

Contrats Publics

Actualités **MONITEURJURIS**

Dossier

Règlements alternatifs des différends : mode d'emploi

► **Clauses de règlement amiable des litiges**

Conseils de rédaction

Devenir de ces clauses en cas d'annulation du contrat

► **Recours à la médiation**

Distinguer la conciliation de la médiation

Application du principe de confidentialité

Faut-il rendre obligatoire la médiation ?

► **Interventions du juge**

Médiation et homologation judiciaire

Exécution forcée d'une sentence arbitrale



Vie^{des}
contrats

CONTENTIEUX

La notion d'intérêt général, source de droit et d'adaptation du droit

ÉDITORIAL

3

Le besoin de l'amiable dans le droit de la commande publique

VEILLE

7

■ JURISPRUDENCE EUROPÉENNE 7

Allotissement – Offre économiquement la plus avantageuse – Attribution des lots à différents candidats

CJUE 13 juin 2024, aff. C-737/22

Candidat – Éviction irrégulière – Perte de chance – Indemnisation

CJUE 6 juin 2024, aff. C-547/22

■ JURISPRUDENCE NATIONALE 8

Annulation d'une clause divisible – Action en restitution – Prescription – Point de départ

CE 17 mai 2024, Société SMA Énergie, req. n° 466568

Marché public – Règlement du marché – Mandat de maîtrise d'ouvrage

CE 7^e chambre, 21 mai 2024, Société GTM Guadeloupe, req. n° 490688

Concession d'aménagement – Indemnisation du candidat irrégulièrement évincé – Perte de chance sérieuse – Illustration

CE 7^e chambre, 24 mai 2024, Commune de Saint-Tropez, req. n° 474763

Marché de travaux publics – Sous-traitance – Action en paiement direct – Maîtrise d'ouvrage déléguée – Compétence de la juridiction administrative

Cass. 3^e civ. 25 avril 2024, Société Nexity Property Management, pourvoi n° 22-22.912

Maître d'œuvre – Devoir de conseil – Responsabilité contractuelle

CAA Versailles 30 mai 2024, req. n° 21VE02139

Marché de travaux – Vices entachant sa validité – Indemnisation – Lien de causalité

CAA Nantes 31 mai 2024, req. n° 23NT00460

Sous-traitant – Exclusion – Conflit d'intérêts

CAA Lyon 23 mai 2024, req. n° 23LY01182

LE MONITEUR | BOUTIQUE

www.lemoniteurboutique.com

Faites le bon choix et commandez en ligne



La garantie du meilleur prix



Expédition en 48 h des livres en stock



Feuilletage d'extraits en ligne



Paiement sécurisé



Avis des lecteurs



Livraison Colissimo à 1 € France métropolitaine



Suggestion de produits complémentaires



Mandats administratifs acceptés



MAGAZINES



LIBRES



SERVICES EN LIGNE



CONTACTS 1-800-2-LE MONITEUR

DOSSIER

13

Règlement alternatif des différends : mode d'emploi

Bien rédiger les clauses de règlement amiable des litiges	14
Julien Bosquet	
Irrégularité d'un contrat et devenir des clauses relatives au mode de règlement des différends	18
Alizée Scaillierez et Jean-Philippe Maginot	
Le mémoire en réclamation et le recours gracieux	23
Xavier Matharan	
Bien distinguer la conciliation de la médiation	27
Marie-Odile Diemer	
La médiation dans les marchés publics : entre espoir et scepticisme	32
Nicolas Lafay et Émilie Grzelczyk	
Constatation et déclarations dans le cadre d'une médiation	36
Nicolas Charrel	
La médiation : garant de bonne exécution des contrats publics ?	40
Benoit Polderman	
La médiation a-t-elle réellement besoin d'une homologation... ?	45
Christophe Cabanes	
Faut-il mettre en place une médiation préalable obligatoire dans le cadre des marchés publics ?	49
Audrey Bocquet et Thomas Rouveyran	
Exécution forcée d'une sentence arbitrale	53
Antonin Gras	

VIE DES CONTRATS

57

■ CONTENTIEUX

La notion d'intérêt général, source de droit et d'adaptation du droit

59

Vincent Cressin

Au sommaire du prochain numéro
Les modifications des contrats en cours d'exécution

20 rue des Aqueducs
94250 Gentilly
Tél. : 01 79 06 73 42

RÉDACTION

Responsable éditorial : Richard Deau
Courriel : richard.deau@infopro-digital.com

Conception graphique : Catherine Lattuca

Maquette : STDI

Illustrations : Alain Bouteville

Ont collaboré à ce numéro* :

Audrey Bocquet, Julien Bosquet, Christophe Cabanes, Nicolas Charrel, Vincent Cressin, Marie-Odile Diemer, Antonin Gras, Emilie Grzelczyk, Nicolas Lafay, Jean-Philippe Maginot, Xavier Matharan, Gilles Pellissier, Benoit Polderman, Thomas Rouveyran, Alizée Scaillierez

* Les opinions ou interprétations exprimées par les auteurs de cette revue n'engagent qu'eux-mêmes et non les organismes auxquels ils appartiennent.

DIRECTION

Directrice des éditions : Claire de Gramont

Directeur éditorial : Thierry Kremer

Service commercial :

Maël Gombert (35 68)

Gestion des abonnements :

Nadia Clément (50 55)

Abonnements : Éditions du Moniteur – case n° 61

20 rue des Aqueducs – 94250 Gentilly

Tél. : 01 79 06 70 70

Internet : www.editionsdumonitor.com

1 numéro : 45 € (TTC) ; **11 n°s (1 an)** :

409 € (TTC) ; 22 n°s (2 ans) : 649 € (TTC)

Fabrication : Karine Landriot

Gestion : Awa Faye

Comité de rédaction

Claudie Boiteau

est professeur de droit public à l'université Paris-Dauphine et coordinatrice de la revue. Elle est l'auteur de l'ouvrage *Les conventions de délégation de service public**.

Mireille Berbari

est avocate à la Cour. Elle est l'auteur de nombreux ouvrages notamment *Les CCAG des marchés publics annotés et commentés**.

Nicolas Charrel

est avocat à la Cour. Il est l'auteur des commentaires du *Code des marchés publics**.

Guy Duguépéroux

est président de section à la Chambre régionale des comptes du Centre, professeur associé à la faculté de droit de Poitiers.

Jean-Pierre Jougelet

est conseiller d'État.

Michaël Karpenschif

est professeur à l'université Lyon III (Jean-Moulin).

Gilles Le Chatelier

est avocat associé.

Pierre Pintat

est avocat associé.

Catherine Ribot

est professeure de droit public à l'université Montpellier I.

Laurent Richer

est professeur de droit à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne) et avocat au barreau de Paris. Il est directeur scientifique de Délégation de service public*.

Patrick Sitbon

est conseiller référendaire à la Cour des comptes, secrétaire général de la Cour de discipline budgétaire et financière.

* Édité(s) par Les Éditions du Moniteur

La mention abrégée de la revue est Contrats publics-Le Moniteur.
La revue peut être citée comme suit : Auteur(s), « Titre de l'article », *Contrats publics-Le Moniteur*, n°, mois et année, page(s).

Contrats Publics – Actualité MoniteurJuris
est éditée par Groupe Moniteur

Président, Directeur de la publication :

Julien Elmaleh

Société éditrice : GROUPE MONITEUR

SAS au capital de 333 900 euros.

Siège social : 20 rue des Aqueducs

94250 Gentilly

RCS NANTERRE 403 080 823

N° SIRET : 403.080.823.00228

N° TVA intracommunautaire FR 32 403 080 823

Principal associé : Infos Services Holding.

Imprimerie, brochage, routage

Imprimerie Maqprint

43 rue Ettore Bugatti

87280 Limoges

Commission paritaire : 0628T80648

ISSN 1760-2483

ISSN 2971-0847

Mensuel. Dépôt légal à parution.

IMPRIMÉ EN FRANCE



Nous alertons nos lecteurs sur la menace que représente, pour l'avenir de l'écrit, le développement massif du « photocopillage ». Le Code de la propriété intellectuelle interdit expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est développée dans de nombreux cabinets, entreprises, administrations, organisations professionnelles et établissements d'enseignement, provoquant une baisse des achats de livres, de revues et de magazines. En tant qu'éditeur, nous vous mettons en garde pour que cessent de telles pratiques.

Origine du papier : Allemagne

Ce papier provient de forêts durablement gérées et ne contient pas de fibres recyclées.

Certification PEFC. Impact sur l'eau (P tot) : 0,02 kg/tonne

Aux termes du Code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle, de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit (reprographie, micro-filmage, scannérisation, numérisation...) sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Toutefois, l'autorisation d'effectuer des reproductions par reprographie peut être obtenue auprès du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, tél. : 01 44 07 47 70, fax : 01 46 34 67 19.

Bien rédiger les clauses de règlement amiable des litiges

Si les clauses organisant un règlement de différend sont présentes dans un contrat, les parties ont l'obligation de les mettre en œuvre en cas de litige, sans être obligée de trouver une issue amiable à leur différend. Certains aspects spécifiques de ces clauses doivent être rédigés avec attention par les parties au contrat.

Le règlement amiable des litiges permet à deux ou plusieurs personnes qui s'opposent de pouvoir trouver une solution amiable afin de faire l'économie d'un recours au tribunal pour trancher leur différend.

Sauf disposition spécifique, il n'existe pas d'obligation générale de recours à ce type de résolution dans le domaine des contrats administratifs⁽¹⁾. La liberté contractuelle est donc la règle en la matière : l'autorité administrative contractante peut prévoir une clause en ce sens dans le contrat proposé à un opérateur économique, ou les parties sont libres au cours d'une négociation de prévoir ou non un dispositif permettant leur réconciliation lors d'un différend au cours de l'exécution du contrat.

La rédaction des clauses appartient ainsi aux parties à qui il incombe de prévoir les modalités par lesquelles elles vont pouvoir échanger en vue de trouver un terrain d'entente, avant de saisir le juge en dernier recours.

La liberté des parties et donc illimitée, et sauf à ce qu'elle méconnaisse des règles d'ordre public, la seule borne en la matière est l'imagination des parties.

Néanmoins une procédure contractuelle *ad hoc* de rapprochement des parties connaît deux limites.

La première est qu'en pratique, le règlement amiable des parties a pour but unique de rapprocher les parties : cette lapalissade traduit le fait qu'elles n'ont jamais l'obligation

Auteur

Julien Bosquet
Avocat Counsel
Cabinet Adaltys

(1) L'article L. 421-1 du CRPA prévoit la possibilité d'instituer des procédures spécifiques. Il dispose que « des décrets en Conseil d'État peuvent déterminer dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extracontractuelle sont soumis, avant une instance juridictionnelle, à une procédure de conciliation ». Par ailleurs, les CCAG de marchés publics de travaux, de fourniture et de service prévoient des mécanismes de règlement amiable des différends.

de se concilier, ce qui est parfaitement compréhensible. Les parties à un contrat ne peuvent s'obliger par avance à se mettre d'accord, autrement dit les clauses qui organisent un règlement de différend sont des obligations de moyen et non résultat. Si ces clauses sont présentes dans un contrat, les parties ont l'obligation de les mettre en œuvre en cas de litige, sans être obligée de trouver une issue amiable à leur différend.

La méconnaissance de ces clauses est sanctionnée par le juge administratif qui considère irrecevable toute requête introduite alors que la procédure de règlement de différend n'est pas allée à son terme^[2].

La seconde limite est que la résolution juridique du différend ne devrait pas en principe être intégrée dans la rédaction de ce type de clauses : en cas d'issue positive, les parties peuvent ou non conclure un acte juridique mettant définitivement un terme à la situation litigieuse mais le contrat ne devrait pas le prévoir, sauf cas spécifique.

Le plus souvent, les clauses de résolutions des litiges ne prévoient d'ailleurs aucun acte spécifique à conclure au terme des échanges entre parties : en effet, cela reviendrait à anticiper le problème d'exécution du contrat soulevé qui, par définition, ne peut être imaginé lors de la conclusion du contrat. Ainsi, si le titulaire sollicite du cocontractant une modification du contrat rendu nécessaire par une évolution qui en impacte l'exécution, un avenant pourra être conclu.

Si le différend a un caractère indemnitaire, une transaction sera l'acte le plus adapté pour y mettre un terme sécurisant pour les parties qui peuvent également en demander l'homologation au juge administratif^[3].

L'opportunité du recours à un mode de règlement amiable des différends

Le recours au mode de règlement amiable des litiges a été fortement encouragé ces dernières années afin de désengorger les tribunaux. Néanmoins, tous les contrats ne s'y prêtent pas nécessairement et les parties doivent mesurer l'opportunité d'insérer dans le contrat un tel mécanisme.

Deux éléments peuvent être pris en compte.

D'une part, la spécificité du contrat : tous les contrats ne nécessitent pas le recours à un règlement de différends : tout dépend de leur durée, de leur objet et de leur enjeu financier. Les contrats à durée instantanée et unique – tels les marchés publics de fourniture – ne se

prêtent pas nécessairement à ce type de clause sauf cas spécifique (par exemple s'il s'agit, dans les contrats de fourniture, de délivrer un produit complexe nécessitant une main-d'œuvre particulière).

Les marchés publics font très souvent référence aux CCAG dans leur document contractuel qui comprennent des procédures de règlement des différends *via* un mécanisme de réclamation ou de saisine du Comité de règlement amiable des litiges et il est relativement rare d'y trouver, pour les marchés les plus courants, des clauses spécifiquement rédigées par les parties pour résoudre les oppositions que peuvent faire naître l'exécution du contrat. Si les parties souhaitent s'écarter des mécanismes prévus par les CCAG, les CCAP peuvent prévoir des dérogations ponctuelles, en aménageant ou en supprimant les règles règlement considérées comme trop contraignantes ou chronophages.

En revanche, les contrats de concession, tels que les délégations de service public, sont davantage le terrain d'élection de procédure de règlement amiable des différends.

Ces contrats sont en général des contrats de longue durée, d'autant plus s'ils mettent à la charge du titulaire des investissements à réaliser. L'insertion de clauses de règlement prévoyant un mécanisme spécifique de règlement des litiges y est donc fréquente, même si, en pratique, des dispositifs d'échange existent pour les contrats les plus importants qui prévoient un comité de pilotage comprenant à parité des représentants des parties pour le suivi de l'exécution du contrat.

D'autre part, le mécanisme de règlement peut constituer pour les parties une phase limitant excessivement leur liberté ou constituant une procédure inutilement longue ou complexe.

Lorsque le mécanisme de règlement des différends est prévu, les parties s'engagent à le respecter et, comme on l'a vu, toute saisine prématurée du tribunal, avant la terminaison de la phase amiable prévue par le contrat est un motif d'irrecevabilité de la requête, bien que cette irrecevabilité ne soit pas d'ordre public.

Cette phase peut leur paraître inutile d'autant que les parties auront toujours le choix de recourir à un médiateur désigné par voie juridictionnelle en cas de besoin, cette voie étant prévue par l'article L. 213-5 du Code de justice administrative.

Il faut donc savoir à quoi s'engagent les parties : tant que la procédure de règlement amiable ne sera pas menée à son terme, elles ne pourront agir en justice et elles disposent de voies alternatives.

Pour la personne publique, elle sera également bloquée pour mettre en œuvre les décisions à caractère exécutoire dont elle dispose.

Le Conseil d'État considère à ce titre qu'une stipulation contractuelle subordonnant 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, fait obstacle à ce que la collectivité publique contractante émette directement

[2] La jurisprudence est fournie à ce titre (voir par exemple, CE, Sect. 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant, req. n° 82338, *Rec. CE* p. 48 ; CE 23 janvier 2012, Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 348725).

[3] CE, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses, n° 249153.

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^[4]. La collectivité ne peut davantage procéder directement au recouvrement de ces sommes par la voie de la compensation avec ses dettes à l'égard de son cocontractant^[5].

Ces éléments doivent conduire les parties à bien réfléchir si elles souhaitent recourir à une phase amiable en cas de différend.

Quelques conseils sur la rédaction des clauses de règlement des différends

Il serait vain de prétendre à l'exhaustivité des clauses de règlement des différends susceptibles d'être insérées par les parties à un contrat administratif : la diversité des contrats ne permet pas de les lister de manière définitive. Quelques recommandations ou conseils issus de l'expérience et de l'analyse de la jurisprudence peuvent être émis pour s'appliquer de manière générale.

Définir la notion de litige ou de différend soumis à la procédure de règlement amiable

Cette exigence première peut paraître superfétatoire à première vue. Le terme de « différend » ou de « litige » se comprend intuitivement et les parties pourraient donc considérer que tout désaccord concernant l'application du contrat permet de déclencher la phase de règlement amiable.

Mais lorsque les notions de « litige » ou de « différend » ne sont pas définies par le contrat, il existe un risque d'incertitude sur la possibilité de déclencher ou non la procédure de déclenchement amiable.

La jurisprudence administrative distingue, en l'absence de précision sur ces notions, le différend des parties à un contrat et les contestations qui s'élèvent sur la simple application des stipulations contractuelles.

Ainsi, lorsque les stipulations du contrat ne prévoient rien à ce titre, le terme de « différend » n'inclut pas les contestations relatives aux pénalités de retard ou de recouvrement de redevances pour occupation du domaine public^[6].

La distinction entre un « différend » contractuel et la contestation relative à la simple application du contrat peut être subtile dans la pratique, aussi paraît-il opportun de tenter d'en cerner les contours dès la rédaction du contrat.

À ce titre, il existe plusieurs options : le contrat peut ne pas la définir la notion de « différend » avec précision pour donner à la phase de règlement amiable un champ d'application le plus large possible, le contrat peut cumulativement ou alternativement lister des sujets qui en sont explicitement exclus ou à l'inverse détailler les sujets qui feront exclusivement l'objet d'une procédure de règlement amiable.

La règle est de prévoir autant que faire se peut ce qui peut être anticipé pour que les parties aient une visibilité sur les sujets qui pourront faire l'objet d'une procédure amiable avant la saisine du juge.

Encadrer temporellement la procédure d'échanges amiables

Le temps d'échange non contentieux doit en principe permettre d'accomplir un double objectif : favoriser le dialogue et permettre aux parties de trouver un accord amiable à leur différend tout en fixant une limite pour ne pas prolonger indéfiniment les débats.

Pour y parvenir, il est nécessaire de prévoir deux types de limites : la première concerne le temps prévu par les parties pour échanger leur point de vue et permettre d'exprimer leurs arguments. Il est usuellement prévu un délai de quinze jours ou d'un mois pour répondre à l'autre partie afin de garder une dynamique dans la discussion et de maintenir la concentration des parties sur la résolution du litige.

L'autre limite est le temps maximal de la discussion au-delà duquel il doit être considéré qu'aucun accord amiable ne sera dégagé. L'expiration de ce temps peut découler soit d'un nombre maximum d'échanges de mémoires par les parties (au-delà d'un échange de deux mémoires par parties faisant état de désaccords persistants, il est raisonnable de penser que la solution amiable ne sera pas trouvée), soit d'un délai fixe (les parties peuvent prévoir par exemple un délai de trois mois à compter du déclenchement de la phase de règlement), soit d'une combinaison des deux.

Cette dernière limite est souvent nécessaire car elle permet d'inciter les parties à dialoguer en temps restreint et à trouver une solution tout en ne retardant pas excessivement la saisine du tribunal si la voie juridictionnelle paraît la seule issue possible.

Encadrer la discussion

En cours de dialogue pendant le temps d'échange du règlement amiable, une partie peut être tentée de répliquer à l'argumentation adverse en soulevant des points de désaccord non prévus lors du déclenchement de la procédure amiable.

[4] CE 28 janvier 2011, Département des Alpes-Maritimes, req. n° 331986.

[5] CE 10 décembre 2020, Commune de Nogent sur Seine, req. n° 427622.

[6] Voir en ce sens la décision CE 12 octobre 2020, req. n° 431903, excluant ces contestations du champ de « différend sur l'application ou l'interprétation du contrat ». Il est toutefois possible que les contestations relatives aux pénalités soient soumises à une procédure de conciliation si le contrat en décide expressément (voir en ce sens, CE 10 décembre 2020, Commune de Nogent sur Marne, req. n° 427622).

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.

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] ;

[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 (CCIRMA) de Bordeaux indique dans un document public intitulé « retours d'expériences et commentaires portant sur l'activité de rapporteur au CCIRMA » qu'un tiers des dossiers qu'il a traités a abouti à une transaction.

[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.

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

[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.

[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.