



HAL
open science

Le développement des règlements conventionnels des litiges en droit administratif

Laurent Jourdaa

► **To cite this version:**

Laurent Jourdaa. Le développement des règlements conventionnels des litiges en droit administratif. Colloque "De la mobilisation du fait à la réalisation du droit", Oct 2014, TOULON, France. pp.73-97. <hal-01911627>

HAL Id: hal-01911627

<https://hal.science/hal-01911627v1>

Submitted on 2 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Le développement des règlements conventionnels des litiges en droit administratif¹

Par Laurent Jourdaa

« Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès ».

Honoré de Balzac.

Évoquer la place qu'occupent les modes alternatifs de règlement des différends en contentieux administratif peut paraître à première vue paradoxal et inconciliable entraînant une sorte de tiraillement entre « le monde des faits » et « le monde du droit » !

Pourtant, la contractualisation grandissante du droit administratif semble propice au règlement conventionnel selon la nature des litiges. Il faut savoir que la doctrine, mais aussi les praticiens s'intéressent de plus à plus à ce phénomène qui s'inscrit dans le cadre d'une « *déjudiciarisation du droit* » ou d'une alternative à une justice traditionnelle rendue par un magistrat professionnel siégeant au sein d'une institution juridictionnelle.

Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits traduirait à la fois : un déclin de la loi et de l'emprise de l'État, synonyme de droit post-moderne², la volonté de rapprocher le citoyen de la justice, la nécessité de restaurer un dialogue entre deux parties à travers la recherche du compromis par ce que le philosophe Jürgen Habermas appelle l'éthique de la discussion mais surtout prévenir les litiges obligeant le recours à la justice étatique pour trancher un différend selon la règle de droit. À travers les procédures alternatives, c'est une justice plus égalitaire et proche de l'intérêt des parties qui est

¹ L'auteur tient à remercier chaleureusement les organisateurs de ce colloque pour leur dynamisme et leur efficacité dans la coordination, la réalisation de cette manifestation sur une thématique originale et mobilisatrice.

² S. Boussard, « Modes alternatifs de règlement des litiges », *J.-Cl Justice administrative*, fasc. 120, V° *Justice administrative*, 5 août 2008 (dern. mise à jour 15 janvier 2011).

recherchée afin de promouvoir une image de celle-ci synonyme de tempérance et non de force.

Le professeur G. Cornu note aussi à ce sujet que « *les M.A.R.C tendent à faciliter, à simplifier, à améliorer le travail judiciaire tout en allégeant les procédures conduisant les intéressés à la recherche de solutions moins ou non-contentieuses* »³.

La prévention du contentieux ou sa gestion par des techniques différentes est à la base des M.A.R.C ou M.A.R.L, ce qui conduit naturellement à opérer une distinction entre le conflit et le litige. Le Professeur Cadiet dans ses écrits souligne que le conflit a une signification plus large que le litige⁴. Ce dernier relève de la sphère juridique et appelle à une solution passant par le procès ou d'autres voies alternatives afin de répondre à « *un besoin de régulation sociale dépassant le champ ordinaire de l'activité juridictionnelle* » ; alors que le conflit prend sa source essentiellement à travers les phénomènes sociaux qui sont à la base des théories durkheimiennes propres à la sociologie. Le recours aux modes alternatifs se comprend alors comme une influence de la sphère sociologique (domaine des faits) sur la sphère juridique (marquée par la contrainte et la puissance normative). La sociologie du droit n'est pas une discipline nouvelle (les travaux du Professeur Carbonnier faisant autorité en la matière) tout comme l'utilisation des modes alternatifs qui selon l'expression de Norbert Rouland constitue ce qu'il appelle l'ordre négocié pour l'opposer à l'ordre accepté ou l'ordre contesté.

En effet, la pratique des M.A.R.C, selon les propos du Professeur Cadiet remonterait à l'Ancien Régime alors que la puissance étatique ne s'exerçait pas encore sur l'ensemble du royaume de France⁵. Il s'agissait d'une justice négociée sous la forme d'un contrat et non d'une justice réglée par une institution étatisée, centralisée et organisée sous la forme d'un procès pouvant constituer une menace pour l'ordre social. Par ailleurs, la pratique des M.A.R.C n'est pas propre à la culture française ou européenne.

³ G. Cornu, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse », *R.I.D.C* 1997, p. 313 et s.

⁴ L. Cadiet, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *R.L.R* n° 28, 2011, p. 147 et s.

⁵ L. Cadiet, *op. cit.* p. 149.

De la même manière, la justice conventionnelle ou le règlement conventionnel d'un différend est présent dans la culture nord-américaine sous l'appellation anglo-saxonne d'A.D.R (*Alternative Dispute Resolution*) et basée sur la contractualisation des rapports juridiques avec pour finalité la recherche par les parties en conflit d'une satisfaction financière équitable sans passer nécessairement par les institutions judiciaires traditionnelles.

Il s'agit, en somme, d'une sorte de privatisation de la justice à des fins économiques comme cela ressort, par exemple, de l'arbitrage pratiqué à la fois en droit du commerce international (droit privé), mais aussi en droit administratif dans des cas de moins en moins restreints, nous y reviendrons. Il faut ajouter que les modes alternatifs touchent toutes les disciplines du droit que ce soit - le droit civil avec l'exemple de la médiation familiale - le système de la médiation ou de la composition en matière pénale - la conciliation en droit du travail ou que ce soit - le droit public comme le droit international qui évoque la question du règlement pacifique des différends selon les dispositions de la Charte de l'O.N.U.⁶ mais aussi le champ du droit administratif qui nous intéressera ici et qui reprend en grande partie (avec des adaptations néanmoins) les distinctions opérées en droit civil entre M.A.R.C conventionnels ou M.A.R.C juridictionnels, M.A.R.C judiciaires ou extra-judiciaires. L'utilisation des articles du code civil intéressant la médiation, la transaction ou l'arbitrage a fait l'objet d'adaptations législatives ou jurisprudentielles en droit administratif tout en respectant les spécificités de ce droit laissant une large place à l'action de l'administration et au contrôle du juge notamment en matière d'appréciation de la notion d'ordre public qui donne lieu à une interprétation plus large qu'en droit privé. Nous en déduisons donc que la réussite ou l'échec de mesures alternatives en droit administratif est conditionné en grande partie au rôle joué par

⁶ Cf. les articles 33 et suivants de la Charte de San-Francisco, qui dispose : « 1. Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix.

2. Le Conseil de sécurité, s'il le juge nécessaire, invite les parties à régler leur différend par de tels moyens ».

l'administration ou par les juges. Ces derniers récupèrent leurs prérogatives contentieuses dès que lesdites mesures échouent ou apparaissent comme contraires à l'ordre public.

Dès lors pour comprendre l'influence du droit privé sur la pratique du droit administratif, mais aussi l'interdiction qui frappe certaines personnes publiques de recourir à des règlements conventionnels conduisant à soustraire la compétence du juge administratif (juge naturel du contentieux administratif), il convient avant tout de donner une définition précise de certains termes comme compromis, transaction, arbitrage ou médiation-conciliation. Tous ces termes ne sont pas étrangers au contentieux administratif aujourd'hui. Cela résulte de plusieurs phénomènes propres au droit administratif : la multiplicité du recours aux contrats notamment en matière de marchés publics ou de partenariats public/privé⁷, une responsabilité administrative de nature pénale ouvrant droit à une indemnisation en matière d'accidents médicaux, à un allègement des sanctions pécuniaires en matière de redressement fiscal, à une amélioration significatives des rapports entre administration et citoyens depuis la loi du 12 avril 2000 (D.C.R.A) et à une pratique plus large des recours administratifs préalables obligatoires (R.A.P.O) permettant un dialogue avec l'administration avant toute phase contentieuse devant le juge.

La définition donnée par le droit positif des modes alternatifs permet à la fois de les classer soit dans la catégorie des modes conventionnels comme la transaction par exemple ou plus récemment la convention de procédure participative instaurée par l'article 37 de la loi du 22 décembre 2010, soit dans la catégorie des modes institutionnels comme la médiation (qui est loin d'être neutre en droit administratif)

⁷ Le contrat de partenariat est une alternative par rapport aux autres contrats administratifs que sont la délégation de service public ou le marché public. Il a été mis en place par une ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004. Sa définition nous est donnée par l'article 1^{er} : « *Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital* ».

avec présence d'une tierce personne jouant aussi le rôle de conciliateur soit dans une catégorie mixte comme l'arbitrage. Par ailleurs, les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes, en dehors de tout procès donc de tout litige, comme dans le cas de la transaction pratiquée en droit administratif et qui conduit à un accord entre les parties sur la base de l'article 2044⁸ du Code civil et dont le juge administratif peut conférer force exécutoire à travers la procédure d'homologation.

Cependant, les définitions fournies par le droit et notamment la loi semblent souvent en décalage avec le sens réel, la signification réelle accordée à ces concepts socio-techniques.

La pratique du contentieux administratif prouve qu'il n'existe pas vraiment de séparation nette entre ce qui relève des règlements conventionnels et ce qui relève du règlement institutionnel d'un différend : c'est le cas pour la transaction (cf. supra), mais aussi l'arbitrage. Enfin, si la pratique des M.A.R.C en matière de procédure civile tend à devenir la règle, en contentieux administratif, elle demeure plus limitée bien que la doctrine et la jurisprudence des juges administratifs par leur travail d'interprète de la réalité sociale font évoluer cette pratique en droit public. Par exemple, l'article L.211-4 du code de justice administrative⁹ donne compétence aux tribunaux administratifs pour exercer des missions de conciliation depuis une loi du 6 janvier 1986 (modifiée par une loi du 13 décembre 2011) et ce, au même titre que les dispositions de l'article 21¹⁰ du code de procédure civile (principes directeurs du procès). En outre, les dispositions de l'article L. 311-6 du même code précisent les cas où il est possible de recourir à l'arbitrage dans certains domaines et sous certaines conditions.

Il conviendra d'analyser dans un premier temps, l'adaptation des modes conventionnels face à la spécificité du contentieux administratif (I) puis, dans un deuxième temps, il faudra montrer

⁸ Cet article dispose : « *La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ».

⁹ Cet article indique : « *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* ».

¹⁰ Cet article dispose : « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ».

l'intérêt du recours à une telle pratique, mais aussi les limites des méthodes alternatives à la justice face aux méthodes traditionnelles (II) qui s'expliquent, peut-être, par le rapprochement procédural s'opérant entre elles comme a pu le souligner le Professeur Fouchard¹¹.

I. L'adaptation progressive des modes conventionnels de règlement des différends face aux spécificités du contentieux administratif

Il ressort de la transposition des modes conventionnels aux litiges administratifs deux composantes essentielles. D'une part, le rôle prédominant du juge administratif dans la maîtrise de la procédure contentieuse (A) et d'autre part, un encadrement assez strict de ces pratiques avec, pour toile de fond, le modèle du droit civil (B).

A. Le rôle prédominant du juge administratif dans la maîtrise de la procédure contentieuse

Le contentieux administratif se présente comme un contentieux de pouvoir mettant aux prises l'administration et ses usagers, agents publics ou tiers. Les rapports de force existants entre deux parties ne sont donc pas équilibrés. L'autorité de la personne publique et des actes qu'elle prend ne laissent *a priori* aucune place au consensus ou à la transaction.

Le droit administratif se dissocie du droit privé en ce qu'il se caractérise par un rapport de puissance entre personnes publiques et personnes privées que ce soit à travers le contentieux de la légalité d'un acte, le contentieux de la responsabilité ou la contestation de stipulations contractuelles. Durant longtemps, le droit administratif a occulté certains principes propres au droit privé comme a pu le rappeler le Tribunal des conflits dans son célèbre arrêt du 8 février

¹¹ P. Fouchard, « Alternative Dispute Resolution et Arbitrage. L'évolution des modes de règlement des litiges du commerce international » ; ces pages constituent la seconde partie d'un article à paraître dans l'ouvrage "*Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle*" in Mel. en l'honneur de Philippe Kahn, Litec, 2001.

1873¹² où la compétence du juge judiciaire est écartée s'agissant de litiges en rapport avec une activité de service public et dont les dispositions du Code civil ne sont pas applicables en vertu des lois révolutionnaires des 16-24 août 1790 (article 13) et du décret du 16 fructidor an III (séparation entre le contentieux judiciaire et le contentieux administratif).

De plus, le contentieux administratif a été à ses débuts le contentieux de l'administration elle-même, qui le plus souvent était réglé de manière discrétionnaire par un représentant de l'État. En effet, la théorie du ministre-juge a perduré jusqu'à l'adoption d'une loi de 1872 marquant le passage de la justice retenue à la justice déléguée puis avec la décision du Conseil d'État du 13 décembre 1889¹³ qui confie à ce dernier la compétence exclusive en premier ressort pour connaître des litiges administratifs.

Dès lors, le règlement des litiges échoit avant tout au juge administratif ce qui n'enlève pas cependant la possibilité pour le justiciable d'éviter un recours contentieux en traitant directement avec l'Administration par l'intermédiaire de la procédure du recours administratif préalable qui, dans certains domaines, est ou devient obligatoire avant toute saisine du juge.

Le rapport publié en 2008 par Olivier Schrameck¹⁴, sous l'égide du Conseil d'État préconise l'extension des recours administratifs préalable obligatoire (R.A.P.O) à certaines catégories comme en matière d'invalidation des points résultant de la perte du permis de conduire ou s'agissant de litiges se rapportant à la fonction publique (État, Collectivités territoriales, Hôpitaux), mais aussi en droit des étrangers et en matière pénitentiaire. À noter que ce caractère obligatoire existe déjà s'agissant, par exemple, de la communication de documents administratifs avec la saisine préalable de la Commission d'accès aux documents administratifs (C.A.D.A).

¹² TC, 8 février 1873, Blanco, req. n° 00012, Rec. Leb, concl. David.

¹³ CE, 13 décembre 1889, Cadot, Rec. CE 1889, p. 1148.

¹⁴ « Les recours administratifs préalables obligatoires à la saisine du juge : un mode souple de règlement des conflits » in *Etude du Conseil d'Etat : Les recours administratifs préalables obligatoires*, Conférence de presse, 16 septembre 2008, pp. 1-15.

La généralisation des R.A.P.O peut-elle cependant être perçue comme un mode alternatif de règlement d'un litige et notamment un mode conventionnel ou est-ce alors plutôt une phase pré-contentieuse ?

Il faut savoir que les R.A.P.O ne sont pas applicables pour tous les litiges et que le recours préalable s'il n'est pas obligatoire ne peut dissuader les justiciables d'agir directement devant le juge administratif pour trouver une solution au différend.

De plus, le recours préalable se présentant soit sous la forme d'un recours gracieux devant l'auteur d'une décision soit sous la forme d'un recours hiérarchique devant le supérieur de celui qui a pris la décision ou l'acte soit sous la forme d'un recours devant une autorité administrative indépendante comme le sont certains médiateurs (exemple du médiateur du cinéma, médiateur de la S.N.C.F ou médiateur du C.N.R.S) et certaines instances de médiation institutionnalisées comme le Défenseur des droits¹⁵, n'impose pas à l'administration ou à l'autorité administrative saisie de modifier la décision litigieuse ou trouver un accord transactionnel avec la personne lésée mettant ainsi fin à l'instance contentieuse à venir. Elle n'impose pas non plus à l'administration de répondre de manière explicite et son silence gardé durant deux mois vaudra rejet de la demande malgré les dispositions de la loi du 12 novembre 2013 tendant à inverser cette pratique¹⁶.

¹⁵ Le Défenseur des droits est une autorité indépendante mise en place par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. Son statut est défini par l'article 71-1 de la Constitution de 1958. Nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans, cette autorité dispose de compétences larges ayant incombé par le passé au Médiateur de la République, au défenseur des enfants ou la H.A.L.D.E en matière de prévention et de sanction des discriminations. Le Défenseur des droits est compétent également pour tout ce qui relève de la déontologie de la sécurité. L'actuel Défenseur des droits se nomme Jacques Toubon.

¹⁶ Cf. l'article 1 de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

« I. — La loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations est ainsi modifiée :

« (...) Art. 21.-I. — Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation. La liste des procédures pour lesquelles le silence gardé sur une demande vaut décision d'acceptation est publiée sur un site internet relevant du Premier ministre. Elle mentionne l'autorité à laquelle doit être adressée la demande, ainsi que le délai au terme duquel l'acceptation est acquise ».

Par ailleurs, le recours préalable n'occulte pas la possibilité d'un recours devant le juge administratif comme nous l'avons vu plus haut puisqu'il proroge le délai de recours contentieux qui, en droit administratif, est en principe de deux mois¹⁷. De même, comme le note le Professeur Vincent Tchen, le recours administratif préalable ne poursuivrait pas une finalité identique que les procédures de conciliation ou de médiation pouvant conduire à un accord conventionnel en dehors de tout cadre administratif ou juridictionnel¹⁸. L'obstacle majeur au règlement conventionnel d'un litige administratif provient de la nature même de ce dernier souvent dichotomique. Il sera, par exemple, plus difficile, voire impossible, de transiger en matière de contestation d'un acte administratif unilatéral (acte d'autorité) dont le juge administratif se réserve d'apprécier la légalité - interne et externe - dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir (R.E.P) plutôt qu'en matière de contestation de clauses contractuelles s'agissant des contrats administratifs (actes de gestion) conduisant à un recours de plein contentieux, sachant que les deux sont parfois liés¹⁹. La pratique des règlements conventionnels ne doit pas priver le juge administratif de la possibilité de protéger lui-même les droits fondamentaux des individus dans le cadre de procédures spécifiques prévues depuis la loi du 30 juin 2000 concernant la pratique du référé notamment la procédure de référé-liberté de l'article L. 521-2 du code de justice administrative²⁰.

De toute manière, la progression du recours aux modes conventionnels de règlement d'un différend entre personnes publiques ou entre une personne publique et une personne privée dépend des textes de droit positif et de l'intervention du pouvoir prétorien afin de faire une place plus large à ces modes alternatifs. Cela est encouragé en partie par le droit de l'Union européenne surtout en matière de médiation²¹ ou en matière de transaction dont la circulaire du 6 avril

¹⁷ G. Darcy ; M. Paillet, *Contentieux administratif*, coll. Compact, éd. Dalloz, 2000.

¹⁸ V. Tchen, « Recours administratifs », *J.-Cl adm*, fasc. 1009, mise à jour 30 septembre 2013.

¹⁹ A. Noury, « Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif ? », *D.* 2012, p. 1285 et s.

²⁰ C. Debbasch ; J-C. Ricci, *Contentieux administratif*, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2001, p. 512 et s.

²¹ « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne », étude du Conseil d'Etat, La Documentation française, 2010.

2011²² délimite les contours essentiellement aux contrats administratifs à l'instar des contrats de marché public, mais aussi s'agissant de la responsabilité pénale des personnes publiques (cas de la responsabilité hospitalière) nécessitant une indemnisation des victimes ou des dommages résultant de travaux publics. En somme, il s'agit des domaines du droit administratif saisis par des règles de droit privé comme nous allons le voir maintenant.

B. L'encadrement textuel et jurisprudentiel des pratiques conventionnelles : les influences du droit civil

Les pratiques conventionnelles en droit administratif permettant de régler un litige à naître ou déjà né sans passer par un juge doivent nous amener à définir précisément ce qu'il faut entendre par convention. La convention se définit comme un accord ou un contrat passé entre deux personnes. La notion de contrat renvoie avant tout au droit civil et au droit des obligations donc au droit privé. Par exemple, l'article 1101 du Code civil nous dit : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». Par ailleurs, les dispositions du Code civil précisent que le contrat est la loi des parties comme le souligne l'article 1134 alinéa 1 du même code : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » (en latin, cela se traduit par l'adage : « *pacta sunt servanda* »).

1. Dès lors la pratique de la transaction, qui est synonyme d'accord ou de contrat²³, repose sur des bases identiques en ce qui concerne le règlement d'un différend entre deux parties, que ce différend résulte de l'exécution d'un contrat administratif stipulant par avance le recours à la justice contractuelle ou qu'il soit prévu par la loi. La transaction peut donc aussi être l'aboutissement de procédures de conciliation-médiation menées en amont avec intervention d'un tiers ou non.

²² Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F* n° 0083, 8 avril 2011, p. 6248, disponible sur le site internet de Legifrance.

²³ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, coll. Droit public, éd. Montchrestien, 13^{ème}, 2008.

Le droit administratif est bien évidemment méfiant vis-à-vis de ces pratiques de contournement de la justice traditionnelle à des fins contractuelles et souvent économiques ne faisant que souligner les carences des juges dans le règlement juridictionnel d'un litige.

Néanmoins, la transaction est pratiquée de plus en plus sous le contrôle du juge administratif et des textes en vigueur.

Le texte de référence utilisé par le juge administratif repose sur les dispositions de l'article 2044 du Code civil qui nous dit : « *La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit* ». Ainsi, la réussite d'une procédure de transaction conduit à mettre un point final au procès en cours si les parties se trouvent devant le juge ou alors à prévenir un contentieux si l'accord est intervenu en dehors de l'institution juridictionnelle.

Cependant, le respect de certaines règles de forme et de fond est nécessaire à la réussite de la transaction et, comme indiqué plus haut, le droit administratif reste vigilant à ce sujet. Il s'agit, par exemple, de la capacité de certaines personnes publiques à transiger avec des personnes physiques ou morales de droit privé selon les dispositions de l'article 2045 du code civil, de l'objet de l'accord qui doit être licite et des concessions réciproques émanant des deux parties permettant de qualifier l'accord de synallagmatique²⁴. La transaction doit aussi reposer sur un accord écrit.

Nous retrouvons, par ailleurs, à travers ces critères ceux applicables en droit civil et définis à l'article 1108 du code²⁵.

En ce qui concerne la liberté de transiger, celle-ci est libre pour l'État²⁶ et les collectivités locales en vertu des articles 2045 du Code civil et L. 2131-1 du Code général des collectivités territoriales

²⁴ Terme emprunté au droit des obligations. Un contrat est synallagmatique lorsqu'il crée des obligations envers les deux parties à la différence du contrat unilatéral.

Le contrat de vente est un exemple parmi d'autres de contrat synallagmatique.

²⁵ Cet article indique : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* ».

²⁶ Le juge administratif a reconnu à l'État la possibilité de transiger à travers plusieurs jurisprudences déjà fortes anciennes.

Cf. CE 23 décembre 1887 de Dreux-Brézé, évêque de Moulins, Rec. Leb. p. 842 ; CE 17 mars 1893, Compagnie du Nord, de l'Est et autres, Rec. Leb. p. 245

(C.G.C.T). Pour ces dernières, l'exécutif local - le Maire ou le président du Conseil général - doit recevoir l'autorisation de l'assemblée délibérante afin de conclure une transaction selon les mêmes règles que celles applicables pour la conclusion de marchés publics. En revanche, les établissements publics sont soumis à une autorisation étatique si ce sont des établissements publics de l'État. La pratique montre néanmoins qu'ils sont autorisés à transiger de par leur statut. Ces établissements publics sont soit des E.P.A ou des E.P.I.C distinction bien connue du droit administratif.

S'agissant de l'objet de la transaction, il ne doit pas être illicite, c'est-à-dire qu'il doit respecter les règles d'ordre public. L'ordre public en droit administratif, qu'il soit de protection ou de direction, étant apprécié de manière plus large qu'en droit privé où celui-ci repose sur les dispositions de l'article 6 du Code civil. Le Conseil d'État a pu rappeler ce principe dans un important arrêt d'assemblée du 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Hay-les-roses*²⁷.

Ainsi, une transaction ne pourrait intervenir en matière de police administrative voire dans le but de maintenir une décision administrative illégale portant atteinte aux droits subjectifs d'un administré où la saisine du juge naturel doit rester ouverte afin d'assurer l'effectivité des droits protégés ou protégeables.

En réalité, ce qui fait l'objet d'un contrôle étroit par la jurisprudence dans la transaction, c'est la finalité indemnitaire de cette procédure. Le juge administratif est très strict en ce qui concerne le montant des indemnités que peut accorder l'administration à la partie lésée. Par exemple, dans la décision de 2002 précitée, le Conseil d'État estime que la réparation pécuniaire doit avoir un but précis et non apparaître comme une libéralité. L'administration ne doit pas être amenée à verser une somme excessive par rapport au montant du préjudice²⁸.

Cette position avait déjà été adoptée lors d'une décision antérieure du 19 mars 1971²⁹, *Mergui* où le Conseil d'État affirmait en substance

²⁷ CE, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Hay-les-roses*, n° 249153, Rec Leb, *concl. Le Chatelier*.

²⁸ A. Lyon-Caen, « Sur la transaction en droit administratif », *A.J.D.A* 1997, dossier spécial, p. 48 et s.

²⁹ CE, 19 mars 1971, *Mergui*, Rec. Leb. 1971, p. 235, *concl. Rougevin-Baville*.

qu'une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas. Ce principe est érigé en principe d'ordre public. C'est-à-dire qu'une transaction ne peut intervenir que pour régler un différend né ou à naître. Elle n'a pas pour objet de résoudre des questions hypothétiques ou de réduire des incertitudes.

Par ailleurs, le caractère transactionnel de l'accord reste soumis aux concessions réciproques que doivent faire les parties concernées. Il est un gage de réussite de la transaction et surtout révélateur de l'équilibre se trouvant à la base de tout procédé alternatif de règlement d'un différend. Il témoigne aussi de l'influence du droit privé contractuel sur les contrats de droit public qui se caractérisent par la présence de clauses exorbitantes comme a pu le souligner le Conseil d'État dans un célèbre arrêt du 31 juillet 1912, *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*³⁰.

Cette réciprocité est néanmoins à relativiser dans certains cas comme en matière fiscale où la passation d'une transaction souffre de multiples contraintes. Contraintes pour le contribuable qui, par exemple, serait sanctionné pénalement pour le non-paiement de ses impôts dans les délais requis. Dans ce cas, le contribuable peut transiger à titre gracieux avec l'administration selon les dispositions de l'article L. 247-3 du livre des procédures fiscales³¹ et suivants ainsi que l'article 1727 du code général des impôts (modifié suite à la loi n° 2003-1311 du 31 décembre 2003) concernant l'atténuation des

³⁰ CE, 31 juillet 1912, *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*, req. n° 30701.

³¹ Cet article dispose : « *L'administration peut accorder sur la demande du contribuable ;*

1° Des remises totales ou partielles d'impôts directs régulièrement établis lorsque le contribuable est dans l'impossibilité de payer par suite de gêne ou d'indigence ;

2° Des remises totales ou partielles d'amendes fiscales ou de majorations d'impôts lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent sont définitives ;

3° Par voie de transaction, une atténuation d'amendes fiscales ou de majorations d'impôts lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent ne sont pas définitives.

L'administration peut également décharger de leur responsabilité les personnes tenues au paiement d'impositions dues par un tiers.

Aucune autorité publique ne peut accorder de remise totale ou partielle de droits d'enregistrement, de taxe de publicité foncière, de droits de timbre, de taxes sur le chiffre d'affaires, de contributions indirectes et de taxes assimilées à ces droits, taxes et contributions ».

pénalités fiscales prononcées en cas de retard du justiciable dans le paiement de sa créance, sans que cela n'entraîne forcément d'atténuation de l'impôt principal qui est dû et, sans que le redevable ne puisse, par la suite, exercer un recours contentieux ou un référé fiscal.

L'administration, pour ce cas de figure, conserve ses prérogatives de puissance publique alors qu'il s'agit bien au final d'une transaction conclue « *équitablement* » en dehors de tout procès devant le juge. Cette particularité de la transaction fait dire au Professeur Jean-Claude Ricci que celle-ci est au fond « *un acte unilatéral particulièrement discrétionnaire qui s'apparente plutôt au droit de grâce traditionnel dévolu au chef de l'État* »³².

Nous pouvons alors prétendre que la transaction en matière administrative est plutôt synonyme d'acquiescement puisqu'au final la transaction aura l'autorité de chose jugée en dernier ressort selon les dispositions de l'article 2045 du Code civil permettant au juge administratif ou au juge judiciaire, dans certains cas, d'intervenir pour homologuer le contrat, pour lui donner force exécutoire. Mais cette demande faite aux juges doit s'appliquer pour des situations particulières, car la transaction a, en elle-même, force exécutoire. Elle est, par la suite, insusceptible de recours que ce soit sur le fondement de l'erreur de droit ou pour cause de lésion. En revanche, le refus d'homologation de l'accord par les juges peut faire l'objet d'un recours puisqu'il entraîne la nullité de la transaction³³.

Néanmoins, le juge administratif dans la décision précitée *Commune de l'Hay-les-roses* rendue le 6 décembre 2002³⁴, a pu dégager de manière prétorienne, en dehors des dispositions de l'article 1441-4 du code de procédure civile³⁵ concernant l'homologation des transactions par le juge judiciaire, le principe selon lequel une demande d'homologation d'une transaction présentant des difficultés

³² G. Chavrier, « Réflexions sur la transaction administrative », *R.F.D.A* 2000, p. 548 et s.

³³ Y. Desdevises, « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », *D.* 2000, chron. p. 284 et s.

³⁴ op. cit. p. 12.

³⁵ Cet article dispose : « *Le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté* ».

particulières d'exécution est possible alors même que la procédure conventionnelle a eu lieu en dehors de toute instance juridictionnelle. L'homologation pouvant aussi découler d'une transaction réalisée au cours d'une instance ce qui fait de cette dernière une sorte de contrat judiciaire ou de jugement d'expédient, c'est-à-dire un compromis entre le juge et les parties. C'est ce qui ressort de la décision *Mergui* précitée où l'État reconnaissant sa responsabilité envers des personnes privées en vertu de la jurisprudence *Couitéas* pour refus d'utiliser la force publique afin d'expulser des locataires a accepté de leur verser une indemnité sous le contrôle du juge homologuant l'accord³⁶. Une décision plus récente du 10 février 2014³⁷ montre que le juge administratif porte la plus grande attention à la procédure d'homologation de la transaction tant en ce qui concerne le fond que la forme puisqu'en l'espèce était contesté l'absence de signature du Préfet sur un protocole d'accord. Par ce mécanisme, le juge garde la maîtrise sur les procédures alternatives, en jouant un rôle actif d'intermédiaire, en vérifiant notamment les clauses du contrat qui ne doivent pas, en droit administratif, être contraires à l'ordre public. Il faut maintenant analyser une autre pratique qui se développe de plus en plus en contentieux administratif, je veux parler de l'arbitrage et du rôle en partie conventionnel de celui-ci dans le règlement d'un litige.

2. L'arbitrage, à première vue, est à la fois un mode conventionnel de règlement d'un différend (puisque le recours à l'arbitrage doit résulter d'un accord des parties), mais c'est surtout un mode juridictionnel d'un type particulier, car l'arbitre est un juge privé qui se substitue aux juges étatiques ordinaires pour rendre une sentence faisant office de jugement. L'arbitrage n'est donc pas à proprement parler un mode alternatif de règlement d'un litige, c'est principalement une alternative radicale à la justice de droit commun puisque, par exemple, la sentence rendue par le ou les arbitres peut reposer sur le principe d'équité. C'est ce que l'on appelle l'amiable composition.

Le professeur Motulsky a, dans ses écrits, parlé de l'arbitrage comme d'une justice privée conventionnelle³⁸. Le professeur Jarroson a

³⁶ S. Boussard, « Modes alternatifs de règlement des litiges », op.cit. supra. p. 2.

³⁷ CE, 10 février 2014, SA. Gecina, req n° 350265, *concl. N. Polge*.

³⁸ L. Richer, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *A.J.D.A* 1997, dossier p. 3 et s.

défini l'arbitrage comme « *l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties exerçant la mission juridique qui lui a été confiée par celles-ci* »³⁹.

Le recours à l'arbitrage n'est pas propre au droit administratif. Il relève essentiellement du droit privé et notamment du droit commercial au niveau international ce qui s'explique à la fois par la volonté des parties d'échapper à la contrainte posée par les législations étatiques ; d'échapper aussi à la contrainte des juridictions nationales par le recours à une institution indépendante qui parfois est temporaire - afin de régler un différend dans une affaire particulière suite à la signature d'un compromis ou par l'application d'une clause compromissoire - ou parfois permanente. Nous pouvons prendre l'exemple du tribunal arbitral du sport⁴⁰ (T.A.S) créé en 1984, siégeant à Lausanne et qui est compétent pour se prononcer sur toute affaire impliquant des acteurs du monde sportif.

L'arbitrage apparaît ainsi à la fois comme une procédure facilitant la rencontre entre deux parties sur un désaccord bien précis, mais aussi comme une procédure utilisée à des fins économiques. Il se rapproche en cela de la procédure de transaction et comme un moyen ultime et radical de régler un litige ou de le prévenir pour obvier un contentieux juridictionnel.

Il faut savoir qu'en droit administratif, l'arbitrage est par principe prohibé pour les personnes publiques conformément aux dispositions de l'article 2060 du Code civil qui dispose : « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières*

³⁹ C. Jarrosson, « L'arbitrage en droit public », *A.J.D.A* 1997, p. 16 et s.

Cf. aussi du même auteur, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale » in *R.I.D.C* vol. 49 n° 2, avril-juin 1997. pp. 325-345.

⁴⁰ Le Tribunal Arbitral du Sport (T.A.S) est une institution indépendante mettant au service du sport international une organisation apte à trancher tous les litiges juridiques ayant un lien avec le sport dans des délais très brefs et à un coût moindre. Le T.A.S a été créé en 1984 et est placé sous l'autorité administrative et financière du Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport (C.I.A.S). Le T.A.S compte près de 300 arbitres choisis pour leurs connaissances spécifiques de l'arbitrage et du droit du sport. Ils proviennent de plus de 80 pays différents. Environ 300 procédures sont enregistrées par le T.A.S chaque année.

qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

La doctrine du droit administratif du début du siècle, à l'instar d'Édouard Laferrière ou du commissaire du gouvernement Romieu, s'était déjà opposée au recours à une telle pratique.

De facto, les personnes publiques qui choisiraient un tel procédé contreviendraient à des dispositions d'ordre public. Ces dispositions interdisent de se soustraire à la compétence exclusive du juge administratif en matière contentieuse comme l'avait rappelé le Conseil d'État dans un arrêt d'assemblée du 13 décembre 1957, *Société nationale de Vente des Surplus*⁴¹. Ce dernier confirma sa jurisprudence dans un célèbre avis du 6 mars 1986⁴² qui concernait la construction du parc d'attractions d'*Eurodisneyland* à Marne-la-Vallée, nous y reviendrons.

Cependant, la pratique montre des évolutions dans le sens d'une ouverture de la procédure d'arbitrage à condition qu'une loi, qu'un décret ou qu'une convention internationale l'autorise. Par exemple depuis une loi du 9 juillet 1975, les Établissements publics industriels et commerciaux (E.P.I.C) qui exercent des missions de service public tout en présentant un mode de fonctionnement les rapprochant d'entreprises privées, peuvent recourir à l'arbitrage soit par compromis soit par l'insertion, dans un contrat ou une convention, d'une clause compromissoire permettant d'anticiper la survenance d'un différend en prévoyant une procédure arbitrale. Nous pouvons citer comme exemple la S.N.C.F dont les dispositions de l'article L. 2141-5 du code des transports, issues de l'ordonnance du 28 octobre 2010, prévoient que « *la Société nationale des chemins de fer français a la capacité de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage* ». Il en va de même pour R.F.F (article L. 2111-14 du code des transports).

En réalité, la licéité du recours à l'arbitrage pour les établissements publics industriels et commerciaux ne se pose pas étant donné leurs caractéristiques qui les rapprochent de la logique commerciale donc

⁴¹ CE, Ass., 13 décembre 1957, *Société nationale de Vente des Surplus*, p. 677, *concl. F. Gazier*.

⁴² CE, avis, 6 mars 1986, *rapp. D. Labetoulle*, req. n° 339710 (affaire *Disneyland Paris*)

du droit privé. D'ailleurs, le contentieux impliquant les E.P.I.C relève, sauf rares exceptions, de la compétence du juge judiciaire depuis la célèbre jurisprudence « bac d'Eloka » du 22 janvier 1921⁴³.

Aujourd'hui, ce ne sont plus seulement les E.P.I.C qui ont la capacité de recourir à l'arbitrage, mais tout un ensemble de personnes publiques dans des domaines élargis qui touchent essentiellement aux contrats administratifs notamment en matière de passation de marchés publics de travaux ou de fournitures (article 128 du C.M.P) ou de contrats de partenariats tels que prévus par l'ordonnance du 17 juin 2004 (articles 11 et 14). C'est par les réflexions menées par un groupe de travail sur l'arbitrage des personnes publiques ayant conduit à la publication du rapport Labetoulle le 13 mars 2007 que des avancées significatives ont vu le jour en matière de pratique arbitrale en droit administratif⁴⁴.

Ainsi, les dispositions du code administratif ont été modifiées pour faire face à cette pratique avec l'insertion d'un important article : l'article L. 311-6⁴⁵. Cet article énumère les cas où un arbitrage est

⁴³ TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, req n° 00706.

⁴⁴ Rapport Labetoulle, « *Groupe de travail sur l'arbitrage* », mars 2007, La Documentation française, 22 p. Disponible en version numérique.

⁴⁵ Cet article dispose : « *Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage dans les cas prévus par :*

1° L'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, repris à l'article 132 du nouveau code des marchés publics ;

2° L'article 7 de la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant dispositions diverses relatives à la réforme de la procédure civile ;

3° L'article L. 321-4 du code de la recherche ;

4° L'article 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

5° L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales ;

6° L'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ;

7° L'article 24 de la loi n° 95-877 du 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars 1993 du Conseil des Communautés européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre ;

possible. De même, en matière de procédure civile, un décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage est venu confirmer les liens étroits qui unissent les règles de droit privé et celles de droit public⁴⁶ (cf. les articles 1520 et s. du Code de procédure civile).

En somme, il est intéressant de constater que le développement du droit conventionnel en matière de résolution des litiges conduit à une convergence des principes applicables à la fois en droit privé et en procédure civile, mais aussi en droit du contentieux administratif et ce afin de répondre de façon concrète aux réalités sociales et culturelles.

II. L'effectivité des règlements conventionnels et leur impact sur le contentieux administratif

L'impact socio-technique de ces mesures est intéressant à évaluer au travers de la multiplication du recours aux modes alternatifs comme complémentarité par rapport aux voies juridictionnelles classiques par l'élaboration de mécanismes souples et collaboratifs (A), mais qui ne sont pas sans poser certaines limites ou créer certaines contraintes (B).

A. Une gestion souple et humaine des conflits face au phénomène de multiplication des recours contentieux

Comme a pu le rappeler Monsieur Jean-Marc Sauvé en ouverture d'un colloque sur les développements de la médiation, conjointement organisé par le Conseil d'État et la Chambre de commerce de Paris le 4 mai 2011 « *les modes alternatifs de règlement des différends sont un enrichissement de la réponse judiciaire aux litiges et non un substitut à celle-ci* »⁴⁷.

À travers cette citation, le vice-président du Conseil d'État défend un modèle de justice alternative laissant une plus grande place au

8° L'article 3 de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public "Réseau ferré de France" en vue du renouveau du transport ferroviaire ».

⁴⁶ T. Clay, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2012, p. 2991.

⁴⁷ J-M. Sauvé, Intervention en ouverture du colloque « *les développements de la médiation* », colloque organisé par le Conseil d'Etat et la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 4 mai 2011, discours accessible en ligne.

dialogue entre le juge et les parties. C'est-à-dire que si l'on parle beaucoup, et à juste titre d'ailleurs, de règlement conventionnel des litiges pour régler un différend ou le prévenir par la signature d'un accord (exemple de la transaction), le droit administratif n'évoque pas assez ce qui peut conduire à de tels accords notamment par l'utilisation, en amont, de procédés de médiation ou de conciliation - si tenté que l'on puisse opérer une distinction entre ces deux notions⁴⁸ - ni du rôle fondamental que peut jouer le juge dans l'aboutissement de celui-ci en tant que médiateur. Le mot médiation qui vient du latin « *mediare* » signifiant milieu (le milieu pouvant être entendu aussi comme environnement social) n'est pas employé dans son sens originel en ce qui concerne la pratique du contentieux administratif. La médiation s'appréhende essentiellement à travers un regard sociologique, voire philosophique, qui la situe dans une logique d'entre-deux, entre l'inertie et l'opposition. De sorte que, dans l'idéal, le médiateur pourrait se présenter sous les traits imagés du passeur d'âme Charon permettant d'aider les parties à dégager une solution permettant à la fois de concilier la réalité sociale (le droit tel qu'il devrait être) et l'idéologie du droit (le droit tel qu'il est).

Ce dernier, à travers l'aspect qui lui donne, confond la notion de médiation avec celle de conciliation si bien que l'on parle de médiation-conciliation en droit administratif. Le médiateur ou le conciliateur, en tant que tiers saisi de l'affaire, n'est pas tout à fait neutre et représente bien souvent implicitement les intérêts de l'administration dès lors que la médiation est institutionnalisée⁴⁹.

Certaines procédures de médiation ne participent pas à l'accompagnement positif vers une solution transactionnelle des parties afin de mettre un terme à leur différend. En revanche d'autres le sont, comme en matière de contrat de marché public ou de responsabilité administrative hospitalière.

En matière de marché public, selon l'article 127 C.M.P⁵⁰, une procédure de conciliation peut avoir lieu en accord avec les parties

⁴⁸ F. Munoz, « Les modes alternatifs de règlements des litiges. Pour une logique de conciliation », *A.J.D.A* 1997, dossier, p. 41 et s.

⁴⁹ M. Guillaume-Hofnung, « *La médiation* », *A.J.D.A* 1997, dossier, p. 30 et s.

⁵⁰ « *Les pouvoirs adjudicateurs et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret.*

devant des comités consultatifs de règlement amiable (C.C.R.A) composés d'experts et notamment de magistrats administratifs qui donnent un avis concernant un litige opposant l'administration à son cocontractant. Cet avis peut déboucher alors sur une transaction ou par une procédure d'arbitrage élaborée selon les modalités de l'article 128 du code des marchés publics. La transaction s'avère un procédé efficace et souple en ce qui concerne le droit des contrats administratifs que ce soit en matière de marché public, mais aussi de délégation de service public et autres types de contrat à condition qu'une entente, qu'un dialogue, en amont, soit intervenu entre l'administration et son cocontractant afin d'éviter que le juge administratif n'annule *a posteriori* l'accord passé pour irrégularités dans les procédures⁵¹. Ces irrégularités ne peuvent résulter, au demeurant, de la participation d'un magistrat de l'ordre administratif à la procédure de conciliation ayant donné lieu à une transaction en vertu de l'article L. 211-4 du code de justice administrative (cf. supra).

Dans un arrêt *Tête* du 22 février 2008⁵², le Conseil d'État releva l'absence d'impartialité et de déséquilibre à propos de la participation d'un magistrat – en l'espèce le Président du Tribunal administratif de Lyon - à une procédure de transaction entre une communauté urbaine et une société concessionnaire qui fut, par la suite, contestée devant la juridiction administrative par un contribuable s'estimant lésé par la résiliation du contrat de concession.

Au surplus, n'oublions pas que la transaction peut aussi avoir, dans certain cas, un but stratégique pour la personne publique afin d'éviter les sanctions pécuniaires plus lourdes prononcées par le juge. Un arrêt récent du Tribunal des conflits du 9 décembre 2013 fait ressortir

Ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable.

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions.

La saisine du comité suspend les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par le pouvoir adjudicateur après avis du comité.

La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs, notamment les pouvoirs propres de leurs présidents, sont fixés par décret ».

⁵¹ CE, 8 décembre 1995, Commune de Saint-Tropez, req. n° 144029.

⁵² CE, 22 février 2008, *Tête*, req n° 266755, *JurisData* n° 2008-073188.

l'intérêt du dialogue avec l'administration pour éviter les lenteurs procédurales⁵³.

En matière hospitalière, la conciliation est une procédure applicable à tout ce qui touche aux accidents médicaux, affections iatrogènes et aux infections nosocomiales. Le préjudice étant souvent lourd pour la victime, la compétence des Commissions régionales d'indemnisation des accidents médicaux (C.R.C.I) depuis la loi du 4 mars 2002 participe pleinement au règlement amiable d'un différend conduisant à une indemnisation de la victime soit par un assureur soit par un organisme de solidarité nationale (O.N.I.A.M). La procédure d'indemnisation se soldant par une transaction. Cette dernière intervenant dans un délai d'un an alors qu'une action contentieuse devant les juridictions compétentes pour les mêmes faits, allonge substantiellement la procédure indemnitaire⁵⁴.

Le règlement conventionnel d'un litige découlant de l'utilisation des modes alternatifs se présente dès lors comme un gage de rapidité, de souplesse, d'équité et de rapprochement des liens entre l'administration et les citoyens tout en ne fermant pas la porte à la voie contentieuse et aux garanties procédurales qu'elles octroient au titre des principes directeurs du procès.

B. Les dérives politico-mercantiles comme risque potentiel : une pratique qui doit connaître ses limites

Il ne s'agit pas ici de remettre en cause tout ce que nous venons de dire. Mais il faut s'interroger sur les limites éventuelles à accorder au phénomène de contractualisation de la justice engendré par les pratiques conventionnelles de règlement d'un différend. En effet, comme nous avons pu le voir à travers l'arbitrage, se développe une culture visant à contourner la compétence des juridictions et à régler les litiges en dehors de toute garantie juridictionnelle. La pratique conventionnelle n'est plus au service de la complémentarité entre la justice institutionnelle et les procédés alternatifs comme la médiation ou la conciliation, mais elle instaure une concurrence entre les deux

⁵³ TC, 9 décembre 2013, Pannizon c/ commune de Saint-Palais-sur-Mer, req. n° C3931.

⁵⁴ A. Levasseur, « Les transactions : l'exemple de l'Assistance publique- Hôpitaux de Paris », *A.J.D.A* 1997, p. 54 et s.

débouchant non plus sur un dialogue constructif, mais sur une recherche d'intérêts personnels.

Des exemples peuvent nous aider à comprendre cela. Il s'agit surtout d'évoquer ici les problématiques que suscite parfois la pratique de l'arbitrage par les personnes publiques. La transaction, nous l'avons vu plus haut, fait également débat au sein de la doctrine et des prétoires. Elle semble intégrée par les acteurs publics et privés en ce qui concerne les contrats administratifs⁵⁵, mais des limites se posent s'agissant de son applicabilité concernant le contentieux de la légalité. En effet, le Conseil d'État refuse à travers sa jurisprudence qu'un justiciable puisse transiger concernant la légalité d'un acte, empêchant l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir et par la même accepter implicitement qu'un acte pouvant porter atteinte à un droit subjectif soit maintenu en vigueur. C'est ce qu'a rappelé le Tribunal administratif d'Amiens dans une décision du 14 avril 2007⁵⁶.

Il en va différemment en matière contractuelle comme nous avons pu le souligner précédemment, et ce afin d'assurer, comme en droit privé, une certaine pérennité du contrat, synonyme de stabilité juridique. De plus, l'indemnisation du cocontractant par l'Administration en cas de recours à la transaction est encadrée par la jurisprudence puisque ce sont des deniers publics qui sont en jeu et que les règles de la comptabilité publique sont *de facto* applicables. Le rôle des experts, en amont, n'est pas non plus négligeable afin d'évaluer le montant de l'indemnité à allouer.

La procédure de transaction doit-elle alors être prévue dans ce domaine pour pallier la résolution de conflits à venir ou faut-il que le juge administratif soit associé (activement ou passivement) à toute négociation en vue d'une transaction avant un recours contentieux ou lors d'un procès ? Comment assurer efficacement le règlement conventionnel d'un litige sans entacher tout recours contentieux devant le juge administratif ?

L'élargissement des procédures de transaction en matière contractuelle fait-il craindre une contractualisation plus accrue de la

⁵⁵ Cf. les dispositions de la circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, *J.O.R.F* n°0216, 18 septembre 2009, p. 15230, disponible aussi sur le site internet de Légifrance.

⁵⁶ T. adm, 14 avril 2007, Mme R, *Juris-Data* n° 2007-337929.

justice ? La notion floue de transaction en matière administrative peut-elle laisser place à une pratique de l'arbitrage « davantage élargie » ?

Des jurisprudences récentes ont mis en lumière ce phénomène. En effet, les décisions des juges judiciaires et administratifs convergent dans la reconnaissance d'un recours à la procédure d'arbitrage alors que le droit administratif est longtemps resté hermétique au développement de cette pratique⁵⁷. Par ailleurs, le rapport Labetoulle de 2007 précité a constaté qu'en droit public et notamment en droit administratif, l'arbitrage tend à se développer dans le champ contractuel propice aussi, nous l'avons vu, au recours à la transaction. Le caractère international de certains contrats ainsi que l'identité des parties au contrat engendrent des risques de conflits de juridiction mettant à mal l'édifice du droit administratif et l'activité prétorienne du juge. Par exemple, un contrat de droit privé peut être conclu alors qu'une des deux parties a la qualité de personne publique. Cela signifie-t-il que le juge administratif est incompétent ou qu'une clause de recours à l'arbitrage soit toujours licite étant donné le caractère privé donc plus souple du contrat ?

Autre exemple, un contrat administratif peut très bien être passé entre deux personnes privées conformément à la jurisprudence du Tribunal des conflits, *Société Entreprise Peyrot*⁵⁸ et comporter, par ailleurs, une clause compromissoire visant à soumettre les parties à l'arbitrage dès lors que le contrat est conclu à raison d'une activité professionnelle, et ce depuis qu'une loi du 15 mai 2001 l'autorise. Le Conseil d'État a pourtant longtemps prohibé cette pratique depuis son fameux arrêt dit *A.R.E.A* du 3 mars 1989⁵⁹. Mais le législateur en ouvrant la pratique de l'arbitrage à de plus en plus de domaines, conduisit la jurisprudence administrative à se reconnaître compétente s'agissant de l'appréciation de la licéité de clauses compromissoires ou de compromis afin « d'emboîter le pas » au législateur et d'enlever le monopole de *l'exequatur* ou de la contestation des sentences arbitrales aux juridictions judiciaires. La convergence des jurisprudences

⁵⁷ G. Teboul, « Arbitrage international et personnes morales de droit public, brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratifs », *A.J.D.A* 1997, p. 25 et s.

⁵⁸ TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, req n° 01804.

⁵⁹ CE sect., 3 mars 1989, *Sté autoroutes région Rhône-Alpes [AREA]* : *JurisData* n° 1989-640400 ; Rec. CE 1989, p. 69, *concl. Guillaume*.

administratives avec celle du juge judiciaire en matière d'arbitrage a dès lors créé des conflits de juridictions au niveau interne français, mais aussi au niveau supra-national.

Par exemple, le Tribunal des conflits dans un arrêt du 17 mai 2010⁶⁰ à propos d'un litige intervenu entre l'I.N.S.E.R.M (Institut national de la santé et de la recherche médicale) qui est un établissement public national à caractère scientifique et technologique et une fondation norvégienne de droit privé concernant le financement d'une structure de recherche, reconnaît la compétence du juge judiciaire si entrent en jeu des règles du commerce international. Dans une autre affaire plus récente dite *Ryanair* du 19 avril 2013⁶¹, le Conseil d'État, tout en se déclarant compétent pour prononcer *l'exequatur* éventuel d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger, a rejeté le recours d'une personne morale de droit public (en l'espèce le syndicat mixte des aéroports de Charente) formulé contre une sentence rendue par une juridiction arbitrale siégeant à l'étranger (en l'espèce à Londres), car le lien d'extranéité (compétence de la Cour d'arbitrage international de Londres) prévu initialement dans le contrat ne permettait pas d'appliquer un régime juridique découlant des règles du droit administratif français.

De plus, la réticence de certaines personnes publiques devant les clauses compromissaires qui sont à la base de toute procédure d'arbitrage, ne fait que souligner les risques de conflits d'intérêts de nature à la fois politique et économique.

Dans son fameux avis précité du 6 mars 1986 concernant la construction du complexe d'*Eurodisneyland*, le Conseil d'État s'était montré prudent sur la pratique de l'arbitrage par les personnes publiques en l'absence de dispositions législatives ou de stipulations conventionnelles issues du droit international. Pourtant, en l'espèce, étant donné les enjeux économiques, mais aussi culturels importants entre la France et les États-Unis, une disposition législative du 19 août 1986 est venue autoriser le recours à l'arbitrage par dérogation à l'article 2060 du Code civil et ce, dès lors que des contrats sont conclus entre des personnes publiques (exemple des collectivités locales) et des sociétés étrangères afin de réaliser des opérations

⁶⁰ TC, 17 mai 2010, Institut national de la santé et de la recherche médicale c/ Fondation Letten F. saugstad, *JurisData* n° 2010-006710.

⁶¹ CE, 19 avril 2013, SMAC c/ Ryanair Limited, req. n° 352750 et 36 2020.

d'intérêt national. Plus récemment, le litige ayant opposé l'homme d'affaires Bernard Tapie au Crédit Lyonnais et notamment à un consortium de réalisation, repris par un organisme étatisé (en l'espèce l'établissement public de financement et de restructuration) a montré que certains vides juridiques pouvaient déboucher sur une procédure d'arbitrage illicite à la fois à travers les conditions de recours à un tribunal arbitral, mais aussi à travers la sentence rendue qui ne présentait pas les critères d'impartialité imposés⁶².

En conclusion, parmi tous les modes alternatifs dont nous avons parlé et qui font appel à des pratiques conventionnelles essentiellement par les mécanismes de transaction ou d'arbitrage dont la base est le contrat, il semble que les opportunités soient grandes, mais que la multiplicité et la complexité de ces procédures ne soient pas comprises de tous, en particulier des justiciables, mais aussi des administrations. Il faudrait, comme nous l'avons évoqué plus haut, associer davantage le juge administratif à ces pratiques pour que des accords entre les parties interviennent le plus souvent en cours d'instance et non en dehors. Pour cela, le rôle de médiateur, au sens large, devrait soit incomber au juge administratif soit à un tiers désigné par le juge et les parties à l'instance comme en matière civile. Par ailleurs, la procédure de conciliation devrait être mutualisée avec celle du recours préalable obligatoire étant donné que les deux poursuivent la même finalité. Enfin, les conventions d'arbitrage ne devraient pas pouvoir être utilisées sans avoir eu recours en amont aux modes alternatifs ou au moins, de manière obligatoire, à l'un d'entre eux. Dès lors, nous pouvons nous interroger sur le devenir de la fonction de juger. Si la justice a été un certain temps dans notre histoire de nature divine (exemple des ordalies ou des duels) puis de nature politique avec l'étatisation des institutions répondant à des exigences de service public, aujourd'hui elle est exercée au nom d'intérêts privés, c'est-à-dire qu'elle se donne pour mission d'apaiser les conflits afin de prévenir les procès en trouvant des solutions alternatives économiquement mais surtout humainement acceptables !

⁶² Par exemple, l'article 1474 du code civil indique : « *L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur* ».

