

Chapitre 1

LES CARACTÉRISTIQUES DES DISPOSITIFS DE MÉDIATION



1. Les caractéristiques des dispositifs de médiation

La médiation, pour être efficace, doit parvenir à concilier responsabilité sociale et rentabilité économique. Les choix qui vont être faits concernant les caractéristiques des dispositifs mis en place vont influencer sur cette efficacité. Les expériences de médiation existantes sont à ce titre une source d'enseignements fructueuse. Il importe donc d'étudier les conséquences positives et négatives de ces choix afin d'en tirer des leçons pour la mise en place des médiateurs du secteur bancaire. Ces enseignements devront néanmoins être pris en compte avec précaution dans la mesure où les contextes de mise en place et les secteurs d'activité sont différents.

Afin de mener à bien cette réflexion, il est tout d'abord nécessaire de préciser ce qui est fixé par la loi Murcef, puis de mener une réflexion pour chaque thème identifié. Pour cette réflexion, nous procéderons de la manière suivante : un rappel de ce que disent sur ce sujet la recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE) et l'article 13 de la loi Murcef, puis une analyse des différentes expériences. Le rappel des principes énoncés par la recommandation de la Commission des Communautés européennes est nécessaire dans la mesure où la loi Murcef s'inscrit dans un processus européen de développement des procédures de résolution extrajudiciaire des litiges.

1.1. La loi Murcef et la médiation bancaire

La loi Murcef indique un certain nombre de caractéristiques qui définissent le profil et l'action des médiateurs :

- les médiateurs sont choisis en fonction de leur compétence et de leur impartialité ;
- leur indépendance est garantie par l'institution d'un Comité de la médiation bancaire. Le comité est, pour cela, informé des modalités et du montant des indemnités et dédommagements versés aux médiateurs par les établissements de crédit ;
- l'action de ce comité se fait par le biais de recommandations aux établissements de crédit et aux médiateurs ;
- le médiateur doit statuer dans les deux mois qui suivent sa saisine ;
- le médiateur est soumis à une obligation de confidentialité ;
- la procédure de médiation est gratuite ;
- la procédure de médiation et ses modalités d'accès doivent faire l'objet d'une mention portée sur la convention et sur les relevés de compte ;
- l'action du médiateur est limitée à la convention de compte, l'interdiction de vente de produits liés et l'interdiction de vente avec primes.

Si la loi Murcef précise un certain nombre de points, elle laisse au Comité de la médiation — prévu par la loi — et aux établissements de crédit la charge de définir les aspects non traités. Ce flou juridique laisse aux entreprises une certaine marge de manœuvre et leur permet de s'impliquer fortement dans la mise en place des dispositifs de médiation.

Cinq principaux thèmes sont sujets à interprétation et méritent une attention particulière :

- les caractéristiques « techniques » des dispositifs de médiation,

Plusieurs thèmes sont regroupés ici :

- l'information,
- la composition du dispositif de médiation,
- la communication avec les requérants,
- les modalités de saisine du médiateur.
- l'indépendance du médiateur,

Le Comité de la médiation bancaire est garant de l'indépendance du médiateur et, pour cela, a accès aux informations concernant le montant et le mode de rémunération. Si le contrôle de la rémunération est un aspect important pour évaluer l'indépendance du médiateur, il n'est pas le seul. Il faut donc se poser la question des autres éléments qui favorisent cette indépendance.

- le mode de financement de la structure de médiation,

La manière dont est financée la structure de médiation peut avoir un effet important sur son efficacité. Nous verrons au travers des différentes expériences existantes les choix qui ont été faits et leurs effets.

- le champ d'intervention du médiateur,

La loi est très claire quant au domaine d'intervention du médiateur. Son action concerne la convention de compte, l'interdiction de vente de produits liés et l'interdiction de vente avec primes. Néanmoins, l'expérience des divers médiateurs peut amener à s'interroger sur l'élargissement éventuel de ce champ d'intervention.

- les partenariats de la structure de médiation,

La mise en place de partenariats avec les autres acteurs du secteur peut être un vecteur important d'accroissement de l'efficacité de la structure de médiation. Il importe donc de se demander si certains sont à privilégier et dans quels buts.

- les suites données à son avis,

La loi ne précise pas la portée de l'avis rendu par le médiateur. En effet, celui-ci est-il simplement consultatif ou peut-il s'imposer à l'une des parties ? Le choix qui sera fait sur ce point est essentiel, notamment dans une problématique de développement durable.

1.2. Analyse des différents aspects de la médiation

Le découpage en thèmes présente la faiblesse de dissocier des éléments interdépendants, mais il n'est pas possible de faire autrement afin de mettre en lumière les différents enjeux de la médiation. Chaque thème est analysé selon un processus similaire : le rappel de ce que disent la loi Murcef et la recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE), les enseignements qui peuvent être retirés des expériences existantes, et une mise en perspective par rapport aux spécificités du secteur bancaire.

1.2.1. Caractéristiques « techniques » du dispositif de médiation

Sous le titre général de *caractéristiques « techniques » du dispositif de médiation*, plusieurs éléments sont regroupés :

- les modes de diffusion de l'information relative à l'existence de la structure de médiation,
- la composition du dispositif de médiation,
- les modes de communication utilisés à l'égard des requérants,
- la possibilité de se faire représenter pour saisir le médiateur.

Nous allons aborder ces quatre points successivement.

1.2.1.1. L'information

La recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE) indique les éléments suivants :

« II. Principe de transparence

Des moyens appropriés sont instaurés afin de garantir la transparence de la procédure. Ces moyens comportent :

1) la communication par écrit ou sous toute autre forme appropriée, à toute personne qui le demande, des informations suivantes :

- une description précise des types de litiges qui peuvent être soumis à l'organe ainsi que les limites éventuellement existantes par rapport à la couverture territoriale et à la valeur de l'objet des litiges ;
- les règles relatives à la saisine de l'organe, y compris les démarches préalables éventuellement imposées au consommateur ainsi que d'autres règles procédurales, notamment celles relatives au caractère écrit ou oral de la procédure, à la comparution personnelle et aux langues de la procédure ;
- le coût éventuel de la procédure pour les parties, y compris les règles concernant le partage des frais à l'issue de la procédure ;
- le type de règles sur lequel se fondent les décisions de l'organe (dispositions légales, équité, codes de conduite, etc.) ;
- les modalités de prise de décision au sein de l'organe ;
- la valeur juridique de la décision, en précisant clairement si elle est ou non de nature contraignante, pour le professionnel ou pour les deux parties. Si la décision est d'une nature contraignante, les sanctions applicables en cas de non-respect de la décision doivent être précisées. Il en est de même des voies de recours éventuellement existantes pour la partie qui n'a pas obtenu satisfaction.

2) la publication, par l'organe compétent, d'un rapport annuel relatif aux décisions rendues, permettant d'évaluer les résultats obtenus et d'identifier la nature des litiges qui lui ont été soumis. »

La loi Murcef indique quant à elle que « l'existence de la médiation et ses modalités d'accès doivent faire l'objet d'une mention portée sur la convention visée à l'article L. 312-1-1, ainsi que sur les relevés de compte ».

Les modes de diffusion de l'information concernant la structure de médiation sont donc relativement précis. Ces principes sont d'ailleurs respectés par les différents dispositifs de médiation étudiés. Cependant, au vu des pratiques des dispositifs existants, trois éléments peuvent être ajoutés :

- il est souhaitable que l'existence de la structure de médiation soit rappelée par les entreprises lorsqu'elles constatent la naissance d'un litige avec leur client ou que la procédure interne de règlement des litiges ne parvient pas à une solution dans un délai raisonnable⁹ ;
- il est sans doute opportun que les éléments d'informations diffusés utilisent différents supports (conventions, Internet, etc.) ;
- à l'instar du *Financial Ombudsman Service*, il est sans doute nécessaire que les éléments d'informations soient diffusés en plusieurs langues afin de favoriser une compréhension par l'ensemble des personnes, y compris celle maîtrisant faiblement le français, et en braille afin que les personnes non ou mal-voyantes puissent être également informées de l'existence de ce service.

Ces efforts de publicité et d'information menés notamment en direction des personnes pouvant être marginalisées par des modes de communications trop restreints, participent d'une démarche de responsabilité sociale. Cette prise en compte de leur environnement par les établissements concernés est aisément valorisable que ce soit en direction de leur clientèle ou en direction des investisseurs potentiels. Le bénéfice en terme d'image commerciale est sans doute largement supérieur au coût financier d'un tel effort.

1.2.1.2. La composition du dispositif de médiation

Ni la recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE), ni la loi Murcef ne donnent d'indication quant à la composition du dispositif de médiation.

Si l'on laisse de côté le *Financial Ombudsman Service* qui est une structure beaucoup plus importante que celles envisageables dans le cadre de la médiation bancaire (il comporte plus de 450 salariés), et le médiateur de la Société générale dont le secrétariat et la « pré-médiation » sont assurés par le service relations-clientèle, une certaine régularité apparaît au sein des différents dispositifs étudiés.

Le nombre de personnes qui composent les différents dispositifs de médiation, varie de trois à six. La répartition est la suivante :

- un médiateur,
- entre un et trois « assistants-médiateurs »,
- entre une et deux personnes assurant le secrétariat du dispositif de médiation.

Le profil requis pour le médiateur fait l'objet d'une analyse ultérieure. Nous allons donc nous limiter à celui des autres membres du dispositif.

⁹ Il est à noter qu'un dossier peut être repris par le médiateur de l'ASF et le *Financial Ombudsman Service*, si l'entreprise n'a pas apporté de réponse dans un délai de huit semaines après la réclamation du consommateur.

Les assistants-médiateurs

Ils ont principalement une formation juridique. En effet, ils réalisent une pré-médiation dans la mesure où ils réunissent les pièces nécessaires et étudient les implications sur le plan du droit de chaque dossier. Ils jouent d'ailleurs parfois un rôle « d'expert en droit » lorsque le médiateur n'en est pas un lui-même.

Il ne faut néanmoins pas sous-estimer leur fonction dans la mesure où, s'ils restent sous l'autorité du médiateur, ils sont parfois amenés à concilier les intérêts des parties en présence. Cet « élargissement » de leurs fonctions doit être prévu antérieurement à leur recrutement car il suppose des qualités de conciliateur qui dépassent les seules compétences en droit.

Le secrétariat de la médiation

À l'instar des assistants-médiateurs, le ou les secrétaires de la médiation doivent posséder des compétences qui dépassent le cadre d'un simple travail d'accueil téléphonique. Dans la mesure où ce secrétariat est le premier contact que les requérants ont avec la structure de médiation, il est indispensable que les personnes qui en sont chargées, puissent faire preuve de suffisamment de pédagogie pour clarifier la situation qui leur est présentée. Ce point est crucial car les requérants se trouvent dans une situation d'échec et souvent de rupture totale de communication avec l'établissement concerné. Il est donc nécessaire de désamorcer l'agressivité parfois présente afin de favoriser, d'une part, l'instruction du dossier (réunir les pièces justificatives nécessaires, etc.) et, d'autre part, le rétablissement du dialogue avec l'entreprise, étape préalable indispensable pour espérer parvenir à un accord.

1.2.1.3. La communication avec les requérants

Si la loi Murcef reste muette à ce sujet, la recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE) se prononce indirectement sur le mode de communication utilisé entre le médiateur et les parties :

« III. Principe du contradictoire

La procédure à suivre comporte la possibilité, pour toutes les parties concernées, de faire connaître leur point de vue à l'organe compétent et de prendre connaissance de toutes les positions et de tous les faits avancés par l'autre partie ainsi que, le cas échéant, des déclarations des experts. »

Le respect du principe du contradictoire implique que chacune des parties puisse avoir accès aux éléments apportés par l'autre. Cette « contrainte » favorise le recours aux documents écrits concernant la saisine et l'instruction du dossier.

En considérant uniquement la saisine du médiateur, seuls celui de la COB et le *Financial Ombudsman Service* offrent d'autres possibilités que le courrier postal (courrier électronique, téléphone, fax). Il s'agit d'une étape importante du processus de médiation et il est indispensable pour la grande majorité des structures de médiation étudiées qu'il y ait une trace écrite.

Si l'on s'intéresse à l'instruction du dossier, il ne reste que le médiateur de la Société générale, du Groupement des entreprises d'assurances (GEMA) et l'« *Ombudsman* » belge qui continuent de se limiter au courrier. Les autres ont recours à la fois au courrier et au téléphone (Médiateur de l'Association française des sociétés financières) (ASF), de La Poste, de la Fédération

française des sociétés d'assurance (FFSA) et de la Commission des opérations de bourse (COB) ou même à l'ensemble des moyens disponibles (*Financial Ombudsman Service*).

Le fait de ne pas avoir uniquement recours au courrier, mais d'y adjoindre les courriers électroniques et le téléphone pour l'instruction du dossier représente un gain de temps non négligeable. Il est néanmoins nécessaire que des traces écrites soient produites de manière régulière afin de respecter le principe du contradictoire.

Le recours aux confrontations directes est extrêmement rare. Cela arrive parfois si ce mode d'instruction se révèle être une véritable nécessité (en cas de difficultés extrêmes rencontrées par les requérants rendant inefficaces les modes de communication habituellement employés). Le principal reproche qui est fait aux confrontations, tient au fait qu'elles sont généralement génératrices de tensions supplémentaires entre les parties.

1.2.1.4. Qui peut saisir le médiateur ?

Une possibilité offerte aux seuls particuliers ou étendue aux établissements de crédit et aux professionnels

Que ce soit la recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE) ou la loi Murcef, aucun élément n'est apporté sur la limitation de la saisine aux seuls particuliers (ou les personnes physiques ou morales mandatées par eux), ou sur la possibilité offerte aux professionnels d'avoir recours à ce service. En effet, le terme employé est celui de « client » sans plus de précisions.

Les médiateurs de La Poste, de la COB et les « *Ombudsmen* » britannique et belge peuvent, sous certaines conditions, être saisis par des professionnels, possibilité envisagée par la Société générale en vue de l'application de la loi Murcef :

- le médiateur de La Poste : il peut être saisi par les particuliers, les professionnels, des élus, et les représentants de La Poste ;
- le médiateur de la Société générale : il peut être saisi par le client (87 dossiers) mais aussi par la Société générale (38 dossiers) ;
- le médiateur du GEMA : il peut être saisi indifféremment par le sociétaire (162 dossiers en 2001) ou par la mutuelle (20 dossiers en 2001) ;
- le médiateur de la COB : il peut être saisi par toute partie intéressée dans le cadre de son activité de médiation (il exerce aussi une activité d'information) ;
- le *Financial Ombudsman Service* : il peut être saisi par l'ensemble des consommateurs et des entreprises régulées par le *Financial Service Authority* ou qui ont reconnu volontairement ce service de médiation (cela représente 99% de la clientèle des établissements bancaires). Sont inclus les particuliers et les entreprises dont le chiffre d'affaire est inférieur à 1 524 500 euros ;
- l'« *Ombudsman* » belge : alors qu'il ne pouvait être saisi que par des particuliers, il peut aussi, depuis 2000, l'être par des entreprises mais dans un cas très spécifique. En effet, à la suite d'une directive européenne intégrée dans la loi belge en 2000, l'« *Ombudsman* » est compétent pour les conflits en matière de paiements transfrontaliers d'un montant inférieur à 50 000 euros.

La possibilité pour les établissements de saisir le médiateur et surtout, la mise en pratique de cette possibilité, peut être un indicateur de la reconnaissance de tels dispositifs et de l'implication des établissements.

La possibilité pour le requérant de se faire représenter

Outre la nature du requérant, un second point doit être abordé : la possibilité pour ce dernier de se faire représenter.

La possibilité pour le requérant de se faire représenter lors de la saisine du médiateur est abordée par la recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE) :

« VII. Principe de représentation

La procédure ne peut pas priver les parties du droit de se faire représenter ou accompagner par un tiers à tout stade de la procédure. »

Ce principe est complété par :

« VI. Principe de l'efficacité

L'efficacité de la procédure est assurée par des mesures garantissant :

l'accès du consommateur à la procédure, sans être obligé d'utiliser un représentant légal ; [...] ».

Il apparaît que les associations de consommateurs sont des interlocuteurs incontournables pour favoriser l'accès des consommateurs aux services de médiation. Cela correspond, de plus, au rôle qu'elles entendent jouer au sein de cette nouvelle procédure de résolution des litiges. Ce rôle peut bien sûr être assuré par une autre tierce personne (physique ou morale) tel un avocat.

L'ensemble des structures de médiation étudiées offre cette possibilité aux requérants¹⁰. Le médiateur de l'ASF indique que les saisines réalisées par l'intermédiaire des associations de consommateurs représentent 10% du nombre global de saisines. Les saisines du médiateur de la FFSA sont réalisées dans 9,3% des cas par des intermédiaires dont 78% sont des associations de consommateurs et 14% des cabinets d'avocat. L'« *Ombudsman* » belge indique que les deux modes de saisine sont à peu près équivalents en nombre.

L'intérêt d'une telle coopération est souligné par le médiateur de la FFSA :

« La participation de ces différents intervenants, et plus particulièrement celle des organisations de consommateurs, se révèle précieuse dans de nombreux cas par l'aide qu'ils apportent à la clarification des faits et à la rationalisation des demandes. Il s'agit souvent d'une véritable assistance qui facilite l'instruction des dossiers et, à n'en pas douter, favorise la compréhension par les réclamants des positions qui sont prises »¹¹.

¹⁰ Le médiateur de la Société générale, s'il offre bien cette possibilité, ne répond pas aux intermédiaires mais directement aux requérants. Le médiateur de La Poste rend le recours aux associations de consommateurs par les particuliers pour le saisir obligatoire.

¹¹ Le Médiateur de la Fédération française des sociétés d'assurances, 2002, *Rapport annuel 2001*, FFSA, p. 6.

1.2.2. L'indépendance du médiateur

Ce que dit la recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE) :

« L'indépendance de l'organe responsable pour la prise de la décision est assurée de façon à garantir l'impartialité de son action.

Lorsque la décision est prise de façon individuelle, cette indépendance est, notamment, garantie par les mesures suivantes :

- la personne désignée possède la capacité, l'expérience et la compétence, notamment en matière juridique, nécessaires pour la fonction ;
- la personne désignée jouit d'un mandat d'une durée suffisante pour assurer l'indépendance de son action sans pouvoir être destituée sans juste motif ;
- lorsque la personne désignée est nommée ou payée par une association professionnelle ou par une entreprise, elle ne doit pas avoir travaillé, au cours des trois dernières années précédant son entrée en fonction, pour cette association professionnelle ou un des ses membres ou pour l'entreprise en cause.

Lorsque la prise de décision est faite d'une façon collégiale, l'indépendance de l'organe responsable pour la prise de la décision peut être assurée par la représentation paritaire des consommateurs et des professionnels ou par le respect des critères énoncés ci-dessus ».

Ce que dit la loi Murcef :

« Il est institué un Comité de la médiation bancaire chargé d'examiner les rapports des médiateurs et d'établir chaque année un bilan de la médiation bancaire qu'il transmet au Conseil national du crédit et du titre. Ce comité est également chargé de préciser les modalités d'exercice de l'activité des médiateurs, en veillant notamment à garantir leur indépendance. Il est informé des modalités et du montant des indemnités et dédommagements versés aux médiateurs par les établissements de crédit. Ce comité peut adresser des recommandations aux établissements de crédit et aux médiateurs.

Le Comité de la médiation bancaire est présidé par le gouverneur de la Banque de France ou son représentant. Les autres membres sont nommés par arrêté du ministre chargé de l'Économie, selon la répartition suivante : une personnalité proposée par le collège de consommateurs et usagers du Conseil national de la consommation, une personnalité proposée par l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et deux personnalités choisies en raison de leur compétence ».

1.2.2.1. Commentaires

La loi Murcef fournit peu d'éléments au sujet de l'indépendance du médiateur, si ce n'est que le Comité de la médiation doit la garantir. Il est composé d'un représentant des consommateurs, d'un des établissements de crédit et de deux spécialistes.

Il faut donc se demander sur quels critères ce Comité doit insister pour assurer l'indépendance la plus complète possible des médiateurs.

Plusieurs facteurs sont énoncés par la recommandation européenne :

- les qualités de la personne choisie,

- la durée de son mandat,
- son « origine » professionnelle,
- la représentation paritaire s'il s'agit d'un collège de médiateurs.

La dernière condition est en partie remplie par la composition du Comité de la médiation. Néanmoins, il apparaît au vu des expériences de médiation existantes que ces éléments peuvent être plus ou moins respectés.

Les qualités de la personne choisie

Aucune procédure formelle ne peut garantir l'indépendance du médiateur. Celle-ci repose sur la personnalité et les pratiques du médiateur choisi, mais aussi et surtout sur la perception qu'en ont les clients ainsi que les associations qui les représentent.

Le choix du médiateur est pour tous les dispositifs, le choix d'une personnalité reconnue comme possédant les qualités d'indépendance et de compétence nécessaires pour ce poste. Ainsi, par exemple, Monsieur Ullmo, médiateur de l'ASF, a été pendant douze ans Secrétaire général du Conseil national du crédit, et Madame Christiane Scrivener, médiateur de la Société générale, est ancien Secrétaire d'État à la Consommation et ancien commissaire et parlementaire européen. L'« *Ombudsman* » belge doit en ce qui le concerne subir des tests proposés par des cabinets de recrutement spécialisés dans le domaine financier.

Il est sans doute préférable que la personne recrutée ait déjà derrière elle une expérience et une reconnaissance professionnelle importante, évitant ainsi que ce poste ne puisse servir de « tremplin », afin d'une part, de limiter sa sensibilité aux « pressions » qui pourraient exister, et d'autre part, de favoriser son impartialité.

La durée de son mandat

Elle est en général de deux ou trois ans renouvelables. Les « *Ombudsmen* » anglais et belge et les médiateurs de La Poste et de la Société générale sont nommés pour une période indéterminée. L'objectif est d'assurer au médiateur qu'il n'est pas révocable en fonction de ses décisions lorsqu'elles vont à l'encontre de l'entreprise.

Le caractère renouvelable du mandat pose la question des critères d'évaluation de l'action du médiateur. L'élaboration d'indicateurs permettant d'évaluer l'efficacité du dispositif de médiation est l'objet d'une partie ultérieure.

Son « origine » professionnelle

À l'exception du médiateur de la COB, qui était auparavant responsable du pôle contentieux, aucun n'exerçait de fonction au sein de l'organisme (ou des entreprises qui en sont membres) qui a recours à ses services.

Il semble que la nécessaire indépendance du médiateur ne puisse être compatible avec l'exercice de fonctions antérieures au sein de l'organisme qui le nomme ou le rémunère. Cela évite de plus d'avoir à prévoir un mécanisme de reconversion à la fin du mandat. En effet, un ancien salarié d'une entreprise devenu médiateur pourrait souhaiter retrouver son ancien poste à la fin de sa mission, ce qui pourrait biaiser les décisions prises au cours de son mandat.

Il faut préciser que cette situation ne nuit pas au médiateur de la COB dans la mesure où son action est davantage une action de conseil ou de conciliation que de véritable médiation. Le

nombre de cas où il y a véritablement une action de médiation, est restreint et il n'y a jamais d'avis qui soient émis.

La représentation paritaire

L'idée de représentation paritaire présente pour la constitution du Comité de la médiation, peut être reprise pour intervenir plus largement. Le Comité n'a de rôle que dans le contrôle de l'action des médiateurs. Il pourrait être envisagé d'intégrer la représentation paritaire dans le mode de désignation du médiateur. En effet, cela est le cas pour les médiateurs de l'ASF, de la FFSA et pour l'« *Ombudsman* » anglais. Faire participer les représentants des consommateurs au choix du médiateur est un gage d'indépendance de ce dernier qui favorise sa reconnaissance par les différentes parties et donc l'efficacité de son action.

Au vu de ces différents paramètres, il apparaît que l'indépendance des médiateurs pourrait être fortement favorisée de la manière suivante :

- le choix du médiateur est le choix d'une personnalité reconnue pour sa compétence et son indépendance ;
- le médiateur n'est pas un ancien salarié de l'organisme qui a recours à ses services ou des entreprises qui en sont membres ;
- le choix du médiateur s'effectue en intégrant l'avis des représentants des consommateurs ;
- le mandat pour lequel il est nommé est d'une durée de deux ou trois ans.

Un autre élément important pour l'indépendance du médiateur est mentionné par la loi Murcef. En effet, afin de garantir cette indépendance, le Comité de la médiation est « *informé des modalités et du montant des indemnités et dédommagements versés aux médiateurs par les établissements de crédit* ». Le financement de la médiation est le thème suivant.

1.2.3. Le mode de financement

La recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE) ne dit rien concernant la rémunération des médiateurs.

La loi Murcef indique que « *tout établissement de crédit désigne un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges relatifs à l'application par les établissements de crédit des obligations figurant aux I des articles L 312-1-1 et L 312-1-2* ». Mais elle ne dit rien quant aux modalités et montants des rémunérations et indemnités, si ce n'est que le Comité de la médiation en est informé. De plus, elle précise que « *cette procédure de médiation est gratuite* ». Son financement n'est donc pas supporté directement par les requérants.

1.2.3.1. Commentaires

Le financement de la médiation est à la charge de l'organisme qui l'accueille. Deux questions principales se posent par rapport aux modalités de ce financement :

- par qui le médiateur est-il « employé » ?
- comment s'organise le financement des structures de médiation de type fédératif ?

Aucune indication ne sera donnée sur le coût global dans la mesure où nous n'avons pas eu accès à ce type de données, à l'exception du *Financial Ombudsman Service* dont les caractéristiques dans ce domaine sont trop différentes pour être transposables en France.

L'« employeur » du médiateur

Deux options sont possibles : un médiateur rattaché à une seule entreprise (exemple du médiateur de La Poste, de la Société générale, du Crédit Lyonnais, ou des entreprises d'assurance qui n'ont pas recours aux médiateurs de la FFSA et du GEMA) ; un médiateur de type fédératif, au sens où il est mis à la disposition de plusieurs entreprises par une association professionnelle.

Le rôle d'intermédiaire joué par ces organismes entre les entreprises et la structure de médiation pourrait sembler être une garantie d'indépendance de cette dernière. Pour vérifier cela, nous nous basons sur le taux de satisfaction des attentes du requérant dans les actions de médiation. Le tableau suivant présente une comparaison entre les structures de type fédératif et celles directement employées par des entreprises ¹².

	Médiateurs de type « fédératif »						Médiateurs d'entreprises			
	ASF	FFSA	GEMA	COB	FOS	« Ombudsman » belge	Société générale	La Poste	Crédit Lyonnais (1)	Médiateurs d'entreprises d'assurance (2)
Requérant totalement satisfait	–	30,9%	13,3%	–	–	–	24,0%	40,3%	8,0%	–
Requérant partiellement satisfait		19,1%	32,7%	–			31,0%	29,5%	16,0%	–
Total	38,3%	50,0%	46,0%	–	47-50%	45-50%	55,0%	69,8%	24,0%	26,0%

Chiffre de l'activité de 2001
 (1) Les chiffres du médiateur du Crédit Lyonnais sont issus du rapport d'activité 2000, avant l'arrivée de l'actuel médiateur. Il est à noter que le taux de satisfaction des attentes du requérant était de 38% en 1999 et de 48% en 1998.
 (2) Cf. note de bas de page n° 11.

Il apparaît que les décisions des médiateurs dans une structure de type fédératif, sont totalement ou partiellement en faveur des requérants dans une proportion qui oscille entre 40 et 50%, alors que ce même chiffre varie de 24 à 70% pour les médiateurs d'entreprise. Même si elle ne saurait suffire à la démonstration, la proportion de dossiers favorables au client peut néanmoins s'interpréter comme un indicateur d'indépendance du médiateur. Si le nombre réduit de cas empêche toute généralisation, plusieurs enseignements peuvent tout de même être retirés :

- un taux de dossiers où les attentes du requérant sont partiellement ou totalement satisfaites supérieur à 40% semble être un bon indicateur d'indépendance ;
- le cadre fédératif paraît être une forme organisationnelle favorisant l'indépendance du médiateur même si elle ne peut la garantir.

Un enseignement annexe de ce tableau est que les entreprises n'ont pas à redouter la mise en place de structures de médiation dans la mesure où, si l'on met de côté les résultats du médiateur

¹² Les chiffres concernant les structures de médiation d'entreprises d'assurance sont fournis par le rapport 2001 du médiateur de la FFSA au sein de la note de bas de page 54 page 17. Il s'agit d'une moyenne concernant l'ensemble des médiateurs d'entreprises d'assurance.

de La Poste¹³, au maximum 55% des décisions rendues le sont en faveur du client. Cette innovation dans le mode de résolution des litiges ne va donc pas à l'encontre de l'intérêt de l'entreprise, bien au contraire¹⁴.

Il importe enfin de remarquer la division existant au sein du secteur de l'assurance. Les sociétés d'assurance et les mutuelles d'assurance ont refusé que soit mis en place un médiateur unique pour l'ensemble du secteur. La principale différence est que les avis du médiateur du GEMA s'imposent aux mutuelles, ce qui n'est pas le cas pour ceux du médiateur de la FFSA. Cette division est instructive dans la mesure où l'on retrouve des « familles » similaires au sein du secteur bancaire pouvant laisser présager les mêmes oppositions.

Le mode de financement de la structure de médiation de type fédératif

Le risque de « déresponsabilisation » de l'entreprise est d'autant plus prononcé lorsque la structure de médiation est de type fédératif. Le principe de mutualisation des coûts ouvre la voie à des comportements de « passager clandestin ». Tout dépend toutefois des modalités de financement et de la manière dont est fixé le montant des cotisations des entreprises adhérentes.

Les médiateurs français étudiés ont opté pour une cotisation d'un montant fixe et identique pour tous les adhérents, quelle que soit l'intensité avec laquelle ils ont recours au service de médiation. Pour l'« *Ombudsman* » belge, les entreprises membres cotisent *au prorata* du nombre de dossiers où elles sont impliquées. Quant au *Financial Ombudsman Service*, il combine les deux principes : la cotisation comporte un montant fixe minimal et un montant variable qui dépend à la fois de la taille de l'entreprise et du nombre de dossiers impliquant l'entreprise.

L'intérêt de la démarche est double :

- le principe mutualiste assure l'implication de l'ensemble des entreprises ;
- le principe « pollueur-payeur » encourage les entreprises à améliorer leurs services, leurs contrats et leur traitement interne des réclamations.

Il apparaît qu'un dispositif de médiation financé d'une manière analogue à celle du *Financial Ombudsman Service*, présente une dimension incitative qui encourage les établissements à améliorer leurs produits et services. Ainsi, les effets bénéfiques de la médiation sur la rentabilité économique des établissements pourraient permettre de réduire les réticences éventuelles.

S'il n'y a pas de solution qui garantisse l'indépendance du médiateur, il apparaît que le cadre fédératif peut la favoriser lorsque les entreprises sont réticentes à mettre en place un dispositif de médiation.

Outre ce mode « indirect » de participation du dispositif de médiation à l'amélioration du service proposé par les entreprises, d'autres voies peuvent être explorées. C'est l'objet de la partie suivante.

¹³ L'atypisme du taux de satisfaction des attentes du requérant atteint par le médiateur de La Poste peut s'expliquer de deux manières principales qui se complètent :

- la totalité des saisines du médiateur de La Poste aboutissent à un avis ce qui augmente le nombre d'avis favorable dans la mesure où des litiges qui se seraient résolus par une conciliation pour d'autres médiateurs font ici l'objet d'un avis ;
- les erreurs qui mettent en cause la responsabilité de La Poste sont assez nombreuses (notamment en matière de traitement interne des litiges) dans la mesure où d'une part, le champ de compétence du médiateur est très large et d'autre part, la segmentation de l'activité de La Poste favorise le risque d'erreur (ce qui légitime d'autant plus l'action du médiateur comme facteur d'amélioration de la qualité des services).

¹⁴ Nous avons montré d'autres avantages de la médiation pour les entreprises dans la partie traitant du développement durable.

1.2.4. Les partenariats de la structure de médiation

Ni la recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE), ni la loi Murcef ne se prononcent quant aux éventuels partenariats que la structure de médiation pourrait établir.

1.2.4.1. Commentaires

Quatre groupes d'interlocuteurs principaux peuvent être identifiés : les experts, les associations de consommateurs, les entreprises et les autres médiateurs. Nous allons présenter de manière successive la nature des relations existantes avec chacun de ces groupes pour les différentes structures de médiation étudiées.

Les experts

Les principaux médiateurs qui ont recours aux services d'experts, sont les médiateurs du secteur des assurances. En effet, la nature des litiges qu'ils ont à résoudre demande fréquemment qu'une expertise soit réalisée afin d'établir la part de responsabilité et la bonne foi de l'assuré.

Dans le secteur bancaire, le recours aux experts semble moins nécessaire. Les médiateurs de l'ASF ou de la COB ne font pas mention de tels usages. Par contre, les « *Ombudsmen* » britanniques et belges ont à leur disposition des services proches de services d'expertise mais ceux-ci sont intégrés à leur structure même.

L'« *Ombudsman* » belge peut avoir recours quand il le souhaite au Collège de la médiation pour se prononcer lorsque le litige porte sur un point demandant des connaissances juridiques très précises. Ce Collège de la médiation qui est une survivance du système de médiation des Caisses d'épargne belges antérieur à leur adhésion à l'Association Belge des Banques, est composé d'un magistrat émérite, d'un professeur d'université et d'un banquier retraité.

Le *Financial Ombudsman Service* dispose, pour chaque secteur où il est compétent (secteur bancaire, secteur de l'assurance et secteur de l'investissement) de plusieurs médiateurs ayant chacun sous leurs ordres des « *adjudicators* » dont le rôle est d'instruire le dossier et de proposer une solution prenant en compte le droit et l'équité. Il s'agit donc d'une première phase de médiation où la décision rendue ne s'impose pas à l'entreprise. Si celle-ci n'est pas acceptée par les parties, le médiateur intervient et, sur la base de l'expertise de l'« *adjudicator* », émet un avis qui s'impose à l'entreprise. Il apparaît néanmoins, au vu des résultats présentés dans le tableau suivant, que le recours à ces « experts » soit beaucoup moins nécessaire dans le secteur bancaire que dans les deux autres.

Solutions trouvées	Secteur bancaire	Secteur de l'assurance	Secteur de l'investissement
Conciliation	70%	25%	46%
Proposition de l'« <i>adjudicator</i> »	17%	62%	35%
Avis de l'« <i>Ombudsman</i> »	13%	13%	19%

En conséquence, si les médiateurs bancaires mis en place dans le cadre de la loi Murcef recourraient aux services d'experts, ce serait de manière occasionnelle et principalement pour des questions d'ordre juridique.

Les associations de consommateurs

Les deux principaux rôles que peuvent jouer les associations de consommateurs (participer à la nomination du ou des médiateurs, et représenter un client pour saisir le médiateur) ont déjà été traités précédemment.

Les entreprises

Un véritable partenariat peut être envisagé lorsque la structure de médiation participe à l'amélioration des services, contrats et traitements des litiges de ces mêmes entreprises. Pour que cela puisse être dénommé ainsi, il faut que l'action de la structure de médiation soit « directe » par opposition à une action passant par le mode de calcul des cotisations¹⁵ pouvant être qualifiée d'action « indirecte ».

Il faut tout d'abord distinguer le cas du médiateur de la Société générale dans la mesure où le dossier qui est déposé auprès du médiateur est instruit dans un premier temps par le service relation clientèle de l'entreprise. Il y a là un partenariat étroit qui dépasse largement celui de partie prenante d'un processus de médiation.

Le médiateur de La Poste est quant à lui, explicitement mis en place dans le but de favoriser l'amélioration de la qualité des services proposés. Il permet de pallier dans certains domaines l'absence de concurrence qui rend plus problématique l'identification de dysfonctionnements¹⁶.

Les médiateurs de l'ASF et de la FFSA disposent, quant à eux, d'interlocuteurs privilégiés au sein des entreprises ayant reconnu leur légitimité. Il s'agit le plus souvent du responsable du service clientèle. Cette relation privilégiée leur permet de résoudre plus facilement les litiges qui leur sont soumis, mais aussi de faire connaître aux entreprises concernées les défaillances potentielles qu'ils ont pu observer.

Le *Financial Ombudsman Service* a, pour préserver son indépendance, recours à une autre voie pour favoriser l'amélioration des services proposés par les entreprises. Il n'a pas de liens directs avec les entreprises sur ces questions, mais il passe par l'intermédiaire de l'autorité de régulation du secteur de l'entreprise concernée pour diffuser ses observations. Cela se passe principalement lorsque le problème identifié concerne une partie importante de la clientèle de ce secteur. Les entreprises ont ainsi le moyen d'intervenir avant de se retrouver confrontées à des plaintes collectives coûteuses financièrement et en terme d'image commerciale¹⁷.

Le fait d'utiliser l'autorité de régulation comme intermédiaire entre la structure de médiation et les entreprises ne semble pas favoriser davantage l'indépendance réelle du médiateur. Cela peut néanmoins donner aux consommateurs une apparence plus forte d'indépendance à laquelle une collaboration étroite et directe entre structure de médiation et entreprises pourrait nuire.

¹⁵ Le mode de calcul des cotisations et son rôle dans l'amélioration des services des entreprises sont traités dans la partie portant sur le mode de financement de la structure de médiation.

¹⁶ L'existence et le rôle joué par les médiateurs dans ce domaine au sein d'entreprises soumises à la concurrence souligne le caractère imparfait de cette dernière pour inciter à l'amélioration de la qualité des services proposés.

¹⁷ Ce point est également évoqué dans la partie consacrée à la place de la médiation dans une problématique de développement durable.

Les autres médiateurs

À l'exception du réseau Fin-Net mis en place pour favoriser le règlement par la médiation des litiges financiers transfrontaliers, il n'existe pas de véritables partenariats entre médiateurs. À cela une raison principale : les procédures de médiation ont toutes en commun le fait d'être annulées si une autre procédure de médiation est déjà en cours. Deux médiateurs différents ne peuvent donc pas simultanément instruire un dossier.

Il apparaît néanmoins, pour le secteur bancaire, que son morcellement, c'est-à-dire sa division entre différents champs de compétence spécifiques, peut réduire l'efficacité de la médiation. Ce point soulevé par le médiateur de l'ASF s'explique de la manière suivante : il existe un médiateur pour le crédit (celui de l'ASF), un médiateur pour les investissements (celui de la COB), il en existera bientôt un pour les services bancaires que sont le compte et les moyens de paiement scripturaux (celui issu de la loi Murcef) et aucun en matière d'épargne.

Il importe donc de se demander dans quelle mesure un système de médiation unifié comme le sont les systèmes belges et britanniques, n'est pas plus favorable à l'efficacité de la médiation que l'on pourrait alors qualifier de « financière ».

1.2.5. Champ d'intervention du médiateur et difficultés financières des clients

La loi Murcef définit le champ de compétence des médiateurs bancaires. Ceux-ci peuvent être saisis pour les litiges concernant la convention de compte, l'interdiction de vente de produits liés et l'interdiction de vente avec primes. Si la loi fixe un champ restreint, elle n'interdit pas que les établissements financiers étendent volontairement la compétence des médiateurs à d'autres secteurs. De plus, cette démarche volontaire s'inscrit, totalement dans l'esprit de la médiation.

Comme l'a souligné le médiateur de l'ASF, la compartimentation des médiateurs selon les entreprises ayant reconnu leur compétence et les types de litiges pour lesquels ils peuvent être saisis, nuit sans doute à l'efficacité de ces dispositifs. Nous avons évoqué précédemment ce point concernant une éventuelle coopération des différents médiateurs entre eux. Il s'agit ici de souligner un champ de compétence ignoré : celui concernant les difficultés financières des requérants.

1.2.5.1. Commentaires

À l'exception de celui de La Poste qui intervient pour l'ensemble des litiges ayant trait à la relation entre le client et La Poste, y compris les procédures d'interdiction bancaire, aucun des médiateurs actuellement en place n'a dans ses prérogatives ce type de litiges. Pourtant en pratique, tous y sont confrontés et sont contraints, dans leur grande majorité, à rejeter ces dossiers. Certains prennent toutefois la liberté d'intervenir, en particulier dans des situations nécessitant un réaménagement de dettes ; ils insistent sur le fait que leur intervention vise, non pas à empiéter sur celle des commissions départementales de surendettement, mais au contraire à la compléter.

Il y a fort à parier que les futurs médiateurs prévus par la loi Murcef seront, eux aussi, confrontés à des problèmes de remboursement et d'excès d'endettement. Prendre acte de cette réalité en élargissant leur champ d'intervention aurait deux avantages.

Tout d'abord, cela permettrait d'améliorer l'efficacité des réponses apportées aux difficultés financières rencontrées par une partie de la clientèle des établissements de crédit. Des procédures réglementaires existent déjà, mais leur mise en application se heurte à une insuffisance de moyens, en particulier concernant l'accompagnement des personnes, et à un défaut de

concertation et de coordination des différents acteurs impliqués. Il ne s'agit pas de donner pour mission aux médiateurs de résoudre les difficultés des personnes en situation de fragilité financière ; leur fonction se limiterait à jouer un rôle d'interlocuteur privilégié auprès des assistantes sociales, des conseillères en économie sociale et familiale, ainsi que de l'ensemble des structures de médiation de proximité qui ont pour but l'accompagnement de ces personnes¹⁸.

Par ailleurs, impliquer les médiateurs dans le domaine des difficultés financières est de toute évidence un moyen d'affirmer la responsabilité sociale des établissements de crédit. Le surendettement a un coût, qui est autant individuel que collectif. Il n'y a aucune raison pour que ce coût soit pris en charge uniquement par les autorités publiques, comme c'est le cas jusqu'à présent. Les situations qui conduisent au surendettement, on le sait, résultent d'une conjonction de facteurs. La responsabilité des consommateurs, considérés comme négligents ou imprudents, n'est désormais plus autant incriminée. On reconnaît désormais que l'insuffisance de pouvoir d'achat est un facteur souvent prépondérant. La responsabilité des établissements financiers, en revanche, est rarement mise en exergue, si ce n'est par les associations de consommateurs. Or de toute évidence, leurs pratiques sont parties prenantes du processus, ne serait-ce qu'en raison de l'illisibilité de l'offre, de l'absence de mesures préventives ou encore de l'insuffisance de mesures prévues pour rompre les contrats.

En étendant volontairement le champ de compétence des médiateurs à ce domaine, les établissements financiers auraient l'opportunité d'améliorer fortement leur image, sans pour autant que la structure de médiation en soit fortement modifiée et alourdie. Ils afficheraient ainsi leur volonté de prendre en compte leur environnement sociétal sans nuire à leur performance économique, bien au contraire¹⁹.

1.2.6. Les « décisions » du médiateur

Le rôle que peut jouer la médiation que ce soit en matière de résolution de litiges ou en matière d'amélioration des services, contrats et traitement interne des litiges des entreprises, dépend pour une part importante des caractéristiques retenues concernant l'épuisement des voies de recours internes et la portée des avis. En fonction de ces deux éléments, l'efficacité de la médiation peut être considérablement accrue.

1.2.6.1. L'épuisement des voies de recours internes

Ni la recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE), ni la loi Murcef ne se prononcent sur la nécessité ou pas d'avoir épuisé les voies de recours internes pour pouvoir saisir le médiateur.

Seuls le *Financial Ombudsman Service* et le médiateur de la COB ne demandent pas d'épuisement des voies de recours internes. Une simple prise de contact préalable avec l'entreprise pour lui expliquer le motif des griefs, suffit pour pouvoir saisir le médiateur.

Bien que l'épuisement des voies de recours internes ne soit pas requis, le cas du médiateur de la Société générale est intermédiaire. En effet, les dossiers déposés auprès du médiateur sont

¹⁸ Pour plus d'information concernant la « médiation de proximité » cf. l'étude menée sur ce sujet pour la Caisse des Dépôts et Consignations : Isabelle Guérin, Georges Gloukoviezoff, 2002, *Recherche/action pour améliorer les relations entre les organismes financiers et les personnes en difficulté*, Caisse des dépôts et consignations.

¹⁹ Nous avons montré en quoi la médiation est un vecteur d'efficacité économique, notamment en réduisant ou en évitant le coût et les procès.

tous préalablement instruits par le service relations-clientèle. Il y a donc un épuisement des voies de recours internes « de fait ».

Tous les autres médiateurs demandent que les voies de recours internes soient épuisées. Par contre, le médiateur de l'ASF fixe une limite temporelle pour qu'une solution soit trouvée. Si dans un délai de deux mois le client n'a pas obtenu de réponse, il est libre de saisir le médiateur. Le *Financial Ombudsman Service* a, lui aussi, mis en place une limite temporelle d'une durée équivalente.

Le fait de demander l'épuisement des voies de recours internes a en partie pour but d'éviter que les entreprises ne délèguent le traitement des réclamations de leur clientèle à la structure de médiation, et d'obliger ces mêmes entreprises à améliorer leur traitement des réclamations, particulièrement en favorisant la prise en compte des déficiences internes qui ont pu conduire à la naissance du litige.

Toutefois, afin de permettre cette amélioration sans nuire aux clients insatisfaits, il semble que la mise en place d'un délai maximal de réponse pour l'entreprise soit une bonne chose. Il est d'ailleurs à noter que ce délai est, dans les deux cas étudiés, de deux mois et qu'il correspond à celui qui est recommandé pour que le médiateur statue. Cette limite temporelle permet de s'assurer que l'entreprise ne mettra pas volontairement de la mauvaise volonté pour trouver une solution. Comportement qui est parfois constaté notamment par les médiateurs de l'ASF et de la COB. Le caractère incitatif d'une telle organisation est accru par le fait que l'avis prononcé par le médiateur s'impose à l'entreprise, ce qui est justement le cas du *Financial Ombudsman Service*.

Il apparaît donc que si l'épuisement des voies de recours internes est un élément qui permet l'amélioration du service, la fixation d'une durée maximale de réponse pour l'entreprise avant de pouvoir saisir le médiateur, en est un complément important. La combinaison de ces deux éléments peut ainsi permettre d'accroître les effets positifs que génère la structure de médiation pour l'entreprise.

1.2.6.2. Les avis

Les avis sont la solution proposée par le médiateur pour résoudre le litige qui lui est présenté. Ils prennent la forme d'un document écrit où le médiateur se prononce en droit puis en équité²⁰. Il s'agit de la phase ultime de la médiation. Ils n'interviennent que s'il n'a pas été possible de parvenir à un accord entre les parties et ils constituent la dernière étape avant de recourir à la justice.

La recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE) indique :

« VI. Principe de liberté

La décision de l'organe ne peut être contraignante à l'égard des parties que si celles-ci en ont été préalablement informées et l'ont expressément acceptée ».

La loi Murcef ne donne par contre aucune indication à ce sujet.

²⁰ L'articulation entre droit et équité a été analysée plus longuement au cours de la partie consacrée au principe d'équité.

La portée des avis

La principale caractéristique des avis qui varient entre les différentes structures de médiation, est leur portée. Si les avis n’engagent les particuliers pour aucune des structures de médiation étudiées, dans le cas du médiateur de la Société générale, du GEMA et du *Financial Ombudsman Service*, les avis rendus s’imposent aux entreprises²¹. Pour cela, les entreprises ont volontairement spécifié qu’elles renonçaient à contester les décisions rendues par le médiateur contrairement au particulier qui peut saisir la justice s’il ne s’estime pas satisfait par la solution proposée.

Lorsque les avis ont ce caractère contraignant, il reste à savoir qui contrôle la bonne exécution de l’avis rendu. Dès lors que les entreprises ont volontairement accepté de se soumettre aux décisions du médiateur, on peut supposer qu’elles respecteront les décisions prises. C’est le pari qu’ont fait la Société générale et le GEMA ; ni l’une ni l’autre n’ont prévu de système particulier de vérification. Le *Financial Ombudsman Service*, en revanche, délègue ce rôle à l’autorité de régulation : la *Financial Service Authority*.

Le caractère contraignant des avis, s’il a un intérêt véritable comme signal en direction des clients ou lorsque les entreprises ne s’impliquent pas véritablement, n’est pas forcément nécessaire pour que les avis soient suivis. En effet, dans le cas du médiateur de la FFSA, il s’avère que 92% des avis rendus ont été suivis par les entreprises sans qu’il y ait besoin de contraintes particulières.

Dans la mesure où la loi Murcef impose la mise en place de structure de médiation, le choix du caractère contraignant des avis pourrait être considéré comme un signe fort de l’implication des entreprises.

Le recours aux avis

Outre la portée des avis, il importe aussi de s’interroger sur leur place dans le processus de médiation. Sont-ils un aboutissement normal et presque systématique ou le symptôme d’une impossibilité à parvenir à un accord ?

Il y a de fortes disparités entre les structures de médiation étudiées :

	ASF	La Poste	Crédit Lyonnais (1)	Société générale	FFSA	GEMA	COB (2)	FOS (3)	Ombudsman belge (4)
Nombre d’avis	4	148	41	125	136	114	–	618	1 227
Pourcentage d’avis	1,4%	100%	70%	100% (5)	51%	96,6%	–	13%	95%

1) Chiffres de 2000.

2) La médiation de la COB ne donne pas lieu à l’émission d’avis.

3) Seuls les avis émis pour des litiges concernant le secteur bancaire sont pris en compte.

4) Il ne nous a pas été possible d’isoler les avis concernant uniquement le secteur bancaire.

5) Le cas de la Société générale est particulier dans la mesure où les dossiers présentés au médiateur ne peuvent plus faire l’objet d’une conciliation car elle a déjà été tentée précédemment

²¹ Dans le cas du *Financial Ombudsman Service*, les avis engagent les entreprises à hauteur de 150 000 euros.

Il y a donc des différences d'utilisation des avis très fortes notamment entre le médiateur de l'ASF et le *Financial Ombudsman Service* d'un côté et les médiateurs du GEMA, de la Société générale, et l'« *Ombudsman* » belge de l'autre.

Le tableau comparatif des modes de résolution des litiges du *Financial Ombudsman Service* met en lumière la place de la conciliation, par opposition à une solution non négociée qu'elle ait un caractère contraignant (avis de l'« *Ombudsman* ») ou non (proposition de l'« *adjudicator* »), pour trouver une solution au sein du secteur bancaire. Ce tableau permet d'éviter le biais des pratiques différenciées des structures de médiation dans la mesure où il s'agit de la même structure intervenant au sein des différents secteurs.

Solutions trouvées	Secteur bancaire	Secteur de l'assurance	Secteur de l'investissement
Conciliation	70%	25%	46%
Proposition de l'« <i>adjudicator</i> » et avis de l'« <i>Ombudsman</i> »	30%	75%	54%

Il apparaît nettement que la conciliation est le principal mode de résolutions de litiges du secteur bancaire contrairement aux autres. Selon le médiateur de l'ASF, cette répartition s'explique de la manière suivante :

- quand il y a un litige entre un particulier et un établissement bancaire, ce dernier a très rarement tort sur un plan juridique. En effet, les contrats sont, en grande majorité, très bien établis de ce point de vue et les litiges ne demandent que rarement la sollicitation d'un expert. Dès lors, le médiateur ne statue presque jamais en droit, mais surtout en équité. Dans la mesure où il se prononce surtout en équité, sa proposition a beaucoup plus de chance d'être acceptée si elle se fait dans le cadre d'une conciliation que d'un avis. Toutefois, et à l'instar du *Financial Ombudsman Service*, le caractère contraignant des avis peut être une ressource supplémentaire pour parvenir à un règlement.

L'utilisation des avis

L'utilité des avis, en dehors du fait qu'ils closent la médiation, doit enfin être soulignée. Trois dimensions retiennent notre attention :

- les avis peuvent être utilisés dans les procédures ultérieures à la médiation.

Cette dimension est très présente pour les « *Ombudsmen* » britannique et belge dont les avis sont parfois repris à l'instar d'une jurisprudence par les tribunaux. Cette possibilité n'est pas exclue par la loi Murcef qui précise que « *les constatations et les déclarations que le médiateur recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties* ».

- les avis peuvent être utilisés comme des outils pédagogiques.

Le médiateur de la FFSA indique que les entreprises sont parfois demandeuses d'avis formalisés. Elles les utilisent comme des outils pédagogiques de communication interne afin de favoriser l'amélioration des contrats et services proposés, ainsi que celle des services internes de traitement des litiges.

- les avis et leur portée peuvent être utilisés comme des signaux de responsabilité sociale de l'entreprise.

En mettant en place un dispositif de médiation et en le dotant de pouvoir contraignant à l'égard des entreprises, ces dernières réaliseraient une excellente opération de communication dans une problématique de développement durable. En effet, la structure de médiation deviendrait la preuve ou le signal de l'importance qu'attache l'entreprise à la prise en compte de son environnement sociétal.

Il apparaît que la détermination des caractéristiques des avis cristallise la majorité des enjeux de la médiation en général, que ce soit en terme de résolution la plus efficace possible des litiges pour les clients ou pour les entreprises, d'amélioration de l'efficacité interne des entreprises, ou d'affichage de la prise en compte de leur responsabilité sociale. La loi Murcef étant silencieuse sur ce domaine, ce sont les établissements de crédit qui auront à déterminer volontairement ces caractéristiques.

1.2.7. Ébauche d'indicateurs d'efficacité de la médiation

Il est très difficile de mesurer l'efficacité d'une action de médiation. Elle se déroule dans un cadre particulier et son succès dépend de la collaboration des différentes parties prenantes. Finalement, le seul fait de parvenir à un accord pourrait être la preuve de son efficacité.

Si trouver une solution à un conflit peut suffire pour une action de médiation, c'est insuffisant pour évaluer l'efficacité d'un dispositif de médiation bien que cela reste indispensable. Il est nécessaire de trouver d'autres indicateurs complémentaires.

Couplés au taux de réussite rencontré par la structure de médiation, c'est-à-dire le nombre de dossiers qui aboutissent à un accord par rapport au nombre de dossiers déposés, quatre indicateurs pourraient être pris en compte :

- indicateur de durée moyenne de traitement des dossiers ;

Cet indicateur permettrait de compléter l'indicateur précédent. Pour être encore plus pertinent, il faudrait qu'il soit couplé avec un indicateur de durée concernant les services clientèles et contentieux, et qu'il inclue une dimension dynamique.

- indicateur d'utilité de la structure de médiation ;

Cet indicateur qui pourrait correspondre au pourcentage de dossiers traités par le médiateur par rapport à l'ensemble des dossiers traités par le service clientèle, donnerait une bonne indication de l'utilité de la structure de médiation. De plus, il devrait être dynamique afin de mettre en lumière son amélioration ou au contraire sa détérioration. Nous ne sommes pas en mesure de présenter de taux référence car seule la Société générale nous en a communiqué un se situant autour de 5%.

- indicateur d'indépendance ;

Le taux de satisfaction des attentes des requérants peut être un bon indicateur de l'indépendance de la structure de médiation. En effet, un taux de satisfaction minimal se situant aux alentours de 40% est le signe d'une structure de médiation indépendante.

- Utilisation par les entreprises du dispositif de médiation ;

Le recours au dispositif de médiation de la part des entreprises pour résoudre un litige les opposant à un client peut être considéré comme la manifestation d'une participation volontaire de l'entreprise à la démarche de médiation, élément indispensable à son efficacité.

Ces quatre indicateurs couplés au taux de réussite de la médiation sont des pistes pour élaborer une réflexion en vue d'une évaluation des dispositifs de médiation. En effet, l'utilisation d'indicateurs améliorés en parallèle avec les critères de base d'une structure de médiation (par exemple ceux de la recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE)) pourrait être le premier pas vers un processus de certification. Ceci afin de garantir la réalité de la démarche en direction des consommateurs mais aussi en direction des investisseurs préoccupés par une problématique de développement durable.