

La conciliation dans le cadre des contrats de concession

Les contrats de concession comportent généralement une clause prévoyant la mise en place d'une procédure de conciliation comme préalable à la saisine du juge. Ces clauses, dont l'efficacité varie, permettent ou imposent aux parties, selon les cas, de prévenir et régler à l'amiable un litige survenant lors de l'exécution du contrat. Ces clauses, qui s'avèrent opportunes afin d'éviter le recours systématique au juge, méritent une attention particulière au moment de la mise au point du contrat entre les parties afin que leur efficacité soit réelle.

Depuis plusieurs années, les pouvoirs publics encouragent le développement des modes alternatifs de règlement des différends autant dans la sphère administrative que judiciaire. En matière contractuelle, les contrats de concession pourraient faire figure de modèle puisqu'il est courant de stipuler une clause visant à prévenir ou régler à l'amiable les différends pouvant survenir entre les parties.

L'intérêt de recourir à une conciliation dans le cadre de tels contrats ne fait pas de doute au vu des longues durées pour lesquelles ils sont généralement conclus et de la nécessité en conséquence que les parties puissent résoudre de façon pacifiée leurs différends.

Ces clauses aux intitulés divers et variés (Jugement des contestations – Résolution de litiges – Règlement des litiges – Règlement des différends – Conciliation et contestations) permettent ainsi de rapprocher les parties afin qu'elles trouvent une issue amiable aux difficultés qu'elles rencontrent.

Le procédé de la conciliation a ainsi toujours existé, sans avoir jamais été organisé par la loi ou le règlement. La conciliation se rapproche aujourd'hui fortement de la médiation, processus désormais encadré en droit interne⁽¹⁾ afin de résorber le contentieux en attente devant les juridictions administratives. En 1993, une étude du

Auteur

Marie-Hélène Pachen-Lefèvre

Avocat Associé

Aurélié Cros

Avocat à la Cour

Mots clés

Clause de conciliation • Concession • Commission de conciliation • Conciliateur • Mémoire

(1) La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ; les articles L. 213-1 et s. du CJA et R. 213 et s. issus du décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 instaurent le cadre de la médiation administrative définie comme « tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction ».



Conseil d'État avait déjà souligné l'intérêt qu'il y aurait à développer des modalités non contentieuses de règlement des litiges dans certains domaines du droit administratif^[2].

La ressemblance est telle qu'une terminologie unique mériterait d'être utilisée comme l'a souligné le ministère de la Justice dans son rapport remis en 2015 « la conciliation et la médiation doivent pouvoir être regroupées sous une terminologie unique « médiation » compte tenu de l'identité du processus »^[3].

On observera d'ailleurs que, la plupart des pays européens à l'instar des règles de droit de l'Union européenne^[4] ne distinguent pas les deux modes amiables de règlement des différends, de sorte que la conciliation apparaît finalement comme une spécificité française.

Un cadre juridique souple

Aucun texte législatif ou réglementaire ne prévoit d'obligation pour les parties d'insérer des clauses relatives aux modalités de prévention et de règlement des litiges dans les contrats de concession. Cette pratique s'est donc développée à l'initiative des parties dans un cadre strictement contractuel.

La jurisprudence avait toutefois admis que les parties à un contrat administratif puissent prévoir que les différends soient soumis pour avis à la personne ou à l'organisme qu'elles désignent : « aucune disposition législative ou réglementaire ne fait obstacle à l'insertion dans les contrats que passe l'administration d'une clause prévoyant que les difficultés auxquelles donnent lieu ces contrats devront être soumis, préalablement à la saisine du juge compétent à l'avis d'une personne ou d'un organisme qu'il désigne »^[5].

La présence de clauses de conciliation permettant la désignation d'un tiers dans les contrats publics et en particulier dans les contrats de concession (délégations de service public notamment) est parfaitement régulière.

Et désormais le Code de la commande publique adopté en décembre 2018^[6] et qui entrera en vigueur au 1^{er} avril

2019 prévoit expressément que « les parties à un contrat administratif peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur, dans les conditions fixées par les chapitres Ier et II du titre II du livre IV du code des relations entre le public et l'administration »^[7].

Il est donc désormais expressément prévu dans les textes applicables aux contrats administratifs que les parties peuvent recourir à une conciliation ou une médiation, processus visés aux articles L. 421-1 et L. 422-12 du Code des relations entre le public et l'administration.

Du fait de ces dispositions, la conciliation dans le cadre des contrats de concession reste caractérisée par une grande souplesse, à la différence des marchés publics où la procédure a été plus institutionnalisée du fait de l'existence de comités consultatifs de règlement amiable des différends (CCRA).

Une procédure obligatoire ou facultative, selon les cas

Si la conciliation est une pratique bien connue dans le cadre des contrats de concession, ses modalités de mise en œuvre diffèrent en pratique selon que le contrat de concession prévoit la conciliation comme une phase préalable obligatoire ou comme une phase seulement facultative.

Lorsqu'elle est facultative, la clause est généralement rédigée de telle manière que la saisine du juge constitue le principe (rédigée ainsi par exemple : « Les contestations qui s'élèveraient entre le Concessionnaire et l'autorité concédante, relatives à l'interprétation ou à l'exécution du présent Contrat sont soumises au tribunal administratif, dans le ressort duquel se trouve l'autorité concédante ») tout en précisant que les litiges pourront être préalablement portés devant une commission de conciliation, sans cela ne constitue un préalable obligatoire.

Ce type de clause incite assez peu les parties à recourir à la conciliation. Il s'en suit qu'en pratique, ces clauses sont finalement peu appliquées. La décision de recourir à une conciliation procède alors d'une volonté des parties de se rencontrer afin de résoudre leur différend à l'amiable du fait de l'incertitude de l'issue du contentieux, de la longueur et du coût de la procédure, de la complexité de l'affaire, ou encore de leur volonté de conserver de bonnes relations contractuelles.

Le caractère obligatoire de la conciliation est donc sans doute le meilleur moyen de rendre la procédure efficace et automatique. C'est pourquoi, les parties doivent attacher le plus grand soin lors de la rédaction de leurs clauses afin que celles-ci soient les plus explicites possibles et ne soulèvent pas de difficulté au moment de leur mise en œuvre pratique.

[7] CCP, art. L. 2197-1.

[2] Etude adoptée le 4 février 1993 l'Assemblée générale du Conseil d'État : « Régler autrement les conflits : Conciliation, transaction, arbitrage en droit administratif ».

[3] Inspection Générale des Services Judiciaires - Rapport sur le mode amiable de règlement des différends Réalisé avec l'appui du secrétariat général à la modernisation de l'action publique - avril 2015 n° 22-15, p. 16.

[4] Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale - directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

[5] CE 27 juillet 1984, Société Otis, RDP 1985, p. 247.

[6] L'ordonnance n° 018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique et le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique sont parus au *Journal officiel* du 5 décembre 2018.



En tout état de cause, dès lors que la procédure sera rendue obligatoire, les recours engagés directement seront déclarés irrecevables. Ainsi, récemment, une cour administrative d'appel a rappelé que lorsqu'il existe une stipulation contractuelle qui subordonne la saisine du juge, pour le règlement des contestations sur l'interprétation ou l'exécution du contrat, à la mise en œuvre préalable d'une procédure de conciliation, cette stipulation « fait obstacle à ce que la collectivité publique contractante émette directement des titres exécutoires pour le règlement des sommes correspondant à une contestation relative à l'exécution du contrat, sans mettre en œuvre la procédure de conciliation préalable ».

Le respect de cette saisine préalable obligatoire s'impose en vertu du principe de loyauté des relations contractuelles : « Lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel »^[8].

Dans une autre affaire, il a également été jugé que lorsque des stipulations contractuelles ont prévu une procédure de règlement des différends, l'existence même de cette procédure fait obstacle à ce qu'une des parties saisisse directement le juge administratif, y compris le juge statuant en référé. Ce dernier peut néanmoins être saisi dès lors qu'une des parties a engagé la procédure de recours préalable, sans attendre que celle-ci soit parvenue à son terme. Mais la partie qui saisit le juge avant même la nomination de l'ensemble des membres de la commission de conciliation prévue au contrat ne peut être regardée comme ayant utilement engagé la procédure et sa requête encourt l'irrecevabilité.^[9]

En définitive, lorsque la conciliation est ainsi rendue obligatoire, la personne publique ne peut émettre un titre exécutoire à l'encontre de la société ou saisir le juge administratif à fins de condamnation de cette dernière, dès lors que cette créance trouve son origine dans un contrat, avant que la procédure de conciliation n'ait été menée à son terme, ou à tout le moins, en cas d'urgence.

L'attention des parties s'impose donc avant toute saisine du juge de difficultés d'exécution d'un contrat de concession. Il y a lieu de s'assurer des conditions de mise en œuvre des clauses de conciliation qui y sont insérées.

Les étapes de la conciliation

Lorsqu'elle est obligatoire, la conciliation se déroule généralement en trois étapes.

La première étape débute, à l'initiative du concessionnaire ou de l'autorité concédante par la remise d'un mémoire dans lequel seront exposés les motifs du différend et toutes les conséquences de nature administrative, technique et/ou financière qui en résultent selon lui. Mais il faut ici rappeler que durant cette phase de conciliation, le contrat doit continuer à s'exécuter dans toutes ses clauses. Le concessionnaire ne saurait donc invoquer la mise en place de la conciliation pour se soustraire à ses obligations.

Certaines clauses sont parfois rédigées de telle manière que le concessionnaire a seul la faculté d'initier la démarche en rédigeant un mémoire faisant état des motifs du différend, l'autorité concédante pouvant de son côté entreprendre d'autres démarches, comme par exemple l'application de pénalités ou l'émission d'un titre exécutoire. Dans d'autres cas, au contraire, l'autorité concédante est placée dans la même situation que son concessionnaire et doit obligatoirement saisir au préalable la commission de conciliation si elle est en désaccord avec son concessionnaire^[10].

Si le concessionnaire a seul l'initiative de la rédaction d'un mémoire exposant le différend, ce mémoire est ensuite examiné par le concédant qui peut alors proposer une solution ou bien garder le silence ce qui équivaut à un rejet de la demande. Dans ce dernier cas, une seconde étape débute, il s'agit de la saisine d'une commission de conciliation qui sera alors chargée de proposer une solution de règlement amiable du différend.

La mise en œuvre de la procédure de conciliation suppose que l'instance ou la commission de conciliation prévue par le contrat soit constituée.

Selon les clauses en la matière, cette instance est usuellement composée de trois membres : le premier désigné par l'autorité concédante, le second désigné par le concessionnaire et le troisième désigné par les deux parties. C'est donc un nombre impair qui est en principe toujours retenu. À défaut d'accord sur la personne du troisième membre, les clauses prévoient souvent que sa désignation soit effectuée par le Président du tribunal administratif territorialement compétent^[11], statuant à la requête de la partie la plus diligente. Mais en pratique

[8] CAA Marseille 29 janvier 2018, Société Moderne d'Assainissement c/ SMIDDEV, req. n° 16MA02519, voir également CAA Paris 28 juin 2016, Les fils de Mme A, req. n° 14PA03906.

[9] CAA Bordeaux 15 septembre 2011, Commune de Parempuyre, req. n° 10BX03106.

[10] CE 15 Avril 1996, req. n° 127013 (pour un contrat de concession d'exploitation d'une patinoire municipale).

[11] On précisera qu'une jurisprudence largement commentée avait jugé que si la clause conciliation prévoit qu'en cas de carence des parties à la convention, un ou plusieurs de ses membres seront désignés par le président du tribunal administratif, une telle clause ne crée pas d'obligation envers ce dernier : CAA Marseille 28 décembre 2000, Société Transmontagne, req. n° 00MA00477 – J-C Duchon-Doris, « Conciliation et délégation de service public », *CJEG* n° 578, juillet 2001, chron. 100106.



les magistrats refusent très souvent de se prononcer. Ce type de rédaction est donc à éviter.

La solution d'un seul conciliateur est parfois privilégiée afin de ne pas instaurer une procédure trop lourde ou encore lorsque la nature ou la complexité d'un litige ne justifie pas la réunion d'une commission collégiale de conciliation.

Dans certaines concessions plus anciennes (par exemple : dans le secteur de l'eau), certains cahiers des charges indiquent que les contestations pourront être portées devant le service chargé du contrôle qui s'efforcera de concilier les parties, voire devant le préfet.

Enfin, dans d'autres secteurs plus spécifiques, le contrat peut prévoir la saisine obligatoire pour avis d'une autorité ou d'une instance particulière. C'est le cas par exemple dans le secteur des concessions de distribution d'électricité. Il existe en effet une « Commission permanente de conciliation » qui relève d'une association de collectivités territoriales spécialisée dans les services publics (La Fédération nationale des collectivités concédantes et régies – FNCCR)^[12]. Ainsi, dans ce cadre, avant l'engagement de toute procédure juridictionnelle, les parties doivent porter leurs contestations devant cette instance en vue d'une conciliation éventuelle.

Toutefois, il est généralement prévu que cette procédure ne fait pas obstacle au droit pour l'une des parties de saisir le juge compétent à titre conservatoire dans l'hypothèse où les délais de recours ne permettraient pas d'attendre l'issue de la conciliation.

Dans tous les cas, la composition des membres de l'instance de conciliation revêt une importance majeure. L'indépendance et la compétence de ces membres sont deux conditions nécessaires à la réussite de la procédure de conciliation.

Les membres de la commission de conciliation seront donc des intervenants privés, rémunérés par des honoraires qu'ils fixent librement. Ces honoraires pourront soit être partagés entre les deux parties, soit mis à la charge de la partie perdante.

Dotés d'une compétence reconnue, les membres désignés devront être à même de comprendre les enjeux du litige pour être en mesure de parvenir à proposer aux parties une solution satisfaisante.

Ils devront disposer de tous pouvoirs pour se voir remettre toutes indications de quelque nature qu'elles soient, et pour solliciter des parties des explications qu'elles jugeraient nécessaires. Ils seront ainsi libres de diligenter toutes opérations utiles à leur mission (nombre de réunions à prévoir, présence ou non des deux parties ensemble, déplacements éventuels). En tout état de cause, il est important que ces réunions fassent l'objet de comptes rendus écrits.

[12] Pour un exemple d'application : CAA Lyon 1^{er} février 2018, ERDF c/ Syndicat intercommunal des collectivités électrifiées du département de la Côte-d'Or, req. n° 15LY01850.

Le rôle du ou des membres de la commission de conciliation sera toutefois moins d'interpréter strictement les dispositions du contrat de concession que de trouver une solution de compromis entre les parties qui devra faire l'objet d'un rapport analysant les origines et la nature des difficultés survenues et proposant une solution complète à même de satisfaire les parties mais sans valeur obligatoire naturellement (sauf clause obligatoire). De leur côté, les parties devront s'engager à examiner de bonne foi cette solution.

Quelle issue en cas de réussite ou d'échec d'une conciliation ?

Deux issues sont possibles une fois la conciliation menée à son terme et le rapport rendu par le conciliateur ou la commission de conciliation.

Les parties peuvent en premier lieu s'en remettre à l'avis de la commission et ainsi concrétiser leur accord par la voie d'une transaction. Le recours à la transaction est encouragé de longue date par les pouvoirs publics^[13] et par le Conseil d'État^[14].

La circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits détaille les règles à respecter concernant la transaction et rappelle qu'il s'agit d'« un contrat écrit, permettant de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naître »^[15]. L'administration est invitée à transiger dans tous les cas, notamment, où il apparaît clairement que l'État a engagé sa responsabilité et où le montant de la créance du demandeur peut être évalué de manière suffisamment certaine.

Selon cette même circulaire, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux ont la capacité de transiger librement depuis la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions^[16]. Ainsi, l'article L. 2122-21, al. 7 du CGCT permet au maire de transiger avec l'autorisation préalable de l'organe délibérant.

La transaction, pour être valide, doit toutefois comporter des concessions réciproques et résulter d'un différend né ou à naître. Et surtout elle doit respecter certains principes applicables aux personnes publiques. En particulier, cette transaction ne devra pas constituer une libéralité de la part de la personne publique. Le juge serait ainsi en droit de remettre en cause tout accord qui aurait pour effet de condamner une personne morale de

[13] Cf. Circulaire du Premier ministre du 6 février 1995.

[14] Cf. Instruction n° 10-009-M0 du 12 avril 2010 intitulée Le recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique - Diffusion de la circulaire du 7 septembre 2009 et précisions sur l'étendue des contrôles du comptable en matière de transaction.

[15] C. civ., art. 2044.

[16] CE avis 21 janvier 1997, n° 359996, *EDCE* 1998, p. 184.



droit public à verser une somme qu'elle ne doit pas^[17]. Enfin, la transaction n'aura d'effet, comme tout contrat, qu'entre les parties et vaudra titre exécutoire.

Les parties peuvent également sceller leur accord dans le cadre d'un avenant au contrat, qui devra respecter les principes énoncés précédemment, ainsi que le régime propre aux avenants.

En cas de désaccord persistant entre les parties, celles-ci sont alors autorisées à saisir le tribunal administratif. Cette demande intervient généralement à la demande de la partie la plus diligente. Et la personne publique recouvre également ses pouvoirs (privilège du préalable) et peut, le cas échéant, émettre un titre exécutoire. Ainsi, dans l'affaire précédemment évoquée, la cour administrative d'appel de Marseille a confirmé que l'autorité concédante pouvait, en l'absence d'accord des parties sur les propositions de la commission de conciliation à l'issue d'un délai de quinze jours suivant son avis, émettre un titre exécutoire alternativement à la saisine du juge administratif. La Cour a de plus rappelé qu'une collectivité publique ne pouvait renoncer contractuelle-

ment à cette faculté, d'ordre public. Ainsi, la Cour n'a pas hésité à écarter les stipulations de la clause de conciliation contenue dans la convention conclue entre les parties, dès lors qu'elles étaient divisibles de ses autres stipulations, pour juger que le titre de recettes avait été mis à bon droit^[18].

En conclusion, à l'heure où les modes de règlement amiable des différends sont encouragés, les collectivités comme les concessionnaires ont tout intérêt à prévoir dans leurs contrats de concession des clauses de conciliation. Ces clauses mériteraient sans doute d'être rédigées d'une manière plus innovante afin qu'elles soient parfaitement adaptées aux situations conflictuelles dans lesquelles les parties pourraient se retrouver lors de l'exécution de leur contrat.

L'insertion de telles clauses dans les contrats de concession est donc opportune même si la question demeure de savoir s'il est préférable de prévoir une conciliation facultative ou une conciliation obligatoire, seule à même finalement de réduire la lourdeur et la lenteur de certains contentieux.

[17] CE 19 mars 1971, Mergui, *Rec. CE* p. 235, concl. M. Rougevin-Baville ou encore CE 8 décembre 1995, Commune de St Tropez, req. n° 144029, *AJDA* 1996 p. 448, note V. Haïm.

[18] CAA Marseille 29 janvier 2018, Société Moderne d'Assainissement c/ SMIDDEV, req. n° 16MA02519.