Faut-il mettre en place une médiation préalable obligatoire dans le cadre des marchés publics ?

La médiation présente des avantages tels que la confidentialité et une résolution rapide. Cependant, l'imposer pourrait s'avérer contre-productif, nuire à son efficacité et complexifier l'accès au juge.

Pour désengorger les juridictions, rappelons que les pouvoirs publics développent depuis quelques années le recours aux modes alternatifs de règlement des différends, regroupés sous l'acronyme « MARD »⁽¹⁾. Ces modes alternatifs peuvent être la conciliation, la médiation, la procédure participative, la transaction.

Le règlement alternatif, ou non juridictionnel, des différends, est entré dans la pratique juridique en droit civil avec la loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

Le règlement non juridictionnel s'est ensuite discrètement diffusé dans la sphère administrative⁽²⁾ pour être finalement consacré par l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite loi de

[1] Parmi les textes témoignant de la volonté des pouvoirs publics de développer le recours aux règlements non juridictionnels des différends, il est possible de citer : le décret n° 2023-357 du 11 mai 2023, relatif à la tentative préalable obligatoire de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile ; le décret n° 2023-686, 29 juillet 2023, portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire ; le décret n° 2022-1353, 25 octobre 2022, relatif à la composition et aux modalités de fonctionnement du Conseil national de la médiation.

[2] Par l'article 13 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif ; la circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits ; 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 ; les cahiers des clauses administratives générales des marchés publics prévoyant des modes amiables de résolution.

Auteurs

Audrey Bocquet
Thomas Rouveyran
Avocats à la Cour
Seban Avocats

modernisation de la justice du XXI^e siècle, complétée par plusieurs lois et décrets⁽³⁾.

Pour ancrer ces pratiques dans les usages administratifs, divers dispositifs ont été mis en œuvre⁽⁴⁾. Parmi ces dispositifs, le législateur a notamment rendu obligatoire le recours à une médiation préalable pour certains litiges individuels intéressant les fonctionnaires et certains litiges sociaux⁽⁵⁾.

Ces mesures ont permis un déploiement effectif de la médiation administrative et le délégué national à la médiation pour les juridictions administratives, Amaury Lenoir, a ainsi déclaré fin 2023, que « les juridictions administratives se sont rapidement et efficacement appropriées « l'esprit et l'outil » de la médiation ».

Si le législateur n'a pas imposé le recours à la médiation préalable obligatoire pour les différends de la commande publique, les acheteurs publics peuvent toutefois prévoir une clause imposant la saisine d'un comité consultatif de règlement des différends préalablement à l'introduction de tout contentieux concernant l'exécution d'un marché.

Ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable aux différends relatifs à l'exécution des marchés⁽⁶⁾.

Ainsi pourvus, les acheteurs auraient pu généraliser ces clauses de règlement mais tel n'est pas le cas, certains s'y refusent. Le succès de ce dispositif est par ailleurs difficile à mesurer, faute de communication des données officielles des comités⁽⁷⁾.

Force est donc de constater que l'introduction dans le Code de la commande publique de tels comités n'a donc pas eu pour effet de systématiser la pratique des règlements non juridictionnels.

(3) Notamment le décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif, la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire et le décret n° 2022-433 du 25 mars 2022 relatif à la procédure de médiation préalable obligatoire applicable à certains litiges de la fonction publique et à certains litiges sociaux.

(4) Parmi ces mesures, Jean-Marc Sauvé, lors de la conférence de presse organisée à l'occasion de la signature de la convention entre le Conseil d'État et le Conseil national des barreaux le 13 décembre 2017 relève notamment la nomination d'un référent national médiation, la désignation d'un référent auprès de chaque juridiction administrative, la conclusion de conventions-cadres entre les tribunaux, les barreaux et les administrations locales.

(5) Décret n° 2022-433 du 25 mars 2022 relatif à la procédure de médiation préalable obligatoire applicable à certains litiges de la fonction publique et à certains litiges sociaux.

(6) CCP, art. R. 2197-1.

(7) À titre indicatif, Christian Falliéro, rapporteur au Comité Consultatif Interrégional de Règlement Amiable des Marchés Publics (CCIRA) de Bordeaux indique dans un document public intitulé « retours d'expériences et commentaires portant sur l'activité de rapporteur au CCIRA » qu'un tiers des dossiers qu'il a traités a abouti à une transaction.

Face à l'usage de plus en plus courant de la médiation, se pose donc la question de la pertinence qu'il y aurait à instaurer une médiation préalable obligatoire à l'introduction de tout contentieux en matière de commande publique.

Si le cadre juridique actuel de la médiation administrative est relativement souple et que son application à la commande publique présente des avantages indiscutables, la rendre obligatoire pourrait néanmoins s'avérer contre-productif.

Le recours à la médiation administrative est prévu par un cadre juridique souple

Rappelons que la médiation administrative peut être organisée sans limitation de domaine et s'entend de « tout processus structuré » en vue de la résolution amiable d'un différend par un médiateur que les parties décident de choisir⁽⁸⁾. La médiation peut être enclenchée à l'initiative des parties, avec ou sans la coopération de la juridiction⁽⁹⁾ ou à l'initiative du juge saisi d'un litige avec l'accord des parties⁽¹⁰⁾.

Quelle que soit la ou les personnes à l'initiative de la médiation et, qu'elle suppose ou non l'intervention de la juridiction, elle est encadrée par certaines garanties :

– le médiateur doit accomplir sa mission avec impartialité, compétence et diligence⁽¹¹⁾. Il peut être désigné par les parties elles-mêmes ou par la juridiction. Il doit être qualifié eu égard à la nature du litige et justifier d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation⁽¹²⁾ ;

– la médiation est confidentielle. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties⁽¹³⁾.

Précisons également que pour inciter le recours à la médiation administrative, le législateur a prévu différentes dispositions :

– dans le cas où la médiation aboutit à un accord, les parties ont la possibilité de saisir la juridiction aux fins de l'homologuer et de lui donner force exécutoire⁽¹⁴⁾ ;

– la médiation interrompt les délais de recours contentieux et suspend les prescriptions⁽¹⁵⁾ ;

(8) CJA, art. L. 213-1.

(9) Encadrée par les articles L. 213-5 et L. 213-6 du Code de justice administrative, la médiation conventionnelle en droit administratif se distingue de celle en droit civil par le fait que les parties peuvent s'adresser au juge administratif sans le saisir d'aucun litige pour qu'il désigne un médiateur et détermine les modalités de la médiation si les parties le lui demandent.

(10) CJA, art. L. 213-7 à L. 213-10.

(11) CJA, art. L. 213-2.

(12) CJA, art. R. 213-3.

(13) *Ibidem*.

(14) CJA, art. L. 213-4.

(15) CJA, art. L. 213-6.

– l'État supporte les frais de médiation d'une partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle.

La médiation peut avoir un coût, celui de la rémunération du médiateur. Ainsi, lorsque la mission de médiation est confiée à une personne extérieure à la juridiction, le juge détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci. Lorsque les frais de la médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leur répartition^[16].

Au final, la médiation dispose d'un cadre légal construit sur la base de règles souples.

Développer l'usage de la médiation tend à offrir des avantages indiscutables

Dans sa philosophie originelle, la médiation est « un outil d'apaisement et de « co-construction au bénéfice des citoyens »^[17] qui remplace dans le consensualisme des parties l'issue d'un différend. La solution étant construite avec le concours des parties, elle est supposée emporter leur adhésion, ce qui peut dès lors assurer sa bonne application.

De manière pragmatique, la médiation peut assurer une résolution plus rapide qu'un procès face à l'engorgement de certaines juridictions. Et le corollaire de l'absence d'un procès est, en théorie tout au moins, un coût financier moindre qui se limite à la rémunération du médiateur.

Son efficacité tient donc non seulement à ce qu'elle invite les parties à entrer dans un rapport non conflictuel mais également à ce qu'elle permet d'intégrer « des éléments d'équité et pas seulement de légalité stricte », permettant « de saisir l'ensemble d'une situation »^[18]. À ce titre, la médiation permet donc de prendre en considération des éléments extra-juridiques, par exemple commerciaux, financiers ou techniques dans un cadre assurant la confidentialité des informations livrées par les participants vis-à-vis des tiers. En cas d'échec de la médiation et de la poursuite du conflit devant le juge, les informations échangées pendant la médiation ne pourront être présentées devant le tribunal sans l'accord des parties.

Contrairement au règlement juridictionnel, la médiation ne se limite pas à faire intervenir les seules parties au litige, elle peut associer à la recherche d'un accord entre les participants des personnes ayant un rôle décisif dans le conflit. En matière de marchés publics, la médiation présente ainsi le net avantage de permettre l'intervention des éventuels sous-traitants à l'échange.

[16] CJA, art. R. 213-6.

[17] « Retour sur cinq années de médiation administrative », communiqué de presse du 28 mars 2022 du Conseil d'État.

[18] Intervention de Jean-Marc Sauvé lors de la conférence de presse organisée à l'occasion de la signature de la convention sur la médiation en matière administrative entre le Conseil d'État et le Conseil national des barreaux le 13 décembre 2017.

Le médiateur peut alors rendre un avis tenant compte du rôle du sous-traitant et des informations qu'il a apportées au différend opposant l'administration et son cocontractant direct.

Ces atouts ont fait leurs preuves et la Haute juridiction relève que la médiation administrative a rencontré un certain succès : « depuis 2017, 4 327 médiations volontaires ont été réalisées par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, dont la moitié a permis d'aboutir à un accord. Le dispositif de médiation préalable obligatoire, pérennisé depuis le 25 mars 2022, a permis de trouver un accord pour 76 % des 4 364 médiations préalables menées depuis le début de son expérimentation »^[19].

Rendre obligatoire le recours à la médiation peut s'avérer contre-productif

En premier lieu, imposer la médiation peut nuire à son efficacité : les cocontractants d'un contrat administratif peuvent avoir recours à la médiation, même dans le cas où elles ne l'auraient pas contractualisé. Quel serait alors l'intérêt de la rendre contraignante ?

Deux réflexions critiques à cet égard peuvent naître.

Il semble tout d'abord contraire à l'esprit originnaire de la médiation de rendre son recours obligatoire^[20], laquelle suppose qu'elle emporte l'adhésion des participants. Rappelons que la lettre même des dispositions relatives à la médiation consacre une place primordiale à l'accord des parties^[21].

Ensuite, il faut souligner que la médiation poursuit un objectif d'efficacité en cherchant notamment à éviter un contentieux potentiellement long et coûteux. Or, une médiation mal menée car contrainte pourrait dans certains cas avoir l'effet inverse.

En deuxième lieu, la pratique nous démontre que la commande publique n'est pas le domaine d'élection d'une médiation systématique.

À titre comparatif, on constate qu'à l'heure actuelle, le recours au comité consultatif de règlement des différends n'est pas une pratique généralisée par les

[19] « Retour sur cinq années de médiation administrative », communiqué de presse du 28 mars 2022 du Conseil d'État.

[20] En 2016, Jean-Marc Sauvé, alors vice-président du Conseil d'État déclarait à l'occasion d'un colloque sur le développement de la médiation en matière administrative que « à aucun moment, une procédure de médiation ne pourra donc être imposée aux parties, même après l'engagement d'une procédure juridictionnelle, une telle obligation serait d'ailleurs tout à fait contraire à l'esprit de la médiation et aurait des effets contre-productifs. »

[21] À titre d'exemples, les parties peuvent convenir entre elles de l'organisation médiation et du choix d'un médiateur ou convenir de s'en remettre au juge pour les modalités et le choix du médiateur. La confidentialité des échanges issus de la médiation peut être levée seulement avec l'accord des parties.

acheteurs, certains refusant de se contraindre dès la passation de leurs contrats à mettre en œuvre cette procédure précontentieuse. Cet exemple peut illustrer l'absence de pertinence pour les acheteurs à systématiser le recours à la médiation.

Imposer une clause de recours à la médiation préalable obligatoire pourrait ainsi complexifier la pratique des acheteurs. Le Conseil d'État, dans son bilan final sur l'expérimentation de la médiation préalable obligatoire dans certains contentieux de la fonction publique et sociaux, souligne à cet égard que « la médiation préalable obligatoire n'est pas toujours nécessaire, voire pertinente. La médiation préalable obligatoire ne se justifie que si elle se met en œuvre dans un domaine où les volumes contentieux sont importants, où l'approche proposée par la médiation est opportune et où l'administration affiche une adhésion de principe à ce mode alternatif de résolution des litiges »^[22].

Plus précisément, la médiation peut s'avérer pertinente pour certains contrats, par exemple pour les marchés particulièrement complexes dans leur exécution et faisant intervenir de nombreux sous-traitants, qui pourront prendre part à la médiation.

Au contraire, la médiation déploiera peu de ses effets positifs entre deux cocontractants ouvertement en conflit et réfractaires à l'échange.

En troisième et dernier lieu, la médiation administrative préalable obligatoire pourrait rendre plus complexe l'accès au juge, notamment pour les litiges qui doivent déjà faire l'objet d'un recours administratif préalable obligatoire (RAPO). Si la finalité du recours administratif préalable obligatoire et de la médiation préalable obligatoire est bien différente, l'une enjoignant l'administration à un réexamen de la situation et l'autre tendant à ce qu'un tiers indépendant règle amiablement en fait et en droit le litige, cette superposition peut complexifier l'accès au juge.

Le Conseil d'État, dans son bilan précité, relève que la superposition de la médiation préalable obligatoire et du recours administratif préalable obligatoire a pu d'une part être source de difficultés pour les réclamants et d'autre part avoir « un coût pour les finances publiques puisque le contribuable finance deux services précontentieux jouant un rôle de règlement amiable du litige pour les mêmes dossiers »^[23]. De l'aveu même de l'ancien référent national médiation pour les juridictions administratives, « beaucoup de médiations consistent à montrer (et à démontrer) à la personne que l'administration

a agi correctement en respectant la légalité. C'est aussi un aspect important du rôle du médiateur en matière administrative. »^[24].

Dès lors se pose la question de la pertinence d'imposer aux parties à un marché public de participer à deux procédures précontentieuses avant toute saisine du juge, une réclamation préalable et une médiation préalable obligatoire. Si la commande publique n'est pas le terrain d'élection du RAPO à proprement parler, nombreux sont les contrats administratifs qui renvoient aux CCAG lesquelles prévoient des dispositifs de réclamation préalable, à l'instar de l'envoi obligatoire d'un mémoire en réclamation pour tout différend éventuel relatif à l'interprétation des stipulations du marché ou à l'exécution des prestations objet d'un marché de travaux^[25].

Il pourrait être envisagé de ne conserver que l'une ou l'autre de ces procédures. Faute pour le RAPO de pouvoir emprunter à la médiation son caractère pédagogique et impartial, l'intervention préalable et exclusive du médiateur pour arbitrer un différend concernant entre cocontractants pourrait être privilégiée.

En définitive, la médiation peut être un excellent outil à mobiliser pour résoudre un différend contractuel. On constate pourtant qu'à l'heure actuelle, les acheteurs soumis au Code de la commande publique n'ont pas généralisé son recours dans les clauses de leurs contrats, les différends étant essentiellement traités par le juge ou réglés par un protocole transactionnel.

Certes, face au succès de la médiation administrative et aux preuves de son efficacité, il pourrait être tentant de la rendre obligatoire en matière de commande publique pour généraliser son usage. Pourtant, le risque serait de dévoyer celui-ci. L'imposer contreviendrait à la philosophie originaire de la médiation qui, rappelons-le, est de permettre aux parties de tenter de trouver une issue qui emporte leur adhésion. En outre, systématiser la médiation conduirait à nier la particularité des situations dans lesquelles elle se trouve particulièrement adéquate. Outil de résolution des différends particulièrement affûté pour les marchés complexes ou encore aux sous-traitances multiples, elle n'est pourtant pas appropriée à toutes les situations.

Face à cela, rappelons que les parties à un contrat administratif peuvent librement avoir recours à la médiation quand bien même elles ne l'auraient pas contractualisé. L'introduction d'une clause incitant les parties à trouver un accord amiable, à l'instar de celle figurant à l'article 55 du CCAG-Travaux de 2021, pourrait rappeler cette faculté aux parties sans pour autant tomber dans les écueils que présenterait une médiation contrainte.

[22] Conseil d'État, « Expérimentation de la médiation préalable obligatoire (MPO) – Bilan final », p. 19.

[23] Conseil d'État, « Expérimentation de la médiation préalable obligatoire (MPO) – Bilan final », p. 11.

[24] Ph. Gazagnes, « La médiation administrative », *AJDA* 2018 p. 2334.

[25] CCAG-Travaux (2021), art. 55.