Colloque Université du Maine

« La médiation : des textes à la pratique »

10-10-2013

Traiter de la médiation en droit public peut s'avérer bref tant le terme de médiation est assez peu présent, soit dans les textes de codification, soit même encore, et c'est dommage, dans la pratique de l'administration.

Mais, pour autant, le développement de la recherche de modes alternatifs de règlement des conflits progresse très largement au quotidien, d'une part, sous des aspects parfois peu connus, d'autre part, dans la sphère plus large des services publics, davantage peut-être qu'au sein de l'administration d'Etat elle-même.

I) Un concept formellement peu développé.

Dans le Code de justice administrative, il n'existe que deux procédures entrant dans les attributions du juge administratif en matière de médiation :

L'article L. 211-4 qui prévoit que : « *Dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont d'accord, organiser une mission de conciliation et désigner à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées* ». Cette mission de conciliation peut être rapprochée d'une mission de médiation, et s'exerce dans tous les champs de compétence contentieuse des TA / CAA. Toutefois elle est, à ma connaissance, très peu connue et donc très peu utilisée par les justiciables. Ses contours demeurent assez flous.

Les articles L. 771-3 à L. 771-3-2, qui prévoient très spécifiquement que les différends transfrontaliers relevant de la compétence du juge administratif peuvent faire l'objet d'une médiation, dans les conditions prévues par la loi n°95-125 du 8 février 1995. Dans ce cas, la juridiction peut homologuer l'accord issu de la médiation, le cas échéant. Cette procédure est récente (elle a été créée par une ordonnance de 2011), mais a le mérite de la clarté : le rôle joué par la juridiction dans le processus de médiation est clair et précisément décrit (contrairement à l'article L. 211-4, qui reste très vague sur les modalités de mise en œuvre de la conciliation).

A ces deux références, peut s'ajouter le rapport Labetoulle de 2007, concernant « L'arbitrage et les personnes morales de droit public » qui rappelle que, par exception, plusieurs EPIC (SNCF, RFF, La Poste, ainsi que les EPIC intervenant dans les secteurs de l'énergie et des mines) ont la capacité de régler des litiges par le biais de l'arbitrage. Dans certains domaines précis (fouilles archéologiques, contrats de partenariats, contrats transfrontaliers pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, liquidation des dépenses de travaux et de fournitures de l'Etat, des CT et des EP locaux), le recours à l'arbitrage est également autorisé, par dérogation législative expresse : loi n°75-596 du 9 juillet 1975.

Certes l'arbitrage n'est pas à proprement parler une médiation, mais il s'agit néanmoins d'un mode alternatif de règlement des litiges qui évite de recourir à une procédure juridictionnelle. Un médiateur et un arbitre peuvent avoir des rôles similaires dans la résolution amiable d'un litige ; toutefois, la différence entre le médiateur et l'arbitre est que le premier ne peut imposer sa solution mais seulement accompagner les parties pour parvenir à un accord négocié, alors que le second est le garant d'une sentence ou d'un compromis, que les parties s'engagent à respecter, à la suite de ce rapprochement amiable.
Il y a donc, à mon avis, une phase de médiation dans l'arbitrage, même si le processus total n'est pas tout à fait comparable.

Dans la pratique quotidienne de l'administration, il convient d'évoquer le rappel à la circulaire du Premier ministre du 6 avril 2011 incitant les administrations à faire davantage usage de la notion de transaction. D'ailleurs, cette circulaire ne faisait qu'étendre une pratique autorisée de longue date par le code civil (3ème alinéa de l'article 20-45) qui disposait initialement « les communes et les établissements publics de l'Etat ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre ». La jurisprudence administrative ayant étendu peu à peu un régime de la transaction permettant de clore un nombre croissant de différends, c'est le cas notamment en matière de marchés publics, de travaux publics…

Mais, j'ai bien conscience qu'en évoquant le recours à l'arbitrage ou à la transaction, je m'éloigne du sujet de ce jour à proprement parler.

Par ailleurs, dans la pratique du travail des administrations, je souhaite évoquer le recours administratif préalable obligatoire (RAPO) en tant qu'il donne l'occasion de résoudre à l'amiable le litige, même s'il est inclus dans le cadre global d'une procédure contentieuse, il est certainement un mode alternatif de règlement des litiges par lui-même. En effet, l'intervention d'un RAPO peut donner aux parties la possibilité de régler le litige avant que celui-ci ne fasse l'objet d'un recours contentieux,

ce qui en fait de facto un instrument de médiation, même s'il constitue par ailleurs une condition de recevabilité du recours. Il est vrai que les RAPO permettent aussi, dans leur fonction précontentieuse, de confronter des points de vue afin de solutionner un litige. Toutefois, je reconnais avoir du mal à déterminer si les vertus pacificatrices attachées à cette technique en constituent bien la finalité ou s'il ne s'agit que d'un voile pudiquement jeté sur ce qui s'apparente plus prosaïquement à un mécanisme de désengorgement des juridictions. Enfin, il s'agirait en tout état de cause d'une forme particulière de médiation sans médiateur extérieur.

Cette fonction précontentieuse (ou paracontentieuse) du RAPO est d'ailleurs mentionnée par J.-M. Sauvé dans son intervention du 4 mai 2011, lors d'un colloque organisé par le CE à la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, relatif au thème : « Les développements de la médiation ».

L'étude du Conseil d'Etat de 2010, intitulée « développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne » fait certes suite à la publication de la Directive communautaire de 2008, et a pour vocation de cadrer la réflexion principalement sur les litiges civils et commerciaux. Il n'en demeure pas moins que le fait que le Conseil d'Etat se saisisse d'un tel sujet démontre, d'une part, que les frontières sont, et vous le savez tous, de plus en plus poreuses entre droit public et droit privé pour nombre de services publics au quotidien, d'autre part, que la haute juridiction a également pris connaissance et conscience du développement de cette « pratique » et surtout de ce vocabulaire de médiation dans de nombreux services publics.

Enfin je voudrais citer, et l'on n'y prête pas souvent attention, le cas de nombreuses commissions de médiation en matière fiscale avec des organes collectifs de type paritaire qui traitent efficacement de litiges purement fiscaux. C'est le cas des commissions départementales (organisations à composition paritaire). Ce type d'organisation amiable est assez utilisé par les usagers et présente l'avantage d'une procédure plus rapide et moins coûteuse où l'administration et le contribuable apparaissent sur un pied d'égalité chacun disposant d'une voix délibérative avec toutefois la présence d'un magistrat.

C'est aussi le cas en matière d'impôt direct (créé par une loi de janvier 1941, modifiée par la loi du 27 décembre 1963, puis par la loi du 8 juillet 1987 et, enfin, la loi de finances pour 1999 qui y a ajouté la représentation d'organes associatifs).

On pourra également citer les commissions départementales de conciliation. Le fondement de de ce type de commission est qu'après un

premier recours si un différend persiste entre l'administration fiscale et le contribuable, ce dernier puisse encore disposer d'un droit de saisir une commission de type consultatif. Créée par la loi du 1er septembre 1948, la commission départementale de conciliation n'intervient qu'à propos d'une procédure de redressement contradictoire (contestation des prix ou des évaluations). On pourra également citer la commission de conciliation et d'expertise douanière ou encore le comité du contentieux fiscal et douanier et d'échange.

Si j'évoque un peu longuement ces dispositifs, c'est que je suis convaincu de l'utilité de la mise en place de telles procédures. J'irai même plus loin. Depuis que le Ministère de l'économie et des finances a mis en place dans chaque département des conciliateurs fiscaux, qui collaborent quotidiennement avec le Médiateur des Ministères économiques et financiers (créé par un décret du 26 avril 2002), le nombre de dossiers fiscaux reçus par le Médiateur de la République, puis par le Défenseur des droits, a cessé de croître, ce qui démontre bien l'efficacité de telles procédures.

II) Un esprit de médiation en fort développement.

En effet, il convient d'évoquer le lent mais réel développement d'un esprit de médiation dans la sphère publique, même s'il n'y a pas toujours, et vous l'avez compris, de textes.

A. Je voudrais tout d'abord m'interroger sur tous les aspects du droit de l'urbanisme, de l'environnement, des travaux publics qui font appel à un commissaire enquêteur, tiers neutre qui n'a certes qu'un rôle de recueil des observations mais qui, à mon sens, participe utilement à l'interface administration-usager.

De même, je note l'existence de la commission nationale du débat public (CNDP) qui n'a pas un rôle à proprement parler de médiation, mais qui présente l'avantage de retranscrire pédagogiquement, avant toute décision importante, les arguments des uns et des autres. Or, chacun sait qu'une médiation réussie est une médiation qui privilégie l'écoute et qui permet à chacune des parties de faire connaître l'ensemble de ses arguments. En cela, j'ai la conviction que ces dispositifs ne participent peut-être pas au règlement des conflits mais au moins à leur prévention, même si, à juste raison, les puristes évoqueront dans les exemples que je viens de citer l'absence de confidentialité.

La CNDP fournit un exemple très abouti du renouvellement des rapports entre l'administration et les citoyens. Il me semble toutefois que le débat public se différencie de la médiation sur plusieurs points. D'une part, le

débat public comporte une dimension préventive. Il se déroule avant la prise de décision, c'est-à-dire avant que le litige puisse véritablement se cristalliser. D'autre part, il permet une expression contradictoire, ce qui ne suppose pas que des parties aient des positions radicalement opposées. Il est d'ailleurs fréquent qu'il y ait une pluralité d'acteurs avec toute une gradation de points de vue. Enfin, le débat public est fondé sur une logique participative, de sorte que l'accent est davantage mis sur la procédure que sur les fins poursuivies (l'essentiel étant que l'ensemble des participants aient pu s'exprimer).

L'ensemble des principes qui sous-tendent ces instruments correspondent aux valeurs cardinales de ce qu'on qualifie volontiers de démocratie délibérative, participative ou encore administrative. Il n'est donc guère étonnant qu'un certain nombre de notions les partagent (le site de la CNDP énumère d'ailleurs d'autres procédés tels que la concertation ou la conciliation qui permettent également de rapprocher des prétentions contraires) sans être pour autant réductibles à la médiation.

B. J'évoquais dans mon introduction le développement d'un esprit de médiation dans la sphère des services publics au sens large peut-être davantage que dans la sphère de l'administration régalienne.
On doit commencer par citer notamment le pouvoir dévolu par la loi de 1973 au Médiateur de la République sur l'ensemble des services publics.

Certes, parmi les dizaines de milliers de dossiers traités par le Médiateur de la République, la médiation à proprement parler était utilisée seulement quelquefois par an en ce que la procédure stricte d'une médiation était respectée par un accord formel entre les deux parties et par le respect de toutes les phases d'une procédure complète de médiation. J'ajoute que ce pouvoir de médiation était également dévolu à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) notamment en matière de discrimination dans l'emploi et que ce procédé avait été utilisé à plusieurs reprises. Fort logiquement, le Défenseur des droits, créé par la loi organique du 29 mars 2011, a repris cette capacité de réaliser des médiations au sens plein du terme, même si encore une fois vous vous en doutez, lorsqu'il s'agit de traiter plusieurs milliers de dossiers par an, nous sommes avant tout des intercesseurs plus que des médiateurs.

Il en va de même, à mon sens, en ce qui concerne le développement des trop rares médiateurs ministériels à commencer par le Médiateur de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur, puis par le Médiateur des ministères économiques et financiers. J'ajoute que le développement de ses structures a, dans une certaine mesure, bénéficié de l'expérience et du succès du Médiateur de la République avec notamment pour l'un comme pour l'autre le développement de correspondants locaux

qu'il s'agisse des médiateurs académiques ou des conciliateurs départementaux en matière fiscale.

Si je regrette que ces deux exemples n'aient pas prospéré dans d'autres ministères, notamment aux affaires sociales ou à la défense (en notant toutefois la récente création d'un médiateur pour la police nationale), il n'en va pas de même pour plusieurs grands services publics comme Pôle emploi, ou les expérimentations menées actuellement par la CNAV dans plusieurs CARSAT ainsi qu'à la CNAM et à la CNAF.

Ce développement de l'esprit de médiation et de dialogue se retrouve dans de nombreuses entreprises publiques ou d'intérêt général, comme la SNCF, la RATP… ou encore avec la création récente du Médiateur des marchés publics

Mais, notre débat sur le thème qui m'est fixé de la médiation en droit public doit pouvoir être interprété de façon plus large. Vous l'aurez remarqué, jusque-là je n'ai pas évoqué l'existence de la médiation à GDF-SUEZ ou à EDF car on ne peut parler véritablement de médiation de droit public. La frontière est ténue entre ce qui relève du régalien exclu de la directive européenne sur la médiation et ce qui relève du droit commercial.

C'est la raison pour laquelle nous avons entrepris en interne dans nos services une vaste réflexion sur la notion des nouveaux périmètres du service public. Cela implique de se demander ce qui relève du service universel, du service d'intérêt général et du service d'intérêt économique général.

Je pourrais faire de très longs développements sur cette question mais je souhaite m'en tenir à l'intitulé précis de nos débats, à savoir qu'à défaut d'un véritable développement de la médiation au sens strict du terme, on assiste à un développement de plus en plus large de l'esprit de médiation, en témoigne également le très fort développement des médiateurs dans les collectivités locales.

Mais, encore une fois, j'ai parfaitement conscience qu'il y a un monde entre les textes et l'esprit. C'est d'ailleurs ce que rappelle le Conseil d'Etat (CE) dans son étude de 2010.

Dans l'optique de l'extension de la transposition aux médiations « internes » et sur la base d'un recensement des dispositifs de médiation existants réalisé par les ministères, le CE a opéré un examen de la conformité de ces dispositifs au regard des critères énumérés par la directive et devant donc être transposés :

- Définition de la médiation (article 3)
- Qualités du médiateur (article 3 : efficacité, impartialité, compétence),

- Caractère exécutoire des accords issus de la médiation (article 6),
- Confidentialité de la médiation (article 7)
- Effets de la médiation sur les délais de prescription (article 8).

Le CE conclut que la dénomination de « médiation » recouvre, de façon inappropriée, une grande diversité de processus de règlements alternatifs de différends.

Parmi les divers processus, il indique notamment que le cas des « médiations « institutionnelles » mises en place au sein des administrations ou de divers opérateurs (médiateur d'EDF, de GDF, de la SNCF) et qui, bien qu'elles s'appuient sur les règles et garanties définies par la charte des médiateurs du service public, ne satisfont pas aux critères définis. Dans cette hypothèse, elles peuvent s'apparenter davantage à des conciliations en raison du rôle directif joué par « le médiateur ». »

Pour le CE, moins de 10 % des processus recensés sont des médiations, au sens de la directive, et il ne retient que les deux dispositifs suivants (en plus de la conciliation en matière de litiges survenant entre associés de groupements agricoles d'exploitation en commun (GAEC).

- La médiation du forum des droits sur internet : Le CE estime qu'elle est « *dotée d'une charte de déontologie qui respecte pour bonne part les critères précités : « un processus librement accepté par les parties. Celles-ci sont et restent libres d'interrompre, poursuivre, conclure ou non, à leur gré, la médiation qu'elles ont entreprise. La médiation constitue un processus au cours duquel les échanges sont strictement confidentiels ». L'indépendance du médiateur est notamment assurée par le fait qu'il n'y a aucun lien de subordination entre celui-ci et les parties qui le saisissent.*
  L'accord issu de la médiation peut donner lieu à un accord écrit. Le caractère exécutoire de cet accord peut être assuré dans les conditions du droit commun énoncées à l'article 2238 du code civil. »
  Toutefois, il convient d'indiquer que depuis lors le forum des droits sur internet a disparu sans que son activité de médiation en ligne n'ait été reprise.

- La médiation de la HALDE : « *parmi les processus de médiation institués au sein des autorités administratives indépendantes, qui ne sont clairement pas dans le champ de la directive, seul celui prévu au sein de la HALDE semble pouvoir être regardé comme une médiation au sens de cette directive, en tous cas pour les litiges à caractère privé et pour ceux relevant de la matière administrative non régalienne.* »

Le CE estime d'ailleurs qu'il est naturel que très peu « de médiations », au sens de la directive aient été recensées dans la sphère publique.
L'essentiel des médiations « administratives ou institutionnelles » recensées par les administrations qui, quelles que soient les garanties qui y sont attachées, butent, soit, sur l'absence de libre choix par les parties du processus de médiation et du médiateur, soit sur le fait que ce dernier n'est pas un tiers indépendant, soit encore sur le fait qu'elles interviennent dans le champ de la matière administrative régalienne.

Ainsi donc, le Conseil d'Etat semble refermer une porte qui a toutefois tendance à bien rester ouverte et je suis persuadé que la médiation continuera de progresser non seulement dans les esprits mais aussi dans les textes Je conclurai en citant Jean-Claude MAGENDIE lors de son audition en mai 2008 pour le rapport de la commission GUINCHARD : « *notre justice doit s'enrichir en se montrant capable de développer la pratique des modes alternatifs de règlement des conflits plutôt que de chercher à traiter tout le contentieux sur un modèle unique. En effet, la médiation et la conciliation constituent des voies originales de règlement des conflits – où l'équité peut trouver toute sa place-, néanmoins respectueuses des droits et conformes à l'ordre public, le juge conservant son rôle essentiel de garant des libertés.* »

Bernard DREYFUS
Délégué général à la médiation avec les services publics
auprès du Défenseur des droits.
Professeur titulaire de chaire au Conservatoire national
des arts et métiers.