

CONTENTIEUX

La médiation administrative : l'opportunité à saisir pour une résolution pacifiée des conflits

Longtemps délaissée, la médiation administrative suscite un regain d'intérêt depuis la transposition d'une directive européenne de 2008, sur certains aspects en matière civile et commerciale. Et le législateur de considérer qu'il était d'intérêt général d'introduire la médiation dans le code de justice administrative, invitant même l'exécutif à la rendre obligatoire, à titre expérimental.

1 L'ESPRIT DE LA MÉDIATION

La médiation est un processus volontaire de résolution amiable des différends nés de relations personnelles, commerciales ou de travail, centrée sur la communication entre les parties qui s'opposent. Elle a pour objectif premier d'amener les médiés, à savoir les personnes en conflit, à se parler, à se comprendre, à lever des malentendus.

Second objectif : les amener à résoudre par eux-mêmes leur différend en cherchant à satisfaire leurs intérêts communs.

Médiation et conciliation divergent

La médiation est en cela un mode de règlement des litiges alternatif au recours au juge, à l'arbitre ou au conciliateur, lesquels prennent part à la résolution d'un différend en imposant, pour les deux premiers, et en suggérant avec plus ou moins d'insistance, pour le dernier, une solution fondée sur l'application d'une règle de droit.

Face à un conflit, les parties ont fréquemment tendance à construire

un mur entre elles, pour se protéger, car l'autre, « l'adversaire », voire « l'ennemi », est responsable de ce qu'elles vivent. Ne contrôlant ni les émotions ni les sentiments négatifs qui les envahissent, la communication entre dans un cercle vicieux : l'agression répond à l'agression, la fermeture provoque la fermeture. C'est l'escalade.

La médiation offre une autre voie de résolution du conflit. Mais elle suppose un état d'esprit ouvert, franc, loyal, sincère, sans violence à défaut de bienveillance, sur lequel s'engagent les médiés :

- exprimer sa lecture des faits, son point de vue, ses émotions, ses sentiments et ses besoins à la première personne - « je » et non pas « tu » - sans attitudes ou paroles blessantes, dans le respect de l'autre ;
- écouter attentivement, accueillir l'expression de l'autre, en s'efforçant de le comprendre, ce qui n'implique d'ailleurs pas nécessairement d'accepter la situation ;
- coopérer en vue de résoudre le conflit pacifiquement.

Il ne peut être envisagé d'entamer ou de poursuivre un processus de

médiation en cas de fragilité psychologique, de violence, de manipulation, de dissimulation ou de pression d'un médié sur un autre.

Le médiateur : tiers impartial, indépendant, neutre et loyal

Le rôle du médiateur est de remettre les médiés sur le chemin du dialogue, par le respect mutuel, l'écoute et la compréhension, en vue de parvenir à un accord durable, précisément parce qu'ils auront exploré, compris et accepté leurs désaccords. Le médiateur est un tiers, impartial, indépendant, neutre et loyal, mettant en œuvre des techniques de communication spécifiques (écoute active, questionnement, reformulation, communication non violente...). Il est là pour permettre un véritable échange entre les parties et « faire accoucher les esprits ». Impartial, cela veut dire qu'il ne privilégie aucun médié.

Indépendant, le médiateur est détaché de toute pression, notamment pécuniaire. Il n'est pas financièrement intéressé au résultat de la médiation et s'interdit d'accepter une médiation avec des personnes avec qui il a des liens d'intérêt direct ou indirect, d'ordre privé ou professionnel. Neutre, il ne prend pas position par rapport au litige, ni dans la recherche de solutions. Loyal, il s'interdit de remplir des fonctions de représentant ou de conseil de l'un ou l'autre des médiés.

Il est garant du cadre et du processus de médiation ; il s'assure que l'accord envisagé ne contrevient pas à l'ordre public, que les médiés disposent de leurs droits et consentent en toute connaissance de cause à cet accord.

2 LE DÉROULEMENT DES PROCÉDURES

C'est la structuration et la progressivité du processus qui permettent d'atteindre le résultat. Après avoir

compris la médiation, en avoir admis le principe, et donc avoir accepté d'aller vers l'autre, de comprendre et de respecter son point de vue, les médiés commencent par s'entretenir individuellement avec le médiateur.

Le processus se poursuit ensuite par deux ou trois séances d'échanges en commun, au début duquel le ou les médiateurs rappellent le cadre de la médiation : le rôle des uns et des autres et les règles applicables (confidentialité des échanges, neutralité du médiateur, durée du processus, liberté des médiés et donc possibilité de suspension ou d'interruption du processus à tout moment, loyauté, respect de la personne, communication non violente).

Quatre étapes-clés

Le processus se déroule alors de manière souple en quatre étapes. La première, centrée sur les faits, est une phase de libération de la parole, d'expression des faits et d'affirmation des positions.

La deuxième étape est une phase d'exploration du conflit : expression des émotions, libération des

négociation qui permet, au bout du compte, qu'aucune des parties ne se sente lésée. Cela implique d'élargir le champ de la discussion et de discuter sur des bases objectives et vérifiables).

3 UNE OPPORTUNITÉ À SAISIR

Les mentalités ont évolué. L'interlocuteur (agent, co-contractant, usager) des collectivités locales admet de moins en moins une relation d'autorité. A défaut de compréhension de la décision, la rancœur s'installe et nourrit le rejet des institutions. La médiation offre un cadre de communication, tant au stade de l'élaboration de la décision qu'à celui de résolution du différend. Elle ne se limite pas à l'expression juridique du conflit ; elle va au-delà. Elle est indéniablement un facteur d'apaisement des relations sociales et offre un cadre confidentiel de résolution du différend. Tout ce qui se dit, s'écrit ou se voit (des pièces par exemple) est protégé. Aucune des personnes présentes (médiateur(s),

Les médiés deviennent acteurs, libres et responsables, de la résolution « gagnant/gagnant » de leur conflit. La médiation valorise l'équité et l'inventivité. L'accord, qui prend la forme d'un contrat ou bien d'une transaction (1), est satisfaisant pour les deux parties puisqu'elles l'ont construit ensemble et accepté. La médiation évite donc l'aléa judiciaire et les difficultés d'exécution d'une décision de justice.

Une procédure moins chronophage

La médiation est un processus relativement court, de trois à six mois, rythmé généralement par un entretien individuel d'une heure à une heure et demie entre le médiateur et chacun des médiés pris individuellement, puis deux ou trois entretiens en commun d'une heure à une heure et demie. Le coût d'une médiation est très inférieur à celui d'un procès. Le taux d'efficacité d'une médiation est de l'ordre de 75%.

4 LE CHAMP D'APPLICATION

Certains différends administratifs ne pourront pas faire l'objet d'une médiation, car ils sont au cœur de l'exercice même de la puissance publique, par nature non négociable (diplomatie, défense, sécurité intérieure, élections...). Pour les autres, la porte est entr'ouverte.

Le contentieux objectif, difficile à traiter via la médiation

Le contentieux administratif se divise pour l'essentiel en deux branches. D'abord, le contentieux dit objectif, relatif au respect du principe de légalité, entendu comme le principe de soumission des actes de l'administration à la hiérarchie des normes (traité, Constitution, loi, jurisprudence, règlement). La première branche recouvre largement le contentieux de l'excès de ●●●

RÉFÉRENCES

- 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
- Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art.5
- 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, modifié par le décret n°2018-654 du 25 juillet 2018

La médiation évite l'aléa judiciaire et les difficultés d'exécution d'une décision de justice.

tensions, dissipation des malentendus (expression de ce que les médiés ont pu se dire, sans le penser, ou de ce qu'ils ont pensé, sans le dire), identification des limites et possibilités (motivations, valeurs, besoins). C'est généralement au terme de cette deuxième étape que les médiés peuvent identifier leurs réels désaccords.

Les troisième et quatrième étapes mettent en œuvre des outils tels que le brainstorming et la négociation raisonnée (c'est-à-dire un mode de

médiés, avocats) ne pourra unilatéralement faire état de ces données dans le cadre d'un procès ultérieur.

Un accord final sous forme de contrat ou de transaction

Les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la manifestation d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation.

●●● pouvoir dans lequel l'alternative donnée au juge est soit de rejeter la requête, soit d'annuler l'acte ou la disposition illégale.

A priori, les litiges objectifs se prêtent mal à la médiation, car le principe de légalité n'est pas négociable. Mais, il ne peut être exclu que des médiations soient conduites en cette matière, car le principe de légalité n'est pas monolithique. L'autorité administrative dispose en réalité de deux types de pouvoir : un pouvoir lié et un pouvoir discrétionnaire. Si le premier ne lui laisse aucune marge d'appréciation lorsque les conditions posées par la norme sont réunies, tel n'est pas le cas du second et, dans cette hypothèse, une discussion et donc une négociation peuvent avoir lieu.

Différends contractuels et harcèlement, cœur de cible de la médiation

Deuxième branche : le contentieux dit subjectif, relatif à la violation d'un droit patrimonial. Cette branche comprend pour l'essentiel le contentieux de l'indemnisation. Le champ d'application privilégié de la médiation administrative devrait ainsi être celui des litiges subjectifs, en particulier les différends contractuels (achat public, occupation du domaine public) et délictuels (responsabilité pour faute ou sans faute de l'administration), tels les dommages de travaux ou d'ouvrages publics.

Le processus de médiation apparaît également tout à fait adapté pour dénouer des tensions personnelles, voire des situations de harcèlement moral, supposées ou réelles, au sein de la fonction publique.

5 LES CONDITIONS DE LA RÉUSSITE

L'enthousiasme n'évince pas la clairvoyance ; des freins au développement de la médiation administrative existent. Le succès de la médiation

administrative passe en premier lieu par une révolution culturelle soutenue par une puissante communication. L'acte administratif unilatéral n'est pas le seul moyen d'exercice de la puissance publique ; le recours à une autorité judiciaire n'est pas davantage le seul moyen de résoudre un litige. La discussion et la coopération permettent tout autant d'agir, dans un espace de liberté retrouvée et un climat apaisé.

Sécuriser juridiquement l'accord pour parachever l'efficacité de la médiation

Le succès de la médiation administrative passe en deuxième lieu, par la sécurisation juridique de l'accord. Une vigilance particulière doit être portée aux droits des tiers (2 et 3), à la forme et au contenu de cet accord, notamment sur les points suivants que le juge administratif éventuellement saisi pour homologation, ou sur recours d'un tiers, n'omettra pas de vérifier (4) :

- les parties doivent avoir la capacité juridique de conclure l'accord ;
- elles doivent effectivement consentir à l'accord (5) ;

- l'objet de l'accord doit être licite (art. 6 du code civil) ;

- aucune règle d'ordre public ne doit être méconnue et notamment pas celle, pour une personne publique, de payer une somme qui n'est pas due (CE, 19 mars 1971, Mergui, n°79962) (6) ;

- il ne doit pas porter atteinte à des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition (art. L.213-3 du code de justice administrative et 1102 alinéa 2 du code civil).

Les droits indisponibles comprennent les droits individuels qui relèvent de dispositions dites d'ordre public ainsi que les droits collectifs, alloués à tous par l'édiction d'une norme législative ou réglementaire.

Assouplir la notion d'ordre public

Ces dispositions sont nombreuses et se dressent contre la liberté contractuelle dans tous les domaines de

l'action administrative et particulièrement en matière de fonction publique (7) et de commande publique (8). L'émergence de la médiation administrative requiert un assouplissement législatif et/ou jurisprudentiel de cette notion d'ordre public, car la résolution pacifiée d'un conflit répond aussi à un objectif d'intérêt général et constitue dans une société de l'affrontement, une ardente obligation.

Le succès de la médiation administrative passe en troisième lieu par la levée de la confusion voulue, mais préjudiciable à sa promotion, entre conciliation et médiation. L'intérêt de la médiation est en effet de purger le conflit de toutes ses sources et de nouer ou de renouer un lien social.

(1) Exemple de médiation aboutissant à un contrat et non à une transaction : TA Poitiers, 12 juillet 2018, n° 1701757.

(2) L'assureur peut en effet stipuler qu'« aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction, intervenues en dehors de lui, ne lui sont opposables ». (art. L. 124-2 du code des assurances)

(3) CE, ass., 4 avril 2014, département du Tarn-et-Garonne, n° 358994.

(4) CE, avis, 6 décembre 2002, syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses, n° 249153, rendu à propos d'une demande d'homologation d'une transaction et vraisemblablement transposable à toute autre forme d'accord.

(5) La preuve du consentement est libre et le Conseil d'Etat fait une application souple de cette exigence.

(6) Les engagements ne doivent pas nécessairement être pour autant équivalents ou de même nature (CE, 11 juillet 2008, société Krupp Hazemag, n° 287354), mais doivent ne pas être manifestement disproportionnés au montant du préjudice subi (CE, 22 juin 2012, chambre de commerce et d'industrie de Montpellier, n° 348676).

(7) Exemple : CE, 14 juin 2004, n° 250695.

(8) Il en est ainsi par exemple des articles 139 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et 36 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, lesquels encadrent strictement les modifications susceptibles d'être apportées au contrat.

Par François Oillac, médiateur,
Oillac Audrain associés