

La médiation administrative

Vers une nouvelle façon de percevoir le règlement des litiges pour les personnes publiques (spécificités, intérêt et actualité)



Véronique Mirouse,
Avocate au barreau de Paris, spécialisée en droit public / droit des collectivités territoriales,
en formation de DU2 de Médiateur à l'IFOMENE

Depuis sa « *rénovation*¹ » dans le contentieux administratif à la fin de l'année 2016, la médiation administrative fait désormais l'objet d'une accélération depuis plus d'une année². Cette accélération est étroitement liée à celle du développement plus général des « *modes alternatifs de règlement des différends* » (MARD), tels que la conciliation, l'arbitrage, la procédure participative, le droit collaboratif, et même la justice prédictive.

Il s'avère que pour des raisons parfois avouées de surcharge des procédures contentieuses devant les juridictions administratives, le processus de médiation est « *devenu une nécessité* » (comme avait pu le souligner Monsieur Jean-Marc Sauvé, alors vice-président du Conseil d'État³, lors d'un colloque en date du 17 juin 2015 : « *La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative* »⁴). C'est d'ailleurs sur l'initiative de ce dernier qu'un comité « *justice administrative et médiation* » (dit comité JAM) a été créé en 2016.

C'est dans ce contexte qu'est intervenue la publication de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016⁵, qui a ainsi non seulement redéfini la notion de médiation judiciaire, mais également élargi son champ d'application au contentieux administratif. Dès lors, des « *référénts médiation* » – conseillers auprès des juridictions administratives – ont été désignés dans chacune d'elles, afin de mettre en œuvre les orientations du comité « *JAM* » et de cette nouvelle loi, les modalités concrètes d'application

de l'expérimentation ayant été fixées par le décret du 18 avril 2017⁶.

Afin de pouvoir appréhender le développement de la médiation administrative pour les personnes publiques et d'en percevoir l'intérêt, il convient d'en préciser le cadre juridique (I) avant d'expliciter les spécificités et avantages (II) pour définir plus précisément les modalités et le rôle du médiateur lui-même dans le cadre général de son intervention (III). Par la suite, seront évoquées les dernières actualités de la médiation administrative avec la mise en place de médiations préalables obligatoires dans différents domaines du contentieux administratif (IV) et enfin, il sera fait état d'un premier rapide « *bilan statistique et jurisprudentiel* » (V).

I. LE CADRE JURIDIQUE DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE

En droit français, et plus spécifiquement en matière judiciaire, c'est l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, publiée au journal officiel du 17 novembre 2011, qui a « *redéfini* » précisément la médiation et a instauré un régime commun à toutes les médiations.⁷ Ce texte est important même en matière administrative car pris en application de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, il a transposé une directive du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008⁸. Cette ordonnance, qui a fait l'objet d'un décret d'application⁹, régit donc essentiellement les médiations intervenant pour les litiges en matière civile et commerciale.¹⁰

Ce texte de l'ordonnance, qui précisait alors déjà un cadre commun aux médiations, a logiquement été repris par la loi dite J21¹¹ et son décret d'application du 18 avril 2017 précité, relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif ; textes qui organisent ainsi la médiation administrative. Ces textes sont désormais inscrits dans le Code de justice administrative (articles L. 213-1 à L. 213-10 pour la loi, articles R. 213-1 à R. 213-9 pour le décret) ; les dispositions générales dudit code ne reprenant cependant que certaines règles des médiations judiciaires¹².

A. DÉFINITION DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE

C'est donc l'article L. 213-1 du Code de justice administrative (CJA) qui donne une définition de la médiation administrative et la loi prévoit ainsi deux moyens de recourir à la médiation administrative :

1°) une médiation à l'initiative des parties (article R. 213-4 du CJA) dite médiation conventionnelle ; et ce, dans trois cas :

- en application d'une clause contractuelle prévoyant le recours à la médiation lorsqu'un différend survient ;
- d'un commun accord, pour prévenir ou résoudre un différend ;
- par saisine du juge afin d'organiser la médiation (désignation du médiateur et fixation du délai).

2°) une médiation à l'initiative du juge (article R. 213-5 à R. 213-9 du CJA) dite médiation « *judiciaire* », parce que devant un juge ; mais ce qualificatif est erroné en matière administrative.

1) Terme utilisé par Christophe Cantie, Jurisclasseur Collectivités Territoriales, concernant le recours à la médiation en matière administrative.

2) Voir l'étude réalisée par Yves Delaire, Avocat en droit public et Pierre Malhière, docteur en droit : « *La médiation, une panacée pour le contentieux du secteur local* » – *La Gazette* – 25 sept. 2017, p. 58 et s.

3) À noter que le futur nouveau vice-président, Monsieur Bruno Lasserre, aura donc certainement pour tâche de poursuivre le développement réel de la médiation devant les juridictions administratives ainsi entrepris.

4) Actes du colloque, Béatrice Blohorn-Brenneur et Jacques Biancarelli ; Éditions L'Harmattan, 2015 (240 pages).

5) Voir nouvel article L. 213-1 du Code de justice administrative (CJA).

6) Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif, JORF du 20 avril 2017.

7) La première base légale de la médiation en matière judiciaire ayant été la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

8) Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil.

9) Le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends précise les règles applicables à chacun des modes de résolution amiable des conflits ; publication au JORF n° 0019 du 22 janvier 2012.

10) Voir articles L. 131-1 et suivants du Code de procédure civile.

11) Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle précitée.

12) Voir, à ce titre, Articles 131-1 et suivants du Code de procédure civile (Livre V).

Dès lors qu'un tribunal administratif, une cour administrative d'appel ou même le Conseil d'État est saisi d'un litige, le juge administratif peut donc désormais, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation afin de tenter de parvenir à un accord entre celles-ci.

Outre la demande des parties ou la proposition du juge administratif précisément pendant la phase d'instruction de l'affaire, il est également possible de demander au président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel – qui sera ultérieurement compétente afin de juger du litige –, de désigner un médiateur avant même la saisine de la juridiction administrative (donc hors du cadre d'un contentieux administratif déjà engagé en référé ou au fond).

Mais il doit être précisé que, même saisi d'une demande de médiation qui émanerait donc des parties, le président de la juridiction administrative est en droit de refuser de faire droit à leur demande qu'elle ait été formulée en amont de tout contentieux ou pendant la phase d'instruction. Et il n'a pas à motiver sa décision de refus de désigner un médiateur. Au même titre, il n'est pas possible de contester la décision de refus d'envoyer en médiation puisqu'il s'agit d'une simple mesure d'instruction.

B. LA SUSPENSION DES DÉLAIS

Un élément essentiel du cadre juridique de la médiation administrative, est celui qui concerne la suspension des délais de recours et tel que le prévoit l'article L. 213-6 du CJA, il est fait une distinction dans les effets de la médiation administrative entre les prescriptions et les délais de recours contentieux : les prescriptions étant suspendues et les délais de recours contentieux étant interrompus.

Ainsi, la suspension s'effectue le plus souvent à compter de la signature de la convention de médiation ; à savoir, l'accord des parties sur le principe même « d'entrer en médiation » qui interrompt donc le délai de prescription. Mais la loi prévoit aussi que la suspension soit effective à la première réunion plénière de médiation.

Le Code de justice administrative n'enserme dans aucun délai contraint la durée de la médiation, à la différence du Code de procédure civile¹³ qui prévoit un délai initial de trois mois, renouvelable une fois. Il est cependant probable et déjà constaté que le juge administratif considère que ces délais sont ceux susceptibles d'être prononcés dans l'ordonnance ordonnant une médiation.



C. L'ACCORD DE MÉDIATION

L'article L. 213-3 précise que : « L'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition ». En outre, l'article L. 213-4 du Code de justice administrative prévoit que le juge administratif peut homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation.

Il découle de ces dispositions que l'accord issu de la médiation peut donc être soumis à l'homologation de la juridiction administrative dans le but non seulement de lui donner force exécutoire mais aussi de sécuriser juridiquement l'accord résultant de la médiation sachant que contrairement aux transactions¹⁴, l'homologation pour les accords de médiation peut être demandée dans tous les cas.

Le juge vérifiera que l'accord ne méconnaît pas une règle d'ordre public, ni ne constitue une libéralité.¹⁵ En revanche de la même façon qu'un accord transactionnel, l'accord de médiation – s'il est destiné à être homologué par le juge administratif –, devra certainement faire état de concessions réciproques alors même que cela n'est pas un « critère » d'un accord de médiation. Cette question sera certainement susceptible de donner lieu à débat voire à contentieux s'il y a refus d'homologuer ce type d'accord.

Par ailleurs, l'une des autres conséquences de cette homologation devant le juge administratif, sera également que certains échanges devront être déconfidentiés alors même que la médiation sans homologation est et reste totalement confidentielle. Ces éléments devront certainement être pris en compte par les parties afin de savoir si elles considèrent réciproquement avoir intérêt ou non à homologation de l'accord de médiation.

D. LES FRAIS INHÉRENTS À LA MISE EN ŒUVRE D'UNE MÉDIATION PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

S'agissant des frais de médiation, et donc des honoraires qui seront perçus par le médiateur, l'article L. 213-8 prévoit que : « Lorsque la mission de médiation est confiée à une personne extérieure à la juridiction, le juge détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci. Lorsque les frais de la médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leur répartition. À défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, (...) ». Ces frais sont donc à la charge des parties lesquelles en déterminent ainsi librement la répartition dans la convention d'entrée en médiation, sauf si le juge décide lui-même de la répartition dans son ordonnance de médiation ; le parallèle pouvant être fait à ce titre avec les ordonnances de taxation en matière de désignation d'un expert.

Le processus de médiation administrative devra certainement être gratuit dès lors qu'il est rendu obligatoire et donc imposé par la loi (voir infra point 4 : cas de médiation préalable obligatoire). Cette notion de gratuité est en effet le corollaire du caractère obligatoire du recours à la médiation préalable au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, rendre payante une procédure préalable obligatoire d'accès au juge viendrait à porter atteinte à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), qui vise notamment le droit d'accès à la justice. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a, dans un arrêt du 14 juin 2017¹⁶, précisé qu'un État peut instaurer une médiation obligatoire comme préalable à tout

¹³ Article 131-3 du CPCiv. : « La durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du médiateur. »

¹⁴ Voir, en ce sens des limitations posées en matière de demande d'homologation des transactions à certaines hypothèses, CE Ass., avis contentieux 6 déc. 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second degré de L'Hay-les-Roses, Recueil n° 249153.

¹⁵ Voir, en ce sens, la « fameuse » jurisprudence Mergui, CE, Sect., 19 mars 1971, Req. n° 79962 : « Considérant que les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas ; que cette interdiction est d'ordre public et doit être soulevée d'office par la juridiction à laquelle une telle condamnation est demandée (...) »

¹⁶ CJUE 14 juin 2017, Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli, n° C-75/16

recours juridictionnel « *si certaines conditions sont respectées* » et le coût pourrait sans doute constituer une restriction.

II. PARTICULARITÉS ET AVANTAGES DU RECOURS

À LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE

La médiation administrative est ainsi définie comme un processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties (usager, personne publique, agent, prestataire de services...) tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leur différend dans le domaine administratif, avec l'aide d'un tiers neutre et indépendant ; le médiateur, étant donc choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge administratif. La spécificité de la médiation administrative est de permettre de résoudre des différends en conciliant l'intérêt général, le privilège du préalable, les prérogatives de puissance publique ou encore des prérogatives exorbitantes du droit commun avec les droits et libertés des individus, administrés, agents ou même prestataires de services ; et ce, par la recherche de solutions pérennes.

Dès lors, au regard de ces prérogatives unilatérales, l'utilité d'avoir recours à la médiation administrative pour les personnes publiques, sera de permettre de se retrouver dans un autre contexte de discussion et de communication, de donner une explication au titre de la mise en œuvre de ces prérogatives (par exemple, en matière de procédure d'expropriation ou d'exercice du droit de préemption, etc.) et de finalement trouver à compromis avec l'assistance du médiateur face à des administrés, des usagers, des électeurs potentiels mécontents des décisions prises.

Parmi les « critères » permettant de détecter l'intérêt pour les personnes publiques d'avoir recours à la médiation administrative, et de manière non exhaustive, on peut citer :

- quand il y a une notion de temps, de délai à prendre en compte pour la personne publique (à titre d'exemple, tenter de régler un litige avant des échéances électorales plutôt que celui-ci reste en suspens et entre dans le débat politique) ;
- quand il y a lieu de maintenir un lien à la fois humain (par exemple, une nécessaire « continuité » des relations de voisinage dans le contentieux de l'urbanisme et du recours contre un permis, souvent le fait d'un tiers), ou même de maintenir un lien économique dans la continuité d'une relation contractuelle ;
- quand il y a un aléa juridique certain et un intérêt économique par rapport au coût d'un procès ;
- quand les faits sont particulièrement complexes, avec des appels en garantie successifs et variés

et que le contentieux est ainsi susceptible d'être « pollué » ;

- quand il y a des dommages peu importants ;
- quand il y a la nécessité d'une décision que l'on peut considérer « sur mesure » et qui relève plus d'une notion d'équité au cas d'espèce ;
- et de manière générale les litiges se prêtant *a priori* le plus à la médiation en matière administrative, sont ceux où les questions de fait plus que de droit sont prédominantes.

Par ailleurs, l'intérêt d'une médiation peut se retrouver dans le fait que, contrairement à une audience, les réunions de médiation même plénières, ne sont pas publiques et restent donc confidentielles. En outre, il n'y a pas de contradictoire en médiation (à savoir que les pièces des parties qui seraient remises au médiateur, ne sont pas échangées). Enfin, ce processus reste totalement libre puisque à tout moment les parties peuvent décider de s'en retirer et qu'il n'est donc pas contraignant pour les parties qui peuvent décider d'engager une procédure ou de poursuivre le procès s'il y a lieu. On peut en revanche considérer qu'il y aurait des indices négatifs à déclencher le processus de médiation et à éviter le contentieux en cas, par exemple, de vulnérabilité d'un des requérants pour quelque raison que ce soit, ou encore quand il y a des questions d'ordre public mais également quand le processus pourrait apparaître par l'utilisation qui en serait faite par l'une des parties, comme dilatoire pour le juge administratif.

III. MODALITÉS DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE :

RÔLE DU MÉDIATEUR ET CADRE GÉNÉRAL

DE SON INTERVENTION

Reprenant les dispositions qui avaient été introduites en 2011 et 2012 dans le Code de procédure civile¹⁷, l'article L. 213-2 du Code de justice administrative, introduit par la loi J21 du 18 novembre 2016 précitée, précise que la mission du médiateur doit être accomplie avec impartialité, compétence et diligence. Ce texte pose aussi le principe de la confidentialité de la médiation, sauf exceptions qui peuvent notamment être avérées dans le domaine spécifique de la médiation administrative.

Le cadre de la médiation sera adapté à chaque cas, en concertation entre le médiateur et les parties, et il va servir de base aux échanges tout au long de la médiation. Le médiateur est avant tout le garant du cadre puisqu'il va :

- veiller au partage équitable du temps de parole entre les parties ;
- s'assurer de la bonne compréhension mutuelle de chacun ;
- faciliter la communication qui, dans la médiation, est directe et immédiate (ce qui permet ainsi de mettre en évidence les causes réelles du conflit) ;
- aider les parties à chercher puis trouver, des solutions sur mesure, pérennes et tournées vers l'avenir, mettant le plus souvent un terme définitif à leur différend.

Le médiateur peut ainsi soit être choisi librement par les parties ou soit être désigné par le juge. Dans une réponse ministérielle apportée par le ministère de la Justice¹⁹, il a été indiqué que : « *La loi ne prévoit pas l'établissement de listes de médiateurs auprès de chaque juridiction administrative. Les médiateurs qui remplissent la condition d'indépendance par rapport aux parties prévue par l'article L. 213-1 du Code de justice administrative et les conditions de qualification prévues par l'article R. 213-3 du même Code peuvent donc intervenir auprès de toute juridiction administrative sur le territoire national* ».²⁰

S'agissant de la compétence du médiateur, l'article R. 213-3 du Code de justice administrative²¹ évoque la « qualification requise eu égard à la nature du litige » (diplôme, formation ou expérience adaptée à la pratique de la médiation). Une des pistes de réflexion du comité JAM est justement de réfléchir à cette question de la « spécialisation » du médiateur dès lors que si celui-ci ne peut apparaître comme un sachant (puisqu'il n'a aucun avis à formuler sur les échanges et même la solution qui aboutira à l'issue du processus). Il devra cependant avoir connaissance de certaines spécificités propres aux personnes publiques concernées et une certaine culture générale de la sphère publique afin de pouvoir appréhender le processus de médiation dans les meilleures conditions possibles. En effet, le processus de médiation en matière administrative sera susceptible de fonctionner dès lors que les parties auront confiance dans le médiateur et notamment dans ses compétences à accueillir le cadre du litige.

Ainsi, le médiateur, s'il est compétent en la matière, peut potentiellement, même sans émettre un quelconque avis, signaler le cas échéant aux parties les éventuels problèmes juridiques à clarifier, en les invitant à consulter leurs avocats en cours de médiation, lorsque cela s'avère nécessaire. Mais, par opposition au juge et à l'arbitre, le médiateur n'impose aucune solution aux parties, il n'a pas de pouvoir de décision. Le médiateur agit en réalité

17) Voir, pour une étude intéressante sur des bases utiles afin d'appréhender le processus de médiation, « *Droit à l'essentiel - L'essentiel du droit : les caméras pratiques du médiateur* » de Bertrand Delcourt, Éditions « Médias et Médiations », avril 2015 (160 p.) où sont notamment également évoquées à titre comparatifs procès/médiation, les notions « de coût d'un procès » et « d'aléa judiciaire » (la médiation étant abordée sous cet angle).

18) Voir supra.

19) JO Sénat, du 07/09/2017, page 2 815

20) À noter que pour les juridictions civiles, en vertu du décret 2017-1457 du 9 octobre 2017 pris en application de l'article 8 de la loi 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle modifiant la loi 95-125 du 8 février 1995, il est établi une liste des médiateurs pour l'information des juges relevant de chaque cour d'appel ; sachant qu'il n'y a en revanche pas de liste nationale. De telles dispositions n'ont donc – pour l'instant – par reçu d'écho auprès des juridictions administratives qui sont donc totalement libres dans leur désignation même si, en n'en pas douter, de telles listes de médiateurs susceptibles d'être désignés par elles, sont certainement établies plus officieusement eu égard notamment aux « qualifications requises ».

21) Voir décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif.

comme un « *facilitateur de la communication* » entre les parties. Il les conduit donc, à travers les étapes de la médiation, pour les aider à trouver elles-mêmes une solution au conflit qui les oppose.

Le Conseil d'État a souhaité poser un cadre à cette intervention d'un tiers aux litiges administratifs en établissant une « *charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs* », rappelant ainsi les principes garant de la qualité du médiateur (tels que les garanties de probité et d'honorabilité, de compétence, d'indépendance, de loyauté, de neutralité, d'impartialité, de diligence et de désintéressement). Cette charte pose également les principes garant de la qualité de la médiation elle-même s'agissant de l'information et du consentement, de la confidentialité, du respect de la liberté des parties. Enfin, la charte prévoit les sanctions aux manquements de ces principes par le médiateur, sans préjudice d'éventuelles poursuites civiles et pénales.

Il existe également un Code de déontologie des médiateurs, qui s'il n'a aucune valeur normative, a cependant d'ores et déjà le mérite de fixer un certain nombre de principes essentiels au cadre « *déontologique* », qui doit être donné à ce processus.²²

IV. UN PROCESSUS « VOLONTAIRE » PARFOIS « OBLIGATOIRE »

La notion de recours obligatoire à la médiation peut apparaître antinomique du processus lui-même puisqu'il s'agit certainement d'entrer en médiation de manière « *volontaire* », suite à un accord préalable des parties (avant l'accord de médiation lui-même), et non pas en y étant contraint par les textes ou par le juge.

La question est bien évidemment débattue à la fois par les juristes²³ mais aussi et surtout parmi les médiateurs et les organismes les représentant. Cependant, de nombreux praticiens du processus de médiation s'accordent à considérer qu'afin de permettre le développement de la médiation en amont ou au sein même des juridictions administratives, il convient de l'envisager dans certaines matières comme un recours administratif préalable obligatoire (RAPO) à la saisine du juge lui-même en considérant que ce qui est obligatoire, c'est la tentative et non pas la médiation elle-même. C'est dans cette optique qu'une expérimentation d'une médiation préalable obligatoire a été mise en place en application des dispositions de l'article 5-IV



de la loi numéro 2016-1547 du 18 novembre 2016 autorisant le gouvernement à expérimenter pendant quatre ans des dispositifs de recours administratifs préalables obligatoires à un médiateur dans certains litiges de la fonction publique et les litiges sociaux.

C'est le décret numéro 2018-101 du 16 février 2018 qui a porté expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux. Puis ce sont trois arrêtés en date des 1^{er}, 2 et 6 mars 2018 (précisant les zones concernées²⁴), qui sont venus compléter ce décret concernant à la fois la fonction publique de l'Éducation nationale, la fonction publique territoriale, et les litiges sociaux. Il s'agit pour l'ensemble de ces litiges de la mise en place à titre expérimental donc d'une médiation obligatoire préalable à la saisine du juge administratif.²⁵

Quant aux modalités de la mise en œuvre du processus de médiation, il est précisé qu'il doit être réalisé dans le délai de deux mois correspondant au délai de recours contentieux prévu par les dispositions de l'article L. 421-2 du CJA. C'est la raison pour laquelle, dans les cas où la médiation est devenue obligatoire, l'autorité administrative concernée par le contentieux devra informer l'intéressé de cette obligation de médiation et lui indiquer les coordonnées du médiateur compétent. Le décret indique qu'à défaut de cette information, le délai de recours contentieux ne court pas à

l'encontre de la décision litigieuse (sous la réserve du délai raisonnable posé désormais par la jurisprudence de la haute assemblée²⁶).

À noter qu'une tentative de mise en œuvre d'une « *conciliation préalable obligatoire* » a déjà été introduite dans le cadre d'une procédure d'expérimentation par décret numéro 2012-765 du 10 mai 2012²⁷ concernant le recours administratif obligatoire dans la fonction publique civile de l'État et qu'elle n'a alors pas donné les résultats attendus.

Il convient de souligner deux spécificités des modalités du recours préalable obligatoire à la médiation pour ce type de litiges car à la différence de la médiation administrative « *de droit commun* », 1°) le choix du médiateur n'est pas libre ; 2°) la saisine du médiateur dans ces domaines est gratuite, conformément aux dispositions de l'article L. 213-5 du CJA ; et ce, pour les raisons déjà évoquées ci-dessus notamment au regard de l'article 6-1 de la CEDH.

A. LA MÉDIATION PRÉALABLE OBLIGATOIRE EN MATIÈRE DE LITIGES DE LA FONCTION PUBLIQUE D'ÉTAT POUR LES AGENTS DU MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET L'ÉDUCATION NATIONALE, ET DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE

Sont concernés par la médiation préalable obligatoire dans la fonction publique : les agents de la fonction publique de l'État affectés dans les services académiques et départementaux, les écoles maternelles et

22) Réflexions et étude en cours de rédaction par l'auteur sur la question de « *la déontologie des médiateurs* », notamment en matière de médiation administrative, quant aux spécificités de ce domaine.

23) Voir pour une étude sur RAPO et médiation : « *La médiation obligatoire en matière administrative* » par Georgina Benard-Vincent doctorante à l'Université de Lille II où elle réalise une thèse sur « *la médiation en droit administratif* », site du JDA (Journal du Droit Administratif), 24/02/2017 ; chronique administrative 04 ; art. 129. : « *La médiation obligatoire : un contresens philosophique / un omni juridique* ».

24) Voir : Arrêté du 1^{er} mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique de l'éducation nationale – Arrêté du 2 mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique territoriale – Arrêté du 6 mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges sociaux ; arrêtés parus au JO du 8 mars 2018.

25) Les dispositions du décret sont applicables aux recours contentieux intervenus à compter du 1^{er} avril 2018 et présentés jusqu'au 18 novembre 2020.

26) Voir, CE, Assemblée, 13 juillet 2016, Cزابaj ; Req. n° 387763.

27) La circulaire du 5 octobre 2012 relative à l'application du décret du 10 mai 2012 portant expérimentation de la procédure de RAPO aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des agents civils de l'État avait alors pu en préciser le cadre.

élémentaires ainsi que les établissements publics locaux d'enseignement du ressort des académies dont la liste a donc été fixée par arrêté conjoint du 1^{er} mars 2018 des ministres de la Justice et de l'Éducation nationale ; ainsi que les agents des services du ministère chargé des Affaires étrangères.

Sont également concernés, par un autre arrêté du 2 mars 2018, les agents de la fonction publique territoriale employés dans les collectivités territoriales et les établissements publics locaux situés dans un nombre limité de circonscriptions départementales, dont la liste a également été fixée par ce même arrêté. Le décret du 16 février 2018 précité vise en outre les décisions concernées telles que les décisions administratives individuelles défavorables relatives à l'un des éléments de la rémunération, le refus de détachement, de placement en disponibilité ou de congé non rémunéré, les décisions administratives individuelles défavorables relatives à la réintégration à l'issue d'un détachement, d'un déplacement, etc.

Les centres de gestion regrettent que parmi les litiges visés par l'expérimentation n'aient pas été intégrés ceux relatifs au changement d'affectation, à la discipline et au harcèlement qui constituent en réalité la part la plus importante des différends dans la fonction publique territoriale.

La médiation préalable obligatoire pour ces agents doit être exercée, selon la catégorie dont ils relèvent, soit par le médiateur des affaires étrangères, soit le médiateur académique territorialement compétent. En matière de fonction publique territoriale, c'est le centre de gestion de la fonction publique territoriale qui propose la mission de médiation préalable obligatoire au titre de la mission de conseil juridique prévu par les textes. À noter que les collectivités territoriales concernées doivent, avant le 1^{er} septembre 2018, avoir signé une convention avec les centres de gestion.

B. LA MÉDIATION PRÉALABLE OBLIGATOIRE EN MATIÈRE DE LITIGES SOCIAUX

Les départements s'avèrent être les collectivités essentiellement concernées par la médiation en matière de litiges sociaux en raison des compétences qui sont les leurs. Ces litiges concernent notamment les demandeurs et bénéficiaires du Revenu de solidarité active (RSA), de l'Aide personnalisée au logement (APL), de l'Allocation spécifique de solidarité, de l'aide sociale à l'enfance, des cartes de stationnement pour adultes handicapés, de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé, etc.

Les départements qui sont visés par l'expérimentation ont, eux aussi, été précisés par l'arrêté du 6 mars 2018. Ils sont distincts en fonction du type de litiges (à titre d'exemple, concernant les litiges relatifs au RSA qui constituent un véritable « *contentieux de masse* » pour les juridictions administratives, ils sont six départements concernés : le Bas-Rhin, l'Isère, la Haute-Garonne, la Loire-Atlantique, le Maine-et-Loire et la Meurthe-et-Moselle).

En matière de médiation préalable obligatoire dans les domaines qui viennent d'être évoqués, il s'agira de savoir si, à plus ou moins long terme, ce caractère obligatoire revêt réellement un intérêt dès lors qu'il y a une démarche contrainte et non volontaire à la mise en œuvre du processus ; et ce, même s'il ne peut être ignoré le fait que cela soit incitatif dans le développement voulu de cette procédure alternative.

V. PREMIER BILAN STATISTIQUE ET JURISPRUDENTIEL DE LA MÉDIATION DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF |||||

Il ne s'agit pas ici de faire un premier bilan exhaustif des « *procédures* » de médiation devant le juge administratif depuis son entrée en vigueur mais dans l'attente des chiffres et données qui seront certainement prochainement communiqués par le comité JAM, de faire état de pratiques encourageantes voire audacieuses dans la mise en place de la médiation administrative.

A. PREMIER BILAN STATISTIQUE

À ce jour, un bilan opéré au niveau des juridictions administratives quant à la mise en œuvre de la loi du 18 novembre 2016 et du décret du 18 avril 2017, entre janvier 2017 et avril 2018, est déjà plutôt positif. Ainsi, 494 médiations ont été diligentées sur l'ensemble des juridictions administratives : 245 médiations ont abouti à un accord et de nombreuses médiations administratives sont actuellement en cours. Il y a ainsi un taux d'environ 60 % à 70 % de médiations considérées comme « *réussies* » (même si ce terme de « *réussite* » ne convient pas toujours aux médiateurs eux-mêmes qui ne considèrent pas nécessairement qu'une médiation, même non aboutie par un accord, serait un échec dès lors que les parties auraient commencé à régler le conflit par l'ouverture d'un dialogue avant de le régler sur un plan matériel).

Dans le cadre de ces statistiques, là aussi de manière non exhaustive, s'agissant des domaines concernés, plus spécifiquement pour des médiations administratives à l'initiative des parties : 40 % ont été diligentées en

matière de marchés publics, 20 % en matière de fonction publique, 11 % en matière de domaine public et 7 % en matière d'urbanisme. Concernant celles à l'initiative du juge, 36 % en matière de fonction publique, 25 % en matière d'urbanisme, 9 % en matière de police administrative et 7 % en matière de travaux publics.

B. QUELQUES DÉCISIONS CHOISIES RENDUES PAR LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Quelques décisions significatives ont pu être rendues en matière de médiation administrative. Il sera fait état de trois d'entre elles qui ont apporté des précisions utiles en matière d'homologation de l'accord de médiation (i), en matière de suspension de la décision administrative litigieuse (ii) et enfin, en matière d'effet différé de l'annulation d'un contrat de délégation de service public (iii).

i) Sur la notion d'homologation d'un protocole d'accord transactionnel suite à une médiation dans le cadre d'un litige portant sur un permis de construire, il peut être fait état d'un jugement rendu par le tribunal administratif de Strasbourg le 1^{er} décembre 2017²⁸. Dans ses conclusions, suivies par le tribunal dans son jugement, Madame Hélène Lestarquit conseiller et rapporteur public de la 1^{re} chambre du tribunal administratif de Strasbourg, indique que cette affaire – dont elle souligne le caractère inédit – est une première application de la loi du 18 novembre 2016 concernant le recours à la médiation ; un médiateur ayant été préalablement désigné par le président de la première chambre par ordonnance rendue dans ce dossier en date du 25 juillet 2017.

ii) Sur la notion de suspension sollicitée sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA et accordée en considération des dispositions de l'article L. 213-7 du même code, il convient de se référer à une ordonnance²⁹ rendue par le juge des référés du même tribunal administratif de Strasbourg. Dans sa décision, le juge des référés auprès du tribunal administratif de Strasbourg a ainsi suspendu « *pour cause de médiation* » une délibération du conseil municipal de la commune de Neuwiller-lès-Saverne du 20 septembre 2017, qui avait décidé d'exercer son droit de préemption sur un domaine forestier, en application de l'article L. 331-22 du Code forestier. Sachant qu'aucune discussion n'avait eu lieu préalablement entre les parties au litige, une information sur le processus de médiation leur a été donnée à l'issue des plaidoiries par

28) 1^{re} chambre, audience du 22 novembre 2017, lecture du 1^{er} décembre 2017, Req. n° 1704860 et 1701610 (commune de Scy Chazelles)

29) Ordonnance du 6 mars 2018, N° 1800945, Groupement forestier du Herrenstein

le juge des référés. Un délai de réflexion de cinq jours leur a été accordé afin d'envisager l'entrée en médiation.

Les parties ayant donné, dans le délai prescrit, leur accord, le juge des référés a ainsi suspendu pour cause de médiation la délibération du conseil municipal exerçant son droit de préemption pour une durée maximum de six mois et par ordonnance du même jour a procédé à la désignation du médiateur. Il s'agit d'un nouveau cas de suspension que l'on pourrait considérer comme une bonne administration de la justice car dès lors que les parties s'accordent pour rentrer en processus de médiation, peu importe qu'il y ait ou non urgence à suspendre sachant que la médiation qui a été ordonnée est fixée à un délai précis.

iii) Sur la notion d'effet différé de l'annulation d'un contrat de délégation de service public, par un jugement du 6 décembre 2017³⁰, le Tribunal administratif de Poitiers a annulé une délégation de service public confiant à une société privée la gestion et l'exploitation d'un EHPAD. Afin de permettre aux parties de rechercher une solution garantissant la poursuite de la prise en charge des personnes âgées dans les meilleures conditions, mais aussi de limiter les risques de difficultés d'exécution de cette décision juridictionnelle, le tribunal a prononcé cette annulation avec un effet différé au 1^{er} février 2018.

Après quelques hésitations, les parties ont enregistré le 2 février 2018 une demande sur le fondement de l'article L. 213-5 du CJA afin que le président du tribunal organise une mission de médiation et par un communiqué du 24 mai 2018 intitulé « *un exemple de médiation ayant abouti à un accord* », le tribunal administratif de Poitiers a précisé que : « *Cette médiation a permis, dans une situation particulièrement complexe où se croisaient des intérêts divers, d'assurer la pleine exécution de la décision de justice et d'éviter le développement de nouveaux conflits (...)* »

EN GUISE DE CONCLUSION :

La mise en œuvre du processus de médiation administrative³¹ nécessite avant tout de tenir compte du rôle du médiateur lui-même – personne tiers à la médiation – qui consiste ainsi à concilier les prétentions opposées de parties en litige et à apaiser les ressentiments,



dans une logique de complémentarité et non de concurrence avec le droit public et le rôle du juge administratif.

Le processus de médiation administrative, tel qu'il est ainsi issu de la loi du 18 novembre 2016, peut donc apporter une réponse différente qu'une décision rendue par les juridictions administratives, et surtout alternative à un litige ; et ce, dans un cadre sécurisé tel qu'il vient d'être exposé.

En principe, tous les types de contentieux administratif (fonction publique, urbanisme, marchés publics, fiscalité, responsabilité administrative...) peuvent faire l'objet d'une tentative de médiation, sous la condition que les parties concernées aient bien évidemment la volonté de trouver un accord. Et outre les domaines d'expérimentation où la médiation est devenue obligatoire, la réforme qui s'est opérée dans le domaine de la commande publique par le décret numéro 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, a fait également une place non négligeable à la médiation³².

Cependant, de nombreuses questions sont soulevées sur les modalités du processus de médiation au regard notamment des notions de neutralité, d'impartialité voire de conflits d'intérêt du médiateur lui-même. Il en est ainsi de la place des médiateurs dits institutionnels au sein même de nombreuses administrations, établissements publics et collectivités. Et des

interrogations de même nature sont également soulevées s'agissant du nouveau statut de « *l'expert-médiateur* » tel que visé par les nouvelles dispositions de l'article R. 621-1 du CJA³³ issues de l'article 23 du décret numéro 2016-1480 du 2 novembre 2016 (puisque ce dernier cumule des fonctions à la fois de « *sachant* » qui donne son avis et de « *médiateur* » nécessairement donc neutre et impartial. Ce statut de l'expert-médiateur est d'ores et déjà largement contesté par des praticiens³⁴).

Il est certain cependant – et malgré certaines réserves légitimes – que les juridictions administratives vont poursuivre le développement de ce mode alternatif de règlements des différends grâce aux outils déjà mis en place (désignation de référents médiation (magistrats et greffe) dans chaque juridiction administrative, listes « *informelles* » de médiateurs, établissements de conventions depuis plusieurs mois entre les juridictions administratives et les barreaux, modification des outils de travail des greffes des juridictions administratives, *vade-mecum* avec des « *indices* » permettant de repérer des dossiers se prêtant à la médiation administrative, etc.) Il s'agit, à n'en pas douter, de faire face à une nécessité sociale « *de régler autrement les conflits* ».

2018-4017

30) Décisions n° 1700293 & 1701391 - 1701493

31) À noter que le Code de justice administrative (CJA) évoque la notion d'une « *procédure* » de médiation alors que les médiateurs eux-mêmes évoquent un « *processus* » ; cette approche plus procédurale découlant certainement de l'idée pour le Conseil d'État et le législateur que la médiation doit être considérée comme une voie parallèle à celle du contentieux administratif.

32) Article 142 : « *en cas de différend concernant l'exécution des marchés publics, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir au médiateur des entreprises ou au comité consultatif de règlement amiable des différends ou litige relatif aux marchés publics dans des conditions fixées par décret (...)* ».

33) Ces dispositions prévoient que : *L'expert peut se voir confier une mission de médiation. Il peut également prendre l'initiative, avec l'accord des parties, d'une telle médiation* ».

34) Voir, en ce sens, l'article de Jean Marc Le Gars, avocat : « *un Janus aux pieds d'argile* » dans lequel l'auteur souligne à propos de l'expert-médiateur : « *il y a contradiction entre l'article 23 du décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 issu de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016 du CJA, et l'article 240 du CPC qui dispose que le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties* ».