

LA MEDIATION DANS LES LITIGES ADMINISTRATIFS EN 10 QUESTIONS

Introduction

1. Pourquoi recourir à la médiation ?
2. Qu'est-ce que la médiation ?
3. Comment se déroule un processus de médiation ?
4. Quels médiateurs ?
5. A quel moment recourir à la médiation ?
6. Quels dossiers se prêtent plus particulièrement à la médiation ?
7. Comment désigner un médiateur ?
8. Quel réseau construire ?

La médiation s'introduit dans la procédure administrative

Abrogé le bref article L. 211-4 du code de justice administrative qui permettait aux présidents de juridiction d'organiser une mission de conciliation. Place désormais à la médiation. Sous le titre II « Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends » l'article 5 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, complète le titre 1^{er} du livre 1^{er} par un chapitre III « La médiation » : les nouveaux articles L. 213-1 à L. 213-10 du code de justice administrative.

Les innovations essentielles de cette loi :

- Le recours à la médiation est, désormais, un mode de « droit commun » de résolution des différends, qui peut être à l'initiative des parties ou sur la suggestion du président de la formation de jugement,
- Le recours à un processus de médiation préalablement à la saisine du juge interrompt les délais de recours contentieux (qui recommencent à courir à zéro après la médiation) et suspend les prescriptions (qui recommencent à courir pour le délai restant après la médiation),
- La procédure de mise en œuvre d'une médiation est précisée (modalités de désignation du médiateur, de sa rémunération...).

La loi du 18 novembre 2016 a été complétée par le décret n°2017-566 du 18 avril 2017 codifié aux articles R. 213-1 et suivants du CJA.

1. Pourquoi recourir à la médiation ?

Cela fait une vingtaine d'années que l'on évoque les « modes alternatifs de règlement des litiges » (MARL) en y incluant les « recours administratifs préalables obligatoires » (RAPO). La problématique demeure toujours la même :

- Le constat subi de l'inflation contentieuse alors que les moyens accordés à la juridiction demeureront constants,
- Le manque parfois d'ajustement de la réponse contentieuse à la réalité plus complexe d'un certain nombre de conflits.

Plus généralement, c'est un mouvement de fond impulsé par l'Union Européenne (directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 ; rapport de la commission européenne du 26 août 2016) et qui existe au sein de la juridiction judiciaire depuis une loi du 8 février 1995. La médiation se développe dans tous les secteurs des professionnels du droit et dans les institutions.

Enfin, le recours à la médiation peut être l'occasion de mise en œuvre de procédures simplifiées, offrant une plus grande célérité et un moindre coût et permettre une plus grande prise en compte de l'équité et non de la seule légalité au sens strict du terme.

2. Qu'est-ce que la médiation ?

La directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 définit la médiation comme « *un processus structuré, qu'elle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un Etat membre* ».

L'article L. 213-1 du CJA dit la même chose : « *La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction* ».

Les termes importants sont : « LES PARTIES TENTENT PAR ELLES-MEMES DE PARVENIR A UN ACCORD AVEC L'AIDE D'UN MEDIATEUR ».

Contrairement aux RAPO ou certains processus de conciliation ou d'arbitrage, le médiateur ne délivre pas d'avis, même s'il peut « suggérer ». In fine, le médiateur se contente de constater ou non l'existence d'un accord. C'est en cela que la médiation est très novatrice par rapport aux RAPO ou à certaines formes de conciliation.

La médiation n'est pas tenue, comme dans un processus juridictionnel, au respect de l'argumentation juridique initialement invoquée par les parties, le processus pouvant faire apparaître que le conflit affiché au départ se situe ailleurs ou que ce conflit peut s'apaiser par une solution autre que purement juridique.

3. Comment se déroule un processus de médiation ?

Les principes directeurs d'un procès (contradictoire, publicité) sont écartés. Les principes directeurs de la médiation sont autonomes (impartialité, neutralité, caractère volontaire et conventionnel du processus, confidentialité). L'aboutissement de la médiation peut être fondé sur des moyens non-juridiques, à la condition de ne pas aller contre l'ordre public. La médiation peut s'appliquer dans tous les domaines où les personnes ont la libre disposition de leurs droits. *Elle ne saurait concerner un droit dont les parties n'ont pas la libre disposition* (art. L. 213-3 CJA).

4. Quels médiateurs ?

L'article 213-2 du CJA précise que « *Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ». Les termes d'impartialité et de diligence sont immédiatement compréhensibles. Il n'en va pas de même de celui de compétence.

Il existe, en effet, une multitude de professionnels qui se sont formés à la médiation regroupés dans des organismes extrêmement diversifiés tant au niveau national que local. Contrairement à la Belgique, il n'existe pas de procédure d'agrément étatique. Parmi ces professionnels, on peut citer les médiateurs non juristes, des magistrats, fonctionnaires, avocats, notaires, huissiers... ayant suivi un cursus moyen de formation d'environ 200 heures. Citons la Fédération nationale des centres de médiation très liée à la conférence nationale des bâtonniers, l'association nationale des médiateurs, l'association des médiateurs européens liée au Conseil national des barreaux et au barreau de Paris.

<https://ffcmediation.org/>

Les personnes formées à la médiation insistent fortement sur le fait qu'ils mettent en œuvre une technique qui ne s'improvise pas. Par exemple, des notaires déclarent qu'avant d'avoir suivi une formation, ils se croyaient compétents pour concilier des parties en litige et que ce n'est que suite à leur formation qu'ils découvraient ne pas l'être.

A côté de cela, existent les médiateurs institutionnels aussi diversifiés : Défenseur des droits, médiateur Pôle Emploi, de l'éducation nationale, militaire, médiateur des entreprises du ministère de l'économie, de grosses collectivités locales...

Enfin, au sein de la juridiction administrative, il y a le vivier des magistrats honoraires dont certains d'entre eux sont rompus à l'exercice de la conciliation telle qu'elle était prévue à l'article L. 211-4 du code de justice administrative.

L'article 8 de la loi Justice 21 prévoit la prise d'un décret dans les six mois suivant la promulgation de la loi, en vue de déterminer les conditions dans lesquelles chaque cour d'appel judiciaire devra fixer une liste de médiateurs.

Ce sujet reste aujourd'hui ouvert au sein de la juridiction administrative. Mais on peut faire confiance à chacun – et en premier lieu au référent médiation de chaque juridiction – pour détecter le médiateur paraissant adapté à la situation au regard de son cursus, la question la plus cruciale étant celle des conditions de rémunération ou d'absence de rémunération de ce médiateur.

5. A quel moment recourir à la médiation ?

L'effet interruptif du recours à la médiation sur les délais de recours contentieux devrait inciter les parties, et notamment les avocats, à recourir à ce mode amiable de résolution d'un différent. L'article L. 213-5 du CJA dispose, en effet, que « *Les parties peuvent, en dehors de toute procédure juridictionnelle, organiser une mission de médiation et désigner la ou les personnes qui en sont chargées* ». Si les parties s'entendent en amont pour enclencher une médiation, elles en maîtrisent les délais, le coût et sa répartition. Le juge n'intervient pas, sauf demande d'homologation.

L'article L. 213-5 prévoit que les parties « *peuvent également, en dehors de toute procédure juridictionnelle, demander au président du tribunal administratif ou de la cour administrative*

d'appel territorialement compétent d'organiser une mission de médiation et de désigner la ou les personnes qui en sont chargées, ou lui demander de désigner la ou les personnes qui sont chargées d'une mission de médiation qu'elles ont-elles-mêmes organisée ». Cette compétence peut être déléguée à un magistrat. Il appartiendra alors aux personnes et administrations concernées de saisir le chef de juridiction après s'être accordées sur le principe d'une médiation. La demande d'une seule des parties n'est, en effet, pas de nature à interrompre les délais de recours contentieux.

Trois moments paraissent devoir être privilégiés pour déceler les dossiers se prêtant à la médiation :

- Lors de l'enregistrement de la requête,
- Lors de la réception du 1^{er} mémoire en défense,
- Lors de l'audience d'un référé suspension,
- Lorsque le magistrat a le sentiment que la solution juridique qui devrait être apportée n'est pas de nature à résoudre pleinement le conflit.

6. Quels dossiers se prêtent plus particulièrement à la médiation ?

A priori, aucun dossier ne serait exclu d'un processus de médiation. La médiation étant, par définition, un processus laissé à la liberté des parties, c'est à elles avant tout d'en décider et d'accepter in fine l'accord intervenu. Les dossiers de police, en particulier celle des étrangers, paraissent d'emblée exclus de la médiation et pourtant, il arrive, dans un certain nombre de cas, que les délégués du Défenseur des droits obtiennent un accord.

Mais les dossiers se prêtant a priori le plus à la médiation sont ceux où les questions de fait sont prédominantes, ceux dans lesquels la dimension émotionnelle est importante, en particulier pour la fonction publique, et ceux dans lesquels les parties sont appelés à rester en relations (fonction publique et certains marchés). On peut y ajouter certains contentieux de dommages de travaux publics, d'urbanisme, de responsabilité, notamment hospitalière, après expertise, voire certains litiges relatifs à la domanialité...

Plutôt que d'utiliser le terme de « critères » de sélection des dossiers se prêtant à la médiation, il semble préférable de retenir celui « faisceau d'indices ». En effet, chaque dossier présente un caractère qui lui propre. Tel dossier de garantie décennale dans lequel les responsabilités sont bien établies et les dommages correctement chiffrés, peut trouver une issue contentieuse. Tel autre où l'origine des désordres reste obscure, où le partage de responsabilité reste flou, peut être avantageusement traité par la voie de la médiation.

6.1 Les indices positifs

La demande du requérant ou de la personne publique/de leur conseil

C'est peut-être l'indice le plus important de cette liste. Si une des parties suggère le recours à la médiation, il faudrait considérer cette demande très sérieusement (tout en tenant compte des autres indices).

Exemple (TA de Grenoble)

Sur la période mars 2015 – septembre 2016, il y a eu 30 propositions de médiations dont 13 provenant du tribunal et 16 des parties (cela a abouti à 17 acceptations). Les parties sont donc bien un véritable moteur de la médiation.

L'urgence de la situation

Un dossier d'où il ressort une certaine urgence pourrait bénéficier d'aller en médiation. Ce n'est pas que la médiation gagnera nécessairement un temps précieux par rapport à celui que mettra la juridiction à instruire et juger le dossier, mais surtout que la médiation (si elle aboutit) permettra un accord et une solution définitive (sans appel ni cassation).

Le besoin d'une solution sur-mesure/novatrice

S'il apparaît qu'il faille une solution innovatrice et/ou hors-cadre pour résoudre un litige de façon durable, la médiation fournit un cadre flexible et approprié pour ce faire.

Exemple :

La société détentricrice d'une convention de délégation de service public pour l'exploitation d'un aéroport régional a contesté, dès la première année de l'application de la convention, les montants de la redevance d'occupation du domaine public et ceux du remboursement de la contribution au service public. La médiation qui a abouti à un accord, a permis une solution sur mesure, innovatrice et durable : non seulement, la médiation a réglé la situation pour le passé (par exemple, la contribution au service public fut remboursée à la société pour une des années en cause) mais le plus intéressant, est que la médiation a aussi permis la prévention de litiges futurs en débouchant sur une modification d'une stipulation de la convention de délégation de service public et en incluant un mécanisme nouveau de calcul de la redevance annuelle d'occupation du domaine public (ce calcul fut appliqué pour trois des années en cause et continuera de l'être pour les années futures).

La continuité des relations entre les parties

Après l'intervention d'un jugement, il est souvent difficile pour les parties de reprendre des relations 'normales' et harmonieuses. La médiation pourra éviter ce type de rupture et permettra même de rapprocher des parties dont les relations sont malaisées.

Exemple :

Si l'on reprend l'exemple précédent de la convention de délégation de service public de l'exploitation d'un aéroport régional, le conflit a vu le jour dès la mise en place de la convention alors qu'elle avait été signée pour une période de 14 ans. Il fallait impérativement protéger la continuité des relations entre les parties (de manière à ce qu'il n'y ait pas de conséquence néfaste pour la continuité du service public délégué).

Derrière le litige se cache un autre conflit

Parfois, se cache un conflit d'une toute autre nature derrière le recours introduit devant les juridictions administratives. La médiation permet de dépasser le conflit immédiat ou apparent et d'atteindre ce conflit caché. En privilégiant une résolution globale du conflit, l'accord trouvé en médiation sera durable.

Exemple :

Un certain nombre de personnes publiques avaient signé une convention créant une maison départementale pour personnes handicapées (MDPH). Par cette convention, l'Etat s'engageait à mettre à la disposition de la maison d'handicapés un certain nombre d'agents titulaires à plein temps. En particulier, le Rectorat devait mettre à disposition un agent de catégorie A ce qu'il avait cessé de faire. Pour pallier au manque, un agent contractuel fut recruté. La MDPH a donc introduit un recours indemnitaire contre le Rectorat en remboursement de cette dépense.

En fait, derrière ce recours, on décèle un autre conflit : un défaut total de communication entre la MDPH et le Rectorat. Ainsi la médiation a permis de résoudre le conflit immédiat (les coûts du recrutement de l'agent contractuel et l'absence de mise à disposition), d'identifier le conflit caché (le manque de communication) et de les résoudre d'une manière durable. Par la médiation, les parties ont reconnu la nécessité d'améliorer leur communication et ont réfléchi aux moyens de le faire (par exemple, identification au sein des services du Rectorat d'un interlocuteur privilégié de la MDPH).

La complexité des faits

Le recours à la médiation est recommandé quand on rencontre dans un dossier des circonstances de fait particulièrement complexes. La médiation permet que l'on mette toutes ces circonstances à plat et que l'on aille au fond de la complexité.

Exemple :

Un contrat de travaux publics a été négocié entre un département et des entreprises de travaux publics pour restaurer et réaménager la confluence de deux rivières. Au cours de l'exécution de ce contrat des problèmes importants sont survenus. D'abord un glissement de terrain a causé l'affaissement d'une partie de la route départementale qui jouxtait l'ouvrage. Les travaux furent donc arrêtés pour permettre la consolidation de la route. Puis une fois l'ouvrage réceptionné, une crue exceptionnelle l'a emporté dans sa quasi-totalité quelques semaines plus tard, nécessitant d'importants travaux de reprise. Compte tenu de la complexité des circonstances de fait, la médiation a permis aux parties d'analyser l'ensemble des événements, d'arriver à un accord sur les responsabilités de chacun et de répartir la prise en charge les coûts additionnels de cet ouvrage.

Les recours en rafale

A partir du moment où des recours multiples liés au même litige initial sont introduits, il y a souvent avantage à proposer une médiation. La multiplicité de ces recours tend à indiquer un conflit aux enjeux importants (financiers, politiques, ou émotionnels) ou multidimensionnels (avec des intérêts variés).

Exemple :

Si l'on reprend l'exemple présenté ci-dessus de la convention de délégation de service public de l'exploitation d'un aéroport régional, ce litige a vu l'introduction de six recours différents, un exemple assez typique de recours en rafale.

Une partie ayant intérêt au conflit n'est pas partie au litige

Si une personne représente un intérêt important ou joue un rôle décisif dans le conflit, mais qu'elle n'est pas partie au litige, là encore, la médiation est fortement conseillée. De fait, il sera possible de donner une place à cet intérêt ou de faire rentrer cette personne dans la médiation.

Exemple :

Dans le dossier concernant la restauration de la confluence de deux rivières, c'est la société détentrice d'un contrat de sous-traitance qui avait introduit un recours indemnitaire contre le département. Le maître d'œuvre, lui, avait choisi de saisir le comité consultatif interrégional de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés. Sans la participation du maître d'œuvre à la médiation, il n'aurait pas été possible de trouver une solution viable à ce conflit. C'est d'ailleurs à sa demande que le maître d'œuvre fut joint à la médiation.

La forte charge émotionnelle du litige

Si un litige s'accompagne d'une charge émotionnelle importante, la médiation permettra de la gérer et même de la transformer de manière à ce qu'elle ne fasse pas obstruction à un accord.

Exemple :

Une commune refusa de vendre un terrain à une entreprise locale bien que cette dernière ait respecté à la lettre toutes les conditions préétablies à la vente. En fait, ce refus reflétait un conflit entre l'entrepreneur local (un enfant du pays) et des habitants du village, tout ceci étant alimenté par une mauvaise communication, de fausses informations et des relations personnelles tendues. La médiation a permis de rétablir la vérité et de restaurer la communication entre les parties pour leur permettre de trouver une solution acceptable par tous.

Les litiges entre personnes publiques

Certains litiges entre les personnes publiques proviennent d'un manque de communication ou d'une mauvaise coordination entre elles. Dans ces cas-là, la médiation peut aider à résoudre le conflit immédiat tout en réfléchissant aux moyens d'éviter les conflits durs (par l'amélioration des moyens de communication, la recherche de processus de coopération, etc...)

Exemple :

Le litige présenté ci-dessus entre le rectorat et la maison départementale des personnes handicapées illustre parfaitement cet indice et ce type de litiges.

L'équilibre des chances/l'aléa

La médiation peut jouer un rôle quand apparaît un certain équilibre des chances entre les parties ; quant au regard des faits et du droit, il est difficile de déterminer les parties « gagnantes » et « perdantes ».

Exemple :

Un marché de travaux publics fut conclu pour la réalisation d'une station d'épuration. Une fois la construction terminée et la mise en route effectuée, des problèmes importants sont apparus qui ont d'ailleurs nécessité l'arrêt total de la station pendant une longue période. Un recours concernant la date de réception de l'ouvrage ainsi que les réserves retenues donna lieu à un jugement du TA, puis de la CAA. De plus, si le jugement du tribunal administratif fut favorable au maître d'œuvre, celui de la cour en appel le lui fut moins. Avec l'introduction d'un pourvoi en cassation, l'évolution de ce litige a certainement entraîné une incertitude des parties quant à l'issue finale. Ainsi, l'aléa a contribué en partie à ce que la médiation soit proposée par la collectivité territoriale et acceptée par les autres parties.

Dualité de juridiction

La médiation peut aussi permettre de régler un conflit d'une façon efficace quand le litige risque de nécessiter l'intervention des deux ordres de juridiction.

Exemple :

Si l'on reprend l'exemple précédant du marché de travaux publics pour la réalisation d'une station d'épuration, la médiation a permis à toutes les parties (collectivité territoriale, maître d'ouvrage, maître d'œuvre, cabinet d'architecte et sous-traitant) de résoudre tous les aspects

du conflit, de s'accorder sur le décompte du marché et ainsi d'éviter que l'on fasse appel aux tribunaux judiciaires pour déterminer la part de responsabilité éventuelle du sous-traitant.

6.2 Les indices positifs

La vulnérabilité du requérant

La médiation est fortement déconseillée en cas d'instabilité psychologique ou de vulnérabilité mentale du requérant. Cela risque de nuire à la conduite de la médiation, de rendre difficile (si ce n'est impossible) tout accord ou de nuire à la légitimité et durabilité de cet accord (si une solution était trouvée).

Liquidation judiciaire

La pratique devant les tribunaux judiciaires est de ne pas proposer de médiation quand une des parties est en liquidation judiciaire. C'est un indice négatif dont il faut aussi tenir compte devant les juridictions administratives.

Assurances

Bien qu'il faille relativiser l'impact de cet indice, il faut tenir compte de l'expérience des médiateurs et des avocats à ce sujet ; beaucoup ont souligné la difficulté de conduire une médiation rapide et efficace quand une compagnie d'assurance est impliquée.

Instrumentalisation de la médiation à des buts néfastes

La médiation peut être instrumentalisée par la/les parties à des buts plus ou moins néfastes. Une partie peut être tentée de recourir à la médiation pour retarder la décision ou l'action administrative ou même de se servir de la médiation comme un moyen pervers de nuire ou de prendre une revanche sur l'autre partie.

Notons que ces indices ne sont pas toujours décelables en début de procédure mais, quand ils sont détectés, il faut savoir arrêter la médiation à temps.

Ordre public

Les décisions prises pour le maintien de l'ordre public se prêtent mal a priori à une médiation. Il ne faut toutefois pas exclure par principe tous les dossiers de police administrative du champ de la médiation ; l'administration pourrait par exemple accepter de revoir à la baisse l'intensité d'une mesure de police (comme la durée de la fermeture temporaire d'un débit de boissons) après l'intervention d'un médiateur. Plus la marge d'appréciation de l'administration est importante, plus il y a de place pour une médiation.

Besoin de dire le droit

Les litiges qui posent une vraie question d'interprétation du droit paraissent également moins propices à la médiation, car on peut présumer que les parties attendent du juge qu'il tranche cette question. Mais là encore, cet indice ne doit pas être systématiquement dirimant : dans certaines circonstances, les parties pourraient être prêtes à mettre de côté la question de droit pour trouver une autre solution à leur litige et le juge doit donc être capable de leur suggérer cette possibilité si le contexte du dossier paraît s'y prêter.

Il se peut aussi que ce soit au cours d'une médiation qu'apparaisse à au moins une des parties qu'une question de droit doit être tranchée. Dans cette hypothèse, elle peut mettre fin à la médiation et soumettre cette question au juge.

7. Comment désigner un médiateur ?

Ce point renvoie au point 3 et à la diversité du monde de la médiation, ainsi qu'à l'accord préalable des parties, qu'elles soit elles-mêmes à l'initiative de la médiation ou que ce soit à celle de la juridiction. Se pose alors immédiatement le problème du coût de la médiation.

Plusieurs hypothèses peuvent se présenter :

- Celle d'un médiateur institutionnel : délégués du Défenseur des droits, médiateurs de l'éducation nationale, médiateur des entreprises du ministère de l'économie, certains médiateurs de collectivités territoriales... ;
- Celle de médiateurs recensés par la juridiction soit par le biais de centres locaux de médiation, soit auprès des barreaux sur la base d'un tarif forfaitaire résultant d'une convention de « partenariat » passée entre ces organismes, les collectivités publiques et établissements publics volontaires.

Le coût de la médiation paraît, a priori, un obstacle dirimant dans bon nombre de dossiers, alors que la justice semble gratuite. Mais, dans bien des cas, ce coût apparent a toutes les chances d'être plus faible que celui résultant de la poursuite d'un procès avec les aléas qu'il comporte (incertitude sur la solution finale, possibilité d'appel et de cassation). Dans certains contentieux, il arrive que la collectivité accepte de prendre en charge la rémunération du médiateur.

8. Quel réseau construire ?

S'il revient aux juridictions de se montrer moteur dans ce processus, rien ne sera réellement possible sans l'engagement des partenaires externes que sont les barreaux, les centres de médiation, les médiateurs institutionnels, les collectivités, établissements publics et administrations. De nombreuses collectivités territoriales, universités, etc... se montrent très ouvertes et prêtes à s'engager par voie de convention si on les y invite.

Il appartient donc à chaque tribunal de recenser les partenaires possibles en leur envoyant un courrier exposant cette démarche.