



CLUB DES MÉDIATEURS
DE SERVICES AU PUBLIC

Conférence du Club des Médiateurs de Services au Public

« La pratique de l'équité en médiation »

Mercredi 29 octobre 2014

Monique SASSIER

Bonjour à vous tous. Nous avons décidé de commencer nos travaux dès 9 H 15 afin de pouvoir évoquer dans la matinée tous les sujets qui ont été prévus. Je dirai quelques mots de l'organisation de la matinée, mais je laisse à Emmanuel CONSTANS, le Président du Club des Médiateurs de services au public, le soin de nous accueillir et de nous rappeler l'origine de ce travail.

Emmanuel CONSTANS

Je suis heureux de vous saluer, Mesdames, Messieurs, de vous souhaiter une bonne conférence à tous, chers amis, chers médiateurs, il y a beaucoup de médiateurs dans cette salle, chers amis de la médiation également, nous sommes très heureux de vous accueillir.

Merci Monique, merci vraiment pour avoir organisé cette conférence, puisque, je le dis à chacun, c'est la responsabilité de Monique SASSIER, avec toute l'équipe du Club, d'avoir préparé cette manifestation. L'amphithéâtre, comme vous le voyez, est, dès le matin à 9 heures, déjà presque comble, nous en sommes particulièrement heureux,

Cette conférence porte sur un thème porteur, un thème essentiel notamment pour les médiateurs. Il ne peut pas y avoir de médiateurs sans équité, c'est donc ce thème de l'équité, de l'équité associée au droit, que nous avons choisi pour engager cette réflexion. C'est un thème important quel que soit le secteur concerné par la médiation et dans la diversité des formes de médiations.

Je rencontrais il y a quelques instants, pour la première fois, peut-être une des plus récentes médiatrices qui ait pris ses fonctions et qui nous vient de Monaco. Mme Anne EASTWOOD, nous sommes heureux de vous saluer. Vous êtes haut-commissaire à la protection des droits, des libertés et à la médiation de la Principauté de Monaco, une fonction nouvelle. Nous la saluons parce que cette nomination montre que la médiation s'étend toujours davantage, en lien avec la notion de protection des droits, nous aurons tout à l'heure la venue du Défenseur des droits, Jacques TOUBON. Votre mission s'inscrit, Madame, exactement dans la même perspective.

Je voudrais, dans le cadre de cet accueil, vous dire quelques mots sur le Club des médiateurs de services au public que beaucoup d'entre vous connaissent déjà, mais que je voudrais vous présenter plus complètement.

Ce club, créé en 2002, devenu depuis 4 ans une association de la loi de 1901, s'intitule désormais Club des médiateurs de services au public. C'est une subtilité puisqu'au départ nous étions « médiateurs de service public », bien que nous ayons toujours eu en notre sein des membres exerçant auprès d'entreprises ou de secteurs privés. Nous avons donc adapté l'appellation à la réalité de la composition et de la diversité du Club et nous sommes aujourd'hui le Club des « médiateurs de services au public ». Qu'il s'agisse de médiations auprès de services publics ou de services privés, ces médiations sont vraiment au service de nos concitoyens. Pourquoi est-ce possible ? Parce que l'approche, elle, est toujours la même, que ce soit dans le secteur public ou dans le secteur privé, c'est une approche de service, c'est une approche destinée à régler les litiges individuels dont nous sommes saisis mais aussi à prévenir les litiges par des propositions générales que nous faisons.

Nous comptons aujourd'hui 21 médiateurs en notre sein, qui respectent bien sûr des valeurs, une déontologie commune avec, et c'est très intéressant, une grande diversité de domaines, puisque le Club regroupe différents types de médiateurs.

Auprès d'administrations d'Etat, nous ne sommes que deux au niveau d'un ministère, Monique SASSIER au niveau de l'Education Nationale et de l'Enseignement supérieur et moi-même au niveau des ministères économiques et financiers à Bercy.

Des médiateurs exercent auprès d'autorités indépendantes aussi, comme Marielle COHEN-BRANCHE, médiateur auprès de l'Autorité des Marchés Financiers, qui est ici et membre du Club.

Dans le secteur social nous avons bien sûr des membres, en particulier le médiateur de Pôle-Emploi qui est très actif, c'est un service public considérable. Le médiateur de la Mutualité Sociale Agricole fait également partie du Club.

Je ne vais pas citer bien sûr l'ensemble des médiateurs membres du Club mais nous avons aussi bien des médiateurs sectoriels que des médiateurs d'entreprises avec les médiateurs de l'eau, des communications électroniques, du tourisme et du voyage, les médiateurs du groupe EDF, du groupe GDF SUEZ, du groupe La Poste, de la RATP, de la SNCF, Les Médiateurs des chaînes de télévision publique pratiquent un autre type de médiation. Nous avons aussi des membres dans les domaines de la banque, de l'assurance, et le médiateur de la Caisse des dépôts fait également partie du Club.

Et puis, il y a bien sûr le Défenseur des droits, anciennement Médiateur de la République, qui a toujours soutenu énormément le Club, qui est membre d'honneur de ce club, et qui nous fera l'honneur et l'amitié d'être parmi nous en fin de matinée. Je salue à cet égard tout particulièrement Bernard DREYFUS, Délégué général à la médiation avec les services publics auprès du Défenseur des droits, qui participera aux débats ce matin, et auquel nous devons beaucoup pour son appui au rôle et à l'activité du Club,

Comme vous pouvez le constater, il règne ainsi une grande diversité au sein du Club mais l'objet de celui-ci n'est pas de réunir tous les médiateurs parce que ce serait impossible et parce que nous voulons garder une structure opérationnelle. Notre composition est de ce fait limitée à un groupe d'une vingtaine de membres. Nous cherchons donc à associer à nos travaux d'autres médiateurs par des formules innovantes pour qu'ils puissent travailler avec nous, pour essayer d'élaborer ensemble des positions, des propositions pour avancer dans ce domaine de la médiation.

A nous seuls déjà, nous traitons chaque année plus de 100 000 demandes de médiation, en dehors même bien sûr des demandes qui sont adressées au Défenseur des droits. Sur ces 100 000 saisines par an, 70 000 concernent des médiateurs exerçant dans les domaines de la Consommation et 30 000 dans des domaines relevant plus du service public.

Plus d'un avis de médiation sur deux donne satisfaction totale ou partielle aux demandeurs.

Chaque médiateur exerce ses fonctions en toute indépendance et impartialité, conformément à notre charte, qui est connue, je pense, de beaucoup d'entre vous. La « charte des médiateurs du Club des services au public » a inspiré la charte que chaque membre peut établir en ce qui le concerne et nous demandons à chaque nouveau médiateur membre du Club d'y adhérer. C'est naturellement extrêmement important pour bien caler à la fois les valeurs qui guident le médiateur, la méthode qu'il suivra pour régler le litige ainsi que pour fixer les garanties que nous donnons aux personnes qui nous saisissent, particuliers ou entreprises dans certains cas également, comme je le fais en tant que médiateur des ministères économiques et financiers.

Nous avons un site, www.clubdesmédiateurs.fr, et c'est d'ailleurs grâce à ce site que nous avons pu organiser cette conférence, c'est un outil très précieux, un site qui doit beaucoup à Michel ASTRUC, qui est parmi nous, et qui va bientôt quitter ses fonctions de médiateur du groupe GDF SUEZ mais qui a contribué avec un dynamisme extraordinaire à ce site interactif qui accueille également des demandes de médiation transfrontières.

Nous avons également développé, c'est très important pour nous, des formations pour les médiateurs et leurs collaborateurs. Nous l'avons fait, certes parce que c'est désormais une obligation européenne forte mais nous avons déjà auparavant cette exigence de qualification et de compétence en tant que médiateurs du Club. Nous avons ainsi mis en place avec l'IGPDE du ministère des Finances un cycle de formation aux Fondamentaux de la médiation, un cycle de 6 jours de formation qui est ouvert à des participants en dehors même du Club. Notre groupe de travail sur la formation est présidé activement par Dominique CHEVAILLIER-BOISSEAU, médiateur du groupe BNP PARIBAS, qui est parmi nous.

Autre priorité pour le Club : un partenariat durable avec les associations de consommateurs. Nous nous attachons, en tant que Club des médiateurs de services au public, à avoir des relations suivies et régulières avec des associations de consommateurs dans le secteur de la consommation ainsi qu'avec les associations d'usagers quand celles-ci existent dans les domaines du service public. Et nous avons d'ailleurs le plaisir d'avoir parmi nous Elyane ZARINE qui est la présidente de la Commission de la médiation de la consommation, elle-même responsable d'une association de consommateurs.

Ce partenariat est bien sûr important également puisque les associations peuvent porter elles-mêmes des demandes de médiation qu'elles adressent au médiateur et elles peuvent aussi jouer un rôle d'intermédiaire et d'accompagnement des requérants qui est tout à fait précieux.

Nous avons donc établi une charte des relations du Club avec les associations de consommateurs.

J'ajouterai également parmi nos priorités le développement d'un autre partenariat pour nous très important : le partenariat avec les autres familles de la médiation. Notre médiation était parfois qualifiée de « médiation institutionnelle » parce que c'est vrai que nous exerçons nos fonctions de médiateur auprès d'institutions, qu'il s'agisse d'entreprises privées, d'entreprises publiques ou de services publics, mais nous avons volontairement renoncé à cette expression un peu solennelle de médiation institutionnelle au profit de l'expression plus précise de « médiation de services au public ».

Il y a d'autres familles de médiation, je pense à la médiation conventionnelle qui est réalisée notamment par des avocats qui sont à titre personnel médiateurs conventionnels ou par des personnes privées qui sont des professionnels de la médiation. Il y a également la médiation familiale qui est une des plus anciennes formes de médiation dans notre pays, ou la médiation judiciaire.

Il est important que toutes ces familles de médiation ne se chamaillent pas sans cesse, c'était un petit peu le cas précédemment, le Club des médiateurs était lui-même très attaqué dans cette affaire, mais il savait se défendre également.

Nous avons finalement décidé ensemble de nous réunir dans une Plateforme de la médiation française qui nous permet, tout en gardant notre propre voix bien entendu, de participer à cette médiation à la française qui nous réunit sur un certain nombre de principes et de valeurs communes qui sont tout à fait essentielles, tout en respectant les particularités de chaque forme de médiation, comme par exemple, en ce qui concerne le Club des médiateurs, le principe de gratuité de la médiation pour le consommateur ou l'utilisateur. Je tenais à le dire dès à présent et l'on pourra éventuellement en parler au cours de cette réunion ou ultérieurement.

Je souhaiterais, enfin, souligner la participation du Club aux évolutions des cadres juridiques européen et national, comme actuellement dans le domaine de la consommation, avec les travaux relatifs à la transposition de la directive du 21 mai 2013 sur le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation. Cette directive va permettre d'étendre le champ de la médiation à l'ensemble des secteurs de la consommation en France comme dans les autres pays européens et l'on va peut-être voir la naissance d'un véritable droit à la médiation, ce qui serait important aussi bien au niveau des services publics que de l'ensemble des services au public.

Je termine ainsi mon introduction et je repasse tout de suite la parole à l'organisatrice de cette matinée et de nos débats.

Monique SASSIER

Merci Emmanuel pour cette présentation d'un Club qui s'est donné pour mission de réfléchir, de réfléchir à la médiation, comme aujourd'hui en posant la question de l'équité, et qui s'est également donné pour mission de rassembler, de rassembler des idées, des personnes et aussi de proposer des évolutions législatives, réglementaires ou pratiques.

Lorsque nous avons songé à organiser cette conférence du Club, qui s'inscrit dans un cycle de conférences à venir, nous avons choisi le thème de l'équité, un thème assez général et intellectuel, conceptuel et nous avons vite compris que dans une matinée nous ne pourrions pas en appréhender tous les aspects. Nous avons donc décidé plus pragmatiquement de nous centrer sur notre pratique de l'équité dans les médiations que nous conduisons.

Nous travaillerons dans le même temps évidemment sur la dimension théorique, nous associerons ces deux dimensions.

C'est donc ce choix qui a été fait avec dans la matinée une présentation de situations réelles vécues par des médiateurs du Club qui ont eu recours à l'équité pour prendre des avis ou des recommandations et c'est pour cette raison que nous avons appelé cette matinée la pratique de l'équité en médiation.

Ce sera donc une matinée d'échanges et de débats et pas seulement une matinée de communication des uns ou des autres d'entre nous en votre direction. Il faut profiter de ce temps pour exposer son propre témoignage en sachant que exposer ce que l'on fait c'est toujours un peu, pour un médiateur, s'exposer à dire ce qu'il est, notamment concernant ces questions d'équité.

Parfois d'ailleurs dans les préparations de cette conférence, je me trompais et j'écrivais éthique à la place de équité, donc je pense que les deux mots et les deux éléments ont à voir.

C'est la raison pour laquelle, nous vous avons demandé, Maître MAJZA, de nous aider à regarder l'équité « dans le rétroviseur » et d'avoir ce regard à la fois historique et prospectif, acquis par la lecture des différents rapports ou textes des médiateurs mais aussi à travers votre propre connaissance de ce sujet.

A cet égard, Maître MAJZA, je voudrais saluer la qualité et l'excellence du travail que nous avons eu ensemble pour préparer cette conférence, revenant sur certains points, en développant d'autres, vraiment merci. C'est à vous.

Maître Béatrice MAJZA

Bonjour, Merci Madame SASSIER, merci surtout monsieur le Président de m'avoir associée à vos travaux. Je vais pour ma part présenter la notion d'équité, sous son aspect théorique puis pratique. Nous pouvons commencer par un adage : « Que Dieu nous garde de l'équité des parlements ! ». Et cet adage qui date du 16^{ème} siècle montre bien toute l'ambiguïté de la notion et qu'elle soit crainte ou encouragée, qu'elle guide l'esprit d'une loi ou qu'elle vienne atténuer la rigueur d'une règle de droit en fait, aucun système juridique n'a pu faire l'économie d'une étude de cette notion d'équité. Et il s'agit bien d'une notion extrêmement ancienne puisque ARISTOTE déjà soulignait le lien inéluctable entre le droit, la loi et l'équité. Ensuite à partir du 12^{ème} siècle, une forme de renaissance de la notion d'équité est réalisée avec le droit romain et déjà St Thomas D'AQUIN affirmait que l'équité ne s'écarte pas de ce qui est juste en soi mais uniquement de ce que la loi déclare comme tel. C'est donc un aspect extrêmement moral qui a d'abord été donné à cette notion d'équité avant qu'elle ne prenne ensuite une connotation plutôt philosophique avec KANT.

Se pose en tout premier lieu, la question de comment définir l'équité. Puisqu'effectivement, l'une des principales difficultés a été de trouver une définition juridique à une notion essentiellement subjective et morale. L'équité, à l'inverse du droit naturel ne pourrait se réduire à un certain nombre de principes fondamentaux et absolus applicables objectivement. Et ici nous avons deux conceptions qui s'opposent.

En premier lieu, nous pourrions considérer que l'équité dispose d'une véritable valeur juridique. L'équité pourrait être un mode de résolution des litiges plus juste, plus équilibré avec cette notion morale. L'équité pourrait être également un mode d'assouplissement de la loi abstraite et parfois inadaptée tout simplement aux exigences des cas particuliers. Nous avons donc eu cette première vision de l'équité.

Cependant, très vite on s'est méfié des Parlements jugeant en équité sous l'ancien régime, car le recours à l'équité a suscité de très nombreuses controverses. A ce titre, un certain nombre de textes a été adopté notamment l'ordonnance de Blois de 1579 qui interdisait directement aux juges de statuer en équité car on s'inquiétait effectivement à partir du 16^{ème} siècle d'un recours à l'équité arbitraire. Dès lors, on pourrait s'interroger, est-ce que l'équité doit être une source de droit ?

L'équité est en effet partagée entre deux notions, entre deux impératifs contradictoires. Tout d'abord la présence de la notion pourrait heurter l'exigence de prévisibilité inhérente à la matière juridique, de tels risques, facteurs d'insécurité, ont d'ailleurs été évoqués pour limiter le recours à la notion en droit civil français depuis l'ancien droit. Effectivement, encore aujourd'hui les juridictions judiciaires se montrent attentives à ne pas trop mettre en avant cette notion d'équité dans certaines circonstances et nous avons là ce fameux besoin de sécurité juridique qui est avant tout aussi une vision très française du droit qui repose sur la règle de droit et sur l'application très stricte de cette règle.

A l'opposé, nous pouvons également constater que l'équité s'est développée dans d'autres systèmes de droit et que certains pays ont accueilli plus favorablement la notion d'équité. C'est le cas notamment des droits du common law et de la Grande Bretagne qui elle a rapidement fait référence à l'equity, utilisée comme un moyen d'atténuer, d'améliorer les imperfections du droit. Effectivement la référence anglaise à l'equity a été une méthode pour corriger les imperfections de la règle de droit. Et pour prendre un exemple, le chancelier qui très vite prendra un poids certain par rapport aux cours anglaises va, dès le 15^{ème} siècle, en tant que quasi véritable juridiction, utiliser l'equity et va juger en fonction de chaque situation personnelle. Dans ce cadre, l'équité intervient au cas par cas pour atténuer la rigueur de la règle de droit. La seule difficulté que l'on voyait déjà à l'époque ce sont certaines imperfections attachées à la notion et surtout le fait qu'on avait une certaine incertitude vis-à-vis des solutions adoptées qui pouvaient évoluer d'un cas à l'autre.

Nous pouvons donc constater que certains droits, certaines matières se montrent plus favorables à accueillir l'équité que d'autres. Par exemple, si le juge judiciaire, notamment la Cour de cassation, rappelait encore en 2007 qu'elle jugeait avant tout en droit plutôt qu'en équité ; en droit public, le juge administratif acceptait au contraire de mettre en avant la notion.

Les juridictions internationales, juridictions qui interviennent pour juger des litiges entre Etats, où parfois la règle de droit n'est pas nécessairement parfaitement admise et qui a donc besoin d'atténuations et d'applications particulières, utilisent la notion d'équité.

Ainsi s'agissant de la Cour de justice internationale, ses statuts prévoient que si les parties sont d'accord, elle pourra statuer en équité. La fameuse expression *Ex aequo et bono* s'applique pleinement.

Ensuite c'est surtout le droit administratif français, perçu comme un droit d'équité, qui a beaucoup utilisé la notion. C'est en effet un droit qui a été en grande partie créé par le juge, et notamment le Conseil d'Etat qui s'est attaché au cas par cas à dégager certaines règles d'équité. Nous avons également l'exemple du Défenseur des Droits qui peut recommander de régler en équité la situation de la personne dont il est saisi, comme le précise ses statuts.

Et effectivement, c'est sous l'influence du droit administratif en France et notamment sous l'influence de la notion juridique d'égalité que l'on va faire évoluer l'équité vers d'autres notions telles que les discriminations positives. Et c'est ainsi que nous allons passer de l'égalité de droit, à l'égalité de fait, à l'égalité des chances, c'est-à-dire du principe d'égalité au principe d'équité. Or, si le droit peut-être défini comme un ensemble de normes ou de règles appliquées au moyen de voies d'exécution de contraintes, l'équité pour sa part, va renvoyer, à l'ordre des valeurs, telles que des valeurs abstraites de caractère moral et notamment des valeurs de justice.

La question qui se pose est de savoir à partir de quand véritablement a-t-on pu utiliser, appliquer l'équité. En effet, l'égalité est avant tout le fondement du respect des droits et l'idée d'égalité en France est très marquée dans le cadre de la déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789, véritable principe fondateur de la démocratie et qui surtout à cette époque a été conçue comme un moyen de mettre fin à l'arbitraire, D'où, en France, un véritable attachement à cette notion d'égalité. Mais cette notion d'égalité va aussi intégrer d'autres droits. Et c'est assez récemment avec sa décision de 1971, que le Conseil constitutionnel va créer ce bloc de constitutionnalité se référant à la déclaration des droits de l'homme et des citoyens et en se référant également aux divers préambules des constitutions. Et là encore, c'est le juge administratif qui dès la fin du 19^{ème} siècle va s'attacher à faire émerger et à faire évoluer cette notion d'égalité. Le juge administratif a toujours pris soin en découvrant de nouveaux principes d'égalité à se référer au principe existant. Le juge administratif va ainsi dégager certains principes d'égalité comme par exemple, le principe d'égalité fiscale, le principe d'égalité des usagers du service public, le principe d'égalité devant les charges publiques. Cependant, malgré la jurisprudence du Conseil d'Etat, malgré la reconnaissance de ce principe d'égalité au niveau constitutionnel, en pratique, ce principe s'est révélé insuffisant pour garantir une véritable égalité de fait, puisque malgré son affirmation subsistaient des inégalités : inégalités sociales, inégalités fiscales, etc.. Il a donc fallu faire évoluer cette notion et c'est ainsi que la notion d'équité a été dégagée par le juge administratif puis par le juge constitutionnel.

Alors, le concept d'équité consiste à attribuer à chacun ce qui lui est dû par référence à la justice naturelle plutôt qu'en vertu d'une loi. Il s'agit tout simplement de faire un effort pour rétablir le juste en traitant de manière inégale des choses inégales. Donc finalement l'équité va ajouter au principe d'égalité une exigence d'efficacité supplémentaire, ce qui se reflète essentiellement dans la jurisprudence du juge administratif qui par exemple utilise la notion en matière de responsabilité de la puissance publique, en matière de responsabilité médicale, comme cela été le cas par exemple dans l'affaire du sang contaminé où les centres de transfusion sanguine ont été condamnés et où les personnes concernées ont été indemnisées, notamment sur la base de la notion de l'équité.

L'équité est ainsi devenue très importante pour le juge administratif, elle apparaît pour lui à trois niveaux : lors de l'interprétation des normes écrites, lors de création de nouvelles règles jurisprudentielles, mais également dans l'application individuelle des normes de droit. Donc finalement cette évolution, qui date du milieu du 20^{ème} siècle, était fondamentale. Le juge est passé d'un contrôle formel de la légalité des actes, donc de l'application stricte du droit, à un contrôle du bien-fondé du droit, avec une particularité, ce principe d'équité a été dégagé en dehors de l'application des règles administratives et législatives, au cas par cas. Or, ce travail particulier du juge administratif n'a pas été immédiatement suivi par le juge constitutionnel, plus attaché à faire respecter le droit en tant que tel, à apprécier la loi par rapport à la constitution puisqu'effectivement le juge constitutionnel pendant longtemps n'a considéré l'équité que comme un principe supplétif, comme une simple référence, un ajout, un principe complémentaire au principe d'égalité. Ce n'est que progressivement que le juge constitutionnel va d'abord reconnaître dans l'existence d'un procès équitable, une véritable exigence constitutionnel, pour se référer directement, à partir de 2007, à la notion d'équité .

Nous sommes donc passés de l'égalité à son application plus morale, l'équité. Toutefois, il fallait passer une étape supplémentaire vers plus d'égalité, vers plus de prise en considération de certaines situations inéquitables ou insatisfaisantes et rétablir véritablement l'égalité des chances au détriment de l'égalité des droits. A ce titre, faut revenir sur les développements particuliers de l'Etat notamment de l'Etat français, puisque la notion d'équité est ici particulièrement développée. Le développement de la notion d'équité est étroitement lié au développement de l'Etat providence à partir du début du 20^{ème} siècle puisqu'effectivement après la première guerre, le vecteur essentiel de l'intervention de l'Etat sera l'équité sous le biais de la notion de solidarité. Donc l'Etat a instauré progressivement un socle de protection, de prestations sociales assurant une égalité minimale aux individus au sein de la société et évoluant au gré simplement des considérations économiques et sociales. Mais après la deuxième guerre mondiale on a pu constater que subsistaient toujours des discordances dans l'affirmation du principe d'égalité et on a pu constater des inégalités persistantes au sein de la société. Et c'est ainsi développée une nouvelle notion à partir des années 50 qui est celle de la notion de discrimination positive. Le droit a été officiellement placé sous l'angle de l'équité et régulé en sorte que effectivement l'équité soit prise dans ces effets les plus larges et depuis ses origines.

La question qui se pose aujourd'hui puisque la question est toujours véritablement d'actualité, dans quelle mesure et sur la base de quel critère faut-il admettre la légalité des discriminations positives et surtout quelles sont les limites à cette application poussée de la notion d'équité qui finalement du simple assouplissement de la règle de l'égalité est devenue une règle relative et compensatoire. Aujourd'hui, l'équité s'est véritablement institutionnalisée et est véritablement la base de certaines lois sociales.

Donc, comment pouvons-nous aujourd'hui admettre les discriminations positives ? Le principe d'égalité fait bien entendu obstacle à la mise en place de discriminations négatives, c'est-à-dire qu'on ne peut juger différemment les situations égales. Mais les réalités économiques et sociales étant particulièrement diversifiées, il est parfois difficile de traiter à l'identique toutes les situations, c'est pourquoi existeraient donc des discriminations positives qui visent à favoriser expressément certaines catégories de la population, à raison même de leur différence de situation.

Cette solution est relativement récente et c'est encore le Conseil d'Etat qui en 1951 a soulevé cette notion de discrimination positive dans l'un de ses arrêts. Et cette notion de discrimination positive va tendre à institutionnaliser celle plus abstraite d'équité, parce que finalement on parle moins d'équité que de discrimination positive pour lui donner un contenu plus concret.

Le processus de reconnaissance a été assez complexe : en France la Constitution de 1958 repose en effet sur le principe d'égalité. La Constitution interdit toutes les discriminations fondées sur la race, la religion, l'origine, le sexe, etc ... Cependant, malgré cette interdiction formelle, ce sont les pouvoirs publics eux-mêmes qui vont dépasser cette notion d'égalité stricte pour aller vers celle d'équité par la reconnaissance des discriminations positives. Ensuite, il a fallu encadrer afin d'éviter les dérives de la discrimination positive. C'est encore la jurisprudence administrative et le législateur qui vont encadrer les conditions à réunir afin de pouvoir recourir à la notion de discrimination positive : il faut avoir à l'origine une inégalité de fait à laquelle devra répondre une différenciation juridique de traitement. Ensuite, il faut que cette différenciation juridique de traitement se traduise par une compensation permettant de rétablir l'égalité : rétablir l'égalité va passer en premier lieu par une rupture de l'égalité pour plus encore d'égalité. L'élaboration d'une discrimination positive doit être fondée sur des critères admissibles, notamment par le reste de la population, accepter que d'autres effectivement aient ce petit plus pour rétablir une véritable égalité des chances. A ce titre, des critères très stricts doivent s'appliquer : la discrimination positive doit être fondée par exemple sur l'âge, sur des considérations financières ou sociales, donc sur des critères qui généralement vont justifier une loi. A contrario, sont prohibées, ce qu'on appellera les discriminations à rebours, c'est-à-dire celles qui finalement n'aboutiront qu'à un résultat opposé à celui poursuivi. Mais là malheureusement on ne s'en rend compte qu'a posteriori, c'est-à-dire lorsque finalement l'égalité n'a pas pu être rétablie par cette procédure de discrimination positive. Egalement, cette discrimination positive doit être en rapport avec le but poursuivi. Par exemple, moduler le tarif d'une cantine s'est effectivement favoriser l'accès des enfants à la cantine, favoriser peut-être le travail aussi d'autres personnes, etc... Donc la discrimination positive doit être en rapport avec l'objet ou le but de la loi ou du règlement qui l'établit. Par ailleurs, afin de faire accepter cette discrimination positive par la population, il faut aussi que cette différence de traitement soit proportionnée au but poursuivi. Tout doit se faire toujours dans l'équité, dans la mesure et dans le juste. Et surtout cette discrimination positive doit être justifiée par l'intérêt général, notion éminemment politique, qui peut également évoluer dans le temps, évoluer selon le contexte. Et enfin, la notion de discrimination positive doit être normalement limitée dans le temps. C'est-à-dire qu'une fois que l'égalité formelle est rétablie, la discrimination devrait cesser, afin d'éviter que de justice distributive, elle ne devienne politique d'assistanat.

Ces fameuses discriminations positives vont concrètement se développer à partir des années 1980. Donc diverses mesures sociales, fiscales, vont venir apporter des tempéraments, des atténuations à l'application de la règle de droit. Finalement, l'équité devient une technique au service de la garantie du principe d'égalité. Et notamment, le législateur va beaucoup utiliser cette notion d'équité, de discrimination positive dans certaines lois, dès lors que l'on parle de revenus minimum, dès lors également que l'on parle d'ouverture par exemple de la fonction publique à certaines catégories de personnes. De même, pour un exemple si j'ose dire extrêmement récent, hier le projet de loi concernant la modulation des allocations familiales, a été adopté dans le projet de loi de financement de la sécurité sociale, est-ce que c'est une mesure d'équité ? Est-ce que moduler et être plus équitable ?

S'agissant ensuite de la jurisprudence, on a vu également cette notion de discrimination positive mise en avant et validée par le juge dans certains services publics que l'on dit facultatifs. Des services publics de proximité comme les crèches, les écoles de musique, les cantines, mais également dans le domaine culturel, l'accès aux musées, aux bibliothèques, où sur la base de considérations fiscales, on va atténuer, moduler l'accessibilité à ces services.

La discrimination positive va donc permettre d'apporter cette touche, cette finalité sociale à tous les services publics, au nom cette fois-ci d'une lutte contre l'exclusion et pour faciliter l'insertion. Alors effectivement, ici la discrimination positive devient parfaitement compréhensible, elle devient juste car nous avons des considérations d'ordre social, d'ordre moral, qui viennent ici se croiser. Elle est justifiée par la promotion des principes d'équité et d'égalité des chances.

Cependant, cette notion de discrimination positive reste également éminemment politique et poussée à l'extrême pour certains, la discrimination positive, l'équité peuvent aboutir à des effets pervers. Justice redistributive visant à garantir l'uniformité et l'universalité des droits, elle pourrait contribuer finalement à marginaliser certaines catégories de population, certaines catégories d'individus finalement non concernés par cette mesure de discrimination positive, fractionnant ainsi à l'infini les sous-catégories bénéficiaires de dispositifs d'assistance. En définitive, l'équité qui prend toute son effectivité dans la discrimination positive, son développement pourrait, selon certains discours, aller à l'encontre de l'efficacité économique et financière du service concerné. Le principe de l'équité pourrait ainsi déboucher en matière de protection sociale, autant sur le meilleur que sur le pire, la discrimination positive pouvant ainsi conduire à l'uniformisation par une forme de gommage culturel. Et, en effet, pour parvenir à une égalité de fait, les discriminations positives sont entrées en contradiction avec certaines revendications identitaires, sociales voire territoriales. L'équité tend à l'assimilation, due à l'uniformisation selon un modèle finalement préconçu, donc certes posé par le législateur mais quelque part aussi imposé. Laissant ainsi en définitive de côté toute différenciation et surtout droit à la différence. Il s'agit de la critique finalement la plus poussée de la discrimination positive. Et cette critique est d'autant plus affirmée qu'effectivement ici le contrôle juridictionnel est assez particulier, puisque le juge, et notamment le juge administratif va surtout apprécier les faits, va limiter son contrôle à un contrôle restreint. Et souvent les juges vont se borner simplement à apprécier si les mesures mises en œuvre ne sont pas manifestement inappropriées au but poursuivi. Effectivement ici, le contrôle du juge de la discrimination positive se fera selon le critère de proportionnalité, donc notamment on l'a vu sur les évolutions fiscales, l'accessibilité à certains services publics facultatifs.

En conclusion, comment doit être finalement comprise cette notion d'équité ? Globalement, on estime que la notion d'équité est avant tout un mode de rééquilibrage vers un juste milieu, mais qui ne doit pas faire perdre de vue finalement l'égalité comme norme et comme objectif. La notion d'équité doit être comprise avant tout comme une règle accessoire or certes pas complètement peut être comme une règle subjective comme le constatait le Conseil constitutionnel, mais en tout cas, un moyen d'interprétation des autres règles de droit. N'en demeure pas moins que la notion d'équité s'est faite l'écho de tout ce que le droit antérieur ignorait dans toute sa rigueur, dans son application, et dont les besoins nouveaux exigeaient la consécration. Finalement l'équité a permis de suppléer aux insuffisances de certaines règles juridiques, à leur côté parfois brutal dans leur application, parce que parfois, la règle juridique à un côté extrêmement technique ; mais laisser de côté certaines catégories de personnes peut également conduire à de nouvelles inégalités.

L'équité doit s'entendre effectivement comme vous le soulignez, comme une notion éthique, plus d'éthique dans la règle de droit. Elle a permis effectivement aussi d'humaniser le droit. Et là je citerai effectivement Mme SASSIER : « entre la rigidité de l'application de la règle, il y a place pour un moyen terme l'intelligence des situations qui évalue ». Donc l'équité est nécessaire, l'équité atténue le droit. Cependant, elle a pour effet également de revenir sur la conception très française du principe d'égalité. Or notre vision est très légitimiste en raison du poids de la loi et du droit en France, on estime malgré tout que le principe d'égalité demeure malgré tout la base, le principe universel, le principe qui sous-tend notre démocratie sociale, qui sous-tend aussi la lutte contre toute discrimination, toute dérive autoritaire, pourquoi ? parce que finalement l'égalité est unanimement admise beaucoup plus simplement que la notion d'équité que l'on a parfois des difficultés à appréhender et l'égalité doit demeurer malgré tout le fondement du respect des libertés fondamentales. Et effectivement, l'équité ici doit avant tout garder aussi ce caractère correctif de la règle de droit. Et en pratique, on s'est rendu compte que finalement l'équité était d'un maniement difficile pour le juge. Certes le juge administratif l'a admis avec parfois l'intervention du législateur. Le juge judiciaire a plus de difficultés, ce sont surtout les juges du fond, les tribunaux de commerce par exemple qui l'utilisent, la Cour de cassation, en 2007 ne juge qu'en droit et non en fait. Et donc finalement l'équité est très certainement le domaine d'intervention privilégié, d'autres organes mieux adaptés que les juges pour intervenir en la matière et donc, nous pouvons mettre en avant l'arbitrage, les conciliateurs mais surtout les médiateurs.

Monique SASSIER

Merci, vous méritez bien ces applaudissements pour ce travail de préparation que vous avez fait et dont vous nous avez restitué l'essentiel.

Dans ce monde, parfois pessimiste qui trouve que tout va mal sur tout et partout et tout le temps, je crois que comme médiateur, nous avons mille raisons d'être optimistes.

D'abord parce que le panel des concepts que nous pouvons utiliser entre l'égalité des chances, l'équité, l'application de la règle de droit, l'interprétation de la règle de droit, la gestion des contraires, l'intelligence des situations, tous ces principes, tous ces concepts, toutes ces idées, toutes ces façons de faire, nous les côtoyons un peu tous les jours et merci de nous avoir modestement rappelé que nous n'avons pas comme médiateur inventé l'équité puisque ARISTOTE est passé avant nous. La concurrence était en effet redoutable pour lui !

Peut-être maintenant des réactions des uns des autres, il faut que la parole soit totalement libre, ce travail est le début d'un travail.

Bernard CIEUTAT

Etant donné que nous sommes dans un Etat de droit, est ce qu'à votre avis l'équité fait partie du droit ?

Maître Béatrice MAJZA

Je vous remercie pour votre question.

Un Etat de droit est un Etat qui respecte donc le droit, les principes fondamentaux, une organisation démocratique de ses institutions, mais effectivement l'équité est peut être significative d'un Etat de droit, on devient équitable dès lors qu'on a déjà une base juridique solide qui nous permet finalement de l'atténuer. Donc il me semble que l'équité est le corollaire indispensable de l'Etat de droit d'où découle naturellement cette notion d'équité.

Bernard CIEUTAT

J'aurai une deuxième question. Je suis médiateur d'entreprise et il y a une notion qui est toujours très ambiguë pour un médiateur d'entreprise. Vos propos m'ont d'ailleurs éclairé, dans une certaine mesure. Cette question porte sur ce qu'on appelle « le geste commercial ». Il m'arrive parfois, à bout d'argument, de demander à l'entreprise dont les règles n'ont pas été respectées par un voyageur, de faire un geste commercial. Cette expression, pour certains, sent un peu le souffre. Mais ce geste me paraît justifié, au cas d'espèce, en équité. En somme, je fais appel à l'intérêt bien compris de l'entreprise, et d'une certaine manière à son intelligence. Est-ce que vous justifiez cette approche ?

Maître Béatrice MAJZA

Oui, effectivement, toute la difficulté de l'équité, est de la définir par rapport à un critère d'intervention. Je vous avais cité quelques critères objectifs mais surtout ce sont des critères subjectifs qui vont guider le législateur, qui vont le conduire à s'autolimiter. Et comment apprécier l'intervention de l'équité ? c'est effectivement la grande difficulté qui évolue d'un médiateur à l'autre, d'un domaine d'intervention à l'autre, donc vous parliez d'une charte des médiateurs et je pense qu'effectivement il y a toujours une base juridique qui va nous autolimiter dans l'équité, parce que nous avons pu critiquer l'équité dans ses dérives arbitraires mais effectivement comment intervenir en équité, selon quelles mesures ? Si l'équité peut être justifiée par l'atténuation du droit, comment peut-on se sentir autorisé à intervenir en équité ? Je pense qu'il est important d'avoir une base, vous parliez de geste commercial c'est ça, d'intervention particulière, donc je pense qu'elle doit être quand même justifiée et guidée par certaines règles. Il me semble donc que l'intervention en équité sera bien justifiée dès lors qu'on se base sur un socle et qu'on ne part pas, vers d'autres dérives.

Francis FRIZON

Je n'avais pas prévu d'intervenir à ce stade du colloque mais je souhaite réagir à ce qu'il vient d'être dit au sujet du geste commercial par rapport à l'équité . Dans certains secteurs, le geste commercial aboutira à une situation inéquitable parce que il sera en définitive pris en charge par les autres membres de la collectivité dont fait partie justement celui qui va bénéficier de ce geste. L'exemple de l'assurance est à cet égard topique puisque si la société d'assurance fait un geste commercial en vue de mettre fin à la contestation, ce sera finalement au détriment de la collectivité des autres assurés qui in fine en supporteront la charge. Donc moi je me méfie beaucoup de cette notion, excuse-moi Bernard.

Maître Béatrice MAJZA

Et vous avez parfaitement raison parce que finalement on s'appuie toujours sur la solidarité nationale pour intervenir en la matière. Par exemple, existent depuis 2002 les Commissions Régionales d'Indemnisation des accidents médicaux et nosocomiaux, les CRCI, qui parfois peuvent décider au nom de la solidarité nationale d'indemniser certaines personnes victimes d'accidents médicaux. Or effectivement et c'est pour cela d'ailleurs qu'on va justifier dans le cadre des lois ou dans le cadre de la jurisprudence à chaque fois pourquoi dans certaines circonstances on va pouvoir demander au reste de la population un geste si j'ose dire financier. D'où la nécessité effectivement soit d'avoir une charte soit systématiquement peut-être de le justifier vis-à-vis d'autrui.

Jacques SALZER

On a parlé du geste commercial mais je crois qu'il convient de parler de manière beaucoup plus large de la notion de « faire un geste » qui concerne aussi les médiateurs autres. Je voudrais ainsi ajouter par cette notion qu'il existe dans la société et dans les rapports entre personnes, ce qu'on peut appeler l'altruisme, la générosité, le don et le contre don, d'ailleurs reconnu en droit des transactions par l'exigence de concessions réciproques. Ainsi, le geste peut-être aussi institutionnalisé comme un cadeau que chacun fait à l'autre, d'un autre ordre.

Marielle COHEN-BRANCHE

Peut-être, de façon beaucoup plus pragmatique, pour revenir au geste commercial, rappelons que dans une transaction amiable où il n'y a pas de reconnaissance de responsabilité, ce qualificatif est simplement une façon d'habiller le fait qu'il n'y aura pas de reconnaissance de faute. Il ne faut pas trop se leurrer, la plupart du temps, s'il y a un geste c'est bien parce qu'il y aura la reconnaissance implicite d'un dysfonctionnement mais non explicite, contrairement par exemple à l'autorité de la concurrence qui réclame dans une transaction la reconnaissance de la culpabilité. Ce que cherche le médiateur c'est l'efficacité : un paiement, c'est-à-dire une indemnisation mais qui ne sera pas fondée sur la reconnaissance d'une responsabilité et qui sera habillée par ce qualificatif qui dérange les uns mais arrange les autres et qui, simplement, permet, si jamais le document confidentiel venait à circuler, de ne pas être utilisé par d'autres.

Monique SASSIER

Les éléments qui nous sont donnés ici sont très proches des réflexions que nous avons eues, c'est-à-dire que notre travail n'a pas pour objectif de promouvoir ou de ne pas promouvoir l'équité mais de réfléchir à son intégration dans notre pratique et d'en tirer des conclusions.

Marielle COHEN-BRANCHE nous dit qu'au fond l'équité est un consensus, c'est-à-dire un immense malentendu où chacun s'y retrouve parfaitement.

Vous nous renvoyez à une question : Un médiateur peut-il être équitable tout seul, ou est-ce que l'équité dépend aussi de la façon dont nos partenaires la reconnaissent ou ne la reconnaissent pas, est-ce qu'on est équitable tout seul ? A vous écouter, non. On est équitable dans un échange de la reconnaissance de l'équité.

Maître, si vous pouvez nous en dire un mot ...

Maître Béatrice MAJZA

Souvent l'équité se place dans le cadre des relations bilatérales voire plus et si vous intervenez en équité me semble-t-il c'est aussi pour trouver vous le soulignez un règlement des litiges le plus équitable possible. Effectivement, vous parliez d'absence de responsabilité, je dirais parfois que dans certaines transactions on peut se reconnaître tous deux coupables et que justement pour reconnaître le côté inintéressant de cette culpabilité, le dépasser, il faut rechercher une solution équitable pour éteindre un conflit. On le voit dans le cadre des transactions juridiques, chaque partie reconnaît sa part de culpabilité mais chaque partie s'entend pour trouver une solution équitable et généralement on termine l'acte de transaction par l'extinction du conflit et on s'interdit de porter l'affaire devant un autre Tribunal.

Henri D'OYSONVILLE

Vous montrez effectivement que la loi ou des règlements ont cherché à fixer de nouvelles règles pour essayer de corriger les problèmes d'application rencontrés et ainsi de mieux respecter l'équité : mais ces règles juridiques finissent par devenir encore plus compliquées qu'avant ! Les médiateurs ont aussi cette difficulté : quand on traite un dossier, on cherche effectivement à agir en équité, mais la question se pose toujours de savoir si la solution adoptée sera connue ou pas, c'est le problème du précédent, vrai sujet de débat. Les associations de consommateurs ont en général une autre position, car elles veulent que les décisions soient publiques. Pour ma part, je crois qu'il ne faut pas faire connaître nos décisions, pour ne pas créer un précédent ; sinon, la médiation serait elle-même en cause. Par contre, les médiateurs de services au public ont une solution grâce à leur rapport annuel qui, lui, est public : vous avez d'ailleurs cité à ce propos le rapport de Monique Sassier, Médiateur du Ministère de l'Education Nationale. Donc, pour moi, la bonne façon de traiter l'équité, ce n'est pas toujours de faire connaître les décisions prises. J'aimerais avoir votre avis.

Maître Béatrice MAJZA

Le caractère confidentiel de l'équité peut être important.

Henri D'OYSONVILLE

Avec ce correctif peut-être que nous pouvons avec le rapport annuel proposer justement des mesures qui permettront de le corriger.

Maître Béatrice MAJZA

Oui, vous parliez du précédent qui effectivement permet de construire un socle et de fournir ce fameux cadre juridique d'intervention de l'équité.

Ensuite, le caractère confidentiel qui va s'attacher aux transactions, peut se retrouver au niveau de procédures plus judiciaires, l'intervention d'avocat qui est un peu particulière où effectivement il y a une forme de confidentialité, en raison des montants, du caractère de la procédure, de la protection des parties. La confidentialité n'est peut-être pas dans certaines circonstances et au niveau de la médiation nécessairement la plus absolue et peut être la bonne voie. Puisque je pense qu'effectivement le partage de compétences et d'expériences, la connaissance de précédents peuvent être extrêmement utiles, et si parfois l'équité, le jugement en équité peut-être secret dans certaines circonstances particulières, il pourrait être plus ouvert plus médiatisé comme apport, comme construction de la notion même d'équité.

Monique SASSIER

Vous êtes effectivement sur les bonnes pistes de réflexion sur ce sujet, il est probable d'ailleurs que la question de la confidentialité fasse l'objet de travaux prochains du Club. Quels éléments ou documents partageons nous, comment, pour quelles raisons, comment informons nous les personnes de ce partage, c'est donc bien un sujet qui devra être traité ultérieurement

Jean-François CHADELAT

Médiateur de la mutualité sociale agricole.

Moi je voudrais vous poser la question suivante qui n'est pas simple à régler. Le droit évolue en permanence dans le temps et c'est particulièrement vrai en matière sociale. Alors la question que je me pose, c'est comment peut-on traiter l'équité dans le temps sans devenir inéquitable ? Autrement dit, ce qui est vrai en équité à l'instant T peut-être faux en équité à l'instant T+N. Comment règle-t-on cette question en particulier dans le domaine social ?.

Maître Béatrice MAJZA

On règle ces questions au cas par cas, et c'est bien pour cela qu'on se méfie toujours un peu de l'équité qui est extrêmement fluctuante, qui n'est pas nécessairement un concept très fiable puisque évoluant dans le temps, donc généralement c'est aussi au législateur de mettre les garde-fous à cette notion. Comme avec l'exemple de la modulation des prestations sociales qui est une forme déjà d'évolution, de l'appréciation d'un traitement égalitaire du versement de prestations sociales et familiales. Donc je pense que l'équité est une notion qui a aussi l'avantage de la souplesse, elle va s'adapter aux circonstances, elle va s'adapter aux problèmes sociaux, mais effectivement, c'est du cas par cas et cela suppose aussi une certaine forme de vigilance, vigilance du législateur, vigilance des juges à bien appliquer, à bien faire évoluer cette notion d'équité, avec cette question de garde-fou. Je pense qu'effectivement le rôle du médiateur est, comme vous le soulignez, de faire du cas par cas et en fonction des circonstances, apporter des solutions.

Monique SASSIER

Merci. Nous allons y revenir à travers les situations rencontrées et vous aurez ainsi l'occasion de reposer votre question. Nous allons donc cesser ce débat sur le "commerce équitable" et laisser la place à nos collègues qui vont nous expliquer comment ils se sont débrouillés avec des situations pour lesquelles ils ont eu recours finalement à des propositions, ou à des avis, ou à des recommandations en équité.

Nous avons demandé à Serge ARNAL qui travaille avec Emmanuel CONSTANS pour la médiation des ministères économiques et financiers, à Jean-Pierre HERVE, médiateur du groupe GDF Suez, qui vient de prendre ses fonctions mais qui a travaillé les questions sociales depuis longtemps et donc qui a une grande expérience de ce travail et à Pierre SEGURA qui nous dira ce que c'est qu'un colis équitable ou ce qu'est « la Poste équitable », ce qui serait finalement un logo assez intéressant pour l'avenir de la Poste !.

Il ne faudra pas hésiter à nouveau cette fois à poser des questions, sur le fond même des situations, pourquoi vous avez fait ce choix de l'équité, est-ce qu'il n'y en avait pas d'autre, comment vous l'avait fait par rapport à l'entreprise, est-ce que vous avez espéré que l'entreprise soit d'accord avec votre proposition ou est-ce que vous avez dû batailler et est-ce que vous avez dû contourner des règles ou faire autrement ?. Enfin, mille questions, avant même que vous ayez commencé.

Serge ARNAL

Bonjour à tous, en prolongement des propos de Maître MAJZA, je vais vous présenter quelques exemples pratiques de médiation dans le domaine ici à Bercy de la compétence des ministères économiques et financiers et vous serez probablement surpris de constater que l'équité trouve à s'appliquer plus qu'on ne le pense et notamment en matière fiscale.

Préalablement, je rebondirai sur les développements de Maître MAJZA concernant les principes d'équité et d'égalité. Comme l'a très bien souligné Maître MAJZA, il convient de distinguer l'équité de l'égalité.

Dans le domaine de la médiation des ministères économiques et financiers à Bercy, le Médiateur fait très souvent référence, dans ses médiations, au principe d'égalité devant la loi prévu par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et des citoyens de 1789. En matière fiscale, par extension, ce principe d'égalité devant la loi est assimilé au principe d'égalité devant l'impôt. Ce principe d'égalité devant l'impôt doit lui-même être distingué de celui d'égalité devant les charges publiques prévu par l'article 13 de la même déclaration.

Le principe d'égalité devant l'impôt garantit que l'impôt est le même pour tous les contribuables au regard de la législation fiscale. Le principe d'égalité devant les charges publiques encadre le montant de l'impôt en proportion des revenus des contribuables et donc de leur faculté contributive. Avant de vous donner quelques exemples de médiation en droit et en équité, il me semblait important de bien appréhender ces deux principes d'égalité devant la loi et donc devant l'impôt et d'égalité devant les charges publiques.

Le Médiateur des ministères économiques et financiers intervient à près de 90 % pour des demandes de médiation relevant du domaine fiscal et de recouvrement des créances des collectivités territoriales et des établissements publics mais également dans le domaine douanier ainsi que celui des cotisations sociales par le biais de litiges avec l'URSSAF et le RSI.

A travers les médiations rendues par le Médiateur, à titre personnel, je distinguerai deux mises en œuvre distinctes de l'équité :

- l'équité encadrée par la loi ;
- l'équité, dans le cadre d'une application mesurée de la loi fiscale.

Après les propos de maître MAJZA, il apparaît paradoxal de pouvoir mettre en œuvre l'équité dans le cadre de la loi et notamment en matière fiscale, mais vous pourrez le constater, c'est la réalité. Et dans d'autres cas, vous constaterez également que l'équité peut venir atténuer la loi fiscale.

Madame SASSIER, vous serez agréablement surprise de découvrir qu'une direction territoriale des finances publiques dont le correspondant du Médiateur est présent dans cette salle, a proposé, dans le cadre d'une médiation de neutraliser et donc d'annuler le surcoût de l'impôt sur le revenu d'une enseignante qui avait bénéficié à tort d'un trop-perçu de rémunérations.

Dans quelle mesure, l'équité est encadrée par la loi ?

Un article du livre des procédures fiscales qui devient de plus en plus connu des citoyens permet à l'administration des finances publiques d'accorder des remises, des modérations ou des transactions d'impôts et de pénalités. Il s'agit de l'article L. 247 du livre des procédures fiscales dont les dispositions sont anciennes et antérieures au premier code général des impôts de 1950. Cet article prévoit donc que l'administration fiscale peut accorder, sur demande, des remises totales ou partielles d'impôts directs à des contribuables dans l'impossibilité de les payer par suite de gêne ou d'indigence, des atténuations des pénalités fiscales ainsi que des transactions, dans certaines conditions.

Sans contrevenir aux dispositions de l'article 34 de la Constitution qui prévoient que la loi fixe l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature, l'article L. 247 du livre des procédures fiscales permet donc, au regard de situations particulières concernant notamment des contribuables évoquant des difficultés économiques, sociales et financières ou des circonstances indépendantes de leur volonté, d'atténuer le poids de l'impôt et des pénalités fiscales et de faire une application équitable de la législation fiscale. Cet article pose néanmoins des limites à la mise en œuvre du gracieux fiscal et donc de l'équité en précisant qu'aucune autorité publique ne peut accorder de remise totale ou partielle de droits d'enregistrement, de taxe de publicité foncière, de droits de timbre, contributions indirectes et notamment de TVA. S'agissant de la TVA, il apparaît logique qu'une entreprise ayant encaissé de la TVA auprès de ses clients ne puisse obtenir une remise gracieuse de cette TVA, car l'Etat ne deviendrait plus un collecteur de l'impôt mais un établissement de crédit.

L'équité trouve également à s'appliquer par l'octroi de délais de paiement accordés par les comptables publics notamment en cas de baisse de revenus.

A l'appui de mes propos, je citerai trois exemples de mise en œuvre de l'équité en se fondant sur les dispositions de l'article L. 247 du livre des procédures fiscales :

1°/ Comme les médias l'indiquent souvent, les contribuables sont de plus en plus nombreux (plusieurs centaines de milliers) à solliciter l'administration fiscale pour obtenir une remise gracieuse ou des délais de paiement de leurs impôts locaux et notamment de leur taxe d'habitation. Si le Service des impôts des particuliers concerné a rejeté une demande gracieuse de taxe d'habitation ou d'autres impôts d'ailleurs, le contribuable peut recourir au conciliateur fiscal de son département de domiciliation. Le Médiateur des ministères économiques et financiers intervient donc en troisième niveau à la demande d'un usager. Dans le cadre d'une médiation, l'administration fiscale peut réviser sa position et, en fonction de la situation économique, sociale et financière de l'usager, lui faire bénéficier, de manière équitable au regard des autres contribuables, d'une modération ou d'une remise gracieuse de sa taxe d'habitation en application de l'article L. 247 du livre des procédures fiscales.

2°/ Dans de nombreux cas de médiation, des particuliers saisissent le Médiateur pour obtenir une remise gracieuse de la majoration de 10 % mise à leur charge suite à un retard de dépôt de leur déclaration de revenus ou à sa non-réception par le service des impôts, par voies papier ou électronique. Si cette mesure gracieuse a été refusée par le service local des impôts et le conciliateur fiscal, le Médiateur peut être conduit, dans le cadre des dispositions de l'article L. 247 du livre des procédures fiscales, à proposer, en équité, sa mise en œuvre en se fondant sur trois éléments :

- le caractère circonstanciel du dépôt tardif ou pas d'une déclaration fiscale qui constitue une première omission ;
- le respect du civisme fiscal par l'usager qui est à jour dans le paiement de ses impôts ;
- et l'absence de préjudice du Trésor public au regard de l'impôt.

3°/ Dans une situation sensiblement identique, le Médiateur a également proposé la remise totale d'une majoration appliquée pour un défaut de télépaiement de la TVA par une entreprise à la date légale prévue. Suite à un dysfonctionnement technique indépendant de sa volonté, l'entreprise n'ayant pu procéder au télépaiement de sa TVA avait régularisé cette situation d'elle-même, par virement bancaire dans les 48 heures.

A partir des deux exemples suivants, je vais vous montrer dans quelles situations l'administration des finances publiques et le Médiateur mettent en œuvre l'équité par une application mesurée de la loi fiscale. Il ne s'agit pas ici d'aller au-delà du droit mais au contraire d'en permettre « sa juste application » en tenant compte de circonstances particulières dans lesquelles sont placés certains contribuables.

Ainsi ce premier exemple est particulièrement significatif et adapté à mes propos. Il s'agit d'une enseignante qui a fait valoir ses droits à la retraite au 1^{er} juillet 2012 et qui malgré tout a perçu, à tort, des salaires jusqu'à la fin de l'année 2012. A plusieurs reprises, au cours du 2^{ème} semestre 2012, elle a attiré l'attention de son administration pour faire stopper le versement des salaires mais cette action n'est effectivement intervenue qu'en janvier 2013. Elle a reversé l'intégralité des trop-perçus de rémunérations en 2013. Au plan du droit fiscal et notamment de l'article 12 du code général des impôts, cette enseignante retraitée a été imposée à l'impôt sur le revenu sur l'ensemble des revenus dont elle a eu la disposition en 2012 (ses salaires du 01/01 au 30/06 ; ses pensions de retraite du 01/07 au 31/12 et les trop-perçus de salaires du 01/07 au 31/12/2012).

Sa demande de non-imposition des salaires perçus à tort a été rejetée par son service des impôts et le conciliateur fiscal sur le fondement de cet article 12. Ayant demandé une médiation, en liaison avec son correspondant au sein de la direction territoriale des finances publiques, le Médiateur a proposé une neutralisation du surcoût de l'impôt sur le revenu et l'administration a prononcé un dégrèvement en faveur de cette personne.

Dans cet exemple, la mise en œuvre de l'équité se trouve justifiée par une circonstance totalement indépendante de la volonté de l'utilisateur et un dysfonctionnement reconnu de l'administration qui a présenté ses excuses. Il est à noter que cette médiation sert en quelque sorte de référence jurisprudentielle pour le traitement de situations sensiblement identiques de trop-perçus de rémunérations.

Dans le second exemple où il a été fait application de l'équité, il s'agit d'un médecin dont l'installation en France, dans une zone rurale, a été favorisée par les élus locaux et l'administration territoriale. Par méconnaissance de la législation fiscale et probablement une insuffisance d'informations et de conseils appropriés, il a opté, lors de sa déclaration d'activité, pour un régime forfaitaire d'imposition de son bénéfice professionnel non commercial incompatible et exclusif du dispositif d'exonération dégressive de dix années.

Dans le cadre d'une demande de médiation soutenue par le maire de sa commune d'implantation professionnelle, l'administration fiscale a consenti à revenir, en équité, sur sa position initiale justifiée en droit pour permettre à ce médecin de bénéficier, pour les années restant à courir du dispositif d'exonération de ses bénéfices professionnels.

J'avais d'autres exemples pour illustrer l'équité fiscale mais Mme SASSIER, vous me signifiez que le gong a sonné.

Monique SASSIER

C'est aussi effectivement pour laisser le temps à nos amis. Il est exact que ce dossier que nous avons mis en commun sur ce que les uns appelaient les « trop versés », les autres les « trop-perçus », a toujours des conséquences notamment en matière fiscale, il est donc important d'aller au bout de l'analyse de ces textes. Merci Serge ARNAL

Jean-Pierre HERVÉ

Bonjour à toutes et à tous. Afin d'illustrer comment l'équité peut s'exprimer dans les situations que je rencontre dans le domaine de l'énergie, j'ai prévu de vous donner un exemple que l'on retrouve assez fréquemment au niveau de la médiation du Groupe GDF SUEZ.

La problématique est la suivante, celle de l'estimation de la quantité de gaz livrée alors que le compteur a été en panne. Vous savez que le distributeur GrDF a l'obligation de compter l'énergie pour que les clients puissent payer ce qu'ils ont consommé. Mais un compteur malheureusement peut tomber en panne, c'est un ouvrage mécanique et quand il tombe en panne pour autant la fourniture d'énergie se poursuit. Quand le distributeur qui, rappelons le, gère un parc d'environ 11 millions de compteurs, découvre une panne, il applique une procédure validée par la Commission de Régulation de l'Énergie.

Il détermine la période durant laquelle le compteur était en panne, et la période passée pendant laquelle le compteur fonctionnait normalement et les index qui sont utilisés pour le comptage étaient fiables. A partir de là, il extrapole la consommation sur la période de défaillance du compteur. Comme ce calcul reste une estimation, la règle précise qu'une réduction de 10 % de cette valeur estimée est appliquée. La facturation du client est alors réalisée par le fournisseur, sur la base de cette estimation préalablement validée par le client. Il peut alors exister des situations nécessitant l'application du principe d'équité. La composition familiale par exemple a pu évoluer entre la période de référence en fonctionnement normal et la période de panne effective. Et la consommation d'énergie dépend aussi naturellement du nombre de personnes dans le foyer. Autre cas, la famille a pu réaliser des travaux d'amélioration de l'efficacité énergétique du logement avant la période de dysfonctionnement du compteur, et après la période de référence. Enfin, dernier exemple, la situation où la personne peut ne pas avoir occupé son logement parce que mutée à l'étranger, avec une chaudière mis en position hors gel par exemple, pour diminuer les consommations pendant la période d'absence. A partir de là, quand ces différentes situations possibles n'ont pas été intégrées par le distributeur ou le fournisseur, la médiation, quand elle est saisie de ces cas là, va prendre en compte les éléments de preuve transmis par le client, et va travailler finalement en lien avec le fournisseur et le distributeur pour adapter la règle et appliquer finalement une estimation plus conforme à la réalité.. C'est des cas que nous rencontrons régulièrement au niveau de la médiation, et il est à noter que l'on voit de plus en plus ce principe d'équité également appliqué par le fournisseur ou le distributeur aujourd'hui. Mais le temps d'écoute des clients que pratique la Médiation de GDF SUEZ étant bien supérieur à celui pratiqué par les directions commerciales, la médiation est plus à même de repérer ces situations et suggérer des propositions équilibrées pour les parties. Le distributeur et le fournisseur étant très à l'écoute des propositions que nous pouvons être amené à faire dans ce cas là, elles reprennent pour elles systématiquement les suggestions de la médiation. Voilà l'exemple que je voulais vous proposer et qui traduit cette notion d'équité appliquée par la Médiation du Groupe GDF SUEZ.

Pierre SEGURA

Je poursuis par la pratique de l'équité à la Poste. Les prestations postales comme les prestations de La Banque postale sont encadrées par un grand nombre de textes, de lois et règlements : le code des postes et des communications électroniques pour les prestations postales, le code monétaire et financier pour l'essentiel des prestations bancaires et les conditions générales de vente des produits, les conditions spécifiques de vente de certains produits. Evidemment, les services clients, les Directions, les différentes Branches appliquent ces règles et la plupart du temps, quand le dossier arrive chez le médiateur, ces règles ont été bien appliquées. Cependant, parfois même les règles de droit ne sont pas bien appliquées. A ce moment là, évidemment, en médiation une rectification sera effectuée. Mais, en dehors du cas où La Poste n'a pas répondu au client, ce qui est finalement assez rare,, il est prévu que le client peut saisir le médiateur s'il n'a pas eu de réponse de la Poste après un délai de 2 mois, hormis ce cas où vraiment le dossier n'a pas été réellement traité, la plupart du temps le droit est dit. Donc quand le dossier parvient au médiateur, la question de l'équité se pose finalement assez rapidement, en tant que principe modérateur du droit objectif. Mais ce n'est pas arbitraire, c'est-à-dire ça ne peut pas être simplement déclaratif quand on s'engage sur le chemin de l'examen en équité. Cela ne peut pas être seulement des déclarations, il faut des faits. Il faut que le client puisse démontrer qu'il a subi un préjudice, d'où les quelques

exemples que je vais vous donner, en commençant par le secteur du Courrier et du Colis. Alors prenons le cas d'une lettre recommandée nationale, pour laquelle il n'y a pas de délai quant à sa distribution. L'indication donnée par la Poste est une distribution en deux jours, sur une lettre recommandée nationale. Il s'agit d'un délai indicatif et pas d'un engagement. Il existe des produits sur lesquels y a un engagement relatif au délai, par exemple les produits Chronopost, là il y a un engagement par rapport au délai, mais sur une lettre recommandée nationale il n'y a pas d'engagement relatif au délai. Or, il peut se produire qu'un délai manifestement excessif cause un préjudice réel et important à un client. Par exemple, un locataire envoyant à son bailleur une lettre de résiliation d'un bail de location par une lettre recommandée avec accusé de réception, la lettre n'a pas mis 2 jours mais 30 jours pour parvenir au bailleur. Donc le service client a répondu le droit, c'est-à-dire qu'il n'existait pas d'engagement de délai sur ce produit, la lettre recommandée nationale, donc vous ne serez pas dédommagé. A l'examen du dossier, je me suis engagé assez rapidement sur le terrain de l'équité puisque le droit était dit, mais il existait un préjudice important que l'expéditeur du courrier pouvait démontrer. Le préjudice étant démontré, j'ai décidé en équité d'accorder un dédommagement, de proposer à la Poste de verser un dédommagement à ce locataire, ce client de la Poste. Autre exemple, que vous connaissez tous, c'est le contrat de réexpédition qui permet sur une période de l'année de réexpédier le courrier qui normalement arrive à son domicile vers le lieu que l'on a choisi, le lieu de vacances ou le lieu où l'on réside temporairement. L'exécution du contrat peut-être défailante. Or il existe des conditions générales du contrat de réexpédition, notamment un article 10 de ce contrat, qui prévoit qu'en cas de défaillance du contrat de réexpédition, il y aura un dédommagement qui sera limité au prix payé pour le contrat, que le contrat soit temporaire, définitif, etc .. Cet article limite vraiment le dédommagement à ce niveau, mais dans certains cas, lorsque les défaillances ont été successives, lorsque la Poste informée des défaillances n'a pas réussi à rectifier les conditions vraiment optimales de la réexpédition et quand il y a réellement un préjudice pour le client, j'ai eu un cas avec des majorations pour amendes impayées, puisque que le courrier n'était jamais arrivé jusqu'à la personne. A ce moment là, j'ai proposé à La Poste un dédommagement de ce client en équité au-delà donc des conditions générales de vente. Autre exemple, concernant le raccordement postal, vous savez qu'il y a une obligation légale de la Poste, c'est de distribuer 6 jours sur 7 en tous points sur le territoire le courrier. C'est une obligation qui figure dans la loi, donc qui ne se discute pas et pour cela il faut être raccordé au réseau postal. Le raccordement c'est la boîte aux lettres, c'est la boîte dont dispose le client pour recevoir son courrier et cette boîte aux lettres doit se situer en limite de propriété, en bordure de la voie ouverte de la circulation publique. Voilà une règle qui est une règle qui s'applique partout sur le territoire quelles que soient les conditions. Mais on peut être dans une zone un peu plus difficile que d'autres avec des chemins plus sinueux et puis il y a surtout des clients, clients âgés, des clients dont la mobilité peut être réduite et qui ont de grandes difficultés à pouvoir récupérer leur courrier chaque jour avec cette règle là. Donc j'ai pu dans certains cas proposer vraiment une solution transitoire, ou parfois même un régime d'exception, pour tenir compte de la situation particulière de ces clients de façon à ne pas trop perturber la réception de leur courrier.

Je terminerai par un exemple dans le domaine bancaire.

Un client de la Banque postale avait opté pour un contrat de prévoyance en 2004. Ce contrat prévoyait que l'adhérent souhaitait à son décès le versement au bénéficiaire d'une certaine somme. En 2008-2009 ce contrat a été résilié, résiliation volontaire, c'est ce qui est apparu dans les états reçus par ce client, qui n'avait absolument pas résilié son contrat et lorsque je

suis allé vers La Banque postale, elle n'a pas été capable de fournir un document quelconque, un document démontrant que ce client avait voulu résilier ce contrat volontairement.

Donc le problème était que l'on ne pouvait plus restaurer le contrat qui était résilié. En effet, l'état de santé de ce client avait changé, donc il n'était plus possible, on était plus dans les conditions initiales du contrat de 2004, impossibilité donc de faire en sorte que ce client puisse se retrouver dans une situation qu'il souhaitait avec un contrat de prévoyance. J'ai donc proposé d'une part évidemment de mettre en contact immédiatement un conseiller de La Banque postale avec ce client pour bien mesurer la réalité de ses besoins et puis j'ai proposé à la Banque de verser la somme qui était prévue puisque j'ai considéré qu'il y avait là une faute vraiment irrattrapable et qui faisait que ce client ne pouvait plus bénéficier de ce contrat de prévoyance. J'ai demandé que le montant, prévu dans le contrat initial de 2004, soit versé au client en équité. La résolution de ce litige a complètement été faite en équité. Voilà quelques exemples à la fois postaux et bancaires.

Monique SASSIER

Merci à vous trois pour ces contributions qui vont être à l'origine d'un débat, mais avant je me dis que nous avons bien fait d'organiser cette matinée, parce que l'on voit que chacun dit « j'ai réglé les choses en équité » et il y aurait ainsi comme une vérité de l'équité.

Quand j'écoute d'une oreille un peu distraite, sans prendre de notes, donc sans me joindre exactement à ce que les uns les autres expriment, il est bien clair que l'équité n'est pas simplement une logique de réparation.

Nous avons donc bien fait de nous réunir aujourd'hui et aussi, sans doute d'avoir pris auparavant la décision de poursuivre ce travail, parce que l'on voit que ce n'est pas si simple et que chacun d'entre nous peut être conduit finalement à supplier l'équité de venir au secours de problèmes de réglementation.

Le sujet apparaît compliqué comme le montre notamment la question majeure que pose Serge ARNAL : est-ce que finalement pour mettre en œuvre l'équité, il faut aller plus loin et l'encadrer d'un point de vue législatif et dans cette perspective quid du cas particulier ? Comment faire ?

Si le médiateur veut avoir recours à l'équité, que peut-il accepter qu'on organise, que doit-il revendiquer ou utiliser de son propre chef, où que doit-il proposer à son administration, à son entreprise, pour faire progresser des pratiques professionnelles.

Maître MAJZA, vous êtes à la peine aujourd'hui, avez- vous une réaction à nous faire partager ?

Maître Béatrice MAJZA

Oui parce que effectivement la pratique montre bien la difficulté finalement de mesurer le niveau d'intervention et vous parlez de difficultés d'encadrement juridique donc est ce que globalement est ce qu'il vous semble que le droit encadre suffisamment la pratique de l'équité ? C'est une question très globale.

Emmanuel CONSTANS

C'est bien évidemment une importante question, je crois qu'il faut l'examiner domaine par domaine et secteur par secteur. Il y a deux choses qu'il faut à mon avis éviter. La première, c'est de vouloir régler par l'équité des situations qui en réalité relèvent de la loi ou du règlement et ne peuvent pas être réglées autrement qu'en changeant la loi. L'autre chose à éviter, c'est de vouloir que la loi prévoie absolument tous les cas.

Le rôle du médiateur, c'est du moins ainsi que nous concevons notre rôle, c'est non seulement de régler des litiges individuels mais éventuellement de faire des propositions de réforme et, dans nos rapports annuels publics, nous présentons ces propositions de réformes, Il s'agit parfois d'un simple formulaire qui serait à modifier, mais ce peut aussi être une proposition législative.

En tant que Médiateur de Bercy, j'ai proposé un certain nombre de mesures réglementaires et législatives au cours des dernières années qui ont été mises en œuvre pour simplifier, et de manière plus générale, pour répondre à des questions qui ne peuvent pas être réglées autrement.

Mais dans de nombreux cas également, je crois que la course à la réglementation, à une sur-réglementation, n'est pas raisonnable. Certes, il faut un bon encadrement législatif ou réglementaire mais avant tout un encadrement qui laisse la place à l'appréciation des situations individuelles.

Le cas exposé par Serge ARNAL montrait le large pouvoir d'appréciation qu'ont les fonctionnaires de la Direction générale des finances publiques, à des niveaux de responsabilité d'ailleurs hiérarchisés, pour apprécier et mettre en œuvre la loi et les textes.

Je crois que c'est une solution raisonnable et qu'elle peut s'appliquer dans d'autres domaines. Le médiateur y a son rôle.

Il ne faut pas vouloir prévoir dans les textes tous les cas individuels, parce qu'on arriverait à des catalogues de situations et à des documents excessivement complexes : Pierre SEGURA mentionnait qu'il existe pour lui déjà trois codes à appliquer dans son champ de compétence, en plus bien évidemment du code de la Consommation. Nous avons des codes qui sont, c'est de plus en plus reconnu, d'une ampleur très considérable, peut-être dans un certain nombre de cas, trop considérable.

Je crois que Danièle AGUANNO-PROMONET souhaitait intervenir.

Danièle AGUANNO-PROMONET

Oui, je souhaite juste intervenir par rapport aux interventions précédentes.

Danièle AGUANNO médiatrice de Paris Habitat qui est un important bailleur social. En terme d'équité, nous sommes évidemment confrontés à des situations multiples dans le domaine de l'habitat, dont je retrouve des similitudes dans certains exemples cités.

Je suis en accord avec la notion de réparation, évoquée par Monique SASSIER, qui traduit le souhait de vouloir réparer un manquement, une injustice.

Je rejoins Emmanuel CONSTANS sur le fait qu'il est difficile de « normer » ces recommandations, sachant que l'on doit résoudre des litiges qui concernent des cas d'espèce. Nous sommes souvent sollicités pour des indemnités de privations de jouissance, de consommations d'eau sur une longue durée. L'exercice est difficile puisqu'il s'agit d'apprécier la solution qui semble la meilleure pour une résolution rapide. La question se pose alors sur la période à prendre en compte, l'évaluation du préjudice.

C'est effectivement une solution spécifique à chaque situation, qui permet de clore un litige, si les parties sont d'accord et ne peut être transposable à d'autres cas.

Jean-Paul MEURICE

Comité de la médiation bancaire .

Je voudrais proposer à Monique SASSIER qui a employé le terme de réparation, un autre concept plus large dont la réparation ne serait qu'une des déclinaisons : celui de résolution.

Résolution d'un litige, ou simplement résolution d'une difficulté, pas nécessairement d'un litige. On a bien vu en effet qu'au-delà de la problématique de droit public, dans la pratique privée, l'équité intervient dans le silence du droit. Tant qu'on est confronté à des problèmes qui sont réglés par le droit, il y a éventuellement une responsabilité de l'une des parties qui a enfreint le droit. Là où le problème se pose, c'est quand la mécanique juridique a parfaitement fonctionné et que néanmoins on est dans une situation inextricable, pas nécessairement en terme de réparation, ça peut être une réparation mais ça peut être tout simplement la résolution d'une situation extrêmement difficile. Je citerai, à titre d'illustration, un exemple réel : un agent de l'Etat, un fonctionnaire de catégorie C privé de compte bancaire parce qu'en situation de surendettement, n'est plus payé par son administration parce que celle-ci ne délivre pas de chèque. C'est une situation inextricable, ce n'est pas une réparation qui est demandée mais une solution pour sortir d'une dramatique impasse. C'est pour cette raison que je vous proposais de réfléchir autour de la notion de résolution, et je rebondirai sur la question « faut-il normer davantage ou ne pas normer davantage » ? pour rejoindre tout à fait là-dessus la position du Président CONSTANS : normer davantage n'aboutirait qu'à déplacer le problème, si l'on veut bien considérer que l'équité et sa pratique n'intervient que là où le droit se tait ou est inopérant, et bien si l'on norme, on déplacera la zone de l'équité là où il n'y a pas de norme. Mais, à mon sens, le problème se reposera sans être jamais tout à fait résolu. Merci.

Jacques SALZER

L'ensemble des interventions et le dernier débat portant sur réparation-résolution m'aide à clarifier notamment à travers les exemples donnés, ce qui est en train de se dire.

Il me semble que, dans certains exemples, dont le dernier de Pierre SEGURA où un contrat est résilié, et où la Poste ne veut pas apporter la preuve qu'il fallait résilier, on n'est pas seulement dans l'équité, on est plutôt dans le rétablissement du droit.

Ce que j'ai appris c'est que le médiateur institutionnel appelons le ainsi pour le moment, fait un contrôle en droit et puis regarde l'équité. Dans une série de cas, on n'est pas dans l'équité au sens de l'apaisement de trouver le juste, on est dans le fait que le droit n'avait pas été appliqué par l'administration et donc cela me paraît aider à distinguer les situations dans lesquelles on vise à retrouver le droit, à rétablir le droit, et les situations dans lesquelles le droit était appliqué, mais où l'on est dans la recherche de l'équité.

Monique SASSIER

Oui, tout à fait. Nous voyons bien qu'il nous est difficile de penser la question de l'équité sans la séparer de celle du droit.

Anne EASTWOOD

Je voulais simplement faire une observation en précisant que j'interviens en tant que médiateur institutionnel vis-à-vis de l'administration monégasque. Nous avons la capacité d'intervenir à la fois en amont dans le cadre de recours administratifs préalables, mais nous avons aussi, et je pense que c'est le cas de la plupart des médiateurs ici présents, la possibilité d'intervenir quand justement il n'y a plus de recours, et que le médiateur est ainsi le dernier recours qui par définition intervient lui en équité. Donc notre intervention peut permettre de rétablir le droit ou de rétablir le juste quand justement la règle de droit et la loi n'offrent plus de recours. Notre raison d'être, c'est d'intervenir en équité dans tous les cas où cela est nécessaire.

Monique SASSIER

Voilà une remarque intéressante pour l'avenir, en effet.

On pourrait dire que l'objectif n'est pas de judiciariser plus les questions soumises au médiateur. La question c'est de répondre autrement.

Serge ARNAL

Oui, juste très brièvement, je voulais intervenir sur trois points notés au cours de ces échanges.

Le premier s'agissant de la notion de réparation, comme il a été indiqué son application diffère en fonction des champs d'intervention de la médiation. Ainsi, dans un domaine régalién tel que celui de l'impôt, si celui-ci a été correctement établi et si l'administration fiscale peut être conduite à accorder des délais de paiement ou une modération gracieuse, il ne peut y avoir de réparation au bénéfice du contribuable.

Pour le deuxième point, je reprends l'idée du droit à la médiation qui a été cité en début de conférence. Si ce droit sera transposé dans la législation interne au regard de la directive applicable aux échanges marchands, une réflexion pour sa généralisation au secteur public pourrait conduire à une égalité d'accès à la médiation.

Enfin, à travers un exemple, je souhaiterais attirer l'attention de l'assistance sur l'effet et le pouvoir surprenant de la médiation qui peut intervenir notamment après une décision de justice.

Ainsi, un contribuable qui a été jusqu'au terme d'une procédure judiciaire pour contester, en droit, des pénalités fiscales, dispose de la faculté de saisir l'administration fiscale et en dernier lieu le Médiateur des ministères économiques et financiers pour solliciter, au plan gracieux, une atténuation de ces pénalités.

Monique SASSIER

Oui tout à fait. Et c'est en effet la question du périmètre du médiateur, celui qu'on lui reconnaît, celui qu'il se donne et celui qu'il se construit.

Marielle COHEN-BRANCHE

Merci Monique. J'ai été frappée par le fait que les trois interventions qui se sont succédées émanent de trois médiateurs d'une seule institution respective en litige : Bercy, la Poste, Gaz de France. Et donc, dans les trois cas, j'ai même entendu parfois le médiateur nous dire : « j'ai décidé, j'ai proposé » et alors que, dans mon cas, en tant que médiateur de l'AMF les parties professionnelles en litige avec les épargnants sont plusieurs centaines. Je dois en permanence négocier avec toute une série d'entreprises différentes, ma question à ces médiateurs est la suivante : est ce que le fait d'être médiateur d'une seule institution, conduit à ce que vous avez d'abord négocié avec elle ou alors est-ce qu'il est convenu dans la charte que vos avis seront systématiquement suivis ?

Pierre SEGURA

Je peux répondre pour La Poste. Les avis du médiateur sont toujours mis en œuvre par La Poste. Cela n'est écrit nulle part, puisque l'avis vaut simplement recommandation, nous le savons tous, pour résoudre à l'amiable un litige. Il ne s'agit pas de décider à la place de La Poste, mais seulement de proposer à La Poste de régler le litige d'une certaine façon. Ce n'est écrit nulle part mais c'est admis, depuis l'origine, la création du médiateur remonte à 20 ans, elle s'est faite vraiment en étroite relation avec les associations de consommateurs. Le système a été porté dès l'origine par les associations de consommateurs et toutes les Branches de La Poste acceptent le fait que les avis du médiateur soient toujours mis en œuvre.

Jean-Pierre HERVÉ

Il n'y a pas en effet, pour le Groupe GDF SUEZ, de processus obligeant les entités opérationnelles à suivre systématiquement l'avis du médiateur.

Puisque les principes de la médiation dans notre Charte consistent à mettre en présence les différentes parties, qui doivent être volontaires et libres. Et qu'il convient de rechercher pour chaque cas de litige, un chemin, une solution qui puisse convenir à tous. La force de la Médiation de GDF SUEZ est justement aussi dans cette liberté laissée aux parties, qui donne une certaine force au processus de médiation, qui responsabilise. Et le résultat concernant les médiations du Groupe GDF SUEZ est parlant : plus de 92 % des solutions qui sont proposées in fine sont suivies par les clients, et 100% par les directions internes. C'est un peu le miracle du processus de médiation : le suivi interne est total grâce à la méthode.

Serge ARNAL

Mme COHEN-BRANCHE, je laisserai votre voisin, vous répondre sur ce point, mais si vous le permettez, je souhaiterais ouvrir une petite parenthèse.

Après plusieurs années de pratique de la médiation, j'ai constaté que les usagers saisissaient le médiateur en citant son nom. Ils savent qu'ils ne s'adressent pas à un service, une entité administrative mais à une personne. Les collaborateurs des médiateurs ici présents me rejoindront pour relever le caractère intuitu personae de la médiation.

Aussi, en tant que Délégué du Médiateur, je ne prétends pas être médiateur, je dis souvent que je ne suis que « l'ombre du médiateur ». Je laisserai donc M. CONSTANS s'exprimer.

Monique SASSIER

L'ombre portée du médiateur...

Nous sommes dans la même situation, c'est-à-dire que, nous, nous rendons des avis et nous avons d'une certaine manière travaillé sur nous même pour admettre que nous n'avons pas de pouvoir de décision. Que notre logique est une logique d'influence, une logique d'explication, une logique d'argumentation en fonction des situations. Je crois que si le médiateur avait un pouvoir de décision, ce ne serait plus un médiateur, ce serait autre chose, mais ne serait plus un médiateur.

Marie Louise DESGRANGE, Médiateur des Communications Electroniques

A la différence des trois intervenants précédents qui sont des médiateurs d'entreprise, j'assure une médiation sectorielle dans le domaine des communications électroniques, en proposant aux opérateurs membres de l'Association de la Médiation des Communications Electroniques (AMCE), des avis en vue de mettre fin aux litiges nés avec leurs clients.

A l'occasion de l'examen des dossiers qui me sont soumis, je constate que sur tel ou tel point, la facturation, la lisibilité des contrats,...les opérateurs ont des pratiques différentes et une approche variée des modalités d'application des dispositions normatives, notamment celles du code des postes et télécommunications et du code de la consommation.

Il en résulte que les requêtes émises par leurs clients qui, après les deux passages obligés auprès du service Clients et du service Consommateur de leur opérateur, aboutissent à la saisine du Médiateur, peuvent se présenter sous des aspects fort différents.

Dès lors que je constate dans tel dossier, une difficulté : par exemple pour la facturation, l'opérateur n'a pas respecté la loi Chatel ou n'a pas appliqué correctement les accords Novelli dans le calcul de l'indemnité de résiliation d'un contrat, je présente en ma qualité de Médiateur, une solution qui intègre la prise en compte de l'équité, après avoir constaté d'ailleurs que l'ensemble des opérateurs a une approche variée de l'équité.

Confrontée à cette situation, à la suite de ma proposition d'avis, j'émetts une recommandation à l'opérateur concerné par le litige, en la diffusant également à tous les opérateurs, et ce, pour améliorer les pratiques et la qualité de service du secteur. Ainsi, deviennent transparentes les difficultés et les solutions préconisées, relatives à la lisibilité d'un contrat, aux modifications qui lui sont apportées en cours d'exécution, à l'information délivrée aux consommateurs,.... pour inciter l'ensemble des opérateurs, à prendre les mesures utiles et à faire preuve d'équité à l'égard d'une difficulté apparue dans un dossier spécifique.

J'ai voulu insister sur ce point parce que la médiation sectorielle me semble offrir des ressources de qualité et devoir se développer à l'occasion de la transposition en juillet 2015, en droit interne, de la Directive européenne, qui impose l'instauration de la médiation dans tous les domaines de la consommation qui n'en sont pas encore dotés, comme le petit commerce, et qui devront s'organiser en conséquence.

J'ai tenu au cours de ce débat, à souligner cet aspect de la médiation sectorielle.

Monique SASSIER

Merci de ce témoignage et merci effectivement de ce rappel important.

Je demande à Alain PATON qui est Conseiller à la Direction générale des services du Défenseur des droits de venir nous dire ce que la Cour des Comptes pense de l'équité.

Nous sommes très heureux et très fiers que vous ayez accepté vous qui parlez peu en public de nous présenter les portes fermées de la Cour des Comptes.

Alain PATON

L'intervention d'aujourd'hui a pour but de rendre compte de la demande d'étude adressée par le Défenseur des droits à la Cour des Comptes sur le thème : « réclamation en équité et responsabilité des comptables publics » et de la réponse de la Cour.

Après un bref historique de cette prérogative et de sa mise en œuvre seront successivement examinés la motivation ainsi que la teneur de la demande d'étude du Défenseur des droits et la réponse de la Cour des comptes.

Donc, d'abord, l'historique et la mise en œuvre.

Chez le Médiateur de la République c'était l'application de l'article 9 de la loi du 3 janvier 1973 qui mettait en place les recommandations en équité

Cet article se contentait d'indiquer que « *Lorsqu'une réclamation lui paraît justifiée, le Médiateur de la République fait toutes les recommandations qui lui paraissent de nature à*

régler les difficultés dont il est saisi et, notamment, recommande à l'organisme mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation de l'auteur de la réclamation ».

Compte tenu de l'imprécision du texte et de la singularité de cette prérogative, le Médiateur de la République a, très tôt, développé une véritable doctrine propre à encadrer la mise en œuvre de ce pouvoir particulier.

En effet, dès 1992, Paul LEGATTE, alors titulaire de la fonction, a posé trois conditions visant à éviter toute utilisation abusive ou arbitraire de la recommandation en équité.

- La première réside dans le respect de la volonté affirmée de l'auteur de la règle de droit, ce qui conduit à accepter une iniquité résultant de l'application d'un texte lorsqu'il apparaît qu'elle a été identifiée et acceptée par l'auteur de ce texte.
- La seconde consiste à rechercher si la solution proposée est compatible avec l'esprit du texte litigieux.
- La troisième est de ne pas porter atteinte aux droits des tiers.

Plus généralement, la recommandation en équité ne peut être proposée que si la situation en cause est exceptionnelle, véritablement inéquitable et si les conséquences financières de la solution sont supportables pour la collectivité.

Or, malgré une mise en œuvre réellement parcimonieuse de cette compétence toujours exercée dans le respect des principes précédemment évoqués, les recommandations en équité du Médiateur de la République ayant des conséquences financières, qui n'étaient pas des décisions rappelons-le, se sont souvent vues opposer les règles applicables en matière de responsabilité des comptables publics.

Cette prérogative du Médiateur de la République ayant été reprise par l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, elle fait donc partie des prérogatives dont la nouvelle l'institution a hérité mais sans que le législateur en ait renforcé le dispositif.

Quelle était la demande d'étude du Défenseur des droits ?

Il convenait donc, pour donner toute sa portée à l'exercice du pouvoir de recommandation en équité conféré au Défenseur des droits, de s'interroger sur les aménagements nécessaires en la matière.

En effet, si l'institution à peu de difficultés avec les organismes sociaux où les recommandations en équité obtiennent le plus souvent une suite favorable, il en va tout autrement lorsqu'elles s'adressent à une administration ou à un organisme public où interviennent un ordonnateur et un comptable.

Dans ce dernier cas nous butons quasi systématiquement sur un refus motivé principalement par la mise en jeu de la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable et accessoirement par celle de l'ordonnateur.

C'est pourquoi, par lettre du 25 janvier 2013, le Défenseur des droits a demandé au Premier président de la Cour des Comptes, ainsi que l'y autorise l'article 19 de la loi organique précitée, de faire procéder à une étude tendant à régler toute difficulté née de la mise en œuvre du pouvoir de recommandation en équité au regard du régime de responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics.

Dans cette saisine le Défenseur des droits a tout d'abord :

- identifié les difficultés juridiques qui font, selon lui, obstacle à une mise en œuvre efficace des recommandations en équité
- et soumis ensuite à l'examen de la Cour des comptes une solution qui lui semblait pouvoir répondre à son attente.

Concernant les obstacles juridiques identifiés, nous nous situons dans l'hypothèse où un organisme public accepte une recommandation en équité du Défenseur des droits ayant des conséquences financières. Dans ce cas, celui-ci devra procéder soit à une exonération partielle ou totale du paiement d'une somme, c'est-à-dire qu'il acceptera la perte d'une recette, soit au paiement d'une dépense au nom de la solidarité.

Or, le non recouvrement d'une recette et le paiement irrégulier d'une dépense constituent des faits générateurs de la responsabilité du comptable, comme le prévoit l'article 60 de la loi du 23 février 1963 et l'article 17 du décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable.

Ainsi, ces dispositions ont institué une présomption légale de responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics et c'est donc à eux qu'il appartient d'établir la preuve de l'exécution régulière de leur gestion, au regard des obligations qui leur sont faites par les dispositions des articles 11 et 12 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique.

Cette présomption est, néanmoins, tempérée par des exonérations de responsabilité telle que la force majeure.

C'est pourquoi, pouvait-il être envisagé d'introduire un nouveau motif d'exonération de responsabilité du comptable en matière de recettes, dans l'hypothèse d'une recommandation formelle en équité établie par le Défenseur des droits ayant des conséquences financières pour la collectivité publique.

Ainsi, dès lors que l'ordonnateur accepte de suivre la recommandation du Défenseur des droits en intervenant sur le terrain de l'équité, il admet, de fait, sa régularité. L'ordonnateur endosse ainsi une certaine part de responsabilité morale, puisqu'il reste le seul à pouvoir accepter ou refuser une telle recommandation. Par suite, cette décision pourrait légitimement entraîner la décharge de responsabilité du comptable public qui ne fait que la mettre en œuvre. Cette nouvelle cause d'exonération de responsabilité pourrait être mise en parallèle avec celles qui existent déjà.

En effet, la remise gracieuse, mesure de bienveillance fondée au regard de l'état de gêne du débiteur, permet de le libérer de sa dette. En dépit de la distinction entre les champs de la remise gracieuse, et de la décision en équité, cette situation pourrait correspondre à

l'hypothèse d'une recommandation du DDD entraînant la perte d'une recette. Le comptable, ne pouvant s'opposer à l'exécution d'un acte régulier de l'ordonnateur annulant un titre de recette, se trouverait par conséquent déchargé de sa responsabilité personnelle et pécuniaire.

De même, concernant la réquisition de paiement, qui permet aux ordonnateurs de requérir le comptable afin de procéder à un paiement. Cette décision, lorsqu'elle est régulière, exonère ce dernier de sa responsabilité personnelle pécuniaire. La recommandation en équité sollicitant le paiement d'une somme pourrait également être considérée comme une réquisition de l'ordonnateur qui assumerait, alors, la responsabilité de la décision.

Enfin, il a été suggéré dans la saisine adressée à la Cour que ces recommandations en équité suivies d'effet fassent l'objet de l'établissement, une ou deux fois par an, d'un récapitulatif des recours en équité transmis à la Cour des Comptes ainsi qu'aux deux Présidents des commissions des finances du Parlement. Ceux-ci pourraient solliciter un vote de leur commission, sur le modèle des collectivités territoriales pour les admissions en non-valeur, et ce n'est qu'ensuite que le comptable interviendrait en toute légalité.

Nous pouvions espérer, sur ces bases et après des discussions avec les rapporteurs chargés du dossier, des avancées et surtout des propositions susceptibles d'améliorer substantiellement la mise en œuvre des recommandations en équité.

Ainsi, que nous allons le voir maintenant c'est un rappel aux textes et rien qu'aux textes que nous propose la Cour.

La réponse de la Cour des Comptes ...

En préliminaire, il convient de signaler que, sur décision du Premier président, la Cour a décidé de répondre à la demande du Défenseur des droits sous la forme d'un avis délibéré et adopté collégalement par les chambres réunies en formation plénière. C'est dans cette formation qu'elle a siégé le 22 avril 2014, sa réponse étant adressée au Défenseur des droits le 15 mai 2014.

Dans sa réponse, la Cour observe tout d'abord « *qu'une recommandation du Défenseur des droits en équité, conduisant à déroger à la réglementation en vigueur, n'a pas d'incidence directe sur la responsabilité d'un comptable public. Seules les modalités selon lesquelles l'ordonnateur, saisi par le Défenseur des droits aura transposé cette recommandation dans l'ordre donné au comptable, conditionnent la mise en jeu de la responsabilité de ce dernier par le juge des comptes* »

Elle en tire la conclusion que le Défenseur des droits « *doit adresser ses recommandations en équité aux ordonnateurs et non aux comptables publics, qui ne sont pas habilités à y répondre* »

Pas de surprise ; si l'on veut bien admettre qu'il n'est jamais inutile de rappeler l'évidence...

Concernant le recouvrement des recettes la Cour rappelle que d'une part, *les contrôles sur la régularité des réductions et des annulations des ordres de recouvrement doit conduire les comptables publics à vérifier que la motivation de cette opération est liée au seul constat d'une erreur de liquidation d'une recette par l'ordonnateur. D'autre part, les comptables*

doivent refuser les décisions de réduction ou d'annulation de recettes dont la motivation réelle tient au fait que la créance, non contestée dans son principe, est soit en réalité devenue irrécouvrable, soit tient à la volonté de l'ordonnateur d'opérer une remise de dette sans en respecter la procédure

Sur ces considérants, la Cour en tire la conclusion que : *« l'exonération partielle ou totale des sommes dues par un débiteur, accordée par l'administration à la suite d'une recommandation en équité du Défenseur des droits, est de nature à dégager le comptable de sa responsabilité si cette décision est prise par les autorités compétentes, dans les formes prévues par les textes et instructions comptables. »*

Là encore il s'agit d'un rappel à la règle.

Concernant le paiement de dépenses la réponse de la Cour est nettement plus fermée et ambiguë. Son chapeau à cette question est particulièrement empreint de précautions. Je cite : *« les comptables publics n'ont pas compétence pour se faire juge de la légalité des actes administratifs à l'origine de la dépense »* mais atténue immédiatement la portée de cette affirmation en ajoutant : *« il ne peut toutefois en être déduit que les comptables n'ont à porter aucune appréciation juridique sur les pièces qui leur sont produites à l'appui des ordres de paiement »* et renforce ce rappel en ajoutant : *« il leur appartient d'interpréter conformément aux lois et règlements en vigueur les actes administratifs qui en sont l'origine »* ce qui veut dire, en clair, que tout paiement sur une base juridique ou réglementaire non conforme engage la responsabilité du comptable.

Afin de bien enfoncer le clou elle ajoute : *« les comptables sont tenus, sous leur responsabilité et sous le contrôle du juge des comptes, d'exercer un contrôle de la régularité des décisions produites par les ordonnateurs à titre de pièces justificatives à l'appui des ordres de paiement »*

Et au cas où ce ne serait pas suffisamment clair elle complète : *« une décision d'un ordonnateur d'émettre un ordre de paiement à la suite d'une recommandation en équité du Défenseur des droits pourrait, lorsque les vérifications ci-dessus n'ont pas été complètement effectuées, conduire le juge des comptes à engager la responsabilité du comptable public assignataire de cette dépense, même lorsque celle-ci ne présenterait aucune illégalité intrinsèque »*

Toutefois tout n'est pas perdu puisque la Cour indique qu'il reste la réquisition, en rappelant au passage que : *« les comptables publics ne sont pas personnellement responsables des opérations qu'ils ont effectuées sur réquisitions régulières des ordonnateurs »*

Or chacun sait qu'une réquisition contraire à la réglementation sera forcément discutée par un comptable public et aura peu de chance d'aboutir.

De l'ensemble de son étude, la Cour tire la conclusion qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre recommandation en équité et responsabilité des comptables et, après avoir pris soin de bien fermer toutes les portes elle tente de jeter un œil par la fenêtre en indiquant qu'il serait bien que le Défenseur des droits informe les procureurs près la Cour des recommandations en équité qu'il est conduit à émettre.

Certes cela ferait gagner du temps à la cour lors de ses vérifications qui seront de toute façon rapides dans la mesure où je ne vois pas comment, dans ces conditions, un comptable public prendra le risque de réserver une suite favorable à une réclamation en équité du Défenseur des droits présentée par un ordonnateur.

J'ajoute que l'article 90 de la loi de finances rectificative du 29 décembre 2011, qui a modifié de façon importante le régime de la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics, distingue d'une part les débits avec préjudice de ceux sans préjudice pour l'administration ou l'organisme public et renforce d'autre part particulièrement les sanctions à l'égard des comptables reconnus fautifs.

Il aurait donc été intéressant que la Cour précise sa position par rapport à ces nouvelles dispositions dans le cadre des recommandations en équité.

Je terminerais, tout d'abord en constatant cette fin de non-recevoir, mais surtout en regrettant que certaines possibilités n'aient pas été examinées ou proposées afin de régler les difficultés nées de la mise en œuvre du pouvoir de recommandation ainsi que le demandait le Défenseur des droits dans sa demande d'étude.

A ce titre, pouvaient aussi être analysés, le visa préalable du Contrôleur financier ou d'Etat, l'examen à priori ou à posteriori des recommandations en équité par les commissions des finances du parlement, voire par la Cour elle-même à partir d'un certain plafond, le traitement à équivalence entre réquisition conforme et recommandation en équité, d'autres pistes encore ...

De tout ceci on peut en déduire que la mise en œuvre des réclamations en équité n'a pas avancé, on peut même dire que la réponse de la Cour contribue à sa régression. Les voies de progrès sont donc à rechercher ailleurs, vers le parlement notamment. Elles existent pourtant et sont techniquement relativement faciles à mettre en place.

Je conclurai en disant qu'il n'y a rien à attendre du côté de la Cour des Comptes ni des comptables. Pour ces derniers, la nouvelle réglementation sur la responsabilité, et notamment la mise en jeu de la responsabilité des comptables, les prive de toute marge de manœuvre. Les solutions pour la mise en œuvre des recommandations d'équité, sont donc à rechercher ailleurs, au travers de la modification des textes.

Monique SASSIER

Merci pour ce travail important qui éclaire en effet le regard du Défenseur des droits sur cette question de l'équité.

Quand on dit que toutes les portes sont fermées, c'est tout à fait impossible à entendre pour un médiateur qui de toute façon met ses pieds dans les portes pour essayer de les ouvrir un peu, tente d'entrer par la fenêtre si on le jette dehors par la porte, donc effectivement, il nous faut d'un point de vue stratégique regarder où sont les possibilités d'évolution. En tout cas merci beaucoup.

Nous allons donc écouter pendant un quart d'heure Francis FRIZON qui a un regard plus international du fait de sa fonction de médiateur de la Fédération française des sociétés d'assurances, qui le conduit à faire des déplacements nombreux à l'étranger et qui a bien voulu nous éclairer sur l'appréhension au plan international de cette notion de l'équité

D'ici peu de temps, Emmanuel CONSTANS et Bernard DREYFUS accueilleront le Défenseur des droits.

Francis FRIZON

Je suis ravi d'évoquer un peu avec vous ce matin une autre approche que celle que l'on a l'habitude d'entendre dans notre cénacle franco-français en évoquant ce qui peut se passer au-delà de nos frontières. Je vais donc, pour être le plus bref possible, n'aborder que deux sujets, celui de l'Europe et celui du Monde...

Celui de l'Europe parce que je suis depuis l'origine membre d'un réseau européen de médiateurs qui s'appelle FIN NET et qui regroupe tous les systèmes ADR dans le domaine financier des pays membres de l'Union avec comme objectif principal de traiter les litiges transfrontières.

Le second sujet n'était pas prévu dans l'ordre du jour. Il s'agit des travaux d'une association dénommée INFO, pour International Network of Financial Ombudsman, que nous avons créée il y a une dizaine d'années maintenant à l'initiative de mes amis médiateurs financiers anglo-saxon et qui recouvre l'ensemble de la planète. Tous les continents y sont représentés, également par des médiateurs dans le domaine financier, mais qui pour la plupart répondent à un autre nom, celui d'ombudsman. Pourquoi cet autre nom ? parce que, non pas contrairement mais conjointement à la médiation, il y a toujours un moment où pour mettre fin au litige avec une entreprise notamment dans le domaine financier, il faut que quelqu'un prenne une décision. Et cette décision là, contrairement au médiateur dans l'acception classique de l'appellation, l'ombudsman lui peut la prendre. Il le fait de manière confidentielle ou de manière non confidentielle, mais c'est là un autre sujet, sûrement pour un autre colloque où je disposerai peut être de plus de 15 minutes pour m'exprimer sur une aussi délicate question. On en reparlera.

Revenons donc à l'équité, concept universel s'il en est, mais dont la conception va différer selon les lieux et les cultures, avec cependant un socle commun. On retiendra trois aspects fondamentaux, philosophique-sociologique, juridique et enfin pratique.

Le monde occidental est empreint de la conception platonicienne et, depuis que CICERON et ARISTOTE, comme PLATON, sont venus nous parler, nous vivons avec votre propre conviction, mais largement influencée, de ce qu'est ou de ce que doit être l'équité, j'y reviendrai en conclusion.

Dans le monde anglo-saxon, dont je suis parce que tout à la fois Anglais et Français et Européen convaincu, il faut s'appesantir un peu plus sur ce concept et voir ce qu'il recouvre de l'autre côté du canal de France. Lorsqu'on y parle d'equity la notion a bien évolué depuis Guillaume le conquérant. Aujourd'hui, l'équité, equity, c'est un système de droit à lui tout seul.

Et lorsqu'on fait appel à l'équité de l'autre côté de la Manche, en fait on ne vise pas la même notion que celle nous avons évoquée depuis ce matin. Pour un Anglais, où dans un système anglo-saxon plus généralement, l'equity sera le système juridique plus pragmatique qui a été évoqué avec juste raison par l'orateur précédent et que l'on va retrouver plus particulièrement dans le domaine commercial ou dans le droit des successions. En fait, alors qu'ici nous parlons d'équité, le citoyen Anglais va lui parler de fairness. Mais cette notion de fairness est une notion que sur le continent nous ne concevons pas ailleurs que dans l'idée d'un juste procès. Cependant, c'est cette idée anglo-saxonne qui sera reprise et que l'on va retrouver dans la Directive européenne que nous avons mentionné. La directive ADR va imposer qu'il y ait un processus de médiation équitable. Cela veut dire quoi ? tout simplement que pendant le déroulement de la médiation on va devoir s'assurer que toutes les parties reçoivent la même information, qu'elles soient directement informées par le médiateur et qu'il n'y ait pas d'ambiguïté sur la manière dont la médiation va être menée. Cette référence à la notion anglo-saxonne de l'equity comme l'un des fondements de la Directive n'est pas très surprenante, lorsque l'on sait comment s'élaborent les textes à Bruxelles. No comment.

Pour certains de mes collègues médiateurs européens, ceux-là souvent anciens magistrats d'ailleurs, la loi est juste par nature et donc elle est équitable, point final. Chacun appréciera. On a entendu récemment une émission sur le lobbying auprès des instances où l'on voit très bien comment les textes législatifs sont élaborés pour que effectivement on arrive à ce résultat que par nature la loi est équitable... Ce n'est pas ma vision, réaliste, des choses.

Pour d'autres de mes collègues et amis, au niveau global cette fois, cette notion diffère encore. Dans les pays de droit musulman par exemple la situation est complexe, c'est le moins que l'on puisse dire. La charia, la loi divine, va s'appliquer différemment d'un pays à l'autre, et dans les mêmes pays, selon les écoles qui elles même diffèrent entre elles. Aussi, des procédures vont permettre de contourner les règles archaïques que l'on connaît, comme la répudiation de la femme, ou dans le domaine financier de s'abstraire des interdictions par la loi divine, du prêt à intérêts ou de l'assurance, ce qui permet quand même de fonctionner à peu près normalement, entre guillemets. Il en va de même lorsque le recours à l'équité s'impose et là c'est le rôle du Cadi, le rôle du juge. Cette intervention de l'équité est cependant très contrastée et mes collègues Kazakhs, Indiens, d'Arabie saoudite, du Pakistan ou de la Malaisie, lorsqu'ils évoquent ce problème particulier s'interrogent. Le récent colloque de l'organisation INFO était justement basé sur cette question de l'équité dans la pratique des médiateurs et des ombudsmen. Bon, on s'est tous quittés bons amis mais néanmoins on a pu ressentir clairement qu'il y a pour de nombreux participants toujours matière à de véritables interrogations sur le fond.

Pour d'autres, dont je suis, à la fois médiateur et ombudsman, c'est la vision humaniste et pragmatique qui l'emporte et ceci selon un axe fondamental à mes yeux. L'égalité ne signifie pas que tout doit être uniforme et que nous sommes tous pareils, et l'équité ce n'est pas l'égalité. L'équité doit permettre d'arriver à un traitement juste du litige, fair en anglais, en tenant compte des différences entre les personnes et en s'adaptant à chaque situation particulière. Il me semble que nous en sommes tous d'accord ce matin, elle permet sinon de corriger les inégalités, d'en limiter les effets.

L'homme équitable est celui qui a tendance à prendre moins que son dû, bien qu'il ait la loi de son côté, et c'est cela l'équité. ARISTOTE, beaucoup cité ce matin, l'a écrit dans Les Ethiques.

A cet égard je donnerai un seul exemple personnel dans le cadre du sujet que Monique a bien voulu me confier. Le Code des assurances comporte une disposition qui est une véritable bombe. Il stipule qu'en cas de fausse déclaration intentionnelle de l'assuré, le contrat d'assurance est nul. Dans les cas où cette fausse déclaration est le fait du souscripteur du contrat, sa veuve, alors même qu'elle l'ignorait va se trouver sanctionnée par l'annulation du contrat et la société d'assurance aura la possibilité de garder les cotisations qui ont déjà été versées avant l'annulation à titre d'indemnité. Mais, cette sanction est une simple possibilité, bien que systématiquement appliquée. Aussi dans un de mes rapports annuels j'ai considéré que dans ces situations qui doivent être avérées, c'est-à-dire celles où la veuve ignorait véritablement ce qui s'était passé lors de la souscription du contrat, et bien l'assureur s'honorerait à renoncer spontanément à conserver à titre d'indemnité les cotisations qui lui ont été versées. J'ai été suivi dans cette préconisation. J'en suis heureux et je constate maintenant que nombre de sociétés appliquent cette recommandation systématiquement. Il y a là certainement une petite œuvre d'équité.

J'ai terminé, si je suis encore dans les temps, j'ai peut être encore 2 minutes. Donc en conclusion, tous les médiateurs quel que soit leur domaine d'intervention et quelle que soit leur origine, se sont posé, se posent ou se poseront cette question. A quoi servirions nous, médiateurs, si nous n'étions là que pour rappeler aux plaignants le contenu des règles de droit, le contenu des règlements, le contenu des circulaires administratives ou encore le contenu des contrats d'adhésion courants dans bien des domaines, en oubliant la vision qu'avait ARISTOTE, toujours lui, de l'équité qui est une forme de justice tempérée par l'amour qui permet de donner la dimension humaine à la rigide froideur de la règle de droit ?

Merci de votre attention. Et aussi merci à Michel de MONTAIGNE qui parmi ses immenses qualités avait celle de cultiver lui un jardin de vignes dans le Bordelais et qui nous rappelle qu'il faut voyager pour froter et limer sa cervelle contre celle d'autrui.

Monique SASSIER

Cher Francis, nous savons au Club que la dimension internationale est une de tes préoccupations majeures, et au nom du Club, je voudrais vraiment te remercier de nous apporter et de nous faire partager cette dimension et de faire que jamais nous ne nous refermions sur nous-même.

Je propose que Marielle COHEN-BRANCHE, Maître MAJZA, Bernard CIEUTAT, et Bernard DREYFUS, sans faire un débat, nous disent en quelques mots ce qui leur apparaît important dans cette fin de matinée.

Bernard DREYFUS

Pour respecter les horaires, d'une part, et compte tenu de l'état de ma voix, d'autre part, je vais être bref.

Tout d'abord, je crois que nous aurons à poursuivre la réflexion non seulement au sein du club, mais également avec vous, car je dois l'avouer je ne suis pas totalement convaincu par la ligne directrice de certaines interventions de ce matin.

En un mot je pense que l'amour de notre prochain ne permet pas pour autant une certaine banalisation de la recommandation en équité qui doit, selon moi, rester vraiment exceptionnelle.

Non seulement, car la règle de droit sera toujours ressentie comme « injuste » par certains et qu'il est important qu'elle reste la règle de droit dans un état de droit.

Mais aussi parce qu'à trop ouvrir la « boîte », on peut créer d'autres iniquités comme cela a déjà été mentionné ce matin.

Pour répondre plus précisément sur la place et le rôle du médiateur, je crois qu'il faut utiliser trois termes : la frustration, l'humilité, la prudence.

La frustration, car bien entendu nous souhaiterions tous proposer des solutions équitables acceptées par les deux parties mais la vraie vie est plus complexe ! J'ai l'habitude de dire que nous avons trois motifs principaux d'action : l'absence de droit, l'erreur de droit, le conflit de droits et que c'est dans les cas d'absence de texte, ou de conflits de texte, que notre rôle est primordial en matière de recommandation en équité.

Frustration aussi lorsque je sais, comme Alain PATON vient de le rappeler, que la proposition en équité n'est pas toujours perçue comme allant de soi !

L'humilité ensuite car comment être certain qu'en proposant une recommandation en équité nous n'allons pas ouvrir une autre inégalité !

Enfin la prudence, et cela découle de l'humilité, car notre société est complexe et que le ressenti de toute décision ou proposition évolue constamment selon les périodes et les circonstances. Et ce d'autant plus dans une société ouverte en continu aux médias, qui jouent trop souvent de l'émotion et non pas suffisamment de la raison.

Voilà en quelques mots le ressenti du rôle du médiateur à l'orée de cette notion encore en « friche ».

Monique SASSIER

Cher Bernard DREYFUS ; une matinée de travail c'est, vous avez absolument raison, ce qui se dit et ce qui ne se dit pas, c'est ce que chacun pense et chacun doit continuer à travailler. Donc merci pour ces alertes mais aussi évidemment pour ces encouragements à poursuivre,

Marielle COHEN-BRANCHE

C'est au regard des pouvoirs respectifs du juge judiciaire, donc ancien juge de cassation et de celui de médiateur que je suis devenue, que je voudrais me placer pendant ces quelques minutes. On l'a vu, on nous l'a dit, je crois que c'est tout à fait vrai, le juge, lui, a le pouvoir de trancher, de décider et on a vu également en quoi l'équité n'était pas, au regard du juge judiciaire, une source du droit. Il est donc interdit à un juge judiciaire de fonder sa décision sur la seule équité.

Le juge doit appliquer le seul droit, les anciens étudiants de 1^{ère} année de droit connaissent tous le fameux Arrêt du canal de Craponne. La Cour de cassation, en 1876, a cette phrase terrible, « la force obligatoire des contrats ne doit pas fléchir devant l'équité » et pourtant le contrat avait été signé trois siècles auparavant. Plus récemment, le 4 décembre 1996, la Chambre sociale de la Cour de cassation a à nouveau censuré un arrêt de Cour d'appel qui avait fondé sa décision en équité. La seule exception, nous la connaissons c'est l'Article 1135 du code civil, qui énonce que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation, d'après sa nature. ». L'équité est donc nommée une seule fois dans le code civil. En revanche, le médiateur, en droit français, ne décide pas, ne statue pas, je dis souvent : il propose, il ne dispose pas. En revanche, puisque son action se situe dans un cadre exclusivement amiable, cette interdiction ne le concerne pas il peut fonder son avis en droit et équité. C'est là toute la souplesse de ce processus. Personnellement, en tant que médiateur de l'Autorité des Marchés, je n'ai pas, en face de moi, une seule institution, j'en ai plusieurs centaines. Déjà Marie-Louise DESGRANGE nous l'a fait ressentir aussi, comme médiateur sectoriel. Quand on a une multiplicité d'intervenants professionnels qui n'ont pas les mêmes politiques, ni même pratiques, il est effectivement frustrant d'observer que ce qui sera considéré comme juste un côté, sera considéré comme inadmissible de l'autre. Alors comment un médiateur peut se comporter dans ce cas là ? Et bien il faut convaincre. Le problème, cela nous a été rappelé par une intervention ce matin, comment convaincre quand le professionnel dit : « mais attendez, j'ai appliqué le droit, j'ai appliqué les termes de la convention ! ». Il faut faire valoir l'entreprise devrait aller au-delà du strict droit, de son application formelle. Je constate que quand j'obtiens un accord de l'entreprise, quels sont les arguments que j'ai mis en avant ? D'abord, le constat d'un dysfonctionnement, le constat d'une erreur humaine, une faiblesse dans la procédure, quand le montant commence à devenir significatif je peux, avec ma casquette d'ancien juge, évoquer le risque judiciaire de sa publicité, et de l'effet rétroactif de la jurisprudence, c'est tout cela que je fais valoir, beaucoup plus que l'équité. Il arrive parfois que l'entreprise a intérêt à conserver son client, cela s'appelle l'intérêt clientèle. Là non plus, il faut être réaliste, cela n'a pas grand rapport avec l'équité. Et alors là puisque tout le monde a cité ARISTOTE je ne voudrais pas être en reste, quand ARISTOTE disait aussi, « ce qui cause notre embarras c'est que ce qui équitable ne l'est pas conformément à la loi ». Alors, moi je le reconnais, l'équité dans ma démarche avec ces centaines de professionnels ne joue pas un rôle majeur. Il n'est pas inexistant, j'en ai discuté avec mon équipe. Il existe un domaine dans lequel je pratique l'équité, sous ma responsabilité. C'est en matière de procédure. Précisément on est dans l'amiable, alors d'ailleurs si on est un bon juriste, il faudrait éviter de dire « procédure » : la médiation est un « processus » et non une procédure. Or, il est de règle, dans toutes les médiations, qu'une réclamation préalable avec le professionnel en litige soit demeurée vaine pendant deux mois, ou que le demandeur ait essuyé un refus, pour qu'un dossier de médiation soit recevable. En réalité, à la médiation de l'AMF, il nous arrive de considérer que l'urgence de trouver une solution justifie que nous acceptions le dossier par exemple, lors d'un transfert de PEA qui a déjà attendu trois mois, quatre mois. Est ce que je vais demander à l'épargnant d'attendre encore deux mois de plus ? , non, il me paraît légitime de l'accepter immédiatement. A mon sens, l'équité c'est aussi la légitimité et la légitimité n'est pas nécessairement l'égalité, c'est de ne pas me soumettre systématiquement à une règle de procédure rigide, comme elle existe judiciairement.. Il faut se souvenir qu'on est effectivement dans l'amiable, que la médiation est fondée sur une démarche volontaire des deux parties en litige. Autre exemple de prise en compte de l'équité : c'est la question de frais ou de commissions de compte: Ce qui est vrai comme règle générale, au titre d'un montant donné, peut devenir excessif en pourcentage. Je me souviens, dans le cas d'un litige en épargne salariale de frais de clôture de compte relatifs

à une épargne de 100 € L'épargnant avait été facturé 20 €. C'est normal et, en même temps, cela a représenté 20 % de son épargne. Dans un tel cas, là on passe un coup de téléphone, est ce que vous êtes vraiment sûr que vous voulez facturer ces 20 € ? , Ainsi ce qui était juste au cas général peut devenir injuste au cas particulier, on va dire source d'iniquité donc, et ce sera ma conclusion, une fois, on m'a demandé « c'est quoi pour vous l'équité ? » et là, c'est l'ancien juge qui parle, j'ai répondu « c'est quand le droit rencontre la justice ». Merci.

Monique SASSIER

Merci de nous rappeler que l'équité est un joyau rare qu'il faudra savoir tailler.

Bernard CIEUTAT

Merci. Je voudrais évoquer des difficultés que rencontrent les médiateurs. Je reprendrai la définition de l'équité par Jean Bodin, citée par Mme MAJZA, comme étant le moyen d'assouplir la loi abstraite, quand elle se révèle inadaptée pour régler certaines situations de manière satisfaisante. On retrouve dans cette définition toutes les difficultés d'une médiation fondée sur l'équité. Jusqu'où peut aller cet « assouplissement » ? Car la loi, c'est la loi, et la loi dans sa rigueur. Le médiateur doit respecter la loi. Il rend ses avis « en droit » et en équité, selon la formule des chartes et protocoles de médiation. Il existe donc une limite à l'équité : c'est le droit, et plus largement les règles appliquées dans le champ d'activité où le médiateur exerce sa mission. Par exemple, dans le secteur ferroviaire, et plus particulièrement pour la SNCF dont je suis le médiateur, l'activité est régie par un ensemble de règles particulières: police des chemins de fer, règles de sécurité, règles commerciales, politique tarifaire etc... En tant que médiateur, je dois respecter ces règles. En revanche, pour des cas particuliers, je propose à l'entreprise, parce que l'équité me conduit à le faire, d'assouplir l'application de la règle qui, compte tenu des circonstances, me semble d'une excessive rigueur ou aboutir à un résultat insatisfaisant. Toute la difficulté est d'apprécier en quoi l'application stricte de la règle conduit à une « rigueur excessive ». Je n'évoque ici que les situations particulières. Sans préjudice des recommandations plus générales que je fais à l'entreprise, notamment dans mon rapport annuel, de mettre fin à des imprécisions, des contradictions, voire des absurdités que j'ai pu relever dans les règles et leur application. Mais c'est toujours un problème : jusqu'où s'étend la responsabilité du médiateur quand il prend ces initiatives? Quand peut-on considérer qu'il outre passe sa mission ?

La recherche de l'objectivité constitue une deuxième difficulté. L'objectivité dépend d'abord de la qualité des enquêtes menées pour établir la réalité, la vérité des faits. Il n'est pas toujours facile de l'obtenir. Il faut d'abord recueillir des données aussi fiables que possible. Elles ne sont pas toujours disponibles. Il faut également prendre en compte le facteur temps : le médiateur doit donner son avis dans un délai acceptable pour ceux qui le saisissent. Les protocoles de médiation fixent d'ailleurs ces délais : deux mois pour ce qui me concerne, pouvant aller jusqu'à quatre mois pour les enquêtes plus difficiles. Une fois que les faits sont établis, il faut enfin les apprécier. Par exemple, dans de nombreux cas, il faut établir la bonne foi de la personne en situation irrégulière, qui me saisit.

Autre exemple : le voyageur qui n'a pu prendre le train où il avait une réservation, parce que ce train a été supprimé pour cause de travaux. Ces travaux étaient-ils prévus ? S'ils l'étaient, pourquoi la SNCF a-t-elle vendu des billets pour ce train ? Le voyageur a-t-il été informé de sa suppression ? Comment et dans quel délai ? Voilà un exemple parmi beaucoup d'autres, pour illustrer la recherche des données indispensables pour fonder un avis équitable.

Parmi les cas difficiles, je citerai les conflits entre un voyageur et un contrôleur. Les contrôleurs sont assermentés, c'est-à-dire qu'entre la parole d'un contrôleur et celle d'un voyageur, normalement celle du contrôleur prévaut. Dans certaines situations extrêmes, rares heureusement, le doute sur les circonstances exactes du conflit est permis. Si le contrôleur n'a pas fait de rapport, ce doute peut bénéficier au voyageur. Bref ce genre de situation est toujours délicat à apprécier et l'équité a du mal à trouver un fondement irréfutable.

Enfin, dans ses avis, le médiateur doit toujours être attentif à son expression. Il doit éviter les formules péremptoires, il ne faut pas que le souci de la concision, légitimé par l'exigence de clarté et de simplicité, et par le grand nombre des saisines, aboutisse à des phrases stéréotypées et une certaine sécheresse de ton. Le médiateur est un pédagogue qui montre de l'empathie. Il est à l'écoute, attentif, et ne doit pas se laisser gagner par la routine. Il sait se remettre en cause. La recherche de l'équité le met en quelque sorte en tension permanente avec sa propre subjectivité. Il peut heureusement s'appuyer sur une équipe et bien des avis que je rends sont le fruit d'une délibération collégiale. Bernard Dreyfus évoquait à juste titre l'humilité dont le médiateur doit faire preuve dans sa recherche de l'équité. Il arrive que mes avis soient contestés par les voyageurs. J'accepte toujours de les réexaminer et, si le réclamant apporte des éléments nouveaux ou des arguments qui m'auraient échappé, je revois ma position.

En conclusion, il m'apparaît que le médiateur doit opérer une difficile conciliation, une synthèse délicate entre la distance que requiert la recherche de l'objectivité et l'empathie dont il doit faire preuve à l'égard de ceux qui font appel à lui. C'est la difficulté de sa tâche mais c'est aussi ce qui la rend passionnante.

Maître Béatrice MAJZA

Donc finalement peut-être pour répondre à une question, quand recourir à une pratique de l'équité en médiation ? Alors certes on l'a vu par nature la loi est équitable, mais n'en demeure pas moins qu'une fois que le droit est appliqué, une fois même on l'a dit qu'un jugement est rendu, peut apparaître une situation inéquitable, une situation déséquilibrée et c'est là finalement que l'équité retrouve toute sa mesure, tout son intérêt. Donc l'équité peut être, là ce n'est qu'une piste parmi d'autres, doit être retenue notamment lorsqu'une stricte application du droit finalement remet en place une inégalité, une situation injuste. Et donc finalement aussi, il ne faut pas oublier, que l'on peut intervenir certes en équité, mais dans un certain cadre quand les circonstances s'y prêtent, dans un certain contexte, quand le moment s'y prête effectivement puisque l'équité doit s'adapter aussi au cas par cas. Et donc finalement là je vais vraiment restreindre mon temps d'intervention, on peut dire que l'équité finalement intervient dans un souci d'humanité, dans une logique de réparation mais aussi finalement afin de rétablir une forme de vérité.

Monique SASSIER

Monsieur le Défenseur des droits nous vous accueillons avec plaisir, avec bonheur aussi, pour poursuivre avec vous ce travail que nous avons commencé ce matin.

Emmanuel CONSTANS

Monsieur le Défenseur des droits, c'est un très grand honneur et un très grand plaisir pour nous aujourd'hui de vous accueillir et de vous accueillir sur ce thème de l'équité car votre point de vue, votre position, sont pour nous tout à fait essentiels sur un tel sujet.

Nous sommes en même temps très heureux au niveau du Club des médiateurs de services au public de vous accueillir car c'est notre première rencontre en tant que Club, au-delà bien évidemment des entretiens que vous avez déjà pu avoir avec un certain nombre d'entre nous. C'est pour nous un très grand plaisir car le Club des médiateurs de services au public a toujours été soutenu dans son action par le Médiateur de la République, devenu aujourd'hui Défenseur des droits.

Nous espérons que vous accepterez de soutenir notre Club dans ses réflexions, dans ses propositions, dans ses efforts pour faire rayonner la médiation dans notre pays et au-delà.

Nous apprécions particulièrement votre venue Monsieur le Défenseur des droits. Vous êtes un homme de conviction, vous avez une expérience tout à fait exceptionnelle de la vie publique, vous êtes un homme de lettres en plus, un amateur d'art, vous avez surtout une indépendance de jugement qui est naturellement une référence fondamentale et nous sommes très honorés et en même temps nous comptons beaucoup en tant que médiateurs, tous les médiateurs présents dans cette salle, sur l'autorité constitutionnelle qui est la vôtre.

Vous n'avez pas manqué hier encore de vous prononcer en toute liberté, en toute indépendance, sur un sujet majeur pour notre société, c'est pour nous et, je crois pour toute la société française quelque chose d'essentiel. Aussi, sur le thème de l'équité, de l'équité et du droit, nous sommes tout ouïe, Monsieur le Défenseur des Droits.

Jacques TOUBON

Je voudrais d'abord remercier Emmanuel CONSTANS, Monique SASSIER et puis Bernard DREYFUS qui ont joué un grand rôle dans l'organisation de cette matinée, pour m'avoir invité à vous dire quelques mots en conclusion de cette conférence du Club des médiateurs de services au public.

Naturellement, il faut être clair, ça ne sera pas une conclusion, d'abord car je n'ai pas participé à vos débats et ce serait donc non pertinent et puis, d'autre part, parce que je pense que tout le monde s'en rend compte, ma pratique est beaucoup plus courte que la vôtre, elle est même minuscule par rapport à celle de beaucoup d'entre vous, qui sont en fonction depuis des années et qui ont directement ou indirectement une très longue expérience de toutes ces questions.

Je voudrais simplement me permettre à la fin de cette réunion quelques réflexions et dire quelles conséquences j'en tire pour ma propre pratique et ma propre stratégie comme Défenseur des droits.

Comme Emmanuel CONSTANS vient de le souligner, le Défenseur des droits, par la révision constitutionnelle de 2008 puis la loi organique du 29 mars 2011, se trouve dans une situation assez particulière et d'autant plus particulière que d'une certaine façon, il ne correspond pas à la tradition juridique française. Si on était dans la tradition des grands légistes, tout à l'heure le médiateur de la SNCF Bernard CIEUTAT a cité BODIN, il n'y aurait pas de médiateur et il y aurait encore moins de Défenseur des droits, puisque par définition la loi et toute l'organisation des hiérarchies des normes, des hiérarchies tout court, qui s'en inspire sous l'autorité de la loi prévoirait tout, disposerait de tout et interdirait naturellement toute intervention d'un personnage ou d'une institution et qui serait considéré comme totalement perturbateur par rapport à cet ordre de légiste que notre tradition, notre mentalité collective, notre culture nationale chérit et aime beaucoup, il faut bien le dire.

Nous avons rejoint aujourd'hui un vaste camp de pays qui conçoivent l'état de droit et qui pratiquent l'état de droit, je dirais au-delà ou quelquefois à côté de la loi et qui soit s'inspire d'une forme de droit naturel, de droit des gens et vous savez très bien par exemple que c'est une des interrogations qui existe depuis toujours à propos de notre constitution de 1958. Nous posons désormais plus souvent la question sur ce que la justice juge bon. Je veux dire par là que l'on s'interroge sur de qui le juge tient le pouvoir de juger. Il y a beaucoup de gens qui ont développé des théories sur un droit naturel et puis d'autres au contraire disent non car il s'agit de la souveraineté populaire.

De la même façon, certains ont développé notamment dans le monde anglo-saxon l'idée que tout peut se faire par une forme d'accord des parties, pourvu qu'il y ait place pour la négociation (y compris parfois, hélas, à des coûts allant de millions ou de centaines de millions, de dollars ou de livres). Et nous avons, à travers une institution comme celle du Défenseur des droits, rejoint en partie ce camp qui était aussi celui des Ombudsmen à la scandinave.

Je dis cela parce que je pense que pour quelqu'un comme moi qui par définition a été élevé et continue à participer de cette grande tradition dont je parlais tout à l'heure, Philippe LE BEL, BODIN et les autres, sans remonter aux gallos romains naturellement, je me rends compte, et je me suis rendu compte tout au long de ma carrière, de la manière dont nous avons bougé, je ne dis pas dérivé, je dis : nous avons bougé. Naturellement on serait parti de l'autre côté de la banquise, là où la banquise nous a fait justement dériver, mais c'est ainsi.

De ce point de vue, la révision constitutionnelle de 2008 n'est sans doute par parfaite, y compris sur d'autres plans que j'ai pu aussi mal ressentir ou critiquer, et je prends par exemple le fait que désormais on discute en séance publique sur le texte de la Commission et non plus sur le texte du Gouvernement ; moi, je dois dire que ça m'a fait mal au foie quand cette disposition a été votée.

Bref, cela n'est pas sans conséquence d'ailleurs sur tout ce que vous voyez aujourd'hui dans l'actualité politique et parlementaire naturellement. Mais cette révision de 2008 a eu ce côté ouvert aux influences, cette modernité d'une certaine façon qui a fait qu'une institution comme le Défenseur des droits a été créée et par là même d'une certaine façon tous ces pouvoirs de médiation, toutes ces idées qui font qu'il peut exister du droit, de la justice « à côté », à la marge de la règle et de la loi.

C'est un fait et c'est même plus qu'un fait, c'est une règle accomplie puisque c'est notre règle constitutionnelle et d'ailleurs il y a un article de notre loi organique qui précise que nous pouvons prendre des décisions en équité, c'est écrit noir sur blanc. Je veux dire, ce n'est pas une notion que Bernard DREYFUS, Richard SENHOR ou Dominique BAUDIS ont inventée.

En tant que Défenseur des droits, j'applique les droits des femmes, des hommes, de l'ensemble des êtres humains sur le territoire de notre République naturellement et donc cette réflexion m'amène à dire que la question de l'équité que vous traitez ce matin, va plus au fond des choses. Elle a plus de portée que celle simplement de se dire que de temps en temps la règle va nous conduire à quelques chose qui n'est pas, je mets ça entre guillemets « je vais essayer de trouver quelque chose qui fera que le résultat final sera bien ».

Cette notion du bien étant naturellement parfaitement nuageuse, je dirais même gazeuse, c'est absolument évident. Et c'est là où je crois qu'il faut s'interroger sur ce qu'on appelle la demande sociale, la demande de droit, la demande de justice, et je l'ai fait depuis 4 mois (puisque j'ai commencé pendant même les périodes d'audition du processus qui a conduit à ma nomination). La demande d'égalité est forte aujourd'hui, et peut être qu'elle est d'autant plus forte que la crise met en cause beaucoup de situations qui ne relèvent pas du droit, des situations de caractère matérielles, culturelles, etc ...mais c'est une réalité. Ce sont des sentiments tels que : je n'ai pas ce que mon voisin a, je suis dans une catégorie où d'autres sont mieux traités que moi, ou j'appartiens à une catégorie qui est moins bien traitée qu'une autre catégorie. Donc, il se développe une demande de droit que j'appellerais une demande de droit relative, une demande de droit de comparaison qui bien entendu introduit cette idée que ce droit que je demande, et j'en demande l'application au nom de ce que je crois être juste

C'est pour cela que, dans toutes mes auditions, j'ai parlé en même temps du sentiment d'injustice et du sentiment d'inégalité. Ce n'est pas du droit dur et en fait pour beaucoup de nos concitoyens c'est exactement ressenti de la même façon.

C'est par la comparaison qu'on déduit un certain ressenti d'injustices et bien entendu à ce moment-là on arrive à la question, qu'est-ce que c'est l'égalité et à la question de dois-je respecter l'égalité. Si, au nom de l'équité, je m'écarte de l'égalité formelle bien entendu, on l'a dit tout à l'heure, je risque de créer de nouvelles iniquités, pas de nouvelles inégalités puisque le Conseil d'Etat et toutes les juridictions ont dit depuis très longtemps que l'on pouvait appliquer des solutions différentes à des situations différentes, et que pour autant on ne violait pas le principe constitutionnel d'égalité.

Donc, par une utilisation malmenée de l'équité on risque de développer ou titiller encore plus ces sentiments d'injustice et d'inégalité. Mais en même temps, il est clair que l'équité est dans la conception philosophique, notamment chrétienne, et peut être aussi considérée comme un approfondissement de l'égalité, c'est-à-dire si j'osais cette formule à la Coluche, une égalité plus juste, une égalité plus égale. Cela revient à ce que Madame COHEN disait tout à l'heure, le droit rencontre la justice, c'est une égalité qui apparaît comme meilleure.

Je reviens à mon histoire du bien. Il y aurait donc des égalités moins bonnes et des inégalités meilleures. Alors l'équité serait une égalité meilleure, elle serait plus juste. Je crois que c'est dans tout ce champ très important de réflexion qu'il faut s'inscrire et je veux dire par là que notre travail de médiateur est la traduction pratique de cette notion. Mais nous nous devons d'essayer d'y réfléchir en mettant le sujet à la hauteur de ce qu'il représente en termes de philosophie de la société et de philosophie de l'état de droit. C'est pour cela qu'un débat comme ce matin par exemple est très utile ; mais je pense qu'il faut qu'il soit étendu davantage dans un domaine voisin, celui des discriminations, pour expliquer ce que je crois devoir être l'avancée de notre pensée.

A cet égard, je compte profiter du colloque que nous allons organiser pour marquer le dixième anniversaire de loi qui a créé la Haute autorité de lutte contre les discriminations et l'égalité pour évoquer de façon à la fois juridique, philosophique, scientifique, l'évolution des conceptions de termes tel que celui de l'égalité.

Je le dis parce que c'est le même genre de réflexion qu'il faut faire sur notre métier et en pratique. Je veux simplement illustrer de manière très concrète un des cas que Bernard DREYFUS m'a montré et où nous avons dit noir sur blanc : « *nous vous demandons de prendre une décision en équité* ». Une dame, veuve, demande la réversion de la rente d'activité à la suite d'un accident du travail très spécifique de son défunt mari. Il lui est répondu : « *vous n'avez pas fait ce qu'il fallait avant le décès de votre mari* ». Elle répond : « *quand je m'étais renseignée avant la mort de mon mari on m'avait répondu qu'il ne fallait rien faire avant et que c'était seulement après le décès qu'il fallait s'en préoccuper* ». En 2013, Dominique BAUDIS avait fait une belle lettre au Directeur de la Caisse nationale d'assurance maladie en lui indiquant : « *je me permets de vous souligner que ma démarche ne se situe pas sur le plan du droit mais sur celui de l'équité. Aussi exceptionnelle soit-elle, je vous rappelle qu'une telle intervention est expressément prévu par l'article 25 de la loi relative au Défenseur des droits* ». Le Directeur de la Caisse nationale d'assurance maladie nous a répondu qu'il prenait en considération la situation sociale, économique et financière de la requérante dans un souci d'équité et qu'il lui accordait la réversion de la rente.

Je crois que c'est là quelque chose de tout à fait, je dirais trivial et matériel. Mais dans cet échange de correspondances, il y a toute la réflexion que je viens de faire donc pour moi le sujet que vous avez traité ce matin me paraît relever de réflexions tout à fait considérables sur ce qu'est la mise en œuvre de notre état de droit.

Je pense que le Défenseur des droits a une grande légitimité à le faire. Monsieur CONSTANS vous avez cité ce que j'ai annoncé hier soir, c'est-à-dire ma décision de me saisir d'office de la situation créée par la mort de ce jeune manifestant dans le Tarn. Nous sommes dans le domaine pour lequel j'ai une compétence légale au titre de la déontologie de la sécurité.

Cependant, là aussi nous allons nous trouver en face d'investigations, puis ensuite d'une recommandation particulièrement délicate que je serai amené à faire et où nous allons, d'une certaine façon, repousser et apprécier les limites du droit. Etant entendu que la déontologie est déjà un corps de règles qui est par rapport au droit pas tout à fait justement ce que nous avons dans notre grande tradition. La déontologie est venue d'abord, de manière autonome, des règles que certaines professions se sont données. Maintenant, l'Etat lui-même a repris la déontologie pour en faire des règles qui s'appliquent notamment à ses fonctionnaires et en particulier aux forces de sécurité. Dans ce domaine, nous allons être inspirés de la même façon.

Je crois que sur un plan philosophique, il faut que nous réfléchissions encore davantage. Et surtout que nous acceptions, si j'ose dire, avec beaucoup de tolérance entre nous et par rapport à nos propres cultures, à nos propres formations, de nous engager dans quelque chose qui peut apparaître effectivement peut-être pour certains, y compris peut être pour moi d'ailleurs, par ce que j'ai fait la loi, parce que je l'ai appliquée, comme un exercice de trapèze volant quelquefois il faut le dire, si je peux employer cette expression.

Pour être concret, et ramener au plus près de la vie quotidienne de nos concitoyens ce type de réflexion, j'ai l'intention de créer prochainement au sein de notre institution un comité d'entente « les usagers des services publics ». Cela nous permettra de réunir des représentants de mouvements et de percevoir, outre les difficultés que nous connaissons déjà au travers de nos réclamations, la compréhension de la notion de service public de nos jours, au-delà des définitions purement juridiques apprises sur les bancs de l'université.

Vous savez moi j'ai là-dedans une longue tradition. En 1974, lorsque j'étais Conseiller technique au cabinet du Premier Ministre Jacques CHIRAC, nous avons créé une grande opération avec les usagers qui avait été menée par le fameux Député Hector ROLAND (qui avait pour surnom Spartacus) et qui était Député-Maire de Moulins dans l'Allier. Naturellement, pendant des années il ne s'est rien passé. Non non, mais c'est clair, depuis moult années, nous avons fait des exercices de simplification et l'actuel Gouvernement est dans un exercice de simplification. Il a d'ailleurs fait un certain nombre de choses à l'égard des entreprises. Nous participons, Bernard DREYFUS participe, à ce travail.

Naturellement le Ministère des Finances y participe aussi. Je dirai encore plus, parce que s'il est un ministère non simplificateur c'est le Ministère des Finances ; pour une raison simple, ce Ministère est quand même d'abord chargé de mettre des chicanes, des cliquets dans les tuyaux, qui doivent arriver à la prestation, à la dépense, il faut mettre des chicanes dedans pour qu'il y ait moins de dépenses, là c'est clair. Pourquoi dans les systèmes de retraites que nous traitons, 40 % de nos demandes sont si compliquées, c'est parce que les systèmes de retraites ne sont pas faits seulement par ceux qui les instituent et par ceux qui en bénéficient mais aussi par ceux qui sont en charge de la finance. Celui qui est en charge de la finance publique trouve que plus c'est compliqué, moins ça risque de coûter cher, ou en tous les cas ça coûtera cher mais bien plus tard.

Dans de nombreux cas, il ne s'agit pas tellement de mauvaise volonté mais d'appliquer des règles souvent qui sont faites pour que la prestation arrive le plus tard possible et soit la moins coûteuse possible. Je pense que du point de vue qu'on a examiné ce matin, il est intéressant de savoir ce que nos concitoyens voudraient et ce que nous pourrions apporter, nous la vaste phalange des médiateurs, ce que nous pourrions apporter justement en terme d'équité mais pas seulement.

Vous savez chez le Défenseur des droits, il y a 6 ou 7 Comités d'entente, avec des représentants de la société civile, qui sont les grandes associations qui représentent les personnes handicapées, le monde de la communauté LGBT, le logement, les questions de l'égalité femmes-hommes, les associations qui s'occupent des droits des enfants, etc ... Donc, dans les différents domaines, j'essaie d'entretenir une espèce de relation régulière et remontante du bas vers le haut avec des représentants de la société civile. Je pense que du côté des usagers, ce serait une chose à faire et c'est ce que je vais essayer de faire dans le cadre de mes attributions.

Voilà simplement, Monsieur le Président du Club des médiateurs de services au public, ce que je voulais vous dire.

Je crois que nous sommes dans un domaine qui va beaucoup plus loin que nos pratiques quotidiennes et qui pose une vraie question sur qu'est-ce qu'est notre ordre juridique ou plus exactement comment nous voulons le mettre en œuvre pour le bénéficiaire final de cet ordre juridique et de cet état de droit. Comme j'ai eu l'occasion de le dire, à plusieurs reprises, c'est ça qui est la question. La question c'est cette société qui demande, ces individus qui éprouvent ces sentiments, ces frustrations, qui se traduisent quelquefois par des violences, mentales, verbales ou physiques, réelles ou virtuelles, et maintenant en utilisant tous les réseaux sociaux. Est-ce que à cette demande nous pouvons répondre par la réalisation des droits ? Cette réalisation des droits, je pense qu'aujourd'hui elle prend un virage au-delà même de la mise en œuvre de la règle, telle que peut la faire par exemple un juge, qui lui possède un grand pouvoir d'interprétation. Il ne nous dit pas que c'est de l'équité mais il dit moi la Cour suprême je décide que c'est comme ça qu'il faut faire, et notamment dans le silence de la loi.

Et de l'autre côté, en dehors de ces avancées théoriques, je vais essayer sur le plan pratique de prendre en considération davantage cette demande et peut-être, si nous en avons de nouveau le loisir, de faire partager au Club des médiateurs et à vous tous à la fois notre réflexion et notre expérience. Quelles que soient les particularités de l'endroit où chacun travaille, nous avons beaucoup de points en commun. Le Club a donc une grande utilité de ce point de vue et le Défenseur des droits peut dans son indépendance, son impartialité et les pouvoirs considérables qui sont les siens, faire en sorte que nous fassions avancer non pas nos propres affaires mais que nous fassions avancer le sentiment chez nos concitoyens, et chez tous ceux qui vivent de manière générale dans notre pays, que la France est un pays de justice et que cette justice passe par la mise en œuvre du droit de toutes les manières possibles, y compris de la manière dont le comprennent ceux qui ne comprennent rien au droit. Je crois que c'est ça qui est extrêmement important. Peut-être que l'équité c'est le droit de ceux qui ne connaissent pas le droit d'une certaine façon.

Emmanuel CONSTANS

Merci infiniment, Monsieur le Défenseur des droits, pour vos propos qui, sincèrement, nous touchent énormément. Je crois que nous allons vraiment faire fructifier le message que vous nous transmettez à la fois sur cet aspect théorique de la notion d'équité mais aussi sur le caractère en même temps extrêmement concret de la demande sociale que vous avez décrite et approfondie.

Votre analyse nous est très précieuse pour déterminer les outils que nous devons mettre en œuvre pour répondre aux préoccupations des citoyens au regard des droits et de cette demande sociale.

Nous sommes tout à fait disposés, Monsieur le Défenseur des droits, à poursuivre comme vous nous y avez incités, la réflexion sur ces questions et sur cette notion d'équité en particulier, et nous sommes prêts à le faire bien sûr auprès de vous avec vos équipes.

Vos propos, en faisant une synthèse de nos interventions et échanges de ce matin, sont une conclusion parfaitement appropriée, et en même temps, pour l'avenir, vous nous poussez les uns et les autres à approfondir cette notion d'équité dans le cadre de nos pratiques et de nos réflexions.

Je crois que la structure d'un comité d'entente des usagers des services publics que vous envisagez de mettre en place répondra vraiment à une demande très forte, parce si, pour certains domaines, des associations de consommateurs se sont organisées, et il existe des partenaires, en revanche, pour d'autres domaines les choses sont beaucoup moins bien organisées, je pense par exemple aux usagers des services publics, contribuables et autres.

Donc disposer de différentes instances et d'un comité d'entente comme vous le proposez sera sans aucun doute un progrès tout à fait considérable.

Merci à nouveau sincèrement pour votre venue et vos propos.

Afin que ces réflexions et les propos extrêmement précieux qui ont été tenus par les uns et les autres puissent être partagés, nous allons établir des actes de ce colloque et nous allons essayer d'approfondir ensemble à diverses occasions les notions développées aujourd'hui.

Je voudrais aussi en conclusion, remercier tous les participants pour votre venue nombreuse en période de vacances mais je crois que c'était important pour nous tous et j'espère que cette matinée aura été fructueuse.

Je voudrais remercier à nouveau Maître MAJZA, qui a introduit notre sujet et évoqué des notions de discrimination positive, par exemple, qui ont rejoint certains propos que vient de tenir Monsieur le Défenseur des droits. Je voudrais remercier tout particulièrement notre animatrice, organisatrice, Monique SASSIER, médiateur de l'Education Nationale et de l'Enseignement Supérieur, je vous propose de l'applaudir. Elle a préparé vraiment avec un soin extrême cette conférence et l'a menée à bon port avec toute l'équipe. Je tiens à remercier enfin l'équipe du Club et tout particulièrement Xavier BARAT, qui chez le Défenseur des droits et auprès du Club, a joué vraiment un rôle fondamental.

Voilà, merci à tous, et à un prochain rendez-vous.