



MÉMOIRE DE RECHERCHE

**Master 2 Droit public approfondi
Dirigé par Monsieur le Professeur Guillaume Drago**

Juin 2020

La médiation en droit administratif

**Par Gabriel Martin
Sous la direction de Monsieur le Professeur Benoît Plessix**

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Benoît Plessix, qui a accepté de diriger ce mémoire, mais aussi Monsieur Jean-Pierre Vogel-Braun, vice-président et référent médiation du tribunal administratif de Strasbourg, et Monsieur Amaury Lenoir, chargé de mission médiation au Conseil d'État, qui m'ont fourni une aide ponctuelle et m'ont aidé à mieux comprendre certains enjeux de la médiation administrative.

Merci à Fleur pour son soutien moral.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Al.	Alinéa(s)
AJDA	<i>Actualité Juridique Droit Administratif</i>
Art.	Article(s)
Ass.	Assemblée
CAA	Cour administrative d'appel
CC	Conseil constitutionnel
C. civ.	Code civil
CE	Conseil d'État
Chap.	Chapitre
CJA	Code de justice administrative
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
Concl.	Conclusions
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
JCP A	<i>La Semaine Juridique, Administrations et Collectivités territoriales</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil Lebon</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
S.	Suivant(s).
Sect.	Section
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
V.	Voir

SOMMAIRE SIMPLIFIÉ

Chapitre 1 – La médiation, une alternative à la justice

Section 1 – La déjuridictionnalisation partielle du litige

Section 2 – La déjuridicisation partielle du litige

Chapitre 2 – Le médiateur, une aide à la résolution amiable

Section 1 – Les obligations du médiateur, garantes de son honorabilité

Section 2 – Les conséquences juridiques de l'irrespect de ses obligations par le médiateur

INTRODUCTION : DÉFINITION, HISTOIRE, ENJEUX DE LA MÉDIATION EN DROIT ADMINISTRATIF

1/ Selon la doctrine classique, le droit administratif français est né en 1873 avec l'arrêt *Blanco*¹, puis il a été façonné au fil des ans par la jurisprudence du Conseil d'État². Un siècle et demi après l'arrêt *Blanco*, la formule de George Vedel selon laquelle « *le droit administratif est un droit fondamentalement jurisprudentiel* »³ n'a pas perdu de sa pertinence, malgré l'intervention croissante du législateur dans son élaboration, et cela explique la large place accordée au contentieux dans la culture juridique administrative.

Mais afin d'adoucir le règne sans partage des juridictions administratives dans la résolution des conflits, le législateur, souvent bien aidé par le Conseil d'État⁴, a décidé progressivement, à partir de la fin du XX^e siècle, d'autoriser le recours à des modes alternatifs de règlement des différends en droit administratif.

Parmi ces modes alternatifs de règlement des différends, la médiation administrative connaît l'actualité la plus récente : la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a créé dans le code de justice administrative un chapitre qui lui est consacré. Cela fait plus de trois ans que ces dispositions sont en vigueur, et il semble temps de réaliser, à partir des premiers matériaux fournis par la pratique et le droit positif, un travail de théorisation de la notion.

Mais avant d'annoncer les grands axes sur lesquels s'appuiera cette réflexion (section 4), une clarification du terme, qui souffre d'un usage confus et immodéré dans les discours des décideurs publics, s'impose. Une telle clarification ne pourra être opérée qu'en définissant les contours (section 1), en retraçant l'histoire (section 2), puis en exposant les enjeux (section 3) de la médiation en droit administratif.

¹ TC, 8 février 1873, n° 00012, *Blanco*.

² C'est un des « *mythes fondateurs du droit administratif* ». V. Grégoire Bigot, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA* 2000, n° 3, mai-juin, p. 527.

³ Georges Vedel, « Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979-1980, n° 31, p. 31.

⁴ Le Conseil d'État a fortement promu le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif. V. par exemple deux interventions de Jean-Marc Sauvé : « Les modes amiables de règlement des différends », discours prononcé le 24 juin 2016 pour l'ouverture des sixièmes États généraux du droit administratif ; et « Développer la médiation en matière administrative », discours prononcé le 24 novembre 2016 à la Maison du Barreau. V. aussi : Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, étude adoptée le 4 février 1993, Paris, La Documentation française, 1993, 163 p.

Section 1 – Définition de la médiation en droit administratif

2/ L'article L. 213-1 du code de justice administrative⁵ donne une définition légale de la médiation en droit administratif : « *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.* »

Pour autant, on ne saurait se contenter de cette définition. « Médiation » est un mot passe-partout, qui en droit sert à désigner un grand nombre de pratiques, parfois homogènes, parfois hétérogènes. Afin de déterminer précisément l'objet d'étude de ce mémoire (§ 4), il convient donc de démêler le sens doctrinal du terme (§ 1) de son sens en droit français (§ 2), et plus spécifiquement de son sens en droit administratif (§ 3).

§ 1 – La médiation au sens théorique : un phénomène social

3/ Dans son ouvrage intitulé *La médiation*, qui fait référence en la matière, la Pr. Guillaume-Hofnung cherche à déterminer ce qui fait l'unité de la notion. Revendiquant une méthode inductive, elle commence par dresser une typologie des médiations, en distinguant entre « *les médiations en dehors de tout conflit et les médiations conflictuelles (les médiations de différences et les médiations de différends)* »⁶.

Les « *médiations de différences* » sont selon la Pr. Guillaume-Hofnung l'ensemble des interactions, notamment langagières (le langage étant « *le médiateur par excellence* »), qui créent du lien social. Cette définition renvoie au sens étymologique du mot, dérivé du latin *medium*, qui signifie « milieu, moyen, moitié » : la médiation est la chose qui fait le pont entre plusieurs individus. Il n'y a dans ce type de médiations aucune dimension conflictuelle. À l'inverse, celles qui sont appelées les « *médiations de différends* » ont pour but de prévenir un conflit à naître, ou de restaurer le lien social lorsque celui-ci s'est distendu suite à un conflit.⁷

Selon la conception qu'en retient la Pr. Guillaume-Hofnung, la médiation n'est donc pas seulement un mode alternatif de règlement des différends, ni même un phénomène exclusivement juridique. Au contraire, les médiations reposant sur des éléments juridiques représentent une sous-catégorie des médiations de différends.

⁵ Créé par l'article 5 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁶ Michèle Guillaume-Hofnung, *La médiation*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 2015, 128 p., p. 68.

⁷ *Ibid.*, p. 68-69.

4/ En s'appuyant sur cette typologie, la Pr. Guillaume-Hofnung dégage la définition suivante de la notion : « *Globalement, la médiation se définit avant tout comme un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial, indépendant, neutre, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs – favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause. Il faut entendre l'expression lien social au sens de ce qui fait société, quelle que soit la taille du groupe : la famille, l'entreprise, le voisinage...* »⁸

Cette définition, pour large qu'elle soit, permet toutefois de distinguer la médiation, qui requiert l'intervention d'un tiers, de la conciliation et de la négociation, « *qui peuvent [en] faire l'économie* ». Elle permet également de la distinguer de la justice traditionnelle, car « *même si le juge peut rechercher la conciliation jusqu'au dernier moment, la mission de la justice lui fait obligation de trancher* » en faveur de l'une ou l'autre des parties, tandis que le médiateur, qui ne dispose d'aucun pouvoir, peut pousser ces dernières à transiger.⁹

La Pr. Guillaume-Hofnung étoffe ensuite sa définition en ajoutant quatre critères d'identification de la médiation, tous liés à l'existence ou à la qualité du tiers qui la conduit. Premièrement, on l'a dit, toute médiation suppose l'« intervention d'un tiers » – or « *tout troisième n'est pas un tiers* » et, « *dans le langage juridique, l'extériorité constitue le signe distinctif du tiers* », « *donc si le troisième entretient un lien juridique, de subordination ou de représentation (c'est le cas de l'avocat), avec l'un des médiateurs, il ne sera pas tiers* ». Deuxièmement, « l'indépendance du tiers ne peut s'apprécier *in abstracto* ». Autrement dit, on ne peut s'arrêter à l'examen de critères préétablis pour déterminer si un tiers est ou non indépendant ; les critères classiques (absence de subordination, de conflit d'intérêts, de lien familial ou social, etc.) doivent être complétés par une appréciation *in concreto* de la situation du tiers. Troisièmement, le tiers doit être neutre et impartial : le médiateur est un simple intermédiaire, un facilitateur de dialogue, ce n'est pas lui qui propose des solutions aux parties ou les dissuade d'opter pour certaines d'entre elles ; il ne favorise aucune des deux parties dans son action. Quatrièmement, le tiers ne dispose d'aucun pouvoir institutionnel : « *Le médiateur n'a pas de pouvoir, mais une fonction de garant éthique de la réalité de la communication* ».¹⁰

On peut ainsi remarquer que la conception à première vue large du processus de médiation défendue par la Pr. Guillaume-Hofnung se révèle à l'analyse très stricte, au vu des qualités qu'elle attend du médiateur. La Pr. Guillaume-Hofnung critique d'ailleurs beaucoup l'utilisation, à ses yeux dévoyée, du

⁸ *Ibid.*, p. 70.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 71-75.

mot « médiation » pour désigner des processus qui ne répondent pas aux critères d'identification qu'elle a dégagés.

§ 2 – La médiation au sens du droit positif : un mode alternatif de règlement des différends

5/ La loi définit la médiation de manière quasiment identique en droit civil et en droit administratif. En droit civil, l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative¹¹ en donne la définition suivante : « *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 le juge saisi du litige.* » En droit administratif, l'article L. 213-1 du code de justice administrative précité, créé en 2016, reprend presque mot pour mot¹² cette définition.

6/ Au sens du droit positif, la médiation constitue donc un mode alternatif de règlement des différends (alternatif par rapport à la justice traditionnelle), au même titre que la conciliation, la transaction, l'arbitrage, la procédure participative ou le recours administratif. Sa comparaison avec chacun de ces procédés (B), à commencer par la conciliation (A), permettra de déterminer ce qui fait sa spécificité.

A. Médiation et conciliation

7/ En 2008, l'Union européenne a adopté la directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, qui définit la médiation en droit européen. Au sens de l'article 3 a) de la directive, la médiation s'entend d'« *un processus structuré, quelle 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 État membre. / [Cela] inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question. [Cela] exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige* ». L'article 3 b) précise ensuite que le médiateur est un « *tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener.* »

¹¹ Tel que modifié par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011.

¹² L'article L. 213-1 du code de justice administrative se termine de la sorte : « ... avec leur accord, par la juridiction ».

Suite à l'adoption de la directive, le Conseil d'État a été saisi par le gouvernement pour fournir des propositions sur la manière de la transposer en droit interne. C'est ainsi qu'en juillet 2010, l'Assemblée générale du Conseil d'État a rendu un rapport intitulé *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*¹³, qui présente un grand intérêt théorique.

8/ À l'occasion de la rédaction de ce rapport, le Conseil d'État s'est retrouvé confronté à une « *incertitude terminologique* » majeure pesant, en droit français, sur la médiation : faute de définition légale, celle-ci était en effet très souvent confondue avec la conciliation. La Pr. Guillaume-Hofnung, qui a longtemps alerté sur l'absence de rigueur dans l'utilisation des deux notions, regrettait même l'existence de ce qu'elle appelait une « *nébuleuse médiation-conciliation* », qui s'insinuait avant 2010 jusque dans les écrits du Conseil d'État : « *Dans un certain nombre de travaux, la médiation se voit associée à la conciliation. L'impression d'équivalence naît [parfois] de l'emploi indifférencié des termes [...] dans la même phrase, parfois [de l'usage inexplicé d'un trait d'union]. L'étude adoptée par l'assemblée du Conseil d'État le 4 février 1993, Régler autrement les conflits (La Documentation française, 1993), cumule tous ces signes, elle ajoute même des guillemets pour encadrer le couple « médiation-conciliation ».* »¹⁴

C'est ainsi que dans son rapport de 2010, le Conseil d'État a souhaité profiter de la consécration de la notion de médiation au niveau européen pour la clarifier en droit interne, en proposant la définition suivante, assez fidèle à celle retenue par la directive : la médiation est « *un processus structuré, quelle 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* ». ¹⁵ Cette définition, qui préfigure très clairement celle retenue par la suite en droit civil comme en droit administratif, a permis au Conseil d'État, dans son rapport, de différencier la médiation de la conciliation selon trois critères.

Premièrement, alors que la médiation « *émane de la volonté des seules parties d'y recourir et de désigner d'un commun accord un tiers médiateur* », en conciliation, « *la présence d'un tiers n'est pas obligatoire* »¹⁶. Deuxièmement, en médiation « *ce tiers n'a aucun pouvoir ; il cherche à rapprocher les points de vue entre les parties, à rétablir un dialogue entre elles* » ; « *trouver des solutions au différend*

¹³ Conseil d'État, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, La Documentation française, 29 juillet 2011.

¹⁴ *La médiation*, p. 49-50.

¹⁵ Dossier de presse de l'étude, p. 11.

¹⁶ *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, p. 23.

[...] est le rôle des seules parties »¹⁷. En conciliation, à l'inverse, le tiers est au-dessus des parties. Troisièmement, « ce tiers est rémunéré »¹⁸.

La définition retenue par le Conseil d'État inclut donc dans le champ de la médiation divers mécanismes en vigueur à la date du rapport : « la médiation conventionnelle » ; « la conciliation, « amiable » ou « extrajudiciaire », [...] dès lors qu'elle est menée, non par les parties seules, mais avec l'aide d'un tiers, le « conciliateur » » ; et la médiation « « suggérée ou ordonnée par une juridiction » avec l'accord des parties [...] mais sans jamais être imposée aux parties ». À l'inverse, elle en exclut d'autres : « les médiations collectives dans lesquelles le médiateur doit rendre compte des résultats de sa mission à l'autorité administrative ou politique » ; « [les] conciliation[s] « judiciaire[s] » » prévues par les articles 21 et 127 à 131 du code de procédure civile ; et « la tentative préalable de conciliation (articles 830 à 835 et alinéa 2 de l'article 847 du code de procédure civile) »¹⁹.

9/ Mais ce travail de clarification a très vite présenté ses limites. Les critères se sont révélés peu pertinents²⁰ et la médiation, malgré une définition claire, a continué de souffrir d'une confusion avec la conciliation en raison d'une proximité toujours très importante des deux processus. C'est ainsi que l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, qui a unifié le régime des médiations de droit privé (v. *infra*, n° 21), et la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui a créé la médiation administrative, ont en même temps supprimé toute référence à la conciliation dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et dans le code de justice administrative, pour faire cesser une distinction « qui ne trouvait ni justification satisfaisante ni consistance véritable »²¹. La conciliation est morte, vive la médiation !

Et au-delà de la disparition de la conciliation qu'elle a entraînée, l'apparition d'une définition claire de la médiation a permis de différencier rigoureusement ce processus des autres modes alternatifs de règlement des différends (B).

B. Médiation et autres modes alternatifs de règlement des différends

10/ L'article 2044 du code civil, visé par l'article L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration, définit la transaction comme « un contrat par lequel les parties, par des concessions

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, p. 23-24.

²⁰ Le droit positif actuel contredit par exemple le premier critère, celui de la volonté des parties d'entrer en médiation, car des médiations préalables obligatoires sont actuellement expérimentées (v. *infra*, n° 17 et s.). Il contredit également le troisième, celui de la rémunération du médiateur : ce n'est pas nécessairement le cas en matière de médiation à l'initiative du juge administratif, dans laquelle le juge « détermine s'il y a lieu [de] prévoir la rémunération » du médiateur (art. L. 213-8, al. 1^{er}, CJA).

²¹ Xavier Domino, « Innovations : la médiation et l'action collective en droit administratif », *RFDA* 2017, p. 19.

réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit. » Or contrairement à la médiation (et même si, comme le note le Conseil d'État dans son rapport, « [la transaction] peut être l'issue d'un processus de médiation »²²) la transaction ne requiert pas la présence d'un tiers, elle « fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet » (art. 2052 c. civ.), et elle exige que les parties consentent à des concessions réciproques. Ces différences sont d'ailleurs au cœur d'une distinction opérée par une partie de la jurisprudence entre les transactions et les accords issus de médiations, sur laquelle on reviendra (v. *infra*, n° 43 et s.). Qui plus est, on pourrait souligner le fait que la transaction est un contrat, alors que la médiation est un processus.

11/ L'arbitrage est régi par les articles 1442 et suivants du code de procédure civile, 2060 du code civil, L. 432-1 du code des relations entre le public et l'administration et L. 311-6 du code de justice administrative. Il fait certes intervenir un ou plusieurs tiers pour la résolution d'un différend, mais ces tiers exercent une « mission de nature juridictionnelle [...] qui s'achève par une sentence, laquelle s'impose aux parties et revêt un caractère quasi juridictionnel »²³. Autrement dit, contrairement à la médiation, l'arbitrage n'est pas un processus amiable mais un processus juridictionnel (ou quasi juridictionnel) de règlement des différends.

12/ Le recours administratif, qui peut être gracieux, hiérarchique ou préalable obligatoire, est défini par l'article L. 410-1 du code des relations entre le public et l'administration comme « la réclamation adressée à l'administration en vue de régler un différend né d'une décision administrative ». Il se distingue aisément de la médiation par deux éléments : premièrement, il se limite à la contestation d'une décision administrative, alors que la médiation s'applique à n'importe quel type de litige (elle peut s'appliquer en matière contractuelle par exemple) ; deuxièmement, alors que la médiation place les parties sur un terrain d'égalité pour leur permettre de parvenir à un accord amiable, le recours administratif est un procédé vertical : une demande est formulée auprès de l'administration, qui se prononce seule et rend une décision administrative susceptible de recours.

13/ Il reste enfin un mode alternatif de règlement des conflits relativement méconnu à distinguer de la médiation : la procédure participative, prévue par le code civil mais ouverte aux personnes privées comme aux personnes publiques. Ce mécanisme est encadré par une « convention de procédure participative », définie par l'article 2062 du code civil comme la « convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige », sachant que « [c]ette convention est conclue pour une

²² *Ibid.*, p. 24.

²³ *Ibid.*

durée déterminée. » Comme celui issu d'une médiation, l'accord issu d'une procédure participative peut être homologué par le juge (art. 2066, al. 1^{er}, c. civ.). La différence majeure entre les deux processus tient toutefois à une chose : la procédure participative doit être formalisée par un contrat écrit signé en présence d'un avocat (art. 2064 c. civ.) et, « *tant qu'elle est en cours* », elle « *rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige* » (art. 2065 c. civ.), tandis que la médiation est un processus relativement informel qui peut être interrompu à tout moment par l'une des parties pour entamer une action contentieuse.

Maintenant qu'on cerne assez bien ce à quoi renvoie, et ce dont se distingue, le concept de médiation en droit positif français, il est temps de s'intéresser à ce à quoi il renvoie précisément en droit administratif (§ 3).

§ 3 – La médiation au sens du droit administratif

14/ Selon la conception qu'on en retient, le terme « médiation administrative » peut désigner soit uniquement les médiations visées par les articles L. 213-1 et suivants du code de justice administrative, c'est-à-dire celles dans lesquelles le médiateur est désigné par les parties ou, avec leur accord, par le juge administratif, soit un spectre plus large de processus structurés regroupant non seulement les médiations visées par le code de justice administrative, mais aussi les médiations dites institutionnelles (A). En outre, une difficulté surgit s'agissant de la médiation préalable obligatoire (B), qui est actuellement expérimentée dans plusieurs branches du droit administratif (mais aussi dans certaines branches du droit privé). Son caractère obligatoire ne la fait-elle pas sortir du champ de la médiation, dont l'esprit originel est d'accorder une primauté à la volonté des parties d'y recourir ?

A. Médiation et caractère institutionnel

15/ Il existe de nombreux médiateurs dits institutionnels, dont le statut pose question.

Dans un rapport de juillet 2019²⁴ commandé par l'Assemblée nationale, France Stratégie identifie et analyse les dispositifs existants de « médiation » entre citoyens et administrations. Ces dispositifs se sont développés de manière erratique à partir de 1973 – année de création du Médiateur de la République (remplacé en 2008 par le Défenseur des droits dont les fonctions, plus larges, sont énumérées par l'article 71-1 de la Constitution) –, sans statut ou objectifs communs prédéfinis, jusqu'à former des « *archipels de la médiation* »²⁵.

²⁴ France Stratégie (Daniel Agacinski, Louise Cadin), *Médiation accomplie ? Discours et pratiques de la médiation entre citoyens et administrations*, 2 juillet 2019.

²⁵ *Ibid.*, p. 25.

Le rapport de France Stratégie recense cinq catégories de « médiation citoyens-administration »²⁶, ou médiation institutionnelle :

- la première catégorie comprend uniquement le très singulier Défenseur des droits, « *autorité constitutionnelle indépendante* »²⁷ à compétence nationale et générale.
- la seconde comprend les « *médiateurs relevant de l'État ou de ses opérateurs nationaux, créés par une loi ou par un décret* » : médiateurs de ministères – comme le médiateur des ministères économiques et financiers – ou d'agences – comme le médiateur de Pôle Emploi.
- la troisième regroupe les « *médiateurs des différentes branches de la sécurité sociale, désormais reconnus par la loi* »²⁸ : médiateurs des caisses d'allocations familiales ou des caisses de retraite du régime général par exemple.
- la quatrième regroupe les médiateurs des collectivités territoriales, aussi appelés médiateurs territoriaux, désormais eux aussi reconnus par la loi²⁹.
- la cinquième regroupe les médiateurs d'établissements publics, « *par exemple hospitaliers ou universitaires* ».

Une partie de ces médiateurs appartiennent par ailleurs au « Club des Médiateurs de Services au Public », qui réunit pêle-mêle des médiateurs de la consommation, d'administrations, d'entreprises publiques et de collectivités en charge de services au public, comme le Médiateur de l'Autorité des marchés financiers, le Médiateur de la Région Île-de-France, le Médiateur des Ministères Économiques et Financiers ou le Médiateur National de Pôle Emploi³⁰. Ils sont signataires de la Charte du Club des Médiateurs de Services au Public, un dispositif de droit souple qui encadre leurs fonctions.

16/ Le problème posé par ces acteurs institutionnels est le suivant : leurs missions, qui sont souvent légalement ou réglementairement qualifiées de missions de médiation, appartiennent-elles vraiment au champ de la médiation ? Pour le déterminer, il faut les analyser dans le détail.

Le Défenseur des droits, dans la plupart des cas, n'est certainement pas un médiateur, quelle que soit la définition de la médiation que l'on retienne. Il peut se saisir d'office³¹ et transmettre une réclamation

²⁶ *Ibid.*, p. 46.

²⁷ Article 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

²⁸ L'article 34 de la loi n° 2018-1727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance a créé l'article L. 217-7-1 du code de la sécurité sociale, qui encadre les médiations en matière de sécurité sociale.

²⁹ L'article 81 de la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique a créé l'article L. 1112-24 du code général des collectivités territoriales, qui encadre les attributions des « médiateurs » territoriaux.

³⁰ Liste complète disponible à l'adresse suivante : <https://clubdesmediateurs.fr/#homelist>.

³¹ Alinéa 2 de l'article 71-1 de la Constitution et article 4, alinéa 3, de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

à une autre autorité indépendante³² ; sa saisine est gratuite et « *n'interrompt ni ne suspend par elle-même les délais de prescription des actions en matière civile, administrative ou pénale, non plus que ceux relatifs à l'exercice de recours administratifs ou contentieux* »³³ ; il n'est pas neutre, puisque sa mission est de protéger les droits et libertés et non de faciliter la communication entre les parties ; enfin et surtout il dispose de très nombreux pouvoirs qui le placent dans un rapport vertical avec les parties : il dispose par exemple d'un pouvoir d'instruction et peut « *demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui* », qui est alors « *tenu[e] de répondre [à ces] demandes* », ou « *entendre toute personne dont le concours lui paraît utile* »³⁴.

Toutefois, il existe un cas dans lequel le statut du Défenseur des droits pose question : d'après l'article 26 de la loi organique n° 2011-333, celui-ci peut « *procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation.* » Mais de quelle médiation parle-t-on ici ?

En fait, le problème commun à tous les « médiateurs » institutionnels, dont le Défenseur des droits exerçant sa mission de « médiation », réside dans ce que, bien que leur nomination et l'exercice de leurs fonctions soient assortis de nombreuses garanties d'indépendance vis-à-vis de leur secteur d'activités, ils ne sont pas choisis conjointement par les parties, ni avec leur accord, mais désignés d'office dans chacun des litiges qui peuvent survenir dans ledit secteur d'activités. C'est particulièrement frappant chez les médiateurs territoriaux : la loi dispose expressément que leur création, leur champ de compétences, les moyens mis à leur disposition et la durée de leur mandat sont fixés par une délibération de l'organe délibérant de la collectivité territoriale³⁵.

La question de savoir si les missions des médiateurs institutionnels peuvent ou non être qualifiées de missions de médiation dépend donc de la définition de la médiation choisie. La définition de la directive n° 2008/52/CE et celle du Conseil d'État dans son rapport de 2010 sont indifférentes à la manière dont est désigné le médiateur, mais elles accordent une grande importance à la volonté des parties de recourir à la médiation : ainsi, elles laissent à penser que la médiation institutionnelle est une forme de médiation, à condition toutefois que le processus ne soit pas contraint. À l'inverse, la définition de la Pr. Guillaume-Hofnung exclut ce type de processus du champ de la médiation, notamment dans la mesure où elle fait de la liberté de choix du médiateur par les parties et de l'indépendance de ce dernier des critères d'identification de la médiation³⁶. Quant à la définition légale du code de justice

³² Article 9 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

³³ Article 6, alinéas 1^{er} et 3, de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

³⁴ Article 18 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

³⁵ Article L. 1112-24, alinéas 1^{er} et 2, du code général des collectivités territoriales.

³⁶ La Pr. Guillaume-Hofnung dénie expressément la qualité de médiateur à tout médiateur institutionnel, pour trois raisons : « *La plupart [...] ne sont ni tiers, ni indépendants, ni sans pouvoir* » ; « *La plupart [...] ont pour unique mission la conciliation* » ; « *La plupart [...] n'utilisent pas le processus de médiation* » mais une procédure définie par un texte (v. *La médiation*, p. 110-111).

administrative, elle semble dans un certain sens inclure la médiation institutionnelle, puisqu'elle vise tous les processus structurés, « *quelle qu'en soit la dénomination* » (art. L. 213-1 CJA), mais l'exclure dans un autre sens, puisqu'elle requiert que le médiateur soit un « *tiers* » (*idem*) impartial, compétent et diligent (art. L. 213-2 CJA) ; en réalité, les mécanismes de médiation institutionnelle sont souvent prévus par des textes spéciaux, qui ne renvoient en aucun cas au code de justice administrative, certains excluant même expressément son application³⁷, et on peut donc considérer que la médiation institutionnelle n'entre pas dans la définition légale du code de justice administrative, ou du moins pas de manière absolue. Une telle divergence selon les définitions peut également être constatée en matière de médiation préalable obligatoire (B).

B. Médiation et caractère obligatoire

17/ L'article 5, paragraphe IV, de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a ouvert la possibilité, pour certains litiges de la fonction publique et certains litiges sociaux, d'expérimenter une procédure de médiation préalable obligatoire avant tout recours contentieux, à peine d'irrecevabilité du recours³⁸. Cette disposition a été utilisée par le décret n° 2018-101 du 16 février 2018, qui rend l'expérimentation applicable entre le 1^{er} avril 2018 et le 18 novembre 2020 ; les procédures de médiation préalable obligatoire concernées doivent être effectuées conformément aux dispositions des articles L. 213-1 et suivants du code de justice administrative³⁹.

18/ Or, au-delà des réserves qu'on pourrait formuler sur l'efficacité et l'opportunité d'une telle mesure (v. *infra* n° 32), se pose la question plus fondamentale de la compatibilité de la médiation et de l'obligatorité.

Les définitions de l'Union européenne et du rapport du Conseil d'État s'opposent en effet frontalement à l'idée d'une médiation obligatoire, puisqu'elles requièrent que le processus soit mis en place « *volontairement* » par les parties. S'agissant de la définition légale, elle semble quant à elle suffisamment souple pour inclure la médiation obligatoire. L'article L. 213-5, alinéa 6, du code de justice administrative prévoit d'ailleurs expressément que, dans cette hypothèse, la médiation présente un caractère gratuit. Enfin, et bien que la Pr. Guillaume-Hofnung soit opposée à titre

³⁷ L'article L. 1112-24 du code général des collectivités territoriales relatif aux médiateurs territoriaux dispose que les collectivités territoriales peuvent instituer de tels médiateurs « *[s]ans préjudice des dispositifs de médiation existants* ».

³⁸ La loi ouvre également en son article 7 la possibilité d'expérimenter la médiation préalable obligatoire dans certains contentieux familiaux de droit privé.

³⁹ Article 3 du décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux.

personnel à la médiation préalable obligatoire, sa définition qui met l'accent sur les qualités du tiers ne nie pas d'office la qualité de médiation à un processus qui serait obligatoire.

§ 4 – La médiation au sens de ce mémoire

19/ On l'aura compris, la médiation est un processus complexe, aux critères d'identification flous et discutés. Il apparaît donc nécessaire d'en retenir dès maintenant une définition unique, parmi les nombreuses qui ont été avancées, sur laquelle on pourra s'appuyer pour mener des réflexions plus approfondies sur le sujet.

Afin d'échapper aux difficultés théoriques que soulèvent la diversité et l'éclatement des médiateurs institutionnels, de garantir une certaine unité dans les développements à venir, et de disserter dans le confort relatif qu'apporte l'étude du droit positif, on choisira de s'en tenir à la définition légale donnée par l'article L. 213-1 du code de justice administrative. Pour rappel, cet article dispose : « *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.* » Telle est donc la définition à laquelle on se référera implicitement lorsqu'on mentionnera dans ce mémoire la « médiation administrative », la « médiation au sens du droit administratif », ou même simplement, dans les deux chapitres à venir, la « médiation ». Mais avant d'étudier le régime juridique de la médiation administrative, il convient d'en exposer l'histoire (section 2) et les enjeux (section 3).

Section 2 – Histoire de la médiation en droit administratif

20/ La médiation administrative ainsi entendue est le fruit d'une longue maturation juridique. D'une part et comme on a pu le voir, des mécanismes de médiation, sur lesquels il convient à présent de s'attarder, existaient en droit privé bien avant la création des articles L. 213-1 et suivants du code de justice administrative (§ 1). D'autre part, la médiation n'est pas apparue en droit administratif sous sa forme actuelle (§ 2).

§ 1 – La médiation, un mécanisme originaire du droit privé

21/ Les origines de la médiation sont à chercher dans le droit privé, et plus précisément dans le chapitre I^{er} du titre II de la loi n° 95-125 du 8 février 1995. Le titre originel du chapitre, « *La conciliation et la médiation judiciaires* », témoigne de la confusion qui existait et qui existe parfois toujours entre les concepts de conciliation et de médiation.

L'article 21 de la loi n° 95-125, dans ses versions en vigueur de 1995 à 2011, autorisait le juge judiciaire à « désigner une tierce personne [...] pour procéder : / 1° Soit aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi [...] ; / 2° Soit à une médiation [...] pour tenter de parvenir à un accord entre les parties ». Le texte ne donnait toutefois aucune définition de la médiation. C'est le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 qui s'en est implicitement chargé, en créant un titre VI bis sur « La médiation » dans le livre I^{er} du code de procédure civile. Ce titre (devenu chapitre II du titre IV) s'ouvrait en effet sur l'article 131-1, encore en vigueur, dont l'alinéa 1^{er} dispose : « Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. »

L'outil, à l'époque confié au juge judiciaire, ne préjugait et ne préjuge toujours en rien des médiations civiles conventionnelles qui peuvent être menées par les parties sans son intervention. Mais il a fallu attendre la transposition de la directive n° 2008/52/CE pour que ces médiations conventionnelles soient encadrées par la loi. C'est le Conseil d'État qui, dans son rapport de 2010 précité, a proposé de profiter de cette transposition pour fixer en droit privé le régime de la médiation conventionnelle, en ajoutant un article 26-1 à la loi n° 95-125 et un titre VI ter au code de procédure civile⁴⁰. Le gouvernement a toutefois souhaité aller au-delà de cette consécration *a minima* et, par l'ordonnance de transposition (ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011), a préféré refondre complètement le régime de la médiation civile, en l'unifiant aux articles 21 et suivants de la loi n° 95-125. Toute référence à la conciliation a alors disparu : le chapitre y relatif de la loi n° 95-125 s'intitule depuis « La médiation ». Quant à l'article 21, qui a alors pris sa forme actuelle, il prévoit désormais non seulement les médiations civiles décidées par les parties mais aussi celles initiées par le juge.

§ 2 – Le développement de la médiation en droit administratif

22/ La médiation administrative, qui s'est développée avec un léger retard par rapport à la médiation civile, s'en est fortement inspirée. C'est ainsi que, jusqu'au début des années 2010, seule la « mission de conciliation »⁴¹ confiée au juge administratif (en 1986 aux tribunaux administratifs⁴², en 2011 aux cours administratives d'appel⁴³) – bien après qu'on l'avait confiée au juge judiciaire⁴⁴ – a semblé intéresser les décideurs publics. Or, d'après Hélène Masse-Dessen et Elsa Costa, cette mission de

⁴⁰ Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, p. 52.

⁴¹ V. sur ce sujet : Jean-Marc Le Gars, « La juridiction administrative saisie par la médiation ? », *AJDA* 2016, n° 40, p. 2272.

⁴² Article L. 3 du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, créé par l'article 22 de la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986. L'article L. 3 a ensuite été codifié à l'article L. 211-4 du code de justice administrative.

⁴³ Article L. 211-4 du code de justice administratif, tel que modifié par l'article 49 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011.

⁴⁴ Article 21 du code de procédure civile, codifié par le décret n° 75-1123 du 12 mai 1975 instituant un nouveau code de procédure civile.

conciliation n'a pas connu un grand succès : « *les hypothèses de conciliation n'ont pas fleuri au sein des juridictions. La jurisprudence selon laquelle la décision par laquelle une juridiction administrative refuse d'exercer une mission de conciliation n'a pas un caractère juridictionnel mais constitue une décision administrative insusceptible de recours (CE 1^{er} août 2012, n° 358157, SNCF, Lebon T. ; AJDA 2012. 1557) n'a pas incité à aller au-delà.* »⁴⁵

23/ Ainsi, c'est la directive n° 2008/52/CE qui, de même qu'elle a donné un second souffle à la médiation en droit civil, a permis l'émergence de la médiation en droit administratif.

D'après son article premier, cette directive a vocation à s'appliquer, « *dans les litiges transfrontaliers, aux matières civiles et commerciales, à l'exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer en vertu de la législation pertinente applicable. Elle ne s'applique notamment ni aux matières fiscale, douanière ou administrative, ni à la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique* ».

À première vue, la directive semble donc exclure d'elle-même son application en droit administratif, puisqu'elle prévoit uniquement la possibilité de recourir à des médiations transfrontalières dans les matières civiles et commerciales. Mais dans son rapport de 2010, le Conseil d'État remarque que la notion de matière civile et commerciale est une « *notion autonome du droit de l'Union européenne* », dont la Cour de justice de l'Union européenne retient une « *conception extensive* »⁴⁶ ; quant à la matière administrative, bien qu'elle soit expressément exclue du champ d'application de la directive, c'est une matière dont la Cour de justice a inversement une conception « *restrictive* » : elle « *doit être comprise comme l'ensemble des domaines de l'action administrative où l'autorité publique agit en mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique* ». ⁴⁷ Le Conseil d'État en conclut que, en réalité, les domaines du droit administratif où trouverait à s'appliquer la médiation transfrontalière européenne « *couvrent des pans entiers de l'action administrative non régaliennne : marchés publics, délégations de service public, contrats de partenariat, responsabilité à l'occasion des dommages de travaux publics, responsabilité hospitalière...* »⁴⁸

En conséquence, il préconise la création d'un dispositif de médiation dans le code de justice administrative. Le Conseil d'État se montre d'ailleurs volontariste, puisqu'il propose de ne pas se borner à instituer ce dispositif uniquement en matière de litiges transfrontaliers. Au contraire, il recommande l'adoption de dispositions générales permettant aux parties à tout différend de nature

⁴⁵ Hélène Masse-Dessen, Elsa Costa, « La médiation devant les juridictions administratives aujourd'hui » *AJDA* 2019, p. 2158.

⁴⁶ *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, p. 27.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 28.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 31.

administrative, sauf ceux dans lesquels sont mises en œuvre des prérogatives de puissance publique, de recourir d'elles-mêmes ou sur proposition du juge à la médiation. Puis il expose dans le détail, sur plusieurs pages, le régime qui pourrait encadrer ladite médiation^{49,50}.

Mais le gouvernement décide de ne pas suivre les recommandations du Conseil d'État : l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, qui transpose la directive, se contente de créer les articles L. 771-3 à L. 771-3-2 du code de justice administrative, applicables non pas à tous les litiges administratifs mais aux seuls différends transfrontaliers. Preuve supplémentaire de l'intention du gouvernement de ne pas élargir le dispositif à l'ensemble du droit administratif, ces articles ne créent d'ailleurs pas de régime particulier pour les médiations administratives : ils procèdent à un simple renvoi aux articles 21 et 21-2 à 21-4 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, applicables aux médiations de droit privé.

Ces dispositions du code de justice administrative sur la médiation transfrontalière, qui n'ont probablement jamais connu d'application concrète⁵¹, sont les premières à avoir reconnu la possibilité pour des autorités administratives de recourir à la médiation.

24/ Elles ont toutefois été rapidement abrogées par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui les a remplacées, aux articles L. 213-1 et suivants du code de justice administrative, par un dispositif général de médiation administrative assez semblable à celui promu par le Conseil d'État dans son rapport de 2010. Dans le même temps, la loi a supprimé toute référence à la conciliation dans le code de justice administrative, afin de faire cesser la confusion qui régnait entre les deux notions (*v. supra*, n° 7 et s.). C'est ainsi que la médiation administrative a pris sa forme actuelle.

Section 3 – Enjeux de la médiation en droit administratif

25/ Les enjeux de la médiation administrative sont multiples, car le recours au processus présente un certain nombre d'intérêts, qui poussent à sa généralisation (§ 1), mais aussi un certain nombre de risques, qui commandent une certaine retenue dans son développement (§ 2).

§ 1 – Les intérêts de la médiation administrative

26/ Il existe trois intérêts majeurs à la médiation administrative, tous en lien avec les principes d'accessibilité et d'efficacité du service public.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 53-59.

⁵⁰ C'est d'ailleurs en s'appuyant sur ce rapport que Mmes Masse-Dessen et Costa ont pu très justement souligner le « rôle moteur » qu'a joué le Conseil d'État dans le développement de la médiation administrative. V. « La médiation devant les juridictions administratives aujourd'hui », précité.

⁵¹ C'est l'opinion qu'émettent Mmes Masse-Dessen et Costa dans leur article (*ibid.*).

27/ Le premier intérêt, particulièrement mis en avant dans les discours des responsables publics, est la pacification sociale. On peut par exemple citer un mot du vice-président du Conseil d'État Bruno Lasserre, très éloquent sur le sujet : « *Il s'agit surtout [avec la médiation] de pacifier le règlement des litiges et de donner la priorité au dialogue. / En permettant aux parties de construire elles-mêmes la solution à leur litige, en leur donnant la possibilité d'échanger librement mais de manière structurée, en toute confidentialité et avec l'aide d'un tiers, neutre, impartial et indépendant, la médiation offre une véritable alternative au procès. Attention, il ne s'agit pas d'un ersatz, ni d'une réponse dégradée, mais d'une réponse sur mesure, pensée et acceptée par les parties elles-mêmes. Une réponse qui est aussi plus rapide, plus durable et moins onéreuse. Il n'y a en médiation que des gagnants. Gagnants lorsqu'un accord est trouvé, certes. Mais gagnants également lorsque la médiation permet, même en l'absence de modification de la position de l'administration, de circonscrire le litige, de faire comprendre et accepter la décision prise et de renouer le lien rompu entre les parties.* »⁵²

28/ Le second intérêt est de désengorger les juridictions administratives, en orientant vers la médiation les conflits à faible intérêt juridictionnel. Bruno Lasserre l'avoue d'ailleurs à demi-mot juste avant de dissenter longuement sur l'objectif de pacification sociale : « *Il ne s'agit pas tant, par le développement de la médiation, de désencombrer les prétoires, encore que les litiges susceptibles de relever de la médiation se comptent par milliers, notamment en matière fiscale et sociale, de marchés publics, de fonction publique ou encore d'urbanisme et d'environnement.* »⁵³

29/ Le troisième intérêt est de permettre une meilleure écoute et une meilleure prise en charge des réclamations des administrés. Cet objectif est lié à celui de pacification sociale. Dans son rapport de 2019, France Stratégie cite les résultats d'une enquête⁵⁴ menée « *auprès de plus de 2 500 citoyens, principalement britanniques et allemands [...], ayant eu recours aux services des ombudsmans de leurs pays* »⁵⁵. Les ombudsmans sont des médiateurs institutionnels, dont la fonction est comparable à celle du Défenseur des droits en France (à quelques nuances près), et ils ne font donc pas partie du périmètre de la médiation administrative telle qu'on l'a définie. Mais l'étude citée par France Stratégie permet tout de même de se rendre compte des attentes des citoyens en matière de médiation avec l'administration.

⁵² Mot de Bruno Lasserre, vice-président du Conseil d'État, in « Dossier du participant », Premières assises nationales de la médiation administrative, 18 novembre 2019, p. 1. Téléchargeable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/premieres-assises-nationales-de-la-mediation-administrative>.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Naomi Creutzfeld, « What do we expect of ombudsmen? Narratives of everyday engagement with the informal justice system in Germany and the UK », *International Journal of Law in Context*, 12(4), 2016, p. 437.

⁵⁵ *Médiation accomplie ? ...*, p. 65-66.

Les auteurs du rapport notent d'abord que les citoyens qui ont saisi leur ombudsman pour contester un acte de l'administration « expriment le souhait que leur cas puisse contribuer à l'amélioration durable, au bénéfice de tous, du fonctionnement du service public ». Puis, à partir des résultats de l'enquête, ils classent les attentes des citoyens vis-à-vis des médiateurs en quatre grands types :

- « ceux qui attendent un « interprète », pour les aider à démêler la situation et d'abord à comprendre ce que l'administration leur dit ou leur demande » ;
- « ceux qui attendent un « défenseur » (advocate), pour remettre à égalité les forces des deux parties en conflit et faire entendre raison à l'administration » ;
- « ceux qui attendent un « allié » (ally) qui, sans adopter le même formalisme que l'avocat, va accompagner le requérant dans sa démarche à l'encontre de l'administration, le rassurer et le conseiller » ;
- « ceux qui attendent un « levier » (instrument), pour débloquer les portes fermées, qui comptent sur les prérogatives et l'autorité de l'institution de l'ombudsman pour que l'administration réponde enfin aux questions auxquelles elle ne répondait plus. »⁵⁶

La figure de l'allié n'est certes pas compatible avec la fonction du médiateur non institutionnel, qui doit demeurer impartial ; là se trouve la limite de la transposition de cette étude au cas de la médiation administrative (encore qu'on puisse aisément supposer que certains citoyens acceptent d'entrer en médiation conventionnelle dans l'espoir – en théorie vain – de trouver un allié dans le médiateur). Les autres attentes des citoyens sont toutefois parfaitement compatibles avec ce type de médiation, et on peut remarquer qu'elles tendent toutes, notamment la dernière, à permettre à l'administré d'attirer l'attention de l'administration.

30/ Ces trois grands objectifs – pacification sociale, désengorgement des prétoires et meilleure écoute du citoyen par l'administration – sont *a priori* louables, et ils sont répétés avec force conviction par les promoteurs de la médiation administrative, qui ne connaissent pour l'instant que peu de contradicteurs. Mais l'absence d'opposition ne doit pas laisser croire que la conduite du processus de médiation est exempte de tout risque. Il est naturel que, lors de l'émergence d'un phénomène, règne un relatif consensus sur son utilité, car n'en parlent alors que ceux qui s'en sont saisis, et ne s'en sont saisis que ceux qui y croyaient. Il semble donc d'une importance capitale de contrebalancer cette présentation favorable en prêtant, dès maintenant, une attention toute particulière aux premières mises en garde exprimées contre le développement de la médiation administrative (§ 2).

⁵⁶ *Ibid.*, p. 66.

§ 2 – Les dangers de la médiation administrative

31/ Deux textes jettent les bases d'un discours critique sur la médiation : le premier est un chapitre de l'ouvrage de la Pr. Guillaume-Hofnung, intitulé « *Les dangers de la médiation* »⁵⁷ ; le second est un discours du Défenseur des droits Jacques Toubon, tenu lors des premières assises nationales de la médiation administrative⁵⁸. Si ni l'une ni l'autre ne s'opposent frontalement au développement de la médiation (la Pr. Guillaume-Hofnung en est même l'une des plus grandes promotrices), ils s'accordent sur un point : ce développement ne doit pas se faire de manière anarchique, il doit être pensé et guidé par les pouvoirs publics de manière à éviter que le remède ne se transforme en mal.

32/ Le premier danger majeur pointé par la Pr. Guillaume-Hofnung est celui d'une entre-destruction de la justice et de la médiation. Selon elle, la justice doit veiller à demeurer étatique, institutionnelle, souveraine, et la médiation à demeurer informelle, sans quoi elles risquent de se discréditer l'une l'autre. L'initiative du juge, qui représente l'État, est souvent essentielle pour permettre à la médiation d'exister, mais il faut éviter que les médiateurs ne soient perçus comme des émanations de l'autorité étatique. Cette mise en garde écrite par la Pr. Guillaume-Hofnung avant la création de la médiation administrative lui est tout particulièrement applicable : si l'administré a le sentiment que le médiateur est dépêché par l'État pour le décourager d'agir contre l'administration, l'objectif de pacification sociale poursuivi par la médiation risque d'en pâtir assez largement. Cette sombre perspective constitue d'ailleurs un argument très fort contre la généralisation de la médiation préalable obligatoire. La force de la médiation réside peut-être dans son caractère volontaire.

33/ Dans le même esprit, la Pr. Guillaume-Hofnung craint la création à terme d'un service public de médiation qui ferait du médiateur un fonctionnaire. D'après l'acception stricte qu'elle retient de la notion de tiers, un tel médiateur-fonctionnaire, « *faisant partie de l'administration, ne pourra jamais être médiateur entre un particulier et celle-ci. Par définition, les fonctionnaires ne sont pas des tiers, mais des parties prenantes dans les relations administrations/administrés. Ils peuvent être animés d'un souci de compromis, de conciliation, d'humanisation, de communication optimum, mais la médiation leur est statutairement impossible.* »⁵⁹ On ne saurait toutefois reproduire ces propos sans les nuancer. La conception du tiers que retient la Pr. Guillaume-Hofnung semble à la réflexion trop stricte. Si le simple fait d'être fonctionnaire suffit à disqualifier un médiateur pour toute médiation impliquant une administration, en raison d'un obscur et lointain lien avec celle-ci, alors inversement on pourrait disqualifier pour la même raison un médiateur du simple fait qu'il appartient à la société civile, en

⁵⁷ *La médiation*, p. 109-123.

⁵⁸ Jacques Toubon, « Défenseur des droits : Quelles relations entre le Défenseur des droits et les médiateurs institutionnels ? ». Discours vidéo disponible à l'adresse suivante : <https://vimeo.com/380486521>.

⁵⁹ *La médiation*, p. 117.

raison d'un obscur et lointain lien avec l'administré appartenant à la même société civile (sans parler de la situation où l'administré sollicitant une mission de médiation serait lui-même un fonctionnaire). La création d'un service public de la médiation peut toutefois être crainte pour la raison déjà évoquée qu'il serait contre-productif, au regard de l'objectif de pacification sociale, que les médiés perçoivent les médiateurs comme des émanations de l'État.

34/ Le Défenseur des droits Toubon, n'étant pas un promoteur de la médiation, se montre quant à lui plus incisif. Et s'il exprime dans son discours ses doutes sur le développement « *tous azimuts* »⁶⁰ de la médiation institutionnelle, ses arguments sont tout à fait transposables au débat sur le développement de la médiation conventionnelle. Constatant « *l'intérêt des pouvoirs publics à limiter l'encombrement des prétoires et les délais des procédures* », ainsi que la « *volonté de pallier la suppression des guichets et des humains dans les services publics* », il rappelle que le développement de la médiation doit « *être tourné vers les usagers, avoir pour objectif le service des usagers, y compris les plus précaires, et constituer aussi un véritable projet de modernisation de l'administration et des services publics, et pas seulement en quelque sorte une commodité ou une facilité pour les pouvoirs publics d'un côté et pour les particuliers de l'autre* »⁶¹. Négativement, le Défenseur des droits met donc en garde contre la tentation, que pourraient avoir les décideurs publics, d'équilibrer les déficiences causées par la fermeture des guichets dans les services publics par un recours accru à la médiation. Si la médiation administrative est pensée comme un palliatif, plutôt que comme un outil supplémentaire destiné à améliorer la qualité des services administratifs, son développement aura un effet nul sur la paix et la cohésion sociales. Autrement dit, l'accent mis sur la guérison ne doit pas faire oublier l'importance de la prévention : priorité doit être donnée à l'amélioration de l'écoute et de la qualité du travail de l'administration afin de prévenir l'apparition de conflits, plutôt qu'à l'amélioration de la gestion de ces conflits.

35/ On pourrait en outre ajouter aux réserves sur le développement de la médiation formulées par la Pr. Guillaume-Hofnung et le Défenseur des droits Toubon, les critiques plus nettes du professeur de droit privé Emmanuel Dockès sur les modes alternatifs de règlement des différends en général⁶².

Dénonçant un usage « *publicitaire* » de l'appellation, qui valorise implicitement ces modes de règlement des conflits⁶³, il prend l'exemple de son domaine de spécialité, le droit social, pour

⁶⁰ « Défenseur des droits : Quelles relations... », 2'30.

⁶¹ *Ibid.*, de 3'47 à 5'43.

⁶² Emmanuel Dockès, « Injustes alternatives et justes conflits. Critique des justices alternatives à partir du droit social », *Droit et cultures*, 65, 2013, p. 101-110. Disponible à l'adresse suivante : <http://journals.openedition.org/droitcultures/3033>.

⁶³ Le mot alternatif laisse accroire que le recours au juge n'est pas forcément nécessaire ; le mot résolution que l'utilisation d'un tel procédé permet « *d'obtenir la paix, [donc] d'aller vers le bien* » ; et le mot justice que la solution est nécessairement juste.

« démontrer les limites d'une recherche trop systématique d'évitement du juge ». Or la critique qu'il formule est tout à fait pertinente pour ce qui concerne la médiation administrative. En effet, l'intérêt de l'étude des modes alternatifs de règlement des différends en droit social tient selon lui au fait que c'est « un univers d'inégalités », entre employeur et salarié notamment ; et s'il existe un autre univers d'inégalités dans le monde juridique, c'est bien celui des relations entre l'administration et son sujet de droit, donc le droit administratif.

Car la médiation peut être utilisée abusivement par la partie forte « comme un moyen de faire céder la partie faible ». Si l'idée d'« accélérer et [de] simplifier la procédure par l'obtention d'un accord » paraît « séduisante », cette « recherche d'accord peut surtout produire des effets discutables lorsque les parties ont des positions de négociation fortement déséquilibrées. Tel sera le cas à chaque fois que l'attente est principalement à la charge d'une des parties au litige. » Le Pr. Dockès prend d'ailleurs pour premier exemple celui d'un « bénéficiaire d'aide sociale qui attend le versement de son RSA », et pour deuxième exemple la personne qui attend le versement d'« un arriéré de salaire » (ou de traitement). On pourrait également envisager l'hypothèse d'une entreprise de travaux publics que l'arrêt litigieux d'un chantier pénalise, ou celle d'un propriétaire de biens qu'une réquisition immobilise de manière dommageable pour un temps. « Dans tous ces contentieux, une partie a la charge principale de l'attente. Son intérêt à l'accord est grand. Et elle est, par conséquent, en situation de faiblesse dans la négociation. Pour réduire son temps d'attente, qui est le temps de la procédure, elle pourra être conduite à abandonner une partie de ses droits. » Ces problématiques, très prégnantes « en matière prud'homale, dans le contentieux des assurances, dans le contentieux des locataires contre leurs propriétaires, ou en droit bancaire », risquent donc avec la médiation de faire leur apparition en droit administratif.

On pourrait objecter à juste titre qu'au vu de la lenteur de la justice traditionnelle, mieux vaut souvent un accord rapide et légèrement défavorable à la partie faible qu'une décision tardive ne suffisant pas à couvrir les pertes subséquentes à la perte initiale (par exemple les pertes dues à la contraction d'une dette pour couvrir le trou apparu dans les finances en attendant que le juge se prononce). Mais souvent n'est pas synonyme de toujours. C'est pourquoi il semble important, premièrement, de sécuriser le libre choix des parties de recourir à la médiation, et, deuxièmement, de prévoir des garde-fous pour les cas où la partie faible se sentirait obligée d'y recourir (ce qui reviendrait à la priver non pas en droit, mais en pratique, de sa liberté de choix). À ce titre, l'alinéa second de l'article L. 213-6 du code de justice administrative, qui permet à n'importe quelle partie de quitter la médiation à n'importe quel moment, et l'alinéa 3 de l'article R. 213-9 du même code, qui permet au juge de mettre fin à la médiation à la demande d'une des parties ou du médiateur, ou lorsque son bon déroulement lui apparaît compromis, paraissent essentiels au bon fonctionnement du processus.

36/ Les principaux termes du débat ayant désormais été exposés, chacun est libre de se forger sa propre opinion sur le sujet. Mais pour importantes qu'elles soient, les réflexions menées lors des deux dernières sections l'ont été sous des angles historique et politique, et il semble temps à présent d'envisager d'étudier la médiation administrative en tant qu'objet juridique (section 4).

Section 4 – La médiation administrative comme objet d'étude juridique

36/ Il est délicat pour le juriste d'analyser un processus comme celui de la médiation administrative, et ce pour au moins deux raisons.

La première raison tient à ce que la médiation constitue un mode non juridictionnel de règlement des différends. Le juge étant en principe exclu du processus, il semble à première vue impossible d'en faire une étude jurisprudentielle, à part sur des questions procédurales (la médiation étant un processus, les actes des parties et du médiateur sont processuels et non pas procéduraux, mais on peut considérer que les décisions prises par le juge pour autoriser une médiation sont quant à elles procédurales, au vu de leur formalisme). Et encore, l'article L. 213-10 du code de justice administrative prévoit que les « *décisions prises par le juge en application des articles L. 213-7 et L. 213-8* », c'est-à-dire celles par lesquelles le juge ordonne une médiation (art. L. 213-7 CJA), désigne le médiateur (art. L. 213-8, al. 1^{er}, CJA), répartit les frais de la médiation (*idem*, al. 3), fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur (*idem*, al. 5) ou désigne les parties qui consigneront la provision dans le délai qu'il détermine (*idem*, al. 5)⁶⁴, « *ne sont pas susceptibles de recours* ».

La seconde raison rendant délicate l'analyse juridique de la médiation administrative tient aux solutions auxquelles elle aboutit. Non seulement ces solutions ne sont pas homogènes, allant du désistement au contrat, en passant par l'introduction ou la poursuite d'un recours contentieux, mais de plus ces solutions sont en principe confidentielles (art. L. 213-2, al. 2, CJA)⁶⁵. Par conséquent, seule une analyse non pas juridique mais sociologique du processus, à travers des études statistiques sur la proportion de tel ou tel type de solution dans les différentes médiations administratives entreprises, paraît pertinente. Il serait de toute façon probablement fastidieux et inutile pour le juriste de rechercher une quelconque unité dans des solutions si hétérogènes, ou même dans les seules solutions contractuelles, sauf à vouloir en dresser une absurde typologie ou à se féliciter d'y retrouver les conditions universelles de validité des contrats.

⁶⁴ Faute de disposition réglementaire prévoyant l'ouverture de services de consignation dans les juridictions administratives, cette disposition est pour l'instant dépourvue d'effet.

⁶⁵ Seules deux exceptions à la confidentialité sont prévues : le cas où des « *raisons impérieuses d'ordre public* » ou des « *motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne* » sont en jeu, et le cas où « *la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre* » (art. L. 213-2, al. 3, CJA).

37/ Pour autant, les juristes doivent-ils se dessaisir de l'étude d'un tel objet ? On ne le pense pas, et ce, encore une fois, pour au moins deux raisons. Premièrement, la médiation administrative a beau être un objet aux contours flous, elle n'en demeure pas moins un objet juridique ; sa consécration dans le code de justice administrative ne laisse aucun doute sur ce point. Il serait donc injustifié et regrettable qu'elle échappe à la spécificité de l'analyse juridique. Deuxièmement, l'analyse juridique de la médiation administrative peut se révéler d'autant plus stimulante que sa nature est particulière. En effet, il ne peut y avoir d'objet d'étude plus intéressant pour un juriste qu'un objet pensé *juridiquement* pour contourner le *droit*.

38/ Le chercheur en droit, plutôt que de détourner pudiquement son regard à l'évocation de la médiation administrative, devrait donc se poser sérieusement la question suivante :

Quelles sont les caractéristiques du mode de règlement des différends qu'est la médiation administrative ?

39/ Et puisque l'auteur de ces lignes a commencé à réfléchir à ladite question, il se porte naturellement volontaire pour tenter d'y répondre. À cette fin, il propose au lecteur de se laisser entraîner dans des réflexions organisées en deux chapitres : un premier chapitre consacré au processus de médiation en tant qu'alternative à la justice, et un second consacré au statut du médiateur, ce tiers sans aucun pouvoir sur lequel repose pourtant l'ensemble de la médiation.

CHAPITRE 1 – LA MÉDIATION, UNE ALTERNATIVE À LA JUSTICE

40/ Comme tout mode non juridictionnel de règlement des différends, la médiation administrative présente deux caractéristiques majeures dont il s’agira d’étudier dans le détail les subtilités : non seulement elle entraîne une déjuridictionnalisation partielle des litiges qu’elle a vocation à résoudre (section 1), mais de plus elle entraîne leur déjuridicisation partielle (section 2).

Section 1 – La déjuridictionnalisation partielle du litige

41/ Du *processus* de médiation administrative, le juge est complètement absent. Ce processus n’implique que les parties et le médiateur. Le juge demeure toutefois maître de la *procédure* qui encadre le processus, et son intervention se révèle d’ailleurs quasiment inévitable en pratique car nombreuses sont les situations dans lesquelles une telle intervention peut être sollicitée par les parties, sans parler des cas où le juge prend lui-même l’initiative de la médiation. Autrement dit, en matière de médiation administrative, le juge s’efface du processus (§ 1) mais s’affirme dans la procédure (§ 2).

§ 1 – L’éviction du juge de la résolution du litige

42/ L’éviction du juge du processus de médiation administrative n’est pas sans conséquences sur la résolution du litige. Là où la solution potentielle y gagne en souplesse (A), elle peut y perdre le bénéfice de certains attributs de la décision de justice (B).

A. Une solution décidée par les parties : l’accord de médiation

43/ La médiation permet d’aboutir à une solution personnalisée et consentie par les parties. D’après l’article L. 213-1 du code de justice administrative, les parties à une médiation tentent en effet « *de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends* ». Mais quelle est la nature de l’accord issu d’une médiation ? En particulier, la notion d’accord de médiation se confond-elle avec la notion de transaction, ou constitue-t-elle une notion autonome ? Enfin, toutes les solutions possibles à une médiation administrative constituent-elles des accords de médiation ?

Certaines juridictions ont été amenées à se poser ces questions dans le cadre de demandes d’homologation de tels accords, rendues possibles par l’article L. 213-4 du code de justice administrative, qui dispose que, « *[s]aisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, homologuer et donner force exécutoire à l’accord issu de la médiation.* » Or, si le code de justice administrative ne prévoit qu’une seule condition spéciale de validité de l’accord issu d’une médiation administrative – en vertu de son article L. 213-3, l’accord « *ne peut porter atteinte à des droits dont [les parties] n’ont*

pas la libre disposition » –, le code des relations entre le public et l'administration en prévoit d'autres pour ce qui est de la transaction administrative – en vertu de son article L. 423-1, qui renvoie à l'article 2044 du code civil, la transaction doit être écrite, « *porte[r] sur un objet licite* », « *terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître* » et surtout « *cont[enir] des concessions réciproques et équilibrées* ». Pour le juge invité à homologuer un accord de médiation, il apparaît donc essentiel de savoir si les accords de ce type constituent nécessairement des transactions – auquel cas ils devraient respecter aussi bien les conditions de validité posées par l'article L. 213-3 du code de justice administrative que celles posées par l'article L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration –, ou si certains de ces accords (et si oui, lesquels ?) échappent à ce régime – auquel cas ces accords ne seraient pas soumis aux conditions de validité des transactions prévues par l'article L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration.

Après quelques tâtonnements, les juridictions administratives sont parvenues à la conclusion théorique que l'accord de médiation constitue une notion autonome (1). Les conséquences pratiques d'une telle autonomie se révèlent toutefois à l'analyse très minimes (2).

1. La démonstration théorique de l'autonomie de l'accord de médiation

44/ Si quelques tribunaux administratifs ont été à l'origine de l'idée selon laquelle l'accord de médiation est une notion théoriquement autonome (a), il a fallu attendre un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux pour le démontrer véritablement (b).

a. La genèse de l'idée d'autonomie

45/ La première décision de justice sur laquelle il apparaît pertinent de s'attarder est un jugement rendu par le tribunal administratif de Lyon le 27 mars 2019⁶⁶. Dans ses conclusions sur l'affaire⁶⁷, la rapporteuse publique Elisabeth de Lacoste Lareymondie expose les données du problème, en commençant par évoquer trois jugements rendus précédemment dans des litiges comparables.

Dans les deux premiers, rendus par le tribunal administratif de Strasbourg⁶⁸, les juges acceptent l'homologation d'accords issus de médiations « *en le[s] qualifiant de transaction[s], mais sans laisser penser que [ces accords] auraient pu revêtir une autre forme* »⁶⁹. La nature des accords examinés dans

⁶⁶ TA Lyon, 27 mars 2019, n° 1704535, AJDA 2019, p. 1296, concl. E de Lacoste Lareymondie.

⁶⁷ *Conclusions d'Elisabeth de Lacoste Lareymondie sur TA Lyon, 27 mars 2019, n° 1704535, AJDA 2019, n° 22, 24 juin 2019, p. 1296.*

⁶⁸ TA Strasbourg, 1^{er} décembre 2017, n° 1704860, LPA 2018, n° 98, p. 8 ; TA Strasbourg, 31 août 2018, n° 1700831.

⁶⁹ Le jugement du 1^{er} décembre 2017, par exemple, cite l'article L. 213-4 du code de justice administrative, qui s'applique à l'« *accord issu de la médiation* », puis considère sans expliquer le glissement terminologique opéré « *qu'il appartient alors au juge administratif, qui se prononce en tant que juge de l'homologation, de vérifier que les parties consentent effectivement à la transaction [...] ; qu'en cas d'homologation de la transaction, le juge*

ces espèces étant clairement transactionnelle, il est cependant compréhensible que la réflexion théorique n'ait pas été poussée plus loin.

46/ Mme de Lacoste Lareymondie évoque ensuite un troisième jugement, rendu par le tribunal administratif de Poitiers⁷⁰. Dans ses conclusions sur l'affaire⁷¹, le rapporteur public Sébastien Ellie estime que l'accord issu d'une médiation ne constitue pas nécessairement une transaction, en considérant à juste titre que, « [d]ans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, le recours à la transaction est [...] suspect ». En effet, les articles L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration et 2044 du code civil disposent que la transaction doit, pour être valide, contenir des concessions réciproques. Or, si une médiation portant sur un différend relatif à un acte administratif réussit (c'est-à-dire si elle n'est pas suivie d'un contentieux), c'est soit que l'administration a accepté de retirer l'acte litigieux, soit qu'elle ait convaincu l'administré que l'acte était fondé et qu'il était dans son intérêt personnel de renoncer à son action. Étant donné, d'une part, que l'administration ne peut renoncer à l'usage de son pouvoir réglementaire⁷², et, d'autre part, que « nul ne peut s'interdire à l'avance de faire usage du recours pour excès de pouvoir pour contester une illégalité »⁷³, du moins en matière d'actes réglementaires⁷⁴, aucune de ces solutions ne saurait en principe constituer une

administratif doit [etc.] ». La rapporteuse publique du tribunal administratif, Mme Hélène Lestarquit, ne se pose d'ailleurs pas la question de la nature de l'accord litigieux dans ses conclusions.

⁷⁰ TA Poitiers, 12 juillet 2018, n° 1701757, *AJDA* 2018, p. 2477 ; *JCP A* 2018, p. 2254, concl. S. Ellie.

⁷¹ Sébastien Ellie, « Les conditions de l'homologation d'un accord issu d'une médiation », *JCP A* 2018, p. 2254.

⁷² CE, 9 juillet 2015, n° 375542, *Football Club des Girondins de Bordeaux et autres*, *Rec.* 239 ; cet arrêt a été rendu précisément à propos d'une transaction dont l'objet a été jugé illicite, en raison de l'engagement qu'a pris l'une des parties, une personne privée chargée d'une mission de service public, de modifier un acte réglementaire.

⁷³ *Ibid.* V. CE, 19 novembre 1955, *Andréani*, *Rec.* 551 ; CE, 13 octobre 1961, *Weithdorfer*, *Rec.* 564 ; CE, Sect., 22 novembre 1963, *Vanesse*, *Rec.* 577 ; CE, 14 février 1968, *Bosquier*, *Rec.* 117 ; CE, 18 février 1976, n° 97155, *Ville de Rambouillet*, *Rec.* 105 ; *JCP G* 1976, II, 18458, obs. F. Bouyssou ; CE, 13 mai 1996, n° 167475, *Fédération des orthophonistes de France*, *Rec.* 1996.

⁷⁴ Il existe un débat sur la possibilité théorique d'autoriser la renonciation au droit d'action en matière de recours pour excès de pouvoir contre des décisions individuelles (v. Camille Broyelle, *Contentieux administratif*, 7^e édition, LGDJ, 2019, p. 78 (note de bas de page n° 3)). Dans un arrêt de 2019 (CE, 5 juin 2019, n° 412732, *M. A...B...*), le Conseil d'État a d'ailleurs admis une exception au principe de l'impossibilité de renoncer à son droit d'action en matière de fonction publique hospitalière : « *Aucune disposition législative ou réglementaire applicable aux agents de la fonction publique hospitalière, ni aucun principe général du droit, ne fait obstacle à ce que l'administration conclue avec un fonctionnaire régi par la loi du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, ayant fait l'objet d'une décision l'admettant à la retraite pour invalidité non imputable au service, une transaction par laquelle, dans le respect des conditions précédemment mentionnées, les parties conviennent de mettre fin à l'ensemble des litiges nés de l'édition de cette décision ou de prévenir ceux qu'elle pourrait faire naître, incluant la demande d'annulation pour excès de pouvoir de cette décision et celle qui tend à la réparation des préjudices résultant de son éventuelle illégalité.* » Mais cette décision concerne une décision individuelle, et non un acte réglementaire. En outre, une interprétation de cet arrêt comme autorisant implicitement toutes les renonciations en matière de décisions individuelles paraît exagérée. En l'espèce, le Conseil d'État semble en effet considérer qu'il soit possible, pour un individu, de renoncer à son droit d'action en matière de décision individuelle lorsqu'aucun texte ni aucun principe général du droit n'y fait obstacle. Mais cette renonciation est accessoire : le litige porte principalement sur la réparation des préjudices d'ordre financier résultant de l'éventuelle illégalité d'une décision qui déclare non imputable au service l'invalidité d'un agent (l'empêchant ainsi de bénéficier d'une réintégration et d'un

concession. Ainsi, une médiation portant sur un acte administratif ne saurait en aucun cas constituer une transaction et, selon M. Ellie, « *la médiation [ayant] vocation à se développer, sinon à se systématiser, dans l'ensemble des domaines du droit* », il apparaît « *tout à la fois préférable en pratique et juridiquement plus rigoureux de donner un sens autonome au terme d'accord de médiation* ».

47/ Mme de Lacoste Lareymondie s'inspire du raisonnement de M. Ellie, et aboutit à la même conclusion selon laquelle l'accord de médiation ne se confond pas nécessairement avec une transaction, mais opte pour une approche plus générale. Elle distingue entre deux issues possibles de la médiation (en dehors du cas où celle-ci échoue et débouche sur un contentieux juridictionnel classique) : le cas où il y a « *simple acquiescement de l'une des parties aux prétentions de l'autre* » (ce qui peut, « *par exemple, donner lieu à l'édition d'un acte unilatéral de l'autorité administrative retirant purement et simplement l'acte attaqué* »), et le cas où « *la discussion aboutit[t] à un accord formalisé par écrit, contenant tout type d'engagement de la part de l'une ou l'autre des parties de nature à mettre fin au litige, y compris des engagements qui ne donneraient satisfaction qu'à l'une d'entre elles* ». Puis elle ajoute : « *Et nous ne voyons aucune nécessité à ce que cet accord [formalisé par écrit] contienne des concessions réciproques. [...] D'ailleurs, nous pensons que si le législateur [...] avait voulu que le contrat de transaction soit le seul accord possible, il l'aurait précisé d'une manière ou d'une autre. Or, aucune des dispositions du [code de justice administrative] ne renvoi[e], même indirectement, aux articles du code civil et du code des relations entre le public et l'administration relatifs à la transaction, et il n'apparaît pas que ce point ait même été évoqué au cours des débats au Parlement.* »⁷⁵

Selon cette approche, en matière d'excès de pouvoir, la renonciation de l'administré à ses propres prétentions ou l'acceptation par l'administration des prétentions de l'administré mettent fin au différend, mais ne constituent pas des accords dès lors qu'elles ne peuvent pas être « *formalisé[es] par écrit* ». En effet, la renonciation de l'administré à agir contre un acte administratif ou le retrait par l'administration de cet acte supposent seulement la réalisation d'un acte positif (désistement ou adoption de l'acte) ou négatif (non-introduction d'un recours). Et si d'aventure les parties cédaient à la tentation de formaliser la renonciation ou le retrait par un écrit, cet écrit ne saurait constituer un accord et n'aurait aucune valeur, car l'article L. 213-3 du code de justice administrative précité dispose que les accords de médiation ne peuvent porter sur des droits dont les parties n'ont pas la libre

reclassement, ou d'une rente viagère d'invalidité), et l'administration accepte de verser à l'agent une somme de trente-cinq mille euros en contrepartie d'une renonciation à tout recours. Ainsi, tout se passe « *comme si* » l'administration admettait par avance la possible illégalité de la décision, et la transaction ne porte pas à proprement parler sur la décision individuelle mais sur la responsabilité qui pourrait en résulter pour l'administration en cas d'annulation ; l'agent, en renonçant à son recours contre la décision individuelle, renonce en réalité au recours en responsabilité contre l'administration, dont le préalable est l'établissement de l'illégalité de la décision (car toute illégalité constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration).

⁷⁵ *Conclusions d'Elisabeth de Lacoste Lareymondie*, p. 1298.

disposition. Ainsi, selon l'approche de Mme de Lacoste Lareymondie, la médiation en matière d'actes administratifs est condamnée à déboucher sur des solutions non formalisées, qu'elle ne considère pas comme des accords. Cela permet d'évacuer d'office l'hypothèse de l'excès de pouvoir de la question de la nature de l'accord de médiation.

En revanche, Mme de Lacoste Lareymondie considère que dans les autres types de contentieux (notamment en matière de contentieux du contrat ou de contentieux de la responsabilité), il peut y avoir soit des *ententes* informelles débouchant sur un désistement ou sur une renonciation (qui, de la même manière, ne méritent pas d'être qualifiés d'accords), soit des *accords* transactionnels contenant des concessions réciproques, soit des *accords* non transactionnels (mais formalisés) donnant entière satisfaction à l'une des parties et ne comportant pas de concessions réciproques.

Les deux premières catégories sont facilement cernables, mais la question devient alors de savoir à quoi correspond la troisième, celle des accords non transactionnels. Si Mme de Lacoste Lareymondie confesse « *ne dispos[er] d'aucun exemple concret* », elle estime que cela est dû au fait que « *la réforme [est] trop récente pour pouvoir s'inspirer de faits précis* ». Selon elle, il serait ainsi plus sage de ne pas « *exclure a priori* » cette possibilité. Autrement dit, considérer qu'un accord formalisé de médiation ne contient pas nécessairement des concessions réciproques, et ne constitue donc pas nécessairement une transaction, revient à anticiper l'émergence de cas concrets difficilement visualisables à l'heure actuelle. Mais cette anticipation n'est-elle pas *trop* théorique ? S'il est si difficile d'imaginer un exemple d'accord formalisé ne contenant pas de concessions réciproques, n'est-ce pas parce qu'un tel accord n'existe pas en pratique ? Il est permis de le penser, au vu de l'incertitude pesant sur la notion de « concessions réciproques ».

Mme de Lacoste Lareymondie retient une conception de la concession selon laquelle l'existence de celle-ci s'apprécie au regard des *prétentions* d'une partie : si la partie obtient entière satisfaction, elle ne concède rien, si elle lâche du lest, elle concède. On voit clairement se dessiner une telle conception dans la citation suivante : « *exiger que l'accord remplisse à tout prix [la] condition [des concessions réciproques] nous paraît être un élément dissuasif pour celui qui serait enclin à entrer [en] discussion tout en espérant n'avoir rien à concéder* »⁷⁶. Sur ce point, elle suit l'avis du commissaire du gouvernement Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur l'arrêt *Krupp Hazemag*⁷⁷ : « *dans une transaction, les parties font normalement des concessions par rapport à leurs prétentions initiales* »⁷⁸.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ CE, Ass., 11 juillet 2008, n° 287354, *Société Krupp Hazemag*, Rec. 273.

⁷⁸ Conclusions de Bertrand Dacosta, RFDA 2008, p. 951. D'autres citations de ces conclusions vont dans le même sens : « *Ceci ne signifie pas que les parties, du moins la personne publique, soient alors totalement libres. Il leur revient de confronter leurs prétentions initiales et de faire des concessions réciproques. C'est au vu de ces*

Mais comme le relève Anne-Laure Ponsard dans sa thèse sur la transaction administrative soutenue en 2015, « *alors que les concessions réciproques sont au cœur du procédé transactionnel, leur nature demeure incertaine. Cette question embarrasse aussi bien la doctrine que la jurisprudence, en droit privé comme en droit administratif. Ni le juge judiciaire, ni le juge administratif ne se sont véritablement prononcés à ce sujet.* »⁷⁹ Et la conception de la concession retenue par le Conseil d'État se révèle à l'analyse « *assez souple* »⁸⁰ : « *En effet, dès lors que la transaction satisfait aux exigences posées par les arrêts Mergui⁸¹ et SA Entreprise Renaudin⁸² [c'est-à-dire au principe d'interdiction pour les personnes publiques comme pour les personnes privées de payer ce qu'elles ne doivent pas], le Conseil d'Etat la regarde comme valable sans considération de la nature des concessions accordées. [...] [C]e raisonnement rend vaine la distinction entre renonciation à des prétentions ou renonciation à des droits. [...] Il est certain, également, que les concessions ne sauraient porter seulement sur les prétentions initiales. Les demandes peuvent, en effet, être déraisonnables, excessives, démesurées au regard de ce à quoi une partie a droit. [...] Aussi faut-il en conclure, comme F. Munoz, que les concessions ne peuvent alors s'apprécier qu'en fonction des droits des parties* »⁸³ – par exemple le droit à agir en justice. En fin de compte, « *[l]es concessions réciproques doivent, d'une part, trouver leur cause dans l'obligation préexistante née de la réalisation d'un dommage, et d'autre part, ne pas être manifestement disproportionnées au regard de ce qui est dû [ce sont les deux versants du principe posé par l'arrêt Mergui]. En droit administratif, elles se conçoivent en termes de droits, indépendamment de tout rapport de force entre les parties. Leur équilibre importe bien moins que le bien-fondé de ce qui est accordé* »⁸⁴.

Et pour citer le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville dans ses conclusions sur l'arrêt Mergui, « *[c]e qui est d'ordre public, ce n'est pas une éventuelle exagération de l'indemnité convenue car, après tout, une transaction peut être plus ou moins bonne et la collectivité peut se montrer relativement large sur un point afin d'obtenir satisfaction sur un autre. Nous ne vous proposons donc pas d'admettre que le juge puisse refuser l'homologation de l'accord des parties par le seul motif que*

prétentions et de ces concessions que le juge éventuellement saisi acceptera, ou non, d'homologuer la transaction. » ; « *Si une personne publique et une entreprise concluent une transaction pour mettre fin à un litige en consentant des concessions réciproques par rapport à leurs prétentions initiales, la seule circonstance qu'il n'existe pas encore de créance certaine et liquide ne suffit pas à évacuer totalement le risque d'une requalification en aide d'Etat.* »

⁷⁹ Anne-Laure Ponsard, *La transaction administrative*, thèse présentée et soutenue publiquement le 19 novembre 2015 sous la direction de Mme Sabine Boussard, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, p. 145.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 147.

⁸¹ CE, Sect., 19 mars 1971, n° 79962, *Mergui*, Rec. 235.

⁸² CE, Sect., 17 mars 1978, n° 95331, 00014 et 01525, *SA Entreprise Renaudin*, Rec. 140.

⁸³ Anne-Laure Ponsard, *La transaction administrative*, p. 147.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 163.

la somme offerte par l'administration lui paraît supérieure au préjudice subi, à moins que la disproportion ne soit telle que la prétendue transaction ne devienne une libéralité, selon l'expression de M. Romieu⁸⁵. Mais nous pensons qu'il doit le faire si tout ou partie des sommes allouées correspond à un préjudice ou à un chef de préjudice qui n'existe pas ou qui n'engage pas la responsabilité de la puissance publique. »⁸⁶ Il apparaît d'ailleurs, comme le souligne Arnaud Lyon-Caen, que « le Conseil d'Etat n'a refusé effectivement d'admettre la validité de transactions que lorsque la responsabilité de la personne publique en cause n'était pas engagée (CE 9 juillet 1975, Libert), lorsqu'il n'y avait pas de lien de causalité entre le dommage et l'activité administrative (CE 8 janvier 1975, Ministre de l'Aménagement du territoire c/ Epx Page, Lebon p. 11), ou lorsque le préjudice ou le chef de préjudice réparé n'existait pas (CE 19 mars 1971, Mergui, préc. ; CE 29 avril 1971, Ministre de la Santé publique c/ Marchand, Lebon p. 273 ; CE 31 janvier 1976, Epx Dellac). »⁸⁷

Ainsi, en droit administratif, la notion de concession réciproque n'est pas aussi restreinte que semble le penser Mme de Lacoste Lareymondie. Un accord écrit par lequel une partie s'engage à verser une certaine somme ou à exécuter une certaine prestation et l'autre s'engage à renoncer à tout recours comportera toujours des concessions réciproques. Il apparaît donc erroné, d'un point de vue théorique (celui que revendique expressément Mme de Lacoste Lareymondie), de penser qu'un accord formalisé ne contenant pas des concessions réciproques puisse exister, et le critère des concessions réciproques ne constitue pas un bon critère de distinction... contrairement au critère concessions équilibrées (b) !

b. La confirmation de l'idée d'autonomie

48/ Dans le considérant de principe d'un arrêt rendu le 30 décembre 2019⁸⁸, la cour administrative d'appel de Bordeaux reprend expressément la conclusion de M. Ellie et de Mme de Lacoste Lareymondie : « Les dispositions de l'article L. 213-1 du code de justice administrative n'imposent pas aux parties de conclure une médiation par une transaction au sens de l'article 2044 du code civil. »⁸⁹ La cour suit ici l'avis du rapporteur public Nicolas Normand qui, dans ses conclusions sur l'affaire⁹⁰, se montre ferme : « La médiation peut [...] se traduire par un accord [...]. La médiation peut aussi se traduire par l'absence d'accord, ou par l'acquiescement d'une partie à toutes les prétentions de l'autre partie sans qu'il soit besoin de formuler un accord ». M. Normand se place ici dans le même schéma de

⁸⁵ M. Rougevin-Baville reprend ici pour l'essentiel le raisonnement de Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt CE, Sect. 17 mars 1983, *Chemins de fer du Nord et de l'Est*.

⁸⁶ Cité par Arnaud Lyon-Caen : Arnaud Lyon-Caen, « Sur la transaction en droit administratif », *AJDA* 1997, p. 48.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ CAA Bordeaux, 30 décembre 2019, n° 19BX03235, *Bordeaux Métropole*.

⁸⁹ *Ibid.*, paragraphe 7.

⁹⁰ *Conclusions de Nicolas Normand sur CAA Bordeaux, 30 décembre 2019, n° 19BX03235 (extraits)*, *AJDA* 2020, p. 632.

pensée que Mme de Lacoste Lareymondie, selon lequel une entente non formalisée ne constitue pas un accord. Et il en déduit la même chose : « *l'accord post-médiation est bien une nouvelle catégorie de contrat administratif* ».

Son raisonnement s'appuie cependant sur un autre fondement, celui de la « *divergence majeure exist[ant] entre les [...] régimes juridiques* » respectifs de la médiation (art. L. 213-3 CJA) et de la transaction (art. L. 423-1 CRPA et arrêt *Mergui*⁹¹ notamment) : là où la transaction doit contenir des concessions « *équilibrées* », ce n'est pas le cas de l'accord de médiation.

En effet, il existe une asymétrie, selon que la partie est une personne privée ou une personne publique, dans l'exigence selon laquelle cette partie ne saurait payer ce qu'elle ne doit pas. Alors que pour les personnes privées ce principe se limite à l'interdiction d'être déclarées responsables si elles ne le sont pas (arrêt *SA Entreprise Renaudin* précité)⁹², il s'étend pour les personnes publiques à une interdiction générale de consentir des libéralités, qui comprend à la fois une interdiction de souscrire un engagement financier en l'absence d'obligation préexistante et une interdiction de verser une indemnité manifestement disproportionnée par rapport à ce qu'elles doivent (arrêt *Mergui* précité). Autrement dit, les personnes privées peuvent tout à fait consentir des libéralités dans le cadre d'un accord de médiation, mais pas dans le cadre d'une transaction (qui doit comporter des concessions équilibrées), alors que les personnes publiques ne peuvent jamais en consentir. Par conséquent, « *le contrôle minimum du juge administratif de l'accord post médiation non transactionnel descend [...] d'un cran par rapport à la transaction [...]* », le juge devant dans selon les cas contrôler ou non que le contrat est équilibré ; « *[e]t l'accord post médiation est bien une nouvelle catégorie de contrat administratif* ».

L'argument est cette fois parfaitement rigoureux, et, semble-t-il, imparable. Le critère des concessions équilibrées, condition de validité des transactions posée par l'article L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration, fonctionne, et l'autonomie de la notion d'accord de médiation est une réalité théorique. Mais cette réalité théorique semble, en pratique, ne produire que très peu d'effets (2).

⁹¹ CE, sect., 19 mars 1971, n° 79962, *Mergui*, Rec.

⁹² M. Normand ne mentionne pas ce principe posé par l'arrêt *SA Entreprise Renaudin*. Il considère simplement que rien n'interdit en principe aux personnes privées de consentir des libéralités, et donc que si elles souhaitent le faire dans le cadre d'un accord de médiation (qui n'exige pas de concessions équilibrées si on suit l'idée selon laquelle ledit accord ne se confond pas nécessairement avec une transaction), rien ne les en empêche. Mais il semble plus rigoureux de le mentionner, car cela apporte une précision supplémentaire sans dénaturer le raisonnement de M. Normand.

2. Une autonomie discutable en pratique

49/ La première remarque qu'on puisse formuler est la suivante : en pratique, les personnes privées ne consentiront probablement jamais de libéralités au profit d'une autre partie. Certes, une transaction peut être « *plus ou moins bonne* », et les personnes privées pourraient donc être parfois amenées à payer plus que ce qu'un juge les aurait condamnées à payer. Mais, on l'a dit, c'est aussi le cas des personnes publiques, et le juge administratif ne considère pas que de tels versements constituent des libéralités tant qu'ils ne témoignent pas d'une largesse disproportionnée de leur part ; le même raisonnement est applicable aux personnes privées. En outre, la situation dans laquelle une personne privée ferait preuve d'une largesse disproportionnée a extrêmement peu de chances de survenir en pratique, les personnes privées se montrant souvent plus pingres que les représentants des personnes publiques (étant donné qu'elles engagent leur propre argent), et une telle situation pourrait en plus faire peser sur l'accord un soupçon de corruption déguisée sur lequel le juge mériterait de s'attarder au nom du contrôle de la licéité de l'objet – sans parler la possibilité que le juge estime qu'un contrat déséquilibré soit dépourvu de cause⁹³.

50/ La seconde remarque qu'on puisse formuler s'attache aux conséquences très minimes qu'emporte l'autonomie de la notion l'accord de médiation par rapport à la notion de transaction.

Premièrement, comme l'explique M. Normand lui-même, cette autonomie n'implique pas une déconnexion totale des deux notions : « *Reste qu'il y a bien, à notre sens, un pont entre le régime de la médiation et celui de la transaction qui tient à ce que, conformément à la lettre même de l'article L. 213-4 du [code de justice administrative], saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation [...] [P]our identifier si un accord post médiation est une transaction, il faut s'en tenir à la volonté des parties pour qualifier l'acte et non au constat, après examen du contenu de l'accord, de l'existence de concessions réciproques et équilibrées. La volonté des parties de soumettre cet accord au régime transactionnel dépendra du point de savoir si elles ont soit formellement mentionné dans l'accord le terme de « transaction » ou un substantif, soit indiqué que l'accord était soumis au code civil.* »⁹⁴

Deuxièmement, les conséquences pratiques d'une telle distinction sont minimes. Que l'accord soit ou non transactionnel, il est formalisé par écrit, il met fin au litige, il doit porter sur un objet licite (comme tous les contrats), et il ne peut porter sur des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition (art.

⁹³ CE 15 février 2008, n° 279045, *Commune de la Londe-les-Maures* : « *une convention peut être déclarée nulle lorsqu'elle est dépourvue de cause ou qu'elle est fondée sur une cause qui, en raison de l'objet de cette convention ou du but poursuivi par les parties, présente un caractère illicite* ».

⁹⁴ *Conclusions de Nicolas Normand, AJDA 2020, p. 635.*

L. 213-3 CJA). La seule divergence porte sur les concessions : si elles sont en pratique réciproques dans tous les cas, elles peuvent être, mais seulement dans le cas de l'accord de médiation, déséquilibrées au détriment d'une personne privée. Le seul intérêt pratique de la distinction réside donc finalement dans la limitation du contrôle du juge, et cette limitation elle-même apparaît très marginale (d'une part parce que la quasi-totalité des accords constitueront, on le rappelle, des transactions, d'autre part parce que le critère de l'existence de concessions équilibrées y compris pour les personnes privées est un critère parmi d'autres et qu'il sera en pratique probablement toujours respecté).

Troisièmement, que l'accord soit ou non transactionnel, ses attributs seront les mêmes (v. *infra*, n° 54 et 55)

51/ Enfin, la dernière remarque qu'on puisse formuler porte sur la conception même de l'accord retenue par les juridictions. Mme de Lacoste Lareymondie comme M. Normand considèrent qu'une entente non formalisée, bien qu'elle mette en pratique un terme au litige, ne constitue pas à proprement parler un accord de médiation dans la mesure où elle repose sur la seule parole des parties. En effet, celles-ci peuvent tout à fait changer d'avis après coup, et décider de revenir devant le juge. De telles ententes informelles sont inévitables en matière d'excès de pouvoir.

Mais si on ne peut parvenir à un accord en matière d'excès de pouvoir, alors on ne peut en théorie pas non plus entrer en médiation, car l'article L. 213-1 du code de justice administrative fait de la tentative des parties « *de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends* » un critère d'identification de la médiation. L'article L. 213-9 du même code, qui dispose que « *[l]e médiateur informe le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord* », semble d'ailleurs lui aussi retenir une acception large du terme « accord » englobant les accords formalisés et les ententes informelles.

La conception restrictive de l'accord retenue par les juridictions ne se révèle donc pas pleinement satisfaisante au regard du droit positif.

Malheureusement, une conception large ne le serait pas non plus : puisque l'article L. 213-3 du code de justice administrative dispose quant à lui que l'accord « *ne peut porter sur des droits dont [les parties] n'ont pas la libre disposition* », il n'est pas possible d'envisager qu'une entente informelle en matière d'excès de pouvoir par exemple constitue un accord au sens du droit positif (v. *supra*, n° 46 et 47). De même, l'article L. 213-4 du même code, qui prévoit que la juridiction peut, « *dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre* », homologuer et donner force exécutoire à « *l'accord* » qui en résulte, semble indiquer que l'accord en question est nécessairement formalisé (car la juridiction ne peut pas, en pratique, homologuer un accord informel).

En définitive, le droit positif crée un paradoxe insoluble en laissant à penser sous un certain point de vue qu'une entente informelle ne saurait constituer un accord, et sous un autre point de vue qu'elle constitue nécessairement un accord. Les juridictions, amenées à se prononcer uniquement sur des accords formalisés, ont naturellement privilégié le premier point de vue. Mais on voit ici poindre une limite théorique à la réflexion sur la médiation : ce processus est dépourvu de la capacité de la justice traditionnelle à faire prévaloir la légalité. Les parties se retrouvent donc dans une situation où le bricolage juridique devient, dans certains cas, la norme. L'excès de pouvoir en est l'illustration parfaite : ne pouvant se contraindre mutuellement à renoncer à leur droit d'action ou à leur pouvoir réglementaire, les parties sont forcées de se faire confiance, en espérant que leur entente informelle sera durable.

52/ Au vu de toutes ces remarques, il ne serait pas étonnant que le Conseil d'État, s'il est un jour saisi de la question de la nature des accords de médiation, décide de privilégier la simplicité du droit et d'assimiler tout accord de médiation à une transaction, solution qu'a d'ailleurs récemment retenue le tribunal administratif de Lille⁹⁵.

Toujours est-il que, quelle que soit la dimension que l'on donne au terme d'« accord de médiation », et quel que soit le lien que ledit accord entretient avec la transaction, la médiation administrative, de par la déjuridictionnalisation du litige qu'elle organise, permet une personnalisation de sa solution. La transaction est l'outil de prédilection de ce processus : étant de nature contractuelle, elle permet aux parties d'ajuster la solution à leur convenance. Dans l'arrêt *Krupp Hazemag* précité, par exemple, une personne publique s'engage à renoncer à la moitié de la créance qu'elle détient sur une société privée, en échange de l'engagement de celle-ci de maintenir une moyenne de quatre-vingts salariés au moins sur un de ses sites pendant cinq ans, sous peine de pénalité financière.

Il reste maintenant à déterminer si les solutions personnalisées que permet la médiation bénéficient de la même protection que les décisions de justice traditionnelle (B).

B. Les propriétés variables de l'accord de médiation

53/ Une décision de justice devenue définitive présente trois propriétés, qu'on appelle couramment des attributs : la force obligatoire, la force exécutoire et l'autorité de la chose jugée. On se propose ici de reprendre les définitions de ces attributs données par la Pr. Camille Broyelle dans son manuel de contentieux administratif.

⁹⁵ TA Lille, 23 juill. 2019, n° 1901341.

« La force obligatoire du jugement désigne sa capacité à s'imposer aux parties : ce qui a été jugé produit ses effets sur les parties qui y sont juridiquement soumises. C'est à cette force obligatoire que le code fait référence lorsqu'il énonce : « Les jugements sont exécutoires » (CJA, art. L. 11). »⁹⁶ « La force exécutoire du jugement désigne la capacité de ce dernier à être mis à exécution en cas de résistance de la partie condamnée. Elle se manifeste ainsi dans un « contexte pathologique » de non-exécution qu'elle a vocation à vaincre, par la mise en œuvre de procédures d'exécution forcée. »⁹⁷ Enfin, l'autorité de la chose jugée est définie par son effet. Elle « vise à mettre un terme au litige » : « ce qui a été jugé ne peut être remis en cause ni par la juridiction qui a statué ni par une autre »⁹⁸.

Ces trois attributs protègent donc la solution de la décision de justice : elle s'impose aux parties, peut être exécutée de force, et ne peut être remise en cause. Or la question qui se pose ici est de savoir si les solutions issues d'une médiation disposent d'une protection comparable. On verra que ça peut être le cas pour les accords formalisés (1), mais pas pour les solutions non formalisées (2).

1. Une protection potentiellement complète en matière d'accords formalisés

54/ Premièrement, un accord formalisé, qu'il soit ou non de nature transactionnelle, est un contrat ; il est donc à ce titre revêtu de la force obligatoire des contrats⁹⁹, dans laquelle on peut voir un équivalent à la force obligatoire du jugement.

Deuxièmement, un accord formalisé a, d'après l'article L. 213-1 du code de justice administrative, vocation à résoudre le litige objet de la médiation : c'est la cause même de son existence, au sens du droit des contrats. Il est donc toujours revêtu d'un équivalent contractuel à l'autorité de la chose jugée. Si l'accord est de nature transactionnelle, l'article 2052 du code civil applicable aux transactions se montre d'ailleurs encore plus clair : « [l]a transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. » L'ancienne version de l'article¹⁰⁰ disposait même que « [l]es transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort », mais la confusion que cela générerait entre transactions et décisions de justice a amené le législateur à le modifier, afin que soit réservée aux dernières l'expression « autorité de la chose jugée ».

⁹⁶ Camille Broyelle, *Contentieux administratif*, 7^e édition, LGDJ, 2019, p. 301.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 321.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 335.

⁹⁹ Le fondement de cette force obligatoire fait l'objet d'une controverse doctrinale ; v. Laurent Richer et François Lichère, « C. Fondement du caractère obligatoire » in *Droit des contrats administratifs*, 10^e édition, LGDJ, 2016, p. 25-30.

¹⁰⁰ L'article a été modifié par l'article 10 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

Troisièmement, l'article L. 213-4 du code de justice administrative dispose qu'une juridiction administrative, saisie de conclusions en ce sens, « *peut, dans tous les cas [...], homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu [d'une] médiation* » : l'accord formalisé peut donc se voir conférer une force exécutoire. Contrairement aux décisions de justice, l'accord formalisé n'en est toutefois pas automatiquement revêtu ; seul le juge peut lui donner cette propriété par l'homologation. Si un accord non homologué n'est pas respecté par une des parties, et que l'autre partie souhaite l'y contraindre, elle doit au préalable se doter d'un titre exécutoire.

On pourrait croire, à la lecture de l'avis *L'Haÿ-les-Roses*¹⁰¹ rendu par le Conseil d'État en 2002, que les accords transactionnels possèdent quant à eux nécessairement la force exécutoire. Le Conseil d'État considère en effet dans cet avis que le contrat de transaction est « *exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique* ». Toutefois, Anne-Laure Ponsard souligne dans sa thèse sur la transaction administrative que cette formule, si elle n'est « *certainement pas innocent[e]* »¹⁰², est « *maladroite[e]* »¹⁰³. En réalité, seules les transactions homologuées possèdent une force exécutoire.¹⁰⁴ Le régime des accords formalisés apparaît donc, là encore, unifié.

55/ Ainsi, on voit que la protection attachée aux accords de médiation formalisés peut se révéler aussi complète que celle attachée aux décisions de justice, en leur conférant force obligatoire, force exécutoire et caractère définitif. Il faut seulement pour cela que les accords soient homologués¹⁰⁵ ; à défaut d'homologation, il leur manquera la force exécutoire. Néanmoins, la possibilité offerte par l'article L. 213-4 du code de justice administrative de faire homologuer tout accord issu d'une médiation rend relativement facile l'acquisition de cette protection complète.

2. Une protection nécessairement incomplète en matière de solutions non formalisées

56/ À l'inverse, les solutions non formalisées, ou ententes informelles, ne bénéficient évidemment d'aucune de ces protections. Rien n'empêche, en principe, l'administré qui a renoncé de manière informelle à attaquer un acte administratif de finalement se raviser, à condition d'exercer son recours dans les délais¹⁰⁶. De même, rien n'empêche l'administration qui a retiré un acte administratif qu'elle

¹⁰¹ CE, avis, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Haÿ-les-Roses*, n° 249153.

¹⁰² Le Conseil d'État chercherait par cette formule à rappeler aux comptables publics, souvent réticents à les exécuter, que les transactions sont de force obligatoire.

¹⁰³ Anne-Laure Ponsard, *La transaction administrative*, p. 277.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 270-277.

¹⁰⁵ Ce qui est rare en pratique, il faut le souligner. La médiation est un mode de résolution amiable des conflits, donc les parties sont peu enclines à retourner devant le juge, qu'elles cherchent à éviter, même pour faire homologuer leur accord.

¹⁰⁶ Il faut alors distinguer deux situations. Soit la médiation est initiée par les parties en dehors de toute procédure juridictionnelle, et l'article L. 213-6 du code de justice administrative s'applique : à l'issue de la médiation, le délai de recours, qui a été interrompu, recommence à courir depuis le début. Dans ce cas, le requérant peut facilement

pensait dans un premier temps illégal de reprendre ce même acte si son opinion sur la question a changé. L'unique situation dans laquelle l'administration peut se retrouver liée par un accord informel est celle dans laquelle elle a, à l'issue d'une médiation, adopté une décision individuelle créatrice de droits ; dans ce cas, si la décision est légale ou qu'elle a été prise il y a plus de quatre mois, elle a acquis un caractère définitif (art. L. 242-1 CRPA).

En matière de solutions non formalisées, il n'y a donc en principe ni force obligatoire, ni force exécutoire, ni caractère définitif. La solution peut toutefois acquérir un *effet* définitif et par suite obligatoire dans les cas où elle passe par la renonciation à agir contre un acte administratif, ou par l'adoption d'une décision individuelle créatrice de droits, et qu'il est devenu légalement impossible de contester l'acte ou de retirer la décision. Mais cet *effet* ne se confond pas avec la *force* ; il est le résultat de l'application de dispositions légales ou réglementaires de portée générale, et non de la solution informelle elle-même. En pratique, la stabilité offerte à ladite solution par cet effet permet toutefois aux parties de s'en satisfaire.

57/ Personnalisation et incomplétude potentielle voire inéluctable, telles sont donc les deux caractéristiques des solutions issues des médiations administratives, deux caractéristiques permises notamment par l'éviction du juge du processus. Mais si le juge est complètement exclu du processus, il a sa place, et une place importante, dans la procédure qui l'encadre (§ 2).

§ 2 – La persistance du juge dans l'encadrement du litige

58/ Le juge administratif s'est vu confier par le législateur une véritable mission d'encadrement du processus de médiation. Les parties peuvent certes réaliser une médiation complète sans s'adresser à lui, mais le code de justice administrative prévoit de nombreuses situations dans lesquelles il est susceptible d'intervenir : le juge peut être l'initiateur (A) ou l'organisateur de la médiation (B), et il peut être amené à homologuer l'accord qui en est issu (D). Lorsqu'il en est l'initiateur, il est informé de certaines caractéristiques du processus par le médiateur (C). Enfin, en cas d'échec de la médiation, il peut faire son grand retour à travers la procédure contentieuse (E).

A. L'initiative du juge

59/ Le chapitre du code de justice administrative consacré à la médiation comprend une section 3 dont le titre est sans ambiguïté : « *Médiation à l'initiative du juge* ». L'article L. 213-7, qui ouvre la section,

introduire un nouveau recours s'il change d'avis. Soit elle est ordonnée par le juge, avec l'accord des parties, alors qu'une procédure juridictionnelle est pendante : le délai de recours n'a alors été ni interrompu, ni même suspendu, il a continué à courir non seulement pendant le processus de médiation, mais aussi pendant le laps de temps qui l'a précédé. Dans ce cas, les délais de recours étant en principe très courts, le changement d'avis du requérant qui s'est désisté trop vite ne pourra pas, la plupart du temps, déboucher sur un nouveau recours.

dispose : « *Lorsqu'un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci.* » Et l'article R. 213-5 du même code ajoute : « *Lorsque le juge estime que le litige dont il est saisi est susceptible de trouver une issue amiable, il peut à tout moment proposer une médiation. Il fixe aux parties un délai pour répondre à cette proposition.* » Les textes sont donc clairs : le juge peut proposer une médiation aux parties lorsqu'il est saisi du litige, mais aussi à tout moment de la procédure juridictionnelle.

Il convient de bien insister sur le fait que le juge ne dispose que d'un pouvoir de *proposition* de la médiation aux parties ; l'emploi du terme « *ordonner* » par l'article L. 213-7 ne doit pas tromper. Le recours à la médiation est toujours décidé avec « *l'accord des parties* » (sauf cas de médiation préalable obligatoire), et le terme renvoie simplement au fait que le juge ouvre la procédure de médiation par un acte appelé « *ordonnance* ». L'article R. 213-6 du code de justice administrative précise d'ailleurs que « *la décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties* ».

En outre, l'article R. 621-1 du code de justice administrative prévoit la possibilité pour le juge de confier une mission de médiation à l'expert qu'il a désigné pour procéder à une expertise ; l'expert peut même « *prendre [lui-même l'initiative], avec l'accord des parties, d'une telle médiation* », à condition d'« *en informe[r] la juridiction* ». ¹⁰⁷

60/ Mais le juge peut-il proposer des médiations dans tous les types de contentieux ? En particulier, le peut-il dans le cadre d'un contentieux de l'urgence ? Le terrain de l'urgence se prête sur le principe assez peu à la médiation : on voit mal en effet comment une demande supposément urgente pourrait finalement être laissée en sursis plusieurs mois, le temps qu'aboutisse un processus de médiation.

Mais dans une ordonnance du 6 mars 2018¹⁰⁸, le tribunal administratif de Strasbourg a considéré que les dispositions de l'article L. 213-7 du code de justice administrative « *p[ro]v[oi]ent s'appliquer en procédure de référé suspension et à tout stade de la procédure* ». Cette solution, à première vue originale, ne fait en réalité que suivre la lettre de l'article L. 213-7.

¹⁰⁷ L'article dispose exactement : « *La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision. 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. Si une médiation est engagée, il en informe la juridiction. Sous réserve des exceptions prévues par l'article L. 213-2, l'expert remet son rapport d'expertise sans pouvoir faire état, sauf accord des parties, des constatations et déclarations ayant eu lieu durant la médiation.* »

¹⁰⁸ TA Strasbourg, 6 mars 2018, n° 1800945, *Groupement forestier du Herrenstein*.

Ce qui paraît en revanche véritablement « *audacieu[x]* »¹⁰⁹ dans cette ordonnance, c'est ce qui suit : le juge des référés estime que si les parties font connaître leur accord pour entrer dans un processus de médiation, le ou les actes administratifs contestés (en l'espèce, une délibération du conseil municipal prise pour l'utilisation d'un droit de préemption forestier, et la décision de préemption elle-même) peuvent être suspendus « *sans qu'il soit besoin de statuer sur la condition d'urgence* ». Comme le relève Éric Landot, avocat et docteur en droit, le juge fait ici « *acte de novation* » en inventant « *un nouveau cas de suspension pour bonne administration de la Justice* »¹¹⁰, en violation de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

Toutefois, il convient de nuancer la portée de cette décision. Contacté par téléphone, le vice-président et référent médiation du tribunal administratif de Strasbourg Jean-Pierre Vogel Braun, qui a rendu l'ordonnance, affirme qu'au vu des difficultés que peut présenter une telle solution en cas d'échec de la médiation, elle n'est plus utilisée. Désormais, lorsqu'une médiation est décidée dans le cadre d'une procédure de référé-suspension au tribunal administratif de Strasbourg, le juge rend une ordonnance de sursis à statuer (prise sur le fondement de l'article L. 213-7 du code de justice administrative), et non plus une ordonnance de suspension de la décision administrative contestée (prise sur le fondement de l'article L. 521-1 du même code).

M. Vogel-Braun a d'ailleurs généreusement accepté de nous transmettre deux ordonnances rendues dans une procédure de référé-suspension qui seront, après anonymisation, annexées de ce mémoire (v. *infra*, annexes n° 1 et 2). La première est une ordonnance de sursis à statuer. Le juge y expose les conséquences d'un tel sursis sur le litige : « *En l'espèce, les parties s'accordent à se rapprocher en vue de renouer des liens et acceptent d'entrer dans un processus de médiation en vue de la résolution amiable du litige à l'aide d'un médiateur. Dès lors, il y a lieu de surseoir à statuer sur les conclusions à fin de suspension susmentionnées, tous droits, moyens et conclusions sur lesquels il n'est pas expressément statué par la présente ordonnance étant réservés, le temps de la médiation. Le médiateur sera désigné par ordonnance distincte de ce jour. En cas d'échec de la médiation, il sera statué sur les conclusions à fin de suspension restant en suspens lors d'une nouvelle audience de référé à laquelle les parties seront convoquées. En cas d'accord, il appartient au requérant de se désister ou aux parties de demander au tribunal l'homologation de l'accord.* »¹¹¹

¹⁰⁹ Éric Landot, « Le TA de Strasbourg invente la « suspension d'un acte administratif pour cause de médiation ». Une innovation logique mais audacieuse. », 28 mars 2018, blog Landot & associés, avocats à la Cour. Disponible à l'adresse suivante : <https://blog.landot-avocats.net/2018/03/28/le-ta-de-strasbourg-invente-la-suspension-dun-acte-administratif-pour-cause-de-meditation-une-innovation-logique-mais-audacieuse/>.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ TA Strasbourg, ordonnance de sursis à statuer, 13 février 2019, n° 1900557 ; v. annexe n° 1.

La seconde est une ordonnance classique de référé-suspension, portant sur la même affaire, dans laquelle le juge tire les conséquences de l'échec de la médiation ordonnée et statue sur les conditions prévues par l'article L. 521-1 du code de justice administrative¹¹².

B. *L'organisation de la médiation par le juge*

61/ L'organisateur de la médiation est la personne chargée de déterminer toutes les modalités techniques et pratiques de celle-ci. Comme on va le voir, la mission d'organisation est le plus souvent confiée au juge administratif, et ce même lorsque les parties sont à l'initiative de la médiation.

62/ Lorsque la médiation se fait à l'initiative du juge, plus précisément du président de la formation de jugement (art. L. 213-7 CJA), celui-ci devient automatiquement l'organisateur de la procédure : la décision par laquelle il ordonne la médiation¹¹³ désigne « *le médiateur* » et prévoit, « *le cas échéant, la durée de sa mission et les modalités de sa rémunération* » (art. R. 213-6 CJA).

63/ Lorsqu'à l'inverse la médiation se fait à l'initiative des parties en dehors de toute procédure juridictionnelle, il faut distinguer entre deux situations, prévues par l'article L. 213-5 du code de justice administrative. Soit les parties décident d'« *organiser [la] mission de médiation* » elles-mêmes (α), soit elles décident de « *demander au président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel territorialement compétent* », ou au président de la section du contentieux du Conseil d'État¹¹⁴, de le faire (β) – sachant que « *[l]e président de la juridiction [ou de la section du contentieux du Conseil d'État] peut déléguer sa compétence à un magistrat de la juridiction* ».

α. Si ce sont les parties qui organisent elles-mêmes la médiation (en prévoyant notamment la durée de la mission et les modalités de rémunération du médiateur), elles ont le choix entre désigner elles-mêmes « *la ou les personnes qui en sont chargées* » – c'est-à-dire le ou les médiateurs –, et « *demander* » au juge (le président de la juridiction, le président de la section du contentieux du Conseil d'État, ou le magistrat qu'ils ont désigné) de le faire pour elles.

β. Si c'est le juge qui organise la médiation, il désigne nécessairement le ou les médiateurs.

64/ Le juge dispose donc d'un pouvoir d'organisation dans la plupart des médiations : si la médiation se fait à son initiative, il en est l'organisateur ; si la médiation se fait à l'initiative des parties, il en est aussi l'organisateur à partir du moment où les parties le lui demandent ; enfin, même dans le cas où

¹¹² TA Strasbourg, ord., 23 avril 2019, n° 1900557 ; v. annexe n° 2.

¹¹³ En vertu de l'article L. 213-10 du code de justice administrative, cette décision n'est pas susceptible de recours.

¹¹⁴ Une médiation peut être ordonnée par le Conseil d'État, en vertu de l'article L. 114-1 du code de justice administrative, pour les litiges dans lesquels le Conseil d'État statue en premier et dernier ressort. L'article R. 114-1 du même code dispose que tous les pouvoirs dévolus au président de la juridiction sont exercés par le président de la section du contentieux.

les parties choisissent d'organiser elles-mêmes la médiation, elles peuvent lui demander de désigner le médiateur (ce qui revient à lui déléguer une partie du pouvoir d'organisation de la médiation).

65/ L'organisateur de la médiation en détermine quatre caractéristiques : il délimite litige¹¹⁵, désigne le médiateur, fixe les modalités de rémunération de ce dernier, et fixe la durée de la médiation.

Il est à noter que le code de justice administrative ne comporte aucune indication sur la durée de la médiation, contrairement au code de procédure civile qui la limite, en son article 131-3, à trois mois renouvelables une fois¹¹⁶. En pratique, les juges administratifs s'inspirent toutefois de la limite prévue par le code de procédure civile pour les médiations civiles¹¹⁷, même s'ils ont la possibilité de s'en affranchir (et notamment de le prolonger indéfiniment). Quant à la rémunération des médiateurs, elle est encadrée, pour ce qui est des médiations initiées par le juge, par l'article L. 213-8 du code de justice administrative^{118,119}. Si le juge confie la mission de médiation à un bénévole (à un membre d'une association ou à un fonctionnaire qui ne peut pas cumuler sa fonction avec une autre activité par exemple), celui-ci est simplement défrayé. Si elle est confiée à un professionnel, celui-ci est payé par les parties, qui déterminent librement la répartition des frais de médiation entre elles ; à défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, sauf si le juge estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties – sachant que l'aide juridictionnelle peut être demandée en matière de médiation (art. L. 213-8, al. 4, CJA). En outre, l'article R. 213-7 du code de justice administrative dispose que « *[l]orsque la mission de médiation est rémunérée, le président*

¹¹⁵ L'article R. 213-1 du code de justice administrative dispose : « *La médiation porte sur tout ou partie d'un litige.* »

¹¹⁶ L'article 131-3 du code de procédure civile dispose exactement : « *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.* »

¹¹⁷ Véronique Mirouse, « La médiation administrative. Vers une nouvelle façon de percevoir le règlement des litiges pour les personnes publiques (spécificités, intérêt et actualité) », *Journal Spécial des Sociétés*, n° 52, mercredi 18 juillet 2018, p. 11.

¹¹⁸ L'article L. 213-8 du code de justice administrative dispose : « *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. / A défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, à moins que le juge n'estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties. / Lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée à l'une des parties, la répartition de la charge des frais de la médiation est établie selon les règles prévues au troisième alinéa du présent article. Les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'Etat, sous réserve de l'article 50 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique. / Le juge fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai qu'il détermine. La désignation du médiateur est caduque à défaut de consignation dans le délai et selon les modalités impartis. L'instance est alors poursuivie.* » Le cinquième et dernier alinéa qui prévoit une consignation n'est pour l'instant pas appliqué, car il n'existe pas encore de service de consignation dans les juridictions administratives, faute de disposition réglementaire en précisant le fonctionnement.

¹¹⁹ En vertu de l'article L. 213-10 du code de justice administrative, les décisions prises en application de l'article L. 213-8 ne sont pas susceptibles de recours.

de la juridiction, après consultation du président de la formation de jugement, peut, soit au début de la médiation, soit au cours de celle-ci, accorder au médiateur, sur sa demande, une allocation provisionnelle à valoir sur le montant de ses honoraires et débours. »

C. L'information du juge

66/ Le juge ne doit rien savoir de ce qui se passe durant le processus de médiation. L'alinéa 2 de l'article L. 213-2 du code de justice administrative, de portée générale, dispose que « *[s]auf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties.* »¹²⁰

Tout au plus l'article L. 213-9 du même code, applicable aux médiations initiées par le juge, prévoit-il que « *[l]e médiateur informe le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord* ».

Mais l'alinéa 2 de l'article R. 213-9 du code de justice administrative, applicable à ces mêmes médiations, dispose que « *[l]e médiateur tient le juge informé des difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission.* » Comment concilier cette obligation avec les dispositions précitées ? Il est clair que l'information en question ne saurait concerner les échanges tenus durant le processus de médiation, car l'article L. 213-2 est formel : rien ne saurait en filtrer. En fait, l'alinéa 2 de l'article R. 213-9 ne peut être compris qu'à la lecture de l'alinéa 3, qui énonce : « *Le juge met fin à la médiation à la demande d'une des parties ou du médiateur. Il peut aussi y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la médiation lui apparaît compromis.* » L'alinéa 2 signifie donc que le médiateur, qui ne peut mettre fin de lui-même à la médiation (il peut toutefois l'interrompre et renoncer à la mener ; v. *infra*, n° 101), doit donner au juge son sentiment sur le déroulement de celle-ci lorsqu'il estime que les chances de succès sont faibles, mais aussi et surtout lorsqu'il estime que les relations entre les deux parties risquent d'empirer. Les raisons l'amenant à le penser – animosité rédhibitoire, violence physique ou verbale, réticence prononcée, etc. – doivent quant à elles rester secrètes, puisqu'elles sont couvertes par le secret de la médiation. Mais si le médiateur convainc le juge que « *le bon déroulement de la médiation [...] apparaît compromis* », ce dernier pourra y mettre fin avant que la situation ne dégénère.

D. L'homologation de l'accord par le juge

¹²⁰ Seules deux exceptions à la confidentialité sont prévues, mais qui n'ont aucune incidence sur les propos à suivre : le cas où des « *raisons impérieuses d'ordre public* » ou des « *motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne* » sont en jeu, et le cas où « *la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre* » (art. L. 213-2, al. 3, CJA).

67/ L'homologation de l'accord par le juge est un marqueur important de sa présence dans l'encadrement du processus de médiation administrative. L'article L. 213-4 dispose en effet que, « [s]aisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation. » Sans homologation, l'accord ne saurait disposer de la force exécutoire (v. *supra*, n° 54 et 55). Et en cas de refus d'homologation par le juge, l'accord devient nul.

68/ L'office du juge de l'homologation en matière d'accords de médiation comprend trois sortes de vérifications : celle du consentement des parties, celle des conditions de validité prévues par l'article L. 213-3 du code de justice administrative, qui dispose que « [l]'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition », et celle des conditions de validité des transactions administratives si l'accord est un accord transactionnel.

Pour ce qui est du consentement des parties, il s'agit de vérifier que celui-ci n'est pas vicié par une erreur, un dol ou une violence ; si l'accord est signé par une personne publique, il s'agit aussi de vérifier que son représentant était compétent pour le signer (et notamment, si l'accord engage une collectivité territoriale, que l'organe délibérant s'était bien prononcé pour son adoption).¹²¹

Pour ce qui est des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, de nombreuses vérifications sont susceptibles d'être opérées sur l'accord. Dans ses conclusions précitées sur le jugement du tribunal administratif de Lyon du 27 mars 2019, Mme Lacoste de Lareymondie donne les exemples des droits des tiers, de l'exercice par l'administration de son pouvoir réglementaire, ou de l'interdiction « de contracter dans certaines matières telles que le droit électoral ou la domanialité publique »¹²².

Enfin, pour ce qui est des conditions de validité des transactions administratives, elles sont définies par l'article L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration : une transaction administrative doit « terminer une contestation ou prévenir une contestation à naître », « porte[r] sur un objet licite » et « cont[enir] des concessions réciproques et équilibrées ».

69/ La procédure d'homologation est une procédure lourde. Le législateur n'ayant pas prévu de dérogation, le droit commun du titre préliminaire du code de justice administrative s'applique : en particulier, le jugement d'homologation est rendu en formation collégiale (art. L. 3 CJA), et un rapporteur public est désigné (art. L. 7). La conseillère d'État honoraire Lucienne Erstein relève en outre

¹²¹ Pour plus de précisions, v. *Conclusions d'Emmanuel Glaser sur CE, 28 décembre 2009, n° 304802, Commune de Béziers*, disponibles à l'adresse suivante : https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/MARS_2015/ce28dec2009.pdf.

¹²² *Conclusions d'Elisabeth de Lacoste Lareymondie sur TA Lyon, 27 mars 2019, n° 1704535, AJDA 2019, n° 22, 24 juin 2019, p. 1299.*

que, « [d]ans tous les cas, le juge de l'homologation se livre à un contrôle normal du contenu de l'accord »¹²³.

E. Le retour du juge

70/ Il arrive que la médiation administrative se solde par un échec, soit que le juge ou l'une des parties y mette fin prématurément, soit que le juge refuse d'homologuer l'accord. Dans ce cas, le processus de résolution amiable cède sa place à un contentieux administratif classique, et le juge fait son grand retour dans le litige – ou, s'il n'y a jamais été impliqué, sa grande entrée¹²⁴.

71/ Au terme de ces réflexions, on commence à voir se dessiner les contours de la médiation administrative. On a compris que c'était un processus, et non une procédure, que certains types de différends s'y prêtaient plus facilement que d'autres, que si le juge administratif était purement et simplement évincé de la résolution du litige, il en surveillait le bon déroulement ; enfin on a compris que la médiation administrative permettait une déjuridictionnalisation partielle des litiges. Il s'agit désormais de continuer à creuser le sujet, pour découvrir ce qui fait l'essence du processus de médiation (section 2).

Section 2 – La déjuridictionnalisation partielle du litige

72/ La déjuridictionnalisation partielle du litige présente sans conteste un intérêt pour les parties qui recourent à la médiation administrative : elle leur permet de gagner du temps, de gagner en efficacité, d'économiser le coût d'un recours contentieux. Mais tous ces avantages se révèlent purement accessoires lorsqu'on s'intéresse à la seconde caractéristique du processus de médiation : la déjuridictionnalisation partielle du litige. Grâce à la médiation, les parties peuvent sortir du terrain du droit pour aboutir à des solutions parfois exotiques. Bien entendu, cette déjuridictionnalisation ne saurait être totale : il demeurera toujours une part incompressible de considérations juridiques qui influenceront sur la solution (§ 2). Mais la liberté qui est offerte aux parties dans la détermination des modalités de résolution du litige les autorise à prendre en compte des considérations extra-juridiques qui seraient inopérantes devant le juge (§ 1).

¹²³ Lucienne Erstein, « La médiation sous léger contrôle », *JCP A*, n° 37, 16 septembre 2019, act. 580.

¹²⁴ À moins qu'il n'existe en la matière un recours administratif préalable obligatoire (art. L. 412-1 et s. CRPA). Il convient de noter à ce propos que, d'après l'article R. 213-4 du code de justice administrative : « Par dérogation à l'article L. 411-2 du code des relations entre le public et l'administration, lorsque, en application de l'article L. 213-6 du présent code, le délai de recours contentieux a été interrompu par l'organisation d'une médiation, l'exercice d'un recours gracieux ou hiérarchique ne l'interrompt pas de nouveau, sauf s'il constitue un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux. »

§ 1 – Un litige empreint de considérations extra-juridiques

73/ Devant le juge administratif, on ne peut invoquer que des moyens de droit. Certes, « *les parties ne sont pas tenues de s'exprimer en droit* », elles « *sont autorisées à s'en tenir à [d]es données brutes* »¹²⁵ ; mais ces données brutes ne sauraient le rester. Si un requérant ne se place pas lui-même expressément sur un terrain juridique, le juge, « *au regard du récit qui lui est exposé, [...] s'applique à identifier la règle de droit dont [l'edit] requérant entend se prévaloir et procède, en fonction de celle-ci, à la traduction des données de fait en termes juridiques* »¹²⁶. Autrement dit, tout contentieux suppose une opération préalable de qualification juridique des faits, qui peut être faite par les parties directement, souvent avec l'aide de leurs avocats, ou par le juge. Le juge ne se prononce ni sur l'équité, ni même, paradoxalement, sur la justice ; il se prononce sur le droit.

Or, et c'est particulièrement vrai en matière de recours pour excès de pouvoir, les moyens de droit n'ont souvent pas grand-chose à voir avec les motivations subjectives véritables du requérant. L'exemple typique est le vice de forme ou de procédure : à moins que ce vice n'influe sur le sens de la décision prise ou ne prive le requérant d'une garantie¹²⁷, ce dernier ne l'invoque pas parce qu'il estime que ce vice l'a floué, encore moins pour le plaisir de faire respecter le principe de légalité, mais parce que cela lui permet d'obtenir l'annulation d'un acte administratif qu'il a des raisons *subjectives* de contester. Par exemple, une association de protection de l'environnement qui invoque un vice de procédure pour faire annuler un acte administratif autorisant l'exercice d'une activité dangereuse pour l'écosystème se fiche éperdument, sur le principe, de savoir que la procédure de passation de l'acte n'a pas été respectée ; ce qu'elle souhaite, c'est empêcher l'exercice d'une telle activité, quel que soit le moyen de droit qui le lui permette.

Et ce raisonnement s'applique tout aussi bien aux moyens de légalité interne : lorsque le même requérant conteste l'acte administratif sur le fondement de dispositions de fond du droit de l'environnement, il s'appuie certes sur des dispositions qui correspondent probablement plus à ses motivations subjectives, mais le contrôle de leur respect par le juge n'en demeure pas moins formel, objectif, juridique. Le contrôle du fond n'est jamais, dans l'absolu, qu'un contrôle de forme demandant une interprétation plus complexe de la règle à appliquer.

Et c'est d'ailleurs ce processus de transformation des motivations subjectives en moyens juridiques qui fait toute l'efficacité du recours pour excès de pouvoir : conçu pour protéger une légalité supposée

¹²⁵ Camille Broyelle, *Contentieux administratif*, p. 162.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Pour reprendre la formule de l'arrêt *Danthony* (CE, Ass., 23 décembre 2011, n° 335033, *Danthony*).

objective, il se nourrit des passions des requérants, les canalise, puis les redirige vers l'intérêt général, dans une formidable illustration de la pensée politique de Germaine de Staël¹²⁸.

74/ Or la déjuridictionnalisation du litige permise par la médiation entraîne justement la libération de ces considérations subjectives artificiellement encapsulées, lors du contentieux, dans des moyens juridiques ; en d'autres termes, la déjuridictionnalisation entraîne la déjuridicisation du litige. La contractualisation de la solution remet le dialogue et l'effort de compréhension des prétentions de l'autre partie au cœur du processus de résolution, et c'est ce phénomène de déjuridicisation qui constitue le fondement de la capacité de pacification sociale dont est porteuse la médiation.

C'est pourquoi Xavier Libert, président de tribunal administratif honoraire, médiateur et ancien référent national médiation du Conseil d'État, considère que s'agissant de la faisabilité d'une médiation, « *il convient moins de raisonner en termes de matière [...] qu'en termes de dossier* »¹²⁹. Dans un litige où les motivations subjectives semblent très éloignées des moyens juridiques invoqués (l'exemple type est celui des conflits de voisinage), la médiation a tout à fait vocation à s'appliquer, car le recours au juge ne satisfera en règle générale aucune des deux parties, alors qu'un accord amiable le pourra. Et M. Libert estime que, « *d'un point de vue théorique, il n'existe qu'une seule hypothèse où il n'y a pas place à la médiation, c'est l'existence d'une compétence liée [...]. Dès qu'il y a marge d'appréciation, il y a possibilité, au moins théorique, de médiation* »¹³⁰. Le champ est donc très vaste.

75/ Mais pour comprendre ce à quoi peut correspondre en pratique la déjuridicisation, le mieux est de se référer à un exemple concret : le témoignage¹³¹ de M. Frédéric Bonnichon, maire de Châtel-Guyon, rapporté lors des premières assises nationales de la médiation administrative, organisées le 18 décembre 2019 par le Conseil d'État. Dans la commune de Châtel-Guyon, une opération de construction de trente logements sociaux a suscité des crispations chez certains habitants du quartier, qui ont constitué une association pour contester le projet. M. Bonnichon a dans un premier temps cherché à mener une conciliation pour débloquer la situation lui-même, sans succès ; il a alors décidé de solliciter l'organisation d'une mission de médiation auprès de M. Philippe Gazagnes, président du tribunal administratif de Clermont-Ferrand et référent national médiation des juridictions

¹²⁸ Dans *De l'influence des passions sur le bonheur des individus et des nations*, publié en 1796, elle développe l'idée selon laquelle l'être humain sera toujours animé par des passions ; le politique habile ne doit donc pas essayer de les faire disparaître, car c'est un projet vain, mais chercher à les orienter vers le bien commun.

¹²⁹ Chaîne YouTube du Conseil d'État, « 3e table ronde - La médiation a-t-elle sa place dans les litiges de police administrative ? », 4 mars 2020, entre 28'37 et 28'51.

Disponible à l'adresse suivante : <https://www.youtube.com/watch?v=QeNlj8Zxu-4>.

¹³⁰ *Ibid.*, entre 28'10 et 28'34.

¹³¹ En raison du mouvement de grève qui a fortement perturbé les services de transport ferroviaire au mois de décembre 2019, M. Bonnichon n'a pu se rendre à Paris pour rapporter lui-même son témoignage ; c'est donc David Moreau, secrétaire général adjoint au Conseil d'État chargé des juridictions administratives et co-animateur des assises, qui s'en est chargé.

administratives. La médiation a été acceptée par les parties, à savoir la commune, le promoteur, et l'association. Après des réunions constructives, elle s'est soldée par un succès : à l'issue du processus, le promoteur a accepté de modifier légèrement son projet « *en décalant les ouvrants qui [donnaient] sur la cour de certains voisins, en précisant les essences végétales qu'il envisageait [d'utiliser], en rehaussant [un] mur mitoyen [...], [et] en finançant [l'installation d'une pergola sur un] balcon [...] sur lequel le [bâtiment] aurait eu une vue plongeante* ». Le surcoût qui en est résulté a été de quelque quinze mille euros, une somme dérisoire au regard du coût total du projet et de la purge de tout litige que cette modification a entraînée¹³².

Cette expérience est révélatrice des possibilités offertes par le recours à la médiation administrative, car aucune des modifications finalement apportées au projet n'aurait pu être envisagée dans le cadre d'une procédure contentieuse. Au contentieux, le juge aurait dû se prononcer de manière binaire sur la légalité de l'opération projetée, en la déclarant en tout ou partie légale ou illégale. Or, en l'espèce, le litige ne portait pas tant sur la légalité de l'opération que sur quelques désagréments qu'elle allait causer à certains voisins, qui ont accepté de renoncer à leur recours grâce à certaines garanties apportées par le promoteur.

76/ Ce constat, neutre, appelle quelques observations critiques. On peut choisir de ne retenir que les aspects positifs de la mission de médiation, qui sont incontestables : facilitation et accélération du projet, pacification sociale, meilleure prise en compte des réclamations des administrés. Mais on peut aussi y voir des aspects négatifs. Premièrement, le potentiel grand perdant du processus est la légalité : en asséchant les recours à la source, la réussite d'une médiation empêche la contestation de projets potentiellement illégaux. Deuxièmement, en l'espèce, le promoteur censé construire des logements sociaux a accepté de financer le rehaussement d'un mur mitoyen et une pergola pour des personnes privées : d'aucuns pourraient considérer qu'il y a là un détournement au bénéfice de personnes privées de sommes affectées à l'intérêt général, dans une sorte de chantage au recours (cet argument vaudrait d'ailleurs tout aussi bien dans le cadre d'un projet d'intérêt privé). Or on sait combien le législateur se préoccupe de ce type de chantage, au point de restreindre considérablement le périmètre du droit au recours en matière d'urbanisme. Cette critique doit toutefois être nuancée. En l'espèce, les personnes privées ne bénéficient pas réellement de l'accord, qui vise seulement à réparer les potentiels désagréments causés justement par la construction des logements sociaux ; l'installation d'une pergola ou le rehaussement du mur mitoyen ont pour seul objectif de permettre aux personnes concernées de conserver leur intimité. En revanche, il est vrai que certains maîtres-chanteurs

¹³² Chaîne YouTube du Conseil d'État, « 5e table ronde - La médiation dans les litiges d'urbanisme et d'environnement », 4 mars 2020, entre 1'14 et 3'34. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.youtube.com/watch?v=8qMJwfqOn4w>.

pourraient être tentés de profiter du rallongement des délais de recours et de jugement offert par la médiation pour accentuer la pression sur les constructeurs. Mais en réalité, le recours à la médiation ne changerait pas grand-chose à la question : le promoteur, en s'apercevant du chantage, pourrait mettre fin au processus et déposer des conclusions reconventionnelles pour recours abusif.

Chacun est donc libre de se forger sa propre opinion sur l'opportunité de permettre une telle déjuridicisation des litiges, selon qu'il accorde plus d'importance à la paix sociale ainsi acquise ou à la légalité ainsi ignorée – un vaste débat dont les conclusions sont aussi subjectives que les motivations des parties à un litige. Mais que chacun attende, avant de se lancer dans de telles réflexions, que soient exposées l'ensemble des données du problème ; il ne faut en effet pas ignorer que la déjuridicisation des litiges permise par la médiation n'est pas absolue (§ 2).

§ 2 – Une part incompressible de considérations juridiques

77/ Une caractéristique au moins des accords de médiation tend à relativiser la portée de la déjuridicisation : ils ne peuvent porter sur des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition (v. *supra*, n° 68). Il est vrai que cette disposition ne vaut que pour les accords formalisés, les seuls pouvant être contrôlés par le juge. Mais les ententes informelles n'emportant quant à elles aucune obligation juridique, cela ne pose pas de problème en pratique : si par exemple une administration décide de retirer un acte administratif suite à une médiation, rien ne l'empêche d'en adopter un autre, identique, après coup.

78/ En outre, il faut souligner que, dans le processus de médiation, les considérations juridiques ne sont jamais loin. Les parties ne s'affranchissent jamais totalement du droit. Si elles peuvent modifier à la marge leur prétentions pour s'assurer une certaine sécurité ou une certaine « tranquillité » juridiques, elles ne perdent jamais de vue ce qu'elles seraient susceptibles d'obtenir au contentieux. D'ailleurs, l'article R. 213-1 du code de justice administrative dispose bien que « *[l]a médiation porte sur tout ou partie du litige* » ; en pratique, il arrive donc souvent que les parties règlent une partie très factuelle du litige à l'amiable dans le cadre d'une médiation, puis qu'elles laissent le juge se prononcer sur la dimension la plus empreinte de considérations juridiques.

Les parties à une médiation se livrent donc à un arbitrage permanent entre des considérations juridiques, comme le degré de certitude de l'emporter au contentieux, et des considérations factuelles, comme le temps que cela prendra ou le surcoût que cela entraînera : par exemple, vaut-il mieux gagner au contentieux dans plusieurs années, ou purger dès maintenant le litige en finançant le rehaussement d'un mur et l'installation d'une pergola ? Tout devient alors une question d'appréciation des risques et des avantages juridiques et pratiques.

Conclusion du chapitre 1

79/ Au terme de ces réflexions, on se trouve en mesure d'appréhender assez clairement la nature du processus de médiation administrative, en tant qu'alternative à la justice traditionnelle : non seulement le litige qu'il a vocation à résoudre échappe dans une large mesure à la compétence de la juridiction administrative, qui conserve au mieux une certaine maîtrise de son encadrement, mais de plus il permet aux parties, qui ne sont plus contraintes de maquiller leur motivations subjectives en arguments juridiques, de se réappropriier le litige.

Les parties peuvent ainsi aboutir à des solutions personnalisées, homologuées ou non homologuées, transactionnelles ou non transactionnelles, contractuelles ou informelles, classiques ou exotiques. Le prix à payer pour permettre cette réappropriation factuelle est probablement celui de l'indécidabilité *juridique* : la notion d'accord de médiation résiste à toutes les grilles d'analyse qu'on cherche à lui appliquer, et l'accent mis sur les considérations factuelles dans la médiation rend délicate voire impossible toute tentative de théorisation juridique à la fois complète et cohérente du processus, pour parler à la manière des logiciens. Il n'en demeure pas moins que le processus de médiation constitue un objet d'étude juridique, dont on a d'ailleurs pu montrer la grande fécondité.

L'étude de ce *processus* ne suffit cependant pas pour comprendre pleinement ce qu'est la médiation administrative. L'article L. 213-1 du code de justice administrative la définit en effet selon deux critères. Premièrement, c'est un processus structuré par lequel des parties « *tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends* » ; c'est cette partie de la définition qu'on a étudiée dans le détail dans le premier chapitre. Deuxièmement, c'est un processus réalisé « *avec l'aide d'un tiers, le médiateur* » ; cette partie de la définition reste à explorer. Il apparaît donc nécessaire, pour compléter l'analyse de la médiation administrative ici menée, de déterminer dans un second chapitre la nature exacte du tiers auquel elle donne son nom.

CHAPITRE 2 – LE MÉDIATEUR, UNE AIDE À LA RÉOLUTION AMIABLE

80/ De même que le juge est indispensable à la justice ou l'arbitre indispensable à l'arbitrage, le médiateur est indispensable à la médiation. L'article L. 213-1 du code de justice administrative dispose expressément que la médiation implique deux types de personne : les parties d'un côté, et « *un tiers, le médiateur* », de l'autre – sachant que « *la médiation peut être confiée à une personne physique ou à une personne morale* », mais que « *[s]i le médiateur désigné est une personne morale, son représentant légal désigne la ou les personnes physiques qui assureront, au sein de celle-ci et en son nom, l'exécution de la mission* » (art. L. 213-2 CJA).

Le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir ou presque dans la résolution du litige – tout au plus peut-il mettre un terme à sa propre mission dans certains cas (mais pas à la médiation elle-même¹³³). Il écoute, dialogue, propose des solutions, mais toutes les décisions reviennent aux parties, notamment le choix entre la résolution amiable et la poursuite du contentieux devant le juge.

En pratique, le médiateur commence par écouter les parties dans le cadre d'entretiens individuels, puis il les réunit pour des séances plénières afin de leur permettre d'échanger. Il peut également, « *avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent* » (art. R. 213-9, al. 1^{er}, CJA). Mais ce schéma type est sujet à de multiples variations, selon ce que le médiateur estime opportun de faire.

Le médiateur a donc une mission de planification de la médiation, et son autorité est purement morale. Toute médiation constitue un pari sociologique et anthropologique : l'idée est que la présence d'un tiers neutre et sans pouvoir, par la simple pression sociale qu'elle exerce sur les parties, permet à celles-ci d'aboutir plus facilement à un consensus. Le médiateur est un facilitateur de dialogue, un facilitateur de résolution amiable des différends.

81/ On a déjà eu l'occasion, dans le premier chapitre, d'évoquer la figure du médiateur à travers les prismes de sa désignation (v. *supra*, n° 62 et 63) et de sa rémunération (v. *supra*, n° 65). On ne reviendra pas sur ces questions. L'enjeu dans ce second chapitre n'est pas de déterminer ce que *fait* le médiateur, mais ce qu'il *est*. Or la meilleure façon de le déterminer est de s'intéresser aux obligations qui pèsent sur lui (section 1), et aux conséquences qui s'attachent à leur violation (section 2).

Section 1 – Les obligations du médiateur, garantes de son honorabilité

82/ Sur la question des obligations du médiateur, les textes se révèlent assez vagues. En tout et pour tout, quatre dispositions législatives ou réglementaires, toutes présentes dans le code de justice

¹³³ Bien qu'il puisse convaincre le juge de le faire à sa place (v. *supra*, n° 66).

administrative, en traitent (§ 1). Mais afin de préciser ces obligations légales et réglementaires, le Conseil d'État a rédigé une Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs que tout médiateur désigné par une juridiction administrative doit s'engager à respecter (§ 2).

§ 1 – Les obligations codifiées du médiateur

83/ Parmi les quatre dispositions du code de justice administrative relatives aux obligations des médiateurs, deux sont applicables à tous les médiateurs (A), et deux sont applicables seulement aux médiateurs dont la mission de médiation a été initiée par le juge dans le cadre d'une procédure juridictionnelle (B).

A. *Le tronc commun des obligations du médiateur : impartialité, compétence, diligence*

84/ La première disposition applicable à l'ensemble des médiateurs est l'alinéa premier de l'article L 213-2 du code de justice administrative, qui énonce que « [l]e médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ». La question est alors de savoir en quoi consistent ces obligations.

85/ Pour ce qui est de la compétence, la lecture de la seconde disposition applicable à l'ensemble des médiateurs, l'article R. 213-3 du même code, est partiellement éclairante. Cet article dispose : « La personne physique qui assure la mission de médiation doit posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige. Elle doit en outre justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation. » La compétence se déduit donc de deux éléments : une qualification technique eu égard à la nature du litige, et une qualification professionnelle à conduire des médiations.

La qualification professionnelle est la plus simple à décrire. D'après l'article R. 213-3, elle peut d'abord consister en une « formation ». Ce critère ne pose pas de difficultés d'interprétation, car de nombreuses formations à la médiation existent désormais, sous la forme notamment de diplômes universitaires ; une personne ayant suivi une telle formation doit être considérée comme qualifiée professionnellement. Mais la qualification professionnelle peut également consister en une simple « expérience », et ce critère alternatif paraît bien plus flou. Selon l'interprétation qu'on en retient, on peut être conduit à admettre ou non la compétence de personnes exerçant ou ayant exercé une activité professionnelle dans les domaines de la diplomatie, de l'assistance sociale, de la justice, etc., ou de personnes exerçant ou ayant exercé une activité bénévole dans certaines associations spécialisées dans le dialogue social.

Quant à la qualification technique, la formulation de l'article R. 213-3 ne permet pas non plus de s'en faire une représentation claire. Le texte dispose simplement que le médiateur « doit posséder » cette

qualification « *par l'exercice présent ou passé d'une activité* ». En l'absence de précision supplémentaire, la qualification technique pourrait être déduite selon les cas de l'exercice d'une activité professionnelle, associative, sportive ou culturelle, et le critère déterminant pour déterminer son existence semble donc être, plus que la nature de l'activité visée, la capacité technique de compréhension des données du litige qu'elle a fait acquérir au médiateur – cette compréhension devant logiquement couvrir à la fois les faits et le droit. Par exemple, pour une médiation en matière de marché de travaux publics, la qualification technique du médiateur pourra se déduire de ce qu'une activité professionnelle lui a permis de connaître le jargon et les opérations propres au secteur de la construction, mais aussi le droit applicable à ce type de marché.

86/ Pour ce qui est de l'impartialité du médiateur, le code de justice administrative est muet : aucune disposition ne vient préciser le sens de cette obligation. Mais étant donné que les parties peuvent choisir librement leur médiateur (art. L. 213-1 CJA), le principe d'impartialité ne devrait pas empêcher qu'elles désignent une personne qu'elles connaissent, voire que l'une d'entre elles seulement connaît, tant que cela est fait en toute transparence et que la personne choisie se montre impartiale dans son attitude à l'égard des médiés. Légalement, l'impartialité du médiateur ne se doit donc pas d'être objective, contrairement à celle que requiert la Cour européenne des droits de l'homme en matière de justice traditionnelle¹³⁴, mais subjective : seul importe le comportement du médiateur lors du processus. Cet assouplissement de l'obligation d'impartialité se comprend d'ailleurs aisément car, contrairement au juge, le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir. Sa seule mission est de favoriser la résolution amiable du conflit.

87/ Enfin, pour ce qui est de la diligence, le code de justice administrative se montre aussi peu loquace que pour ce qui est de la compétence. Selon la définition qu'en donne le dictionnaire *Littre*, la diligence oblige le médiateur à agir avec un « *soin attentif et appliqué* »¹³⁵ et, en particulier, avec promptitude. On ne saurait en dire plus à partir du seul article L. 213-2 du code de justice administrative.

¹³⁴ CEDH, 1^{er} octobre 1982, n° 8692/79, *Piersack c. Belgique* : « *Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 (art. 6-1) de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime. [...] On ne saurait pourtant se borner à une appréciation purement subjective. En la matière, même les apparences peuvent revêtir une certaine importance (arrêt Delcourt du 17 janvier 1970, série A no 11, p. 17, § 31). Ainsi que la Cour de cassation de Belgique l'a relevé dans son arrêt du 21 février 1979 (paragraphe 17 ci-dessus), doit se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité. Il y va de la confiance que les tribunaux se doivent d'inspirer aux justiciables dans une société démocratique* » (paragraphe 30).

¹³⁵ *Dictionnaire Littre* en ligne, « diligence ». Disponible à l'adresse suivante : <https://www.littre.org/definition/diligence>.

88/ Telle est donc la faible consistance des obligations d'impartialité, de compétence et de diligence applicables à l'ensemble des médiateurs.

Il faut enfin mentionner une autre obligation prévue par le code de justice administrative, qui pèse toutefois sur les seuls médiateurs désignés par le juge dans le cadre d'une procédure juridictionnelle : l'obligation d'information du juge (B).

B. L'obligation supplémentaire du médiateur désigné dans le cadre d'une procédure juridictionnelle : l'information du juge

89/ Les articles L. 213-9 et R. 213-9 du code de justice administrative obligent les médiateurs désignés dans le cadre d'une procédure juridictionnelle à informer le juge de certains éléments du processus. L'article L. 213-9 dispose que « [l]e médiateur informe le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord », et l'article R. 213-9 que « [l]e médiateur tient le juge informé des difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission ». Cette obligation plus précise que les précédentes a déjà fait l'objet de développements dans ce mémoire, vers lesquels on renvoie le lecteur pour plus d'informations (v. *supra*, n° 66).

90/ Dans le code de justice administrative, il existe donc en tout et pour tout trois vagues obligations communes applicables à tous les médiateurs, et une obligation plus concrète applicable seulement aux médiateurs désignés dans le cadre d'une procédure juridictionnelle.

Ces obligations, de portée assez faible, ont toutefois été complétées pour une partie des médiateurs par un acte de droit souple (§ 2).

§ 2 – Les obligations fixées par la Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs

91/ Afin d'encadrer l'action des médiateurs, le Conseil d'État a rédigé et rendu public un document de quatre pages, la Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs, dont le préambule précise que « [t]oute personne désignée comme médiateur par une juridiction administrative s'engage à [la] respecter ». Le champ d'application de la charte est donc plus large que celui des articles L. 213-9 et R. 213-9 du code de justice administrative, qui visent seulement les médiateurs désignés dans le cadre d'une procédure juridictionnelle : elle s'impose non seulement à ce type de médiateurs, mais également à ceux qui sont désignés par le juge à la demande des parties (v. *supra*, n° 61 et s.).

Cette charte mérite qu'on lui prête une attention toute particulière, d'une part parce qu'elle permet de mieux cerner la figure du médiateur via les obligations précises qu'elle lui impose (B), d'autre part parce que l'analyse montre que ces obligations possèdent une valeur juridique (A).

A. La valeur juridique de la charte

92/ La Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs comprend trois grandes parties. Les deux premières exposent respectivement une série de « *principes garants de la qualité du médiateur* » et une série de « *principes garants de la qualité de la médiation* ». La troisième partie, intitulée « *Sanctions* », tient quant à elle en une seule phrase : « *En cas de manquement à cette charte par le médiateur, et sans préjudice d'éventuelles poursuites civiles et pénales, la juridiction peut mettre fin à la mission de médiation et décider de ne plus lui confier de mission.* » À elle seule, cette phrase dote la charte d'une valeur juridique, car elle signifie que l'irrespect par le médiateur des obligations listées dans les deux premières parties est susceptible de produire des effets de droit. La question devient alors de savoir quelle est la nature juridique de la charte ; quatre hypothèses sont envisageables, entre lesquelles il s'agira de faire un tri.

93/ La première hypothèse consiste à l'identifier à un code de déontologie, dans la mesure où elle fixe des obligations de bonnes pratiques aux médiateurs. Mais cette hypothèse peut être facilement écartée, les codes de déontologie ayant, contrairement à la charte, valeur réglementaire (ceux qui existent en matière de santé sont par exemple codifiés dans le code de la santé publique¹³⁶).

94/ La seconde hypothèse consiste à l'identifier à un contrat, et c'est d'ailleurs ce que laisse entendre son nom de « charte ». Mais les contrats sont le fruit de la rencontre des volontés de deux ou plusieurs parties. Or ce n'est pas le cas de la charte, qui n'engage que le médiateur et qui s'impose à lui. On peut donc écarter cette hypothèse.

95/ La troisième hypothèse consiste à l'identifier à un règlement intérieur, comme ceux qui existent dans les établissements scolaires ou les établissements de santé. Le règlement intérieur, qui oblige les usagers et le personnel du service, est signé par ces derniers sans pour autant constituer un contrat. M. Rémy Fontier l'explique de la manière suivante : « *le règlement intérieur n'a pas de caractère contractuel au sens juridique du terme [car] [s]on acceptation n'est pas liée à la signature de l'intéressé. C'est l'inscription à l'établissement qui rend obligatoire l'adhésion [au] règlement* »¹³⁷. C'est en effet ce qui ressort de l'arrêt *Koen* de 1995, dans lequel le Conseil d'État juge que « *le motif tiré de ce [qu'un*

¹³⁶ Prévus dans le code de la santé publique aux articles R. 4127-1 à R. 4127-112 pour le code de déontologie médicale, R. 4127-201 à R. 4127-284 pour le code de déontologie des chirurgiens-dentistes, R. 4127-301 à R. 4127-367 pour le code de déontologie des sages-femmes, R. 4235-1 à R. 4235-77 pour le code de déontologie des pharmaciens, R. 4312-1 à R. 4312-92 pour le code de déontologie des infirmiers, R. 4321-51 à R. 4321-145 pour le code de déontologie des masseurs-kinésithérapeutes, et R. 4322-31 à R. 4322-99 pour le code de déontologie des pédicures-podologues.

¹³⁷ Rémy Fontier, « Droit scolaire. Le contrôle des règlements intérieurs des collèges et des lycées », *Journal du droit des jeunes*, 2013/3 (n° 233), p. 37.

élève] ne pourrait bénéficier d'une [...] dérogation systématique aux prescriptions [...] du règlement intérieur [de son lycée] p[eut] légalement être opposé à sa demande d'inscription »¹³⁸.

Or la Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs présente les mêmes caractéristiques qu'un règlement intérieur : dans un cas comme dans l'autre, l'adhésion au document est un préalable nécessaire à l'exercice d'une activité, et son irrespect peut entraîner des sanctions allant jusqu'à l'exclusion dans les établissements scolaires, ou à la radiation de la liste des médiateurs dans les juridictions administratives. La faiblesse de cette hypothèse tient toutefois à ce que le médiateur ne saurait être considéré ni comme un usager ni comme un agent du service public, les deux catégories de personnes auxquelles s'applique un règlement intérieur.

96/ Enfin, la quatrième hypothèse consiste à assimiler la charte à un acte de droit souple. Dès 2011, le Conseil d'État a admis la valeur juridique des recommandations de bonnes pratiques élaborées par la Haute Autorité de santé et l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé¹³⁹, en raison de leur influence sur « *l'obligation déontologique, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science* »¹⁴⁰. Selon le Conseil d'État, ces recommandations « *doivent être regardées comme des décisions faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* »¹⁴¹.

Dans des arrêts rendus en 2012, le Conseil a aussi jugé, cette fois à propos de prises de position et de recommandations de l'Autorité de la concurrence, que celles-ci ne constituaient pas des décisions faisant grief, sauf dans le cas où elles « *revêtaient le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait censurer ultérieurement la méconnaissance* »¹⁴².

Enfin en 2016, dans ses arrêts d'Assemblée *Fairvesta* et *Numéricable*, le Conseil a généralisé ce raisonnement à tous les « *avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies* » : ces actes « *peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient*

¹³⁸ CE, Ass., 14 avril 1995, n° 157653, *Koen*.

¹³⁹ Devenue Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.

¹⁴⁰ Pour la Haute Autorité de santé : CE, 27 avril 2011, n° 334396, *Association pour une formation médicale indépendante*, *Rec.* ; pour l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé : CE, 4 octobre 2013, n° 356700, *Société Les laboratoires Servier*, *Rec.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² CE, 11 octobre 2012, n° 346378, *Société ITM Entreprises*, *Rec.* ; CE, 11 octobre 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon*, *Rec.*

ultérieurement censurer la méconnaissance ; [ils] peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »¹⁴³.

Ce qui ressort de ces décisions est le principe selon lequel les actes de droit souple, s'ils ont une influence sur le comportement des personnes auxquelles ils s'adressent, font grief et sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. C'est notamment le cas lorsque l'irrespect des dispositions générales et impératives qui y sont contenues peut faire l'objet d'une sanction. Or ces caractéristiques sont précisément celles de la Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs. En outre, dans ses arrêts relatifs aux recommandations de bonnes pratiques, le Conseil d'État justifie sa solution par l'influence de ces recommandations sur l'obligation déontologique pesant sur les professionnels de santé en vertu des dispositions réglementaires du code de santé publique. Ce raisonnement peut être calqué en matière de médiation administrative : la charte précise et influence la compréhension des obligations législatives et réglementaires du médiateur contenues dans le code de justice administrative. La seule difficulté théorique de cette hypothèse assimilant la charte des médiateurs à un acte de droit souple provient de ce que la charte n'a pas été émise par une autorité de régulation, mais par une juridiction. Cette difficulté devrait toutefois pouvoir être facilement contournée dans la mesure où ce qui fonde le raisonnement du Conseil d'État, dans les arrêts relatifs aux actes de droit souple, n'est pas tant la nature des institutions qui les émettent que la nature même des actes émis.

97/ On peut donc affirmer de manière quasi certaine que la Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs possède une valeur juridique : c'est un acte de droit souple qui fait grief, et qui est susceptible en tant que tel de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il convient néanmoins de rappeler qu'elle s'applique aux seuls médiateurs désignés par le juge administratif ; les médiateurs choisis par les parties en dehors de toute procédure juridictionnelle ne se voient appliquer qu'une partie des dispositions vagues du code de justice administrative (v. *supra*, n° 84 et s.).

On connaît donc la valeur des obligations juridiques contenues dans la charte ; il est temps à présent de s'intéresser à leur contenu (B).

B. La précision des obligations du médiateur par la charte

¹⁴³ CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Sociétés Fairbesta International GmbH et autres*, Rec. ; CE, 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numéricable*, Rec.

98/ La Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs donne de la consistance aux obligations du médiateur posées par le code de justice administrative. Elle divise ces obligations en deux types de « *principes* » : les principes garantissant la qualité du médiateur (1), et les principes garantissant la qualité de la médiation (2).

1. Les principes garants de la qualité du médiateur

99/ Cinq articles de la charte apportent des précisions sur les principes ou obligations relatifs à la qualité du médiateur.

L'article I.1 dispose que « *le médiateur présente des garanties de probité et d'honorabilité* ». Cet article interdit à toute personne physique condamnée à certaines sanctions pénales, civiles ou administratives d'assurer l'exécution d'une mission de médiation.

L'article I.2 dispose que « *le médiateur est compétent* », et précise strictement les dispositions du code de justice administrative en la matière. Cet article exige en effet du médiateur qu'il possède « *une expérience professionnelle d'au moins cinq ans dans le domaine du litige* » (I.2.a), qu'il possède « *une qualification dans les techniques de médiation* » (I.2.b), et qu'« *ils s'engagent à actualiser et perfectionner ses connaissances théoriques et pratiques* » (I.2.c).

L'article I.3 dispose que « *le médiateur est indépendant, loyal, neutre et impartial* ». L'indépendance (I.3.a) consiste en une obligation d'information : le médiateur doit « *fai[re] connaître à la juridiction et aux parties à la médiation les circonstances qui pourraient affecter son indépendance ou conduire à un conflit d'intérêts, ou être considérées comme telles* ». « *Dans des cas semblables, [il] ne peut accepter ou poursuivre la médiation que si les parties y consentent expressément* »¹⁴⁴. La loyauté (I.3.b) interdit au médiateur « *de remplir les fonctions de représentant ou de conseil de l'un et/ou l'autre des participants au processus de médiation* », et lui impose de « *veille[r] à faciliter les négociations entre les parties afin de les aider à trouver elles-mêmes une solution à leur différend* ». Quant à la neutralité et à l'impartialité (I.3.c), elles consistent principalement pour le médiateur à « *agir en toutes circonstances de manière impartiale avec les parties et [à] faire en sorte que son attitude apparaisse comme telle* ».

L'article I.4 dispose que « *le médiateur est diligent* ». Cet article l'oblige aussi bien à l'égard des parties – le médiateur doit faire preuve de célérité et de volontarisme dans la recherche de solutions, afin

¹⁴⁴ Cette disposition confirme que le principe d'impartialité objective ne s'applique pas aux médiateurs (v. *supra*, n° 86).

d'éviter que la médiation ne traîne en longueur – qu'à l'égard du juge – le médiateur doit l'informer du résultat de la médiation.

Enfin, l'article I.5 dispose que « *le médiateur est désintéressé* ». Il ne saurait avoir un intérêt financier au « *résultat* » de la médiation ; en particulier, il ne saurait être rémunéré par un pourcentage sur ce résultat.

100/ Si on souhaite rapprocher ces articles des obligations imposées par le code de justice administrative, on peut considérer que les articles I.1, I.3 et I.5 précisent l'obligation d'indépendance du médiateur, l'article I.2 son obligation de compétence, et l'article I.4 ses obligations de diligence et d'information du juge.

2. Les principes garants de la qualité de la médiation

101/ Les principes garants de la qualité de la médiation sont quant à eux précisés dans trois articles.

L'article II.1 garantit l'« *information* » et le « *consentement* » des parties. Le médiateur doit notamment les informer de manière « *claire et précise* », « *avant le début de la médiation* », « *sur les modalités de son déroulement* », et « *veille[r] à ce que [leur consentement] soit libre et éclairé* ».

L'article II.2 garantit la « *confidentialité* » de la médiation. La confidentialité vaut aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties : les propos que tiennent ces dernières dans le cadre des entretiens individuels ne peuvent, sauf « *accord circonstancié et explicite* », être dévoilés à l'autre partie.

Enfin, l'article II.3 garantit le « *respect de la liberté des parties* ». Le médiateur doit à la fois respecter leur liberté de mettre fin à la médiation et s'assurer de leur consentement à un accord éventuel. Il peut en outre « *mettre fin d'office à la médiation lorsqu'il existe notamment : / - un rapport de force pouvant conduire à un accord anormalement déséquilibré, / - une ignorance juridique grave d'une partie, sciemment utilisée par l'autre / - une violation de règles sanctionnées pénalement / - [ou] des éléments apportés en cours de médiation empêchant le médiateur de garantir son impartialité ou sa neutralité.* »

102/ On peut constater que les articles II.1 et II.3 garantissent les libertés des parties d'entrer en médiation (sauf cas de médiation préalable obligatoire) et de choisir leur médiateur, prévues par l'article L. 213-1 du code de justice administrative, et que l'article II.2 précise l'obligation de confidentialité du médiateur, prévue par l'article L. 213-2 du même code.

Maintenant qu'on connaît les différentes obligations du médiateur, leur valeur juridique, et leur champ d'application, il reste à étudier les conséquences juridiques que peut entraîner leur irrespect (section 2).

Section 2 – Les conséquences juridiques de l’irrespect de ses obligations par le médiateur

103/ L’irrespect de ses obligations par le médiateur peut entraîner non seulement des conséquences sur sa personne (§ 1), mais aussi des conséquences sur la médiation qu’il a conduite (§ 2).

§ 1 – Les conséquences sur le médiateur

104/ En ne respectant pas ses obligations, le médiateur s’expose à deux types de sanctions : des sanctions civiles ou pénales (B) mais aussi, s’il a été désigné par un juge, des sanctions administratives (A).

A. Les sanctions administratives du médiateur

105/ Pour rappel, l’article III de la Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs dispose qu’« *en cas de manquement à cette charte par le médiateur, et sans préjudice d’éventuelles poursuites civiles et pénales, la juridiction peut mettre fin à la mission de médiation et décider de ne plus lui confier de mission.* » Du point de vue du médiateur désigné par le juge, deux sanctions administratives sont donc prévues : la fin de sa mission, et l’impossibilité de s’en voir confier de nouvelles par la juridiction. Ce sont des sanctions lourdes dans la mesure où elles privent le médiateur, s’il exerce son activité à titre professionnel, d’une partie ou de la totalité de ses sources de revenus.

Or, comme toutes les sanctions administratives présentant un caractère suffisamment grave, les sanctions encourues par le médiateur devraient en principe être soumises au principe général de respect des droits de la défense, dégagé par le Conseil d’État dans son arrêt *Dame Veuve Trompier-Gravier* de 1944¹⁴⁵ : le médiateur ne devrait donc pas pouvoir en faire l’objet sans être « *mi[s] à même de discuter les griefs formulés contre [lui]* ». En outre, la décision de sanction devrait logiquement pouvoir être contestée devant le juge administratif.

B. La responsabilité du médiateur

106/ Contrairement aux sanctions administratives, qui ne visent que les médiateurs désignés par une juridiction, tous les médiateurs sont susceptibles de faire l’objet d’une action en responsabilité initiée par les parties. Cette responsabilité peut être civile (1) ou pénale (2).

¹⁴⁵ CE, Sect., 5 mai 1944, n° 69751, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, Rec. 133.

1. La responsabilité civile du médiateur

107/ De la même manière que les autres professionnels du droit, notamment les avocats et les notaires, les médiateurs peuvent voir leur responsabilité civile engagée par les parties. Le type de responsabilité civile encouru dépendra du dommage subi par ces dernières.

Si le dommage est causé par un manquement du médiateur à ses obligations légales et réglementaires d'impartialité, de compétence, de diligence et d'information, prévues par le code de justice administrative et éventuellement complétées par la Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs, alors sa responsabilité sera quasi délictuelle (art. 1240 c. civ.). On peut par exemple imaginer l'engagement de la responsabilité quasi délictuelle d'un médiateur qui, par manque flagrant de diligence, cause un retard préjudiciable aux parties dans la résolution du différend.

Si à l'inverse le dommage est causé par un manquement du médiateur à ses obligations contractuelles, alors la responsabilité sera contractuelle (art. 1231-1 à 1231-7 c. civ.). Cette seconde hypothèse devrait toutefois se présenter assez rarement en pratique, dans la mesure où les obligations du médiateur sont principalement définies par son statut légal et réglementaire. Pour que sa responsabilité contractuelle soit engagée, il faudrait que le contrat qui le lie aux parties prévoie des obligations spéciales; au vu de l'in vraisemblance d'une telle situation, l'hypothèse de la responsabilité contractuelle du médiateur est sûrement condamnée à rester une possibilité purement théorique.

108/ Dans tous les cas, si les parties souhaitent obtenir la condamnation du médiateur à leur verser des dommages-intérêts, elles devront rapporter la preuve de l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux. L'action devra en outre être menée devant le juge judiciaire.

2. La responsabilité pénale du médiateur

109/ Il est également possible d'envisager des cas de responsabilité pénale du médiateur. On peut par exemple imaginer l'engagement de la responsabilité pénale d'un médiateur pour non-assistance à personne en danger, sur le fondement de l'article 223-6 du code pénal, s'il s'abstient de porter secours à une partie en péril.

§ 2 – Les conséquences sur la médiation

110/ L'irrespect de ses obligations par le médiateur peut entraîner, dans certains cas et au-delà des conséquences juridiques sur sa propre personne, des conséquences juridiques sur le résultat de la médiation qu'il a menée.

La médiation, on l'a dit, a vocation à déboucher sur un accord. Lorsque cet accord est formalisé, il est soumis aux conditions de validité des contrats.

Or, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, la victime d'un dol ou d'une erreur a la possibilité d'intenter une action en nullité devant le juge du contrat (elle peut également intenter une action en responsabilité quasi délictuelle, ou les deux actions en même temps)¹⁴⁶. L'erreur, qui peut porter sur la personne¹⁴⁷, sur les clauses essentielles du contrat¹⁴⁸ ou sur les qualités substantielles¹⁴⁹, peut également donner lieu à une action en nullité du contrat, à condition bien sûr qu'elle soit excusable et déterminante¹⁵⁰.

Si l'irrespect par le médiateur d'une de ses obligations apparaissait suffisamment grave pour vicier le consentement des parties, il serait donc en théorie possible de voir l'accord conclu par ces dernières annulé par le juge administratif – notamment dans le cadre du contrôle effectué par ce dernier lors d'une demande d'homologation.

Conclusion du chapitre 2

111/ De nombreuses obligations pèsent sur le médiateur. Si certaines portent sur sa personne, d'autres sur son comportement, toutes ont pour point commun de garantir que cet individu présente des garanties d'honorabilité, et possède donc une certaine autorité morale.

Le médiateur n'est ni un simple tiers, ni le garant d'un processus quelconque de négociation ; il est l'acteur central d'un processus très particulier désigné sous le nom de « médiation ».

Le processus de médiation, on l'a montré dans le premier chapitre, est un pari qui consiste à laisser les parties disposer de leur litige selon leur convenance, en comptant sur leur volonté d'échapper à la rigueur de la procédure juridictionnelle pour parvenir à une solution amiable. Mais un tel pari, si on s'en tient au bon vouloir des parties, a tout d'une gageure : non-dits, frustrations, ressentiments et fragilité de négociations engagées sans réelle conviction rendent en pratique très difficile l'établissement d'un dialogue direct, franc, apaisé et propice à la résolution amiable du conflit.

C'est en cela que le médiateur présente une utilité : son intervention permet de lever tous les obstacles pratiques à une telle résolution. En planifiant l'ensemble des réunions, il évite aux parties de renoncer au dialogue, avant même de l'avoir commencé, pour de banales mais démotivantes incompatibilités d'emplois du temps ; en s'entretenant en tête-à-tête avec chacune d'elles, il leur offre la possibilité d'expliquer leur point de vue à une personne extérieure, et de se délester ainsi de sentiments enfouis

¹⁴⁶ V. pour le dol : CE, 19 décembre 2007, n° 92851, *Société Campenon-Bernard* ; et pour la violence : CE, 11 mai 2009, n° 296919, *Commune de Toulouse*.

¹⁴⁷ CE, 26 avril 1950, *Domergue*, Rec. 813.

¹⁴⁸ CE, Sect., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados et Caisse franco-néerlandaise de cautionnements*, Rec. 135.

¹⁴⁹ CE, Sect., 13 octobre 1972, *Société anonyme de banque « Le crédit du Nord » c. OPHLM du Calvados*, Rec. 630.

¹⁵⁰ CE, 25 octobre 1946, *Ville de Sancerre*, Rec. 247 ; CE, Sect., 9 décembre 1949, *Sieur Chami*, Rec. 542.

qui, sans cela, pourraient empoisonner les discussions ; en les réunissant autour d'une table, il leur permet ensuite de confronter leurs opinions dans un climat respectueux que sa seule présence suffit en général à garantir ; enfin, en les déchargeant de toute considération d'ordre pratique, il les place face à leurs responsabilités et les force à agir de manière responsable.

Et plus les parties auront confiance en leur médiateur, plus le processus de médiation aura des chances d'aboutir à une solution amiable. Sans confiance, elles ne se confieront pas à lui, elles ne respecteront pas l'autorité morale qu'il est censé incarner. C'est pourquoi le statut du médiateur est aussi contraignant. Les obligations d'indépendance, de compétence et de diligence qui pèsent sur lui ne constituent pas une fin, mais un moyen : elles ont certes pour objectif de garantir un certain niveau dans les prestations que le médiateur fournit aux parties, mais cet objectif sert lui-même un objectif plus important encore, celui de la pacification sociale. Le médiateur n'est pas un simple tiers : c'est une aide à la résolution amiable des conflits.

CONCLUSION GÉNÉRALE

112/ Ce mémoire avait pour ambition d'établir les caractéristiques de la médiation administrative. On s'est ainsi tour à tour intéressé au processus de médiation, en tant qu'alternative à la justice traditionnelle, et au médiateur, en tant que facilitateur de résolution amiable des conflits.

On ne saurait certes prétendre avoir fait le tour de la question. Des décisions ou des avis rendus par les juridictions administratives viendront probablement préciser, compléter voire invalider, dans les années à venir, la plupart des réflexions ici menées, et les mécanismes de « médiation » institutionnelle, qui sont en plein essor, mériteraient à eux seuls une analyse juridique plus poussée. On peut toutefois se satisfaire d'avoir bouclé la boucle, en interprétant l'ensemble des termes de l'article L. 213-1 du code de justice administrative, qui sert de définition à la médiation administrative telle qu'entendue dans ce mémoire.

Il reste maintenant à anticiper l'évolution future de la médiation administrative, qui vit une période charnière. De confidentielle, elle est devenue en quelques années un phénomène juridique important, quantitativement parlant, et son développement semble inéluctable. D'après le vice-président du Conseil d'État Bruno Lasserre, plus de mille médiations conventionnelles ont été initiées par les tribunaux administratifs en 2019, et près de mille quatre cents médiations préalables obligatoires ont été réalisées, en seulement un an, dans les domaines où ce dispositif est expérimenté¹⁵¹.

La médiation préalable obligatoire, justement, semble être l'avenir de la médiation administrative en droit positif. On peut en effet facilement s'attendre à ce que ce mécanisme, dont l'expérimentation a été fortement encouragée par le Conseil d'État, soit dans les prochaines années pérennisé, puis généralisé. Certains prédisent même le remplacement, à terme, du recours préalable obligatoire par la médiation préalable obligatoire¹⁵².

La médiation administrative ne peut donc plus être ignorée par les juristes, et on espère que ce mémoire aura su poser les bases, sinon complètes, du moins convenables, d'une analyse à la fois juridique et critique d'un tel objet.

¹⁵¹ Mot de Bruno Lasserre, vice-président du Conseil d'État, in « Dossier du participant », Premières assises nationales de la médiation administrative, 18 novembre 2019, p. 1. Téléchargeable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/premieres-assises-nationales-de-la-mediation-administrative>.

¹⁵² C'est l'opinion que David Moreau, secrétaire général adjoint du Conseil d'État chargé des juridictions administratives et du numérique, a formulée lors de premières assises nationales de la médiation administrative en décembre 2019. V. Chaîne YouTube du Conseil d'État, « 1re table ronde – Premier bilan de l'expérimentation de médiation préalable obligatoire », 4 mars 2020, entre 3'43 et 3'59.

ANNEXES

Annexe n° 1 – TA Strasbourg, ordonnance du 13 février 2019, n° 1900557 (sursis à statuer sur une demande de suspension en vue d'entrer en médiation)

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE STRASBOURG

N° 1900557

M. A...

M. Jean Pierre Vogel Braun Juge des référés

Ordonnance du 13 février 2019

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 24 janvier 2019, M. A..., représenté par Me B..., demande au juge des référés :

1°) d'ordonner, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution de l'arrêté n° 1/2019 du 8 janvier 2019 du maire de la commune de Saint Hubert portant interruption de travaux ;

2°) de mettre à la charge de la commune de Saint Hubert une somme de 3500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

M. A... soutient que :

- il y a urgence à statuer, car l'arrêté portant interruption de travaux a pour effet de retarder les travaux conduisant nécessairement à porter atteinte aux ouvrages déjà réalisés ; la construction n'est ni close, ni couverte et les fondations risquent d'importantes dégradations en raison des intempéries hivernales dont les conséquences sont irréversibles ; les conséquences financières risquent d'être importantes ;

- il existe un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée ;

- la procédure contradictoire n'a pas été respectée s'agissant d'une mesure de police et contrevient à l'article L. 121-1 du code des relations entre le public et l'administration ; le délai de 15 jours consenti par le maire pour formuler les observations n'était pas écoulé à la date de la décision contestée ;

- les dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2010 n'ont pas été respectées ;

- l'arrêté n'est pas motivé en méconnaissance de l'article L. 211-1 du code des relations entre le public et l'administration et de l'article L. 480-2 du code d'urbanisme ;

- la décision est entachée d'erreur de fait en tant qu'elle mentionne que l'architecte des bâtiments de France n'a pas été consulté alors que l'ABF a donné un avis favorable au projet le 11 décembre 2017 et figure dans les visas de l'arrêté accordant le permis de construire ;

- le procès-verbal d'infraction est irrégulier ; son bâtiment n'étant pas visible de la voie publique, le procès-verbal n'a pu être dressé qu'à l'occasion d'une entrée irrégulière dans une propriété privée alors qu'il n'était pas présent ni convoqué pour l'établissement du procès-verbal ;

- il n'a pas procédé à la démolition du chalet existant sur la parcelle du fait que celui-ci s'est effondré dès le commencement des travaux. Il n'a pas méconnu les dispositions de l'article R. 421-28 d) du code de l'urbanisme ; le maire a entaché sa décision d'inexactitude matérielle des faits ;

- le maire a commis une erreur sur la qualification juridique des faits ; l'effondrement du chalet préexistant n'a pas pour effet de rendre les travaux entrepris comme non conforme au permis de construire ;

- l'effondrement du chalet ne saurait être assimilé à une démolition volontaire en l'absence de toute autorisation.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

- la requête enregistrée le 24 janvier 2019 sous le n° 1900556 par laquelle M. A... demande au tribunal l'annulation de l'arrêté contesté.

Vu :

- le code de l'urbanisme ;

- le code de justice administrative.

La Présidente du Tribunal a désigné M. Vogel Braun, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Vogel-Braun, juge des référés ;

- les observations de Me C..., représentant M. A..., présent à l'audience ;

- et les observations de M. D..., maire de la commune de Saint-Hubert.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision (...) » et qu'aux termes de l'article L. 522-1 dudit code : « Le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire écrite ou orale. Lorsqu'il lui est demandé de prononcer les mesures visées aux articles L. 521-1 et L. 521-2, de les modifier ou d'y mettre fin, il informe sans délai les parties de la date et de l'heure de l'audience publique (...) » qu'enfin aux termes du premier alinéa de l'article R. 522-1 dudit code : « La requête visant au prononcé de mesures d'urgence doit (...) justifier de l'urgence de l'affaire. ».

2. Aux termes de l'article L.213-7 du code de justice administrative : « Lorsqu'un tribunal administratif est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci ». Ces dispositions s'appliquent en procédure de référé suspension et à tout stade de la procédure.

3. En l'espèce, les parties s'accordent à se rapprocher en vue de renouer des liens et acceptent d'entrer dans un processus de médiation en vue de la résolution amiable du litige à l'aide d'un médiateur. Dès lors, il y a lieu de surseoir à statuer sur les conclusions à fin de suspension susmentionnées, tous droits, moyens et conclusions sur lesquels il n'est pas expressément statué par la présente ordonnance étant réservés, le temps de la médiation. Le médiateur sera désigné par ordonnance distincte de ce jour. En cas d'échec de la médiation, il sera statué sur les conclusions à fin de suspension restant en suspens lors d'une nouvelle audience de référé à laquelle les parties seront convoquées. En cas d'accord, il appartient au requérant de se désister ou aux parties de demander au tribunal l'homologation de l'accord.

ORDONNE :

Article 1 : Il est sursis à statuer sur les conclusions à fin de suspension de l'exécution de l'arrêté n° 1/2019 du 8 janvier 2019 du maire de la commune de Saint Hubert portant interruption de travaux le temps des opérations de médiation.

Article 2 : Tous droits, moyens et conclusions sur lesquels il n'est pas expressément statué par la présente ordonnance sont réservés.

Article 3 : Le médiateur sera désigné par ordonnance distincte de ce jour.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à M. A... et à la commune de Saint Hubert.

Fait à Strasbourg, le 13 février 2019.

Le juge des référés, La greffière,

J.-P. Vogel Braun M. Brosius

La République mande et ordonne au préfet de la Moselle, en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme, Le greffier,

V. Marton

Annexe n° 2 – TA Strasbourg, ordonnance du 23 avril 2019, n° 1900557 (suspension de la décision litigieuse après l'échec de la médiation)

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE STRASBOURG

N° 1900557

M. A...

M. Jean-Pierre Vogel-Braun Juge des référés

Ordonnance du 23 avril 2019

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 24 janvier 2019, M. A..., représenté par Me B..., demande au juge des référés :

1°) d'ordonner, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution de l'arrêté n° 1/2019 du 8 janvier 2019 du maire de la commune de Saint Hubert portant interruption de travaux ;

2°) de mettre à la charge de la commune de Saint Hubert une somme de 3500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

M. A... soutient que :

- il y a urgence à statuer, car l'arrêté portant interruption de travaux a pour effet de retarder les travaux conduisant nécessairement à porter atteinte aux ouvrages déjà réalisés ; la construction n'est ni close, ni couverte et les fondations risquent d'importantes dégradations en raison des intempéries hivernales dont les conséquences sont irréversibles ; les conséquences financières risquent d'être importantes ;

- il existe un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée ;

- la procédure contradictoire n'a pas été respectée s'agissant d'une mesure de police et contrevient à l'article L. 121-1 du code des relations entre le public et l'administration ; le délai de 15 jours consenti par le maire pour formuler les observations n'était pas écoulé à la date de la décision contestée ;

- les dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2010 n'ont pas été respectées ;

- l'arrêté n'est pas motivé en méconnaissance de l'article L. 211-1 du code des relations entre le public et l'administration et de l'article L. 480-2 du code d'urbanisme ;

- la décision est entachée d'erreur de fait en tant qu'elle mentionne que l'architecte des bâtiments de France n'a pas été consulté alors que l'ABF a donné un avis favorable au projet le 11 décembre 2017 et figure dans les visas de l'arrêté accordant le permis de construire ;

- le procès-verbal d'infraction est irrégulier ; son bâtiment n'étant pas visible de la voie publique, le procès-verbal n'a pu être dressé qu'à l'occasion d'une entrée irrégulière dans une propriété privée alors qu'il n'était pas présent ni convoqué pour l'établissement du procès-verbal ;

- il n'a pas procédé à la démolition du chalet existant sur la parcelle du fait que celui-ci s'est effondré dès le commencement des travaux. Il n'a pas méconnu les dispositions de l'article R. 421-28 d) du code de l'urbanisme ; le maire a entaché sa décision d'inexactitude matérielle des faits ;

- le maire a commis une erreur sur la qualification juridique des faits ; l'effondrement du chalet préexistant n'a pas pour effet de rendre les travaux entrepris comme non conforme au permis de construire ;

- l'effondrement du chalet ne saurait être assimilé à une démolition volontaire en l'absence de toute autorisation.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

- la requête enregistrée le 24 janvier 2019 sous le n° 1900556 par laquelle M. Hunault demande au tribunal l'annulation de l'arrêté contesté.

Vu :

- le code de l'urbanisme ;
- le code de justice administrative.

La Présidente du Tribunal a désigné M. Vogel-Braun, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 17 avril 2019 :

- le rapport de M. Vogel-Braun, juge des référés,
- les observations de Me C..., représentant M. A..., présent à l'audience ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision (...) » et qu'aux termes de l'article L. 522-1 dudit code : « Le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire écrite ou orale. Lorsqu'il lui est demandé de prononcer les mesures visées aux articles L. 521-1 et L. 521-2, de les modifier ou d'y mettre fin, il informe sans délai les parties de la date et de l'heure de l'audience publique (...) » qu'enfin aux termes du premier alinéa de l'article R. 522-1 dudit code : « La requête visant au prononcé de mesures d'urgence doit (...) justifier de l'urgence de l'affaire. ».

2. Aux termes de l'article L.213-7 du code de justice administrative : « Lorsqu'un tribunal administratif est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci ». Ces dispositions s'appliquent en procédure de référé suspension et à tout stade de la procédure.

3. Par ordonnance du 14 février 2019, les parties ont accepté d'entrer dans un processus de médiation. Le juge des référés a donc sursis à statuer sur les conclusions à fin de suspension susmentionnées, tous droits, moyens et conclusions sur lesquels il n'avait pas été expressément statué demeurant réservés, le temps de la médiation. Par courrier du 28 mars 2019, le médiateur a informé le tribunal que le processus de médiation est arrivé à son terme et que les parties n'ont pas trouvé d'issue favorable. Du fait de l'échec de la médiation, il est statué sur les conclusions à fin de suspension restant en suspens lors de cette nouvelle audience de référé à laquelle les parties ont été convoquées.

4. Du fait de l'exécution de travaux, il y a urgence à statuer. En l'état de l'instruction, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 121-1 du code des relations entre le public et l'administration et de ce que le délai de 15 jours consenti par le maire pour formuler les observations n'était pas écoulé à la date de la décision contestée est de nature à faire naître le doute quant à la légalité de l'arrêté interruptif de travaux.

5. Aucun autre moyen n'est en l'état de l'instruction de nature à faire naître le doute.

6. En l'espèce, il n'y a pas lieu de faire application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ; les conclusions présentées par le requérant sur ce fondement doivent dès lors être rejetées.

ORDONNE :

Article 1 : L'exécution de l'arrêté n° 1/2019 du 8 janvier 2019 du maire de la commune de Saint Hubert portant interruption de travaux est suspendue.

Article 2 : Le surplus des conclusions est rejeté.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à M. A... et à la commune de Saint Hubert.

Copie en sera adressée au procureur de la République du tribunal de grande instance de Metz en application de l'article R751-10 du code de justice administrative.

Fait à Strasbourg, le 23 avril 2019.

Le juge des référés,

J-P. VOGEL-BRAUN

La République mande et ordonne au préfet de la Moselle, en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

La greffière,

Sylvie RETTIG

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

Camille Broyelle, *Contentieux administratif*, 7^e édition, LGDJ, 2019, 540 p.

Laurent Richer et François Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 10^e édition, LGDJ, 2016, 778 p.

II. Ouvrage spécialisé

Michèle Guillaume-Hofnung, *La médiation*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 2015, 128 p.

III. Thèse

Anne-Laure Ponsard, *La transaction administrative*, thèse présentée et soutenue publiquement le 19 novembre 2015 sous la direction de Mme Sabine Boussard, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 668 p.

IV. Articles de doctrine

Grégoire Bigot, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA* 2000, n° 3, mai-juin, p. 527.

Naomi Creutzfeld, « What do we expect of ombudsmen? Narratives of everyday engagement with the informal justice system in Germany and the UK », *International Journal of Law in Context*, 12(4), 2016, p. 437.

Emmanuel Dockès, « Injustes alternatives et justes conflits. Critique des justices alternatives à partir du droit social », *Droit et cultures*, 65, 2013, p. 101.

Xavier Domino, « Innovations : la médiation et l'action collective en droit administratif », *RFDA* 2017, p. 19.

Lucienne Erstein, « La médiation sous léger contrôle », *JCP A*, n° 37, 16 septembre 2019, act. 580.

Rémy Fontier, « Droit scolaire. Le contrôle des règlements intérieurs des collèges et des lycées », *Journal du droit des jeunes*, 2013/3 (n° 233), p. 37.

Jean-Marc Le Gars, « La juridiction administrative saisie par la médiation ? », *AJDA* 2016, n° 40, p. 2272.

Arnaud Lyon-Caen, « Sur la transaction en droit administratif », *AJDA* 1997, p. 48.

Hélène Masse-Dessen, Elsa Costa, « La médiation devant les juridictions administratives aujourd'hui » *AJDA* 2019, p. 2158.

Véronique Mirouse, « La médiation administrative. Vers une nouvelle façon de percevoir le règlement des litiges pour les personnes publiques (spécificités, intérêt et actualité) », *Journal Spécial des Sociétés*, n° 52, mercredi 18 juillet 2018, p. 11.

Georges Vedel, « Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979-1980, n° 31, p. 31.

V. Jurisprudence

i. Arrêt du Tribunal des conflits

TC, 8 février 1873, n° 00012, *Blanco*.

ii. *Avis et arrêts du Conseil d'État*

CE, Sect., 5 mai 1944, n° 69751, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, Rec. 133.

CE, 25 octobre 1946, *Ville de Sancerre*, Rec. 247.

CE, Sect., 9 décembre 1949, *Sieur Chamj*, Rec. 542.

CE, 26 avril 1950, *Domergue*, Rec. 813.

CE, 19 novembre 1955, *Andréani*, Rec. 551.

CE, 13 octobre 1961, *Weithdorfer*, Rec. 564.

CE, Sect., 22 novembre 1963, *Vanesse*, Rec. 577.

CE, 14 février 1968, *Bosquier*, Rec. 117.

CE, Sect., 19 mars 1971, n° 79962, *Mergui*, Rec. 235.

CE, Sect., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados et Caisse franco-néerlandaise de cautionnements*, Rec. 135.

CE, Sect., 13 octobre 1972, *Société anonyme de banque « Le crédit du Nord » c. OPHLM du Calvados*, Rec. 630.

CE, 18 février 1976, n° 97155, *Ville de Rambouillet*, Rec. 105 ; JCP G 1976, II, 18458, obs. F. Bouyssou.

CE, Sect., 17 mars 1978, n° 95331, 00014 et 01525, *SA Entreprise Renaudin*, Rec. 140.

CE, Ass., 14 avril 1995, n° 157653, *Koen*, Rec.

CE, 13 mai 1996, n° 167475, *Fédération des orthophonistes de France*, Rec. 1996.

CE, avis, Ass., 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Haÿ-les-Roses*, n° 249153.

CE, 19 décembre 2007, n° 92851, *Société Campenon-Bernard*.

CE 15 février 2008, n° 279045, *Commune de la Londe-les-Maures*.

CE, Ass., 11 juillet 2008, n° 287354, *Société Krupp Hazemag*, Rec. 273.

CE, 11 mai 2009, n° 296919, *Commune de Toulouse*.

CE, 27 avril 2011, n° 334396, *Association pour une formation médicale indépendante*, Rec.

CE, Ass., 23 décembre 2011, n° 335033, *Danthony*, Rec.

CE, 1^{er} août 2012, n° 358157, *SNCF*, Rec. ; AJDA 2012, p. 1557.

CE, 11 octobre 2012, n° 346378, *Société ITM Entreprises*, Rec.

CE, 11 octobre 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon*, Rec.

CE, 4 octobre 2013, n° 356700, *Société Les laboratoires Servier*, Rec.

CE, 9 juillet 2015, n° 375542, *Football Club des Girondins de Bordeaux et autres*, Rec. 239.

CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Sociétés Fairbesta International GmbH et autres*, Rec.

CE, 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numéricable, Rec.*

CE, 5 juin 2019, n° 412732, *M. A...B...*

iii. Jugements et ordonnances de tribunaux administratifs et arrêt de cour administrative d'appel

CAA Bordeaux, 30 décembre 2019, n° 19BX03235, *Bordeaux Métropole.*

TA Lille, 23 juill. 2019, n° 1901341.

TA Lyon, 27 mars 2019, n° 1704535, *AJDA* 2019, p. 1296, concl. E de Lacoste Lareymondie.

TA Poitiers, 12 juillet 2018, n° 1701757, *AJDA* 2018, p. 2477 ; *JCP A* 2018, p. 2254, concl. S. Ellie.

TA Strasbourg, 1^{er} décembre 2017, n° 1704860, *LPA* 2018, n° 98, p. 8.

TA Strasbourg, 6 mars 2018, n° 1800945, *Groupement forestier du Herrenstein.*

TA Strasbourg, 31 août 2018, n° 1700831.

TA Strasbourg, ord., 13 février 2019, n° 1900557

TA Strasbourg, ord., 23 avril 2019, n° 1900557.

iv. Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 1^{er} octobre 1982, n° 8692/79, *Piersack c. Belgique.*

VI. Conclusions de rapporteurs publics

Conclusions de Bertrand Dacosta sur CE, Ass., 11 juillet 2008, n° 287354, *Société Krupp Hazemag, RFDA* 2008, p. 951.

Conclusions de Sébastien Ellie sur TA Poitiers, 12 juillet 2018, n° 1701757 : « Les conditions de l'homologation d'un accord issu d'une médiation », *JCP A* 2018, p. 2254.

Conclusions d'Emmanuel Glaser sur CE, 28 décembre 2009, n° 304802, *Commune de Béziers.*

Conclusions d'Elisabeth de Lacoste Lareymondie sur TA Lyon, 27 mars 2019, n° 1704535, *AJDA* 2019, n° 22, 24 juin 2019, p. 1296.

Conclusions d'Hélène Lestarquit sur TA Strasbourg, 1^{er} décembre 2017, n° 1704860.

Conclusions de Nicolas Normand sur CAA Bordeaux, 30 décembre 2019, n° 19BX03235 (extraits), *AJDA* 2020, p. 632.

VII. Textes juridiques

i. Constitution de la V^e République

Article 71-1.

ii. Lois

Loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel.

Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

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

Loi n° 2018-1727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance.

Loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique.

iii. Ordonnance

Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

iv. Textes réglementaires

Décret n° 75-1123 du 12 mai 1975 instituant un nouveau code de procédure civile.

Décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires.

Décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux.

v. Directive

Directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

vi. Codes

Code civil.

Code de justice administrative.

Code de la santé publique.

Code de la sécurité sociale.

Code de procédure civile.

Code des relations entre le public et l'administration.

Code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel (abrogé).

Code général des collectivités territoriales.

VIII. Rapports publics

Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, étude adoptée le 4 février 1993, Paris, La Documentation française, 1993, 163 p.

France Stratégie (Daniel Agacinski, Louise Cadin), *Médiation accomplie ? Discours et pratiques de la médiation entre citoyens et administrations*, 2 juillet 2019, 240 p.

IX. Autres documents

i. Interventions

Jacques Toubon, « Défenseur des droits : Quelles relations entre le Défenseur des droits et les médiateurs institutionnels ? », discours prononcé aux premières assises nationales de la médiation administrative.

Jean-Marc Sauvé, « Développer la médiation en matière administrative », discours prononcé le 24 novembre 2016 à la Maison du Barreau.

Jean-Marc Sauvé, « Les modes amiables de règlement des différends », discours prononcé le 24 juin 2016 pour l'ouverture des sixièmes États généraux du droit administratif.

ii. Dossiers

Dossier de presse sur Conseil d'État, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, La Documentation française, 29 juillet 2011.

Mot de Bruno Lasserre, vice-président du Conseil d'État, *in* « Dossier du participant », Premières assises nationales de la médiation administrative, 18 novembre 2019, p. 1.

iii. Chartes

Charte du Club des Médiateurs de Services au Public.

Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs.

iv. Article de blog

Éric Landot, « Le TA de Strasbourg invente la « suspension d'un acte administratif pour cause de médiation ». Une innovation logique mais audacieuse. », 28 mars 2018, blog Landot & associés, avocats à la Cour.

v. Vidéos

Chaîne YouTube du Conseil d'État, « 1re table ronde – Premier bilan de l'expérimentation de médiation préalable obligatoire », 4 mars 2020.

Chaîne YouTube du Conseil d'État, « 3e table ronde - La médiation a-t-elle sa place dans les litiges de police administrative ? », 4 mars 2020.

Chaîne YouTube du Conseil d'État, « 5e table ronde - La médiation dans les litiges d'urbanisme et d'environnement », 4 mars 2020.

vi. Dictionnaire

Dictionnaire Littré en ligne.

Sommaire – La médiation en droit administratif

INTRODUCTION : DÉFINITION, HISTOIRE, ENJEUX DE LA MÉDIATION EN DROIT ADMINISTRATIF	5
Section 1 – Définition de la médiation en droit administratif.....	6
§ 1 – La médiation au sens théorique : un phénomène social	6
§ 2 – La médiation au sens du droit positif : un mode alternatif de règlement des différends	8
A. Médiation et conciliation.....	8
B. Médiation et autres modes alternatifs de règlement des différends	10
§ 3 – La médiation au sens du droit administratif.....	12
A. Médiation et caractère institutionnel.....	12
B. Médiation et caractère obligatoire.....	15
Section 2 – Histoire de la médiation en droit administratif.....	16
§ 1 – La médiation, un mécanisme originaire du droit privé.....	16
§ 2 – Le développement de la médiation en droit administratif	17
Section 3 – Enjeux de la médiation en droit administratif.....	19
§ 1 – Les intérêts de la médiation administrative	19
§ 2 – Les dangers de la médiation administrative	22
Section 4 – La médiation administrative comme objet d'étude juridique	25
CHAPITRE 1 – LA MÉDIATION, UNE ALTERNATIVE À LA JUSTICE.....	27
Section 1 – La déjuridictionnalisation partielle du litige.....	27
§ 1 – L'éviction du juge de la résolution du litige.....	27
A. Une solution décidée par les parties : l'accord de médiation	27
1. La démonstration théorique de l'autonomie de l'accord de médiation	28
a. La genèse de l'idée d'autonomie	28
b. La confirmation de l'idée d'autonomie	33
2. Une autonomie discutable en pratique.....	35
B. Les propriétés variables de l'accord de médiation.....	37
1. Une protection potentiellement complète en matière d'accords formalisés	38
2. Une protection nécessairement incomplète en matière de solutions non formalisées.....	39
§ 2 – La persistance du juge dans l'encadrement du litige.....	40
A. L'initiative du juge.....	40
B. L'organisation de la médiation par le juge	43
C. L'information du juge.....	45
D. L'homologation de l'accord par le juge.....	45
E. Le retour du juge	47
Section 2 – La déjuridicisation partielle du litige	47

§ 1 – Un litige empreint de considérations extra-juridiques.....	48
§ 2 – Une part incompressible de considérations juridiques	51
Conclusion du chapitre 1.....	52
CHAPITRE 2 – LE MÉDIATEUR, UNE AIDE À LA RÉOLUTION AMIABLE.....	53
Section 1 – Les obligations du médiateur, garantes de son honorabilité.....	53
§ 1 – Les obligations codifiées du médiateur.....	54
A. Le tronc commun des obligations du médiateur : impartialité, compétence, diligence ...	54
B. L’obligation supplémentaire du médiateur désigné dans le cadre d’une procédure juridictionnelle : l’information du juge.....	56
§ 2 – Les obligations fixées par la Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs	56
A. La valeur juridique de la charte.....	57
B. La précision des obligations du médiateur par la charte	59
1. Les principes garants de la qualité du médiateur.....	60
2. Les principes garants de la qualité de la médiation.....	61
Section 2 – Les conséquences juridiques de l’irrespect de ses obligations par le médiateur	62
§ 1 – Les conséquences sur le médiateur.....	62
A. Les sanctions administratives du médiateur	62
B. La responsabilité du médiateur.....	62
1. La responsabilité civile du médiateur.....	63
2. La responsabilité pénale du médiateur	63
§ 2 – Les conséquences sur la médiation	63
Conclusion du chapitre 2.....	64
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	66
ANNEXES.....	67