent de « couloir du raisonnable ». Cet espace est ainsi d'abord délimité par les bornes de l'ordre public et des droits fondamentaux en jeu, mais également par l'impératif d'équilibre de la relation entre les parties qui s'y engagent. La circulaire d'octobre indique à cet égard qu'il peut être mis fin à l'ARA par le juge en cas de déséquilibre manifeste entre les parties. Si certains objecteront qu'il y a par nature asymétrie des forces en matière de consommation, il s'agit en réalité pour le juge d'apprécier si, – dans le temps de l'ARA et celui-ci seulement –, il n'existe pas un risque d'aboutir à une solution très largement déséquilibrée et défavorable à la partie- faible. S'il le craint, il pourra clore l'ARA.

La professeure Amrani-Mekhi insista finalement sur la place que peut prendre l'ARA pour recourir par exemple à la médiation, après levée d'une résistance commune aux parties, rassurées par le fait qu'elles savent pouvoir à tout moment retourner devant le juge. Le législateur croit en tout cas aux vertus de l'ARA et a, pour ces raisons, prévu qu'elle peut être imposée aux parties par le juge, tant car celles-ci peuvent en ignorer les bienfaits, mais surtout car elles peuvent en pratique être dissuadées de s'y engager par leurs avocats respectifs. Des politiques de juridiction se dessineront

donc sur cette mise en branle par le juge. Le passage à une véritable culture de cet amiable judiciaire ne passera pour autant pas par de telles ARA imposées qui devraient rester marginales. La circulaire indique d'ailleurs le risque d'augmenter de manière excessive la durée des procès si elles sont mobilisées sans discernement.

Le juge Clément Bergère-Mestrinero insista également sur la complémentarité entre ARA et procédures amiables extra-judiciaires. Par ailleurs, à ses yeux, la parole du juge va véritablement participer à convaincre les parties, notamment si celui-ci rappelle les délais qui les attendent en procédure contentieuse complète, ainsi que les coûts supplémentaires qu'ils auront à supporter dans cette hypothèse. Le processus est d'autant plus convainquant qu'il est pleinement juridictionnel, avec des parties en ARA présentes avec leurs avocats dans le palais de justice en présence d'un juge qui peut courir à faire émerger un accord partiel et débloquent les choses.

Le magistrat souligna à cet égard que l'ARA peut utilement intervenir, non de manière inaugurale, mais une fois que les conclusions ont été échangées et que les parties y voient plus clair que dans les premiers temps de l'instance, et, *a fortiori*, avant son introduction. L'ARA va aussi pouvoir servir de point de départ pour d'autres modes amiables, notamment dans des secteurs où les médiateurs de la consommation ont établi une véritable jurisprudence, avec une connaissance technique fine, et une cohérence de doctrine d'appréciation des espèces, que les justiciables vont donc plus facilement vouloir solliciter après un premier accord partiel sous ARA.

Avec cette ARA, les magistrats vont devoir, - mais aussi et surtout pouvoir -, faire leur, une véritable culture de l'amiable. En effet, jusqu'alors, leur rapport était ambivalent à son égard, car le favoriser revenait à se retirer comme juge, et laisser les parties régler leur différend sans lui. Avec l'ARA, le juge endosse un rôle nouveau et véritablement moteur dans l'extinction du litige.

La césure du procès

La table-ronde s'intéressa ensuite à la nouvelle « césure du procès » permise par la réforme de 2023. La Professeure Amrani-Mekhi insista sur le fait qu'il ne s'agit en aucun cas d'un mode amiable de résolution des différends, même s'il procède d'un accord des parties.

Cette césure du procès n'en constitue pas moins une solution potentiellement intéressante en droit de la consommation, notamment en miroir du découpage phasique de l'action de groupe. Le juge va en effet pouvoir trancher le principe de responsabilité, avant que soit envisagée, dans un second temps, par exemple l'indemnisation, où, pour cette question, les parties peuvent s'entendre à l'amiable.

La limite principale au succès de la césure tient cependant au fait qu'elle n'est possible que si toutes les parties la demandent par un acte de procédure d'avocat. La césure n'est donc ouverte que pour les procédures écrites devant le tribunal judiciaire. Or, l'accord-conjoint de l'avocat du consommateur et de celui du professionnel est souvent difficile à obtenir dans les litiges de consommation.

Pour autant, comme on demande au juge de trancher uniquement sur une ou plusieurs prétentions (et non sur des moyens), la césure va pouvoir jouer un rôle essentiel dans la résolution de certains litiges, où s'identifie une question nodale, par exemple en droit de la consommation la constatation d'une malfaçon, ou en propriété intellectuelle l'appréciation de l'originalité ou la détermination de la titularité d'un brevet. Les parties vont s'entendre sur le caractère préliminaire de la résolution de la question avec une ordonnance de clôture partielle, le reste de l'instance étant suspendu en attendant la réponse. Si dans notre hypothèse il y a malfaçon, alors ensuite les parties peuvent aller en médiation, en conciliation, ou vont tout simplement pouvoir transiger. Si les parties ne s'entendent pas, il est toujours possible de faire un « appel à bref délai » faisant revenir devant le juge. Pour autant, pour une application en droit de la consommation, la difficulté reste toujours celle de l'accord préalable des parties qui nécessite que celles-ci réalisent l'intérêt commun qu'elles ont à y recourir, notamment mais pas uniquement, pour la célérité qu'elle permet.

[Les nouvelles propositions de la Commission européenne relatives au règlement extrajudiciaire des litiges \(REL\)](#)

La seconde partie de la rencontre était consacrée aux actuelles propositions de la Commission européenne révisant la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 concernant le règlement extrajudiciaire des litiges (REL) et visant essentiellement à adapter les instruments normatifs aux modes de consommation contemporains, notamment dans leur dimension numérique et transfrontière. La proposition de révision de la directive conserve une approche d'harmonisation minimale, permettant aux États membres de prévoir des dispositions nationales plus favorables aux consommateurs.

L'obligation de réponse du professionnel à la proposition de REL sous vingt jours

Concernant l'effectivité de la procédure de REL qu'il s'agit d'accroître, au-delà des problématiques d'irrecevabilité mentionnées plus avant, il est constaté au niveau européen que les professionnels ne souhaitent pas toujours s'engager dans la procédure de règlement amiable. Pour les y inciter, et sans pour autant rendre le mode amiable obligatoire, ce qui n'aurait pas de sens, la Commission espère renforcer le taux de recours en chargeant les États membres de veiller à ce que les professionnels contactés par une entité de REL répondent dans un délai de vingt jours ouvrables, afin de dire dans ce laps de temps s'ils acceptent ou non de participer à ladite procédure amiable.

Alexandre Biard (Bureau européen des unions de consommateur [BEUC]) insista à titre liminaire sur le fait qu'en la matière, la situation est très hétérogène selon les États européens, du fait même de l'harmonisation minimale, avec, du point de vue du BEUC, une efficacité renforcée lorsque la médiation est obligatoire pour les professionnels. Le BEUC va d'ailleurs publier d'ici fin novembre sa position sur le sujet. La structure déplore en tout cas, dans le projet de texte, l'absence de sanction si le professionnel ne se manifeste pas dans le délai de vingt jours, condition *sine qua non*, qui, à défaut, risque de rendre le mécanisme lettre morte dans nombre d'États membres.

Le BEUC estime par ailleurs que la discussion sur le caractère obligatoire de la médiation pour les professionnels est trop souvent manichéenne. Aux yeux de la fédération de quarante-trois associations de consommateurs en Europe, il existe en réalité un *continuum* entre les bornes de la libre participation et de la participation obligatoire. Il serait dans cette optique envisageable de laisser le professionnel libre de s'engager ou non dans la procédure amiable qui lui est proposée, mais avec l'obligation de s'en expliquer. Il serait sinon possible de défendre une logique d'*opt-out*, où, par principe la participation du professionnel est attendue, mais faculté lui serait réservée d'en sortir à la condition d'en informer le consommateur et de motiver son choix.

Le BEUC estime en outre que certains secteurs sont particulièrement problématiques, notamment le tourisme et les transports, où les plaintes des consommateurs sont nombreuses, et où la médiation de la consommation devrait être obligatoire pour les opérateurs économiques pour que les consommateurs ne renoncent pas à faire valoir leurs droits.

Marielle Cohen-Branche envisagea ensuite cette question de l'ineffectivité dans le secteur financier où elle officie comme médiateur public. À ce dernier égard, la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation (CECMC) note que le taux d'engagement est naturellement plus fort lorsque la médiation est publique, ou au moins institutionnalisée.

Le médiateur de l'Autorité des marchés financiers (AMF) insista sur la particularité française de la confidentialité de la médiation. Alors que dans d'autres États membres tels la Belgique ou, jadis, le Royaume-Uni, la médiation se veut publique et où, consécutivement, la frontière avec l'office d'un juge peut être ténue. En outre, la médiation est, en France, gratuite ; à la fois pour le consommateur, mais aussi le professionnel, puisque financée sur fonds publics, ce qui l'ouvre donc très largement. Le médiateur de l'AMF insiste particulièrement dans son dialogue avec les professionnels sur cette confidentialité de la médiation, d'autant qu'il est adossé à un régulateur boursier. À ses yeux, l'entrée dans la médiation doit toujours être loyale et donc volontaire. Elle ne doit pas être motivée par le dessein de désamorcer la prescription par exemple, sans réelle volonté d'engagement dans le processus.

Concernant le défaut de sanction de la nouvelle disposition, le médiateur de l'AMF explicita sa pratique développée depuis plusieurs années, et désormais reprise par la CECMC. Elle consiste à envoyer une première lettre au professionnel constatant son absence de réponse. Au terme d'un délai raisonnable, en pratique de trente jours, le médiateur renvoie un second courrier explicitant le fait que le silence persistant du professionnel sera interprété comme un refus d'entrer en médiation, rappelant au passage que cela est son droit le plus strict, mais qu'une telle réserve ne sera pas sans conséquences au regard de l'article 1531 du code de procédure civile et de l'article L. 612-3 du code de la consommation, notamment en privant de la confidentialité qui était proposée dans le traitement du différend. Le médiateur informe ainsi le professionnel qu'il avertit les services de contrôle et d'enquête du régulateur de ce refus d'entrer en médiation.

Le professionnel garant de l'effectivité du système de REL en droit français

Le médiateur de l'AMF envisagea ensuite le silence systématique de certains professionnels. En cas de mutisme systématique, aux yeux de l'ancienne magistrate, il y a abus de droit puisque l'article L. 612-1 du code de la consommation assure que le professionnel garantit l'effectivité de la procédure. Le médiateur assume ainsi une stratégie de « *name and shame* » par publication dans son rapport annuel des noms des professionnels restant déloyalement taiseux.

Pour autant, dans certains secteurs, le refus systématique s'explique pour des raisons cette-fois structurelles, notamment s'agissant des conseillers en investissement financiers (CIF) dont les assurances responsabilité-civile professionnelle leur interdisent d'entrer en médiation. Le régulateur sectoriel dialogue donc actuellement avec les assurances-groupes pour qu'elles couvrent aussi le traitement amiable de leurs assurés, et n'augmentent pas pour autant leurs cotisations.

La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), représentée par Éric Maurus, rappela que ses services rapportent les dossiers dans le cadre de la CECMC dont elle assure le secrétariat. Ses services sont également actuellement chargés de travailler sur la négociation de la révision de la directive, et sur sa transposition par la France.

Pour l'administration, si l'entrée en médiation n'est pas obligatoire dans le droit français, les chiffres qui ont pu être établis par la CECMC demeurent encourageants. Au-delà des irrecevabilités déjà déplorées, sauf certains secteurs d'exception (automobile ou juridique, par ex.), les professionnels acceptent généralement d'entrer en médiation (90 %), et 88 % des dossiers vont jusqu'à leur terme, avec 74 % des procédures qui donnent lieu à un accord ou une proposition de solution qui est acceptée par les parties.

La DGCCRF s'estime plus circonspecte s'agissant de l'article 13 de la proposition de révision de la directive REL qui précise que si le professionnel ne veut pas s'engager par principe dans une médiation, il n'a plus d'obligation d'informer sur cette médiation. Cela est justifié par un principe de réalité, mais cela peut, aux yeux de la DGCCRF, avoir un effet paradoxal. Il est en effet à craindre que certains professionnels s'abritent derrière cette décision de ne jamais entrer en médiation pour s'exonérer de l'obligation d'une information particulière. Dans l'actuelle transposition française de la directive de 2013, le professionnel a en effet une obligation de garantir un recours effectif à la médiation, et donc le refus général de rentrer en médiation est quelque chose qui, *a priori*, paraît contraire à ce qui est prévu dans le texte. En la matière, l'obligation qui est la plus couramment sanctionnée par les services de la DGCCRF est la violation de l'obligation d'information des consommateurs sur les coordonnées du médiateur. Ainsi, la cohérence de cette disposition de droit interne avec l'article 13 interroge l'administration centrale.

Marie-Paule Benassi pour la Commission européenne rappela que directive REL est une directive d'harmonisation minimale puisque le souhait premier de ses services a été de préserver les systèmes nationaux en la matière, et de ne pas introduire des obligations qui auraient amené à d'inutiles changements fragilisant les systèmes en cause. Ce d'autant, que, d'après les études préliminaires de son unité, les REL fonctionnent globalement bien dans la plupart des États membres, ce dont témoigne les synthèses de résultats accompagnant les quatre textes publiés le 17 octobre dernier.

Il s'agit avant tout pour la Commission d'adapter les REL aux marchés numériques, et d'améliorer la participation tant des consommateurs que des entreprises à ces REL, le tout de bonne foi. C'est pour cette raison que la Commission n'a pas souhaité rendre la participation à la médiation obligatoire, en tout cas lorsque le droit interne d'un État membre n'y oblige pas, ce qui représente la situation d'un tiers des pays de l'Union régionale. Dans le reste des États membres, les situations sont variées : dans certains pays la médiation est obligatoire en toute situation, tandis que dans d'autres elle l'est seulement au-dessous d'un certain seuil monétaire, alors qu'enfin dans les derniers, l'obligation vise seulement certains secteurs économiques. En tout état de cause, il n'y a pas, pour la Commission, de corrélation entre la résolution positive d'un différend traité par l'amiable et la contrainte à la médiation. Il s'est donc agi pour la Commission de seulement priver l'entreprise de la possibilité de rester silencieuse face à la proposition qui lui est faite par un consommateur de recourir à l'amiable. L'absence de sanction imposée à l'échelle européenne permet à ses yeux aux États membres d'organiser le système de sanctions et de contrôle de la mise en œuvre de ces obligations de la manière qu'ils estiment le plus adapté.

L'obligation d'information du consommateur sur le REL

S'agissant de l'obligation d'informer, elle est dans certains États extrêmement forte, notamment en Allemagne où les entreprises peuvent engager des procès contre des concurrents qui ne respectent pas diverses obligations d'informations relevant du droit de la consommation, notamment d'information pour la plateforme ODR (*Online dispute resolution*) actuellement en ligne. Certains avocats font d'ailleurs profession de débusquer les manquements de certaines entreprises sur leurs sites internet, et se proposent de représenter un concurrent qui pourrait les attaquer pour cette raison. Ces obligations conduisent les entreprises qui ne veulent pas participer par principe au REL à l'explicitier dans leur communication. Toutefois, dans la plupart des États membres, les entreprises sont obligées de s'inscrire à un système de REL au titre de leur législation nationale, de sorte qu'il s'agit aux yeux de la Commission de la mesure la plus efficace pour engager les entreprises dans la médiation.

La Professeure Carole Aubert de Vincelles releva que le fait d'être obligé de dire sur la plateforme européenne qu'on ne participe pas constitue aussi, en soi, une information qui peut intéresser les consommateurs qui, avertis, choisiront ou non de conclure avec les professionnels qui refusent systématiquement le REL. Si l'obligation d'information n'existe pas, notamment sur les sites internet, les consommateurs pas toujours très informés pourraient au contraire penser que la médiation n'existe pas, ni pour ce site, ni pour un autre.

Pour la Commission, du fait de l'harmonisation minimale, si les États membres considèrent que cet affichage constitue le meilleur moyen pour informer les consommateurs de l'existence de systèmes de médiation, ils peuvent tout à fait y obliger leurs entreprises nationales. Il ne s'agit en tout cas surtout pas d'inciter les entreprises à refuser par principe toute médiation et de s'en revendiquer, mais bien au contraire d'informer plus efficacement les consommateurs de l'existence de systèmes de médiation, quelles que soient les positions des entreprises. Du reste, la question ne se pose pas pour la France où les entreprises sont obligées par le code de la consommation de s'affilier à un médiateur.

Marielle Cohen-Branche estima que dans l'analyse de la réforme proposée, il faut toujours bien distinguer l'obligation de la directive des choix de transposition opérés en droit interne. Ainsi, à l'article 13 du texte, il y a une première information générique qui doit figurer dans les conditions générales, qui n'a que peu de portée pratique. Plus intéressante est par contre la seconde, qui s'impose au site lui-même.

Dans la disposition française actuelle, il y a quelque chose d'à ses yeux essentiel à préserver et qui figure d'ailleurs dans les circulaires des régulateurs banque assurance-finance, la précision « au moment où le litige est né ». C'est en effet à ce moment que le consommateur a besoin de savoir vers quel médiateur se tourner.

C'est alors qu'on doit indiquer au consommateur que si la réponse du professionnel ne le satisfait pas, il est libre de saisir tel ou tel médiateur. Or, par l'harmonisation minimale, le risque est de ne

pas tenir compte de ce moment charnière, avec une information qui n'est pas seulement « éclairable », mais encore « portable », apportée au consommateur au moment et au lieu où il en a véritablement besoin.

Les litiges transfrontières

La table ronde s'est ensuite consacrée aux litiges transfrontières, essentiellement relativement au champ d'application de la directive, à l'identification de l'autorité compétente, et à la compétence renforcée des Centres européens des consommateurs (CEC).

La Commission européenne se montre particulièrement attentive aux litiges transfrontières car ceux-ci conditionnent l'existence d'un véritable marché unique. L'actuelle plateforme ODR est supprimée puisque la Commission constate et déplore son inefficacité. Seulement un tiers des consommateurs qui utilisent la plateforme vont en effet aujourd'hui jusqu'à la plainte, ce qui représente environ 15 000 dossiers par an, tous secteurs économiques et marchés nationaux confondus, avec, *in fine*, seulement 150 cas qui sont traités par une entité de REL, essentiellement à cause de l'absence d'accord des entreprises pour y participer. En outre, l'essentiel des plaintes traitées par la plateforme concerne des consommateurs qui n'ont pas trouvé l'interlocuteur idoine sur le site de l'entreprise, et vont donc aboutir à des accords amiables hors plateforme. La Commission veut désormais proposer un nouveau site internet plus clair, moins contraignant, avec des questions réponses éclairant le consommateur, et un éventuel « chatbot », pour renseigner au mieux ce dernier et l'orienter vers une entité REL appropriée depuis une base de données multilingue indexant les points de contact que seront les CEC ou d'autres organisations désignées.

S'agissant de l'extension du champ géographique du texte, certaines entreprises hors Union européenne souhaitent de bonne foi participer au dispositif dont elles sont exclues dans le système actuel. Mais la Commission se refuse à ouvrir un système amiable gratuit à ces opérateurs économiques hors UE. La question concerne notamment les places de marché qui proposent des produits, mais aussi et surtout des services, notamment de voyage ou d'hébergement (type booking.com ou Airbnb). Ces places de marché offrent des systèmes de résolution des litiges, notamment à leurs entreprises, mais aussi aux consommateurs, souvent gratuits, mais en réalité inclus dans un prix payé par le consommateur. La Commission voudrait toutefois que ces plateformes reconnaissent les règles de qualité, d'information et de transparence qui sont dans la directive. Toutefois, l'UE ne peut nullement imposer ces obligations à ces entreprises multinationales qui, en raison de leur domiciliation, échappent au droit matériel de l'Union sur ce point. Ainsi, la nouvelle recommandation de 2023 à leur destination fonctionne comme un outil de droit souple, incitant ces sites à inclure de tels standards dans leurs diligences professionnelles. La recommandation vise par ailleurs également les associations professionnelles internationales qui proposent des dispositifs de résolution des litiges transfrontières (par ex., pour de la location de véhicules).

La Professeure Carole Aubert de Vincelles rappela que dans le système proposé en octobre 2023, c'est le professionnel qui désigne le médiateur compétent, de sorte que ce n'est pas nécessairement le médiateur du lieu du domicile du consommateur qui l'est. Un professionnel établi dans un autre pays de l'Union européenne pourrait ainsi très bien décider que le médiateur compétent serait d'une autre nationalité que celle du consommateur, ce qui ne va pas dans le sens de sa protection.

La problématique complexe de la transfrontaliarité fut encore illustrée par le médiateur de l'AMF. Dans ce secteur, l'entreprise de services financiers va demander un agrément dans son État membre de domiciliation (par ex., Chypre), le plus souvent avec une procédure assez souple et peu coûteuse pour instruire la demande. Une fois l'agrément obtenu, l'opérateur va pouvoir proposer ses services dans toute l'Union, sans que le régulateur du pays du consommateur soit compétent. Le médiateur national, notamment français, lorsqu'il est saisi par un consommateur de son État, est alors obligé de se déclarer incompétent, ce, alors que les régulateurs n'ont manifestement pas les mêmes pouvoirs ni les mêmes moyens dans tous les États de l'Union européenne.

Pour un dossier transfrontière, - actuellement *intra* UE (directive de 2013), et peut-être bientôt hors UE (proposition de révision) -, le médiateur saisi doit donc systématiquement déterminer la loi

applicable au litige. La CJUE en 2016, dans l'affaire *VKI c/Amazon EU*, s'en est référée aux principes de Rome I et estime que l'on ne peut pas priver le consommateur des droits d'ordre public de son pays. Le professionnel doit le prévoir dans ses conditions générales et il sera ainsi par exemple possible pour le régulateur français de soulever une clause abusive.

Mais, dans le cas d'obligations nées hors convention, hypothèse qui se rencontre régulièrement en matière financière (et le médiateur de l'AMF est depuis peu compétent pour les obligations précontractuelles), il faut voir si le professionnel est installé dans le territoire du consommateur (principe de liberté d'établissement) ou, cas le plus fréquent, s'il est domicilié hors cet État mais dirige son activité vers ledit pays. Il faut pour ce faire recourir à un faisceau de preuves : langue du site, extension de l'adresse URL, ou tout autre mode de « sollicitation active » du consommateur.

Marielle Cohen-Branche estime à cet égard que la « *reverse solicitation* » qui se rencontre fréquemment depuis le Brexit constitue un « poison lent » pour le système de protection en son entier. Il s'agit en effet de clauses qui ont fleuri dans les conventions avec la Grande-Bretagne, stipulant que c'est le consommateur qui a pris l'initiative de prendre attache avec l'entreprise domiciliée dans un autre État membre que le sien, de sorte à exclure l'application des règles européennes ou de l'État du consommateur considéré.

L'autorité européenne des marchés financiers a voulu rendre inefficaces ces stipulations formelles visant à empêcher l'applicabilité du droit communautaire ou d'un de ses États membres, en les estimant, au cas par cas, éventuellement abusives. Le régulateur national a alors à faire avec des produits financiers interdits à la commercialisation en France alors qu'ils sont autorisés au Luxembourg ou en Allemagne, et une telle clause de sollicitation permet d'exclure l'application de règles protectrices pour le consommateur. Le dispositif est donc très complexe à mettre en œuvre.

Avec ce nouveau système proposé à l'échelle européenne, il va falloir faire comprendre au consommateur qu'il se trouve protégé par des droits d'ordre public, – et reste alors à déterminer lesquels, à quelles conditions et comment –, ce, alors même que c'est la loi étrangère que devra appliquer le médiateur étranger qui sera son interlocuteur. La CEC devra ainsi aider à orienter les consommateurs dans ces méandres du droit international privé.

L'élargissement du champ d'application matériel aux questions précontractuelles

Fût finalement envisagé l'élargissement du champ d'application matériel par la proposition de directive. Étaient jusqu'alors exclues les questions précontractuelles. Afin de mieux prendre en compte les nouveaux modes de consommation, notamment numériques, sur lesquels peuvent se poser des questions précontractuelles importantes liées notamment aux interfaces truquées (dites « *dark patterns* ») ou à l'éco-tromperie (« *greenwashing* ») la proposition entend élargir le champ d'application pour notamment y intégrer de la publicité et ainsi toucher des pratiques commerciales déloyales. La Professeure Aubert de Vincelles souligna à titre liminaire que cet élargissement du champ générera probablement des difficultés de détermination de compétence des médiateurs ou des incertitudes sur les preuves pouvant être rapportées par les consommateurs.

Le BEUC estime que l'élargissement du champ d'application constitue un point fondamental, mais complexe ; raison pour laquelle il ne s'était pas engagé à ce sujet dans sa prise de position de novembre 2022. En admettant cet élargissement à l'avant-contrat, on quitte aux yeux du BEUC le domaine de la médiation de la consommation, notamment relativement aux principes de confidentialité et d'équité. Il existe par ailleurs à ses yeux un risque réel de privatisation de la protection des consommateurs. Finalement, la fédération estime qu'il y a là un risque général de confusion pour les consommateurs en la matière

Sur le premier point, la médiation de la consommation reposait sur le principe qu'il y avait un contrat entre le professionnel et le consommateur qui servait de base pour la discussion entre les deux parties. Si la directive s'ouvre au domaine des pratiques commerciales déloyales, le contrat n'existe plus, et c'est alors le médiateur qui va devoir faire ce travail d'investigation, alors même qu'il peut être dépourvu de temps, de ressources, ou d'expertise. C'est un premier point de difficultés.

Du reste, en sortant de la pure relation consommateur/professionnel, le rôle du médiateur devient quasi réglementaire, endossant un rôle de police de marché. Le principe de confidentialité ne doit alors pas permettre de couvrir des agissements qui échapperaient au régulateur. De même, l'équité ne doit plus être mobilisée puisque les pratiques commerciales déloyales relèvent d'un ordre public de protection. Il serait évidemment possible de renforcer l'article 17 en adjoignant une obligation d'information de l'autorité compétente par le médiateur saisi qui aurait par exemple à connaître de pratiques commerciales déloyales, mais on le positionne alors dans une pratique de « *watchdog regulation* » étrangère à sa nature première.

La France n'a pas arrêté de position interministérielle sur la question de l'extension du champ matériel mais entend ces questionnements. En droit français, les pratiques commerciales trompeuses sont des infractions pénales avec un rôle essentiel de la DGCCRF en matière d'établissement de la preuve, de contrôle, voire d'opération de visite et saisie. Aux yeux de cette administration, le rôle des médiateurs face à ce type de comportements n'est pas très clair dans le projet de révision. Cela pose en outre des questions d'articulation entre les autorités de contrôle, celles chargées de la police administrative comme la DGCCRF ou les autres services de l'État, et la médiation proprement dite.

Plus généralement, la médiation repose sur la bonne foi et une transparence minimale entre le consommateur et le professionnel. Or, dans le cas des pratiques commerciales trompeuses, on peut légitimement caractériser la mauvaise foi puisque le professionnel qui est à l'origine de ces pratiques a une intention délictueuse en entendant tromper le consommateur. Dès lors, la sincérité de la médiation apparaît illusoire.

De plus, reste la question de la preuve, qui en matière de pratiques commerciales trompeuses relève des directions départementales sous l'autorité du parquet, et qu'il va falloir articuler avec les médiateurs s'ils se trouvent compétents pour le domaine précontractuel.

Pour Éric Maurus, très concrètement, si le champ matériel s'ouvrait à des activités économiques hors contrat, il faudrait également renforcer massivement les équipes de médiation et les former à ces questions spécifiques du précontractuel.

Marie-Paule Benassi rebondit en assumant ce souhait de la Commission d'ouvrir au temps précontractuel nécessaire pour garantir l'accès effectif des consommateurs à leurs droits, pas uniquement dans un carcan conventionnel. Il s'agit notamment de protéger le consommateur dans l'hypothèse même de l'absence de convention, soit parce que celui-ci aurait refusé un contrat, soit qu'on lui aurait refusé à cause d'une discrimination (notamment géographique), soit encore parce qu'il souhaiterait mobiliser ses droits dits de « *switching* », c'est-à-dire d'accès aux services de base garantis sans engagement contractuel (par ex., domaine bancaire). Dans toutes ces hypothèses, à défaut de convention, il n'y a actuellement pas de possibilité de recours au REL.

Du reste, aux yeux de la Commission, doit avant tout primer le fait que le consommateur puisse faire valoir ses droits, quitte à ce que cela passe par un système de médiation plutôt que par un régulateur public de marché, qui sera par ailleurs généralement plus lent à agir, plus encore en cas de recours collectifs. Du reste, aux yeux de la Commission, dans la plupart des cas, les autorités nationales de contrôle prononcent des sanctions qui ne sont pas des compensations, ce que demande pourtant en premier lieu les consommateurs, et qu'ils obtiendront plus facilement dans une procédure individuelle de médiation.

Cela n'empêche par ailleurs nullement les États membres de mettre en place des solutions nationales de résolution systémique des problèmes en la matière, notamment en envisageant la manière dont les médiateurs pourraient signaler certains comportements illicites aux autorités de contrôle tout en garantissant la confidentialité exigée de la médiation, notamment par le biais de signalements statistiques sectoriels.

par Ronan Bretel, chercheur post-doctoral, Chaire Droit de la consommation, CY Cergy Paris Université, LEJEP, CRDE