HAL
open science

L'accès au juge administratif et les modes alternatifs de règlement de conflits

Walti Beniamino-Combal

To cite this version:

Walti Beniamino-Combal. L'accès au juge administratif et les modes alternatifs de règlement de conflits. Droit. 2018. dumas-01839823

HAL Id: dumas-01839823

https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01839823v1

Submitted on 16 Jul 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.

UNIVERSITÉ DE TOULON

Walti BENIAMINO-COMBAL

L'accès au juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits

Mémoire de Master 2 « Droit »

Mention : Droit
Spécialité : Personne et procès
Parcours : Recherche

Sous la direction de Mme le professeur des universités Virginie DONIER

Année universitaire 2017-2018

UNIVERSITÉ DE TOULON

Engagement de non plagiat.

Je soussigné, BENIAMINO-- COMBAL Walti

N° carte d'étudiant : 21300257

Déclare avoir pris connaissance de la charte des examens et notamment du paragraphe spécifique au plagiat.

Je suis pleinement conscient(e) que le plagiat de documents ou d'une partie de document publiés sous quelques formes que ce soit (ouvrages, publications, rapports d'étudiant, internet etc…) constitue une violation des droits d'auteur ainsi qu'une fraude caractérisée.

En conséquence, je m'engage à citer toutes les sources que j'ai utilisées pour produire et écrire ce document.

Fait le 15/06/2018

Signature(s)

BC

Ce document doit être inséré en première page de tous les rapports, dossiers et/ou mémoires.

Document du chapitre 10 annexe 5, issu de la Charte des examens adoptée en Conseil d'Administration le 11 juillet 2013 après avis du CEVU du 27 juin 2013 - Délibération N°2013-73

Remerciements

Mes remerciements vont à Madame DONIER, Professeur de droit public à la Faculté de droit de Toulon, qui a accepté de diriger mon mémoire et de m'accompagner tout au long de ce travail.

Sommaire

Partie 1 : Des modes filtrant l'accès au juge perfectibles, sources d'amélioration de la justice.....25

Chapitre 1 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, une mise en œuvre du principe de « bonne administration »....26

Section 1 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, des modes visant à rapprocher l'administration de l'administré.....26

Paragraphe 1 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, un terme générique, des réalités différentes..27

Paragraphe 2 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, une opportunité séductrice.....38

Section 2 : L'efficacité des modes alternatifs de règlement des conflits à l'épreuve de la réalité.....48

Paragraphe 1 : Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits, un exercice contraignant.....48

Paragraphe 2 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, une barrière sur la voie d'accès au juge.....59

Chapitre 2 : Le chemin de l'amélioration de la justice administrative, un dédale tortueux.....69

Section 1 : Une alternative à la saisine du juge en recherche d'optimisation.....69

Paragraphe 1 : Des études, sources de nouvelles propositions d'évolution.....69

Paragraphe 2 : Une évolution juridique nécessaire, des expérimentations nouvelles.....77

Section 2 : Un foisonnement d'acteurs se dressant sur le chemin d'accès au juge.....85

Paragraphe 1 : Les « organes administratifs sectoriels », des aides à la résolution des conflits.....85

Paragraphe 2 : Le médiateur, un rôle fondamental, un positionnement complexe depuis la loi du 18 novembre 2016.....92

Partie 2 : Un accès au juge seulement différé dans le temps.....100

Chapitre 1 : Le juge, un incontournable dans la vie des modes alternatifs de règlement des conflits.....101

Section 1 : La reconnaissance de la nécessité de l'action d'un « juge » dans les modes alternatifs de règlement des conflits.....101

Paragraphe 1 : Une convergence avec la notion de juge.....101

Paragraphe 2 : L'absence de forme et de force d'un jugement.....110

Section 2 : Le rôle de créateur de droit du juge renforcé par un souci de « bonne administration ».....116

Paragraphe 1 : L'application du pouvoir normatif du juge au fonctionnement des modes alternatifs de règlement des conflits.....117

Paragraphe 2 : La force juridique donnée par le juge aux décisions issues des règlements alternatifs.....136

Chapitre 2 : Le rôle du juge revisité par les modes alternatifs de règlement des conflits.....143

Section 1 : Un rôle du juge réaffirmé.....144

Paragraphe 1 : Un accès au juge administratif comme garantie du « droit à un procès équitable ».....145

Paragraphe 2 : Des conditions impératives d'accès au juge garantes d'une « bonne administration ».....156

Section 2 : Un nouveau rôle à définir par le juge lui-même.....165

Paragraphe 1 : La reconnaissance de la compétence du juge administratif dans le processus des modes alternatifs de règlement des conflits.....166

Paragraphe 2 : Le rôle du juge administratif élargi par l'exercice des modes alternatifs de règlement des conflits.....172

Introduction

« *Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société ; empêcher les procès est la première. Il faut que la société dise aux parties que, pour arriver au temple de la justice, il faut passer par celui de la concorde ; j'espère qu'en y passant vous transigerez* », ainsi s'exprime le 7 juillet 1790 le constituant Louis Prugnon au cours des débats préparatoires relatifs à la loi des 16 et 24 août 1790. Comme l'explique le professeur Thomas Clay reprenant les paroles du professeur Bruno Oppetit, l'idée de résoudre les litiges en essayant « *de s'entendre avant de s'affronter* »[1] n'est pas un procédé apparu en ce début du XXIème siècle puisque déjà Eustache-Nicolas Pigeau, l'un des membres influant chargé de la rédaction du Code de procédure civile de 1806, expliquait que la règle était l'évitement du procès, l'exception étant le recours au juge en cas d'échec du mode amiable de résolution du différend.

Encore faut-il préciser ce qu'englobe la notion de « *recours au juge* », notion fortement liée à celle d'« *accès au juge* ». Actuellement, la notion de « *recours au juge* » n'apparait pas *expressis verbis* dans la Constitution française de 1958, pas plus que celles d'« *accès au juge* » ou de « *droit au juge* », le « *droit au juge* » étant pourtant reconnu dans des « Constitutions modernes » telles que celles de l'Allemagne et de l'Espagne, mais également dans les Constitutions de la Finlande ou de la Suisse. Tant au niveau international qu'interne par contre, seul le « *droit à un recours* » est affirmé de façon claire, mais ce droit ne se confond pas entièrement avec le « *droit au juge* » et le « *droit d'accès au juge* » qu'il ne fait qu'englober. Un certain nombre de principes concernant l'ensemble de ces notions ont été dégagés par la jurisprudence, tant par les juridictions internationales qu'internes.

Au niveau de l'Organisation des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques distingue dans son article 14 paragraphe 1 le droit à un juge et dans son article 2 paragraphe 3 le droit à un recours utile, qui peut ne pas être juridictionnel, même si ce Pacte incite les Etats à développer les recours juridictionnels. En droit européen, le droit au juge, qui se rattache à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, implique la présence d'un juge, des règles de compétence du juge et le droit d'obtenir une décision juridictionnelle effective[2]. D'un point de vue du Conseil de l'Europe

---

[1] CLAY, T., « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI siècle » Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *La Semaine Juridique* Edition Générale n°48, 2016, doctr. 1295.

[2] *Ibid.*

et de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour européenne des droits de l'Homme reconnait dans l'article 6 paragraphe 1 de cette Convention le droit à un procès équitable, sans imposer pour autant que le « *tribunal indépendant et impartial* » chargé d'entendre la personne ne soit obligatoirement une juridiction telle que définie en droit interne. Une évolution jurisprudentielle de la Cour de Strasbourg a d'ailleurs abouti à l'arrêt « Gautrin contre France »[3] du 20 mai 1998 selon lequel il n'est pas nécessaire que les « *juridictions* » saisies en premier ressort respectent toutes les garanties du procès équitable à condition qu'elles soient soumises à un contrôle ultérieur d'un organe juridictionnel respectant, lui, toutes les garanties prévues à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Reste alors à définir quelles entités peuvent être considérées comme des « *juridictions* » en premier ressort. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a répondu à cette question, avec son arrêt « Sramek contre Autriche »[4], dans lequel elle retient qu'une « *autorité qui ne figure pas parmi les juridictions d'un État peut néanmoins s'analyser, aux fins de l'article 6 paragraphe 1, en un « tribunal »* », ainsi que dans l'arrêt « Chypre contre Turquie »[5] dans lequel elle affirme qu'un « *tribunal* » se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit, avec plénitude de juridiction et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence, et enfin dans son arrêt « Rolf Gustafson contre Suède »[6] dans lequel elle conclue que le terme « *tribunal* » au sens de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention ne s'entend « *pas nécessairement* [comme] *une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays :* [il] *peut avoir été institué pour connaître de questions relevant d'un domaine particulier, dont il est possible de débattre de manière adéquate en dehors du système judiciaire ordinaire. Ce qui importe pour assurer l'observation de l'article 6 paragraphe 1, ce sont les garanties, tant matérielles que procédurales, mises en place* ». Enfin, « *ne constitue pas une entrave substantielle au droit*

---

[3] CEDH, 20 mai 1998, « Gautrin contre France », n°38/1997/822/1025-1028.

[4] CEDH, 22 oct. 1984, « Sramek contre Autriche », n°8790/79.

[5] CEDH, 1er juil. 1997,« Chypre contre Turquie », n°23196/94.

[6] CEDH, 10 mai 2001, « Rolf Gustafson contre Suède », n°25781/9410.

d'accès direct au juge l'obligation imposée par la loi de tenter de trouver une solution amiable, préalablement à toute demande devant une juridiction civile, à peine d'irrecevabilité, si par ailleurs le processus amiable suspend le cours de la prescription et qu'en cas d'échec, les parties disposent d'une possibilité de saisir le juge compétent »[7]. Ainsi, dans l'arrêt « Momčilović contre Croatie » du 26 mars 2015, la Cour européenne des droits de l'Homme reconnait-elle, au moins en matière civile, que l'accès au juge peut être limité si le recours au juge reste possible ; la place prépondérante du juge est ainsi réaffirmée.

En droit interne, le droit au juge étant absent de la Constitution française, c'est le Conseil constitutionnel qui a posé un certain nombre de règles garantissant ce droit par le biais de contrôles de constitutionnalité *a priori* et de Questions prioritaires de constitutionnalité. Ainsi, la décision n°93-325 DC du 13 août 1993 fait du droit d'agir en justice un droit constitutionnel. Le principe d'égalité devant la justice a, quant à lui, été affirmé dans sa décision n°84-183 DC du 18 janvier 1985, bien que l'égalité devant la justice doive être appréciée à conditions comparables. Dans sa décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, le juge constitutionnel corrèle[8] le droit au recours juridictionnel, et donc l'accès au juge, à la garantie des droits reconnue par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et précise « *qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ». Dans sa décision n°99-422 DC du 21 décembre 1999 enfin, le Conseil constitutionnel érige le « *droit d'exercer un recours juridictionnel* » en principe à valeur constitutionnelle. Cette position du Conseil constitutionnel sera réaffirmée sur les fondements du droit à un recours juridictionnel effectif et de l'article 16 de la Déclaration de 1789 à l'occasion d'une Question prioritaire de constitutionnalité en 2010[9]. Ainsi donc, si le droit au juge ne peut être remis en cause, le Conseil constitutionnel français admet toutefois que certaines atteintes non substantielles puissent être portées au droit au juge si ces atteintes sont dûment justifiées[10]. En revanche, le juge constitutionnel réfute les atteintes

---

[7] CEDH, sect. 1, 26 mars 2015, n° 11239/11.

[8] Conseil constitutionnel, 9 avr. 1996, « Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française », décision n° 96-373 DC.

[9] Conseil constitutionnel, 26 nov. 2010, « Mlle Danielle S. », décision n° 2010-71 QPC.

[10] Conseil constitutionnel, 21 janv. 1994, « Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction », décision n°93-335 DC.

substantielles au droit au juge[11]. De son côté, le Conseil d'Etat viendra reconnaitre que le droit d'exercer un recours juridictionnel est un principe à valeur constitutionnelle au même titre que le droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction, et ce respectivement à l'occasion d'arrêts[12] en date du 28 juillet 2000 et du 22 avril 2005. Enfin le Conseil d'Etat a jugé dans son ordonnance[13] de référé du 13 mars 2006 que « *la possibilité d'exercer un recours effectif devant un juge a le caractère d'une liberté fondamentale* ». Le droit positif français érige l'accès au juge en tant que droit fondamental parce qu'il permet de faire reconnaitre d'autres droits ; il garantit en particulier les droits énoncés par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. L'accès au juge n'est intéressant que dans la mesure où il permet d'avoir recours au juge dont seule la saisine permet de rétablir un droit bafoué. Comme l'explique Joël Rideau[14], le droit au juge est une « *construction doctrinale* » qui implique de prendre en compte les « *conditions permettant d'obtenir un jugement motivé et les garanties de l'effectivité de ce jugement* ». Le droit au juge est garanti par le droit d'agir en justice, les droits de la défense et le principe d'égalité devant la justice.

Ainsi, le droit à un procès équitable, reconnu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, passe par un droit au juge mais la Cour européenne des droits de l'Homme ne précise pas ce que doit être une juridiction, l'essentiel étant que toute juridiction saisie en premier ressort puisse faire l'objet d'un contrôle ultérieur par une juridiction présentant toutes les garanties du procès équitable. Par ailleurs, les institutions françaises ont reconnu la possibilité de porter une atteinte au droit « *d'exercer un recours effectif devant une juridiction* », sous réserve que cette atteinte soit non-substantielle : si le Conseil constitutionnel s'assure que le législateur ne fait pas de l'accès au juge un droit purement formel[15], en même temps il accepte[16] par conséquent que cet accès au juge soit filtré. Toutefois, l'accès au juge reste conditionné à la fois par un égal accès à la justice, le

---

[11] Conseil constitutionnel, 9 avr. 1996, « Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française », décision n° 96-373 DC.

[12] CE, Sect., 28 juill. 2000, n°151068 et CE, Sect., 22 avril 2005, n°257406.

[13] CE, 13 mars 2006, « Bayrou et autres, association de défense des usagers des autoroutes publiques de France », n°291118.

[14] Explications par RIDEAU, J. *in* DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013.

[15] Conseil constitutionnel, 9 avr. 1996, « Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française », décision n° 96-373 DC.

[16] Conseil constitutionnel, « M. Samir A. », 13 juil. 2011, décision n°2011-153 QPC.

principe de « *bonne administration* » de celle-ci qui peut impliquer de ne pas saisir le juge systématiquement, des conditions qui octroient au requérant un droit d'accès au juge[17] encadrées par le respect de certains impératifs comme les délais ou les fins de non-recevoir qui peuvent être d'ordre public ; le droit d'accès au juge n'est donc pas un droit absolu[18].

Les bases du droit à un recours sont ainsi posées au niveau international et au niveau interne : ce droit doit être effectif mais rien ne s'oppose à ce que des modes alternatifs soient développés ; mais ils ne doivent pas fermer l'accès au juge, ils peuvent tout ou plus le retarder. Aussi, et afin d'éviter le recours systématique au procès et donc au juge, des modes alternatifs ont pu être mis en place dans divers domaines dans le but de permettre aux requérants d'obtenir une issue favorable à leur différend avec l'administration sans emprunter immédiatement la voie juridictionnelle.

Au sujet de ces modes alternatifs, la question se pose de savoir s'il faut parler de « *règlement des conflits* », des « *litiges* » ou des « *différends* », sachant que ces termes sont souvent indifféremment employés par les auteurs[19], les autorités ou les textes et que la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle ou loi « J21 »[20], et le Conseil d'Etat la plupart du temps quant à lui, emploient l'expression « *modes alternatifs de règlement des différends* ». En première approche, cette question relève purement de la sémantique[21] : un différend désigne une différence d'opinion ou d'intérêt, un litige une contestation donnant lieu à procès ou à arbitrage, un conflit une violente opposition d'opinions, d'intérêts. Il existe donc une gradation, le conflit englobant le litige et le différend. Le vice-président du Conseil d'Etat, quant à lui, semble introduire une différence entre les procédures amiables qui permettent de résoudre des « *différends de proximité* »[22] ou des « *différents de faible intensité* » de celles qui permettent de résoudre « *des litiges très*

---

[17] DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013, p.351.

[18] Eléments apportés par TIRVAUDEY, C., *in* DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013.

[19] Par exemple, les professeurs Cadiet et Clay parlent de « *modes alternatifs de règlement des conflits* » dans l'un de leurs ouvrages, les professeurs Le Bot et Boussard de « *litiges* », le professeur Mallet-Bricourt de « *différends* »...

[20] Dans tout ce qui suit, cette loi sera dénommée « J21 » par souci de simplification du texte et cette appellation étant passée dans le langage juridique, les autorités elles-mêmes utilisant ce terme.

[21] Définitions provenant du dictionnaire Larousse, 2018.

[22] SAUVE, J.-M., Les modes amiables de règlement des différends, *Conseil d'Etat*, 2016.

lourds ». Le professeur Thomas Clay, de son côté, explique[23] que le litige est « *un conflit juridiquement relevant* » c'est-à-dire pour lequel existent des « *règles de droit pertinentes* » mais qui n'implique pas forcément un désaccord, contrairement au différend. Dans le cadre du présent sujet, le terme retenu sera « *modes alternatifs de règlement des conflits* » puisqu'il s'agit du terme le plus général qui englobe tous les autres.

Les modes alternatifs de règlement des conflits sont non-juridictionnels, à l'exception de l'arbitrage ; ils sont alors qualifiés d'amiables. Certains de ces modes amiables sont facultatifs, il s'agit en particulier des recours administratifs, gracieux ou hiérarchiques, de la transaction et de la médiation dans certains cas; d'autres sont obligatoires avant toute saisine du juge sous peine d'irrecevabilité de la requête et il s'agit du recours administratif préalable obligatoire et de la médiation préalable obligatoire. Certains de ces modes, enfin, font intervenir des tiers pour aider à régler le litige, c'est le cas de la médiation et de l'arbitrage, d'autres font appel à l'administration pour revoir sa propre position comme dans le cas des recours administratifs ou pour trouver une issue au différend comme dans le cas de la transaction. Cette possibilité offerte à l'administration de revoir sa propre position semble s'inscrire dans la « jurisprudence Préfet de l'Eure » de 1913 dans laquelle le Conseil d'Etat a reconnu le privilège du préalable à l'administration, le recours au juge n'intervenant qu'en dernier ressort et en tant que de besoin[24]. Si cette jurisprudence date du début du XXème siècle, elle ne marque pas pour autant l'avènement des modes alternatifs de règlements des conflits en France, ce qui démontre que les règles juridiques n'ont fait que valider leur existence, illustrant une fois de plus l'origine jurisprudentielle du droit administratif.

En effet, l'histoire des recours administratifs préalables obligatoires[25] commence dès 1881 avec l'arrêt « Bansais » dans lequel le Conseil d'Etat cherche à donner aux règlements amiables une certaine organisation, notamment en facilitant leur exercice en préalable à certains recours juridictionnels. En 1912 apparait le recours préalable obligatoire dans le

---

[23] CLAY, T., « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI siècle » Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *La Semaine Juridique* Edition Générale n°48, 2016, doctr. 1295.

[24] Idées interprétées suite aux éléments fournis par MULLER, E., *in* DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013, p.351.

[25] Eléments tirés de « Les recours administratifs préalables obligatoires », Les études du Conseil d'Etat, *La Documentation française*, 2008.

Code du travail contre les mises en demeure de l'inspection du travail en matière de prévention des risques professionnels. Au XXème siècle, le nombre de recours administratifs préalables obligatoires va exploser, suite notamment à la mise en place des différentes structurations ordinales. Dans le domaine fiscal, ce type de recours apparait avec les lois du 27 décembre 1927 et du 27 décembre 1963 respectivement relatives à l'impôt sur le revenu et à l'ensemble des impôts en matière d'assiette, ainsi qu'avec la loi du 23 décembre 1946 en matière de recouvrement. Par la suite, la notion de recours administratif préalable obligatoire va apparaître dans la loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif et dont l'article 13 dispose que « *les décrets en Conseil d'Etat déterminent dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu la responsabilité extracontractuelle sont soumis, avant toute instance arbitrale ou contentieuse, à une procédure soit de recours administratif soit de conciliation* ». Cet article sera par la suite abrogé par l'ordonnance n°2015-1341 du 23 octobre 2015 et remplacé par l'article L421-2 du Code des relations entre le public et l'administration. L'article 23 de la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative aux référés devant les juridictions administratives mettra en place des recours administratifs préalables obligatoires pour les fonctionnaires et les militaires, recours concernant les actes relatifs à la situation personnelle de ces agents, exception faite des décisions ayant trait au recrutement ou au pouvoir disciplinaire. Les recours administratifs préalables obligatoires les plus récents datent des règles mises en place concernant les étrangers, refus de visas par exemple, les garanties minimales et les nouvelles régulations comme les délivrances de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

La transaction est quant à elle encore plus ancienne puisqu'elle apparait avec l'article 2044 du Code civil, créé par la loi du 20 mars 1804, qui la définit comme « *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 transaction trouve son origine dans le droit privé. Il ne s'agit donc pas d'un mode alternatif des règlements des conflits nouveau mais d'une tradition vieille de plusieurs siècles… Comme le souligne le professeur Thomas Clay « *c'est presque un oxymore que d'accoler les termes « nouveautés » et « transaction » tant ce contrat remonte dans le temps* »[26] ; selon lui, la transaction trouve ses sources dans le

[26] CLAY, T. « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI siècle » Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *La Semaine Juridique* Edition Générale n° 48, 2016, doctr. 1295.

droit romain et l'un des quatre rédacteurs du Code civil, Bigot de Préameneu, l'a déjà présentée comme « *le moyen le plus heureux pour mettre fin aux différends* ». Mais toujours selon Thomas Clay, bien que la transaction ait mal été conçue lors de la rédaction du Code civil, elle est devenue de nos jours un moyen très utile de régler les conflits de façon pacifique et elle a pris une ampleur considérable dans l'ensemble du droit français ; la « loi J21 » l'a mise au goût du jour. La transaction administrative reprendra globalement les règles du Code civil.

La conciliation, quant à elle, est d'abord apparue dans le domaine judiciaire en 1976 à l'article 21 du Code de procédure civile qui précisera qu'au titre des missions du juge figure celle de concilier les parties. La conciliation administrative quant à elle figurera jusqu'en 2016 à l'article L211-4 du Code de justice administrative. L'articulation entre médiation et conciliation dans le droit judiciaire se retrouve illustrée dans l'article 22-1 de l'ordonnance du 16 novembre 2011 qui reconnait qu'en dehors du divorce et de la séparation des corps, le juge peut renvoyer les parties devant un médiateur. Le 8 février 1995, l'article 21 de la loi n° 95-125 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative[27] définit la médiation 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 le juge saisi du litige* ». Jusqu'en 2016, la médiation administrative restera possible mais elle sera limitée aux différends transfrontaliers ; l'article L771-3 du Code du justice administrative, article issu de la loi de février 1995, précise les conditions dans lesquelles la médiation peut être mise en œuvre, excluant les différends relatifs à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Cet article sera abrogé par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle qui introduira la médiation dans un domaine beaucoup plus étendu, parfois à l'initiative des parties, parfois à celle du juge, facultative dans certains cas, obligatoire dans d'autres. La conciliation et la médiation dans le domaine du contentieux administratif ne font désormais plus qu'une.

En matière d'arbitrage, la France a été l'un des Etats précurseurs dans le domaine du droit privé et dès les années 1980 deux décrets ont été pris avant d'être intégrés dans le Code de procédure civile aux anciens articles 1442 et suivants. En 2011, la France a pris en compte la jurisprudence rendue par les juridictions judiciaires par l'intermédiaire du décret n°2011-

[27] Loi modifiée par l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011.

48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. Comme l'a expliqué[28] le Premier ministre de l'époque, la réforme de l'arbitrage a été guidée par un souci d'efficacité et le souhait de prendre en compte des pratiques inspirées de l'étranger. Dans le domaine administratif, la pratique de l'arbitrage est par contre relativement récente et le juge administratif cherche depuis quelques années à définir sa place et les contours de son rôle dans ce domaine. Comme le précise Laurent Richer[29], les principes qui prévalent en droit privé concernant l'arbitrage sont toutefois transposables en droit public sous réserve de quelques adaptations, et d'ailleurs, l'article 2060 du Code civil fait référence aux collectivités publiques et aux établissements publics.

Ainsi, depuis plus d'un siècle maintenant, et de façon accélérée ces dernières années, les modes alternatifs de règlement des conflits se sont développés de façon importante. Cette tendance s'explique par la nécessité de traiter un nombre de contentieux en croissance exponentielle face à un budget de l'Etat en crise. Afin de traiter ce problème, l'Etat s'est inspiré des pratiques de l'étranger, a pris en compte les recommandations formulées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, a participé à des travaux au niveau de l'Union européenne et a tiré les conclusions de travaux menés en interne.

Alors que la France traverse une crise durable, le nombre de contentieux portés devant les juridictions, bien que très variable selon le domaine, est toujours très important. Comme le précise[30] le Conseil d'Etat, en 2006, 366 000 recours administratifs préalables obligatoires ont été exercés[31] en matière d'aide personnalisée au logement, 810 en matière disciplinaire concernant les détenus, 4900 en matière de refus de communication de documents administratifs, 4123 suite à des refus d'octroi de visa[32]... Et ces nombres ne font qu'augmenter au fil des années. Ainsi, à l'occasion d'une question orale posée en 2015 par le sénateur Richard Yung[33] au sujet du fonctionnement de la commission de recours de refus

---

[28] Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

[29] RICHER, L., « Arbitrage et conciliation », Répertoire de contentieux administratif, *Dalloz*, 2017.

[30] Les recours administratifs préalables obligatoires, Les études du Conseil d'Etat, *La Documentation française*, 2008.

[31] 212 440 recours ayant donné satisfaction aux demandeurs et 1009 décisions seulement ayant été déférées au juge.

[32] Question/réponse n°9926 de ZUMKELLER, M.
Ce nombre passera à 5 300 en 2010, 13 300 en 2011, 14 300 en 2012 pour aboutir finalement à 1908 requêtes devant la juridiction administrative en 2010, 2 440 en 2011 et 1 897 en 2012.

[33] Question orale n° 1053S de YUNG, R.

contre les visas, Christian Eckert, alors secrétaire d'Etat du ministre des finances et des comptes publics, chargé du budget, a d'ailleurs expliqué qu'entre 2010 et 2014, le nombre de recours formés devant la Commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France a connu une augmentation d'environ 277% liée selon lui à celle de la demande des visas et aux réponses motivées apportées aux requérants. Face à cette augmentation considérable du contentieux, la commission a mis en place un préexamen permettant de « *détecter* » les demandes irrecevables, mal fondées ou qui doivent être traitées en urgence. Le nombre des recours gracieux en matière fiscale[34] quant à lui est particulièrement important puisqu'en 2016, la Direction générale des finances publiques a reçu 1 175 068 demandes gracieuses, ce qui représentait 28,32% des demandes reçues, les autres étant des réclamations contentieuses[35]. Cela explique en partie pourquoi, le 22 mars 2017 à l'occasion de l'Assemblée générale plénière du Conseil d'Etat en présence du président de la République, le vice-président du Conseil d'Etat a souligné qu'il était nécessaire d'envisager d'autres solutions que le « *tout juridictionnel* », arguant sur le nombre[36] sans cesse croissant des recours portés devant les juridictions administratives de droit commun, nombre multiplié par dix en quarante ans. Le nombre de recours rapporté au nombre de conseillers de Tribunaux administratifs et de Cours administratives d'appel et de conseillers d'Etat démontre qu'un juge administratif traite un peu plus de deux cents affaires par an, ce qui représente environ une affaire par jour. Il ne s'agit ici bien sûr que de statistiques purement théoriques. La situation devenant préoccupante, l'Etat, déjà conscient de la nécessité de développer les modes alternatifs de règlement des conflits afin de désengorger l'ensemble des juridictions, a décidé d'analyser les pratiques de l'étranger, ce qui a en particulier été fait à l'occasion de l'étude d'impact de la future loi « J21 ».

Les modes alternatifs de règlement des conflits existent dans un grand nombre d'Etats mais leurs caractéristiques dépendent fortement de la culture, du droit et des traditions du pays[37]. Au Royaume-Uni, et par souci d'efficacité du monde des affaires, le

---

[34] Chiffres fournis par le rapport de 2016 du Comité du contentieux fiscal, douanier et des changes.

[35] Ces demandes gracieuses concernent essentiellement les impôts locaux. 72,09% des demandes gracieuses ont été traitées dans un délai d'un mois et 96,28% dans un délai inférieur à 3 mois. Le nombre de décisions favorables supérieur à 60% à conduit à un allègement des dettes de 383 millions d'euros. Pour information, ce montant était nettement supérieur entre 2009 et 2012.

[36] 300 000 par an d'après SAUVE, J.-M.

[37] Eléments fournis par l'étude d'impact de la future loi relative la justice du XXIème siècle.

système judiciaire en matière civile incite fortement à recourir à ces modes alternatifs, le juge ne constituant que le dernier recours en cas d'échec du processus amiable. Aux Etats-Unis d'Amérique, la justice est très longue et très coûteuse, ce qui explique que les requérants préfèrent emprunter la voie du règlement amiable. Les avocats incitent d'ailleurs leurs clients à négocier le plus en amont possible avant même d'emprunter la voie des modes alternatifs ou *Alternative dispute resolutions*, qui sont largement fonctions de l'Etat et de sa législation. Au Québec, et pour les mêmes raisons qu'aux Etats-Unis, le recours aux modes alternatifs de règlement des différends est très fréquent. Le Québec, depuis 2016, a d'ailleurs imposé ses modes amiables comme préalables obligatoires avant toute saisine d'une juridiction civile. Au Royaume-Uni, aux Etats-Unis, au Québec et en Chine, la médiation et la conciliation sont les modes alternatifs les plus utilisés. Dans certains pays africains comme l'Algérie et le Sénégal, le recours aux règlements alternatifs est lié au poids de la coutume et à la nécessité d'impliquer la communauté dans le règlement des conflits, mais la conciliation et la médiation sont rarement utilisées. Par contre, en Allemagne, bien que le recours aux modes alternatifs ne soit pas une priorité -le nombre de magistrats est trois fois plus élevé qu'en France- la médiation et la conciliation sont les modes alternatifs privilégiés. En Suisse enfin, les règlements alternatifs des conflits sont très développés et, depuis une loi de 1968, le juge peut accepter ou refuser la médiation ou la conciliation. Par ailleurs, selon le pays, le juge joue un rôle différend dans le processus amiable. Ainsi par exemple, en Allemagne, au Québec et au Sénégal, c'est le juge lui-même qui est médiateur ou conciliateur, mais ce cas reste une exception. Dans certains Etats des Etats-Unis, le juge peut obliger les parties à tenter une conciliation. En Allemagne et aux Etats-Unis, la médiation peut être obligatoire dans certains cas alors que dans certains pays comme l'Angleterre, elle ne l'est jamais.

Si l'étude comparée des modes alternatifs de règlement des conflits constitue une piste de réflexion, la France en a trouvé une autre dans la recommandation[38] Rec(2001)9 en date du 5 septembre 2001 relative aux modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, élaborée par le Comité des ministres du

[38] Acte à valeur infra-conventionnelle et non-contraignante devant être adopté par le pouvoir législatif dès ratification, est un acte juridique issu de la volonté des Etats membres qui leur est adressé dans le but de les orienter vers une politique commune dans un domaine donné.

Conseil de l'Europe. Cette recommandation[39], faite par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice, avait pour but d'améliorer la médiation dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et de proposer des normes et des mesures d'application concrètes. La recommandation dont il est question ici fait suite à la recommandation n° R(81) 7 relative aux moyens de faciliter l'accès à la justice, notamment par le recours à la conciliation ou à la médiation et à la recommandation n° R(86) 12 ayant pour but de réguler la charge de travail en ayant recours au règlement amiable des différends.

La recommandation du 5 septembre 2001, fondamentale dans le cadre du présent sujet, constate que le nombre d'affaires porté devant les tribunaux administratifs est en constante augmentation, ce qui risque de nuire à la nécessité d'être entendu dans un délai raisonnable tel que reconnait l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Face à ce constat, le Comité des ministres émet des doutes quant à l'opportunité de règlement juridictionnel en matière de différends administratifs et formule l'hypothèse selon laquelle les modes alternatifs de règlement des conflits permettraient à la fois de remédier aux différents problèmes et de rapprocher le public et l'administration. Ce Comité met ainsi en évidence les avantages des règlements alternatifs : procédure simplifiée et assouplie, célérité améliorée, coût moindre, règlement à l'amiable par des spécialistes, recours à l'équité, plus grande discrétion. Le Comité suggère donc de recourir à ces modes alternatifs dans le respect des règles de droit en vigueur et du droit des parties et précise que les tribunaux doivent conserver une place en tant que « *garantie ultime des droits des administrés et de l'administration* », ce qui sonne comme un écho à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans le domaine. La recommandation adressée aux gouvernements préconise enfin aux Etats de « *promouvoir le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées* » en renvoyant pour application à l'annexe qui suit la recommandation et dont les dispositions générales visent à développer le recours à l'administration, la conciliation, la médiation, la transaction et l'arbitrage.

Un bilan réalisé en 2006 sur la base de seize Etats représentatifs ayant démontré que les modes alternatifs de règlement des conflits n'ont pas connu le développement souhaité, la recommandation de 2001 a été suivie en décembre 2007 de l'élaboration de lignes directrices non-contraignantes visant à améliorer sa mise en œuvre entre les autorités administratives et les personnes privées et incitant les Etats membres à adopter une politique

[39] En même temps que cette recommandation, deux autres ont été formulées, une concernant la médiation familiale et en matière civile, l'autre concernant la médiation en matière pénale.

favorisant les modes alternatifs des litiges, soit pour prévenir ces derniers, soit pour les résoudre. Les gouvernements et les autorités administratives jouant un rôle fondamental dans ce domaine, les Etats devraient préciser comment recourir aux modes alternatifs et éventuellement adopter des mesures pour promouvoir le recours à ces modes, adapter la législation pour rendre obligatoires certains d'entre eux et lancer toute action permettant leur développement. L'opinion publique, l'institution judiciaire et les avocats devraient être sensibilisés par les hauts fonctionnaires, les employés et les agents de médiation. La France tirera les conséquences de ces lignes directrices.

Le Conseil de l'Europe n'est pas la seule organisation intergouvernementale à avoir travaillé sur les modes alternatifs, l'Union européenne a fait de même. L'évolution des « *procédures de substitution extrajudiciaires* »[40] a commencé en 1998 lorsque les Etats sont tombés d'accord lors du Conseil européen de Vienne, puis au cours du Conseil européen de Tampere de 1999. En 2002, la Commission européenne a été à l'origine du livre vert traitant des « *modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial* ». En 2008, le Parlement et le Conseil adopteront la directive 2008/52/CE en s'inspirant de ce livre vert. Cette directive qui traite de la médiation en matière civile et commerciale précise toutefois dès son article premier que la médiation mise en place ne s'applique « *ni aux matières fiscale, douanière ou administrative, ni à la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique* », même si la médiation est présentée comme une « *solution extrajudiciaire économique et rapide aux litiges en matière civile et commerciale au moyen de processus adaptés aux besoins des parties* ». Cette directive transposée[41] en droit interne a introduit dans le Code de justice administrative[42] un chapitre consacré à la médiation administrative au sujet des différends transfrontaliers. A l'époque, la France n'est pas allée au-delà. Le recours à la médiation découle enfin d'une ordonnance datant du 20 août 2015 qui a pour objet de faciliter l'accès aux consommateurs à la résolution amiable des litiges lorsqu'ils sont opposés à des

---

[40] L'évolution connue par la mise en place de « *procédures de substitution extrajudiciaires* » au sein de l'Union européenne a été résumée dans l'étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle du 31 juillet 2015.

Etude d'impact, Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle, JUSX1515639L, *Gouvernement*, 2015.

[41] Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011.

[42] Titre VII du livre VII, Chapitre Ier *Ter*.

professionnels dans le cadre d'une prestation de service. Cette ordonnance qui transpose une directive de l'Union européenne du 21 mai 2013 prévoit que les consommateurs peuvent recourir gratuitement à des processus de médiation pour tenter de résoudre des litiges qui opposent consommateurs et professionnels ; elle s'applique aux collectivités territoriales et à leurs délégataires de service public, pour ce qui concerne les services marchands tels que les transports, la distribution de l'eau, l'assainissement et les ordures ménagères.

Au-delà des recommandations faites par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe et des travaux menés au niveau de l'Union européenne, la France s'est questionnée en interne et à ce propos, depuis longtemps, le Conseil d'Etat réfléchit en particulier sur le recours à des modes alternatifs de règlement des conflits. En parallèle de ces réflexions, certains textes ont été adoptés. Déjà en 1991[43] le Premier ministre, sur proposition du vice-président du Conseil d'Etat, a chargé la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat de réaliser une étude sur les modes alternatifs de règlement des litiges en matière administrative, dans le souci de mieux répondre au développement du commerce international, à l'essor des marchés publics et aux attentes des citoyens. En 1993, l'étude qui en est résultée et intitulée « *régler autrement les conflits* » a mis au goût du jour la conciliation, la transaction et l'arbitrage. En 1994, le Conseil d'Etat a chargé un groupe de travail d'étudier la réforme de la procédure contentieuse administrative ; certaines propositions de ce groupe ont été reprises dans la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Le 6 février 1995, une circulaire du Premier ministre relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits a eu comme objectif d'inciter au recours à la transaction « *pour résoudre les conflits dans tous les cas où, compte tenu des circonstances de fait et de droit, il apparaît clairement que l'Etat a causé un préjudice et doit l'indemniser* ». En 2008, le Conseil d'Etat, à l'occasion de son étude relative aux recours administratifs préalables obligatoires, fera un certain nombre de préconisations qui resteront en grande partie sans suite. Le 7 septembre 2009, le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et le ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat adopteront une circulaire relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande

[43] Eléments apportés par DUCAROUGE, F., « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, 1996, p. 86.

publique. En 2010, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat validera l'étude « *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne* » faite par ce dernier.

Le 17 juin 2015 enfin, les juges du Palais Royal ont organisé un colloque relatif à « *la médiation et la conciliation devant la juridiction administrative* » en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation. Afin de préparer ce colloque, un questionnaire a été adressé aux juridictions administratives qui ont répondu aux deux-tiers en faveur du développement de la médiation. A l'occasion de ce colloque[44], tous les acteurs concernés ont accepté d'étendre la médiation à la juridiction administrative en se basant sur la pratique du juge judiciaire, en s'inspirant du droit comparé et en analysant les expériences déjà menées devant les juridictions administratives. Une idée forte est alors apparue, celle d'insérer dans le Code de justice administrative des dispositions semblables à celles applicables devant le juge judiciaire. Un certain nombre de propositions issues de ce colloque peuvent être regroupées selon deux thématiques, l'une concernant la médiation administrative et l'autre le cadre organisationnel de celle-ci. Concernant la médiation, les principaux objectifs dégagés ont été de favoriser le développement de la « *bonne administration* » prévue à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de faire participer activement les citoyens dans la solution des conflits pour lesquels le juge administratif n'est pas pleinement efficace. Concernant le cadre organisationnel de la médiation administrative, les objectifs poursuivis ont été d'imposer celle-ci dans certains cas, de permettre éventuellement l'homologation de l'accord des parties afin que le juge puisse exercer un certain contrôle et enfin de faire du médiateur un acteur formé et indépendant.

En parallèle et toujours en 2015, le vice-président du Conseil d'Etat a lancé un groupe de travail chargé de mener des réflexions pour la « *justice administrative de demain* » connu sous le nom de « JADE ». Ce groupe de travail, qui avait pour président le chef de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives[45], a reçu comme mission « *d'ouvrir des pistes qui permettent de faire face, à moyens constants ou très faiblement croissants, à une demande de justice toujours dynamique, tout en préservant la garantie d'une justice de qualité et le maintien des grands équilibres auxquels sont parvenues les juridictions* »[46]. Le

[44] Explications apportées par La lettre de la justice administrative, *Conseil d'Etat*, n°39, 2015.

[45] Odile Piérart, conseillère d'Etat honoraire.

[46] Extrait du rapport de la justice administrative de demain.

cadre donné par le vice-président du Conseil d'Etat dans sa lettre de mission est clair : face au constat que les demandes arrivant devant les juridictions administratives ne cessent d'augmenter et alors que le budget de l'Etat n'évolue pas favorablement, il faut trouver des moyens permettant à la justice administrative de s'adapter à son nouveau contexte. Le vice-président du Conseil d'Etat a alors ouvert un certain nombre de pistes dont celle du développement des modes de règlement alternatif des litiges, tels que la médiation et la conciliation. Pour mener à bien son étude, le groupe de travail, essentiellement composé de conseillers d'Etat, de présidents de Tribunaux administratifs et de greffiers en chef, a rencontré un nombre important de personnalités de professions différentes en mesure de faire évoluer ses réflexions.

Le groupe de travail a finalement rendu un rapport en novembre 2015, répondant à la problématique « *quelle place pour le juge administratif dans la société ?* ». Les objectifs dégagés dans le cadre de ce rapport rejoignent ceux formulés par le Conseil de l'Europe et trois pistes de travail ont été identifiées : développer une solution « *rapide et effective* » des litiges afin de garantir une intervention équitable, efficace et utile du juge lorsqu'il est saisi, répondre aux attentes des membres de la juridiction administrative et permettre des évolutions de la justice administrative pour répondre aux défis de demain. Après avoir constaté que certaines catégories de demandes de justice ne nécessitent pas un recours au juge parce que, soit ce recours n'est pas justifié, soit il n'est pas adapté, soit le juge intervient inutilement, le groupe de travail a proposé de développer certains modes alternatifs et d'élargir le champ d'application du recours administratif préalable obligatoire dans la mesure où si, comme dans le cas du droit au logement opposable injonction, l'intervention du juge n'apporte rien, il existe des cas où elle est prématurée, notamment lorsque l'administration peut répondre à une demande de l'administré sans avoir recours au juge. Cependant, le groupe de travail fait remarquer que l'efficacité du recours administratif préalable obligatoire peut parfois être remise en cause, notamment lorsque le service qui l'instruit est le même que celui qui a signé la décision, et que, pour que cette procédure soit efficace, il est nécessaire que l'administration dispose des effectifs compétents et suffisants pour intervenir. Le groupe de travail propose de plus de développer le recours à des médiateurs internes institutionnels pour promouvoir le dialogue entre l'administration et les tiers, et dresse le constat que les processus de médiation et de conciliation qui, en contentieux administratif, correspondent aux mêmes notions de droit, sont de fait assez limités. Par ailleurs, le groupe de travail suggère de mener une expérimentation permettant de rendre la médiation obligatoire avant la saisine du juge dans deux domaines, celui des contentieux

sociaux et celui de la fonction publique. En matière de contentieux sociaux, le Défenseur des droits et ses services se sont montrés particulièrement intéressés par la question. En matière de fonction publique, c'est le président de l'Association des directeurs de centres de gestion de la fonction publique territoriale qui a émis un avis très favorable à ce sujet. Dans le décret n°2018-101 du 16 février 2018, ces propositions seront reprises et mises en application à titre expérimental. Le groupe de travail, s'inspirant enfin d'expériences de médiation menées notamment au Tribunal administratif de Grenoble, a conseillé d'étendre la médiation à tous les domaines du contentieux administratif en suspendant les délais de recours contentieux pendant la durée de la procédure de médiation et en clarifiant le champ d'application de ce processus. Le groupe a enfin suggéré de confier un rôle particulier aux experts pour qu'ils mènent des missions de médiation, et de constituer un « *vivier de médiateurs* ».

Finalement, les réflexions issues du groupe de travail de 2015 vont contribuer à faire évoluer les modes alternatifs de règlement des conflits et le rapport du groupe va servir de base aux autorités politiques pour l'élaboration du décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative, pour la rédaction de la loi du 18 novembre 2016 et surtout pour celle du décret n°2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux. Au moment de l'élaboration de la future loi, le Gouvernement a en particulier cherché à réduire le coût du fonctionnement de la justice et si les conséquences financières du développement des modes alternatifs de règlement des conflits n'ont pas été appréciées de manière précise, il a toutefois été estimé par exemple que l'obligation de recourir à un conciliateur de justice pourrait entrainer une économie de quarante-cinq emplois de juges et de fonctionnaires d'instance, conduisant à une économie de deux millions d'euros, ainsi que de soixante-dix-huit juges de proximité entraînant une économie d'un millions d'euros. La suppression de ces emplois devant toutefois être accompagnée de la création de six cents conciliateurs de justice, équivalant quant à elle à une dépense d'un million six cent mille euros…

Mais la loi « J21 », présentée comme très novatrice, fait surtout suite, de façon clairement affichée, au souhait du gouvernement de moderniser la justice en mettant le citoyen au cœur de celle-ci. Différents points ont été développés par cette loi, mais ce qui nous intéresse ici est le fait que le gouvernement ait recherché à améliorer le fonctionnement quotidien des juridictions, notamment en favorisant les modes alternatifs de règlement des différends, comme l'affirme le Titre II de la loi. Diverses dispositions relatives à la justice administrative et aux modes alternatifs de règlement des conflits ont été créées ou abrogées par l'article 5 de la loi.

Ce double souci du Gouvernement de positionner le citoyen au cœur de la justice et de viser à améliorer le fonctionnement de celle-ci s'inscrit complètement dans la logique du principe de « *bonne administration* » qui a pour but, selon le professeur Rivero, « *non pas la soumission passive de l'administré à une décision qui, élaborée dans le secret, s'impose à lui par la seule contrainte, mais bien plutôt,* (...) *l'adhésion raisonnée qui transforme le sujet en citoyen* »[47]. Ce principe de « *bonne administration* » reconnu en 2000 par l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne inclut notamment le droit à voir ses affaires traitées de manière impartiale, équitable et dans un délai raisonnable, le droit pour chacun d'être entendu avant qu'une mesure défavorable ne soit prise à son encontre, l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions et le droit à réparation en cas de dommages causés par l'administration. Au sujet des délais, la Cour européenne des droits de l'Homme quant à elle, et à l'occasion de l'affaire « Cañete de Goñi contre Espagne »[48] en 2002, a précisé que la « *réglementation relative aux formalités et aux délais à observer pour former un recours vise à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique. Les intéressés doivent pouvoir s'attendre à ce que ces règles soient appliquées* ».

Et dans le cadre de la « *bonne administration* », la notion de « *délai raisonnable* » prend une place particulière parce que, comme l'a expliqué le professeur Cadiet dans la revue *Dalloz*[49], « *l'exigence du délai raisonnable de jugement* [est] *proclamée en tête du code de l'organisation judiciaire, juste après le principe d'égal accès à la justice. Cette exigence de*

---

[47] RIVERO, J., *Précis de droit administratif*, cité par SAUVE, J.-M., « La codification de la procédure administrative dans l'Union européenne », *Conseil d'Etat*, 2014.

[48] CEDH, 15 oct. 2002, « Cañete de Goñi contre Espagne », n° 55782/00.

[49] CADIET, L., « L'accès à la justice », *Dalloz*, 2017, p.522.

proximité de la justice dans le temps, dont l'article 6, § 1, de la Convention européenne et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux font respectivement un élément du droit au procès équitable et de la protection juridictionnelle effective, est l'un des enjeux de la rationalisation contemporaine des procédures, faite de simplification, de flexibilité et de diversification, observable et observée à tant d'égards. Il n'est pas étonnant qu'à travers le délai moyen de traitement des procédures, elle apparaisse au premier rang des indicateurs de performance de la justice judiciaire, civile et pénale, comme de la justice administrative. L'objectif est clair : les délais de traitement des affaires doivent pouvoir être réduits sans nuire à la qualité des décisions rendues. Ces délais doivent également être les plus homogènes possibles, afin de garantir au justiciable une égalité de traitement sur l'ensemble du territoire. C'est la procédure en son entier qui est prise en considération, y compris la procédure devant les juridictions suprêmes de chaque ordre, qui se dotent d'ailleurs de procédures d'urgence ». Le respect des délais est ainsi érigé en principe directeur de l'évolution de la justice dans son ensemble et notamment de la justice administrative, et le fait que la procédure soit globalement concernée signifie que cet impératif s'applique également dans le cadre des modes alternatifs de règlement des conflits.

En France, le principe de « *bonne administration* » est devenu un objectif de valeur constitutionnelle en 2009, suite à une décision[50] du Conseil constitutionnel. Reconnu comme un « *principe gigogne* »[51], ce principe a été source d'inspiration pour l'évolution des administrations européennes et nationales, notamment en France dans le domaine du droit des étrangers. Le Conseil d'Etat[52] de son côté considère que la « *bonne administration* » implique la rationalisation et l'amélioration de la performance de l'action publique, ainsi que la simplification des procédures administratives et le développement des méthodes de concertation avec l'ensemble des parties prenantes. Selon Olivier Gabarda[53], la bonne administration a une utilité fonctionnelle, devant « *garantir une justice rapide, un jugement de qualité, tout en ayant comme particularité de renforcer le rôle de créateur de droit du*

---

[50] Conseil constitutionnel, 3 déc. 2009, « Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », décision n°2009-595 DC.

[51] Eléments tirés de SAUVE, J.-M., « La codification de la procédure administrative dans l'Union européenne », *Conseil d'Etat*, 2014.

[52] *Ibid.*

[53] Cité *in* APCHAIN, H., « Retour sur la notion de la bonne administration de la justice », *AJDA*, 2012, p.587.

juge puisque, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ce dernier peut sortir un peu de sa stricte fonction traditionnelle de dire le droit et même s'appuyer sur cet intérêt pour légitimer une nouvelle jurisprudence ». Si selon Hélène Apchain[54], l'Etat de droit impose une « *bonne administration* » de la justice, Jean-Marc Favret, quant à lui, explique[55] que la « *bonne administration de la justice administrative* (...) *inspire les règles et principes de fonctionnement de justice administrative* », ce qui inclut la garantie d'avoir une justice impartiale et de remédier à ses lenteurs.

Et c'est en application de ce principe de « *bonne administration* » que l'Etat, tout en souhaitant conserver une justice de qualité, a cherché à améliorer le fonctionnement de celle-ci, notamment en rapprochant la justice du citoyen, en diminuant le traitement de délais des affaires, en imaginant des circuits *a priori* plus courts qui placent l'administré au cœur du processus et l'impliquent de façon plus nette dans la résolution de son différend. C'est dans cette optique que les modes alternatifs de règlement des conflits ont été conçus, l'un des buts poursuivis étant de n'avoir recours au juge que dans les cas où aucune solution acceptable n'a pu être adoptée au préalable. Dans ce cadre, le développement des modes alternatifs de règlement des conflits a conduit à celui de processus novateurs, ainsi qu'à la mise en place d'outils nouveaux, à la recherche d'amélioration d'outils déjà existants et à la reconnaissance d'organes spécifiques chargés d'intervenir pour aider à régler le conflit. Toutefois, le juge administratif continue à exister et à garder ses prérogatives, même s'il est *a priori* écarté de façon volontaire de ces processus alternatifs.

Aussi, face à ces enjeux fondamentaux pour l'Etat, le sujet « *L'accès au juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits* » pose la question essentielle de savoir si l'existence des modes alternatifs de règlement des conflits n'a pas pour conséquence de remettre en cause l'accès au juge. En effet, si ces modes alternatifs ont été conçus comme devant être la mise en application du principe de « *bonne administration* », ne risquent-il pas de détourner de façon définitive l'administré de la voie du juge ? Les acteurs chargés d'aider le citoyen au moment de l'exercice de son recours préalable ne constituent-ils pas des contre-pouvoirs du juge ? Le juge va-t-il finalement pouvoir trouver sa place dans cette nouvelle justice ? Le juge ne va-t-il pas devoir être lui-même acteur dans l'évolution de son office ?

---

[54] APCHAIN, H., « Retour sur la notion de la bonne administration de la justice », *AJDA*, 2012, p.587.

[55] Cité *in* APCHAIN, H., « Retour sur la notion de la bonne administration de la justice », *AJDA*, 2012, p.587.

Le présent mémoire est volontairement limité à l'accès au juge administratif français de droit commun parce que c'est lui qui a été le plus impacté par le développement des modes alternatifs, la loi « J21 » ayant des conséquences importances à la fois sur l'accès à ce juge et sur l'évolution de son rôle.

Une attention particulière sera portée aux recours administratifs préalables obligatoires parce qu'ils peuvent constituer un véritable obstacle à l'accès au juge en ce que leur absence rend irrecevable la saisine du juge et donc ferme dans certains cas la voie d'accès à celui-ci, et à la médiation qui constitue l'apport majeur de la loi « J21 » en ce qui concerne le contentieux administratif.

Le domaine fiscal sera particulièrement étudié pour plusieurs raisons : il s'agit de l'un des contentieux de masse les plus importants ; les administrés, dans ce cas appelés « *contribuables* », sont particulièrement sensibles aux différends qu'ils peuvent rencontrer avec l'administration fiscale, puisque ceux-ci touchent à leurs impôts ; les recours administratifs sont obligatoires dans le domaine des contentieux de l'assiette et du recouvrement ; la saisine du juge après l'exercice d'un recours administratif préalable obligatoire s'avère être particulièrement complexe.

Ainsi, si l'accès au juge semble être filtré par les modes alternatifs de règlement des conflits, ces derniers, voulus comme la mise en œuvre du principe de « *bonne administration* », restent toutefois perfectibles ; ils constituent cependant une source indéniable d'amélioration de la justice administrative (Première partie). Toutefois si ce filtre est une réalité, l'accès au juge n'en est pas pour autant complétement remis en cause, il est simplement différé dans le temps ; le juge reste un incontournable, même si son rôle est amené à évoluer (Deuxième partie).

Partie 1 : Des modes filtrant l'accès au juge perfectibles, sources d'amélioration de la justice

Les différents modes alternatifs de règlement des conflits qui sont la mise en œuvre du principe de « *bonne administration* » (Chapitre 1), conduisent à de nombreuses réflexions ayant pour but la recherche permanente de l'amélioration de la justice, ce qui s'avère être un dédale tortueux (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, une mise en œuvre du principe de « *bonne administration* »

Les modes alternatifs de règlement des conflits, qui regroupent sous un terme générique une infinité de modes différents, ont été conçus pour rapprocher l'administration de l'administré et faciliter le règlement des conflits sans passer obligatoirement par le juge (Section 1). Toutefois ces modes, pourtant voulus efficaces, souffrent de leur confrontation avec la réalité (Section 2).

Section 1 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, des modes visant à rapprocher l'administration de l'administré

Les modes alternatifs ont été envisagés par le Conseil de l'Europe et le Comité des ministres est à l'origine d'un cadre général figurant dans l'annexe à sa recommandation de septembre 2001 : le recours à l'administration doit être possible dans tous les cas et doit porter sur l'opportunité ou la légalité d'un acte ; il peut être rendu obligatoire.

En France, les modes alternatifs de règlement des conflits ont en particulier été introduits pour apporter une solution au conflit dans un délai raisonnable et l'administré, qui se trouve désormais placé au cœur du processus des modes alternatifs de règlement des conflits, voit sa situation personnelle prise en compte ; le recours au juge n'est plus systématique. L'administré a un rôle à jouer dans la résolution de son conflit et il n'est plus uniquement confronté à une justice parfois considérée comme déshumanisée, chargée de lui apporter une solution toute faite qui ne le satisfera pas toujours.

Actuellement, le droit français reconnait différents types de modes alternatifs de règlement des conflits, consacrés par la jurisprudence : les recours administratifs, la transaction, l'arbitrage et la médiation administrative. Il existe par ailleurs une procédure qui se situe encore plus en amont que ces modes amiables, il s'agit du rescrit qui permet de régler une situation avant même qu'un litige n'apparaisse. Si le nombre de modes alternatifs en contentieux administratif semble donc limité, le droit en dénombre *a priori* quatre grands

types, les recours administratifs de leur côté englobent les recours gracieux, les recours hiérarchiques et les recours administratifs préalables obligatoires, ces derniers représentant en fait une infinité de modes différents.

Ainsi, si les modes alternatifs de règlement des conflits s'avèrent être un terme générique englobant des réalités différentes (Paragraphe 1), ils peuvent représenter une opportunité séductrice de résolution d'un conflit sans avoir recours immédiatement au juge (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, un terme générique, des réalités différentes

L'annexe à la recommandation de 2001 du Conseil de l'Europe donne un cadre général aux modes alternatifs des conflits. Au sens de cette annexe, ceux-ci doivent en particulier respecter un certain nombre de principes comme l'information et le respect du droit des parties, l'indépendance et l'impartialité des autorités en charge du bon déroulement du processus, le principe d'égalité, la transparence, la discrétion, l'exécution des solutions. L'annexe recommande aussi que la solution aboutisse dans des délais raisonnables et propose, entre autres, la suspension de l'acte pendant le traitement du règlement alternatif. L'annexe introduit également la possibilité de rendre ces modes alternatifs obligatoires avant la saisine des tribunaux ainsi que celle de les mettre en œuvre sur proposition du juge. Tous les modes alternatifs sauf l'arbitrage doivent avoir comme contrôle ultime le tribunal dont l'étendue du contrôle sera adaptée au mode alternatif. Cette annexe a inspiré les textes juridiques adoptés en France et il existe aujourd'hui une infinité de modes alternatifs de règlement des conflits reflétant la diversité des différends que le citoyen peut rencontrer dans le cadre de ses relations avec l'administration.

Ces modes alternatifs peuvent toutefois être divisés en deux grandes catégories, celles des recours traditionnels comme les recours administratifs, la transaction et l'arbitrage (A), et celles des recours qui sont novateurs ou connaissent un nouvel essor, comme la médiation ou le rescrit (B).

A- Des recours alternatifs traditionnels

Le premier de ces modes alternatifs de règlement des conflits est représenté par les recours administratifs, réclamations adressées à l'administration en vue de régler un différend né d'une décision administrative[56], qui incluent des recours facultatifs, les recours gracieux, portés devant l'auteur de la décision administrative contestée[57], et les recours hiérarchiques portés devant le supérieur hiérarchique de l'auteur de la décision administrative[58] contestée, ainsi que les recours administratifs préalables obligatoires qui se distinguent des deux premiers par le fait qu'ils sont obligatoires avant toute saisine du juge administratif sous peine d'irrecevabilité. Le Conseil d'Etat considère[59] l'ensemble de ces recours comme des « *procédures amiables traditionnelles* », et les recours gracieux et hiérarchiques comme des « *circuit*[s] *court*[s] *et de proximité* » essentiellement utiles pour éclaircir des situations pour lesquelles le demandeur a besoin d'explications, les recours administratifs préalables obligatoires étant réellement un « *filtre efficace* » à la saisine du juge. Dès 1945, le Conseil d'Etat a reconnu[60] aux particuliers le droit d'effectuer un recours administratif, sauf si une loi en dispose autrement, soit devant l'auteur de l'acte contesté lui-même, soit devant son supérieur hiérarchique, le ministre ; c'est seulement en cas de rejet que le requérant devra saisir le juge.

L'articulation entre les trois recours administratifs est donnée par une circulaire[61] en date du 5 octobre 2012 dans laquelle le ministre de la réforme de l'Etat, de la décentralisation et de la fonction publique explique clairement que le recours administratif préalable obligatoire se substitue au recours gracieux dans les domaines dans lesquels le décret[62] du 10 mai 2012 les met en place, mais qu'il ne se substitue pas au recours hiérarchique de droit commun, reprenant par là-même les termes du décret.

---

[56] Article L410-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

[57] CORNU, G., Vocabulaire juridique, *PUF*, 2013, p.857.

[58] CORNU, G., Vocabulaire juridique, *PUF*, 2013, p.506.

[59] SAUVE, J.-.M, « Les modes amiables de règlement des différends », *Conseil d'Etat*, 2016.

[60] CE, 23 mars 1945, « Vinciguerra », Rec. p. 56.

[61] Circulaire relative à l'application du décret n°2012-765 du 10 mai 2012.

[62] Décret n°2012-765 du 10 mai 2012 portant expérimentation de la procédure du recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des agents civils de l'Etat.

Les recours administratifs préalables obligatoires, les recours gracieux et hiérarchiques reconnus par le droit positif, la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, trouvent leur domaine de prédilection dans le droit fiscal[63], comme l'explique le Conseil d'Etat dans son rapport[64] de 2008. Cela s'explique par le fait que l'administration fiscale n'est pas une administration comme les autres dans la mesure où l'impôt qu'elle gère revêt une importance particulière dont les principes de base, affirmés dès la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, sont la légalité et l'égalité de l'impôt, le consentement à celui-ci. Le citoyen se retrouve donc au cœur de la problématique des impôts.

Premier type de recours administratif, les recours administratifs préalables obligatoires qui ont été présentés par le Conseil d'Etat dans son étude annuelle relative à ce sujet en 2008 comme « *l'un des principaux modes alternatifs de règlements des litiges, en ce qu'ils permettent aux usagers d'obtenir la réformation des décisions les concernant, avec des chances raisonnables de succès, et sont de nature à éviter une procédure juridictionnelle* ». Le Conseil d'Etat ajoutera à leur sujet qu'il s'agit des « *procédures par lesquelles une personne, souhaitant contester une décision administrative qui lui est défavorable, est tenue de former un recours devant l'autorité administrative préalablement à toute saisine du juge administratif* »[65]. Le recours administratif préalable obligatoire est défini par ailleurs comme un « *recours administratif auquel est subordonné l'exercice d'un recours contentieux à l'encontre d'une décision administrative* »[66] ayant pour but de régler un différend, voire un litige, entre l'administration et une personne morale ou physique, et ce de manière amiable, sans avoir recours immédiatement au prétoire du juge administratif, ce qui explique que ce mode alternatif de règlement des conflits ait été qualifié de « *recours administratif* ». Mais pour qu'il puisse être qualifié de « *mode alternatif* », il est nécessaire que ce recours apporte réellement une solution au conflit, sans laquelle la solution ultime demeurera, en tout état de cause, la saisine du juge… Lorsqu'on parle de recours préalable

---

[63] Recours prévus en droit fiscal à l'article L247 du Livre des procédures fiscales

[64] Les recours administratifs préalables obligatoires, Les études du Conseil d'Etat, *La Documentation française*, 2008.

[65] Définition donnée par le Conseil d'Etat en 2008 à l'occasion de son étude « Les recours administratifs préalables obligatoires », *La Documentation française*.

[66] Article L410- 4° du Code des relations entre le public et l'administration.

obligatoire, il ne s'agit pas de dire que le recours est obligatoire mais simplement que si le requérant veut effectivement formuler une requête, ce recours est obligatoire avant la saisine de toute juridiction et qu'il doit permettre un réexamen non juridictionnel de l'affaire sous peine d'irrecevabilité. A ce sujet, Jean-Claude Bonichot, juge français près la Cour de justice de l'Union européenne, a eu l'occasion de préciser qu'il ne faut « *surtout pas* concevoir [le recours administratif préalable obligatoire] *comme le préjugement d'une affaire ou comme un précontentieux mais comme un processus administratif normal de réexamen d'une décision ou d'une position de l'administration* »[67] ; il faut faire « *la part de l'administration et du juge* »[68]. Cette pensée sera d'ailleurs confirmée par le Conseil d'Etat à l'occasion de son rapport relatif aux recours administratifs préalables obligatoires en 2008, lorsqu'il déclarera à titre préliminaire que les recours administratifs préalables obligatoires « *ne sauraient être réduits à des simples procédures précontentieuses* ».

Ainsi donc, comme le met en avant ce rapport, les recours administratifs préalables obligatoires, imposés par une logique de « *bonne administration* », ont souvent pour but la conciliation entre les parties plutôt que le recours au juge. Ces recours, qui s'appliquent dans des domaines extrêmement variés, ont par ailleurs reçu une sorte d'onction constitutionnelle puisque par sa décision[69] n°88-154 L du 10 mars 1988, le Conseil constitutionnel les a reconnus comme conformes à la Constitution lorsqu'il a énoncé qu'en matière de communication de documents administratifs, la procédure précontentieuse ne remet pas en cause le droit de saisine du juge lorsque cela est nécessaire et que les règles régissant ces recours relèvent du pouvoir règlementaire.

Deuxième type de recours administratif, le recours gracieux, « *recours administratif adressé à l'administration qui a pris la décision contestée* »[70]. Ce type de recours prend toute sa signification dans le domaine fiscal, où il ne tend pas à contester le montant de l'impôt ou les éventuelles sanctions encourues mais simplement à obtenir de l'administration fiscale qu'elle soit bienveillante et qu'elle décide en équité, et pas seulement en droit, de façon à

---

[67] BONICHOT, J.-.C, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, *Dalloz*, 2007, p.81 et s.

[68] *Ibid.*

[69] Conseil constitutionnel, 10 mars 1988, « Nature juridique des deux premiers alinéas de l'article 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public », décision n°88-154 L.

[70] Article L410-1 2° du Code des relations entre le public et l'administration.

consentir à une remise partielle ou totale de la somme réclamée. Une relation privilégiée s'établit entre le contribuable et son administration.

Troisième et dernier type de recours administratif, le recours hiérarchique, « *recours administratif adressé à l'autorité à laquelle est subordonnée celle qui a pris la décision contestée* »[71]. Dans un arrêt[72] de 2006, le Conseil d'Etat reconnait que le droit à un recours hiérarchique est un principe général du droit. Dans le domaine fiscal, alors que le recours gracieux s'exerce à la demande du contribuable en dehors de toute procédure de contrôle, le recours hiérarchique s'applique dans le cas où le contribuable fait l'objet d'un contrôle fiscal. Le Livre des procédures fiscales[73] impose alors à l'administration de remettre au contribuable la charte des droits et obligations du contribuable vérifié, dont les dispositions sont opposables à l'administration[74], et qui fait du recours hiérarchique une personnalisation des « *voies de recours offertes aux contribuables vérifiés* ». Cette disposition du Livre des procédures fiscales illustre les principes d'information et de transparence voulus par le Comité des ministres.

Deuxième mode alternatif de règlement des conflits consacré par le droit, la transaction. Ce mode amiable n'est pas un mode juridictionnel, comme l'a fait remarquer l'ancienne présidente du Tribunal administratif de Lille Françoise Ducarouge[75], et il ne relève que de la volonté des parties. En effet, la transaction, contrat écrit, permet de mettre fin à une contestation née ou à naître, chaque partie faisant des concessions. Ces termes seront repris par une circulaire[76] en date du 6 avril 2011 qui précisera que la transaction n'a pas pour but de répondre à des questions hypothétiques, contrairement au rescrit[77]. Cette circulaire ne concerne que les cas où l'Etat a engagé sa propre responsabilité et où, par conséquent, il est susceptible d'indemniser l'administré. De plus, cette circulaire précise que

---

[71] Article L410-1 3° du Code des relations entre le public et l'administration.

[72] CE, 13 févr. 2006, n°281840.

[73] Article 10 alinéa quatre, issu de l'article 8 de la loi n°87-502 du 8 juillet 1987 dite « loi Aicardi ».

[74] BOFP-I, Garanties applicables lors de l'exercice du contrôle - Information du contribuable et envoi d'un avis de vérification et de la charte du contribuable vérifié, 2017.

[75] DUCAROUGE, F., « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, 1996, p. 86.

[76] Circulaire relative au développement du recours à la transaction.

[77] En droit fiscal, la transaction ne s'applique que pour l'atténuation de pénalités qui ne sont pas définitives. Eléments introduits par le décret n°81-859 du 15 septembre 1981 dans le Livre des procédures fiscales.

l'administration est juridiquement engagée lorsqu'elle adresse à la partie adverse une proposition écrite de transaction ; cette proposition étant ferme et définitive, même en cas d'erreur matérielle, elle revêt par conséquent une importance particulière. Comme tout contrat, la transaction administrative a un effet limité au différend réglé, comme le précise de façon générale l'article 2048 du Code civil, et en vertu de l'article 2051 du Code civil, la transaction n'a d'effet que pour les parties, c'est-à-dire un effet relatif.

Troisième mode alternatif de règlement des conflits, l'arbitrage. En termes juridiques[78], ce mode, toujours juridictionnel contrairement aux autres, se déroule sous la direction d'un arbitre choisi librement par les parties, ce qui explique que les autorités administratives se soient toujours montrées prudentes à l'égard de ce mode. Dans certains cas, c'est la loi qui oblige les parties à y recourir, comme dans le cas d'un arbitrage par la Cour permanente de La Haye pour les différends entre Etats. L'arbitrage purement international, c'est-à-dire celui dont l'objet du litige ou la procédure suivie est international, n'entre pas dans le cadre de ce sujet. Par contre sera examiné ici le cas où une personne morale de droit public contracte avec une personne morale de droit privé d'origine étrangère. Le droit distingue deux types d'arbitrage : le compromis, contrat par lequel les parties soumettent un litige déjà né à un arbitre et la clause compromissoire, stipulation contractuelle qui prévoit le règlement d'un éventuel différend par un arbitre, comme le prévoit l'article 1442 du Code de procédure civile. Conformément à l'article 2061 du Code civil, « *la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ». De manière générale, le recours à l'arbitrage relève plutôt du droit privé et les juridictions de l'ordre judiciaire sont rompues au travail qui en découle pour elles, et ceci depuis longtemps. Quant au contentieux administratif, l'article L311-6 du Code de justice administrative est intéressant de par son insertion[79] dans ce Code qui démontre que l'arbitrage est effectivement un mode juridictionnel de règlement des conflits. Ce mode juridictionnel est toutefois qualifié d'alternatif parce qu'il évite le recours au juge, l'arbitre étant chargé d'apporter une solution au litige à la place de ce dernier. Par ailleurs, et comme le précise le rapport du groupe de travail sur l'arbitrage de 2007 présidé par Daniel

[78] CORNU, G., Vocabulaire juridique, *PUF*, 2013, p.78.

[79] Cet article se retrouve dans le Livre III relatif à la compétence des juridictions administratives.

Labetoulle, rien ne s'oppose à ce qu'un autre mode alternatif puisse être utilisé avant d'avoir recours à l'arbitrage et une convention d'arbitrage peut même prévoir qu'un litige fasse l'objet d'une médiation qui ne débouchera sur un arbitrage qu'en cas d'échec.

Ainsi si les recours administratifs, la transaction et l'arbitrage sont des modes alternatifs classiques parce que relativement anciens et donc bien rôdés, la médiation administrative connait un nouvel essor depuis la loi « J21 » ; le rescrit, quant à lui, est appelé à prendre une nouvelle dimension.

B- Des recours alternatifs novateurs en plein devenir

Depuis la loi « J21 », la médiation administrative est un mode alternatif de règlement des conflits en plein essor et ce processus amiable est novateur dans le domaine du contentieux administratif.

« *Nous sommes de plus en plus persuadés en tant que juge administratif que la réponse que nous apportons n'est pas la bonne* »[80] témoigne Xavier Libert[81] lorsqu'il parle de la médiation et pour suggérer d'y recourir le plus largement possible. Ayant établi le même constat, le législateur a décidé d'introduire la médiation devant les juridictions administratives par le biais de l'article 5 de la loi « J21 ». Pourtant, l'idée de médiation n'est pas nouvelle et comme l'a confirmé Xavier Domino[82] au sujet de « *l'ère nouvelle de la médiation* », « *envisagée de longue date, souhaitée par l'institution et objet de nombreuse réflexions, la médiation n'avait jusqu'alors qu'une place anecdotique dans le droit administratif français et commençait, de l'aveu du vice-président Sauvé, à « ressembler un peu à un serpent de mer »* ». Et si, sorte de parallélisme législatif, la définition de la médiation adoptée pour la matière administrative va être *stricto sensu* la même que celle en vigueur dans la procédure civile comme en témoigne l'article L213-1 du Code de justice administrative, la loi « J21 » va étendre ce processus à tous les domaines en introduisant un nouveau chapitre dans le Code de justice administrative[83].

---

[80] IWEINS, D., « La transformation progressive du Défenseur des droits », *Lextenso*, *Gazette du Palais*, 2016, n°43, p.7

[81] Ancien président du tribunal administratif de Versailles, référent du groupe de travail « médiation de la juridiction administrative » au Conseil d'État.

[82] DOMINO, X., « Innovations : la médiation et l'action collective en droit administratif », *RFDA*, 2017, p.19.

[83] Chapitre IV relatif à la médiation dans le Titre Ier du Livre I ainsi que le Chapitre III dans le Titre II du Livre II du Code de justice administrative.

Ainsi, et comme l'a mis en avant la recommandation de 2001 du Conseil de l'Europe, la conciliation et la médiation peuvent relever soit de l'initiative des parties ou de celle du juge, soit être imposées par la loi. La loi « J21 » et son décret d'application n°2017-566 en date du 18 avril 2017 ont introduit la médiation en matière de contentieux administratif à l'initiative des parties[84], médiation conventionnelle, prévue dans le contrat initial ou initiée à la demande d'une des parties, et la médiation juridictionnelle faite à l'initiative du juge[85]. De manière générale, la médiation « *porte sur tout ou partie d'un litige* »[86]. L'article R621-1 du Code de justice administrative a été modifié pour confier à l'expert une possibilité de médiation.

La médiation administrative préalable obligatoire, instaurée quant à elle par l'article 5 du paragraphe IV de la loi « J21 », a été jugée conforme à la Constitution à la suite de la décision n°2016-739 DC du 17 novembre 2016, alors même que certains sénateurs avaient mis en avant que cet article « *méconnai*[ssai]*t le principe de « clarté de la loi » et l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi en raison de l'absence de précision quant aux personnes chargées d'effectuer la médiation préalable* ». Les précisions relatives à la mise en place de la médiation administrative préalable obligatoire seront finalement apportées par le décret n°2018-101 du 16 février 2018.

En même temps que la « loi J21 » généralise la médiation dans le domaine administratif, elle met fin à toute conciliation puisque son article 5 VI reconnait que toute conciliation entamée se poursuivra selon les règles applicables relatives à la nouvelle médiation. L'article L422-1 du Code des relations entre le public et l'administration est modifié en conséquence. L'article L211-4 du Code de justice administrative et le chapitre Ier *ter* du titre VII du livre VII du même Code sont abrogés. La question qui se pose de savoir pourquoi la conciliation a été abandonnée au profit de la seule médiation trouve sa réponse dans l'étude d'impact de la future loi du 18 novembre 2016 : au moment de la réflexion qui a conduit à la loi « J21 » et pour prendre en compte la directive 2008/52/CE, le Gouvernement se trouvait face à deux possibilités, maintenir la conciliation et développer la médiation, ou fondre les deux procédures en une seule. Le choix fait a été de fusionner les deux procédures afin « *de n'ouvrir aux justiciables qu'une seule voie alternative de*

[84] Articles L213-5 et L213-6 du Code de justice administrative.

[85] Articles L111-4 et L213-7 à L213-10 du Code de justice administrative.

[86] Article R213-1 du Code de justice administrative.

règlement du litige » présentant « un caractère à la fois plus simple et plus complet »[87]. Dans ce cadre, la médiation est confiée à un tiers.

La médiation peut être également utilisée dans une action de groupe, introduite en droit administratif par l'article 85 de la loi du 18 novembre 2016. Cette action de groupe, consacrée dans le Code de justice administrative, permet lorsque plusieurs personnes confrontées au même problème ont subi un dommage causé par une personne morale de droit public ou un organisme privé chargé de la gestion d'un service public ayant pour cause commune un manquement de même nature à ces actions légales et contractuelles[88], de demander au juge la cessation du manquement ou l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation du préjudice subi, ou les deux. Les domaines d'exercice de cette *class action* à la française sont cependant limités puisqu'ils ont trait uniquement à la discrimination, l'environnement, les produits de santé et la protection des données à caractère personnelle conformément à l'article L77-10-1 du Code de justice administrative. Toutefois, si l'action de groupe passe par la saisine du juge, une médiation est toujours possible pour obtenir la réparation des préjudices individuels en vertu de l'article L77-10-16 du Code précité. De plus le juge peut décider, conformément à l'article L77-10-9 du même Code et lorsqu'il est saisi en ce sens, de lancer une procédure collective de liquidation des préjudices et pour ce faire, il habilite le demandeur à négocier avec le défendeur l'indemnisation des préjudices des membres constituant le groupe. *In fine*, alors que l'action de groupe emprunte la voie juridictionnelle, son déroulement peut passer par la voie alternative. A ce jour, cette procédure inspirée de la procédure judiciaire, n'a pas encore été utilisée.

Ainsi, si les recours alternatifs permettent le règlement d'un différend sans avoir recours au juge, il existe une procédure qui vise à éviter un litige avant même qu'il ne se produise, c'est le rescrit qui s'applique dans divers domaines du droit mais qui est particulièrement important en droit fiscal. Et si la médiation administrative est un mode alternatif de règlement des conflits qui doit son avènement à la loi « J21 », le rescrit est un mode en devenir dont le champ d'application devrait être étendu suite au vote et à la promulgation de la future loi relative à un Etat au service d'une société de confiance.

---

[87] Etude d'impact de la future loi relative à la justice du XXIème siècle.

[88] Article L77-10-3 du Code de justice administrative.

En effet, le rescrit est une façon intéressante de prévenir les conflits. Il s'agit d'un « *avis donné par une autorité sur l'interprétation d'un règlement dont elle est l'auteur en réponse à une demande de consultation émanant d'un intéressé* » [89] et le Conseil d'Etat l'a défini à l'occasion de la réalisation de l'une de ses études[90] comme « *une prise de position formelle de l'administration, qui lui est opposable, sur l'application d'une norme à une situation de fait décrite loyalement dans la demande présentée par une personne et qui ne requiert aucune décision administrative ultérieure* ». Comme le précise Béatrice Guillaume au sujet du rescrit fiscal par exemple, celui-ci « *s'inscrit dans le cadre de principe de sécurité juridique et de confiance légitime que l'administration fiscale se doit de respecter* »[91]. Au sens du site officiel de l'administration française, la procédure de rescrit fiscal permet de demander à l'administration fiscale d'expliquer comment la situation du contribuable doit être traitée au regard des règles fiscales en vigueur. L'administration dispose dans ce cas d'un délai de trois mois pour répondre. La réponse de l'administration ou rescrit fiscal est opposable sous certaines conditions définies à l'article L80 du Livre des procédures fiscales. En particulier le demandeur, après avoir reçu le rescrit, doit suivre la position et les indications prises par l'administration, être de bonne foi et conserver la situation sur laquelle l'administration a pris position. Par contre, le rescrit ne met pas l'administré à l'abri d'une évolution de la législation.

Cette procédure a pour but de construire un dialogue non-contentieux entre l'administration et ses administrés, notamment dans la mesure où il permet au contribuable de s'informer *a priori* sur sa situation fiscale. Il peut être une aide à la décision lorsque l'administré a un projet. Il présente l'inconvénient pour le contribuable d'attirer l'attention de l'administration sur sa situation particulière dans le cas où celui-ci ne respecte pas ultérieurement la position de l'administration. Le rescrit ne concerne par contre pas l'application des textes relatifs à la procédure d'imposition ou à la procédure contentieuse. En cas de désaccord avec l'administration, l'administré a la possibilité de demander un second examen de sa situation par l'administration qui dispose alors à nouveau d'un délai de trois mois pour répondre. Ainsi, le rescrit peut être perçu comme un règlement alternatif de conflit entre un contribuable et l'administration au sens large, dans la mesure où il

---

[89] CORNU, G., Vocabulaire juridique, *PUF*, 2013, p.902.

[90] Conseil d'Etat, « Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets », *La Documentation française*, 2014.

[91] GUILLAUME, B., « Le rescrit fiscal au peigne fin », *Juris associations*, 2017, n°560, p.24.

prévient un conflit potentiel ; comme le rescrit fiscal a fait ses preuves, la future loi en cours a choisi de l'étendre à d'autres domaines.

Il apparait ainsi que le terme générique « *modes alternatifs de règlement de conflits* » recouvre différents types de recours possibles, certains étant très anciens, d'autres nouveaux en droit administratif. Mais tous tendent vers le même but, une résolution facilitée des conflits avec l'administration, ce qui leur confère un aspect séducteur pour l'ensemble des acteurs des règlements de conflits.

Paragraphe 2 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, une opportunité séductrice

Effectivement, les modes alternatifs séduisent de prime abord par les aspect positifs qu'ils présentent par rapport à une solution juridictionnelle. En 2015 et à l'occasion du colloque « *La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative* » organisé par le Conseil d'Etat, Jean-Marc Le Gars[92] a reconnu au sujet des modes alternatifs de règlement des conflits que ceux-ci sont préférables, sur le plan social et humain, à des procédures juridictionnelles qui peuvent durer dans le temps, parce qu'ils rapprochent les parties alors que les procès les séparent. A l'occasion du même colloque, le président de la Section du contentieux a évoqué la souplesse, la rapidité et le coût réduit des modes alternatifs qu'il a conseillé de privilégier chaque fois que cela est possible. Comme l'a précisé par ailleurs le vice-président du Conseil d'Etat, « *les procédures amiables permettent à nos concitoyens d'exposer et de régler leurs différends avec les administrations d'une manière plus rapide et moins onéreuse, mais surtout plus souple, accessible et personnalisée. Elles ouvrent entre les parties un espace d'expression et d'échange, propice au rapprochement des points de vue et à l'adoption de solutions pragmatiques et acceptables, fondées au besoin en équité dans le respect du principe de légalité et des règles d'ordre public et, spécialement, de l'interdiction pour les personnes publiques de payer une somme non due et donc de consentir des libéralités* »[93]. Les modes alternatifs ont souvent été plébiscités et dès 2011 par exemple, une circulaire du Premier ministre en date du 7 septembre précisait au sujet de la transaction que celle-ci « *présente, en droit public, de nombreux avantages : elle facilite un règlement rapide des litiges, elle permet une gestion économe des deniers publics ; elle allège la charge de travail des juridictions* ». Les modes alternatifs sont avantageux, les autorités l'affirment.

Les points forts des modes alternatifs en droit interne sont donc posés : souplesse, rapidité et moindre coût pour le demandeur, économie pour l'Etat et diminution de la charge de travail pour les juridictions. Ainsi, les modes alternatifs conçus par les pouvoirs publics comme un moyen de développer une relation de confiance entre l'administration et l'administré (A), s'avèrent être des modes facilitateurs du travail de l'administration, tout en répondant au souhait des juridictions (B).

---

[92] Président de la Cour administrative d'appel de Lyon.

[93] SAUVE, J.-M., « Les modes amiables de règlement des différends », *Conseil d'Etat*, 2016.

A- Des modes alternatifs de règlement des conflits, base d'une relation de confiance entre l'administration et l'administré

Les modes alternatifs permettent d'initier une relation de confiance entre l'administré et l'administration, en ce qu'ils permettent de décider sur la base de l'équité, d'éviter une procédure juridictionnelle souvent longue et coûteuse, tout en introduisant une dose de souplesse dans les différends processus.

Tout d'abord, ces modes permettent de statuer en équité, qu'il s'agisse d'un recours administratif, d'une médiation ou d'un arbitrage par exemple. Dans le cadre du recours préalable administratif obligatoire, lorsqu'une instance de réexamen de la position adoptée par l'administration est mise en place, elle va statuer en opportunité et en équité contrairement au juge, qui statue uniquement en fait et/ou en droit, comme le confirme le Conseil d'Etat dans son rapport de 2008.

Dans le domaine fiscal par exemple, les recours administratifs sont particulièrement avantageux pour le contribuable puisqu'ils permettent à l'administration d'accorder dans certains domaines[94], et à la demande du contribuable dans la mesure où celui-ci est de bonne foi, des remises totales ou partielles d'impôts directs ; la décision de l'administration fiscale est dans ce cas-là fondée sur la prise en compte de la situation personnelle du demandeur[95]. *A contrario*, le contribuable fraudeur peut faire l'objet de poursuites de la part de l'administration. L'administration fiscale a donc réellement la faculté de moduler sa décision en fonction non seulement de la situation personnelle de l'administré mais également de son comportement. De plus, lorsque le contribuable émet une demande gracieuse, une instruction doit être réalisée avant de donner lieu à une décision sauf dans le cas où, de façon évidente, la demande n'est pas recevable. Cette instruction[96] de la demande gracieuse a en particulier pour but d'analyser la situation personnelle, financière et patrimoniale du contribuable, ainsi que les « *circonstances particulières de l'affaire* », permettant de statuer en équité. Enfin, le fait que l'administration fiscale, lorsqu'elle est saisie d'une demande gracieuse, statue à la date de sa décision, permet de prendre en compte la situation la plus récente du contribuable.

---

[94] Cette possibilité n'est pas offerte aux 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.

[95] C'est l'article L247 du Livre des procédures fiscales qui prévoit notamment le cas où le contribuable est dans l'impossibilité de payer ses impôts, par gêne ou indigence.

[96] Les règles relatives à l'instruction des demandes gracieuses sont régies par les articles R247-1 et suivants du Livre des procédures fiscales.

Les recours administratifs préalables obligatoires dans le domaine fiscal donnent globalement satisfaction, et les raisons de ce succès sont mises en avant dans le rapport du Comité du contentieux fiscal, douanier et des changes de 2016 selon lequel l'augmentation des décisions favorables en matière d'impôts s'explique par la prise en compte de la situation personnelle des requérants, ce qui introduit une part de subjectivité dans le domaine du droit fiscal, droit normalement purement objectif.

Toujours dans la matière fiscale, l'application du principe de subsidiarité est avantageuse pour le contribuable puisque, l'administration fiscale se devant d'être au plus proche de lui, les demandes gracieuses sont adressées au service des impôts implantés dans tous les départements. Des délégations[97]accordées par les directeurs départementaux des finances publiques à leurs cadres permettent aux agents du fisc d'accorder directement des remises gracieuses[98], des modérations et des transactions ou de rejeter la demande. Les supérieurs hiérarchiques chargés d'entendre les contribuables au nom du directeur exercent dans les services déconcentrés et les services à compétence nationale, soit à nouveau au plus près du demandeur.

La médiation administrative, de son côté, accorde une grande place à l'équité et Françoise Ducarouge, ancienne présidente du Tribunal administrative de Lille, a eu l'occasion de préciser à ce sujet que « *la médiation au sens institutionnel est étrangère à la logique même du juge administratif par la place faite à l'équité. L'institution du Médiateur par la loi du 3 janvier 1973 a eu pour objet de permettre des solutions équitables à des litiges qu'une application stricte de la règle de droit aurait condamnés à l'échec devant le juge* »[99].

---

[97] Le décret n°2013-443 du 30 mai 2013 relatif aux règles de compétence et de délégation de signature applicables au traitement des réclamations contentieuses et des demandes à titre gracieux présentées par les contribuables et l'arrêté du 30 mai 2013 fixent un seuil de 200 000 euros pour répartir les compétences entre les chefs de service déconcentrés et le Ministre chargé du budget.

A titre d'exemple, en 2016, un inspecteur pouvait accorder une remise allant jusqu'à 15 000 euros et un agent de catégorie A autre qu'inspecteur une remise pouvant aller jusqu'à 76 000 euros. Ces chiffres sont fournis par le rapport de 2016 du Comité du contentieux fiscal, douanier et des changes.

[98] Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts, Paragraphe « Juridiction gracieuse », « Décisions prises sur les demandes gracieuses », « Délégation du pouvoir de statuer sur les demandes gracieuses ».

[99] DUCAROUGE, F., « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, 1996, p. 86.

De la même façon que dans le cas de la médiation ou des recours administratifs, l'arbitrage, comme l'a suggéré la recommandation de 2001, pourra donner lieu à une décision fondée sur l'équité.

Ensuite, les modes alternatifs sont souvent le moyen pour le justiciable d'éviter une procédure juridictionnelle généralement longue et souvent coûteuse. Les recours administratifs s'avèrent *a priori* être moins coûteux qu'une procédure juridictionnelle parce que le ministère d'avocat n'est pas nécessaire... au moins dans un premier temps. En ce qui concerne l'arbitre et le médiateur qui sont rémunérés, le débat reste toutefois ouvert. Mais l'un des principaux avantages de ces modes alternatifs est de raccourcir les délais de règlement du conflit.

L'arbitrage, par exemple, qui n'exclut pas le recours à d'autres modes alternatifs, est souvent plus rapide que la voie purement juridictionnelle, notamment parce qu'il permet aux parties de prévoir les délais dans lesquels l'arbitre rendra sa décision, faisant d'eux des acteurs actifs de la procédure.

Le recours administratif préalable obligatoire, quant à lui, est de fait souvent un moyen pour le justiciable d'obtenir un réexamen de sa situation par l'autorité administrative, dans des délais plus brefs et selon une procédure moins contraignante que dans le cas d'un recours juridictionnel. En 2008, le rapport relatif aux recours administratifs préalables obligatoires du Conseil d'Etat précisait par exemple que 98,7% des réclamations contentieuses dans le domaine fiscal étaient traitées dans un délai inférieur à trois mois, les réponses étant majoritairement favorables aux usagers[100]. La même année, les recours devant les tribunaux étaient à la baisse alors même que les réclamations préalables étaient en forte hausse[101]. En 2015, le nombre de réclamations préalables obligatoires traitées par l'administration fiscale par exemple s'élève à plus de quatre millions par an, chiffres en constante hausse[102]. Comme le fait remarquer Marie-Christine Esclassan[103], l'administration fiscale fait de son mieux pour traiter rapidement les demandes et des objectifs d'accélération des processus ont été fixés et aujourd'hui, elle est tenue de traiter la majorité des réclamations

---

[100] 93,43%.

[101] +36% par exemple entre 2004 et 2006.

[102] Chiffres fournis par ESCLASSAN, M.-C., « Le règlement des litiges fiscaux par l'administration en France », *Revue française de finances publiques*, *Lextenso*, 2015, n° 132, p.105.

[103] *Ibid.*

relatives à l'impôt sur le revenu dans un délai d'un mois[104]. En 2016, les chiffres du Comité du contentieux fiscal, douanier et des changes[105] montrent que 72% des demandes gracieuses sont traitées dans un délai d'un mois et plus de 96% dans un délai de trois mois, ce qui signifie que le contribuable peut obtenir satisfaction beaucoup plus rapidement que s'il avait emprunté une voie juridictionnelle. De plus, la même année, environ 62% des demandes ont donné lieu à une décision positive, un peu moins de 39% à des rejets. Ces chiffres sont comparables à ceux de 2015.

Enfin, les modes alternatifs introduisent une grande souplesse dans le règlement des conflits. Souplesse d'abord parce que l'exercice d'un mode amiable ne fige pas l'instance juridictionnelle : l'absence de cristallisation des moyens lors de l'exercice d'un recours administratif préalable obligatoire permet au requérant de pouvoir présenter de nouveaux arguments, sous réserve que ces moyens soient relatifs au même litige que celui dont a été saisie l'autorité administrative comme l'a confirmé l'arrêt du Conseil d'Etat « Garnier » de 2007. Le 4 novembre 2015, un autre arrêt[106] du Conseil d'Etat viendra préciser la même règle dans le domaine social, et sous réserve du respect du délai de recours contentieux. A titre de rappel, en matière de procédure administrative contentieuse, comme l'a affirmé par exemple la Cour administrative de Bordeaux dans un arrêt[107] en date du 30 novembre 2017, la cristallisation des moyens continue à s'appliquer même en appel.

Souplesse ensuite parce que le recours administratif préalable obligatoire peut permettre au requérant de mieux comprendre la position de l'administration, bien sûr dans le cas où la réponse de cette dernière est réellement motivée. Dans le cas où le requérant reçoit une réponse à son recours préalable, la réponse nouvelle de l'administration peut également constituer un moyen d'obtenir des informations sur ses chances de succès devant ladite juridiction et également de préparer son futur recours contentieux. Très souvent, les recours administratifs préalables obligatoires sont un moyen efficace, surtout lorsqu'une commission spécialisée dans leur traitement existe, d'améliorer la qualité de la décision,

---

[104] A titre de comparaison, concernant le contentieux des professionnels, en 2013, 97% des demandes étaient traitées en trois mois.

[105] Rapport annuel du Comité du contentieux fiscal, douanier et des changes à l'intention du Gouvernement et du Parlement, 2017.

[106] CE, 4 nov. 2015, n°384241.

[107] CAA Bordeaux, 30 nov. 2017, n° 15BX01869.

essentiellement parce que les commissions prennent normalement le temps de réexaminer la position de l'administration, ce qui n'est malheureusement pas toujours le cas en matière de recours gracieux. Deux lectures sur le même sujet valent souvent mieux qu'une seule…

Souplesse enfin, en ce qui concerne la médiation et son aspect pacificateur. Ainsi, le vice-président du Conseil d'Etat en 2015 a-t-il insisté sur l'aspect apaisant des relations entre les parties lorsqu'il a déclaré que « *lorsque des personnes entrées en conflit sont appelées à se côtoyer durablement, le « rituel judiciaire » apparaît alors peu adapté à l'apaisement des relations entre un agent et son service, ou entre un usager et son administration de proximité* »[108]. Cette idée de pacification sera souvent reprise comme un argument en faveur du développement de la médiation.

Si les modes alternatifs permettent l'établissement d'une relation de confiance entre l'administration et l'administré, l'administration et les juridictions y trouvent également leur intérêt.

B- Des modes facilitateurs du travail de l'administration et souhaités par les juridictions

Comme le fait remarquer la circulaire du Premier ministre du 9 février 1995 reprenant le rapport du Conseil d'Etat de 1993 relatif aux règlements alternatifs, les administrations qui ont fait l'effort de s'organiser pour traiter de façon efficace les recours qu'elles reçoivent voient leur nombre de recours contentieux largement diminuer. Le recours administratif préalable obligatoire est souvent avantageux pour l'administration en ce sens qu'il évite le recours à une phase juridictionnelle dans laquelle l'administration, dans tous les cas, serait partie prenante. Il est également un moyen pour l'administration de purger ses décisions de leurs vices éventuels et par conséquent, dans toute la mesure du possible, de prendre conscience de ses propres erreurs et par suite d'instaurer un meilleur dialogue avec les administrés. L'administration, ainsi mieux au fait de ses propres problèmes, peut être amenée à revoir ses modes de fonctionnement pour éviter certains dysfonctionnements qui s'avèreraient être préjudiciables pour les justiciables. Le Conseil d'Etat a même considéré dans son rapport de 2008 que les recours administratifs préalables obligatoires pouvaient être une source de modernisation du fonctionnement de l'administration. Dans ce domaine, l'édition par les commissions chargées de traiter les recours de rapports d'activité peut être très utile. Ainsi par exemple, dans l'un de ses rapports annuels la commission chargée du

[108] SAUVE, J.-M., « La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative », *Conseil d'Etat*, 2015.

recours contre les refus de visa attire-t-elle l'attention des services sur des problèmes de procédure en matière de délivrance de visas.

En matière fiscale, les chiffres fournis par l'administration démontrent que celle-ci donne en grande partie une suite favorable aux demandes gracieuses du contribuable, demandes dont le nombre s'élève à plus de 1,2 millions par an, ce qui signifie que les personnes qui ont obtenu satisfaction étaient en droit de faire une demande, et par conséquent que l'administration fiscale, si elle avait dû essayer toute seule de prendre en compte la situation personnelle de ces demandeurs, dans un souci évident de justice, aurait été dans l'impossibilité de le faire. Les demandes spontanées des contribuables, de la même façon que les déclarations faites par eux, contribuent au bon fonctionnement de l'administration fiscale. Par ailleurs, comme l'explique Marie-Christine Esclassan[109], la réclamation préalable obligatoire permet souvent à l'administration fiscale de protéger l'intérêt du Trésor public : lorsque l'administration est amenée à pratiquer un dégrèvement suite à une imposition erronée d'un contribuable, elle doit en même temps rechercher toute omission d'imposition qu'elle doit redresser. Ce deuxième examen de la situation, réalisé en vue d'un possible contentieux, peut également amener l'administration fiscale à procéder à une substitution de base légale et donc la conduire à conforter sa position dans une éventuelle future confrontation au contribuable devant le « *juge de l'impôt* ».

Les modes alternatifs sont également souvent avantageux pour les juridictions administratives qui disent elles-mêmes être intéressées par ces modes « *souple(s), adapté(s) et rapide(s) de résolution des litiges permettant de rétablir le dialogue entre les parties dont les relations doivent durer dans le temps, de procéder à des échanges de points de vue sur des aspects concrets des dossiers ou encore de débloquer une solution en cours d'exécution de contrat et d'aboutir à des solutions mieux admises par les parties* »[110], comme le précisera en 2016, Jean-Marc Le Gars. Comme il l'expliquera encore, les juridictions voient dans les modes alternatifs un moyen de « *désengorger les prétoires* » et estiment que « *le juge administratif a un rôle à jouer dans la prévention des contentieux* ».

Et parmi les modes alternatifs de règlement des conflits, le recours administratif préalable obligatoire est l'un des modes les plus intéressants pour les juridictions, surtout

---

[109] ESCLASSAN, M.-C., « Le règlement des litiges fiscaux par l'administration en France », *Revue française de finances publiques*, *Lextenso*, 2015, n° 132, p.105.

[110] LE GARS, J.-.M, « La juridiction administrative saisie par la médiation ? », *AJDA*, 2016, p.2272.

lorsqu'il intervient dans le cadre d'un contentieux de masse. En effet, lorsque ce type de recours est exercé, il évite de porter devant le juge des affaires qui peuvent être résolues sans son action. Une illustration peut une fois de plus être donnée par le domaine fiscal dans lequel les imposables étant à l'origine de leur déclaration de revenus, la plus grande partie des réclamations est, de fait, liée à des erreurs non pas de l'administration mais des contribuables eux-mêmes. Dans ce cas, il est évident que le recours administratif préalable obligatoire permet de rectifier à la base ou presque des situations qui seraient inutilement portées devant la juridiction administrative. Il serait presque possible de parler dans ce cas d'un principe de subsidiarité, l'administration traitant les problèmes avant le juge auquel elle ne transmet que ce qui dépasse sa propre compétence. Cela concourt à désengorger les juridictions administratives et à renforcer le rôle du juge. D'autre part, si l'affaire est finalement portée devant le juge, une grande partie de son instruction a déjà été réalisée.

Concernant le désengorgement des juridictions administratives, quelques chiffres ont été donnés par le Conseil d'Etat en 2008[111]. Dans le domaine des visas par exemple, en 2006, un peu moins de 10% des décisions de refus de visa soumises à la commission de recours ont été portées devant le Conseil d'Etat. Fait intéressant, ce taux était en diminution par rapport aux années précédentes, ce qui tendrait à confirmer l'utilité de la commission. Dans le domaine des recours contre les décisions disciplinaires en milieu pénitentiaire, en 2005, 12,5% seulement ont donné lieu à des recours contentieux. Concernant les militaires, en 2006, seulement 4% des recours présentés à la commission des recours ont été suivis d'un recours contentieux, avec une moyenne de 6,2% entre 2002 et 2006. L'efficacité de la commission de recours des militaires est toutefois difficile à apprécier parce que si, en vertu de l'article R4125-12 du Code de la défense, cette commission doit produire un rapport d'activité annuel, ce type de document n'est pas directement consultable sur Internet ; aussi faut-il passer par des voies détournées... Comme celle de l'Association de Défense des Droits des Militaires[112] qui précise que 27 004 recours auraient été reçus entre septembre 2001 et fin 2010, recours qui se seraient seulement traduits par 2 001 contentieux devant les juridictions administratives, soit un pourcentage de 7,41%, ce qui constitue indiscutablement un succès pour la commission. En 2009 par exemple, il semblerait que la commission ait agréé complètement 25,21 % des recours instruits, partiellement 11,12 % et qu'elle en ait

[111] Rapport du Conseil d'Etat relatif aux recours administratifs préalables obligatoires de 2008.

[112] « Un outil efficace de discrimination et de régression du droit : la Commission des recours des militaires ».

rejeté 63,67 %. Concernant les militaires, la procédure d'examen des recours administratifs préalables, de la même façon que celle relative aux contentieux fiscaux, semble donc être parfaitement déterminée et opérationnelle. En conclusion, ces données chiffrées démontrent bien le rôle positif de filtre que jouent les recours administratifs préalables obligatoires, contribuant par là-même à désengorger les juridictions. Il ne faut toutefois pas assimiler le pourcentage de décisions obtenues suite à des recours administratifs préalables obligatoires et non transmis à des juridictions à un taux de satisfaction : ce n'est pas parce qu'un requérant n'a pas reçu une réponse positive en retour à son recours qu'il va effectivement saisir la juridiction administrative. Pour diverses raisons, il peut en effet choisir d'arrêter son action après la réponse apportée à son recours préalable.

Finalement, les modes alternatifs de règlement des conflits s'avèrent être avantageux pour l'ensemble des acteurs et une attention particulière doit être portée à la médiation administrative dans la mesure où celle-ci est récente, et pour essayer d'envisager son avenir à la lueur de sa toute nouvelle histoire : les mesures mises en place par ce processus présenté comme prometteur, ainsi que les résultats obtenus en quelques mois d'existence, tendent-ils effectivement à prouver que ce mode alternatif va séduire les différents acteurs ? Les espoirs des autorités seront-ils comblés à la hauteur de leurs espérances ? Dans son discours[113] du 13 décembre 2017, le vice-président du Conseil d'Etat dresse un premier bilan de la médiation un an après la promulgation de la « loi J21 » mettant en place la médiation : 260 médiations ont déjà été lancées en 2017 dans des domaines différents comme la fonction publique, l'urbanisme, les aides sociales, les marchés publics... Un certain nombre d'entre elles ont abouti et parmi celles-ci 61% ont donné lieu à un accord en trois à quatre mois à comparer à un délai moyen de jugement par un Tribunal administratif qui est de 1 an et 10 mois. A la date du 17 avril 2018, selon le Conseil national des barreaux, 318 médiations ont été faites dont 219 se sont terminées par un taux de réussite de 63%. Concernant les thématiques, 40% des médiations sont relatifs aux marchés publics, 20% à la fonction publique, 11 % au domaine public et enfin 7% à l'urbanisme. Ce constat est plutôt encourageant et il semble que les différents acteurs en charge de la médiation fassent le nécessaire pour permettre son développement. De janvier à septembre 2017 par exemple, la Cour administrative d'appel de Lyon a fait deux propositions de médiation dans le cadre de

[113] « *La médiation en matière administrative : signature d'une convention entre le Conseil d'État et le Conseil national des barreaux* », *Conseil d'Etat*, 2017.

jugements en appel dont l'une portant sur un litige de la fonction publique a été acceptée[114]. Par ailleurs, pendant l'année 2017, un certain nombre de mesures concrètes ont été mises en place comme la nomination du référent national médiation[115], d'un référent médiation dans chaque juridiction administrative, la signature de 11 conventions cadres sur 37 entre les Tribunaux, les barreaux et les administrations locales, la mise à disposition de brochures d'information dans les juridictions[116], des journées de sensibilisation destinées aux avocats et aux administrations. Par exemple, la Cour administrative d'appel de Nantes a organisé deux journées d'information dans le cadre de la formation continue des personnels, journées qui ont regroupé les magistrats et les personnels de greffe. Le processus est donc lancé, mais il est certainement encore trop tôt pour avoir un avis définitif sur la question…

Les règlements alternatifs des conflits tels qu'ils existent et sont reconnus aujourd'hui, en droit positif, présentent donc l'avantage de chercher à rapprocher l'administration de l'administré. Toutefois, lorsqu'ils sont confrontés à la pratique, les règlements alternatifs des conflits présentent un certain nombre d'inconvénients faisant parfois d'eux, et pour diverses raisons, un obstacle à la saisine du juge.

---

[114] Recours à la médiation : expérimentation à la matière "fonction publique territoriale" dans la région Auvergne-Rhône-Alpes, *Cour administrative d'appel de Lyon*, 2017.

[115] Xavier Libert, ancien président du Tribunal administratif de Versailles, puis Philippe Gazagnes, président du Tribunal administratif de Clermont-Ferrand.

[116] Illustration avec la fiche pratique réalisée par le Conseil d'Etat, « La médiation dans les litiges administratifs ».

Section 2 : L'efficacité des modes alternatifs de règlement des conflits à l'épreuve de la réalité

L'exercice des modes alternatifs de règlement des conflits, conçus pour faciliter le règlement des conflits, reste un exercice difficile, parce qu'encadré par des textes contraignants (Paragraphe 1) ; de fait, ces modes s'élèvent parfois comme une barrière sur la voie d'accès au juge (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits, un exercice contraignant

L'exercice des modes alternatifs qui doivent permettre d'aboutir à une résolution du conflit sans saisir le juge et de façon plus rapide, ne peut être réalisé sans respecter certaines conditions textuelles strictes (A), sachant qu'il existe des cas dans lesquels un recours alternatif est impossible et que par ailleurs, lorsque l'administration est chargée de répondre, elle est elle-même tenue par le respect de divers impératifs (B).

A- Des conditions textuelles d'exercice strictes

Pour avoir recours à un mode alternatif de règlement des conflits, les parties doivent respecter un certain nombre de règles comme l'intérêt et la capacité à agir, la forme et la motivation de la demande, le respect des délais.

Concernant tout d'abord l'intérêt et la capacité à agir, certains impératifs existent.

Ainsi, en matière de transaction par exemple, si l'Etat et les collectivités de droit public ont le droit de transiger, les établissements publics de l'Etat quant à eux ne peuvent le faire qu'après autorisation par décret du Premier ministre. Chaque ministre est compétent pour transiger au nom de l'Etat dans les matières qui relèvent de son ministère et certaines autorités ont reçu compétence pour transiger dans leur domaine d'activité, comme par exemple les autorités fiscales sur le fondement de l'article L247 3° du Livre des procédures fiscales. Le ministère de la Défense transige souvent pour indemniser des préjudices causés par des manœuvres[117]. Dès la fin du XIXème siècle déjà, le Conseil d'Etat avait reconnu le fait qu'aucune « *disposition n'interdit ni à l'Etat ni aux autres collectivités de droit public de transiger* »[118].

---

[117] Eléments apportés par DUCAROUGE, F., « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, 1996, p. 86.

[118] CE, 22 juin 1883, « ministre de la Marine contre Corbet », Rec. p. 589 ; CE, 17 mars 1893, « Compagnie du Nord, de l'Est et autres », Rec. p. 245, concl. Romieu.

A contrario, dans le domaine de l'arbitrage la règle, comme l'a expliqué Daniel Labetoulle alors rapporteur, et à l'occasion de l'avis du Conseil d'Etat en date du 6 mars 1986 ou « avis Eurodisneyland », est que ce mode n'est *a priori* pas possible pour les personnes morales de droit public. Cela résulte de l'effet conjugué des principes généraux du droit public français et de l'article 2060 du Code civil. En effet, les personnes morales de droit public ne peuvent pas saisir un arbitre pour régler leur différend, sous peine de faire abstraction des règles de compétence des juridictions nationales. Un compromis ou une clause compromissoire qui serait conclu à l'encontre de ces principes serait d'ailleurs frappé d'une nullité d'ordre public. Si l'arbitrage est *a priori* interdit en droit public français, les conclusions du rapporteur Daniel Labetoulle à l'occasion de l'avis Eurodisneyland laissent toutefois la porte ouverte à des exceptions pour certaines catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial, comme le reconnait d'ailleurs l'alinéa deux de l'article 2060 du Code civil. Et le cas Eurodisney a été l'occasion de rajouter une exception à celles déjà existantes. En effet, vu en l'espèce l'importance du projet Eurodisney, et ne désirant pas mettre fin aux négociations avec la société américaine, le gouvernement français a été à l'initiative d'une loi autorisant dans ce cas précis le recours à l'arbitrage. En effet, comme le reconnaitra le Conseil constitutionnel dans l'une de ses décisions rendues en 2004 « *le principe de l'interdiction du recours à l'arbitrage par les personnes publiques a valeur législative et non constitutionnelle* »[119]. Aussi la loi n°86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales a-t-elle pu reconnaître que dans certains contrats conclus avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics peuvent souscrire des clauses compromissoires afin de régler un éventuel différend. Aujourd'hui, le recours à l'arbitrage dans le domaine du contentieux administratif est à la fois autorisé et limité par l'article L311-6 du Code de justice administrative[120]. Afin d'éviter la multiplication des cas particuliers de dérogation, un groupe de travail dirigé par Daniel Labetoulle a mené en 2007 une étude au sujet de l'arbitrage demandée par le Garde des Sceaux. Le groupe de travail a alors proposé d'étendre le recours à l'arbitrage à l'ensemble

[119] Conseil constitutionnel, 2 déc. 2004, « Loi de simplification du droit », décision n°2004-506 DC.

[120] Jusqu'en 2011, le décret n°2004-490 du 3 juin 2004 relatif aux procédures administratives et financières en matière d'archéologie préventive prévoyait une procédure d'arbitrage en cas de différends entre l'aménageur et l'opérateur. Ce décret, qui ne faisait pas partie des cas de dérogation énoncés par l'article L311-6 du Code de justice administrative, a été abrogé par le décret n°2011-574 du 24 mai 2011 relatif à la partie réglementaire du code du patrimoine.

des personnes morales de droit public pour tous les litiges nés d'un contrat et opposant les parties à ce contrat. Pourtant, à l'époque, ces propositions n'ont pas été suivies d'effet. Le droit public en est resté à l'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage, interdiction modulée par un certain nombre de principes aujourd'hui énoncés à l'article L311-6 du Code de justice administrative.

En matière de recours administratifs, l'article L411-6 du Code des relations entre le public et l'administration limite l'intérêt à agir en précisant que si le recours administratif n'a pas été formulé par celui à qui s'adressait la décision initiale, et sous réserve que la décision doive être motivée[121], la procédure contradictoire doit être appliquée[122]. Par contre, ces mesures ne s'appliquent pas aux relations entre l'administration et ses agents. Concernant les recours administratifs préalables obligatoires enfin, de manière générale, et comme précisé dans le Code des relations entre le public et l'administration, ils ne peuvent être exercées dans le cadre des relations qui lient l'administration à ses agents conformément à l'article L412-1 de ce Code.

En matière de médiation, les parties ont *a priori* intérêt à agir, c'est le principe même de la médiation, et à ce jour il n'y a pas de jurisprudence répertoriée à ce sujet. Toutefois, dans le cadre de l'action de groupe et lorsqu'une médiation est initiée, conformément à l'article L77-10-4 du Code de justice administrative, seules les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins peuvent intervenir, et dans la mesure où leur objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte. En effet, le groupe est représenté par une association qui doit respecter les critères de l'article L77-10-3 du Code de justice administrative et à ce groupe se rattachent des personnes qui ont subi le préjudice, objet de l'action de groupe. Or, l'article L77-10-7 du Code précité donne tout pouvoir au juge pour définir des critères de rattachement au groupe ainsi que les préjudices susceptibles d'être réparés, et le délai dont disposent les personnes pour rejoindre le groupe. De cette façon, c'est le juge qui donne de façon implicite qualité et intérêt à agir aux différents membres du groupe et notamment il habilite le défendeur à négocier l'indemnisation des préjudices subis conformément à l'article L77-10-9 du Code de justice administrative.

---

[121] Article L211-2 du Code des relations entre le public et l'administration.

[122] Article L122-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

Une fois que le demandeur a justifié d'une qualité à agir, il doit se préoccuper de la forme à respecter et de la motivation de sa demande. De façon générale, aucune forme n'est imposée. Certaines règles particulières peuvent cependant être fixées comme par exemple dans le domaine fiscal par l'intermédiaire du Livre des procédures fiscales[123]. Dans ce domaine, les demandes orales sont acceptées et elles peuvent être transmises par l'intermédiaire des services du Défenseur des droits ou du médiateur du ministère de l'économie, ou encore relever du droit pétitionnaire. En ce qui concerne la motivation des recours alternatifs, les textes en vigueur n'apportent pas de précision et seule la jurisprudence viendra s'exprimer à ce sujet. Le fait que des règles claires et précises ne soient pas définies peut constituer un obstacle pour former un recours. Dans le cas des recours administratifs préalables obligatoires exercés par le militaire devant la commission des recours, les textes[124] à ce sujet sont par contre clairs et la procédure est écrite, même si la commission peut décider de recevoir le requérant qui peut alors se faire assister par un militaire de son choix en position d'activité. De fait, le militaire qui exerce un recours préalable doit constituer un véritable dossier accompagné de moyens de fait et de droit, s'il veut avoir une réelle chance d'être entendu.

Concernant enfin les délais, dans le cadre d'un recours administratif, le demandeur doit respecter la règle du délai de recours gracieux et dans ce cas c'est l'article L411-2 du Code des relations entre le public et l'administration qui s'applique. En matière fiscale, aucun délai n'est imposé pour présenter sa demande qui peut par conséquent être formulée à tout moment, en général après la mise en recouvrement de l'impôt ou de la pénalité concernée. Dans le domaine du recouvrement de l'impôt par contre, le contribuable, sous peine de nullité, dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification de l'acte de poursuite pour présenter sa requête. De la même façon, en cas de saisine d'objets, la demande doit être formulée dans les deux mois suivant la date à laquelle l'acte de poursuite a été connu. En vertu de l'article D211-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, en cas de décision de refus, le recours devant la Commission de recours de refus des visas doit être formulé, comme tout recours administratif de droit commun, dans un délai de deux mois. Le recours conserve le délai de recours contentieux en droit des étrangers. Dans le cadre du recours administratif préalable obligatoire formé par le militaire auprès de la

[123] Articles R196-1 à R196-6 en matière de procédure, R197-1 à R197-5 en matière de contenu.

[124] Article R4125-1 et suivants du Code de la défense.

commission de recours, le demandeur dispose d'un délai de deux mois pour saisir la commission, délai courant à partir du moment où l'acte lui est notifié ou suite à une décision implicite de rejet. Par contre, en vertu de l'article R4125-4 du Code de la défense, l'exercice d'un recours devant la commission ne suspend pas l'exécution de l'acte contesté. Le respect des délais est très contraignant puisque, si le demandeur ne respecte pas les règles en vigueur, il ne pourra pas exercer son recours préalable et si celui-ci est obligatoire, la voie d'accès au juge sera définitivement fermée pour le potentiel requérant. Cela est d'autant plus compliqué que les règles sont propres à chaque type de mode alternatif.

Si l'interruption du délai de recours contentieux dans le cadre d'un recours administratif est clairement affichée dans le Code des relations entre le public et l'administration, il en est autrement en matière de médiation administrative. Dans ce domaine, le groupe de travail de 2015 a proposé dans son rapport[125] que la saisine du Défenseur des droits interrompe le délai de recours contentieux même si l'article 6 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits prévoyait que « *la saisine du Défenseur des droits n'interrompt ni ne suspend par elle-même les délais de prescription des actions en matière civile, administrative ou pénale, non plus que ceux relatifs à l'exercice de recours administratifs ou contentieux* », considérant que cette interdiction n'était pas absolue. Le choix de suspendre les délais de recours lorsqu'une médiation est mise en place a été proposé par l'étude d'impact de la loi « J21 » aux motifs que, dans le cas contraire, l'absence de suspension risquerait d'avoir pour conséquence que les parties, découragées, préfèreraient saisir le juge plutôt que de se lancer dans une médiation, afin de préserver les délais de recours. Le choix d'interrompre, et non de suspendre, les délais de recours a été guidé par la volonté d'harmoniser les régimes notamment avec ce qui existe en matière de recours administratifs. Dans le cadre de la médiation à l'initiative des parties, l'article L213-6 du Code de justice administrative prévoit la suspension des délais de recours contentieux et le moment où le délai recommence à courir en cas de médiation. D'un point de vue règlementaire[126], lorsque ce délai de recours contentieux est interrompu par la mise en place d'une médiation, il n'est pas interrompu à nouveau par l'exercice d'un recours administratif sauf si ce dernier est obligatoire. A titre de remarque, les médiateurs n'interviennent qu'après que le requérant a d'abord reçu une

[125] Rapport relatif à la justice administrative de demain.

[126] Article R213-4 du Code de justice administrative.

réponse à sa demande de la part de l'administration, réponse qui ne lui a pas donné satisfaction. Cela signifie donc que le médiateur intervient comme un échelon supplémentaire dans la voie du recours contentieux, ce qui par conséquent est de nature à allonger les délais. Après le millefeuille administratif, ne risque-t-on pas de parler bientôt du millefeuille des recours contentieux ?

En matière de transaction et d'arbitrage, aucune règle concernant les délais n'est précisée dans les textes.

Pour que sa demande soit recevable, et donc traitée par l'administration, le requérant doit par conséquent respecter un certain nombre de conditions imposées par les textes. Mais cela n'est pas suffisant et il existe des domaines dans lesquels tout conflit ne pourra être réglé que par la voie juridictionnelle. Enfin, lorsque la demande est globalement recevable et que l'administration est à son tour acteur, elle se trouve elle-même liée par de nouveaux impératifs.

B- Des domaines interdits et des impératifs liant l'administration

Il existe en effet un certain nombre de cas dans lesquels le recours à un mode alternatif ne peut être exercé. Ainsi, comme l'explique Jean-Grégoire Mahinga dans les *Petites Affiches*[127] en 2003, les transactions ne peuvent être exercées dans un contentieux d'excès de pouvoir, procès fait à un acte, contentieux objectif. Par contre, les transactions peuvent être exercées dans le contentieux de pleine juridiction dès lors que des droits subjectifs sont remis en cause, exception faite, bien sûr et par conséquent, des questions de pure légalité. C'est le cas par exemple du contentieux électoral, du contentieux des immeubles menaçant ruine... De plus, une transaction ne peut pas être réalisée sur une compétence légale ou règlementaire de l'Etat ou d'une collectivité comme par exemple une compétence de police administrative ou encore l'exercice d'une sanction administrative ou pénale, sauf dans le cas où une disposition législative le permet. Sont ainsi autorisées certaines transactions dans le domaine fiscal, en matière d'infractions douanières... Par ailleurs, certains domaines excluent la possibilité d'exercer un recours administratif ; il s'agit par exemple des arrêtés de reconduite à la frontière et des obligations de quitter le territoire

[127] MAHINGA, J.-G., « La transaction en droit public (A propos de l'avis de l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002) », *Petites affiches*, 2003, n° 119, p.12.

français, domaines dans lesquels seul un recours contentieux est possible. Cette limite est dictée par le caractère d'urgence[128].

De même, les décisions prises par les autorités administratives indépendantes ne peuvent pas faire l'objet d'un recours hiérarchique, pas plus que les sanctions de ces autorités, comme le reconnait un arrêt[129] du Conseil d'Etat du 5 décembre 2001.

Quant à la médiation administrative, et comme le précise l'étude d'impact de la loi du 18 novembre 2016, celle-ci ne pourra pas être mise en œuvre dans un certain nombre de domaines comme le contentieux électoral, les mesures de police administrative, les décisions règlementaires ou les déclarations d'utilité publique. De plus, dans le cas où un recours administratif préalable est obligatoire, il parait difficile d'avoir ensuite recours à une médiation par un tiers. Il en est de même des domaines dans lesquels une transaction ou un recours administratif est possible.

D'autre part dans le cas de la transaction et du respect de la légalité, et comme le confirme la circulaire du 6 avril 2011 « *l'administration ne peut pas transiger en accordant une compensation financière pour permettre le maintien d'une décision illégale. Elle peut, en revanche, transiger pour indemniser le préjudice né d'une décision illégale, qui aurait, par ailleurs, été abrogée ou retirée* ». De plus, l'indemnité allouée dans le cadre d'une médiation par la personne publique à l'administré ne peut correspondre à une libéralité comme l'a dégagé l'arrêt[130] Mergui de 1971. Par ailleurs, et toujours comme l'explique un article des *Petites affiches*[131] d'août 2017, la médiation ne peut pas avoir pour but d'entrainer la renonciation de l'une des parties à la possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir, pas plus qu'elle ne peut s'exercer lorsque le différend concerne les pouvoirs régaliens de l'Etat. En particulier, dans le cas où les collectivités territoriales rencontrent des problèmes avec les propriétaires privés, une médiation dans le but serait de mettre fin au différend en concédant des terrains publics à la personne privée est inconcevable. *A contrario*, il existe un certain nombre de domaines dans lesquels la médiation est amenée à se développer, comme en matière de marchés publics et elle peut *a priori* être utilisée lorsque les droits subjectifs de l'administré sont mis à mal. Les domaines concernés sont donc ceux

---

[128] CE, Sect., 19 avr. 1991, n°120435, « préfet de Police Paris c/ Demir ».

[129] CE, 5 déc. 2001, « Sté CAPMA-CAPMI », n°203591.

[130] CE, Sect., 19 mars 1971, « Mergui », n°79962.

[131] TARON, D. et GRESY, J., « La médiation administrative : panorama des récentes évolutions », *Petites affiches*, 2017, n°169-170, p.6.

qui, dans un cadre contentieux, relèveraient de la pleine juridiction. Il s'agit en particulier du terrain indemnitaire.

De la même façon, la transaction ne peut porter sur des matières prohibées par l'ordre public, comme le précise l'article L423-1 du Code des relations entre le public et l'administration. Cela n'est pas sans rappeler l'article 6 du Code civil disposant qu'on « *ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Par ailleurs, l'article L213-3 du Code de justice administrative reconnait qu'en médiation « *l'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition* ». Cela signifie, comme l'explique un article[132] des *Petites affiches* en date d'août 2017, qu'il est impossible de recourir à une médiation impliquant une « *renonciation à une liberté ou un droit fondamental(e)* », comme en matière de corps humain. Cette position peut s'analyser à la lueur de l'ancien article 1128 du Code civil qui reconnaissait, jusqu'en 2016, qu'il « *n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* », devenu article 1162 du même Code prévoyant désormais que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ».

Concernant l'arbitrage enfin, l'article L432-1 du Code des relations entre le public et l'administration, quant à lui, prévoit l'interdiction de recourir à l'arbitrage dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ; l'article 2059 du Code civil reconnait, de son côté, que la compromission n'est possible que sur les droits dont les personnes disposent librement.

Si pour que le mode alternatif initié par une partie soit recevable un certain nombre de conditions doit être respecté, à partir du moment où l'action est lancée, l'administration, saisie d'un recours administratif est, elle aussi, tenue par le respect de différentes règles : délais, motivation, forme, valeur de la nouvelle décision.

Concernant les délais, de façon générale, « *le silence gardé pendant plus de deux mois sur un recours administratif par l'autorité compétente vaut décision de rejet* » conformément à l'article L411-7 du Code des relations entre le public et l'administration. Cette possibilité peut d'ailleurs être utilisée par l'administration pour arrêter une décision sans avoir à traiter le dossier. Les décisions implicites peuvent être déférées au juge de

[132] TARON, D. et GRESY, J., « La médiation administrative : panorama des récentes évolutions », *Petites affiches*, 2017, n°169-170, p.6.

l'excès de pouvoir dans un délai de deux mois. Particularité dans le domaine fiscal, en matière d'assiette de l'impôt, la décision doit intervenir dans un délai de six mois suivant la date de présentation de la réclamation. En matière de recouvrement de l'impôt, le responsable du traitement de la requête dispose alors à son tour d'un délai de deux mois pour répondre. L'absence de réponse vaut rejet. En 2008, le Conseil d'Etat notait toutefois que le nombre de réponses implicites était faible. Dans le cadre du recours administratif préalable obligatoire exercé par les militaires, la commission de recours dispose d'un délai de quatre mois à compter de sa saisine pour notifier à l'intéressé la décision du ministre et l'absence de réponse au bout de quatre mois vaut décision de rejet. Si les délais accordés à l'administration pour répondre enferment celle-ci dans un cadre contraignant, l'allongement de ces délais qui sont parfois portés à quatre ou six mois constituent un nouvel obstacle pour le demandeur qui devra de toute façon attendre la fin de ses délais pour continuer son action.

Concernant la motivation des décisions ensuite, même si l'article L412-8 du Code des relations entre le public et l'administration dispose que « *la décision qui rejette un recours administratif dont la présentation est obligatoire préalablement à tout recours* » *contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire doit être motivée* », l'article L411-5 du Code des relations entre le public et l'administration reconnait quant à lui que « *la décision rejetant un recours administratif dirigé contre une décision soumise à obligation de motivation en application des articles L. 211-2 et L. 211-3 est motivée lorsque cette obligation n'a pas été satisfaite au stade de la décision initiale. La décision faisant droit à un recours administratif est motivée si elle entre, par elle-même, dans le champ des décisions individuelles visées aux articles L. 211-2 et L. 211-3* ». Dans le cadre du recours administratif préalable obligatoire exercé par les militaires, lorsque le ministre rejette le recours, la décision transmise par la commission doit être motivée. Dans le domaine de l'arbitrage, le droit judiciaire retient à l'article 1482 alinéa deux du Code de procédure civile que la sentence arbitrale doit être motivée. Cette obligation est d'ordre public.

Concernant la forme des autres modes alternatifs, il semble qu'aucun texte n'existe à ce sujet et que leur exercice soit par conséquent plus facile. Dans les domaines de la médiation et de l'arbitrage, ce sont les tiers responsables du processus qui le dirigent. En matière de transaction, il existe différentes directives propres à chaque administration et de façon générale, si la transaction doit être écrite, conformément à l'article 2044 du Code civil, les parties peuvent lui donner la forme qu'elle souhaite comme le reconnait l'article 1.1 de

l'annexe de la circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

Une autre question qui se pose à l'administration lorsqu'elle doit instruire un recours alternatif est de savoir à quelle date elle doit statuer et quelle valeur a sa nouvelle décision. Au sens de l'article L411-4 du Code des relations entre le public et l'administration, lorsque l'administration se prononce sur un recours formé à l'encontre d'une décision créatrice de droits, elle le fait sur le fondement de la situation de fait et de droit prévalant à la date de cette décision. Par contre, si la décision n'est pas créatrice de droits, l'administration doit se fonder sur la situation de fait et de droit prévalant à la date à laquelle elle statue sur le recours. De son côté, lorsque la Commission de recours contre les refus de visa statue, elle se place, pour apprécier la situation personnelle du demandeur, à la date à laquelle elle statue et non pas à la date de la demande du visa.

En matière de recours administratif préalable obligatoire, l'article L412-3 du Code des relations entre le public et l'administration prévoit que « *la décision soumise à recours administratif préalable obligatoire est notifiée avec l'indication de cette obligation ainsi que des voies et délais selon lesquels ce recours peut être exercé. Il est également précisé que l'administration statuera sur le fondement de la situation de fait et de droit prévalant à la date de sa décision, sauf mention contraire dans une loi ou un règlement* ». En matière d'assiette et de recouvrement de l'impôt, les décisions suite à un recours administratif préalable obligatoire sont exécutoires. Quand elles sont favorables, elles sont immédiatement suivies d'une réduction ou d'une décharge de l'imposition contestée en matière d'assiette.

En ce qui concerne la valeur de la nouvelle décision prise par l'administration, l'article L412-7 du Code des relations entre le public et l'administration précise quant à lui que « *la décision prise à la suite d'un recours administratif préalable obligatoire se substitue à la décision initiale* ». C'est le cas notamment en matière de recours exercé par le militaire devant la commission de recours. Dans ce cas, la notification de la décision du ministre est faite au demandeur en recommandé avec accusé de réception faisant courir les délais de recours contentieux. Par contre, en termes de recours administratif de droit commun, la nouvelle décision ne se substitue pas à la décision initiale prise et les deux peuvent donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. L'administration doit par conséquent penser à annuler ou à abroger sa première décision.

Les modes alternatifs de règlement des conflits nécessitent donc, pour être exercés, certaines conditions de fond et de forme qui les apparentent à des recours contentieux, rendant leur exercice moins facile que ce qu'une première approche du problème pourrait laisser penser. Parfois même, l'exercice de l'un de ces modes par le justiciable peut se dresser comme une barrière sur la voie d'accès au juge.

Paragraphe 2 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, une barrière sur la voie d'accès au juge

Effectivement, l'exercice concret d'un mode alternatif fait souvent apparaitre une suite d'obstacles pouvant décourager l'administré (A). Par ailleurs, le traitement par l'administration d'un recours alternatif peut poser des problèmes de moyens à l'administration, notamment humains et financiers ; quant aux juges, pourtant à l'origine demandeurs, ils peuvent se sentir dépossédés d'une partie de leurs prérogatives (B).

A- Un administré face à un parcours d'obstacles

L'administré qui forme un recours peut se trouver confronté à différents obstacles : l'administration détermine parfois ses propres règles, le caractère obligatoire ou facultatif d'un recours n'est pas toujours clair, les délais peuvent être exagérément longs, l'acte peut être devenu inattaquable, les coûts peuvent se révéler être non négligeables; l'administré peut tout simplement manquer d'information.

L'administration ne joue pas toujours le jeu de l'administré. Le recours administratif par exemple, laisse la possibilité à l'administration de s'intéresser à des moyens qui n'ont pas été soulevés par le demandeur et de prendre par voie de conséquence une décision qui sera préjudiciable à l'administré, comme l'a soulevé un arrêt[133] du Conseil d'Etat de 1993. Par ailleurs, l'idée selon laquelle un recours administratif permet d'apporter une seconde lecture du problème reste souvent lettre morte puisque, comme le fait remarquer le Premier ministre en 1995 dans une circulaire[134] en date du 9 février, les recours administratifs sont souvent insuffisamment traités et examinés par les administrations qui préfèrent, plutôt que de chercher une réponse à la question posée par les demandeurs, laisser passer le délai de réponse implicite. L'administration a trouvé là un moyen efficace pour elle de diminuer sa charge de travail qui peut s'avérer toutefois préjudiciable pour le demandeur. De plus, les recours administratifs adressés à l'administration sont traités soit par la personne qui a pris la décision, soit par le supérieur de celui-ci. Or, en dehors du cas toujours possible où une erreur manifeste a été commise au moment de la décision initiale, autorisant l'administration à revoir facilement sa position, il parait difficile que la personne à l'origine de la décision contestée, ou l'un de ses supérieurs, remette en cause cette décision.

---

[133] CE, 23 juill. 1993, « Institution privée mixte Monistrol-sur-Loire », n°99391.

[134] Circulaire relative au traitement des réclamations adressées à l'administration.

Par ailleurs, la nécessité d'exercer un recours administratif préalable obligatoire n'est pas toujours aussi évidente qu'il pourrait y paraître. Or, si le recours administratif préalable s'avère réellement être obligatoire et que le requérant ne l'exerce pas avant de saisir la juridiction, son recours juridictionnel devient irrecevable, sans que le juge saisi n'ait la faculté de retransmettre la requête à l'autorité administrative compétente. Par ailleurs, comme le précise la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 et comme la jurisprudence[135] l'avait déjà souligné, l'obligation d'exercer un recours administratif préalable obligatoire et la désignation de l'autorité compétente pour traiter ce recours doivent figurer expressément sur la décision administrative et ceci en application de l'article R. 421-5 du Code de justice administrative. Mais le problème vient de ce que, en l'absence de mention, la jurisprudence retient l'irrecevabilité du recours direct au juge, laissant simplement la possibilité au demandeur de formuler un recours administratif préalable obligatoire, le délai de recours contentieux n'ayant alors pas commencé à courir comme le précise le Conseil d'Etat dans un arrêt[136] de 2004.

De plus, les délais sont, de fait, souvent allongés par rapport à la saisine directe d'une juridiction, en particulier lorsque l'autorité chargée d'instruire le recours administratif préalable obligatoire tarde à répondre ; le requérant se trouve alors confronté à des délais de traitement de sa demande largement exagérés. Et si le requérant attend une décision lui accordant une aide juridictionnelle avant de saisir la juridiction administrative, la saisine de cette dernière peut s'avérer être un véritable parcours du combattant... D'autant que la perception du temps vue par le requérant et l'administration, deux acteurs essentiels du procès, n'est certainement pas la même. Il est donc légitime de se poser la question de savoir si, finalement, le recours administratif préalable obligatoire ne risque pas tout simplement d'être un moyen de décourager l'administré de saisir une juridiction. Prenons pour exemple la commission de recours des militaires. Lorsqu'un militaire veut contester une décision qui le concerne, il dispose d'un délai de deux mois pour s'adresser à cette commission. Or, si le militaire a connaissance de cette commission puisque la décision qu'il souhaite contester doit faire mention des voies et délais de recours, tous les militaires n'ont pas vocation à être des juristes et il est donc plus que vraisemblable que l'intéressé va mettre à profit ces deux mois pour prendre un avis motivé sur la conduite à tenir et surtout préparer son dossier, en

[135] CE, 15 nov. 2006, n°264636.

[136] CE, 19 mai 2004, n°248175.

espérant qu'il ne soit pas en opération extérieure pour une longue durée[137]. Si certains vont pouvoir obtenir des conseils gratuitement, la plupart d'entre eux vont devoir rémunérer un homme de l'art pour cela, voire pour préparer leur recours. A l'issue de cette phase, le requérant va devoir attendre que la commission réponde, elle dispose d'un délai de quatre mois rappelons-le, si elle le fait. Et si, finalement la réponse à la demande est négative, le requérant va devoir à nouveau se faire seconder, cette fois-ci, par un juriste et de préférence un avocat, pour finalement saisir la juridiction adéquate. *In fine*, une demi-année aura pu s'être écoulée sans que le problème n'ait été résolu de façon définitive. Le requérant risque à ce moment-là de renoncer à sa requête, faisant un bilan coût-avantages de l'opportunité de continuer sa démarche qui, cette fois-ci c'est certain, sera coûteuse pour lui…

Au sujet des coûts, il ne faut pas oublier qu'un recours préalable à un recours contentieux peut avoir un coût non-négligeable. Si pour exercer un recours administratif préalable obligatoire, l'aide d'un avocat est souvent souhaitable -certains avocats spécialistes en droit public proposent leurs services- la médiation administrative, de même que l'arbitrage, peut également engendrer des frais. En effet, lorsque la médiation constitue un préalable obligatoire au recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire, elle est gratuite, comme le reconnait le dernier alinéa de l'article L213-5 du Code de justice administrative. Par contre, lorsque la mission de médiation est confiée à une personne extérieure à la juridiction, elle a un coût, conformément à l'alinéa un de l'article L213-8 du Code de justice administrative ; la rétribution du médiateur est déterminée par le juge. Cela pose véritablement la question de savoir sur quelles bases ou sur quels critères le juge fonde son appréciation, alors qu'il est souverain. Cela pose également le problème pour les parties qui demandent une médiation de ne pas savoir *a priori* combien cela va leur coûter. Lorsque le juge aura déterminé le montant de la prestation, si la partie requérante ne peut pas payer, peut-elle se désister ? Lorsque le juge est saisi pour homologuer la médiation, quels sont les frais afférents ? Même question lorsqu'on saisit le juge pour désigner un médiateur…sauf à y imaginer que soient mis en place des barèmes nationaux communiqués *a priori* au demandeur, lui permettant de

[137] Conformément à l'article R4125-2 du Code de la défense « *à compter de la notification ou de la publication de l'acte contesté, ou de l'intervention d'une décision implicite de rejet d'une demande, le militaire dispose d'un délai de deux mois pour saisir la commission par lettre recommandée avec avis de réception adressée au secrétariat.* (…) *Lorsque le recours est formé après l'expiration du délai de recours mentionné au premier alinéa, le président de la commission constate la forclusion et en informe l'intéressé* ».

décider s'il souhaite effectivement s'engager dans un processus de médiation ou y renoncer, dans la mesure où il ne bénéficie pas de l'aide juridictionnelle.

Concernant les choix des médiateurs, les parties vont se retrouver confrontées à la possibilité d'en désigner un sur une liste ou de choisir un avocat rompu à l'exercice de médiation qui réclamera certainement les mêmes frais d'honoraires que dans l'une de ses missions en tant qu'avocat. Le tout pour un règlement amiable. Or, l'aide juridictionnelle peut être accordée aux personnes qui se lancent dans un processus de médiation. La recommandation du Comité des ministres de 2001 suggère que les Etats membres apportent un soutien financier afin que le service rendu soit de qualité tout en obligeant à recourir à l'administration avant de se lancer dans la voie alternative : c'est dans cette logique que s'inscrit cette aide. Mais l'aide juridictionnelle est attribuée en fonction des ressources, ce qui risque de défavoriser les classes moyennes. *In fine* est-on bien sûr qu'une médiation revienne moins cher qu'un procès, si l'on inclut tous les frais dont la rétribution du médiateur ?

Au-delà des obstacles qui peuvent se dresser sur la voie d'accès au juge et éventuellement décourager l'administré, dans certains cas le résultat issu du mode alternatif de règlement des conflits ferme, par construction, l'accès au juge. Il en est ainsi de la transaction. En effet, dans un avis du Conseil d'Etat en date du 6 décembre 2002, « Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses », la Haute juridiction administrative précise que, si l'article 2052 du Code civil reconnait aux transactions l'autorité de chose jugée en dernier ressort entre les parties, ce contrat est également « *exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique* ». Depuis la loi « J21 », l'article 2052 du Code civil dispose en outre que « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». Déjà dans un arrêt de 1974, le Conseil d'Etat avait jugé que lorsqu'un accord de transaction a été conclu, tout recours ultérieur entraine un non-lieu à statuer[138]. La transaction a donc un effet extinctif. Une illustration parfaite en est donnée en droit avec l'ancien article 1965 H 2° du Code général des impôts qui reconnaissait que « *la transaction exécutée par le redevable et approuvée par l'autorité compétente est définitive, tant en ce qui concerne les droits que les pénalités, et*

[138] CE, 30 oct. 1974, n°88044.

fait obstacle à toute introduction ou reprise d'une procédure contentieuse ». Une jurisprudence est venue confirmer ce texte avec un arrêt[139] du Conseil d'Etat en date du 4 mai 1988. Ainsi, une fois que le contribuable a accepté la transaction, il ne peut plus revenir sur son accord. La voie d'accès au juge est donc fermée pour lui.

Il existe enfin un problème lié au fait que si l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* » prévaut, l'équivalent n'existe pas en matière de modes alternatifs et si les citoyens ont tous déjà entendu parler au moins une fois des juridictions, ils ne peuvent pas en dire autant au sujet des médiateurs, des recours administratifs... Le risque est donc pour le demandeur, futur requérant, d'ignorer certaines possibilités qui lui sont offertes pour régler son conflit et surtout de passer à côté de la procédure applicable. Cela est d'autant plus vrai que les contentieux de masse concernent très souvent des personnes vulnérables, notamment celles qui sont confrontées à une demande de refus de visa. C'est là que les associations jouent tout leur rôle pour aider les demandeurs à suivre la bonne voie les conduisant au juge, s'il ne peut en être autrement.

Dans l'exercice d'un mode alternatif, l'administré n'est pas le seul à rencontrer des problèmes. En effet, l'exercice des modes alternatifs peut présenter des inconvénients également pour l'administration et pour les magistrats.

B- Une administration en manque de moyens, des magistrats dépossédés de leurs prérogatives

Premier point, l'administration rencontre un certain nombre de difficultés, notamment dans les cas où elle est appelée à intervenir pour tenter de régler un conflit, comme dans le cas d'un recours administratif ou d'une transaction.

Tout d'abord, en termes de coût et en matière de recours administratifs, il y a lieu de distinguer les recours gracieux et hiérarchiques des recours administratifs préalables obligatoires, les deux premiers ne nécessitant qu'un faible investissement de la part de l'administration, contrairement aux derniers, et essentiellement lorsque des commissions spécifiques sont mises en place. En effet, le traitement des recours administratifs préalables obligatoires peut entrainer un coût non négligeable pour l'administration lié à des charges supplémentaires de personnels auxquelles il faut ajouter une part de frais généraux et de frais

[139] CE, 4 mai 1988, n°59198.

de fonctionnement. En 2008 par exemple, le Conseil d'Etat expliquait qu'au traitement du personnel composant la commission de recours des militaires qui emploie une dizaine d'officiers généraux quatre à six jours par mois, auxquels s'ajoute un personnel permanent de vingt-sept agents, il faut ajouter un budget de 54 000 €. En 2013, une question parlementaire posée au sujet de la commission de refus de visas précise de son côté que les rémunérations des membres de la commission sont de l'ordre de 20 000 euros auxquels il convient d'ajouter les rémunérations des dix-sept personnes affectées en permanence et dont le traitement en 2011 approchait les 700 000 euros. Toutefois, ces données chiffrées ne peuvent rester que parcellaires dans la mesure où très souvent la fonction de réexamen des décisions effectuée au titre des recours administratifs préalables obligatoires est assurée par des personnels qui exercent d'autres fonctions à titre principal. Pour mener une étude complète du bilan financier au niveau de l'Etat, il serait nécessaire de connaître les économies réalisées suite au fait que beaucoup moins de recours juridictionnels sont initiés, données dont nous ne disposons pas dans le cadre de cette étude.

Ensuite, et si les recours non juridictionnels arrivent tout de même à séduire le justiciable, les administrations craignent que cela incite les administrés à se lancer dans des recours qui auraient été évités s'ils avaient dû être de nature juridictionnelle. De fait, si les juridictions se trouvent désengorgées grâce aux questions qui ne sont plus portées devant elles, ce sont les administrations qui risquent d'en subir les répercussions en voyant portés devant elles des recours irrecevables à leur niveau. De plus, les agents de l'administration peuvent être démotivés par l'exercice d'un recours administratif qui, comme le souligne le Conseil d'Etat en 2008, a souvent pour effet d'entrainer le réexamen à un niveau central d'une décision qui a été prise localement, remettant en cause le principe de subsidiarité et la confiance accordée par le justiciable à cette dernière. Et si l'administration veut mettre en place un recours administratif préalable obligatoire efficace, basé sur une commission de recours, elle doit s'organiser en conséquence et l'apparition de nouvelles tâches affectées aux fonctionnaires chargés de réexaminer la décision prise ne va pas forcément dans le sens d'une diminution des effectifs de la fonction publique, même si elle va dans celui de la réduction des tâches des magistrats. A ce sujet d'ailleurs, et dès 1991, le Sénat notait que « *l'administration ne dispose pas toujours des moyens de sa politique contentieuse* »[140]. C'est donc, on le voit bien, le principe des vases communicants : l'administration, du fait

[140] Sénat, Rapport Haenel, Sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques, 1991-1992.

des recours administratifs préalables obligatoires, est amenée à traiter plus de dossiers, ce qui nécessite des moyens supplémentaires, sinon en personnel au moins en temps, ce qui a forcément un coût, le tout dans un contexte de diminution des effectifs et de réduction des coûts...quant aux structures mises en place en cas de commissions spécifiques, la question à se poser est de savoir quelles doivent être les compétences des personnes qui les composent ; il y a fort à parier qu'elles doivent être un minimum juristes.

Enfin, certains modes alternatifs comme la transaction, largement plébiscitée par ailleurs, peuvent se révéler être un exercice particulièrement contraignant pour l'administration. En effet, selon un arrêt[141] du Conseil d'Etat en date de 1983, « *dès lors que le projet de transaction qui a été notifié au contribuable et a été signé par celui-ci est ensuite approuvé par l'autorité compétente, la transaction ainsi conclue valablement devient définitive. Même en présence d'une erreur, constatée ultérieurement par l'administration, sur le chiffre de la transaction, l'administration ne peut réclamer à nouveau au contribuable le paiement de tout ou partie des pénalités sur lesquelles a porté la transaction* ». La transaction, même si elle est entachée d'une erreur, ne peut donc être à nouveau discutée. Il est par conséquent fondamental que l'offre de transaction provenant de l'administration ait été analysée au préalable de façon très rigoureuse. Comme le précise d'ailleurs la circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, la préparation de la transaction nécessite un « *travail d'analyse semblable à celui qui incomberait au juge si le différend était porté devant lui* », ce qui nécessite que les services de l'administration aient de véritables compétences juridiques. Les services rédacteurs de l'offre doivent prendre en compte toutes les considérations de droit et de fait et évaluer le risque encouru, contentieux et surtout financier, afin de vérifier si une solution juridictionnelle ne serait pas plus favorable pour l'administration et, dans l'affirmative, se rendre devant le juge. En particulier, l'administration préférera saisir le juge plutôt que de proposer une transaction dans le cas où sa responsabilité pécuniaire est engagée ou lorsque l'évaluation des sommes dues est difficile à réaliser. L'accès au juge reste grand ouvert, dans le souci cette fois, de protéger l'administration en lui évitant de s'engager définitivement sur la base d'une transaction qu'elle n'a pas les moyens raisonnables de rédiger. Cela signifie que la transaction doit être privilégiée par l'administration seulement dans le cas où celle-ci est en mesure de la préparer sans coup faillir. Sinon, le recours au juge est préférable.

---

[141] CE, Sect., 28 sept. 1983, n°11513.

Toujours en ce qui concerne la transaction, si un administré a subi un préjudice, l'évaluation des sommes dues par l'administration à titre d'indemnisation obéit aux règles générales d'indemnisation de la personne en cas de faute de l'administration ainsi qu'à certaines règles particulières qui ne seront pas développées ici, dépassant le cadre de ce sujet. Mais la difficulté est en général l'évaluation des sommes dues : comme l'explique à nouveau la circulaire du 6 avril 2011, « *l'évaluation doit être faite suivant les règles qu'appliquerait le juge compétent, s'il était saisi de l'affaire* ». De plus, en cas de préjudice physique, l'évaluation doit être faite à partir de la jurisprudence rendue par les juridictions administratives. Face à la complexité de ce problème, la circulaire recommande aux administrations de se rapprocher de la Direction des affaires juridiques « *des ministères financiers* », forte d'une grande expérience dans le domaine. Pour évaluer l'indemnisation du préjudice subi, la circulaire du 6 avril 2011 précise enfin que la désignation d'un expert est souvent utile. Mais cet expert, s'il est désigné par l'administration, doit être accepté par l'administré. Si les parties ne trouvent pas d'accord, le juge peut désigner un expert par voie de référé. Quoi qu'il en soit, aucune transaction ne peut être conclue *a priori* sans l'accord du contrôleur financier. Comme dans le cas des recours administratifs préalables obligatoires, il n'est pas évident que l'administration ait toujours en son sein le personnel et les compétences nécessaires pour préparer l'offre de transaction et évaluer le montant de l'indemnité, ce qui signifie qu'elle doive disposer en son sein d'un service juridique comparable à une juridiction.

En conclusion, la transaction qui apparait *a priori* comme un excellent moyen de régler un différend à l'amiable entre une administration et un administré, se révèle être de fait un exercice difficile à réaliser dès lors que la situation est un peu complexe ; elle nécessite que des personnels appartenant à l'administration soient rompus à ce type d'exercice et présentent de nombreuses qualités identiques à celles d'un juge. La transaction est-elle un mode alternatif de règlement des conflits avantageux, au moins pour l'administration ? D'un autre côté, ne prive-t-elle pas l'administré d'une voie d'accès au juge ? Par ailleurs, la transaction reposant sur la bonne volonté des parties, si l'une d'entre elles, et dans le cas de la transaction administrative, c'est souvent le cas de l'administration, traine des pieds, fait preuve de mauvaise foi ou laisse passer le temps, le processus transactionnel peut durer très longtemps, peut-être plus que ce qu'aurait duré une procédure juridictionnelle. De plus, en cas de transaction, l'issue n'est jamais sure parce que l'une des parties peut décider d'interrompre le processus à tout moment. De fait, il manque dans ce

cas-là l'office du juge, entité neutre et impartiale, qui garantit au moins que le conflit sera jugé. Et lorsque l'administration ne sollicite pas le juge, elle doit agir comme il le ferait.

Deuxième et dernier point, si l'administration n'a pas toujours les moyens de sa politique contentieuse, les modes alternatifs qui ont en partie été conçus pour désengorger les juridictions administratives posent essentiellement deux types de problèmes aux magistrats. Effectivement, comme l'explique Jean-Marc Le Gars en 2017 à l'occasion d'un article de l'*AJ Contrat*[142], le développement des modes alternatifs de règlement des conflits remet en cause l'*imperium* du juge qui rend toujours ses décisions au nom du peuple français[143]. Georgina Benard-Vincent, de son côté, a fait remarquer[144] en 2017, que la médiation administrative « *touche à l'imperium du juge, pouvoir de nature régalienne* », en dessaisissant le juge administratif d'une partie de son pouvoir, celui qui consiste à régler un conflit. Pourtant, ce n'est pas le but poursuivi puisque, comme le précise l'article R213-8 du Code de justice administrative, en « *aucun cas la médiation ne dessaisit le juge* » dans la mesure où ce dernier « *peut prendre à tout moment les mesures d'instruction qui lui paraissent nécessaires* ».

Toutefois, le premier problème est lié au sentiment d'abandon du service public de la justice de la part des parties, mais également des magistrats : le juge administratif est au service de la justice administrative, service public, pouvoir régalien de l'Etat, et sa mission principale est la conciliation entre les droits individuels et la défense de l'intérêt de l'Etat, dans un Etat de droit. L'idée du service public de la justice administrative s'apparente à celle qui figure dans l'article L111-2 alinéa un du Code de l'organisation judiciaire qui dispose désormais que « *le service public de la justice concourt à l'accès au droit et assure un égal accès à la justice* ». Et pourtant, les modes alternatifs privent les juges d'une part de leurs responsabilités qui peut être importante : alors que leur vocation est de juger les différends, certains leur échappent. Dans ce cadre, ils ne sont plus les garants de l'équilibre du procès entre les différentes parties, pas plus qu'ils ne le sont de la garantie du bon déroulement de

---

[142] LE GARS, J.-M., « Justice administrative et médiation », *AJ Contrat*, 2017, p.370.

[143] Cela se retrouve dans des visas qui sont repris dans les articles L2 du Code de justice administrative et 454 alinéa un du Code de procédure civile.

[144] BENARD-VINCENT, G., « Les enjeux de la médiation en droit administratif », *Le blog Droit Administratif*, 2017.

la procédure. Comme le fait remarquer Olivier Le Bot[145], si le juge administratif encourage le développement des modes alternatifs de règlement des litiges parce qu'ils sont favorables à la fois aux parties et à lui-même puisqu'ils le déchargent d'une partie de leur travail, cette orientation générale correspond à un désengagement de l'Etat vers « *moins d'Etat* » qui peut poser problème en matière de justice. Or, le juge, comme tout être humain, a besoin d'être motivé pour exercer au mieux son métier, ce qui passe par la reconnaissance de son office. Il ne faut donc pas que le juge ait le sentiment de n'être saisi qu'*a posteriori*, uniquement lorsque le mode alternatif a échoué, intervenant comme une roue de secours, étant relégué au second rôle.

Le deuxième et dernier problème rencontré par les magistrats est que ceux-ci se trouvent confrontés à une nouvelle façon de travailler et à un nouveau rôle développé par la loi « J21 », impliquant qu'ils trouvent un nouveau mode de fonctionnement, efficace pour l'ensemble des acteurs de la procédure. Cela est encore compliqué par le développement récent de nouveaux outils tels que Télérecours qui nécessitent de la part des magistrats une adaptation permanente.

Finalement, les modes alternatifs, conçus dans un souci de « *bonne administration* » de la justice, s'avèrent ne pas être aussi efficaces que les autorités ou les administrés y ayant recours le souhaiteraient. Mais dans le contexte actuel de l'Etat, avec un budget sinon en diminution, du moins constant, et avec la problématique de l'engorgement des juridictions conduisant en particulier à des délais de traitement des affaires trop longs, la question n'est pas de supprimer les modes alternatifs mais au contraire de les développer afin de les rendre plus opérationnels et d'améliorer globalement la justice administrative. Mais le travail n'est pas simple, et le chemin s'avère parfois être un dédale tortueux …

[145] Eléments tirés de l'article de LE BOT, O. « La sécurisation des MARL par le juge administratif », Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif, 2017.

Chapitre 2 : Le chemin de l'amélioration de la justice administrative, un dédale tortueux

Ainsi, c'est parce qu'elles sont conscientes de la nécessité de recourir aux modes alternatifs de règlement des conflits que les autorités ont réfléchi à la façon d'optimiser l'alternative à la saisine du juge représentée par ces modes, et ont parfois été conduites à faire évoluer le droit en vigueur (Section 1) ; ce faisant les acteurs, aujourd'hui extrêmement nombreux, mis en place pour aider l'administré à régler son conflit sans avoir systématiquement recours au juge, semblent parfois se dresser comme des obstacles sur le chemin d'accès au juge (Section 2).

Section 1 : Une alternative à la saisine du juge en recherche d'optimisation

La plupart des modes alternatifs existant depuis fort longtemps, analyser leur fonctionnement pour l'améliorer est une bonne base de départ et c'est en particulier pourquoi le Conseil d'Etat a été amené à lancer plusieurs études à ce sujet. Ces études ont souvent été sources de propositions d'évolution (Paragraphe 1) entrainant une évolution juridique attendue et nécessaire, parfois à l'origine de nouvelles expérimentations (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Des études, sources de nouvelles propositions d'évolution

Dès les années 1990, le Conseil d'Etat a été amené à réfléchir à la possibilité de « *régler autrement les conflits* » et en 2008, son analyse des recours administratifs préalables obligatoires a constitué une base à la réflexion relative à l'évolution des modes alternatifs de règlement des conflits (A). En 2015, le groupe de travail chargé de réfléchir à la justice administrative de demain fera un certain nombre de propositions notamment dans le sens du développement des modes alternatifs de règlement des conflits (B).

A- L'analyse des recours administratifs préalables obligatoires comme base de la réflexion

Les premières études ont été menées par le Conseil d'Etat et, alors que les modes alternatifs doivent simplifier la vie de l'administré lorsqu'il rencontre un différend avec l'administration, en 2008 le Conseil d'Etat recensait[146] déjà plus de cent cinquante recours administratifs préalables obligatoires marqués par une diversité les rendant difficilement

[146] Les recours administratifs préalables obligatoires, Les études du Conseil d'Etat, *La Documentation française*, 2008.

caractérisables. En effet, ces recours existent à peu près dans tous les domaines dans lesquels l'administration officie, et ils peuvent être imposés par le type de la décision initiale contestée, comme dans le cas d'un refus d'octroi de visa ou de communication d'un document administratif, ou par la matière, comme dans le cas de la fonction publique militaire ; ils traitent des différends relatifs à la vie professionnelle des militaires, à la situation personnelle des demandeurs d'asile, à la matière fiscale, à la fonction publique en matière de situation personnelle des agents, aux élections administratives, à l'enseignement, aux décisions ordinales, aux fédérations sportives, à l'organisation et au fonctionnement des services publics, ou encore au contrôle administratif des activités prises et de libertés publiques... En parallèle de recours qui apparaissent régulièrement comme en matière de contraventions liées au stationnement, d'autres disparaissent, comme par exemple ceux relatifs à la prime de construction, d'exécution de puits et de sondages ou encore ceux relatifs à l'attribution de prêts et de subventions par le conseil départemental pour les anciens combattants. Cette évolution reflète l'histoire sociale de la France.

Les autorités qui statuent sont elles aussi extrêmement diverses puisqu'il peut s'agir de l'autorité hiérarchique de celle qui a pris la décision, de l'autorité elle-même, d'une commission spécialisée comme dans le cas des militaires, ou même de tiers...

Les procédures applicables sont également complètement disparates, notamment en ce qui concerne le caractère contradictoire, les délais de saisine, la motivation des décisions ou encore la place relative des recours administratifs préalables obligatoires et des autres modes de règlement des conflits. Le caractère contradictoire des recours administratifs préalables obligatoires n'est pas général. Des échanges écrits permettant d'exercer son droit de réponse peuvent être prévus ; dans le cadre des militaires, si le requérant peut être entendu par la commission, cela reste une possibilité, en aucun cas une obligation ; dans d'autres cas, comme par exemple dans le cadre du recours devant la Commission d'accès aux documents administratifs, aucune procédure contradictoire n'est prévue par les textes. Certains recours ont un effet suspensif mais ce n'est pas le cas général. La signification de la décision implicite de l'administration quant à elle est variable, valant acceptation dans certains cas et rejet dans d'autres. Toutes ces constatations ont conduit le Conseil d'Etat, dans son étude en 2008, à conclure que « *les règles de procédure, en ce qu'elles concernent l'exercice des recours administratifs préalables obligatoires sont souvent parcellaires, sont également disparates en ce qui concerne les délais de saisine et d'instruction, le caractère contradictoire de la procédure, la motivation des réclamations comme des décisions prises sur les recours* ».

Alors que les recours administratifs préalables obligatoires ont tous un but commun, éviter de saisir une juridiction inutilement, et par conséquent améliorer le règlement des conflits de façon amiable, comment peut-on expliquer de telles divergences d'un recours à l'autre ? Cette situation s'explique par l'histoire de la mise en place de ce mode alternatif de recours qui s'est faite au coup par coup, de façon presque accidentelle, suite à des besoins conjoncturels ou propres à certaines administrations, généralement sans idée d'ensemble, comme l'a expliqué le Conseil d'Etat dans son rapport de 2008 : « *l'institution de ces recours n'a pas relevé d'une logique d'ensemble, mais de processus ponctuels et sectoriels, qui ont abouti à un foisonnement de procédures distinctes, ayant chacune leurs modalités propres de mise en œuvre, et un champ d'application variant de quelques décisions par an à plusieurs centaines de milliers* ». Et le Conseil d'Etat de continuer en expliquant qu'au-delà de ce problème, aucune réflexion générale ni exhaustive n'a été menée. Sous le terme générique de « *recours administratif préalable obligatoire* » se cache donc en fait une infinité de recours dans des domaines extrêmement variés, chacun ayant été instauré de façon différente et suivant ses propres règles. A ce sujet, le professeur Eugénie Prévédourou a eu l'occasion de dire que « *l'état du droit positif français est dispersé, foisonnant, complexe et incompréhensible* » [147]. Jean-François Brisson quant à lui dira, en 2009, que « *la question des recours administratifs préalables obligatoires constitue depuis plus de vingt ans une sorte de serpent de mer de la réforme du contentieux administratif, revenant sous les feux de l'actualité à intervalle régulier sans que les mystères qui entourent ce type de procédure n'aient été complètement levés* »[148].

Ce constat de complexité fait au sujet des recours administratifs préalables obligatoires et les différentes demandes du Gouvernement ont conduit le Conseil d'Etat à réfléchir à l'ensemble des modes alternatifs de règlement des conflits. Et si le Conseil d'Etat a rendu son dernier rapport sur les recours administratifs préalables obligatoires en 2008, il avait en particulier déjà travaillé sur le sujet en 1993 et rendu un rapport intitulé « *Régler autrement les conflits* ». En 2010, le Conseil d'Etat sera amené à réfléchir au développement de la médiation dans le cadre de l'Union européenne. Le rapport de 2008, quant à lui, constitue essentiellement un état des lieux de la situation relative aux recours administratifs

---

[147] *In* « Les recours administratifs préalables obligatoires, Etude comparée des droits allemand et français », *LGDJ*, 1996.

[148] Issu du discours « Les recours administratifs préalables obligatoires en droit public français ; alternative au juge ou voie sans issue ? » lors du colloque « Problèmes de procédures de procédure administrative non contentieuse », le 13 mars 2009.

préalables obligatoires dans lequel le Conseil d'Etat, conscient de la difficulté du problème et de la quantité de travail que la généralisation de ce mode alternatif de conflit nécessiterait, préconise une clarification des règles applicables ainsi qu'une harmonisation des différentes pratiques de la part des administrations. *In fine* cependant, le Conseil d'Etat se contente à l'époque de recommander l'introduction des recours administratif préalables obligatoires dans quatre nouveaux domaines, à savoir le permis de conduire, la fonction publique, le droit des étrangers, les décisions de l'administration pénitentiaire. Ces recommandations seront suivies d'effet au moins dans le contentieux des étrangers.

Les réflexions concernant l'évolution des modes alternatifs menées dans un premier temps par le Conseil d'Etat vont donner suite aux travaux du groupe de travail chargé de réfléchir à la justice administrative de demain qui va faire un certain nombre de propositions d'évolution.

B- Des propositions de développement des modes alternatifs de règlement des conflits

Ainsi, en 2015, le groupe de travail chargé de réfléchir à la justice administrative de demain (JADE) va expliquer de son côté que l'attente vis-à-vis de la justice administrative évolue en permanence : alors que le nombre de requêtes augmente chaque année en moyenne de 6%, les requérants réclament un « *renforcement constant de la qualité de la justice* » qui passe en particulier par une justice « *plus proche et plus transparente », plus adaptée, le tout dans le respect des principes fondamentaux du jugement, évolutions qui se font dans un contexte financier et budgétaire tendu* ». Effectivement, depuis quelques années, les contentieux devant les Tribunaux administratifs connaissent une croissance importante liée essentiellement à l'augmentation du nombre de contentieux sociaux, fiscaux, dans les domaines du séjour des étrangers ou encore de la fonction publique. Concernant les contentieux sociaux, il s'agit essentiellement du contentieux lié au Droit au logement opposable[149]. Selon Laurence Helmlinger dans la *Revue du droit public*[150], de 2004 à 2016, le nombre de requêtes a augmenté de 30% devant les Tribunaux administratifs, période pendant laquelle le nombre de magistrats a augmenté de la même façon, en même temps qu'étaient créés trois Tribunaux administratifs, ceux de Nîmes, Toulon et Montreuil ainsi qu'une Cour administrative d'appel à Versailles. Pendant cette période donc, l'augmentation

---

[149] Chiffres issus du rapport « Réflexions pour la justice administrative de demain », *Conseil d'Etat*, 2015.

[150] HELMLINGER, L., « Les réflexions du Conseil d'Etat sur la « justice administrative du XXIe siècle » », *Revue de droit public*, n°5, p.1170, 2017.

des effectifs a suivi l'augmentation des requêtes. Mais cette période est terminée. Et alors que le nombre de requêtes portées devant les juridictions ne cesse d'augmenter, le nombre de personnels quant à lui va rester sensiblement le même dans les années à venir. Devant les Cours administratives d'appel, le nombre de requêtes a augmenté de 50% entre 2005 et 2014, et ces augmentations concernent essentiellement le droit des étrangers, de l'urbanisme et de la fonction publique[151]. Face à ce constat, le groupe de travail « JADE » s'est questionné sur l'origine de cette augmentation. Quatre facteurs ont alors été identifiés : les évolutions législatives, les évolutions de la pratique administrative notamment dans le droit des étrangers, les aspects économiques et sociaux et les facteurs propres à l'activité contentieuse des juridictions administratives.

Le groupe de travail a ainsi orienté sa réflexion vers la « *nécessité de poursuivre l'objectif de rendre une justice de qualité* » qui passe par « *l'adaptation de l'office du juge* » ainsi que par l'évolution des procédures administratives. Une piste de travail est immédiatement apparue au sujet de l'absence de nécessité de faire intervenir le juge dans tous les cas, ce qui a ouvert la voie au développement des modes alternatifs de règlement des conflits, essentiellement dans le cas où existent des contentieux de masse et pour lesquels le juge a une faible valeur ajoutée. Aussi le groupe de travail a-t-il fait un certain nombre de propositions dont certaines ont été par la suite laissées de côté par les autorités publiques. L'intérêt d'en parler dans le cadre de ce sujet est de présenter les motivations qui ont présidé à ces réflexions et qui apparaissent comme un *leitmotiv* dans l'évolution de la justice.

Parmi les propositions du groupe de travail, figure le droit au logement opposable dans lequel le groupe a mis en évidence l'existence de quatre types de contentieux relatifs au droit au logement opposable. Le premier est le contentieux des décisions de la commission départementale de médiation, le second est le contentieux des demandes d'injonction en vue de la délivrance d'un logement pour les personnes reconnues prioritaires ou DALO injonction, le troisième est le contentieux des liquidations d'astreintes décidées à la suite du prononcé d'injonctions et le quatrième est le contentieux de la mise en cause de la responsabilité de l'Etat pour non-attribution d'un logement à une personne reconnue prioritaire. Le DALO injonction permet à un demandeur reconnu comme prioritaire par la commission de médiation et qui ne reçoit pas d'offre de logement adapté à ses besoins

[151] Chiffres issus du rapport « Réflexions pour la justice administrative de demain », *Conseil d'Etat*, 2015.

d'obtenir du juge que celui-ci ordonne au préfet de lui permettre d'obtenir le logement[152] auquel il a droit. Le DALO indemnitaire permet à la personne d'obtenir l'indemnisation du préjudice résultant de la faute de l'Etat. Or, le contentieux du DALO est un contentieux de masse et le DALO injonction à lui seul coûte un million d'euros au Tribunal administratif de Paris, dépenses engendrées par le traitement des personnels de la juridiction, les frais de fonctionnement et les dépenses d'aides juridictionnelles. Si le rapport du groupe du travail envisage différentes pistes pour limiter les recours contentieux en matière de droit au logement opposable, il se concentre sur le DALO injonction qu'il propose de déjuridictionnaliser et le DALO indemnitaire qu'il propose d'améliorer en expérimentant un traitement précontentieux.

Seul le DALO injonction sera traité ici, le DALO indemnitaire ne pouvant donner lieu à un mode alternatif de règlement des conflits. En matière de recours contentieux, c'est l'article L441-2-3-1 du Code de la construction et de l'habitation qui prévoit les règles. Une jurisprudence[153] récente du Conseil d'Etat a par ailleurs précisé que « *la carence fautive de l'État à exécuter, dans le délai imparti, la décision de la commission de médiation reconnaissant un demandeur comme prioritaire et devant être (re)logé d'urgence, engage sa responsabilité, quand bien même l'intéressé n'a pas fait usage du recours en injonction devant le juge administratif. L'exercice du recours injonction ne constitue pas un préalable au recours indemnitaire, la responsabilité de l'État étant déjà engagée* »[154]. Le groupe de travail a proposé de déjuridictionnaliser le DALO injonction puisque dans ce type de contentieux, « *le juge se borne à prendre en compte une situation de fait : l'absence de relogement dans un délai de six mois (ou trois mois selon les lieux) depuis la reconnaissance du caractère prioritaire du besoin de logement par la commission de médiation, situation dont les parties ne débattent même pas* ». De plus, le juge n'a aucune plus-value réelle dans ce domaine dans la mesure où son rôle se limite à prononcer une injonction avec astreinte de façon quasi automatique en se basant sur un barème établi. Ainsi comme le précise le rapport, le juge, par son intervention, n'apporte « *aucun surcroît d'efficacité* » aux décisions rendues par la commission de médiation puisqu'il ne peut intervenir en aucun cas sur l'attribution du logement. Ce rôle du juge extrêmement limité a été illustré par la

---

[152] « DALO : Le recours injonction n'est pas un préalable au recours indemnitaire », *Editions législatives*, 2017.

[153] CE, 28 juill. 2017, n°397513.

[154] CE, 28 juill. 2017, n°397513.

jurisprudence[155] du Conseil d'Etat qui considère qu'il « *n'appartient pas au juge* (...) *d'apprécier la légalité des décisions des commissions de médiation, tant à la demande de l'administration qu'à celle du demandeur de logement, même pour tirer les conséquences d'une fraude* ». Le rapport cite également l'arrêt « Tchokontio Happy contre France »[156] de 2015 qui a été l'occasion pour la Cour européenne des droits de l'Homme de condamner la France aux motifs que « *l'inexécution du jugement d'injonction en matière de droit au logement constituait une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6§1 de la convention après avoir relevé que si une astreinte était prononcée et liquidée, celle-ci n'avait aucune fonction compensatoire* ». Le groupe de travail propose donc de transférer le suivi de l'exécution des décisions de la commission à la commission elle-même. L'idée ici est finalement de développer le recours aux modes alternatifs pour soulager le juge dans un domaine où sa plus-value est faible.

Le groupe de travail a ensuite fait un certain nombre de propositions qui impliqueraient en particulier la modification de l'article L778-1 du Code de justice administrative et de l'article L. 441-2-3-1 du Code de la construction et de l'habitation. A la date du 15 mai 2018, ces deux articles ont fait l'objet de quelques modifications mais pas de nature à mettre en application ce qu'avait proposé le groupe de travail. La question est donc de savoir si ces réflexions n'ont pas été validées, ou si elles l'ont été mais n'ont pas encore été suivies d'effet... Ceci est surprenant parce que s'agissant d'un contentieux de masse, la mise en application des propositions aurait permis à la fois de désengorger les juridictions et de permettre au juge de jouer le rôle qu'il devrait jouer dans ce domaine et qu'il ne joue pas actuellement.

Finalement, plusieurs pistes de réflexion proposées par le groupe de travail relatif à la justice administrative de demain de 2015 ont été abandonnées sans que l'on ne sache pourquoi. Il serait intéressant de savoir si les propositions faites n'ont pas intéressé le législateur et l'exécutif... Le groupe de travail n'a d'ailleurs pas fait l'objet que de critiques positives. Et à ce propos, Laurence Helmlinger[157] a regretté dans la *Revue de droit public*[158]

---

[155] CE, 21 juill. 2009, n°324809.

[156] CEDH, 9 avr. 2015, « Tchokontio Happy contre France », n°65829/12.

[157] Conseillère d'Etat, présidente de la Cour administrative de Marseille et membre du groupe de travail.

[158] HELMLINGER, L., « Les réflexions du Conseil d'Etat sur la « justice administrative du XXIe siècle » », *Revue de droit public*, n°5, p.1170, 2017.

que la composition du groupe de travail ait été essentiellement limitée à des conseillers d'Etat et à des magistrats administratifs et que la consultation, même si elle a été très large, n'ait pu questionner les principaux intéressés, à savoir les futurs requérants. Aussi Laurence Helmlinger déclare-t-elle qu'il y a lieu de « *minimiser* (...) *l'emphase sémantique* » dont l'étude a été entourée. En effet, la communication faite autour du projet « JADE » laissait « supposer des réformes d'ampleur, inscrites dans un temps long ». Pourtant, beaucoup de ces « *réformes procédurales éparses* (...) *sont relativement anodines* ».

De nombreuses études ont ainsi été réalisées, diverses pistes ont été initiées et finalement abandonnées. Cependant, conscientes de la nécessité d'avoir recours aux modes alternatifs des règlements des conflits, les autorités vont initier diverses lois et plusieurs textes juridiques mettant en place des expérimentations nouvelles. Le point d'orgue de cette évolution sera la loi du 18 novembre 2016, loi « J21 ».

Paragraphe 2 : Une évolution juridique nécessaire, des expérimentations nouvelles

Si toutes les propositions d'évolution de la justice n'ont pas abouti, la nécessité d'une évolution juridique est toutefois apparue et les différents textes qui vont être mis en place constitueront parfois de nouvelles expérimentations. Avant 2016, quelques textes juridiques chercheront à améliorer la justice administrative, donnant naissance à de nouveaux modes alternatifs de règlement des conflits, souvent à titre expérimental (A) ; mais la loi du 18 novembre 2016 restera attendue par tous comme une véritable révolution ; pourtant cette histoire n'est pas encore terminée et de nouveaux textes sont déjà en gestation (B).

A- Des modes alternatifs de règlement des conflits, fruits de nouveaux textes juridiques

Déjà en 2000, la loi du 30 juin relative aux référés en matière administrative a mis en place les recours administratifs préalables obligatoires pour les recours contentieux formés par les agents publics contre les actes relatifs à leur situation personnelle, à l'exception de ceux concernant le recrutement et l'exercice du pouvoir disciplinaire. Cependant, cette loi ne sera appliquée qu'aux militaires grâce au décret n°2001-407 du 7 mai 2001. C'est à ce moment-là que la commission de recours des militaires verra le jour. Donnant apparemment satisfaction, le processus instauré sera conservé.

Il faudra ensuite attendre 2011 et la loi[159] n°2011-525 du 17 mai pour mettre en place, à titre expérimental et pour une durée de trois ans, le recours administratif préalable obligatoire pour certains agents de l'Etat. Pour évaluer cette expérimentation, un rapport annuel devra être remis chaque année au Parlement. Cette expérimentation qui a débuté en mai 2012 était relative au développement des recours administratifs préalables obligatoires dans la fonction publique, dans le cas de décisions administratives individuelles défavorables relatives à la rémunération, aux positions et au classement des fonctionnaires et agents non titulaires de l'Etat relevant d'un certain nombre de services[160]. L'article 14 de cette loi exclut du dispositif les décisions concernant le recrutement ou l'exercice du pouvoir disciplinaire.

---

[159] Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

[160] Ces services sont le Secrétariat général du Gouvernement et direction des services administratifs et financiers des services du Premier ministre ; le Ministère de la justice, y compris les services du Conseil d'Etat, de la Cour nationale du droit d'asile, des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel ; les services académiques et départementaux, les écoles maternelles et élémentaires et établissements publics locaux d'enseignement du ressort de l'académie de Lyon, y compris les actes pris par le ministre de l'Education nationale.

Le décret[161] n°2012-765 du 10 mai 2012 précise en son article 5 que ses dispositions sont applicables jusqu'au 16 mai 2014.

Les particularités du recours administratif préalable obligatoire mis en expérimentation par ce décret sont de nature à soulever quelques questions et remarques. Tout d'abord, pourquoi avoir choisi un nombre aussi peu élevé de services concernés par cette expérimentation ? Ensuite, pourquoi rendre le recours à un tiers facultatif et non pas obligatoire, comme dans le cas de la commission de recours des militaires ? Quelle est dans ce cas l'utilité réelle du tiers ? Pourquoi ne pas s'être inspiré de la commission des recours des militaires qui apparemment fonctionne plutôt bien pour l'appliquer aux fonctionnaires ? De plus, le recours administratif préalable obligatoire qui est mis en place ne fait que se substituer au recours gracieux puisqu'il doit être porté devant le signataire de la décision concernée, mais il ne se substitue pas au recours hiérarchique, comme le précise la circulaire du 5 octobre 2012 prise en application du décret de 2012. Finalement cette expérimentation, très limitée notamment dans le temps et de par son champ d'action, ne fait que retarder l'accès au juge en rendant la saisine de celui-ci complètement subordonnée au recours obligatoire. Notons d'ailleurs que les délais sont encore augmentés en cas de silence gardé par l'administration.

Plus tard, en 2014, l'Assemblée nationale se posera la question de savoir comment faire pour contenir l'inflation constante du contentieux administratif, donnant naissance à un rapport enregistré le 8 octobre à la Présidence de l'Assemblée Nationale, dans son annexe huit « *Conseil et contrôle de l'état* »[162]. Ce sera l'occasion pour l'Assemblée nationale de faire le bilan de cette expérimentation de 2012 à la lueur de l'éclairage apportée par les études du Conseil d'Etat et d'envisager l'avenir. Et si la piste des recours administratifs préalables obligatoires a été évoquée, elle a été rapidement écartée. En effet, comme l'a expliqué le rapport de l'Assemblée nationale, « *en 2008, le Conseil d'État a rendu un rapport sur le recours administratif préalable, favorable à l'extension de cette procédure non contentieuse, notamment en matière de fonction publique et de permis de conduire. Ce rapport contient, à la fois, des propositions d'ordre général sur les principes auxquels les recours administratifs préalables obligatoires devraient obéir, les règles à respecter lors de*

[161] Décret portant expérimentation de la procédure de recours administratif préalable obligatoire aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des agents civils de l'Etat.

[162] RABAULT, V., Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2016, *Assemblée nationale*, 2014.

leur instauration ainsi que les mentions à faire figurer dans les décisions et des propositions d'ordre sectoriel sur les domaines dans lesquels un mécanisme de recours administratif préalable obligatoire pourrait opportunément être mis en place. Les propositions contenues dans le rapport du Conseil d'État ont favorisé l'institution de deux nouveaux mécanismes de recours administratif préalable obligatoire, en matière de Revenu de Solidarité Active et de contentieux de la naturalisation. Par ailleurs, une expérimentation a aussi été menée en application du décret n°2012-765 du 10 mai 2012 dans le contentieux de la fonction publique. Son champ très restreint n'a toutefois pas permis d'observer un impact positif significatif sur l'activité des juridictions administratives ». Ainsi, l'Assemblée nationale a expliqué que l'expérimentation de 2012 n'a apporté aucune réponse à l'attente en matière de recours administratif préalable obligatoire, son champ d'action n'ayant pas permis de conclure. A titre de remarque, il n'a pas été possible, en dehors du document évoqué ci-dessus, de savoir si l'expérimentation, qui était prévue jusqu'au 16 mai 2014, a effectivement cessé ou si elle a été prolongée, voire étendue, pas plus qu'il n'a été possible d'accéder à des résultats concernant cette expérimentation, si tant est qu'il y en ait eu... Finalement, la lecture des différents textes afférents à la mise en place de cette expérimentation tend à démontrer que cette expérimentation n'avait pour but que de « *concilier les droits de l'agent avec la mise en œuvre d'une procédure simple qui promeut le dialogue entre l'administration et l'agent* »[163].

Par ailleurs, le groupe de travail « JADE » a proposé de s'inspirer de l'expérimentation de développement du recours administratif préalable obligatoire avec saisie d'un tiers de référence prévue dans le cadre de cette expérimentation. Celle-ci étant restée sans conclusion et, comme l'a d'ailleurs fait remarquer le groupe de travail lui-même en 2015, il est impossible « *de mesurer l'efficacité* » de l'expérimentation concernant les recours administratifs préalables obligatoires mis en place par le décret précité. Est-il donc bien judicieux de s'inspirer d'une expérimentation qui est restée sans conclusions ?

Il faudra finalement attendre la loi « J21 » et son décret d'application pour qu'une nouvelle expérimentation législative soit mis en place.

[163] Circulaire du 5 octobre 2012 relative à l'application du décret n° 2012-765 du 10 mai 2012 portant expérimentation de la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des agents civils de l'Etat.

B- Des lois comme une expérimentation du développement des modes alternatifs de règlement des conflits

La loi « J21 » a mis en place, à titre expérimental et pour une durée de quatre ans, la médiation préalable obligatoire avant toute saisine du juge administratif pour les litiges relatifs à la situation personnelle des fonctionnaires et pour les contentieux sociaux. Cette loi a été suivie par le décret d'application[164] n°2018-101 du 16 février 2018 dont les dispositions s'appliqueront aux différents recours contentieux présentés jusqu'au 18 novembre 2020 à l'encontre de décisions intervenues à compter du 1er avril 2018. Aux termes de ce décret, les recours contentieux qui n'ont pas fait l'objet d'une médiation préalable sont irrecevables et le président de la juridiction administrative a reçu compétence pour rejeter une requête par ordonnance dès lors qu'elle n'a pas été précédée de la médiation. La médiation devient ainsi obligatoire pour certains litiges concernant les agents publics civils[165] ou relevant du domaine social[166].

Concernant les agents publics civils, sont visées les décisions administratives individuelles s'appliquant aux agents de la fonction publique de l'Etat affectés dans les services du ministère chargé des affaires étrangères, dans les services académiques et départementaux incluant certains établissements d'enseignement et les agents publics de la fonction publique territoriale. Le choix de restreindre ainsi l'expérimentation de la médiation obligatoire est certainement lié au fait que dans les deux ministères retenus, des médiateurs existent déjà et qu'au sein des collectivités territoriales des structures sont prêtes à les accueillir. Par ailleurs, l'expérimentation est limitée à certaines « *circonscriptions départementales choisies en raison de la diversité des situations qu'elles présentent, comprises dans quatre régions au plus* ». La liste de ces circonscriptions a été fixée par arrêté du 2 mars 2018 en matière de litiges dans la fonction publique territoriale. Selon *La Gazette des Communes* en date du 28 février 2018, 39 centres de gestion de la fonction publique territoriale s'étaient portés volontaires fin 2017[167], les prévisions initiales étant de 46 centres. En matière de litiges sociaux, la liste des régions concernées a été fixée par arrêté du 6 mars 2018 ; six départements ont été retenus pour mener l'expérimentation.

---

[164] Décret relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux.

[165] Article 1 du décret n°2018-101 du 16 février 2018.

[166] Article 2 du décret n°2018-101 du 16 février 2018.

[167] « Mise en œuvre de la médiation préalable obligatoire en matière de fonction publique et d'action sociale », *La Gazette des communes*, 2018.

Si les articles 1 et 2 de l'arrêté précité convergent pour mettre en place une médiation obligatoire, ils divergent quant au public visé : sont concernés les agents publics, en tant qu'employés de l'Etat ou d'une collectivité lorsqu'ils rencontrent un problème avec leur administration, et les usagers de l'administration en tant qu'allocataires, lorsqu'ils sont confrontés à un litige avec l'administration agissant avec ses prérogatives de puissance publique. Dans tous les cas, une convention de médiation devra être signée. Cette expérimentation devra être évaluée par les pouvoirs publics et les médiateurs devront faire un rapport d'activité annuel à l'intention des ministres intéressés et du vice-président du Conseil d'Etat et un rapport global devra être remis six mois avant l'expiration du délai de quatre ans prévu dans le présent décret.

A bien y réfléchir, la loi de novembre 2016 qui met en place la médiation préalable obligatoire avant toute saisine du juge administratif pour certaines catégories de personnes aura pour conséquence directe et évidente de retarder l'accès au juge. Cet état de fait peut se comprendre dans la mesure où l'un des buts poursuivis et affichés est de désengorger les juridictions administratives. Pourtant, comme le fait remarquer Yvon Goutal dans l'*AJ Collectivités Territoriales*[168] en 2017, l'objectif de recourir à la médiation préalable obligatoire est antagoniste avec l'un des autres objectifs annoncés par le Conseil d'Etat, à savoir désengorger les juridictions administratives. En effet, ce dernier objectif vise essentiellement les contentieux de masse pour lesquels il n'est pas évident qu'une médiation soit utile. La pacification vise plutôt d'autres domaines dans lesquels le facteur humain est prioritaire. De fait, la médiation telle qu'a été conçue répond-elle bien aux objectifs affichés ? Autre point, comme le fait à nouveau remarquer Yvon Goutal, le décret n°2018-101 du 16 février 2018 instaure une médiation préalable obligatoire dans des domaines où les contentieux sont essentiellement de nature règlementaire. Et une analyse poussée des recours devant faire l'objet d'une médiation préalable fait apparaitre que la plupart des décisions administratives concernées relèvent du pouvoir discrétionnaire de l'administration, particulièrement dans le contentieux de la fonction publique. Dans le cas par exemple d'un refus de détachement ou de placement en disponibilité, sur quel point va pouvoir porter la médiation ? Si l'administration refuse un détachement souhaité par le fonctionnaire, quelle va être la marge de manœuvre de l'un et de l'autre, si ce n'est de se

[168] GOUTAL, Y., « Médiation : une réforme aux pieds d'argile - Au lendemain de la loi « J21 » et de ses textes d'application », *AJ Collectivités Territoriales*, 2017, p.427.

mettre d'accord sur une date de détachement, compromis ne nécessitant pas une médiation obligatoire ? Dans ce cas précis, n'aurait-il pas été préférable de mettre en place un recours administratif préalable obligatoire comme dans le cas des militaires ? Si la médiation est effectivement menée à terme et que le demandeur n'est pas toujours satisfait, quelle va pouvoir être la plus-value du juge ?

De plus, si la médiation administrative peut sembler intéressante en premier ressort, elle semble moins attrayante en appel. En effet, si les parties vont en appel, c'est que l'une d'entre elles a gagné en premier ressort. Dans ce cas-là, pourquoi la partie qui a eu gain de cause en première instance accepterait-elle une médiation en appel ? Autant de questions restées sans réponse à cette date et qui trouveront peut-être une solution dans les textes à venir ou, encore une fois, dans la jurisprudence.

Après la loi du 18 novembre 2016, est apparu à l'automne 2017 un nouveau projet de loi relatif à « un État au service d'une société de confiance » dont l'exposé des motifs en date du 27 novembre 2017 met en avant le fait que « *la société a évolué souvent plus vite que l'administration elle-même. La réforme de l'État a inspiré de nombreux programmes dédiés à la transformation publique sans pour autant réussir à ce que la relation entre les Français et leur administration soit marquée par la confiance* ». Le maître mot du projet de loi est donné : établir ou rétablir la confiance entre l'Etat et les Français. Au titre du sujet qui nous intéresse ici, ce projet de loi prévoit deux mesures essentielles. La première mesure tend à développer les transactions conformément à l'article 13 du projet de cette loi. Déjà, suite à l'étude de 1993 réalisée par les services du Conseil d'Etat, une circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits avait préconisé d'avoir recours à la transaction chaque fois que possible, la voie contentieuse ne devant être empruntée « *qu'à bon escient* ». Pourtant, cette circulaire a été suivie de peu d'effets en dehors du domaine fiscal où elle est appliquée de façon très opérationnelle. La deuxième mesure concerne le développement du rescrit dans le domaine des douanes comme le met en avant l'article 14 du même projet de loi, l'un des objectifs poursuivis et annoncés par ce projet étant de mettre en place un dispositif permettant au contribuable de solliciter davantage l'administration afin de sécuriser le processus.

Concernant ce projet de loi, le Conseil d'Etat a rendu un avis en date du 23 novembre 2017 aux termes duquel, entre autres, il s'est exprimé sur l'évolution du rescrit. Le Conseil d'Etat a en particulier expliqué que des rescrits ont été développés en s'inspirant de ceux existant dans le domaine fiscal et en les étendant à d'autres domaines afin de favoriser les

projets des justiciables[169]. Suite à l'étude[170] du Conseil d'Etat de 2013, le rescrit a été généralisé par le projet de loi.

Ces deux points du projet de loi sont intéressants dans la mesure où le premier, la volonté de développer la transaction, montre bien que ce système est utile, au moins dans le domaine fiscal. L'étendre à d'autres domaines relève encore bien sûr de l'expérimentation mais ce contrat passé entre l'administration et l'administré relève de la relation gagnant-gagnant. D'autre part, le développement du rescrit va dans le sens de la facilitation des initiatives personnelles qui s'inscrivent dans un climat de transparence et de sécurité. C'est en prévoyant, en construisant son projet sur les bases des données de l'administration que le contribuable peut s'inscrire dans la réussite et donc dans le fait d'éviter les conflits, et par conséquent la saisine future du juge.

Concernant le développement de la transaction, l'Assemblée nationale retient un projet d'article L. 423-2 qui prévoit que « *lorsqu'une administration de l'État souhaite transiger, le principe du recours à la transaction et le montant de celle-ci peuvent être préalablement soumis à l'avis d'un comité dont la composition est précisée par décret en Conseil d'État. L'avis du comité est obligatoire lorsque le montant en cause dépasse un seuil précisé par le même décret. La responsabilité personnelle du signataire de la transaction ne peut être mise en cause à raison du principe du recours à la transaction et des montants mis à la charge de l'administration, lorsque celle-ci a suivi l'avis du comité* ». L'idée évidente est ici de sécuriser le signataire public de la transaction. A la date du 30 janvier 2018, l'Assemblée nationale a adopté une « petite loi » au sujet de laquelle Mohamed Laqhila, député MODEM des Bouches-du-Rhône, expliquait que cette loi pose « *les premières pierres d'une société nouvelle* » ; Christophe Naegelen, député UDI, Agir et indépendants des Vosges, quant à lui, précisait que « *passer d'une administration qui réclame et sanctionne à une administration qui accompagne et conseille, nécessite quelque modification culturelle. Ce changement prendra du temps ; il faudra passer outre les réticences et les éventuels blocages* ». Normalement, le projet de loi devrait être adopté de manière définitive durant l'été 2018.

---

[169] Des exceptions sont faites en matière de santé publique, de sécurité des personnes et des biens ou de l'environnement.

[170] Conseil d'Etat « Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets », *La Documentation française*, 2013.

La multiplicité et la diversité des modes alternatifs de règlement des conflits ainsi que les différentes expérimentations ont eu pour conséquence la mise en place d'un foisonnement d'acteurs qui interviennent avant la saisine du juge par le requérant et s'élèvent parfois sur la voie d'accès à ce dernier.

Section 2 : Un foisonnement d'acteurs se dressant sur le chemin d'accès au juge

Les modes alternatifs font appel à une multiplicité d'acteurs considérés par le Conseil d'Etat comme des « *organes administratifs sectoriels* »[171] ; certains d'entre eux sont compétents dans un domaine particulier, comme par exemple en droit fiscal, en droit des étrangers ou en droit de la fonction publique militaire ; d'autres interviennent en fonction du mode de résolution du conflit, comme par exemple l'arbitre ou le médiateur. Chacun de ces acteurs dispose d'un degré d'autonomie spécifique, étant plus ou moins intégré à l'administration. Il n'est pas question ici de citer l'ensemble des acteurs qui interviennent dans le domaine des modes alternatifs mais simplement de donner un aperçu de la diversité des intervenants et de la complexité du problème en citant quelques exemples.

Actuellement, les « *organes administratifs sectoriels* » chargées d'aider à régler le conflit peuvent être des commissions, des tiers ou des médiateurs (Paragraphe 1). Parmi eux, le médiateur tient une place particulière depuis la loi de la justice du XXIème siècle, loi qui lui a octroyé un rôle fondamental tout en complexifiant son positionnement relatif (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les « *organes administratifs sectoriels* », des aides à la résolution des conflits

Les modes alternatifs de règlement des conflits, en dehors du cas où ils ne mettent en présence que l'administration et l'administré, peuvent faire intervenir des commissions ou des tiers, intervenants traditionnels dans ces processus (A) ainsi qu'un médiateur, figure aux multiples visages (B).

A- Les commissions et les tiers, des intervenants traditionnels

Les commissions existent dans plusieurs domaines et le Conseil d'Etat a reconnu leur efficacité dans de nombreux types de différends[172]. Dans le domaine fiscal par exemple, le comité du contentieux fiscal, douanier et des changes[173] a pour rôle d'émettre un avis sur les demandes de remise ou de transaction qui relèvent de la compétence du ministre chargé du budget et du directeur général des douanes et droits indirects et d'adresser un rapport annuel

---

[171] SAUVE, J.-.M, « Les modes amiables de règlement des différends », *Conseil d'Etat*, 2016.

[172] *Ibid.*

[173] Institué par la loi n°77-1453 du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière.

au Gouvernement et au Parlement. Dans le même domaine, des commissions départementales et nationales interviennent en cas de rectification ; elles peuvent être saisies à la demande du contribuable, lorsque l'administration a rejeté sa demande[174]. Ces commissions paritaires ont un rôle essentiel de médiation. Leur saisine est facultative et si, à l'issue de la saisine de l'une d'entre elles, le contribuable n'a pas eu de réponse satisfaisante à sa question, il peut encore saisir le service des impôts, préalable obligatoire à la saisine du juge de l'impôt. Ces commissions peuvent être saisies suite à un contrôle fiscal externe ou à un simple examen critique des déclarations du contribuable, dans le cadre d'un contrôle sur pièces. Cette procédure démontre qu'avant de saisir le juge, le requérant devra au préalable saisir au minimum deux entités différentes et attendre chaque fois de recevoir une réponse négative avant de passer à l'étape ultérieure. L'accès au juge semble donc se complexifier...

Une autre commission importante est celle de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France. Le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile précise dans sa partie décrétale le fonctionnement de cette commission[175]. L'article D211-5 de ce Code fait de la saisine de cette Commission un préalable obligatoire avant celle du juge et l'article D211-9 précise que la commission peut rejeter le recours ou, dans le cas contraire, émettre un avis favorable adressé aux ministres chargés des affaires étrangères et de l'immigration. Toutefois le président de la Commission peut décider de sa propre initiative de rejeter les recours manifestement irrecevables ou mal fondés. Cela démontre que la Commission exerce un plein pouvoir en cas de refus mais que dans le cas où elle émet un avis favorable, elle joue simplement un rôle de filtre entre le requérant dont la demande est recevable et le Ministre, qui est le seul à disposer *in fine* du pouvoir d'accorder le visa. Le ministre n'est pas obligé de suivre la proposition faite par la Commission de recours. Là encore, des obstacles se dressent pour le requérant sur la voie d'accès au juge.

Dernière commission importante citée ici, la commission de recours des militaires. Placée auprès du ministre de la défense[176] et présidée par un officier général en activité, elle est composée de quatre officiers généraux représentant chaque armée, du directeur des ressources humaines du ministère de la défense ou de son représentant ainsi que d'un officier

---

[174] Le régime juridique applicable est prévu à la fois par le Code général des impôts et le Livre des procédures fiscales.

[175] Commission créée par le décret n°2000-1093 du 10 novembre 2000 et dont les modalités de fonctionnement sont définies par un arrêté du 4 décembre 2009.

[176] Article R4125-5 du Code de la défense.

général représentant l'entité à laquelle appartient le demandeur. Cette commission est secondée par un certain nombre de rapporteurs. Le rôle de la commission est de recommander aux ministres compétents de rejeter le recours, de l'agréer totalement ou partiellement[177]. Le ministre n'est toutefois pas lié par cette recommandation. Cette commission fait particulièrement penser à la définition de « *tribunal* » donnée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme aux termes de laquelle un tribunal n'est pas forcément défini précisément comme en droit interne, l'important étant qu'il respecte certaines garanties matérielles et procédurales et qu'un recours soit possible *a posteriori* auprès du juge, au sens étatique, ce qui est le cas ici. Pourtant à nouveau, la saisine de cette commission, seulement chargée d'émettre un avis sur la demande du requérant, risque d'avoir pour conséquence, une fois de plus, de retarder l'accès au juge.

Il existe bien évidemment d'autres commissions, comme les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales dans le domaine médical ou encore le comité national et les comités locaux de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics... Mais toutes, obéissant aux mêmes principes et poursuivant le même but, ont la même conséquence : retarder l'accès au juge.

Si certains modes alternatifs font intervenir des commissions, d'autres modes font appel à un tiers, à un arbitre ou à un médiateur. L'expérimentation lancée par le décret[178] n°2012-765 du 10 mai 2012 a mis en place à son article 4 des « *tiers de référence* » nommés parmi les agents publics en activité ou retraités ; ils exercent leur mission en toute indépendance et impartialité et sont tenus à l'obligation de discrétion professionnelle, ces termes rappelant ceux qui seront employés dans la Charte éthique des médiateurs en 2017. Au titre de ce décret le requérant peut, s'il le souhaite, demander la saisine d'un tiers de référence à qui le recours est soumis à titre consultatif et avant que l'auteur de la décision ne se prononce. Le recours, qui doit être présenté par l'agent à l'auteur de la décision contestée, interrompt le délai de recours contentieux contre la décision initiale. La saisine d'un tiers a pour effet de porter de deux à quatre mois le délai à l'issue duquel le silence gardé par l'auteur de la décision vaut rejet. Le tiers saisi doit recueillir les observations orales ou écrites

[177] Article R4125-9 du Code de la défense.

[178] Décret portant expérimentation de la procédure de recours administratif préalable obligatoire aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des agents civils de l'Etat.

du requérant et de l'administration. Il dispose alors d'un délai de deux mois à partir de la transmission du recours pour communiquer son avis à l'auteur de la décision contestée. Comme dans le cas des différentes commissions, l'avis de ce tiers ne lie en aucun cas l'administration. La liste des tiers de référence est fixée par arrêté du ministre ou autorités dont relèvent les services engagés dans l'expérimentation et ils sont choisis parmi les agents publics en activité ou à la retraite. Les suites de cette expérimentation n'ont pas été communiquées par les pouvoirs publics mais il est évident que le recours au tiers, une fois de plus, retardait de façon considérable l'accès au juge, pour une plus-value difficilement évaluable : le délai de silence gardé par l'administration pour lui donner valeur de rejet était doublé, conférant au tiers un délai de deux mois pour formuler son avis, avis adressé à l'auteur de la décision attaquée et ne liant en aucun cas l'administration. Cet allongement des délais semble aller à contresens de ce qui est recherché puisque le recours au juge est différé d'autant. Toutefois, la Cour de Strasbourg ne semble pas s'être exprimée sur le sujet.

Si les commissions et les tiers sont des intervenants traditionnels dans le règlement alternatif des conflits, le médiateur qui n'est pas une figure nouvelle dans le processus, est en fait une figure aux multiples visages.

B- Le médiateur, une figure aux multiples visages

En effet, il n'existe pas un médiateur mais des médiateurs.

Acteur fondamental des règlements alternatifs, le médiateur intervient généralement en deuxième ressort, c'est-à-dire que sa saisine est subordonnée à une réclamation préalable auprès de l'administration qui a produit une réponse insatisfaisante. Contrairement à ce qui se passe en cas d'arbitrage, le médiateur ne donne pas d'avis dans le cadre d'une médiation ; il se contente de faire des propositions aux parties pour faire aboutir la médiation et constate l'existence ou l'absence d'accord en fin de médiation. Par ailleurs, le médiateur doit être le « *garant de la qualité de la médiation* »[179] et pour cela, il est chargé de donner aux parties une information adéquate sur le déroulement de la médiation, il doit s'assurer de leur consentement libre et éclairé pour avoir recours à la médiation et pour accepter l'accord amiable issu de la médiation. Comme en matière judiciaire[180], le rôle essentiel du médiateur est donc de faciliter les négociations entre les parties, notamment en les aidant à renouer le

[179] Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs, *Conseil d'Etat*, 2017.

[180] La médiation : à quoi ça sert ?, *Centre national de médiation des avocats*, 2018.

dialogue. Le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte et les parties restent libres à tout moment de poursuivre ou d'interrompre la médiation pour emprunter la voie juridictionnelle. Par ailleurs, le médiateur est également force de proposition en matière de réformes. Chaque médiateur rédige annuellement un rapport d'activité généralement adressé au Ministre concerné ; ce rapport, rendu public, peut proposer des évolutions de la règlementation de façon à améliorer le service rendu à l'administré.

Pourtant, si le rôle du médiateur est clairement défini en droit interne, derrière ce terme se cachent des réalités différentes : il n'existe pas un, mais des médiateurs. Entre le Défenseur des droits, autorité administrative indépendante consacrée d'un point de vue constitutionnel et définie par la loi, et le médiateur local d'une administration ou d'une collectivité territoriale, quels sont les points communs en dehors de leur appellation ? Seules quelques entités chargées de médiation seront évoquées dans le cadre de ce sujet. Les médiateurs peuvent être internes à une administration et avoir été mis en place par celle-ci, ou officier en dehors de toute administration et agir au bénéfice de plusieurs d'entre elles, comme c'est le cas pour le Défenseur des droits. Parmi les administrations ayant mis en place des médiateurs figurent par exemple, une nouvelle fois, l'administration fiscale, mais aussi les Caisses d'allocations familiales, les collectivités territoriales, les affaires étrangères, l'Education nationale, les Transports, Pôle Emploi…

Dans le domaine fiscal par exemple, le contribuable a la possibilité de saisir le médiateur des ministères économiques et financiers compétent pour résoudre les litiges concernant l'ensemble des services du ministère. Depuis le décret[181] n°2002-612 du 26 avril 2002, ce médiateur, placé auprès du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, est chargé de recevoir les réclamations concernant les fonctionnements du ministère dans leurs relations avec les usagers. Le médiateur a le pouvoir d'adresser une recommandation à l'administration s'il estime que la demande est recevable. Dans le cas où l'administration maintient sa position, le médiateur peut saisir le ministre. Il est aussi un correspondant du Défenseur des droits. Ce médiateur peut être saisi après la saisine du conciliateur fiscal départemental[182] qui a pour mission de trouver des solutions amiables aux litiges qui opposent les contribuables à l'administration fiscale et de faire respecter les engagements de

[181] Décret instituant un médiateur du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

[182] https://www.impots.gouv.fr/portail/particulier/le-conciliateur-departemental

qualité de service pris par l'administration fiscale. Il ne peut être saisi que dans un second temps, après que le service compétent l'a été et dans le cas où la réponse de ce dernier n'a pas satisfait le contribuable. Le conciliateur examine la demande du contribuable et la décision du service. Il peut modifier, s'il y a lieu, la décision prise initialement par le service. Il est compétent pour le calcul et le montant de l'impôt, le rejet ou l'admission partielle d'une réclamation, le rejet d'une demande de remise gracieuse, le refus de délais de paiement. Son rôle s'exerce de façon complètement indépendante de toute procédure de contrôle, de rectification ou contentieuse. Le rôle du conciliateur a été imaginé comme devant permettre un rapprochement entre l'administré et l'administration. Ce conciliateur, mis en place de façon expérimentale en 2003 puis de façon définitive[183] en 2004 est désormais un cadre supérieur du pôle de la gestion fiscale ou un autre cadre ayant des missions spécifiques[184], ce qui démontre l'importance accordée à cette fonction.

Les Caisses d'Allocations Familiales ont elles aussi institué leurs propres médiateurs. A ce propos Daniel Lenoir, Directeur général de la Caisse Nationale d'Allocations Familiales a dit en 2013 qu'il « *s'agit de proposer un échelon individualisé à ceux qui en ont besoin en offrant un « supplément d'âme » notamment aux plus démunis.* (...) *Le médiateur doit dire la vérité du droit, prendre le temps de l'écoute, analyser les dossiers, parfois même proposer des solutions plus justes ou plus équitables* »[185]. La médiation consiste, pour Daniel Lenoir, en un « *outil indispensable pour les Caf transversal [à] deux axes majeurs* », « *l'accès aux droits et la qualité et l'efficience du service au public* ». Fort de ces constats, Daniel Lenoir a développé en 2014 un réseau de médiateurs des Caisses d'Allocations Familiales.

Du côté des collectivités territoriales, en mai 2013, le Sénat a créé l'Association des Médiateurs des Collectivités Territoriales sous l'impulsion de l'ancien Défenseur des enfants et médiateur de la ville de Paris, Claire Brisset. Aujourd'hui, cette Association compte une trentaine de Médiateurs dans différentes villes de France, comme Gap, Bordeaux ou encore

---

[183] Suite au programme du Ministère des Finances et de l'Industrie « Pour vous faciliter l'impôt : un programme des engagements » dont le but était, à travers neuf engagements, d'améliorer la qualité du service rendu à l'usager. Ce programme a été généralisé par la suite et remplacé, comme le précise le Ministère du Budget par le référentiel interministériel Marianne.

Eléments également apportés par la question n° 1998 de BLEIN, Y., XIVème législature, 2013.

[184] Comité du contentieux fiscal, douanier et des changes, rapport annuel 2016 à l'intention du Gouvernement et du Parlement, *Direction de l'information légale et administrative*, 2017.

[185] « Médiation administrative », Rapport annuel 2013, *CNAF*, 2014.

Lille, Angers ou Marseille. Certains de ces médiateurs sont compétents pour une région comme pour la région Provence Alpes Côte d'Azur ou encore pour un Département, qu'il s'agisse de Paris ou de l'Ille-et-Vilaine. Ces médiateurs traitent généralement les problèmes de relations entre administrés et collectivités territoriales. Comme l'explique Jean-Charles Bron, actuel médiateur de la ville de Bordeaux, dans un article du journal *Sud-Ouest* en date du 26 février 2018, l'Association des médiateurs des collectivités territoriales souhaite qu'une loi relative à la médiation permette de mieux encadrer le rôle du médiateur et de favoriser son développement dans toutes les collectivités territoriales. D'après ce médiateur, la Garde des Sceaux serait favorable à cette idée, conséquence de la loi « J21 ».

En ce qui concerne la figure du médiateur, les lignes directrices[186] de la recommandation de 2001 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe adoptées en décembre 2007 qui ont déjà posé les grands principes en matière de médiation, définissent ses caractéristiques. Ainsi, des agents spécialisés en médiation devraient être identifiés et présenter un certain nombre de garanties afin d'assurer la qualité du service ; ils devraient être formés sur la base d'une liste de compétences personnelles à acquérir ; ils ne devraient pas être fonctionnaires, employés permanents ou temporaires de la fonction publique. Lorsque les médiateurs ne respectent pas les règles auxquelles ils sont astreints, l'Etat devrait pouvoir les poursuivre. Le recours à l'administration, afin de permettre l'accessibilité à la justice pour tous, devrait être gratuit. Lorsqu'il est fait appel à un agent de médiation, le coût pour la personne privée devrait être *« raisonnable et proportionné aux intérêts en cause »*. Les Etats devraient assurer le soutien financier direct des demandeurs afin d'éviter que les classes les plus défavorisées ne puissent bénéficier de cette voie de recours. Une aide judiciaire est également envisageable.

La loi « J21 » qui va largement développer la médiation administrative va en particulier s'appuyer sur ces recommandations et accorder un rôle fondamental et relativement novateur au médiateur. Et si les médiateurs existent depuis longtemps au sein des administrations, la figure du médiateur a pris une importance particulière depuis la montée en puissance de la médiation administrative avec la loi « J21 » qui a fortement revu et dans certains cas développé le rôle de certains d'entre eux ; c'est pourquoi il y a lieu de s'attarder ici sur le nouveau médiateur tel que la loi du 18 novembre 2016 l'a conçu.

---

[186] Lignes directrices relatives à l'amélioration de la mise en œuvre de la recommandation sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées.

Paragraphe 2 : Le médiateur, un rôle fondamental, un positionnement complexe depuis la loi du 18 novembre 2016

En effet, la loi « J21 » et son décret d'application de février 2018 ont accordé une importance particulière à certains médiateurs comme celui du ministère des affaires étrangères, le Défenseur des droits ou encore les médiateurs de Pôle emploi, en même temps qu'ils ont confié une fonction de médiation à certaines entités, comme les centres de gestion de la fonction publique territoriale. Mais il existait déjà auparavant, et ce au sein de diverses administrations, d'autres médiateurs, voire des réseaux de médiateurs, en dehors de ceux institutionnalisés par le décret d'application de la loi « J21 » dans le cadre de la médiation préalable obligatoire. Pourtant, la loi « J21 » confie à certains d'entre eux des rôles particuliers (A). Toute la problématique introduite par le décret n°2018-101 du 16 février 2018 revient alors à essayer de comprendre comment les différents médiateurs vont pouvoir, ou devoir, se positionner les uns par rapport aux autres, la loi « J21 » faisant cohabiter un ancien et un nouveau système (B).

A- Des médiateurs prenant une nouvelle importance

Dans le cadre de la médiation préalable obligatoire instauré par la loi « J21 », le médiateur du ministère des affaires étrangères et le Défenseur des droits sont en particulier appelés à jouer un rôle important.

Le médiateur du ministère des affaires étrangères a initialement été institué par un arrêté en date du 4 décembre 2015. Il était alors chargé de « *contribuer au règlement des différends entre le ministère des affaires étrangères et ses agents* » ; il intervenait à la demande d'un agent du ministère, d'une organisation syndicale ou de l'administration et son rôle était d'émettre des recommandations à l'attention des parties au différend. Cet arrêté a été abrogé par un nouvel arrêté pris en date du 4 septembre 2017 suite à la loi « J21 » et en vertu duquel le nouveau médiateur peut être saisi uniquement par un agent du ministère ou une organisation syndicale qui souhaite qu'une mission de médiation soit déclenchée. Si le médiateur accepte la médiation, il est à l'origine de la signature d'un accord de médiation engageant les parties. Ce médiateur est désigné pour une durée de trois ans renouvelable par le ministre des affaires étrangères ; il s'agit d'un agent public retraité ou en activité mais relevant d'une autre administration ou extérieur à la fonction publique, choisi en fonction de ses compétences en matière de gestion des ressources humaines. Le fait que ce médiateur relève d'un ministère autre que celui des affaires étrangères reflète bien le fait qu'il doit être un tiers indépendant et impartial.

Le rôle du Défenseur des droits, quant à lui, imaginé par le « comité Balladur » de 2007 chargé de réfléchir à la « *modernisation et au rééquilibrage des institutions de la Ve République* », a évolué. De fait, le Défenseur des droits a remplacé le Médiateur de la République créé par la loi n°73-6 du 3 janvier 1973, la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, la Commission nationale de déontologie de la sécurité et le Défenseur des enfants. Le rôle[187] du Défenseur des droits et son mode de saisine sont définis depuis la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 à l'article 71-1 alinéa un de la Constitution selon lequel cette autorité est chargée de « *veille*[r] *au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences* ». Il peut être saisi par toute personne qui s'estime lésée, ou se saisir d'office[188]. En application du dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution, il est nommé pour un mandat de six ans non-renouvelable par le président de la République auquel il rend compte annuellement, en même temps qu'au Parlement[189].

Tel que le précise l'article 2 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits prévoyant son statut, le Défenseur des droits « *ne reçoit, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction* ». Toutefois, l'article 10 de la loi organique du 29 mars 2011 qui précise que cette « *autorité constitutionnelle indépendante* »[190] « *ne peut être saisie, ni peut se saisir des différends susceptibles de s'élever entre les personnes publiques et* » les « *administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public* » limite le champ de compétences de ce médiateur. Il ne peut par ailleurs, sauf en cas de lutte contre les discriminations ou du domaine de la protection des lanceurs d'alerte, s'occuper de « *différends susceptibles de s'élever entre, d'une part, ces personnes publiques et organismes et, d'autre part, leurs agents à raison de l'exercice de leurs fonctions* ». Cet article 10 a fait que le Défenseur des droits ne pouvait être désigné comme médiateur par « J21 » dans ces différents cas de figure.

---

[187] Explications apportées par le Code constitutionnel et des droits fondamentaux, *Dalloz*, 2018.

[188] En dehors des cas où il s'agirait de soutenir un agent public vis-à-vis de son administration.

[189] Intervention faite par exemple le 11 avril 2018.

[190] Cons. const., Décision n°2011-626 DC du 29 mars 2011.

Désormais, le Défenseur des droits, en application de l'article 5 de la loi organique n°2017-54 du 20 janvier 2017, est une autorité administrative indépendante. Cette évolution est significative dans la mesure où le premier statut du Défenseur des droits n'avait pour but que de mettre en évidence qu'il tirait son indépendance de la Constitution. Il est assisté par trois collèges, le premier étant chargé de la défense et de la promotion des droits de l'enfant, le second de la déontologie dans le domaine de la sécurité et le troisième de la lutte contre les discriminations et de la promotion de l'égalité. L'article 26 alinéa un de la loi organique de 2011 reconnait que « *le Défenseur des droits peut procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation* », dans le but d'améliorer les relations entre le citoyen, l'administration et les services publics ; dans ce cas, il agit seul. Il existe simplement un délégué général à la médiation responsable de la mission « médiation avec les services publics », nommé par le Défenseur des droits.

Suite à la loi organique n°2017-54 du 20 janvier 2017 et en application de son article 4, le Défenseur des droits doit désormais défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public, ceux des enfants, lutter contre les discriminations, veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité ; son rôle dans la protection des lanceurs d'alerte a été limité par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n°2016-740 DC du 8 décembre 2016, qui a exclu de son champ d'application « *la possibilité d'assurer à ces personnes une aide financière ou un secours financier* ». Le Défenseur des droits, en vertu de l'article 28 de la même loi, « *peut proposer à l'auteur de la réclamation et à la personne mise en cause de conclure une transaction dont il peut recommander les termes* ». En vertu de l'article 18 alinéa un de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, « *le Défenseur des droits peut demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui. A cet effet, il peut entendre toute personne dont le concours lui paraît utile* » et en vertu de l'article 20, il « *peut recueillir sur les faits portés à sa connaissance toute information qui lui apparaît nécessaire sans que son caractère secret ou confidentiel puisse lui être opposé, sauf en matière de secret concernant la défense nationale, la sûreté de l'Etat ou la politique extérieure. Le secret de l'enquête et de l'instruction ne peut lui être opposé* ».

Contrairement à certains de ses homologues européens et bien qu'il soit l'un des correspondants privilégiés du médiateur européen[191] et donc membre du réseau européen des médiateurs, le Défenseur des droits n'a pas une compétence générale dans le domaine des droits et des libertés. En effet, son rôle se limite à la fusion des rôles des entités qu'il remplace. Par ailleurs, il n'est pas partie prenante dans certains domaines comme la Commission d'accès aux documents administratifs ou à la Commission nationale de l'informatique et des libertés pour lesquelles il n'intervient qu'à leur demande et pour être associé à leurs travaux. La mission du Défenseur des droits consiste essentiellement dans l'incitation de l'administration à respecter les droits et libertés des administrés et à rechercher des solutions amiables aux différends les opposant[192]. La journaliste Delphine Iweins dans *la Gazette du Palais*[193] en 2016, explique que le Défenseur des droits cherche à résoudre le plus possible de manière amiable des différends liés à une erreur de procédure, une incompréhension ou une défaillance de l'administration. 71% des règlements amiables lancés par le Défenseur des droits ont une issue favorable. En 2015, 79 592 dossiers de réclamation ont été déposés auprès de l'institution. Le Défenseur des droits est donc un acteur clé de la médiation administrative. Comme l'a précisé Delphine Iweins, si à ses débuts le Défenseur des droits a connu un certain nombre de problèmes de positionnement, il est aujourd'hui « *unanimement reconnu comme un service public dont la mission est l'effectivité du droit* ».

La loi « J21 » a par ailleurs mis en place de nouveaux acteurs en matière de médiation en la personne des avocats. Cette évolution trouve son origine dans la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe de septembre 2001 qui a considéré que ceux-ci devraient pouvoir proposer un recours aux modes alternatifs et aider les parties dans ce domaine. Ainsi, en décembre 2015, le Conseil national des barreaux a mis en place le Centre National de Médiation des Avocats (CNMA), centre d'information et de mise en relation du Conseil national des barreaux, dont le but est de promouvoir la médiation. De 2015 à 2016, cette médiation ne concernait que le domaine du droit judiciaire ; depuis la publication de la

---

[191] Le médiateur européen a pour tâche principale d'intervenir pour obtenir le règlement des différends soulevés par les citoyens d'un Etat membre de l'Union européenne, personnes physiques ou morales, dans le cadre de leurs relations avec les institutions de l'Union.

[192] MATUTANO, E., « Défenseur des droits », *JurisClasseur* Administratif, 2017.

[193] IWEINS, D., « La transformation progressive du Défenseur des droits », *Lextenso*, *Gazette du Palais*, 2016, n°43, p.7.

loi du 18 novembre 2016, la médiation administrative est également concernée. Le CNMA a pour objectifs de placer l'avocat au cœur de la médiation, de promouvoir ce nouveau processus en matière administrative, d'être une force de proposition auprès des pouvoirs publics et de former les avocats. Ainsi, le Conseil national des barreaux met à disposition des particuliers et des pouvoirs publics l'annuaire des avocats compétents en matière de médiation.

Si de nouveaux intervenants font leur apparition dans le processus de médiation et si d'autres voient leur rôle fortement évoluer, tous doivent coexister avec les médiateurs existant déjà connus et reconnus. Comment les différents réseaux vont-ils pouvoir cohabiter ?

B- La difficile cohabitation d'un ancien et d'un nouveau système

Il existe finalement une infinité de médiateurs et de réseaux de médiateurs, dont certains ne sont connus que des usagers de l'administration dans laquelle ils officient, alors que d'autres ont été nommément désignés par la loi « J21 » ou son décret d'application. Or, ce décret précise dans certains cas les médiateurs qui doivent être saisis en cas de médiation préalable obligatoire, semblant ignorer l'existence de médiateurs internes aux administrations. La loi « J21 » a donné plus de pouvoirs à certains médiateurs déjà institutionnalisés et a confié à certains acteurs un rôle nouveau de médiation, faisant que si la figure du médiateur est multiple, le positionnement relatif de chacun d'entre eux est complexe suite aux dispositions mises en place par « J21 ».

En effet, le décret n°2018-101 du 16 février 2018 qui rend obligatoire la médiation dans un certain nombre de cas, notamment pour les collectivités territoriales en ce qui concerne différentes décisions administratives individuelles relatives aux agents de la fonction publique territoriale, désigne le centre de gestion de la fonction publique concerné comme médiateur. Or, il existe déjà un réseau de médiateurs en cours de développement dans les collectivités territoriales mais dont les médiateurs ne sont pas compétents pour les litiges entre les agents et leur collectivité territoriale. Conséquence immédiate de « J21 » et de son décret d'application, dans les collectivités territoriales vont cohabiter deux réseaux de médiation. Est-ce vraiment rationnel ? Autre question, le décret confie aux centres de gestion des collectivités territoriales un pouvoir de médiation, mais ces centres sont-ils prêts pour assurer cette mission, disposent-ils du personnel suffisant, du personnel formé ? Et

d'autre part, en termes d'économie budgétaire a-t-on fait le bon calcul ? L'une des solutions n'aurait-elle pas plutôt été d'étendre le réseau des médiateurs existant, d'élargir son champ de compétences pour englober les différends entre les agents de la fonction publique territoriale et leur employeur, et confier l'ensemble des problèmes de médiation à ce réseau ? Ou n'aurait-il pas été possible de fondre le réseau de l'Association des médiateurs des collectivités territoriales dans les centres de gestion ? A propos de la désignation des médiateurs, en décembre 2016, l'Association des médiateurs des collectivités territoriales espérait de son côté que « *les médiateurs de collectivités territoriales pourraient figurer sur la liste du « vivier de médiateurs » à la disposition des magistrats administratifs évoqué dans le Rapport Piérart* »[194]. Il semble que cela ne soit pas le cas…

De même, l'article 2 paragraphe 2 du décret n°2018-101 du 16 février 2018 précise que pour les décisions relatives aux revenus de solidarité activité, aux aides exceptionnelles de fin d'année et l'aide publique au logement (APL), le médiateur compétent est le Défenseur des droits. Un article publié sur le site de *La Caisse des Dépôts* le 21 février 2018 expliquant la mise en place de l'expérimentation de la médiation préalable obligatoire en matière sociale s'interroge sur le choix du médiateur dans ce domaine. En effet, si la désignation du Défenseur des droits en tant que médiateur parait normale pour les décisions relatives au revenu de solidarité active prises par les présidents des conseils départementaux expérimentateurs ainsi que pour les décisions relatives à la « prime de Noël » financée par l'Etat, en revanche elle semble surprenante pour les APL, prestations entièrement gérées par les Caisses d'allocation familiale. Cette interrogation est liée au fait qu'il existe au sein de la Caisse nationale d'allocation familiale, comme dans toutes les Caisses d'allocation familiale, un processus de médiation organisé par un réseau de médiateurs qui fonctionne particulièrement bien. Le même article précise que, selon le rapport d'activité de la Caisse nationale, en 2016 ce réseau a traité 17 449 demandes dont 40% concernaient une aide au logement et dont 31% ont abouti à une révision du dossier.

Si l'article 2 du décret précité semble laisser de côté le réseau des médiateurs des CAF déjà existant, il donne par contre compétence aux médiateurs régionaux de Pôle emploi. Le médiateur de Pôle emploi a été créé par l'article 2 de la loi n° 2008-758 du 1er août 2008 relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi. Depuis 2014, l'article L5312-

[194] Tiré de « Médiation et justice administrative », *Association des médiateurs des collectivités territoriales*, 2016.

12-1 alinéa deux du Code du travail, ce médiateur est le correspondant du Défenseur des droits. La différence entre les médiations de la CAF et de Pôle Emploi vient peut-être de ce que le réseau des médiateurs de la CAF a été développé par la CAF elle-même alors que le réseau des médiateurs de Pôle Emploi a été créé par la loi. Pourtant dès 2013, un protocole d'accord a été signé entre le Défenseur des droits et la CAF afin d'organiser la collaboration entre ces différents services. Cela signifie-t-il que l'Etat refuse de valider un système qui fonctionne mais dont il n'est pas à l'origine ? Ou peut-être ceux qui sont à l'origine du décret de février 2018 ignoraient-ils l'existence du réseau de médiateurs de la CAF ? Ou encore y aurait-il eu un manque de coordination entre les différentes équipes ?

Cela pose la question plus générale de savoir comment vont s'articuler le rôle des différents médiateurs et du médiateur désigné par le décret n°2018-101 du 16 février 2018, à savoir comment va cohabiter l'ancien et le nouveau système. Est-ce que le nouveau médiateur va être un super-médiateur ou est-ce qu'il va se substituer aux autres ? De façon concrète, si un administré rencontre un problème avec une administration dans laquelle il existe déjà un réseau de médiateurs, quel médiateur va-t-il saisir ? En particulier, comment traiter l'irrecevabilité suite au fait qu'une médiation administrative préalable n'a pas été menée ? Dans le cas où il existe un réseau de médiateurs internes à l'administration avec notamment des médiateurs locaux et un médiateur national, le juge peut-il décider que la médiation n'a pas été menée si tel ou tel médiateur n'a pas été saisi ? Cette situation nécessite par conséquent que chaque administration, en liaison avec le Ministère de la Justice, écrive des procédures permettant de déterminer quel médiateur doit être saisi par le requérant à peine d'irrecevabilité de son recours contentieux.

Cette question a d'ailleurs été soulevée par Alice Minet-Leleu dans la *Revue du droit public*[195] en 2017 lorsqu'elle se demande « *comment faire coexister la nouvelle médiation et les multiples médiations ou conciliations institutionnelles organisées par les textes et les nombreux procédés similaires organisées par l'administration elle-même* ». En effet, les médiateurs qui existent dans les différentes administrations présentent un double avantage : en général, ils sont efficaces et leur intervention est gratuite. A titre d'exemple donné par Alice Minet-Leleu, en 2016, le réseau du médiateur de l'Education nationale et de l'enseignement supérieur a reçu 12 053 réclamations dont 71% ont été résolues en moins d'un mois. Il est d'ailleurs surprenant de constater que le phénomène est général : alors que

[195] MINET-LELEU, A., « La médiation administrative », *Lextenso*, *Revue du droit public*, 2017, n° 5, p.1191.

les médiateurs de l'administration appartiennent, c'est évident, à l'administration et que donc leur indépendance peut être contestable, les requérants n'hésitent pas à faire appel à eux. Dans ce cadre, encore une fois, comment le juge va-t-il pouvoir imposer un médiateur dont on suppose qu'il a de meilleures garanties d'indépendance mais onéreux, par rapport à un médiateur connu, reconnu, efficace et gratuit ?

En matière de médiation, de désignation des médiateurs et de leur fonctionnement, l'histoire reste entièrement à écrire.

En conclusion, les modes alternatifs de règlement des conflits conçus pour répondre au principe de « *bonne administration* » et donc pour éviter le recours systématique au juge, ne constituent pas toujours un exercice facile à réaliser. Dans un souci d'amélioration, les autorités ont cherché à développer ces modes et à les rendre plus efficaces mais le constat est mitigé et les différents intervenants chargés d'aider à la résolution du conflit s'élèvent parfois sur la voie d'accès au juge. Toutefois, si les obstacles se dressent entre l'administré et le juge, l'accès à ce dernier n'est pas remis en cause, il est seulement différé dans le temps. Le juge reste en effet un incontournable dans la vie des modes alternatifs, même si son rôle a été appelé à s'adapter au développement de ces processus.

Partie 2 : Un accès au juge seulement différé dans le temps

La question de l'accès au juge est récurrente et en 2011, le professeur Gilbert Guillaume s'est exprimé à ce sujet. Il a alors précisé[196] que de façon stricte, le droit au juge correspond au droit d'accéder au juge, et que ce droit doit être effectif. Il relie alors la notion de « *droit au juge* » à celles de « *vrai* » et de « *bon* » juge, de « *droit au jugement* » et à celle de « *droit à l'exécution du jugement* ». Ainsi, la base de l'accès au juge se résume au « *droit à saisir le juge* », principe reconnu depuis l'arrêt « Salan » du Conseil d'Etat du 11 mai 1962 selon lequel « *tout individu a le droit d'obtenir un juge* ». Le droit au « *vrai* » juge fait référence au fait que la cause d'une personne soit entendue conformément aux règles édictées par la Convention européenne des droits de l'Homme. Le droit au « *bon* » juge renvoie à l'idée selon laquelle le juge de l'excès de pouvoir pourrait être saisi de l'ensemble des actes administratifs sans exception sur lesquels il pourrait exercer un contrôle approfondi passant outre le pouvoir discrétionnaire et l'erreur manifeste d'appréciation. La notion de droit au « *bon* » juge a aussi été invoquée par le professeur Guinchard renvoyant à l'idée selon laquelle l'administré attend du juge qu'il prenne le temps de l'écoute, de la compréhension et qu'il rende une décision motivée qui soit compréhensible[197]. Mais selon Gilbert Guillaume, le droit au « *bon* » juge n'est pas acceptable, le service public de la justice étant un service régalien au service de tous et non pas au bénéfice de quelques-uns. Quant au « *droit au jugement* », l'auteur fait remarquer que la saisine d'un juge serait inutile si celui-ci n'était pas tenu de rendre une décision, qu'elle tranche ou pas le fond du litige, et que cette décision ne soit pas connue de tous et compréhensible.

A bien y réfléchir, cette approche tend à orienter les modes alternatifs de règlement des conflits vers la notion de « *bon* » juge, celle de « *vrai* » juge englobant finalement cette dernière, les deux notions n'étant que les composantes successives du « *droit au juge* » et donc du « *droit d'accès au juge* ».

---

[196] GUILLAUME, G. « Le droit au juge : droit ou slogan ? », *Académie des sciences morales et politiques*, 2011.

[197] Cité par BENICHOU, M., « L'accès à la justice, un droit menacé », *Lextenso*, *Gazette du Palais*, 2014, n°256, p.9.

Et non seulement l'accès au juge n'est pas fermé par l'exercice des modes alternatifs, mais en plus le juge va désormais apparaitre comme un incontournable dans la vie des modes alternatifs de règlement des conflits (Chapitre 1), même si son rôle va être revisité par le développement de ces modes (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le juge, un incontournable dans la vie des modes alternatifs de règlement des conflits

Si la reconnaissance de l'action d'un « *juge* » dans les modes alternatifs de règlement des conflits apparait comme une nécessité (Section 1), le juge administratif est impliqué à tous les niveaux dans les modes alternatifs de règlement des conflits, depuis l'interprétation qu'il doit en faire, jusqu'à la force exécutoire qu'il doit parfois leur conférer, le rôle créateur de droit du juge se trouvant renforcé par un souci de « *bonne administration* » (Section 2).

Section 1 : La reconnaissance de la nécessité de l'action d'un « juge » dans les modes alternatifs de règlement des conflits

Les modes alternatifs de règlement des conflits font intervenir différents acteurs, qu'il s'agisse de l'administration elle-même dans le cadre des recours administratifs ou de la transaction, de tiers ou de commissions comme par exemple dans le cas des recours administratifs préalables obligatoires, d'un médiateur ou d'un arbitre. Tous ces intervenants qui sont chargés d'éviter la saisine du juge et qui jouent un rôle fondamental dans la résolution du différend ressemblent, mais en apparence seulement, fortement à des juges (Paragraphe 1). Et s'ils ne sont pas des juges, la solution qu'ils aident à trouver, et qui repose essentiellement sur la bonne volonté des parties, n'est pas équivalente à un jugement. Le règlement alternatif d'un conflit n'a ni la forme ni la force d'un jugement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une convergence avec la notion de juge

La solution dégagée lors de l'exercice d'un mode alternatif de règlement des conflits fait toujours intervenir des acteurs dont une analyse rapide peut laisser penser qu'ils sont des juges ; mais ils n'en sont pas, ils ne font que leur ressembler : leur rôle n'est pas exactement le même, ce ne sont généralement pas des magistrats. D'ailleurs, dans certains cas, les magistrats sont directement impliqués dans des commissions ayant des missions de médiation, ce qui démontre véritablement qu'ils ont un rôle à jouer dans ce processus, en dehors de leur traditionnel rôle juridictionnel (A), ce qui a en partie conduit à exiger des acteurs de la médiation des qualités identiques à celles d'un juge, qualités permettant de mettre l'intervenant au service de la « *bonne administration* » de la justice (B).

A- Des « juges » mais pas des magistrats

Premier point, le rôle des intervenants dans les modes alternatifs de règlement des conflits n'est pas le même que celui d'un juge.

Ainsi en est-il par exemple du médiateur, pourtant appelé à jouer un rôle fondamental suite à la loi « J21 » : si le médiateur réfléchit essentiellement en équité, le juge tranche en fait et/ou en droit. Et comme l'a rappelé Daniel Lenoir au sujet du médiateur de la Caisse d'Allocations Familiales, le médiateur est une sorte de juge qui prend le temps de s'intéresser de près à la situation personnelle du requérant, d'autant plus que celui-ci est dans le besoin, afin de proposer une solution en équité et tout en respectant les principes généraux du droit dont il ne peut faire abstraction. Comme l'a affirmé de son côté Sophie Monnier dans la *RFDA*[198] en 2015, le médiateur ne se présente pas en concurrent mais « *plutôt en complément de la juridiction administrative* ». Pour elle, « *l'action du médiateur est aussi analysée comme un correctif en cas de divergences ou de discordances entre l'équité et le droit* ». Le médiateur a ainsi pour rôle de « *tempérer les effets* » d'une solution qui serait purement légale.

Si les rôles du médiateur et du juge peuvent être comparés, l'une des propositions faites, en 2015, par le groupe de travail relatif à la justice administrative de demain était de faire évoluer le rôle du médiateur vers celui du juge en supprimant le recours au juge dans le cadre de la commission de recours de refus de visas, allant jusqu'à faire de cette dernière « *l'organe de suivi des demandeurs reconnus prioritaires* ». Cette proposition n'a pas été suivie d'effet, pour l'instant en tout cas. Alors, le médiateur a-t-il vocation à remplacer le juge ?[199] Quelle meilleure réponse à cette question que celle apportée par un professionnel ? Ainsi, Hélène Gebhardt[200] a-t-elle eu l'occasion de s'exprimer sur les divergences entre le juge et le médiateur dans un article publié dans *La Gazette du Palais* en 2013. Dans cet article, l'ancienne magistrate explique que si le juge « *est tenu par les limites du litige* », ce qui est une stricte application des articles 4 alinéa un et 5 du Code de procédure civile, le médiateur s'intéresse au conflit dans sa globalité. Le juge règle un conflit en appliquant le droit sans forcément résoudre le problème en profondeur, ce qui explique que la solution rendue par le juge puisse mécontenter l'ensemble des parties. *A contrario*, le but poursuivi

---

[198] MONNIER, S., « Le médiateur, nouvelle figure du droit public », *RFDA*, 2015, p.1175.

[199] Réflexions issues de GEBHARDT H., « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Lextenso*, *Gazette du Palais*, 2013, n°106.

[200] Déléguée régionale Grand Est de l'Association nationale des médiateurs, ancienne magistrat judiciaire qui a fait le choix d'une retraite anticipée pour devenir médiateur.

par le médiateur est de régler le conflit en équité en aidant les parties à trouver une solution durable permettant de satisfaire l'ensemble des parties. Le travail du médiateur est essentiellement basé sur la communication. La médiation est là pour permettre à chacun de comprendre la position de l'autre et par conséquent de trouver une solution favorable à tous, ce qui nécessite que chaque acteur accepte de jouer le jeu. Le médiateur doit baser son travail sur l'empathie, sur l'aide et la compréhension de l'autre. Le juge a pour obligation de trancher ; il dispose également de pouvoirs contraignants. Le médiateur n'est là que pour aider les parties. Et si le procès repose toujours sur un corpus de textes écrits, la médiation repose seulement sur un processus, « *suite ordonnée d'opérations aboutissant à un résultat* », « *processus structuré* » comme le précise la directive européenne 2008/52/CE.

Par ailleurs, une grande distinction entre médiateur et juge vient de ce que le premier n'est tenu que par une obligation de moyens alors que le second doit juger sous peine de déni de justice, répréhensible pénalement. En effet, depuis 2016 et la loi « J21 », l'article L213-1 du Code de justice administrative définit la médiation administrative comme un « *processus structuré* (...) *par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends* ». Le verbe utilisé, à savoir « *tenter* », signifie que les parties ont seulement une obligation de moyens, à savoir initier une médiation, et non une obligation de résultat. Cette approche est reprise par l'article L213-9 du Code précité qui envisage la possibilité que la médiation n'aboutisse pas, ce dont le juge doit être tenu informé. Si le médiateur, contrairement au juge, apporte une solution en équité et sur la totalité du problème, il existe d'autres divergences entre le médiateur et le juge. En effet, le prononcé des décisions du juge est toujours public alors que la médiation est généralement confidentielle. Si le juge est imposé aux parties, le médiateur est choisi par elles, de la même façon que le médiateur est libre d'accepter ou de refuser une mission, contrairement au juge.

Deuxième point, les tiers qui interviennent ne sont pas des magistrats. C'est pourquoi par exemple, en termes de médiation si, comme le fait remarquer Georgina Benard-Vincent, le médiateur devient « *un nouvel acteur du droit administratif positionné entre l'administration et son juge* »[201], pour que le processus de médiation soit efficace, il faut que le médiateur acquière une certaine légitimité qui ne repose *a priori* que sur sa compétence.

[201] BENARD-VINCENT, G., « Les enjeux de la médiation en droit administratif », *Le blog Droit Administratif*, 2017.

En effet, bien que le rôle du médiateur soit, entre autres, défini par le Code de justice administrative, le médiateur n'a ni la renommée ni l'assise institutionnelle d'un juge. Et généralement, sauf cas particuliers, de par leur formation, les tiers qui interviennent n'ont entre autres ni suivi l'Ecole nationale d'administration, ni passé le concours de magistrat administratif. D'ailleurs, comme le précise l'article L213-5 du Code de justice administrative, le juge peut être saisi pour désigner le médiateur, ce qui démontre son ascendant sur lui. Toutefois, lorsque le juge doit désigner un médiateur, lequel va-t-il choisir dans le cas où il existe des médiateurs institutionnalisés comme le Défenseur des droits de fait en concurrence avec des médiateurs internes aux administrations ou collectivités ? Par ailleurs, le référent médiation dans le domaine du contentieux administratif général est chargé d'identifier un vivier de médiateurs au niveau local[202]. Ainsi, et selon l'article L213-5 du Code de justice administrative, le président de la juridiction peut être amené à la demande des parties à désigner un médiateur mais cet article laisse la possibilité au président de désigner un médiateur qui appartient à la juridiction. Le médiateur peut donc être *a priori* un magistrat. Il en est de même lorsque la médiation est faite à l'initiative des parties, comme le reconnaissent les articles L213-7 et L213-8 du Code de justice administrative. Toutefois, si les parties sont amenées à demander au juge de désigner un médiateur, c'est soit que l'administration qui est l'une des parties au différend ne dispose pas en son sein d'un médiateur, soit qu'elle ne souhaite pas le saisir, soit que l'administré n'est pas d'accord sur le choix du médiateur. Cela démontre ainsi la grande marge de manœuvre accordée aux magistrats administratifs.

Troisième et dernier point, dans certains cas il n'est plus demandé à un intervenant de ressembler à un juge, mais à un juge de participer à des commissions qui pourtant ne rendent pas de solution juridictionnelle. Il est en ainsi, par exemple, des commissions dans le domaine fiscal et dans celui des visas.

En matière fiscale, le comité du contentieux fiscal, douanier et des changes, qui a été renouvelé par décret du 10 mars 2017, est composé de façon paritaire par des conseillers d'Etat, des conseillers à la Cour de cassation et des conseillers maîtres à la Cour des comptes ainsi que de quatre personnalités qualifiées dont deux sont désignées par le président de l'Assemblée nationale et deux par le président du Sénat. Ce comité est présidé par un

[202] Eléments issus du dossier de presse suite à la Convention cadre nationale relative à la mise en œuvre de la médiation dans les litiges administratifs entre le Conseil d'Etat et le Conseil national des barreaux.

conseiller d'Etat. A titre historique, les commissions départementales des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires, issues des anciennes commissions consultatives départementales instituées par le décret-loi du 15 octobre 1926, siègent dans le ressort de chaque tribunal administratif. Chaque commission est présidée[203] par le président du tribunal administratif et constituée par « *un membre de ce tribunal désigné par lui ou par un membre de la cour administrative d'appel désigné, à la demande du président du tribunal, par le président de la cour. Elle comprend en outre trois représentants des contribuables et deux représentants de l'administration ayant au moins le grade d'inspecteur divisionnaire* (...) *Le président a voix prépondérante* ». Il existe également une Commission nationale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires[204] présidée par un conseiller d'Etat désigné par le vice-président du Conseil d'Etat, dont le suppléant est également un magistrat administratif. Cette commission comprend en outre trois représentants des contribuables et deux représentants de l'administration ayant au moins le grade d'inspecteur départemental. Le président a voix prépondérante. En droit des étrangers, en vertu de l'article D211-7 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le président de la Commission de recours contre les décisions de refus de visa, ancien chef de poste diplomatique ou consulaire, est assisté d'un membre de la juridiction administrative, d'un représentant du ministre des affaires étrangères, du ministre chargé de l'immigration et d'un représentant du ministre de l'intérieur.

Il apparait donc que dans ces commissions qui sont amenées à gérer des contentieux de masse, s'il n'intervient pas en tant que tel, le magistrat est toutefois remarquable, et remarqué, par sa présence. La place de président de commission confiée à un magistrat administratif, et le fait que sa voix soit prépondérante, montrent en particulier l'importance accordée à la contribution juridictionnelle aux règlements alternatifs. Ce constat peut laisser penser que la phase gracieuse n'est que l'antichambre de la phase contentieuse dans les cas où cette phase est possible. Si l'on en revient au procès équitable, la France est ici allée au-delà des demandes de la Cour européenne des droits de l'Homme dans la mesure où la décision non-juridictionnelle, amiable, est confiée à un « *tribunal* » qui n'en est pas un mais qui est composé de personnes qui pourraient presque constituer un « *tribunal* », au sens du droit français, et qui présentent entre autres toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires. *A contrario*, si la phase non-juridictionnelle est confiée à un

[203] Article 1651 du Code général des impôts.

[204] Article 1651 H du Code général des impôts.

tribunal qui ne porte pas ce nom, que va pouvoir apporter de plus la phase juridictionnelle à proprement parler sinon la force apportée par la décision du juge ? Dans le cas où l'une des commissions est saisie, cela peut faire penser à une sorte d'appel dont on tairait le nom, la phase juridictionnelle étant *in fine* la cassation. Pourtant, quel que soit l'intervenant dans le mode alternatif, en dehors de l'arbitrage, la décision apportée n'est nullement juridictionnelle.

Si les tiers ne sont pas, *a priori*, des magistrats, il leur est demandé de faire preuve d'un certain nombre de qualités particulières, ce qui est particulièrement vrai pour le médiateur.

B- Des qualités au service de la « bonne administration » de la justice

En effet, le médiateur est astreint à la confidentialité tant que dure sa mission même s'il existe toutefois des limites au principe de confidentialité comme des raisons impérieuses liées à l'ordre public, à l'intérêt du mineur… Par ailleurs, le Code de justice administrative attend du médiateur[205] que celui-ci accomplisse sa mission avec « *impartialité, compétence et diligence* »[206], ce qui concrétise les évolutions souhaitées par le vice-président du Conseil d'Etat[207] qui envisageait, à l'occasion de la mise en place de « *procédures amiables externalisées confiées à une personne extérieure à la juridiction* », que celle-ci présente des garanties de probité, d'honorabilité, de loyauté, de neutralité, de compétence, d'indépendance et d'impartialité, qualités également requises pour un juge, et ce dans le cadre de la « *bonne administration* » de la justice administrative.

Les exigences attendues en termes d'indépendance et d'impartialité sont les mêmes que celles attendues des magistrats, quel que soit leur ordre de juridiction, et par exemple l'article 7-1 alinéa deux de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature prévoit que « *constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif*

---

[205] Ce médiateur peut être une personne morale comme le reconnait l'article R213-2 du Code de justice administrative.

[206] Article L213-2 du Code de justice administrative.

[207] SAUVE, J.-M., « La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative », *Conseil d'Etat*, 17 juin 2015

d'une fonction ». Toutefois, si l'impartialité est demandée aux différents intervenants des modes alternatifs, seul le juge est reconnu comme totalement indépendant notamment grâce à une décision[208] du Conseil constitutionnel selon laquelle « *l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ; ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence* ».

Au sujet de l'indépendance du médiateur, Sophie Monnier a d'ailleurs eu l'occasion de se questionner en 2015 dans la *RFDA*[209] sur celle du Défenseur des droits. En effet, comme elle l'explique, celui-ci est nommé par décret en conseil des ministres après avis des Assemblées du Parlement et conformément à la procédure du dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution, et même si les Assemblées sont désormais parties prenantes dans la désignation du Défenseur des droits, la procédure fait qu'il est difficile de rejeter une proposition de candidature. Ceci est de nature à remettre en cause l'indépendance, au moins vis-à-vis du Gouvernement, du Défenseur des droits en tant que médiateur. Par ailleurs, la durée de son mandat fait qu'il connaîtra au plus deux présidents de la République... Par ailleurs et de façon générale, lorsque le médiateur est désigné parmi les membres figurant sur une liste officielle de médiateurs détenue par une juridiction et qu'il appartient de fait à ladite juridiction, peut-on parler d'indépendance réelle et d'impartialité du magistrat ?

En dehors des exigences imposées par le Code de justice administrative, les compétences et les qualités personnelles exigées d'un médiateur se retrouvent énoncées dans la Charte éthique[210] le concernant : il doit avoir une expérience professionnelle d'au moins cinq ans dans le domaine du litige pour lequel il est médiateur et posséder une qualification dans le domaine de la médiation, ce qui reprend l'article R213-3 du Code de justice administrative qui exige, quant à lui, que le médiateur ait suivi une formation et fasse preuve d'une expérience adaptée ; il doit par ailleurs s'engager « *à actualiser et perfectionner ses connaissances théoriques et pratiques en s'informant régulièrement sur l'actualité juridique de son domaine de compétence et en participant à des événements autour des modes de*

---

[208] Conseil constitutionnel, 22 juill. 1980, « Décision Loi portant validation d'actes administratifs », n°80-119 DC.

[209] MONNIER, S., « Le médiateur, nouvelle figure du droit public », *RFDA*, 2015, p.1175.

[210] Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs, *Conseil d'Etat*, 2017 et Charte des médiateurs des collectivités territoriales.

règlement alternatif des litiges ». Constat surprenant cependant, en aucun cas, il n'est exigé du médiateur de faire preuve de compétences juridiques poussées. Or, il est illusoire de penser qu'une personne qui a travaillé pendant cinq ans dans un domaine en maîtrise tous les aspects juridiques, si elle n'a pas elle-même de formation juridique. Cela signifie que le médiateur qui est là pour conseiller les parties risque de faire abstraction, par méconnaissance, de certaines règles juridiques essentielles, de commettre une erreur, mal conseiller les parties… et dans ce cas-là, il n'y a pas de recours possible ; sachant que l'accord issu de la médiation devra toujours pouvoir être homologué par le juge. Cette Charte laisse donc la possibilité à des non-professionnels du droit d'être désignés comme médiateurs, mais seront-ils bien efficaces ? Du reste, seront-ils référencés dans le réseau de médiateurs ? On comprend mieux dès lors les avocats puissent constituer une source privilégiée de médiateurs…

Pour conclure sur les exigences imposées au médiateur, tout manquement aux règles, en dehors des sanctions civiles et pénales toujours possibles, peut entrainer la fin de la mission de la médiation et donc celle de l'office du médiateur.

Finalement, les qualités exigées des médiateurs s'apparentent fortement à celles qui le sont des juges, ce qui tend à démontrer qu'il y a une tendance marquée à faire converger la notion de « *médiateur* » vers celle de juge. Mais si le médiateur doit fait preuve de certaines qualités tendant à le rapprocher d'un juge, il n'est pas le seul intervenant dans ce cas. De son côté en effet, l'arbitre doit faire preuve de discrétion, de neutralité et d'impartialité. Il doit être également compétent dans le domaine pour lequel il est consulté. En 2009, le vice-président du Conseil d'Etat avait proposé que des barèmes de rémunération soient prévus pour eux, comme cela a déjà été le cas dans le domaine du droit judiciaire. Du reste, l'arbitrage, de son côté, a valeur juridictionnelle et comme l'explique[211] Laurent Richer, reprenant les propos du professeur Jarrosson, les fonctions du juge et de l'arbitre sont alors identiques et ne diffèrent que par leur origine.

L'étude de la transaction quant à elle, a démontré que l'administration devait, si elle ne dispose pas de juristes en son sein, au moins raisonner comme le ferait un juge. Enfin, lorsque l'administration arrive à s'entendre avec l'administré sur un différend qui les oppose, et que par conséquent la voie du juge est abandonnée, elle agit en tant qu'une quasi juridiction dont l'appel serait le juge. En matière de recours administratifs, l'administration

[211] RICHER, L., « Arbitrage et conciliation », Répertoire de contentieux administratif, *Dalloz*, 2017.

se positionne en usant de ses prérogatives de puissance publique et en se reposant sur le privilège du préalable.

Ainsi donc, les modes alternatifs tendent à faire ressembler les différents acteurs à des juges, mais ils n'en sont pas. Et ils le sont d'autant moins que la solution à laquelle ils permettent d'aboutir n'est en aucun cas un jugement.

Paragraphe 2 : L'absence de forme et de force d'un jugement

Ainsi, comme l'a expliqué le professeur Cadiet dans la revue[212] *Dalloz*, il « *manque* à [la résolution amiable] *un certain nombre de qualités pour être une justice comme la justice des juges : notamment, la publicité de la solution du litige, l'onction du peuple français. Pour autant, la résolution amiable n'est pas une justice sans principe, une justice dépourvue de garanties ; elle n'est d'ailleurs pas contraire aux exigences du procès équitable comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a implicitement jugé il y a quarante ans et vient de le rappeler explicitement plus récemment, dès lors que ce choix, encadré par des garanties de bonne justice (consentement, loyauté, impartialité, égalité des armes, confidentialité), laisse toujours ouvert le chemin des juridictions en cas d'échec. À ces conditions, la justice hors le juge ne cesse pas d'être une justice. Elle participe du système de justice ; elle contribue même à en définir le nouveau modèle. Il n'est pas anodin de ne plus parler des institutions judiciaires, comme c'est la tradition, mais de système de justice* ».

En effet, les décisions issues des modes alternatifs n'ont pas la force d'un jugement, aussi peut-on se questionner sur le réel pouvoir du médiateur, notamment lorsqu'il est confronté à la toute puissance de l'administration (A). En fait, l'action du médiateur va devoir être renforcée par celle du juge qui va être appelé à l'appuyer en cas de besoin, l'administré gardant à tout moment la possibilité de saisir le juge en cas de médiation (B).

A- Le réel pouvoir du médiateur, un pouvoir tronqué

Effectivement, si comme l'a expliqué le doyen Hauriou, les décisions administratives ont « *autorité de chose décidée* », seules les décisions du juge ayant autorité de chose jugée et force exécutoire, même si certaines décisions très particulières de l'administration peuvent avoir force exécutoire. En effet, les entités qui interviennent dans les processus amiables pour aider à trouver une solution au litige, en dehors de l'arbitrage, n'apportent pas de solution ayant force de jugement ; dans le cas de l'arbitrage qui a autorité de chose jugée, le caractère exécutoire de la sentence est encore absent, et reste subordonné à l'exequatur par le juge.

Et en matière de médiation, seul le juge est compétent pour donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation, en vertu de l'article L213-4 du Code de justice administrative. De la même façon, il reste le seul à pouvoir contrôler l'homologation, acte

[212] CADIET, L., « L'accès à la justice », *Dalloz*, 2017, p.522.

administratif soumis à toutes les règles relatives aux actes administratifs, à savoir la régularité, la possibilité d'être contesté par un tiers... Le médiateur, contrairement au juge, ne rend pas de décision juridictionnelle, et de plus, si ses avis ne sont jamais revêtus de l'autorité de la chose jugée, ses actes n'ont aucune forme contraignante. Il dispose, en fait, simplement de deux pouvoirs complémentaires : aider à régler les conflits et, dans les cas où il l'estime nécessaire, formuler des recommandations auprès du service concerné. Evidemment, s'il s'agit d'un médiateur interne à une administration, ses recommandations sont destinées à son administration ; s'il s'agit du Défenseur des droits, elles sont formulées à destination des autorités politiques. Les administrations qui ont fait l'objet d'une recommandation doivent informer le médiateur d'une suite donnée et si elles n'ont rien fait, expliquer pourquoi. Par ailleurs, le processus de médiation ne repose sur aucune jurisprudence et ce que dit un médiateur dans un cas précis ne sera pas repris par un autre médiateur dans un cas semblable en raison, en particulier, de la confidentialité. Cette caractéristique est parfaitement illustrée notamment dans la Charte du médiateur national de Pôle Emploi à l'article 4 alinéa trois qui précise que « [l]*es recommandations* [du médiateur] *ne créent pas de précédents. Par nature, elles sont uniques, exceptionnelles, voire dérogatoires et ne font pas jurisprudence. Le médiateur apporte une réponse circonstanciée au réclamant* ».

Par ailleurs, la question se pose de savoir comment un médiateur va pouvoir aider un administré à négocier avec une administration toute puissante qui agit dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique. En effet, si le juge administratif est reconnu comme le juge de l'administration et s'il a le pouvoir à travers son jugement de rétablir un équilibre relatif entre deux parties de poids différents, il n'en est rien du médiateur, surtout lorsque la médiation implique une négociation sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Si le processus de médiation implique une négociation afin de trouver un terrain d'entente entre les différentes parties, cela sous-entend déjà que le médiateur accorde sensiblement le même poids à l'administré et à la partie adverse, administration au sens générique, ce qui semble difficile. Cela sous-entend encore que l'administré dispose d'un pouvoir de décision face à l'administration, pouvoir d'accepter, de refuser ou de faire modifier l'offre faite par l'administration, ce qui signifie que l'administré dispose d'un pouvoir beaucoup plus large que celui dont il dispose dans le cadre d'un recours administratif préalable obligatoire pour lequel il n'a aucun pouvoir et ne dispose que d'une seule faculté, celle d'attendre la décision

de l'administration. Mais cela sous-entend enfin et surtout que l'administré a un pouvoir de négocier des choses qui semblent difficilement négociables, vu du côté de l'administration.

Cela est particulièrement vrai dans le cas des médiations administratives préalables obligatoires : vers quel terrain d'entente le médiateur va-t-il pouvoir orienter les parties lorsqu'il s'agit de l'une des décisions qui sont prévues dans le cadre de ces médiations, comme par exemple un refus de détachement, de décision administrative individuelle défavorable relative au classement de l'agent à l'issue d'un avancement de grade ou d'un changement de corps obtenu par promotion interne ? Si l'administration a commis une erreur, elle doit la réparer et dans ce cas, il n'y a pas lieu de recourir à une médiation. Par ailleurs, soit cette médiation ouvre la porte à une négociation que l'administration ne pourra pas accepter, soit elle cache un recours administratif préalable obligatoire dont on a voulu taire le nom et qu'on a essayé de rendre plus acceptable et plus attrayant en en confiant le pilotage à un tiers, en l'occurrence le médiateur. En effet, quelle part d'équité va pouvoir introduire le médiateur dans un rapport de conflit entre l'administration et l'administré sans entrer dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration, pouvoir qui peut par ailleurs faire l'objet d'un contrôle restreint par le juge ? Il semble finalement que la procédure de médiation inspirée de la procédure civile ne soit pas parfaitement adaptée à la matière administrative pour laquelle il existe beaucoup moins de possibilités de statuer en équité ou de négocier. Effectivement, dans la matière civile, les différends naissent entre les parties qui ont généralement sensiblement le même poids et l'intérêt de la médiation n'est pas d'obtenir une réponse uniquement basée sur le droit mais essentiellement sur l'attente des parties, comme en matière de troubles de voisinage ou de relations entre voisins qui peuvent par exemple amener l'une d'elles à accepter une servitude de droit privé en contrepartie d'un avantage quelconque, qu'il s'agisse d'un droit d'usage, d'une indemnisation... Ainsi, les médiateurs et les juges ont des rôles qui visent le même objectif, résoudre un conflit mais avec des moyens, des pouvoirs et des conséquences différents.

Le pouvoir du médiateur est de fait amoindri par l'absence de valeur juridique de son action. Aussi a-t-il parfois besoin de l'aide du juge pour accomplir au mieux sa mission.

B- Un médiateur sous l'aile protectrice du juge, un processus soumis à la volonté des parties

Parmi les entités chargées d'une médiation, le Défenseur des droits occupe une place particulière et c'est pourquoi l'une des questions qui s'est posée à son sujet est de savoir s'il peut jouer un rôle dans le domaine juridictionnel, bien que n'ayant aucun pouvoir juridictionnel. En effet, en vertu de l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur des droits « *ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle* ». Cet article de la loi a donné lieu à de la jurisprudence et entre autres à des conclusions formulées dans l'*AJDA*[213] par Michel Romnicianu, rapporteur public. En effet, la rédaction de cet article de loi qui ne prévoit que l'audition de droit du Défenseur des droits, peut laisser penser qu'une juridiction peut refuser la présentation par ce dernier d'observations écrites. Mais le Conseil d'Etat, ainsi que la Cour de cassation d'ailleurs, en ont décidé autrement en interprétant que le Défenseur des droits participe « *au procès en qualité, non de partie, ni même d'intervenant, encore moins d'intervenant dont l'admission serait de plein droit, mais de simple observateur* ». Le Défenseur des droits peut être considéré comme un *amicus curiae* qui agirait systématiquement en tant qu'appui du requérant, partie au procès. A la suite des conclusions de Michel Romnicianu, la Cour administrative de Versailles a retenu le 6 avril 2017, dans son « arrêt Sté Exane »[214] que la décision du Défenseur des droits de présenter des observations devant une juridiction est insusceptible de recours.

Mais le Défenseur des droits n'a aucune force contraignante et c'est pourquoi l'article 21 de la loi organique du 29 mars 2011 prévoit qu'en l'absence de suite positive donnée à ses demandes, il « *peut mettre en demeure les personnes intéressées de lui répondre dans un délai qu'il fixe* » et, en désespoir de cause, demander au juge des référés d'intervenir. D'ailleurs, le juge administratif a, parmi ses rôles, celui d'aider le Défenseur des droits lorsque celui-ci ne peut obtenir les moyens nécessaires pour construire son avis. L'article 22 de la loi organique du 29 mars 2011 prévoit que si le Défenseur des droits se voit refuser par une administration la possibilité de procéder à une vérification dans les locaux administratifs d'une personne publique « *pour des motifs graves et impérieux liés à la défense nationale ou à la sécurité publique* », « *le Défenseur des droits peut saisir le juge des référés d'une demande motivée afin qu'il autorise les vérifications sur place. Les vérifications s'effectuent*

---

[213] ROMNICIANU, M., « La décision du Défenseur des droits d'intervenir devant une juridiction est insusceptible de recours », *AJDA*, 2017 p.1186.

[214] CAA Versailles, 6 avril 2017, « Sté Exane », n°15PA03145.

alors sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Celui-ci peut se rendre dans les locaux administratifs durant l'intervention. A tout moment, il peut décider l'arrêt ou la suspension des vérifications ». La vérification se fait alors complètement sous le contrôle du juge. Et de fait, le Défenseur des droits tire en partie sa force du soutien que lui apporte le juge lorsque l'absence de valeur juridictionnelle de sa décision le nécessite.

Cela démontre finalement que, pour que le processus de médiation qui n'a aucune force juridictionnelle soit efficace, le juge et le médiateur vont devoir travailler en étroite collaboration, ce qui sous-entend que le juge reconnaisse le médiateur, l'apprécie et l'appuie en tant que de besoin, que chacun trouve sa place et respecte celle de l'autre mais également que le juge intervienne chaque fois que nécessaire pour donner une certaine force au médiateur. Le rôle du juge va même jusqu'à déterminer l'éventuelle rémunération du médiateur, médiateur qu'il va d'ailleurs désigner, notamment en appréciant ses qualités. Une question soulevée par *les Petites Affiches*[215] en août 2017 cherche à savoir quel est le rôle du juge sur l'appréciation des qualités du médiateur telles qu'elles sont définies par l'article R213-3 du Code de justice administrative qui précise que « *la personne physique qui assure la mission de médiation doit posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige. Elle doit en outre justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation* ». Que signifie l'expression « *selon le cas* » ? Cette disposition ouvre la porte de nombreuses discussions et notamment au questionnement sur la nature du médiateur : ne doit-il pas s'agir d'un ancien magistrat ou d'un avocat ?

Comme la solution apportée n'a pas de valeur juridictionnelle, elle n'est valable que tant que les parties le veulent bien. En effet, en dehors du cas où les parties ont recours à l'arbitrage qui a valeur juridictionnelle ou du cas où elles ont conclu une transaction qui ne peut, sauf très exceptionnellement, être déférée devant le juge administratif, la solution apportée par l'administration ou proposée par le médiateur n'a de valeur que si les parties l'acceptent. Ainsi, en cas de désaccord persistant dans le cadre d'un recours administratif ou de mésentente sur une solution proposée par le médiateur, les parties peuvent toujours saisir le juge qui sera le seul à pouvoir apporter une solution définitive, une fois que toutes les voies de recours auront été épuisées.

---

[215] TARON, D. et GRESY, J., « La médiation administrative : panorama des récentes évolutions », *Petites affiches*, 2017, n°169-170, p.6.

Cependant, en cas de recours administratif préalable obligatoire, de médiation préalable obligatoire ou d'arbitrage, les requérants ne peuvent saisir dans le même temps le juge sous peine d'irrecevabilité ; dans les autres cas, la voie contentieuse et la voie alternative peuvent être empruntées en même temps. De même, en cours de processus facultatif mais non obligatoire, une partie a toujours la possibilité de basculer vers la procédure contentieuse, en particulier lorsque le règlement alternatif n'aboutit pas. En cas de recours administratif préalable obligatoire, l'administré s'adresse à l'administration qui va lui apporter une nouvelle réponse. En cas d'accord, la procédure s'arrête. En cas de désaccord, l'administré a toujours la possibilité de saisir une juridiction. En cas de médiation, deux issues sont possibles. Premier cas, les parties tombent sur un accord et il n'y a pas besoin d'aller plus loin. Deuxième cas, les parties ne trouvent pas d'accord, la médiation est interrompue et la saisine du juge est toujours possible. En vertu de l'article R312-9 du Code de justice administrative, le juge est tenu informé par le médiateur des difficultés éventuellement rencontrées, et c'est lui qui met fin à la médiation à la demande de l'une des parties, du médiateur, ou de sa propre initiative si la médiation lui semble compromise.

En conclusion, l'exercice des modes alternatifs de règlement des conflits implique l'existence d'un « *juge* » mais celui-ci ne dispose ni des pouvoirs, ni de la force du juge étatique. C'est pourquoi, et en application du droit à un procès équitable, la porte du juge institutionnel doit rester ouverte. Les règlements alternatifs ne peuvent exister sans le juge, seule la possibilité d'accéder à ce dernier garantissant l'efficacité et l'existence même de ces modes. Mais le juge dont il est dorénavant question doit être entendu au premier sens du terme, à savoir celui qui représente l'Etat dont il tient ses prérogatives, le juge dans tout son *imperium,* celui qui rend sa décision dans une juridiction, mais aussi celui qui va pouvoir orienter la vie des modes alternatifs de règlement des conflits en étant complètement impliqué dans celle-ci.

Le juge va être amené à reconnaitre l'existence des modes alternatifs de règlement des conflits, préciser par sa jurisprudence les éventuelles lacunes des textes et donc jouer un rôle d'interprétation, définir la marge de manœuvre de l'administration ou des différents intervenants, et dans certains cas mêmes jouer le rôle de pilote, quand il ne va pas être chargé de donner force exécutoire aux modes alternatifs de règlement des conflits. Le juge va ainsi pleinement jouer son rôle de créateur de droit dans un souci de « *bonne administration* ».

Section 2 : Le rôle de créateur de droit du juge renforcé par un souci de « bonne administration »

En 2007, les lignes directrices de la recommandation de 2001 du Comité des ministres relative aux modes alternatifs de règlement des litiges entre l'administration et l'administré expliquent que le juge a un rôle important à jouer dans le développement des modes alternatifs et qu'il pourrait utilement pouvoir recommander le recours à un mode alternatif, tout en organisant des séances d'information afin de le favoriser. En termes de médiation, le Conseil de l'Europe suggère d'envisager la possibilité de disposer de listes d'agents de médiation et insiste sur le fait que, en cas de contrôle, le juge doit tenir compte de l'accord intervenu entre les parties, sauf s'il est contraire à l'intérêt public. Ces lignes directrices poussent les Etats membres à confier un rôle particulier au juge dans le cadre des modes alternatifs de règlement des conflits, ce qui sera mis en application en France à travers différents textes.

Ainsi le juge, loin d'être complètement exclu du champ d'application des modes alternatifs de règlement des conflits, va être investi d'une mission particulière : non seulement il va rester dans tous les cas le dernier garant du droit, mais il va aussi devoir jouer un rôle de soutien, d'interprète, de vecteur de mise en œuvre, voire de « *supervision, contrôle ou accompagnement* » [216] des modes alternatifs. Pour Olivier Le Bot, le juge administratif joue ainsi un rôle de « *filet de sécurité* » des modes alternatifs et, comme il l'affirme, « *on ressent, en affirmant cette compétence du juge administratif, un certain paradoxe. Il tient au fait que le juge étatique, par cette compétence, va normer, encadrer, régir un processus dont la finalité est de l'exclure* »[217]. Finalement, l'accès au juge garantit la vie des modes alternatifs de règlement des conflits, tout simplement parce qu'il n'en est pas réellement exclu. Effectivement, il est impossible d'envisager de laisser aux acteurs des modes alternatifs de règlement des litiges la possibilité d'interpréter les textes puisque ces acteurs ne disposent d'aucun pouvoir normatif, celui qui permet au juge de participer à la construction de la norme à laquelle il donne naissance[218]. Sinon, le risque serait d'aboutir à des inégalités dans l'application du droit. Et ce pouvoir normatif du juge qui lui permet non seulement d'interpréter un texte mais également de créer une règle de droit est d'ailleurs

---

[216] LE BOT, O., « La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? », *CAPJA*, 2015, p. 243.

[217] *Ibid.*

[218] Eléments tirés de DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013.

certainement le point qui le différencie le plus des tiers qui interviennent dans les modes alternatifs.

Le juge va ainsi, grâce à son pouvoir normatif, rendre applicables les modes alternatifs de règlement des conflits, en interprétant les règles, ou même en les déterminant, tout en respectant les marges de manœuvre des différents intervenants (Paragraphe 1). Dans certains cas, le juge va même être amené à préciser la valeur qu'il faut accorder aux actes issus des modes alternatifs, allant parfois même jusqu'à leur donner force exécutoire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'application du pouvoir normatif du juge au fonctionnement des modes alternatifs de règlement des conflits

Le juge va reconnaitre et délimiter l'existence des modes alternatifs (A), précisant par sa jurisprudence les conditions de recevabilité des recours (B).

A- Les modes alternatifs de règlement des conflits, une existence reconnue et délimitée par le juge

Pour que les modes alternatifs existent, le juge doit les reconnaitre, sécuriser leurs processus, et parfois même être à l'origine d'une procédure leur permettant d'exister, voire de décider de leur caractère obligatoire. De plus, le juge va veiller au respect de l'ordre public.

Le juge administratif a initialement dû reconnaitre que le fait de former un recours amiable ne constitue pas une faute de la part de son auteur, ce qui aurait été contraire à l'exercice d'un tel recours. Ainsi donc, même avant la loi « J21 », le juge accepte le principe des recours alternatifs dont il cherche à faciliter l'accès. En effet, dans un arrêt[219] en date du 26 octobre 1994, le Conseil d'Etat précise que le fait de présenter un recours gracieux, puis contentieux, contre une sanction disciplinaire, ne constitue pas une faute. Le recours hiérarchique, quant à lui, a été considéré comme une garantie substantielle par le Conseil d'Etat dans un arrêt[220] du 9 novembre 2015 : si le contribuable a demandé de façon régulière un entretien avec le supérieur hiérarchique de l'autorité qui a pris la décision, l'administration doit donner suite à cette demande sous peine d'irrégularité. Le juge exerce donc un contrôle sur l'exercice du recours administratif.

---

[219] CE 26 oct. 1994, n°89713.

[220] CE, 9 nov. 2015, n°374884.

Et afin de sécuriser le processus, le juge est parfois appelé à donner des garanties à la personne qui a formé un recours alternatif, garanties que ce dernier ne lui offre pas. C'est le cas par exemple lorsque le demandeur se trouve confronté à une situation d'urgence alors que le recours qu'il a initié n'a pas d'effet suspensif, comme dans le cas des recours administratifs préalables obligatoires. Le juge doit alors intervenir en tant que de besoin. C'est ce qu'explique Xavier Domino dans les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*[221], lorsqu'il argumente sur le fait que l'obligation pour un détenu d'effectuer un recours administratif préalable afin de contester la sanction qui lui fait directement grief ne s'oppose pas à ce que l'intéressé exerce un recours par le biais d'un référé-suspension ou d'un référé-liberté, le recours administratif n'ayant aucun effet suspensif conformément à l'article L4 du Code de justice administrative. L'arrêt Théron[222] de 2012 précise à ce sujet que « *l'ensemble des voies de recours ainsi offertes à la personne détenue lui garantit le droit d'exercer un recours effectif, susceptible de permettre l'intervention du juge en temps utile, alors même que son exercice est par lui-même dépourvu de caractère suspensif* ». A ce sujet, déjà en 2001, le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence « Société des produits Roche »[223], avait jugé que « *la suspension peut être valablement prononcée par le juge des référés dès lors que le requérant établit qu'il a formé devant l'administration le recours imposé par les textes* » et que « *la suspension provisoire de la décision initiale pouvait être demandée devant le juge des référés sans attendre que l'administration ait statué sur le recours préalable dès lors que l'intéressé justifiait avoir formé un recours administratif préalable obligatoire* ».

Par ailleurs et toujours en matière de référé-suspension, le Conseil d'Etat a mis en avant dans une ordonnance[224] de référé que les « *conclusions* [à fins de suspension], *qui relèvent, eu égard à la date à laquelle elles ont été présentées, de la compétence du juge des référés du Conseil d'Etat, sont recevables alors même que la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France ne s'est pas encore prononcée sur le recours qui lui a été adressé* ». Dans ce cadre, le juge intervient pour préserver les libertés du

---

[221] DOMINO, X. « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 44, Dossier : Le Conseil constitutionnel et le procès équitable, 2014.

[222] CE, 28 déc. 2012, n°357494.

[223] CE, Sect., 12 oct. 2001, n°237376.

[224] CE, 10 mai 2010, n°337874.

demandeur alors que le mode alternatif qui lui est imposé ne le fait pas. En effet, en parallèle de son recours contentieux, le requérant a toujours la possibilité d'exercer un référé-suspension ou un référé-liberté, mais dans les deux cas, il doit justifier de la situation d'urgence, le refus de délivrer un visa ne justifiant pas la mise en place d'un référé-liberté comme le confirme l'arrêt[225] du 1er mars 2010 rendu par le Conseil d'Etat, la situation d'urgence n'étant pas caractérisée, sauf circonstances particulières.

Mais reconnaitre qu'exercer un recours amiable ne constitue pas une faute et sécuriser le dispositif qui en est issu n'est pas suffisant. Pour qu'un recours alternatif puisse être exercé, encore faut-il qu'une procédure existe et qu'elle soit connue des différents intervenants. Dans le cas de la médiation, par exemple, si la « loi J21 » a étendu le champ d'application de la médiation administrative, elle n'a mis en place aucune procédure. En effet, la « loi J21 » et son décret d'application de 2017 ont fixé les grands principes de la médiation inscrits dans le Code de justice administrative et les parties peuvent désormais décider de recourir à la médiation en dehors de toute procédure juridictionnelle, conformément à l'article L213-5 du Code de justice administrative ; elles peuvent également décider de demander au président de la juridiction administrative d'organiser une mission de médiation ou de désigner la personne en charge de la médiation. Toute latitude est donc laissée aux parties pour décider d'avoir recours à une médiation et elles peuvent, si elles le souhaitent, obtenir en ce sens une aide de la juridiction administrative. Les décisions prises par le président de la juridiction administrative de droit commun qui peut déléguer ses compétences à un magistrat de la juridiction sont insusceptibles de recours. Toutefois, la « loi J21 » n'a pas précisé les procédures à suivre pour avoir recours à la médiation.

C'est pourquoi, le 13 décembre 2017, une convention a été signée entre le Conseil d'Etat et le Conseil national des barreaux, « *convention dont l'objectif est de promouvoir le recours à la médiation auprès des avocats, des magistrats, des acteurs publics et des justiciables* »[226]. Cette convention-cadre doit être suivie au niveau local par la signature de sa déclinaison entre les juridictions, les barreaux et les administrations locales. A titre d'illustrations, le 13 décembre 2017, le Tribunal administratif de Lyon a conclu une convention avec l'ordre du barreau de Lyon organisant les modalités de mise en œuvre de la

[225] CE, 1er mars 2010, n° 337029.

[226] « Médiation dans les litiges administratifs : signature de la convention cadre nationale », *Conseil d'Etat*, 2017.

médiation et le 28 mars 2018, le Tribunal administratif de Lille a signé une convention similaire. La convention-cadre signée au plan national rappelle les principes de la médiation administrative, les obligations s'imposant aux parties, le rôle du médiateur et des avocats dans le processus de médiation ; elle donne aussi un modèle de convention à signer sur le plan local et la « charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs ». L'avantage de cette charte est de compléter la loi de novembre 2016 et le décret d'avril 2017 en précisant dans sa « *convention relative à la mise en œuvre de la médiation dans le ressort du Tribunal administratif de…* », modèle de convention à signer sur le plan local, la procédure à suivre dans le cadre de la médiation.

La procédure adoptée est la suivante : pour être valable, la médiation doit être exercée dans les délais de recours contentieux et de prescription applicables au litige afin de répondre à l'obligation d'interrompre les délais de recours et de suspendre les délais de prescription. Lorsque l'administration notifie une décision à un administré, elle peut lui indiquer la possibilité de s'engager dans une médiation. L'administré peut accepter cette proposition. Par ailleurs, l'administré peut demander lui-même à l'administration de procéder à une médiation dès qu'un différend survient. L'administration doit se prononcer dans les meilleurs délais. La médiation peut aussi être prévue par une clause contractuelle la rendant obligatoire à peine d'irrecevabilité. Lorsque les parties recourent à la médiation, le processus doit être structuré et apporter aux parties une sécurité juridique. Il est indispensable que chaque partie soit en mesure d'attester par tous moyens que le processus a été initié, qu'il l'ait été par lettre, réunion… La durée de la médiation est libre et fixée par les parties. Lorsque c'est le président de la juridiction qui organise la médiation, il peut proposer un délai qui en général n'excède pas six mois. Chaque partie peut mettre fin à la médiation, et si un recours contentieux a lieu, le requérant doit apporter la preuve de l'organisation de la médiation. Le juge compétent, lorsqu'il s'agit du Tribunal administratif, est le président du tribunal qui serait compétent en premier ressort pour juger du litige. Il s'agit des règles générales en matière de contentieux administratif. Le président d'une Cour administrative d'appel peut être saisi lorsque la Cour est compétente en premier et dernier ressort et lorsque la Cour est susceptible d'être saisie en appel d'une décision déjà rendue sur le litige. Lorsque les parties veulent obtenir du président de la juridiction l'organisation d'une médiation en dehors de tout contentieux, ils doivent lui adresser un protocole d'accord daté et signé. Cet accord doit préciser l'objet du différend afin que le juge désigne un médiateur compétent dans le domaine du litige. Les parties doivent valider le choix du médiateur. En fin de médiation, les parties, si elles ont demandé l'intervention du juge administratif, doivent

informer ce dernier de la fin de la médiation. Le président peut être saisi d'une demande d'homologation d'accord de la médiation. C'est donc grâce à l'intervention du juge administratif que le processus de médiation, resté à l'état de concept dans la loi, va réellement pouvoir prendre vie.

Si dans le cas de la médiation, le juge a été amené à diriger l'écriture de la procédure à mettre en œuvre, dans le cas des recours administratifs préalables, il a parfois même été amené à s'exprimer sur le caractère obligatoire de ceux-ci. En effet, alors que la procédure de recours administratif préalable obligatoire s'avère généralement être bien établie et parfaitement rodée, la notion d'obligation n'est pas toujours explicite et c'est vraisemblablement la pratique qui a assimilé ces recours non-juridictionnels à des recours obligatoires ; la jurisprudence du Conseil d'Etat a joué un grand rôle dans ce domaine, tous les recours administratifs préalables obligatoires n'ayant pas une source réglementaire. Parfois, les administrations elles-mêmes ignorent si le recours administratif préalable est obligatoire ou facultatif... Dans ces cas-là, c'est le juge administratif qui doit trancher. Ainsi en est-il par exemple des recours liés à la Commission d'accès aux documents administratifs avec cette illustration donnée par l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 21 septembre 1990 « SARL Villerupt Auto-école »[227] au titre duquel « *la circonstance que l'administration ait elle-même saisi, avant que n'intervienne la décision de refus de communication, la commission d'accès aux documents administratifs d'une demande de conseil sur le fondement de l'article 5 de la loi du 17 juillet 1978 ne pouvait dispenser le demandeur de procéder lui-même à la consultation prévue à l'article 7 précité. Par suite, la demande d'annulation de la décision de refus présentée au tribunal administratif sans que la commission ait été consultée est irrecevable et doit être rejetée* ». Lorsque le juge doit interpréter un texte pour savoir si le recours était obligatoire avant la saisine de la juridiction, il le fait sur la base d'un faisceau d'indices, notamment dans les cas où les textes utilisent le verbe « *pouvoir* » et non le verbe « *devoir* » pour parler du caractère obligatoire du recours. Ainsi en est-il par exemple des recours concernant l'Ordre national des vétérinaires[228]. Au-delà de l'absence d'indication quant au caractère obligatoire de ces recours, les textes font

[227] CE, 21 sept. 1990, « SARL Villerupt Auto-école », n°89251.

[228] L'article R242-84 du Code de déontologie vétérinaire dispose que « *toute décision administrative d'un conseil régional de l'ordre rendue en application des dispositions du présent code de déontologie vétérinaire peut faire l'objet d'un recours administratif devant le conseil supérieur. Seule la décision du conseil supérieur de l'ordre rendue sur ce recours peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat* ».

également souvent abstraction de la place relative de ces derniers par rapport aux recours gracieux et à la médiation.

Si tout est finalement prêt pour que le mode alternatif soit exercé, le juge administratif est encore amené à vérifier le respect de certaines règles impératives et notamment qu'il n'est fait recours à aucune clause contraire à l'ordre public. Ainsi, la question de savoir si une transaction ayant pour but d'entrainer la renonciation à l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir en contrepartie d'un avantage est valable, comme cela se pratique en droit fiscal, fait l'objet d'une jurisprudence fluctuante. Dès 1935, dans l'arrêt « Pérignon et a. », le Conseil d'Etat a admis qu'une personne privée peut contracter avec l'administration en vue de ne pas exercer un recours en annulation à l'encontre d'un acte administratif unilatéral. Pourtant, bien plus tard, en 1996 dans son « arrêt Boyer », la Cour administrative d'appel de Paris retient[229] que « *l'acquiescement donné par un tiers à une autorisation de construire et son renoncement à tout recours ou action ne s'opposent pas à ce que l'intéressé exerce un recours pour excès de pouvoir contre la décision de transfert de cette autorisation à un autre bénéficiaire, dès lors qu'un recours de cette nature n'a pas pour objet de défendre des droits subjectifs mais d'assurer le respect de la légalité* ». Ainsi, le fait d'avoir renoncé par transaction à exercer un recours en annulation à l'encontre d'un acte administratif unilatéral ne rend pas ce recours illégal. Par la suite, cette jurisprudence sera reprise par l'ensemble des juridictions avant d'être à nouveau remise en cause, étant jugée trop radicale, comme par exemple le précisera la décision du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 8 janvier 2015 qui reconnait[230] que « *la transaction par laquelle une personne, ayant demandé au juge administratif l'annulation d'un permis de construire, de démolir ou d'aménager, s'engage à se désister de ce recours en excès de pouvoir ne saurait être regardée comme méconnaissant une règle d'ordre public* ». Cette jurisprudence qui reconnait finalement la possibilité pour une personne privée de renoncer à la faculté d'exercer un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'un acte administratif unilatéral par le biais d'une transaction et en contrepartie d'un avantage, financier ou autre, est de nature à remettre en cause l'accès au juge, suite à une solution apportée à un litige par un mode alternatif de règlement des conflits. Cela explique que le juge ait été amené à réfléchir à plusieurs reprises sur le sujet.

---

[229] CAA Paris, 30 déc. 1996, « Boyer », n°94PA02185.

[230] TA Cergy-Pontoise, 8 janv. 2015, n°1209831.

D'autre part, le Conseil d'Etat a été amené à se positionner sur les limites de la transaction. Dans un arrêt[231] en date du 23 avril 2001, les hauts juges ont ainsi décidé que l'établissement qui était autorisé à transiger avait effectivement la possibilité de le faire, dans la limite où l'objet de la transaction ne touchait pas à l'ordre public. Ce faisant, le Conseil d'Etat a reconnu qu'une transaction ne peut porter sur des questions d'ordre public, reprenant l'arrêt Mergui selon lequel « *si, à l'occasion d'un litige, une collectivité publique a offert de verser une indemnité à la victime d'un dommage, si cette offre a été acceptée et si les parties concluent à ce que le juge administratif sanctionne l'accord ainsi réalisé, il n'appartient à la juridiction compétente de donner acte de cet accord qu'à la condition que ce dernier ne méconnaisse aucune règle d'ordre public* »[232].

De son côté, l'avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002, « Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses » explique que, pour être valable, la transaction ne doit pas obliger une des parties à payer une somme qu'elle ne doit pas. Cette règle est valable autant pour la personne publique que pour la personne privée. L'arrêt Mergui de 1971 précisait déjà que « *les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas ; cette interdiction est d'ordre public et elle doit être soulevée d'office par la juridiction à laquelle une telle condamnation est demandée* »[233]. Par ailleurs, une transaction ne peut en aucun cas correspondre, vis-à-vis de l'autre partie, à une libéralité. L'avis[234] du 6 décembre 2002 du Conseil d'Etat dégage par ailleurs comme principe que les conclusions intervenues en cours d'instance sont recevables, les marchés publics et les délégations de service public peuvent être concernés dans l'intérêt général et la demande d'homologation ne peut porter que sur un contrat conclu. En particulier, lorsqu'un contrat doit être soumis à l'approbation d'une assemblée ou d'un conseil, le juge doit attendre cette approbation avant d'homologuer la transaction. En cas de contrôle de légalité, l'homologation ne peut avoir lieu qu'après transmission au représentant de l'Etat.

---

[231] CE 23 avril 2001, n°215552.

[232] CE, Sect., 19 mars 1971, « Mergui », n°79962.

[233] CE, Sect., 19 mars 1971, « Mergui », n°79962.

[234] CE, 6 déc. 2002, « Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses », n°249153.

Enfin, au sujet du respect des règles d'ordre public en matière d'arbitrage, le Conseil d'Etat peut être amené à exercer un contrôle sur le fond de la sentence arbitrale, comme il le fait dans le considérant cinq de l'arrêt d'assemblée[235] du 9 novembre 2016 dans lequel il détermine qu'une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public « *lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, lorsqu'elle méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne* ».

Et si le juge a été amené à encadrer l'existence des modes alternatifs, c'est grâce à sa jurisprudence qu'il va leur permettre d'acquérir une existence juridique.

B- Les modes alternatifs de règlement des conflits, un exercice encadré par la jurisprudence

Après avoir décidé que le recours était possible et avoir éventuellement déterminé s'il était obligatoire, le Conseil d'Etat a souvent été amené à se prononcer sur divers éléments relatifs aux recours alternatifs dont la recevabilité de ce recours, qu'il s'agisse de l'intérêt à agir de l'une des parties, de la forme de la demande, du respect des délais, de l'interprétation de certains articles par l'administration à l'occasion d'un recours administratif porté devant elle, de la décision considérée comme pouvant faire grief et donc éventuellement déférable devant le juge, ou encore de la motivation de la réponse apportée par l'administration dans le cas d'un recours administratif.

En ce qui concerne l'intérêt à agir, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de s'exprimer plusieurs fois. En matière de recours administratifs, si la qualité à agir n'est généralement pas soumise à un formalisme particulier, l'administration peut toutefois refuser d'examiner un recours administratif présenté devant elle par une personne n'ayant pas qualité à agir, comme le reconnait un arrêt[236] de section du Conseil d'Etat en date du 13 mai 1992. Dans

---

[235] CE, Ass., 9 nov. 2016, « Sté FOSMAX LNG », n°388806.

[236] CE, Sect., 13 mai 1992, n°110184.

ce cas-là, le Conseil d'Etat peut être saisi d'un recours pour excès de pouvoir et être amené à s'exprimer sur la qualité à agir du demandeur. Par exemple, dans l'arrêt[237] d'assemblée du Conseil d'Etat en date du 20 décembre 1995 « Vedel et Jannot », le Conseil d'Etat accepte de traiter un recours pour excès de pouvoir suite à une décision du Premier ministre qui refuse implicitement d'examiner un recours porté devant lui. Ce faisant, il se prononce de fait sur la qualité à agir de la personne qui a formé le recours administratif, puisqu'il accepte de donner suite à son recours pour excès de pouvoir ; le Conseil d'Etat a en effet reconnu que « *la personne qui a saisi l'autorité compétente d'une demande d'abrogation d'un acte réglementaire n'est recevable à attaquer le refus qui lui a été opposé que si elle justifie d'un intérêt pour agir au regard des dispositions de l'acte dont elle demandait l'abrogation* »[238]. Par contre, l'autorité hiérarchique saisie ne peut refuser d'examiner un recours administratif porté à sa connaissance et dans la mesure où ce recours est recevable, sauf « *à méconnaitre l'étendue de sa compétence* » comme le reconnait un arrêt[239] du Conseil d'Etat en 1986. Le juge administratif détermine la qualité à agir de la personne qui forme un recours administratif. A titre de remarque, le juge peut même être amené à qualifier la nature du recours initial pour préciser s'il s'agissait d'un recours administratif ou non, comme le précise un arrêt[240] du Conseil d'Etat en date du 26 mars 2008. En matière de recours administratifs préalables obligatoires, initialement, le Conseil d'Etat a eu une lecture assez extensive de l'intérêt à agir. Mais en 2006, dans sa décision[241] de section « Leroy Merlin », la haute juridiction a revu son interprétation de façon plus restrictive, en précisant qu'en dehors de quelques cas particuliers, ce recours ne s'applique qu'aux personnes « *expressément énumérées par les dispositions qui en organisent l'exercice* ».

Si le Conseil d'Etat s'est exprimé pour définir l'intérêt à agir dans le cadre des recours administratifs préalables obligatoires, il a également été amené à le faire dans le cas de la transaction pour se prononcer sur la possibilité pour une entité de transiger. En effet, en matière de transaction et en vertu de l'avis de section des travaux publics du Conseil d'Etat « *les collectivités territoriales et les établissements publics locaux peuvent transiger*

---

[237] CE, Ass., 20 déc. 1995, « Vedel et Jannot », n°132183.

[238] Analyse du Conseil d'Etat sous l'arrêt « Vedel et Jannot ».

[239] CE, 17 nov. 1986, n°30576.

[240] CE, 26 mars 2008, « Chachay », n°286742.

[241] CE, Sect., 10 oct. 2006, « Leroy Merlin », n°278220.

librement depuis la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions »[242]. Dans ce domaine, comme l'a répondu le Ministre chargé des collectivités territoriales à la suite d'une question posée par le sénateur Jean-Louis Masson en 2011, « *la transaction constitue l'unique possibilité offerte au maire de régler par voie de protocole amiable les actions en justice en cours* »[243]. La jurisprudence du Conseil d'Etat a retenu dans un arrêt du 14 décembre 1998[244] que l'article 2045 du Code civil qui dispose que « *les établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Roi* » doit être interprété comme signifiant que les établissements publics ne peuvent transiger qu'après une décision expresse du Premier ministre les y autorisant. Par exemple, il y a une inopposabilité d'une transaction relative aux conditions de licenciement d'un agent titulaire d'une chambre d'agriculture en l'absence de décret du premier ministre autorisant la chambre à transiger. Ainsi donc la nouvelle règle jurisprudentielle a été posée : toutes les collectivités publiques ont la possibilité de transiger mais les établissements publics de l'Etat doivent au préalable demander l'autorisation de le faire au Premier ministre. Cependant la circulaire du 6 avril 2011, reprenant un arrêt[245] du Conseil d'Etat rendu en 2001, précise que la plupart des établissements publics sont autorisés par leur statut, pris pas décret, à transiger. C'est uniquement dans le cas où le statut ne le prévoit pas que le Premier ministre doit autoriser la transaction au cas par cas.

Autre domaine dans lequel le juge a dû s'exprimer, il s'agit de la forme que doivent prendre les modes amiables afin d'être considérés comme recevables. Dans le domaine des recours administratifs, aucune forme particulière n'est exigée mais le recours doit être rédigé en français, faute de quoi le délai de recours contentieux n'est pas interrompu, comme l'a précisé un arrêt[246] de section du 5 janvier 2001.

Le recours administratif n'a pas à être motivé en fait et en droit, comme le reconnait le Conseil d'Etat dans un arrêt[247] du 12 juin 1987, sauf en droit des étrangers. Par ailleurs, si l'administration peut utiliser son pouvoir gracieux, elle le fait uniquement à la demande de

---

[242] CE, Section des travaux publics, 21 janvier 1997, n°359996.

[243] Question écrite n° 16909 de MASSON, J.-L., *Sénat*, 2011.

[244] CE, 14 déc. 1998, « Chambre d'agriculture de La Réunion », n°146351.

[245] CE, 23 avril 2001, n°215552.

[246] CE, Sect., 5 janv. 2001, « Cne Mâcot-la-Plagne », n°170954.

[247] CE, 12 juin 1987, « Ruat et Gril », n°81718.

l'intéressé et selon les formes de la demande de l'intéressé, notamment en droit fiscal. Ainsi, « *le caractère gracieux ou contentieux d'une demande dépend des termes utilisés par le contribuable et non pas du terrain choisi par l'administration pour y répondre ou de la forme de la décision du directeur* »[248].

Si la demande n'a pas toujours besoin d'être motivée, par contre, elle doit être accompagnée de moyens de droit et d'opportunité, comme le confirme un arrêt[249] de la Cour administrative d'appel de Paris de 1999 et si « *une lettre adressée au directeur qui, selon ses termes mêmes, constitue une demande gracieuse tendant à la remise des pénalités à la suite de la procédure de redressements et ne contient aucun moyen de droit constitue une requête gracieuse* »[250]. Et par suite, « *lorsqu'il a saisi le directeur d'une demande de remise gracieuse, le contribuable n'est pas recevable à former contre la décision de rejet du directeur une demande en décharge ou en réduction de son imposition et, par voie de conséquence, à soulever devant le juge administratif des moyens de nature à entraîner la décharge ou la réduction des droits ou pénalités dont il n'avait demandé au directeur que la remise gracieuse* »[251].

En matière de notification enfin, un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille de 2015 relatif au droit de l'urbanisme précise que « *l'auteur d'un recours administratif est tenu de le notifier à peine d'irrecevabilité du recours contentieux qu'il pourrait intenter ultérieurement en cas de rejet du recours administratif* »[252]. Un autre arrêt[253] du Conseil d'Etat en date du 12 juillet 2017 viendra confirmer cette position de principe.

Dernier point, le contribuable peut se faire représenter par un mandataire de son choix, y compris par un avocat, comme le confirme l'avis[254] du 7 mai 1997.

---

[248] CE 11 juill. 1984, n°36866.

[249] CAA Paris, 13 avr. 1999, « SA Electricité Tahiti », n°95PA03717.

[250] CE 11 juill. 1984, n°21851.

[251] CE 5 juin 1989, n°64036.

[252] CAA Marseille, 16 juin 2015, n°13MA04423.

[253] CE, 12 juill. 2017, n°401461.

[254] Précisions apportées par l'avis du CE, 7 mai 1997, n°184499.

Par ailleurs, le respect des délais est une constante, et le non-respect de ces procédures alternatives rend le recours irrecevable. Pourtant, si l'importance des délais applicables en matière de recours administratifs préalables obligatoires ne peut être remise en cause, la jurisprudence a dû, une fois encore, apporter des précisions supplémentaires. Ainsi, déjà dans un arrêt[255] de 2009, le Conseil d'Etat avait reconnu la règle selon laquelle le recours administratif doit être fait pendant le délai de recours gracieux. Et si le recours administratif de droit commun n'est *a priori* pas enfermé dans des conditions strictes de délai, il doit toutefois être exercé pendant le délai prévu pour exercer le recours contentieux ; le délai de recours contentieux est alors interrompu, ce qui confirme un avis[256] du Conseil d'Etat en date du 15 juillet 2004 dans lequel la Haute juridiction administrative précise qu'en matière d'urbanisme, lorsqu'un tiers souhaite contester un permis de construire en exerçant un recours administratif, l'exercice de ce recours a pour effet de proroger le délai de recours contentieux, sous réserve du respect des règles liées à l'urbanisme. De plus, le Conseil d'Etat a précisé dans un arrêt[257] du 19 septembre 2014 que le délai de deux mois accordé pour exercer un recours administratif doit s'entendre comme un délai franc[258]. En 1991, le Conseil d'Etat retient de plus dans un arrêt[259] qu'en cas de recours administratif, et même si l'administration n'a pas accusé réception du recours, le délai de recours contentieux commence à courir après expiration du délai de deux mois suivant le dépôt de la demande.

Autres apports de la jurisprudence, le respect des délais de saisine est apprécié à la date d'envoi du recours, conformément à l'article 16 de la loi du 12 avril 2000 et remplacé par l'article L112-1 du Code des relations entre le public et l'administration qui précise que « *le cachet apposé par les prestataires de services postaux* » fait foi, et suite aux jurisprudences du Conseil d'Etat en 2005, « Mme Houdelette »[260] et en 1970 « Conseil départemental de l'ordre des médecins »[261] selon lesquelles l'absence d'indication dans le texte pour former un recours administratif préalable obligatoire revient à fixer le délai de

---

[255] CE, 7 oct. 2009, « Lounès O. », n°322581.

[256] CE, Sect., 15 juil. 2004, n°266479.

[257] CE, 19 sept. 2014, n°362568.

[258] En application de l'article 642 du Code de procédure civile, si le délai expire un week-end, un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

[259] CE, 29 mars 1991, n°101719.

[260] CE, 27 juil. 2005, « Mme Houdelette », n°271916.

[261] CE, Sect., 13 mai 1970, « Conseil départemental de l'ordre des médecins », n°75198.

droit commun de deux mois ; l'irrecevabilité du recours est un moyen d'ordre public. De manière à illustrer l'importance de la position jurisprudentielle au sujet des délais, il y a lieu de rappeler la diversité des cas rencontrés : les délais de saisine de l'autorité chargée de statuer sur le recours administratif varient de cinq jours en termes de contentieux électoral à deux ans en matière de contentieux fiscal de l'assiette, en passant par le délai classique de deux mois s'appliquant aux militaires. Cela illustre la marge de manœuvre importante dont disposent les autorités administratives en la matière mais dont l'application peut être préjudiciable à l'administré. Par ailleurs, et toujours en termes de délais, et conformément à l'article L412-4 du Code des relations entre le public et l'administration, « *la présentation d'un recours gracieux ou hiérarchique ne conserve pas le délai imparti pour exercer le recours administratif préalable obligatoire non plus que le délai de recours contentieux* », ce qui signifie que le délai possible pour exercer un recours administratif préalable obligatoire ne se rajoute pas, il se substitue. Toutefois, afin qu'il soit recevable, et selon une jurisprudence du Conseil d'Etat en date du 31 mars 2017, « *un recours administratif préalable obligatoire doit être formé dans un délai raisonnable* ». Cette décision rendue en matière fiscale a été l'occasion pour le Conseil d'Etat d'étendre la portée de sa décision « Czabaj »[262] en date du 13 juillet 2016 dans laquelle il avait jugé qu'une décision individuelle ne comportant pas les voies et délais de recours devait être contestée dans un « *délai raisonnable* », à savoir… un an.

Toutefois, si la jurisprudence en termes de délais est déjà relativement fournie, il est plus que vraisemblable qu'elle reste encore à écrire. En effet, « J21 » qui instaure la médiation administrative de façon générale et la rend obligatoire dans certains cas au moins à titre d'expérience, met en place un certain nombre de principes généraux dont on ne sait pas comment ils vont cohabiter avec les règles déjà appliquées dans les différents processus de médiation. En particulier, suite à la loi « J21 » l'article L213-6 alinéa un du Code de justice administrative dispose que « *les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation* ». Actuellement, cette règle n'est pas appliquée dans les collectivités territoriales. De la même façon, la saisine du Défenseur des droits n'interrompt pas les délais de recours administratifs ou recours contentieux conformément à l'article 6 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, ce qui signifie que les textes législatifs et

[262] CE, Ass., 13 juill. 2016, « Czabaj », n°387763.

règlementaires issus de la loi du 18 novembre 2016 ne sont pas en harmonie avec la loi organique de 2011 relative au Défenseur des droits, en tout cas à la date du 9 avril 2018. Ce constat est particulièrement déroutant dans la mesure où le décret n°2018-101 désigne directement le Défenseur des droits comme médiateur dans certains cas bien identifiés. Certaines pratiques ou certains textes vont devoir être modifiés, sauf à laisser la jurisprudence décider de l'interprétation à leur donner.

La recevabilité de la requête par l'administration passe parfois par l'interprétation d'un texte et le Conseil d'Etat doit alors intervenir pour expliciter comment interpréter certains articles de loi rendant la requête recevable. Ainsi en-est-il, par exemple, dans le domaine fiscal où le juge administratif a eu un grand rôle à jouer dans l'interprétation de l'article L247 1° du Livre des procédures fiscales, afin de déterminer comment interpréter la disposition « *lorsque le contribuable est dans l'impossibilité de payer par suite de gêne ou d'indigence* (...) *l'administration peut accorder sur la demande du contribuable des remises totales ou partielles d'impôts directs régulièrement établis* ». Effectivement, dans son rapport[263] de 2016, le comité du contentieux fiscal, douanier et des changes précise que « *la juridiction gracieuse dépend très largement d'éléments de fait tirés de la situation fiscale des contribuables et de la nature des infractions, le cas échéant, commises* ». Sont en particulier recevables les demandes liées à un période de chômage, au décès du conjoint ou à une maladie... Le comité conseille à l'administration de prendre en compte pour les parties non seulement leur situation financière et patrimoniale mais aussi leur âge, leurs charges financières, leur comportement fiscal habituel... et d'examiner, pour les entreprises, si l'abandon envisagé de la créance au Trésor est de nature à faciliter le redressement économique de l'entreprise concernée. Ainsi, lorsque le Conseil d'Etat a eu à se prononcer suite à des recours administratifs, il a eu l'occasion de préciser dans l'un de ses arrêts[264] que « *le tribunal administratif doit non pas établir les revenus de l'intéressé mais apprécier sa capacité à faire face à la charge de sa dette par les sommes dont il dispose mensuellement ou pouvant résulter de la cession d'éléments de son patrimoine* ». On citera encore à titre d'exemple une décision[265] du Conseil d'Etat selon laquelle un « *tribunal commet une erreur de droit lorsque, pour écarter le moyen tiré par la requérante de ce que la décision refusant*

[263] Comité du contentieux fiscal, douanier et des changes, p.12-13.

[264] CE 31 déc. 2008, « Viguié », n°303504.

[265] CE 2 juin 2010, « Sainas », n°300412.

de prononcer la décharge de son obligation de payer serait entachée d'une erreur manifeste d'appréciation de ses capacités contributives au regard du montant de sa dette fiscale, il se fonde sur la seule circonstance qu'à la date de la décision contestée, l'intéressée avait perçu le solde de la vente d'un appartement, sans rechercher le montant de ses charges et dettes et en s'abstenant ainsi de fonder sa décision sur une appréciation globale de la situation financière de la requérante, prenant en compte notamment le montant de ses charges et dettes et donc de ses capacités contributives ». Les exemples jurisprudentiels illustrant les pouvoirs discrétionnaires de l'administration en matière gracieuse ainsi que les limites à ces pouvoirs sont très nombreux.

Autre exemple d'interprétation d'article, le juge administratif a dû s'exprimer sur l'interprétation des termes « *par des concessions réciproques* » rajoutés suite à la loi du 18 novembre 2016 à l'article 2044 du Code civil qui disposait jusque-là que « *la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». La jurisprudence du Conseil d'Etat à ce sujet est constante : les concessions consenties par les parties[266] doivent être équilibrées. Cette notion de « *concessions réciproques* » n'est pas nouvelle puisque du côté du droit judiciaire, comme l'explique un article des *Petites affiches*[267], le législateur est venu consacrer cette notion déjà reconnue par la jurisprudence et attendue par la doctrine. En effet, la première chambre civile de la Cour de cassation a reconnu qu'une *« transaction implique l'existence de concessions réciproques des parties »*[268], faute de quoi une cour d'appel qui a statué « *sans avoir relevé l'existence de concessions réciproques des parties à l'acte* » n'a pas donné de base légale à sa décision.

Si le recours alternatif n'a pas été satisfaisant et en vertu du respect de l'accès au juge, le recours amiable doit pouvoir être suivi d'un recours contentieux. Afin que ce nouveau recours soit recevable devant le prétoire du juge administratif, ce dernier a été amené à préciser à quelle date l'administration doit se placer pour prendre sa nouvelle décision ainsi que la valeur de celle-ci. Dans le cas du recours administratif préalable obligatoire, une administration qui traite d'un tel recours administratif doit se placer, pour examiner la

---

[266] CE, 29 déc. 2000, n°219918.

[267] HUGLO, C., MOUSTARDIER, A., et GIRARD, J., « Médiation, action de groupe… Le droit et le contentieux de l'environnement face aux nouvelles procédures instituées par la loi l'environnement face aux nouvelles procédures instituées par la loi Justice du XXIe siècle », *Petites affiches*, 2017, n° 091-092, p.7.

[268] Civ 1ère, 3 mai 2000, n°98-12.819.

requête, à la date à laquelle elle statue, comme le précise l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 6 juillet 1980 « Ministre du Travail, de l'emploi et de la formation professionnelle contre Mattei ». Ainsi, l'autorité administrative saisie se prononce sur la situation de fait et de droit existant à la date de sa propre décision, et non à la date de la décision contestée, ce qui est une stricte application de l'article L412-5 du Code des relations entre le public et l'administration. Dès 1968 d'ailleurs, la jurisprudence du Conseil d'Etat dans son arrêt d'assemblée « Manufacture française des pneus Michelin » a précisé que « *l'autorité appelée à se prononcer sur un recours administratif préalable obligatoire doit se placer au moment où elle prend sa décision et donc tenir compte de la situation de droit et de fait à cette date* ». Cette position s'explique par le fait que ce type de recours a en particulier pour but de permettre à l'administration de corriger ses propres erreurs. Cela est par ailleurs également vrai lorsque la décision est créatrice de droits, comme l'a précisé le Conseil d'Etat dans son arrêt de section « Ministre de la santé contre clinique Ambroise Paré » en 1990. Cette différence est d'ailleurs l'une des différences essentielles avec le recours administratif de droit commun dans lequel, conformément à l'arrêt du Conseil d'Etat « Société Kassbohrer France » de 1987, l'autorité hiérarchique statue en droit et en fait à la date de la décision initiale. La contrepartie qui peut parfois s'avérer pénalisante pour le requérant, c'est que celui-ci peut se voir appliquer une règle qui n'était pas encore en vigueur au moment où l'administration a pris la décision qu'il conteste…

De même, la jurisprudence est intervenue pour confirmer que dans le cadre du recours administratif préalable obligatoire, la décision prise se substitue à la décision initiale. La jurisprudence du Conseil d'Etat à ce sujet, constante, peut sans doute s'analyser comme une garantie des droits reconnus au justiciable. Il en découle évidemment que la décision initiale ne peut pas être attaquée devant une juridiction et comme le précise la jurisprudence « Houlbreque »[269] du Conseil d'Etat en 2005, il faut que, pour que « *la seconde procédure puisse être regardée comme se substituant à la première, elle poursuive le même objet et soit aussi protectrice pour l'usager* » et « *dans le cas contraire, le requérant pourra invoquer des moyens tirés de la méconnaissance des règles de procédure applicables pour l'édiction de la décision initiale* ». De fait, les vices qui auraient entaché l'acte initial de l'autorité administrative ne peuvent utilement être invoqués à l'encontre de la décision provoquée par

[269] CE, Sect., 18 nov. 2005, « Houlbreque », n°270075.

le recours administratif préalable obligatoire, qui a par conséquent pour effet de purger la décision initiale de ses vices.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a retenu[270] en 2002 qu'il « *résulte des dispositions du décret du 10 novembre 2000 qu'en raison des pouvoirs confiés à la commission de recours contre les refus de visa, les décisions par lesquelles elle rejette les recours introduits devant elle se substituent à celles des autorités diplomatiques et consulaires qui lui sont déférées. Il en est également ainsi des décisions par lesquelles le ministre des affaires étrangères décide de confirmer le refus de visa opposé à un étranger en dépit de la recommandation favorable émise par la commission en application de l'article 5 du décret du 10 novembre 2000* ». En 2004, le Conseil d'Etat a affirmé dans un arrêt que « *la décision de la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France* (...) *s'est substituée à la décision initiale de refus prise par les autorités consulaires* »[271]. Particularité de ce recours administratif préalable obligatoire, le requérant peut à la fois saisir la Commission et former soit un recours gracieux devant le consul, soit un recours hiérarchique devant le Ministre des affaires étrangères.

En matière fiscale, dans le considérant neuf de la décision « Export Press » de 2016, le Conseil d'Etat met en place une sorte de recours administratif préalable obligatoire jurisprudentiel avant la saisine de toute juridiction puisqu'il impose à l'administré de saisir une seconde fois l'administration fiscale avant de se lancer dans une procédure contentieuse, seule la seconde décision pouvant être déférée devant le juge : « *lorsqu'une prise de position en réponse à une demande relevant de l'article L. 80 B ou de l'article L. 80 C du livre des procédures fiscales présente le caractère d'une décision susceptible d'un recours pour excès de pouvoir, le contribuable auteur de la demande qui entend la contester doit saisir préalablement l'administration dans les conditions prévues à l'article L. 80 CB* (...) *La décision par laquelle l'administration fiscale prend position à l'issue de ce second examen se substitue à sa prise de position initiale. Seule cette seconde prise de position peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir, auquel il appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du code de justice administrative* »[272]. Cette nouvelle procédure préalable à la saisine

[270] CE, 27 nov. 2002, n°234211.

[271] CE, 16 févr. 2004, n°242846.

[272] CE, 2 déc. 2016, « Ministre de l'Économie et des Finances c/ Société Export Press », n^{os}387613, 387631, 387632, 387633, 387635, 387636, 387637, 387638.

du juge est certainement de nature à favoriser encore plus le dialogue entre l'administration et le contribuable tout en évitant l'intrusion d'une juridiction à un stade initial, aux réserves près et formulées précédemment concernant les recours administratifs préalables obligatoires.

Lorsqu'un recours administratif a été formé, l'administration se doit de répondre et le Conseil d'Etat a dû se prononcer sur la nécessité de motiver la réponse. Ainsi, le Conseil d'Etat a affirmé qu'il « *découle des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans sa rédaction issue de la loi du 11 mai 1998 que la commission de recours contre les refus de visa ou le ministre des affaires étrangères sont tenus, lorsqu'ils confirment un refus de visa opposé par une autorité diplomatique ou consulaire, de motiver leur décision que dans les cas limitativement énoncés par ces dispositions* »[273]. *A contrario*, concernant l'application de l'article L247 du Livre des procédures fiscales, « *la décision prise par l'administration sur la demande relevant de la juridiction gracieuse n'a pas à être motivée* »[274] dans le domaine fiscal puisqu'elle « *n'entre dans aucune des catégories de décisions administratives qui doivent être expressément motivées en application des dispositions de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979* »[275] et qu'aucune « *autre disposition législative ou réglementaire n'impose à l'administration fiscale de motiver les décisions de rejet et par suite, l'absence de motivation de ces décisions est sans influence sur leur légalité* »[276]. Le Code des relations entre le public et l'administration entré en vigueur *via* l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 et les articles L211-2 à L211-3 du même Code ne prévoient toujours pas, en juin 2018, de motivation de ces décisions administratives. Ainsi, l'administration fiscale conserve une grande marge de manœuvre et la remise gracieuse éventuellement accordée à la demande du contribuable est décidée de manière souveraine par l'administration.

---

[273] CE, 27 novembre 2002, n° 236208.

[274] CE 15 oct. 1980, n°17482 : RJF 1980. 538; Dr. fisc. 1980, comm. 2675.

[275] CE 29 juin 1988, n°58265 : RJF 1988. 642 et 8 oct. 1993, n° 118827 : RJF 1993, n°1483.

[276] CE 8 oct. 1993, n°118827 : RJF 1993, n°1483.

Si le juge applique son pouvoir normatif aux modes alternatifs, il peut également être amené à préciser la force juridique qu'il faut accorder aux actes issus de ces modes alternatifs, allant parfois même jusqu'à leur donner force exécutoire.

Paragraphe 2 : La force juridique donnée par le juge aux décisions issues des règlements alternatifs

En effet, dans certains cas les moyens qui permettent d'éviter d'avoir recours au juge sont à l'origine d'engagements formalisés entre l'administration et l'administré, comme par exemple dans le cas de la transaction, du rescrit ou du dégrèvement. Le juge a dû se prononcer sur la valeur juridique devant être accordée à ces actes administratifs. Il a également dû se prononcer pour préciser si ces documents peuvent, *a posteriori*, faire l'objet d'un recours contentieux ou tout simplement leur donner force exécutoire.

En matière de transaction, et dans le domaine fiscal, le Conseil d'Etat a dû intervenir plusieurs fois et en particulier pour retenir dans l'un de ses arrêts[277] que si « *une proposition de transaction faite par le vérificateur, acceptée par le contribuable, mais non approuvée par le directeur compétent pour la conclure est dépourvue d'effets et ne fait pas obstacle à ce que l'administration notifie à l'intéressé de nouveaux redressements avant l'expiration du délai de prescription* », *a contrario* « *lorsque le projet de transaction qui a été notifié au contribuable et a été signé par celui-ci est ensuite approuvé par l'autorité compétente, la transaction ainsi conclue valablement devient définitive* »[278]. Dans ce cas, le juge reconnait une valeur quasi juridictionnelle à la transaction, pourtant issue d'un mode alternatif de règlement des conflits. Par ailleurs, le juge administratif a reconnu que, dans le cas où l'une des parties qui a conclu la transaction refuse d'exécuter celle-ci, elle engage sa responsabilité contractuelle pour faute devant le juge compétent. Dans le cas où la personne publique refuser de payer l'indemnité à l'autre partie, il est possible pour cette dernière d'exercer un référé-provision. Le Conseil d'Etat a par ailleurs jugé dans l'un de ses arrêts[279] que « *la décision par laquelle l'administration fiscale propose au contribuable, en application de l'art. L. 247* [du Livre des procédures fiscales], *les termes d'une transaction constituent un acte préparatoire qui n'est, par suite, pas susceptible de faire grief et ne peut donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* ». *A contrario*, le Conseil d'Etat a retenu dans une autre de ses décisions[280] que « *la décision par laquelle l'administration fiscale rejette une demande de transaction présentée par un contribuable ne peut être contestée que par la*

---

[277] CE 11 juill. 1973, n°81913.

[278] CE, Sect., 28 sept. 1983, n°11513.

[279] CE 4 mars 2009, « Sté RPS », n°295288,

[280] CE 18 janv. 2017, « Sté MRB », n°386434.

voie d'un recours pour excès de pouvoir. Par suite, le contribuable ne peut utilement invoquer devant le juge de l'impôt les éventuelles irrégularités commises dans la procédure de transaction à l'appui de ses conclusions en décharge des impositions en litige ».

Et comme tous les contrats, la transaction engage les deux parties qui contractent : l'administration, qui s'engage à diminuer le montant des sanctions et le contribuable qui s'engage à payer à sa dette dans un délai déterminé. Dans ce cadre, « *lorsque le contribuable n'a pas exécuté la transaction qu'il a d'abord signée, il appartient au tribunal de fixer les pénalités encourues en application de la disposition suivant laquelle lorsque le redevable refuse la transaction qui lui a été proposée par l'administration et porte ultérieurement le litige devant le tribunal compétent, celui-ci fixe le taux des majorations ou pénalités en même temps que la base de l'impôt* » [281]. Et dans les cas où la « *transaction n'a pas été exécutée par le contribuable* [elle] *ne peut être considérée comme devenue définitive et ce dernier peut donc remettre en cause par la voie contentieuse tant les droits en principal que les pénalités contestées* » [282].

Par contre[283] « *lorsque la transaction a été entièrement exécutée, les dispositions législatives* [de l'article L251, alinéa premier] *s'opposent à ce que le contribuable remette en cause par la voie contentieuse tant les droits en principal que les pénalités contestées* ». De plus, l'article 2052 du Code civil précise que « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». Ainsi, en droit fiscal, la transaction qui assure à l'administration que le montant dû sera payé a aussi pour effet de fermer la voie contentieuse pour le contribuable, comme le précise d'ailleurs l'article L251 du Livre des procédures fiscales : « *lorsqu'une transaction est devenue définitive après accomplissement des obligations qu'elle prévoit et approbation de l'autorité compétente, aucune procédure contentieuse ne peut plus être engagée ou reprise pour remettre en cause les pénalités qui ont fait l'objet de la transaction ou les droits eux-mêmes.* [Mais] *dans le cas où le contribuable refuse la transaction qui lui a été proposée par l'administration et porte ultérieurement le litige devant le tribunal compétent, celui-ci fixe le taux des majorations ou pénalités en même temps que la base de l'impôt* ».

---

[281] CE 11 mai 1977, n°99076.

[282] CAA Lyon, 26 juill. 1990, n°1663.

[283] CE 9 févr. 1983, n° 29313.

Ainsi, si la transaction peut mettre fin aux poursuites répressives, elle présente l'inconvénient majeur pour le contribuable de fermer la porte à toute action contentieuse. Le droit de recours juridictionnel du contribuable concernant les pénalités et les impôts eux-mêmes est de fait annulé. Cela pose le problème de la remise en cause du droit à un recours juridictionnel effectif tel que le Conseil constitutionnel l'a reconnu, entre autres, dans sa décision n°99-416 DC du 23 juillet 1999 en se basant à nouveau sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789. Par ailleurs, comment le contribuable va-t-il pouvoir agir face à d'éventuelles illégalités commises par l'administration fiscale puisqu'en signant la transaction, il accepte en même temps de renoncer à son droit d'ester en justice ?

Comme l'a fait remarquer le professeur Rabault dans les *Petites affiches*[284], en 2014, « *dans le cadre du droit fiscal, la transaction ne se contente pas de modifier une relation synallagmatique antérieure : elle entraîne une présomption irréfragable de légalité* ». Toujours dans le même article, le professeur Rabault explique que la transaction, qui ressemble à une remise gracieuse, est fondée sur l'indulgence de l'administration fiscale, indulgence qui implique une contrepartie du contribuable comme le prévoit l'article L251 du Livre des procédures fiscales. L'application de cet article peut ainsi conduire à légaliser une illégalité.

Si le juge a été amené à réfléchir sur la transaction, il a aussi été amené à le faire au sujet du rescrit qui, s'il offre la possibilité d'une discussion *a priori* entre l'administration fiscale et l'administré au sujet de la situation de ce dernier, peut néanmoins être de nature à porter atteinte à la situation personnelle du contribuable, alors même que le but du rescrit est de prévenir les conflits entre l'administration et l'administré. La question à se poser est donc de savoir si le rescrit fiscal, qui de fait n'est que l'expression d'une position de l'administration, peut être contesté. Pendant longtemps, la réponse apportée par les juridictions administratives a été constante. Dans son arrêt[285] « Association Pro Musica » du 26 mars 2008 par exemple, le Conseil d'Etat a jugé que des lettres adressées par l'administration fiscale à une association pour lui notifier une décision quant à sa situation fiscale, n'emportant aucun effet de droit, n'étaient pas susceptibles d'être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir mais que toutefois ces lettres comportaient une

---

[284] RABAULT, H., « La transaction en droit fiscal : quelques doutes sur la constitutionnalité La transaction en droit fiscal : quelques doutes sur la constitutionnalité de l'article L. 251 du Livre des procédures fiscales », *Les Petites affiches*, *Lextenso*, 2014, n° 84, p.7.

[285] CE, 26 mars 2008, « Association Pro Musica », n°278858.

décision faisant grief. Il a fallu attendre l'arrêt « Export Press » du 2 décembre 2016 pour que le Conseil d'Etat adopte une position autre. Les conseillers d'Etat précisent alors, en effet, qu'en « *principe, une telle décision ne peut, compte tenu de la possibilité d'un recours de plein contentieux devant le juge de l'impôt, pas être contestée par le contribuable par la voie du recours pour excès de pouvoir. Toutefois, cette voie de droit est ouverte lorsque la prise de position de l'administration, à supposer que le contribuable s'y conforme, entraînerait des effets notables autres que fiscaux et qu'ainsi, la voie du recours de plein contentieux devant le juge de l'impôt ne lui permettrait pas d'obtenir un résultat équivalent. Il en va ainsi, notamment, lorsque le fait de se conformer à la prise de position de l'administration aurait pour effet, en pratique, de faire peser sur le contribuable de lourdes sujétions, de le pénaliser significativement sur le plan économique ou encore de le faire renoncer à un projet important pour lui ou de l'amener à modifier substantiellement un tel projet* »[286]. Le Conseil d'Etat valide par conséquent le fait que le rescrit puisse pénaliser le requérant de façon significative et soit de nature à lui faire grief. Le Conseil d'Etat ouvre ainsi la voie du recours pour excès de pouvoir à l'encontre du rescrit tout en le limitant au cas où les effets de ce dernier sont très importants et dépassent le domaine fiscal. A titre de remarque, il est surprenant que la jurisprudence ait évolué dans ce sens alors que, en matière de dégrèvement, elle a évolué dans le sens opposé, fermant définitivement l'accès au juge.

Effectivement, en matière de dégrèvement fiscal, la question de savoir si un refus opposé à un demandeur est susceptible de recours a fait l'objet d'une jurisprudence évolutive et fluctuante, et dont les dernières évolutions sont plutôt défavorables au contribuable. Le dégrèvement qui désigne un type de remise particulier réalisé par l'administration fiscale, soit de façon obligatoire et donc fait d'office par l'administration fiscale, soit facultatif[287], relève du pouvoir gracieux de l'administration. Et dans le cas où l'administration n'applique pas un dégrèvement obligatoire s'appliquant à l'une des personnes visées, il appartient à cette dernière de faire valoir son droit devant le juge de l'impôt. Dans un arrêt[288] en date du

---

[286] CE, 2 déc. 2016, « Ministre de l'Économie et des Finances c/ Société Export Press », n° 387613, 387631, 387632, 387633, 387635, 387636, 387637, 387638.

[287] Le dégrèvement d'office est prévu par différentes mesures du Code général des impôts, comme les articles 1414 A et 1391 B. Il s'agit par exemple de la restitution d'une fraction de la taxe d'habitation et de la taxe foncière sous certaines conditions. L'ensemble de ces mesures a conduit à 846 201 décisions en 2015 et à 2 321 180 suite à la mise en œuvre de mesures gouvernementales en faveur des personnes âgées de condition modeste.

[288] CAA Paris, 2 nov. 1994.

2 novembre 1994, la Cour administrative d'appel de Paris a décidé qu'il « *n'appartient pas à la juridiction administrative d'apprécier l'usage fait par l'administration des pouvoirs qu'elle tient de l'article R. 211-1* [du Livre des procédures fiscales] » *ou encore le Tribunal administratif de Bordeaux a mis en avant le 17 avril 1997 que « s'il n'appartient qu'au directeur des services fiscaux d'user, s'il le juge bon, du pouvoir d'accorder d'office le dégrèvement ou des restitutions d'imposition qui n'étaient pas dues, cette circonstance ne fait pas obstacle à ce qu'un contribuable puisse former un recours pour excès de pouvoir contre une décision lui refusant un tel dégrèvement* »[289]. Finalement, le Conseil d'Etat dans sa décision « Sté GBL Energy » en date du 19 juin 2017 a jugé que « *la décision de l'administration de faire usage du pouvoir que lui confèrent les dispositions de l'art. R. 211-1 LPF revêt un caractère purement gracieux. La décision par laquelle l'administration refuse d'accorder le dégrèvement sollicité sur le fondement de ces dispositions est donc insusceptible de recours, cette irrecevabilité présentant un caractère d'ordre public* »[290]. Il semble donc *in fine* que le Conseil d'Etat ait rendu insusceptible de recours le refus prononcé par l'administration fiscale d'accorder un dégrèvement au contribuable. Dans ce cas, l'administration fiscale est complètement souveraine et le contribuable se voit privé d'une voie de recours, administrative ou contentieuse, ce qui est sans doute préjudiciable dans un Etat de droit. Le dialogue souhaité entre l'administration fiscale et le contribuable est alors remis en cause. Cette position qui peut paraître surprenante a été interprétée par les auteurs Martin Collet et Ludovic Ayrault comme « *sans doute opportune pour au moins deux raisons* » [291]. Première raison, si le juge de l'excès de pouvoir pouvait s'exprimer, il se transformerait alors en juge de l'impôt laissant à penser que la saisine de deux juges serait possible. Seconde raison, le choix d'exclure le juge de la relation administration administré est volontaire et souhaitable, cette relation devant reposer sur une confiance réciproque que la possible intervention du juge risquerait de remettre en cause.

Enfin, si le juge a été amené à infirmer ou à confirmer la possibilité de recours faisant suite à un acte administratif issu d'un règlement alternatif, il est parfois également amené à donner force exécutoire à ces actes.

---

[289] TA Bordeaux, 17 avr. 1997, n°922576.

[290] CE 19 juin 2017, « Sté GBL Energy », n°403096.

[291] COLLET, M. et AYRAULT, L., « Chronique de droit public financier », *RFDA*, 2017, p.1197.

Si la transaction et la sentence arbitrale ont autorité de chose jugée, elles n'ont pas de force exécutoire tant que le juge n'a pas homologué la première et prononcé l'exequatur de la seconde. Comme le précise Olivier Le Bot, dans ce cas, « *le juge étatique devient pour ainsi dire le bras armé* »[292] du mode alternatif du règlement des conflits. Mais bien entendu, s'il veut garantir pleinement l'efficacité de son action dans ce domaine, le juge doit exercer un contrôle de la sentence arbitrale ou de la transaction. En définitive, alors que la transaction est la convention amiable des parties, en cas d'homologation par le juge, celui-ci « *va devoir exercer la plénitude de ses attributions juridictionnelles* »[293]. Par ailleurs, le résumé de l'avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002, « Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses » qui pose les grands principes de la transaction administrative, précise que « *sous réserve que la transaction ait pour objet le règlement ou la prévention de litiges pour le jugement desquels la juridiction administrative serait compétente, le juge administratif peut, saisi de conclusions recevables en ce sens, homologuer un tel contrat* ». De fait, la juridiction administrative peut être saisie uniquement dans un second temps pour homologuer la transaction, les parties ayant elles-mêmes réglé le litige et en dehors de toute procédure juridictionnelle.

Dans un autre domaine, pour que la médiation, qui est un mode alternatif de règlement des conflits, soit demandée par les parties, il faut que ce soit un procédé connu, efficace et reconnu comme tel. Il est par conséquent nécessaire que la médiation apporte une véritable solution amiable au conflit, pérenne dans le temps, de la même façon qu'un jugement. C'est pourquoi la loi du 18 novembre 2016 a prévu un certain nombre d'articles mettant en place des garanties encadrant la médiation. En particulier, l'article L213-4 du Code de justice administrative dispose que la juridiction peut « *homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation* », lorsqu'elle a été saisie de conclusions en ce sens. Ce qui signifie que la médiation administrative a dans ce cas la même force qu'une décision de justice. Ainsi, « *demander au juge administratif d'homologuer un contrat de transaction alors qu'aucune instance contentieuse n'est pendante revient à engager une*

[292] LE BOT, O. « La sécurisation des MARL par le juge administratif », 2018.

[293] MAHINGA, J.-G., « La transaction en droit public (A propos de l'avis de l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002) », *Petites affiches*, 2003, n° 119, p.12.

procédure juridictionnelle pour permettre d'assurer l'exécution de la solution amiable à laquelle les parties ont consenti »[294].

Si l'homologation d'une médiation est généralement facultative, dans le cadre de la médiation menée au titre d'une action de groupe, tout accord qui a été négocié au nom du groupe avec le défenseur doit être homologuée par le juge conformément à l'article L77-10-17 du Code de justice administrative. Cette homologation qui a vocation à donner force exécutoire à l'accord non-juridictionnel a aussi pour but de permettre au juge de vérifier que l'accord est conforme aux intérêts des demandeurs.

En conclusion, le juge apparait comme un incontournable dans la vie des modes alternatifs de règlement des conflits auxquels il permet d'exister en leur donnant un cadre jurisprudentiel. Pourtant le rôle du juge va être revisité par l'existence de ces modes et si son rôle traditionnel va être réaffirmé, le juge va devoir lui-même être acteur dans l'adaptation de son office à la nouvelle problématique à laquelle il est confronté.

[294] LESTARQUIT H., « Médiation – Urbanisme », conclusions de rapporteur public de la 1ère chambre du Tribunal administratif de Strasbourg.

Chapitre 2 : Le rôle du juge revisité par les modes alternatifs de règlement des conflits

Le rôle du juge est intimement lié à l'histoire de la justice administrative qui n'est pas figée ; comme l'a en effet rappelé en introduction de son rapport en 2015 le groupe de travail « JADE », cette histoire « *est celle d'une institution en mouvement, dont l'évolution permanente est dictée, non tant par des préoccupations techniques ou des réactions à des situations de crise, que par une réelle volonté de répondre, en s'efforçant souvent de les anticiper, aux attentes de la société* » ; l'histoire du juge administratif s'inscrit à la fois dans la durée, la continuité et l'évolution. Alors que le rôle du juge va être amené à évoluer suite à une augmentation importante du contentieux dans de nouveaux domaines entrainant le développement des modes alternatifs de règlement des conflits, au « *déclin de la normativité de la loi* », au droit qui devient de plus en plus souple, à l'importance accrue des droits fondamentaux ainsi qu'au « *désengagement du politique* » et à « *l'affaiblissement de la fonction régulatrice de l'Etat sous l'effet d'une confiance progressivement sapée* »[295], le tout dans une « *logique de production d'un droit multipolaire* », « *le juge occupe dans l'espace public une place qui ne peut que l'inciter à intervenir davantage* ». Aussi « *le juge devient*[-il] *une figure d'autorité incontournable* (...) *à travers l'extension de son office* », prenant une place de plus en plus importante et « *suppléant les défaillances de l'action politique et de l'Etat* ». Et si d'après le professeur Guinchard[296], le juge récupère ainsi la part de pouvoir à laquelle le législateur renonce, d'après Alexandre Desrameaux[297] « *le juge administratif* (...) *réussit parfois à devenir une sorte de législateur secondaire en énonçant une règle générale et impersonnelle* ». Le rôle du juge, réaffirmé dans un contexte novateur et fluctuant, prend donc ici toute sa signification.

Ainsi, plus que jamais, si le rôle du juge administratif va être réaffirmé dans le contrôle des actes administratifs y compris ceux issus des modes alternatifs de règlement des conflits (Section 1), le juge administratif va devenir lui-même un acteur de l'évolution de son rôle liée au développement des modes alternatifs de règlement des conflits (Section 2).

---

[295] Propos introductifs de DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013.

[296] Cité *in* DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013.

[297] *Op. cit*, p.333

Section 1 : Un rôle du juge réaffirmé

Si en 2005, le juge des référés du Conseil d'Etat a considéré que « *le droit d'accès au juge n'est pas une liberté fondamentale sauf à ériger toutes les garanties formelles ou processuelles en droit ou liberté fondamentale* »[298], *a contrario* il a reconnu le droit au recours comme une liberté fondamentale au sens de l'article L521-2 du Code de justice administrative dans son arrêt du 30 juin 2009 « Min. contre Beghal » ; le juge administratif a par ailleurs considéré, à l'occasion d'un référé liberté, qu'une « *décision administrative qui fait obstacle à l'exécution d'une décision de justice méconnait la liberté fondamentale que constitue le droit au recours effectif devant un juge* »[299].

L'accès au juge ne peut effectivement pas être remis en cause et l'administré qui a eu un conflit avec l'administration et qui a emprunté une voie alternative, que cette voie soit facultative ou obligatoire, doit toujours pouvoir saisir le juge, même si c'est *a posteriori*, une fois que le processus alternatif s'est déroulé *in extenso*. Le juge reste souverain et c'est lui décidera *in fine*, si l'administré et l'administration sont toujours en désaccord suite à un recours alternatif. Selon Etienne Muller[300], « *l'accès au juge en droit administratif est traditionnellement vu beaucoup plus comme une garantie offerte aux particuliers contre l'arbitraire administratif que comme un moyen d'action de l'Administration* ».

D'ailleurs, si l'indépendance des recours administratifs et juridictionnels a été reconnue dès 1865 dans l'arrêt du Conseil d'Etat « d'Andigné de Resteau », la phase contentieuse qui fait suite à la phase préalable est indissociable d'elle, le recours alternatif et la décision attaquée étant reconnus comme constituant deux étapes d'une seule et même conclusion. En effet, comme le précise par exemple le rapporteur public Xavier Domino au sujet d'un recours contentieux faisant suite à un recours gracieux et à l'occasion d'un arrêt[301] du 7 mars 2018 rendu par le Conseil d'Etat, « *le recours gracieux doit être appréhendé par le juge administratif comme un acte transparent ou siamois de l'acte administratif attaqué* ». Le rapporteur public explique ensuite que le contentieux du recours gracieux et de l'acte administratif attaqué sont indissociables l'un de l'autre. Ce faisant, il reprend les conclusions

---

[298] CE, 20 janv. 2005, n°276475.

[299] CE, 4 mars 2010, « Mme Soignet et autre », n°336700.

[300] MULLER, E., *in* DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013, p.358.

[301] CE, 7 mars 2018, « Mme A », n°404079.

faites par le président Stahl dans l'affaire « M. et Mme D… »[302] selon lesquelles « *le recours administratif ne constitue pas une demande autonome par rapport à la décision qu'il entend contester : il n'a pas de signification en soi ; il n'en a que par rapport à cette décision initiale dont il poursuit la réformation ou l'annulation* ».

Mais si à l'issue d'un règlement alternatif, le requérant peut toujours saisir le juge administratif, ce qui est une garantie du « *droit à un procès équitable* » (Paragraphe 1), l'accès au juge est conditionné par le respect d'un certain nombre de conditions impératives constituant une garantie de « *bonne administration* » (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un accès au juge administratif comme garantie du « *droit à un procès équitable* »

La saisine d'un juge implique certes qu'un juge existe, qu'un juge soit compétent, mais aussi que le requérant ait les moyens de le saisir et qu'il connaisse les diverses procédures à respecter pour cela. Le « *droit à un procès équitable* » qui implique la saisine toujours possible d'un juge nécessite donc que l'accessibilité du juge ne soit pas qu'un vœu pieu (A), même si cet accès est modulé par le type de recours exercé (B).

A- L'effectivité de l'accessibilité au juge

Si le requérant souhaite exercer un recours contentieux, il doit pouvoir effectivement le faire et dans ce cas-là, l'Etat met en œuvre tout ce qui est nécessaire pour faciliter cet accès qui passe notamment par l'accès physique au juge qui inclue un aspect territorial, un aspect financier et des règles de saisine suffisamment claires pour que le requérant ne se perde pas sur le chemin d'accès au juge[303]. Comme l'a précisé à ce sujet le Conseil d'Etat[304] en 2014, « *il est* (…) *essentiel que les intéressés disposent d'une information claire et complète sur les formalités administratives exigées, sur les organes compétents, sur le cadre légal applicable et, lorsque les autorités publiques ont l'initiative d'une procédure, sur les motifs de cette dernière* ».

---

[302] CE, Sect., 15 juil. 2004, « M. et Mme D… », n° 266479.

[303] DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013.

[304] SAUVE, J.-M., « La codification de la procédure administrative dans l'Union européenne », *Conseil d'Etat*, 2014.

Mais si le requérant veut que son recours soit utile, il est nécessaire qu'un juge compétent soit reconnu pour traiter de l'affaire devant lui.

En ce qui concerne tout d'abord l'aspect territorial, ce sont les articles R312-1 à R312-19 du Code de justice administrative, soit les règles de droit commun, qui fixent les principes et déterminent les exceptions, assurant que le requérant va effectivement être en mesure de trouver le juge compétent au plus proche de chez lui pour résoudre son différend et que l'ensemble du territoire français dépende au moins d'un juge, que le requérant vive dans l'Hexagone ou à des milliers de kilomètres de la capitale.

En ce qui concerne ensuite l'aspect financier, une aide juridictionnelle peut être accordée au requérant en fonction de ses revenus afin que ses ressources individuelles ne soient pas un obstacle à la saisine du juge. Le dispositif d'aide juridictionnelle est actuellement prévu par la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique. Par ailleurs, la même loi prévoit une aide à l'accès au droit organisée autour d'une information des personnes concernées, ainsi qu'une aide dans l'accomplissement des démarches juridiques et pour la rédaction des actes. Les conseils départementaux d'accès au droit, définis par la loi du 10 juillet 1991, officient essentiellement dans le domaine du droit judiciaire mais des représentants de l'Etat participent à ces conseils et certains représentants des communes peuvent être appelés à y siéger. Ces conseils peuvent également intervenir dans le domaine amiable. Une participation financière peut être demandée au requérant, comme le reconnait l'article 58 de la loi du 10 juillet 1991. Au niveau national, le Conseil national de l'aide juridique est chargé de faire des propositions aux pouvoirs publics pour améliorer l'aide juridictionnelle et l'aide à l'accès au droit. De plus, certaines assurances de protection juridique prennent en charge, et souvent sans conditions de ressources, tout ou partie des frais liés à un recours amiable ou juridictionnel, en même temps qu'elles apportent dans certains cas des conseils juridiques.

En ce qui concerne enfin la clarté des règles, aujourd'hui, même si le droit évolue très rapidement, tous les éléments sont normalement disponibles en temps réel grâce à des outils simples et accessibles sur le web. De plus, des efforts de communication sont faits en termes de vulgarisation du droit sous forme de fascicules gratuits et en accès libre, dans les Tribunaux administratifs notamment. Par ailleurs, certaines associations aident ceux qui en ont besoin et des initiatives locales ont lieu, comme par exemple celle du Conseil départemental de l'accès au droit du Puy-de-Dôme qui, en mai 2017, a instauré la tenue d'une permanence juridique gratuite au Tribunal administratif de Clermont-Ferrand afin

d'apporter une information et une aide de proximité au public. Dans le même ordre d'idées, le Ministre de la Justice a mis en ligne un outil permettant d'orienter les demandeurs en fonction du problème rencontré ; il s'agit dans certains cas d'une présentation très simplifiée, mais fort utile, du Code de justice administrative ou du Code des relations entre le public et l'administration. Comme l'a précisé le vice-président du Conseil d'Etat[305], il est nécessaire que des règles applicables aux procédures administratives, y compris non-contentieuses, soient codifiées, comme cela est en cours au niveau de l'Europe ; la garantie des droits progresse, impliquant des « *relations claires, sereines, respectueuses et efficaces entre les autorités publiques et les administrés, qui ne sont décidément plus des sujets* ». Tous ces éléments concourent à favoriser l'accès au juge, notamment pour les plus démunis face à la complexité du droit.

Toutefois, il n'est pas suffisant qu'un juge territorialement compétent existe, ni que le requérant ait les moyens d'y accéder ; pour qu'une affaire soit traitée de manière efficace, il est nécessaire qu'un juge compétent existe dans le domaine dont relève le conflit.

Les règles de répartition entre les juridictions relèvent entre autres de la décision[306] du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 et des règles issues à la fois du contentieux administratif général et du contentieux judiciaire. Toutefois, s'il existe des domaines dans lesquels la notion de juge compétent est une évidence, il en est d'autres dans lesquels ce n'est pas le cas, ce qui a donné lieu à une jurisprudence abondante en fonction du sujet. Il ne relève pas du présent mémoire d'entrer dans le détail des différentes jurisprudences ; la complexité du problème sera simplement abordée en se concentrant essentiellement sur le domaine fiscal dans lequel le « *juge de l'impôt* » est tantôt le juge administratif, tantôt le juge judiciaire, tous deux partageant leurs compétences.

Dans le domaine fiscal donc, qu'il s'agisse de l'assiette ou du recouvrement de l'impôt rappelons-le, toute saisine du juge administratif doit avoir été précédée d'un recours administratif préalable obligatoire sous peine d'irrecevabilité et le Livre des procédures fiscales reconnait en son article L190 la compétence de la juridiction contentieuse dans ce cas-là. L'article L199 alinéa un du même Livre précise quant à lui le partage des

---

[305] SAUVE, J.-.M, « La codification de la procédure administrative dans l'Union européenne », *Conseil d'Etat*, 2014.

[306] Conseil constitutionnel, 23 janv. 1987, « Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », décision n°86-224 DC.

compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire[307], confirmant par là-même la possibilité de saisine d'un juge suite à un règlement amiable. En matière de recouvrement de l'impôt[308], cette répartition des compétences a par exemple été confirmée par une décision[309] du Tribunal des conflits en date du 13 avril 2015.

Si l'administration fiscale est chargée du recouvrement de l'impôt, elle dispose par ailleurs de prérogatives particulières dans son domaine puisqu'elle a notamment la possibilité, lorsque le contribuable ne s'acquitte pas de son dû, de mettre en œuvre des mesures de recouvrement forcé pouvant conduire à la saisie de ses biens. Ces mesures, qui illustrent la toute-puissance de l'administration fiscale, peuvent être très préjudiciables pour l'administré, et c'est pourquoi elles peuvent donner lieu à des contestations portant sur le bienfondé de la poursuite ou sur un vice de forme entachant l'acte[310]. Là encore, la compétence du juge est effectivement répartie entre le juge administratif et le juge judiciaire. Ainsi, en vertu de l'article L281 du Livre des procédures fiscales, les recours formés à l'encontre de la régularité de l'acte sont portés devant le juge judiciaire alors que les recours formés à l'encontre de « *l'existence de l'obligation de payer, sur le montant de la dette compte tenu des paiements effectués, sur l'exigibilité de la somme réclamée, ou sur tout autre motif ne remettant pas en cause l'assiette et le calcul de l'impôt* » devant le juge de l'impôt tel qu'il est défini par l'article L199 du Livre des procédures fiscales.

Par ailleurs, le contribuable peut s'opposer soit à l'acte de contrainte[311], soit à l'acte de poursuite[312]. Mais de nouveau, le requérant ne peut saisir le juge de l'impôt qu'après avoir exercé un recours amiable et dans un délai de deux mois à compter de la réponse explicite ou implicite de l'administration. Dans le cas d'une opposition à acte de contrainte, le contribuable doit avoir adressé une demande préalable au trésorier payeur-général dans un

---

[307] En matière d'impôts directs, de taxes sur le chiffre d'affaires et de taxes assimilées, c'est la juridiction administrative qui est compétente. En matière d'impôts relatifs à l'enregistrement, à l'impôt sur la fortune immobilière, de publicité foncière, de droits de timbres, de contributions indirectes et de taxes assimilées à ces droits, taxes ou contributions, c'est la juridiction judiciaire qui l'est.

[308] Elle résulte de l'application combinée des deux articles L281 et L199 du Livre des procédures fiscales

[309] T. conflits, 13 avril 2015, n°C3988.

[310] Seuls les actes de poursuite au sens de l'article L281 du Livre des procédures fiscales peuvent faire l'objet d'une opposition. Dans ce cas, l'assiette ou le calcul de l'impôt ne peuvent être remis en cause.

[311] L'opposition à contrainte correspond à l'opposition faite au montant de la dette ou à son exigibilité ou sur tout autre motif ne remettant pas en cause l'assiette et la liquidation de l'impôt.

[312] Il s'agit de la forme ou de la procédure des poursuites engagées.

délai de deux mois à compter de la notification de l'acte de contrainte ; dans le cas d'une opposition à acte de poursuite, l'administré doit s'adresser au directeur des services fiscaux. L'administration fiscale doit répondre dans un délai de deux mois et le silence gardé au-delà vaut refus. A nouveau, seule cette décision de l'administration pourra être portée devant le juge.

Dans tous les cas, le tribunal territorialement compétent est celui du lieu où le requérant demeure, ou le tribunal du lieu d'exécution de la mesure contestée par le requérant et les tribunaux administratifs sont compétents en premier ressort dans le cadre du contentieux relatif aux impôts directs, aux taxes sur le chiffre d'affaires et aux taxes assimilées ; ils statuent aussi en premier et dernier ressort sur les recours de plein contentieux fiscal relatifs aux impôts locaux.

En conclusion, en matière fiscale comme dans tous les autres domaines d'ailleurs, un juge compétent doit exister, même si sa désignation n'est pas évidente à appréhender, et son accessibilité doit être garantie dans le respect du « *droit à un procès équitable* ». Cependant, bien qu'un juge soit compétent, il ne l'est bien évidemment qu'à partir du moment où les recours préalables, dans la mesure où ils étaient obligatoires, ont été exercés. Si la compétence du juge garantit qu'un juge puisse être saisi, son accessibilité dépend aussi du type de recours.

B- Un accès au juge modulé par le type de recours

Une fois que le juge compétent a été désigné, il s'agit de savoir quelle est la nature du recours exercé, recours pour excès de pouvoir ou de pleine juridiction ainsi que l'éventuelle étendue du contrôle effectué par le juge. Un recours indemnitaire est également envisageable sous certaines conditions.

De façon générale, dans le domaine du contentieux administratif, le requérant a la possibilité de saisir soit le juge du plein contentieux, soit celui de l'excès de pouvoir. La répartition des rôles entre ces deux juges a été dégagée dès le 8 mars 1912 par l'arrêt « Lafage » du Conseil d'Etat dans lequel la haute juridiction reconnait la possibilité pour le contribuable d'exercer un recours pour excès de pouvoir alors même qu'il aurait dû exercer un recours de plein contentieux. L'idée de base est d'ouvrir la possibilité au requérant de s'engager dans la voie contentieuse qui lui sera la plus favorable. Et comme l'a expliqué le professeur Chapus, « *il ne faut pas croire que la jurisprudence Lafage est limitée au*

contentieux pécuniaire de la fonction publique »[313], puisqu'effectivement par la suite, cette jurisprudence sera étendue à d'autres domaines comme le refus de subvention à une association, le refus de versement de prime à la construction... pour finalement englober les recours formés à l'encontre des sanctions administratives comme le reconnait l'arrêt d'assemblée du 16 février 2009 « Société Atom »[314]. Le recours pour excès de pouvoir est le recours de droit commun par lequel une personne qui a un intérêt à agir peut demander l'annulation par le juge d'une décision administrative exécutoire jugée illégale, dans la mesure où cette décision émane d'une autorité administrative ou d'un organisme privé agissant dans le cadre d'une mission de service public. Si aucun texte juridique n'a expressément reconnu ce recours, c'est le Conseil d'Etat qui l'a mis en place dans son « arrêt Dame Lamotte » du 17 février 1950. Il en est issu un principe général du droit selon lequel le recours pour excès de pouvoir est ouvert même sans texte contre toute décision administrative.

Pour en revenir à la matière fiscale et toujours à titre d'illustration, la règle de répartition des compétences est *a priori* simple : le juge de l'excès de pouvoir n'est compétent que dans la mesure où le juge de l'impôt, lorsqu'il s'agit du juge administratif, ne l'est pas, ce qui signifie que la compétence du juge de l'excès de pouvoir est limitée aux seuls litiges dont le jugement échappe au juge de l'impôt. L'intérêt d'aborder ici le domaine fiscal est de mettre en évidence le fait que dans le cas où le juge de l'impôt est le juge administratif, le contentieux est toujours un contentieux objectif de pleine juridiction, ce qui confère à ce juge des pouvoirs particuliers dépassant largement ses pouvoirs classiques : dans ce cas, le juge peut annuler, réformer ou modifier une décision administrative mais également prononcer des condamnations pécuniaires visant à la réparation d'un préjudice et même substituer sa propre décision à celle qui a été attaquée. Le juge peut également réduire l'assiette de l'impôt, prononcer en faveur du contribuable la décharge ou la réduction de l'imposition initialement établie et fixer l'étendue de l'obligation fiscale du contribuable. Si le contentieux fiscal est un contentieux de pleine juridiction, c'est tout simplement parce que le Conseil d'Etat en a décidé ainsi dans son arrêt du 29 juin 1962 « Société des aciéries de Pompey », jurisprudence qu'il a confirmée en 1996 à l'occasion de l'arrêt « Houdmond », alors soucieux de conférer au juge des pouvoirs particulièrement étendus. En matière fiscale,

---

[313] CHAPUS, R., « Droit du contentieux administratif », *Montchrestien*, 2006, p.719.

[314] CE, Ass., « Société Atom », 16 févr. 2009.

la décision issue du recours préalable peut donc être entièrement revue par le juge et les deux voies successivement offertes à l'administré pour régler son différend, d'abord la voie amiable puis la voie juridictionnelle, se complètent efficacement pour tenter de rétablir l'équilibre entre l'administration et l'administré et pencher en faveur de ce dernier si nécessaire.

Le fait que le recours pour excès de pouvoir, qui permet en matière fiscale d'exercer un recours de droit commun sur les matières autres que celles relatives à l'assiette et au recouvrement de l'impôt, conduise à la saisine du juge de l'annulation uniquement en l'absence de recours parallèle repose sur le fonctionnement de l'administration fiscale. En effet, si le chef d'irrecevabilité tiré du recours parallèle n'existait pas, le contribuable qui estimerait que l'impôt a été illégalement établi à son encontre contesterait directement devant le juge de l'excès de pouvoir la décision relative à son impôt et il aurait alors la possibilité de transformer en recours pour excès de pouvoir le recours de pleine juridiction qui lui est offert. Ainsi, à partir du moment où la voie du recours devant le juge de pleine juridiction est ouverte, la voie de l'excès de pouvoir est fermée, mais sous réserve toutefois que la décision ait la même portée. Le Conseil d'Etat a en effet reconnu[315] en 1950 que le recours en annulation « *n'est pas recevable lorsqu'il n'est pas de nature à procurer au requérant une satisfaction plus complète que le recours parallèle* ». Par contre, le contribuable conserve toujours la possibilité de contester un acte administratif règlementaire conditionnant l'application de l'impôt par la voie de l'excès de pouvoir et dans ce cas la conséquence plausible du recours est l'annulation à effet rétroactif de l'acte qui a une portée *erga omnes*, comme l'a dégagé le Conseil d'Etat dans un arrêt du 2 novembre 1938.

Le droit fiscal présente enfin une particularité en matière de recours pour excès de pouvoir puisque certaines décisions fiscales[316] peuvent être attaquées en annulation, alors même que le contentieux de l'impôt concerné relève des tribunaux de l'ordre judiciaire[317].

Toutefois, la jurisprudence est en pleine évolution quant à la place relative du recours pour excès de pouvoir et du recours de plein contentieux et, depuis l'arrêt du 2 décembre 2016 « Société Export Press », le recours en annulation, jusque-là presque relégué au second

---

[315] CE, 27 févr. 1950, n°95586.

[316] Celles qui portent refus ou retrait d'agréments ministériel.

[317] T. confl., 17 oct. 1988, n° 2523.

plan, prend une nouvelle importance. En effet le Conseil d'Etat, en même temps qu'il confirme qu'à partir du moment où un recours contentieux est possible un recours en annulation ne l'est pas, complète cette affirmation par la possibilité d'exercer un recours en annulation lorsque la décision de l'administration risque d'entraîner pour le contribuable des « *effets notables autres que fiscaux* », de « *lourdes sujétions* », ou est de nature à remettre en cause ses projets. Cela signifie par conséquent que, alors que la voie du plein contentieux est possible, le Conseil d'Etat admet que le requérant puisse exercer un recours pour excès de pouvoir dans la mesure où la décision attaquée risquerait, si elle n'était pas annulée, d'entraîner des conséquences importantes et autres que fiscales pour le requérant. Cet arrêt, qui rend moins claire la séparation entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction, a l'avantage d'étendre la possibilité pour le requérant de saisir le juge de l'excès de pouvoir. Il présente par contre l'inconvénient, avant d'ouvrir la voie du contentieux de l'annulation, de devoir estimer de façon précise les conséquences qu'entrainerait une non-annulation de la décision attaquée. Ainsi, une question qui découle de cette jurisprudence revient à savoir qui va devoir apprécier la gravité des conséquences de la décision pour le requérant de nature à lui ouvrir la voie de l'excès de pouvoir, à part le juge lui-même. De plus, alors que la saisine du juge de l'excès de pouvoir est relativement simple, cette nouvelle étape complique considérablement les choses ; si cette voie est ouverte après la voie du plein contentieux, cela risque de nécessiter d'exercer un recours administratif préalable obligatoire avant de saisir le juge de l'annulation. Quoi qu'il en soit, les places respectives du contentieux de pleine juridiction et du recours en annulation présentent l'avantage de protéger au mieux l'administré face à une administration toute puissante, mais également de préserver cette dernière en ne l'empêchant pas d'exécuter sa mission principale, le prélèvement de l'impôt.

Si le requérant a la possibilité d'exercer un recours en annulation ou de pleine juridiction, il a aussi parfois la possibilité d'exercer un recours indemnitaire et le domaine fiscal constitue à nouveau une bonne illustration de la complexité du sujet. Là encore, si le contribuable peut dans certains cas engager la responsabilité de l'administration fiscale et faire un recours en dommages et intérêts, il doit avoir au préalable exercé un recours administratif par nature obligatoire, comme le reconnait l'article 421-1 alinéa deux du Code de justice administrative. Cette condition imposée sur la voie d'accès au juge est de nature à surprendre dans la mesure où le recours indemnitaire fait normalement suite à une faute de l'administration. L'exercice d'un recours administratif préalable obligatoire demande à

l'administration de revoir sa position mais pour cela, elle doit reconnaitre sa faute. Le recours immédiat au juge n'offrirait-il pas une meilleure, ou plus rapide, garantie de succès ? Il ne s'agit plus seulement ici d'annuler un acte mais bien d'obtenir une indemnisation financière liée à un préjudice causé par l'administration.

Dans le cadre de ce recours indemnitaire et de la même façon que le juge administratif et le juge judiciaire ont des compétences partagées en contentieux fiscal, ils en ont aussi dans le domaine des recours en dommages et intérêts. Trois grands principes coexistent : le juge administratif est normalement compétent pour connaître de toutes les actions en dommages-intérêts dirigées contre l'État[318] ; le « *juge de l'impôt* » relève soit de l'ordre administratif, soit de l'ordre judiciaire ; le juge judiciaire est compétent pour connaître de la régularité en la forme des actes de poursuite[319]. C'est pourquoi, dans un souci de conciliation, le Tribunal des conflits, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont décidé conjointement de répartir entre les différentes juridictions les compétences selon que le dommage résulte d'une faute affectant les opérations d'assiette, de recouvrement ou une activité extra-fiscale.

Ainsi, lorsque la faute affecte les opérations d'assiette et au terme d'une évolution jurisprudentielle, les tribunaux font désormais prévaloir la théorie des « *blocs de compétence* » qui attribue le contentieux de la responsabilité au juge compétent en matière d'assiette. La jurisprudence est abondante[320] à ce sujet. Lorsque la faute affecte les opérations de recouvrement et dans la mesure où la faute est commise dans l'exécution des poursuites, c'est le juge judiciaire qui est compétent. Si la faute imputée à l'administration est détachable des opérations d'assiette et de recouvrement, c'est le juge administratif qui est compétent pour connaître de l'action en responsabilité. Lorsque la faute réside dans la décision d'engager les poursuites ou dans le choix des mesures de poursuite, le juge compétent est celui qui l'est pour statuer sur les contestations relatives à l'impôt concerné. Evidemment, en cas de poursuite pénale pour fraude fiscale, c'est le juge judiciaire qui a reçu compétence exclusive. Par ailleurs, toute décision illégale de l'administration fiscale en matière d'assiette comme de recouvrement est constitutive d'une faute, quelles que soient les difficultés d'appréciation d'une situation fiscale. La responsabilité de l'agent peut être engagée comme dans le droit commun, sur la base de la responsabilité pour faute

---

[318] T. confl., « Blanco », 8 févr. 1873.

[319] Article L281 du Livre des procédures fiscales.

[320] T. confl. 14 mai 1984, n°02302 et CE, 27 janv. 1989, n°68448, par exemple.

personnelle, de service, voire du cumul des responsabilités et le juge judiciaire est compétent en cas de faute personnelle, le juge administratif en cas de faute de service.

Afin d'engager la responsabilité de l'administration fiscale, les différentes conditions nécessaires relèvent du droit administratif général : le requérant doit avoir subi un préjudice lié à l'activité de l'administration, le lien de causalité doit être démontré et le préjudice doit être réel, direct et certain. En droit fiscal toutefois, « *l'existence même d'un préjudice ne saurait résulter du seul paiement de l'impôt* »[321] et si l'administration fiscale a commis une erreur de procédure n'entachant pas le paiement de l'impôt, le requérant ne peut pas s'en prévaloir, ce qui n'est pas sans rappeler l'arrêt « Danthony »[322] du Conseil d'Etat. Cette jurisprudence renvoie à la nature même de l'impôt que le citoyen approuve et auquel il ne peut se soustraire.

Tout est donc mis en place pour faciliter la reconnaissance de la faute imputable à l'administration et par conséquent l'indemnisation de l'administré ; mais en même temps le processus est compliqué par l'exercice obligatoire d'un recours administratif. Alors que l'équilibre semble se déplacer en faveur du requérant, il se dirige en fait vers... l'administration, qui pourra par ailleurs toujours essayer de se dégréver de sa responsabilité.

Si pour engager la responsabilité de l'administration fiscale la faute est effectivement démontrée, la procédure du recours en indemnité peut aboutir. Toutefois, devant le juge administratif, sont irrecevables des conclusions en indemnités jointes à un recours fiscal qui sont présentées sans le ministère d'un avocat comme le reconnaissent des arrêts[323] du Conseil d'Etat en date du 13 octobre 1971 et du 3 janvier 1973, et évidemment, sans décision préalable implicite ou explicite de l'administration.

Dernière particularité fiscale, le requérant ne peut exercer une action en responsabilité que si le « *juge de l'impôt* » lui a accordé satisfaction. Aussi, s'il n'a pas formé dans les délais une demande sur le plan fiscal, il n'est pas recevable à former un recours en indemnité, comme l'a mis en avant le Conseil d'Etat le 30 mars 1960. De même, un contribuable dont la demande en décharge d'une contribution a été rejetée, n'est pas recevable à demander une indemnité en raison du préjudice que lui a causé son assujettissement à cette

---

[321] CE, 21 mars 2011, n°306225.

[322] CE, Ass., 23 déc. 2012, « Danthony », n°335033.

[323] CE, 13 oct. 1971, n°80516 et CE, 3 janv. 1973, n°82270.

contribution, conformément à l'arrêt[324] du Conseil d'Etat du 30 octobre 1996. Finalement, le contribuable qui veut former une action dans le domaine de la responsabilité afin d'être indemnisé de son préjudice doit avant toute chose avoir eu gain de cause auprès du juge de l'impôt. De cette façon, la demande indemnitaire est, de fait, encore compliquée.

Ainsi donc, après avoir eu recours à un mode alternatif, le requérant peut être amené à saisir un juge ; mais si cette saisine du juge est en théorie toujours possible, de fait, elle reste subordonnée à la compétence du juge, et au type de recours exercé. Mais elle est également conditionnée par certaines règles impératives qui restreignent l'accès au juge, évidemment dans un souci de « *bonne administration* ». Il serait en effet impensable d'imaginer que tout recours exercé dans le cadre d'un mode alternatif n'ayant pas satisfait le requérant puisse connaitre une suite juridictionnelle sans conditions particulières de saisine du juge ; celui-ci se trouverait alors confronté à une masse d'affaires ne devant pas être portées devant lui ou ne relevant pas de sa compétence, et les délais de traitement s'en trouveraient par conséquent allongés de façon inutile, remettant en cause l'efficacité de la voie juridictionnelle de règlement des conflits.

[324] CE, 30 oct. 1996, n°141043.

Paragraphe 2 : Des conditions impératives d'accès au juge garantes d'une « *bonne administration* »

Il existe effectivement un certain nombre de conditions impératives devant être remplies afin d'accéder au juge : tous les actes ne peuvent pas être déférés devant le juge, seuls certains d'entre eux sont susceptibles de recours (A) et, de plus, l'accès au juge est conditionné par la recevabilité de la requête (B).

A- Un accès au juge limité par la nature de l'acte

Les limites à l'accès au juge liées à la nature de l'acte administratif sont globalement les mêmes que celles du droit administratif général. Afin d'illustrer le propos, l'exemple du domaine fiscal va de nouveau être développé ici, dans ce domaine tout recours contentieux devant faire initialement l'objet d'un recours administratif préalable obligatoire.

Si de façon générale, les actes susceptibles de recours contentieux sont certaines décisions à caractère règlementaires et les décisions à caractère individuel lorsqu'elles font directement grief, en cas de recours administratif préalable obligatoire, seule la décision de l'administration qui s'est substituée à la décision initiale peut être contestée. Par ailleurs, l'avis d'une commission chargée de médiation dans le domaine fiscal, n'étant pas considérée comme une décision faisant grief, ne peut pas être déférée devant le juge de l'excès de pouvoir comme l'a reconnu le Conseil d'Etat dans l'un de ses arrêts[325]. Dans un autre arrêt[326] en date du 17 avril 1974, le Conseil d'Etat a de plus décidé que les décisions des commissions fiscales faisant grief ne sont pas détachables de la procédure d'imposition et que, par suite, leur légalité ne peut être mise en cause qu'à l'occasion d'une réclamation visant l'imposition subséquente. Dans la même logique, considérant qu'un contentieux fiscal ne peut être engagé en l'absence d'imposition, le Conseil d'Etat a jugé dans un arrêt[327] qu'un contribuable non assujetti à l'impôt sur le revenu est recevable à déférer au juge de l'excès de pouvoir la décision par laquelle la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires a fixé son bénéfice commercial forfaitaire puisque, dans la mesure où ce bénéfice est utilisé pour déterminer l'assiette de diverses cotisations sociales, la décision est de nature à lui faire grief.

---

[325] CE, 19 nov. 1956, n° 38216.

[326] CE, 17 avr. 1974, n°92252.

[327] CE, 8 mai 1981, n°17929.

En matière d'actes non-détachables de la procédure d'imposition, un recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable en matière fiscale à l'encontre d'actes faisant partie intégrante d'une procédure d'imposition et dont la régularité est susceptible d'être critiquée par la voie d'un recours contentieux formé dans les conditions prévues aux articles R190-1 et suivants du Livre des procédures fiscales et tendant à la décharge ou à la réduction des cotisations effectivement mises en recouvrement à l'issue de ladite procédure. Il s'agit des actes concourant à l'assiette de l'impôt et spécialement des décisions relatives à la mise en œuvre du contrôle fiscal. Sont par exemples considérés comme non détachables de la procédure d'imposition, une proposition de rectification au sujet d'une notification de redressement[328] ainsi que la lettre portant confirmation de redressements[329]. Dans le cas d'un acte non-détachable d'une procédure d'imposition, seule la voie du juge de l'impôt reste ouverte[330].

D'autres actes administratifs, bien qu'ils puissent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, présentent la particularité d'être privés de la voie de l'appel ; seule la voie de la cassation est alors possible. Il s'agit en particulier des demandes gracieuses en termes de remises, de modération ou de transaction effectuées sur le fondement de l'article L247 du Livre des procédures fiscales. En effet, le Conseil d'Etat est venu préciser par deux arrêts en date du 16 juillet 1976[331] et du 16 juin 1986[332] que « *la circonstance que les décisions prises par le directeur sur les demandes des contribuables tendant à obtenir, à titre gracieux, une remise ou une modération de leurs impositions sont susceptibles de recours devant le directeur général, ne fait pas obstacle à ce qu'elles soient attaquées devant le tribunal administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir* ». Mais dans ce domaine, et en vertu de l'article 811-1 du Code de justice administrative, « *le tribunal administratif statue en premier et dernier ressort* (...) *sur les requêtes contestant les décisions prises en matière fiscale sur des demandes de remise gracieuse* », ce qui signifie que, en matière gracieuse, la voie de l'appel n'existe pas, seule demeure la cassation devant le Conseil d'Etat.

---

[328] CE, 20 avr. 1983, n°29118.

[329] CE, 26 nov. 1971, n° 83409.

[330] CE, 26 mars 2008, n°278858.

[331] CE, 16 juill. 1976, n°00240.

[332] CE, 16 juin 1986, n°46743.

Au-delà des décisions faisant directement grief, le cas des circulaires, instructions et notes administratives à caractère impératif est particulier puisque tous ces actes administratifs ont en commun de ne pas porter grief, leur but étant normalement de permettre à l'administration de donner des instructions en interne. Ces documents ne peuvent donc, en principe, être déférés devant le juge de l'excès de pouvoir. Toutefois, et ce depuis la « jurisprudence Duvignères » de 2002, les instructions et circulaires ministérielles qui présentent un caractère impératif, c'est-à-dire qui créent des droits ou des obligations, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il convient donc d'opérer une distinction entre les décisions dénuées de caractère impératif ne faisant pas grief à l'encontre desquelles un recours est irrecevable de celles faisant grief en raison de leur caractère impératif et général, afin de déterminer si la décision est susceptible d'être annulée par le biais du recours en annulation. A titre d'exemple, les dispositions d'une note qui se borne à donner aux agents chargés d'un contrôle fiscal des indications relatives à l'exercice de ce contrôle ne sont pas de nature à faire grief, en conséquence de quoi et en vertu de l'arrêt[333] du Conseil d'Etat du 19 février 2003, le refus de rapporter ces dispositions n'est pas une décision susceptible de recours. *A contrario*[334], les dispositions d'une instruction administrative du directeur général des douanes, par exemple, en ce qu'elle dispose que les commissionnaires en douane agissant en représentation directe sont solidairement responsables du paiement de la taxe sur la valeur ajoutée afférente aux importations de biens ont un caractère général et impératif et font donc grief. La jurisprudence dans ce domaine est abondante.

Par ailleurs, le juge administratif est aujourd'hui compétent pour examiner les motifs de fait et de droit dans ce type de décisions. C'est ainsi qu'en vertu de l'arrêt du 26 janvier 1968[335], l'administration doit indiquer au juge de l'excès de pouvoir les raisons de fait et de droit ayant motivé sa décision. En matière de motivation, si dans un arrêt[336] du 18 décembre 1970 le Conseil d'Etat retient que « *la circonstance que les décisions prises par le directeur sur les demandes de l'espèce sont susceptibles de recours devant le Directeur général ne*

[333] CE 19 févr. 2003, n°235697.

[334] CE, 28 nov. 2003, n° 246501.

[335] CE, 26 janv. 1968, n° 69765.

[336] CE, 18 déc. 1970, n° 75639.

fait pas obstacle à l'introduction d'un tel recours », dans un arrêt[337] du 15 octobre 1980, les hauts juges administratifs ont retenu que « *le refus de l'administration d'accorder une remise ou une modération ne peut être annulé que si cette décision, qui n'a pas à être motivée, est entachée d'une erreur de droit, d'une erreur de fait, d'une erreur manifeste d'appréciation ou si elle est révélatrice d'un détournement de pouvoir* ». En particulier, dans le cas où la demande du contribuable repose sur l'application de l'article L247 1° du Livre des procédures fiscales et est fondée sur la gêne ou l'indigence, le juge de l'excès de pouvoir examine notamment si l'administration n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation quant à la possibilité pour le contribuable de se libérer de sa dette fiscale compte tenu de ses facultés contributives.

Ainsi, alors même qu'elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, l'administration ne doit pas commettre d'erreur manifeste d'appréciation et elle doit être en mesure de justifier devant le juge la position qu'elle a adoptée. Finalement, si le recours préalable formé auprès de l'administration permet éventuellement à celle-ci de revoir sa position initiale, le juge peut toujours intervenir pour demander à l'administration d'expliciter sa décision.

En conclusion, l'accès au juge est limité par la nature de l'acte, ce qui est une règle générale du contentieux administratif, et l'une des conditions garantissant une « *bonne administration* » de la justice. Mais la nature de l'acte n'est pas le seul paramètre nécessaire permettant l'accès au juge ; la recevabilité de la requête reste une condition substantielle de la saisine du juge.

B- La recevabilité de la requête, condition substantielle de l'accès au juge

Avant toute chose, pour qu'une requête soit recevable, il faut qu'un mode alternatif de règlement des conflits ait été exercé s'il était obligatoire. C'est l'une des conditions substantielles de la saisine du juge. Mais si cette condition est nécessaire, elle n'est pas suffisante et le requérant, pour pouvoir ester en justice, doit présenter une requête recevable, c'est-à-dire qui respecte un certain nombre de conditions, dont les délais, l'intérêt et la qualité à agir ; la requête doit également être bienfondée.

[337] CE, 15 oct. 1980, n°17482.

Dans le domaine des délais, le recours contentieux est ouvert à l'administré après que celui-ci a obtenu de l'administration une décision lui faisant grief, et sous réserve d'avoir mené à son terme un recours préalable dans la mesure où celui-ci est obligatoire. L'administré dispose alors d'un délai variable en fonction du domaine pour saisir le juge et la décision administrative faisant grief doit préciser les délais et voies de recours. Lorsque ce n'est pas le cas, en vertu de la « jurisprudence Czabaj » de 2016, le recours doit être exercé dans un « *délai raisonnable* », fixé à un an. Si cette règle s'applique de manière générale au contentieux administratif, depuis un arrêt du 31 mars 2017, le Conseil d'Etat applique également cette jurisprudence aux contentieux fiscaux d'assiette et de recouvrement. En matière fiscale, l'administration dispose d'un délai de six mois pour se prononcer sur la réclamation, délai suite auquel le contribuable peut saisir le juge compétent à tout moment pour contester la décision implicite de rejet. En cas de rejet par l'administration le contribuable peut alors, s'il le souhaite, saisir le tribunal. Si le contribuable attend la décision expresse de l'administration, c'est celle-ci qui fait courir le délai de saisine du tribunal.

Mais le respect des délais n'est pas la seule condition pour que la requête soit recevable et l'accès au juge passe également par la reconnaissance de la légitimité de l'auteur du recours ; celui qui veut saisir le juge doit démontrer qu'il est effectivement « *titulaire d'un droit d'accès au juge* »[338] dont une capacité, un intérêt et une qualité à agir, faisant partie des conditions de recevabilité de sa requête. La notion d'intérêt à agir peut avoir une définition restrictive, variable d'ailleurs selon que le recours relève du plein contentieux ou de l'excès de pouvoir. Dans le cas du plein contentieux, comme en matière fiscale où le contribuable est directement concerné par la décision de l'administration, l'intérêt à agir peut être la conséquence directe de « *la violation d'un droit* (...) *qui est la cause de l'action* »[339], comme l'explique Alexandre Desrameaux. L'intérêt à agir est donc conféré par une décision personnelle faisant grief et il peut être présumé.

---

[338] DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013.

[339] BERTHELEMY, H., « Traité élémentaire de droit administratif » *in* DESRAMEAUX, A., *in* DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013, p.336.

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir par contre, la notion d'intérêt à agir est plus difficile à définir. En droit fiscal par exemple le Conseil d'Etat a reconnu dans l'un de ses arrêts[340] dès 1920 que « *la qualité de contribuable d'État ne suffit pas à donner intérêt à agir par la voie du recours pour excès de pouvoir contre les mesures administratives qui ont une répercussion sur les finances publiques* ». *A contrario*, le 23 décembre 1938, les hauts juges administratifs ont considéré que « *la solution opposée est, au contraire, traditionnellement adoptée pour les mesures visant les finances locales* ». En effet, le contribuable local peut attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir tous les actes administratifs ayant une incidence sur les recouvrements fiscaux, qu'il s'agisse des délibérations des assemblées locales qui votent les taxes ou des décisions prises par l'administration d'État qui en assure l'assiette et le recouvrement.

La notion d'intérêt à agir peut être approchée de façon générale et, comme l'explique à nouveau Alexandre Desrameaux[341], « *dans le contentieux de l'excès de pouvoir, c'est le vice dont l'acte attaqué est entaché qui est invoqué et qui est la cause de l'action, l'intérêt pour agir n'étant que le gage du sérieux de cette action qui tend à l'annulation par le juge de l'acte contesté en raison de son illégalité et non pour satisfaire l'intérêt lésé du requérant. L'intérêt pour agir n'est pas l'intérêt général qu'il y a à la censure d'un acte illégal* ». L'intérêt à agir est dans ce cas lié à l'intérêt à agir personnel du requérant contre l'acte attaqué. Ainsi définie, la notion d'intérêt à agir, ou d'intérêt pour agir, a pour conséquence immédiate de restreindre l'accès au juge. Pourquoi donc limiter l'accès au juge dans le cas où un acte est illégal, ce qui risque de nuire à l'intérêt général ? La solution est en partie apportée, à nouveau, par Alexandre Desrameaux[342] selon qui la réponse doit essentiellement être recherchée d'un point de vue pratique. En effet, si l'intérêt à agir était très extensif, de nombreux recours pourraient être portés devant le juge, encombrant son prétoire, remettant en cause la « *bonne administration* » de la justice et entravant le travail de l'administration. A l'inverse, si l'intérêt à agir était conditionné par la violation d'un droit, le nombre de recours serait très faible. Finalement, la condition définissant l'intérêt à agir « *est judicieuse :*

---

[340] CE, 25 juin 1920.

[341] DESRAMEAUX, A., *in* DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013, p.336.

[342] DESRAMEAUX, A., *in* DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013.

solution du juste milieu ; ni encombrement de la justice, ni paralysie de l'administration, ni fragilisation de l'ordre légal »[343].

L'intérêt à agir peut encore être défini par certains textes juridiques ou par la jurisprudence. Dans le cas de l'action de groupe par exemple, c'est l'article L77-10-1 du Code de justice administrative qui restreint l'intérêt à agir à certaines associations et dans cinq domaines seulement. Dans le cas des contrats administratifs, c'est la jurisprudence qui est intervenue pour faire évoluer la notion d'intérêt à agir : si initialement le Conseil d'Etat considérait que la validité d'un contrat ne pouvait être portée devant un juge que par les parties signataires, les tiers ne pouvant ester en justice que pour les actes administratifs dits « *détachables* » du contrat[344], il a par la suite étendu l'intérêt à agir à tous les tiers pouvant justifier d'un intérêt lésé par le contrat administratif contesté[345].

Et avant d'examiner le fond de la requête, le juge réfléchira au bienfondé de celle-ci et, pour saisir le juge administratif de façon efficace, le requérant devra invoquer les moyens de légalité classiques en contentieux administratif comme l'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir et la violation de la loi. Si le justiciable exerce un recours pour excès de pouvoir, le contrôle du juge sera normal. Dans le cas où l'autorité qui a pris la décision attaquée dispose d'un pouvoir discrétionnaire, le juge de l'excès de pouvoir n'exerce qu'un contrôle restreint. Outre l'incompétence et le vice de forme, les seuls moyens alors susceptibles d'être invoqués sont l'erreur de droit, l'erreur de fait, l'erreur manifeste d'appréciation et le détournement de pouvoir. Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle restreint dans la mesure où son rôle consiste uniquement à examiner la légalité d'une décision administrative.

Si la cristallisation des moyens est exclue du contentieux amiable, la présentation de moyens nouveaux devant le juge n'est par contre pas possible. En droit fiscal par exemple le juge du recouvrement est lié par les arguments avancés durant la phase administrative et les moyens de droit nouveaux invoqués avant la clôture de l'instruction, ce qui rejoint l'idée que la phase amiable et la phase contentieuse sont étroitement liées, la seconde n'étant que

---

[343] DESRAMEAUX, A., *in* DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013, p.337.

[344] CE, 4 août 1905, « Martin ».

[345] CE, Ass., 4 avr. 2014, « Département Tarn et Garonne », n°358994.

le prolongement de la première. En effet, en vertu de l'article R281-5 alinéa un du Livre des procédures fiscales, « *le juge se prononce exclusivement au vu des justifications qui ont été présentées au chef de service. Les redevables qui l'ont saisi ne peuvent ni lui soumettre des pièces justificatives autres que celles qu'ils ont déjà produites à l'appui de leurs mémoires, ni invoquer des faits autres que ceux exposés dans ces mémoires* ». De la même façon, dans un arrêt[346] du 17 mars 1999, le Conseil d'Etat casse un arrêt[347] de la Cour administrative de Paris en date du 25 octobre 1994 en affirmant qu'une « *cour commet une erreur de droit en jugeant que le moyen, tiré pour la première fois devant elle, de ce que l'action en recouvrement était prescrite, était irrecevable, comme reposant sur une cause juridique distincte de celle des moyens invoqués dans le délai de saisine du tribunal administratif* ». Cette règle fait du juge le « *bras armé* »[348] de l'administration à laquelle finalement il se substitue pour rendre son jugement.

Enfin, dans la mesure où le juge qui a été saisi est le juge compétent et que la requête est recevable, il doit statuer sous peine de déni de justice, ce qui fait partie du droit à un jugement. Si on prend de nouveau l'exemple du domaine fiscal, le contentieux de l'assiette de l'impôt étant un contentieux numériquement très important, le juge dispose de la faculté, sans y être tenu, et dans l'intérêt de la « *bonne administration* » de la justice, de joindre plusieurs requêtes, et ce en vertu d'un arrêt[349] du 23 octobre 2015. Le juge de l'impôt dispose de prérogatives particulières : il ne peut pas statuer *ultra petita* c'est-à-dire qu'il ne peut pas se prononcer sur des éléments qui n'ont pas été indiqués dans la requête ; il n'est pas tenu de répondre à un moyen inopérant et il doit soulever d'office les moyens d'ordre public comme le défaut de réclamation, l'absence d'intérêt pour agir, ou la prescription du délai de recours. Le juge de l'impôt n'intervient pas dans le dialogue entre les parties. La procédure fiscale française contentieuse a dû s'adapter aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ce après plusieurs évolutions jurisprudentielles.

---

[346] CE, 17 mars 1999, n°163929.

[347] CAA Paris, 25 oct. 1994, n°93973.

[348] LE BOT, O. « La sécurisation des MARL par le juge administratif », 2018.

[349] CE, Sect., 23 oct. 2015, « Min. délégué auprès du ministre de l'économie et des finances », n°37025.

Actuellement, le principe jurisprudentiel de sécurité juridique[350] s'applique également en matière fiscale. Devant le juge administratif de l'impôt, la procédure est écrite, inquisitoriale et contradictoire. Le principe de l'estoppel[351] selon lequel une « *partie ne saurait se prévaloir de prétentions contradictoires au détriment de ses adversaires* » ne s'applique pas en contentieux fiscal comme cela a été dégagé dans un avis du Conseil d'Etat en date du 1er avril 2010[352]. Sa sanction est l'irrecevabilité de la requête.

En conclusion, l'accès au juge, qui peut toutefois être différé dans le temps par l'exercice d'un recours alternatif préalable, ne peut être remis en cause. Par contre dans un souci de « *bonne administration* », il existe des conditions dont seul le respect permet d'accéder au juge. Dans le cadre où un mode alternatif a été mis en place, le requérant dispose finalement de deux possibilités successives pour faire entendre sa cause, le recours juridictionnel venant en second et ne devant être exercé que dans la mesure où le premier recours a échoué. Toutefois, au-delà du rôle traditionnel du juge administratif dans le règlement du contentieux des actes administratifs, le juge est amené à définir et à faire évoluer son rôle, en grande partie nouveau, suite au développement des modes alternatifs de règlement des conflits.

---

[350] Ce principe a été défini par le Conseil d'Etat comme le fait que « *les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* ».

[351] Consiste en l'interdiction pour une partie à une instance de contester ce qu'elle a précédemment dit, fait, ou laissé croire ou de soutenir des prétentions contradictoires, repose sur un certain devoir de loyauté procédurale.

[352] CE 1er avril 2010, « SAS MARSADIS », n°334465.

Section 2 : Un nouveau rôle à définir par le juge lui-même

Le rôle du juge a largement évolué depuis 1872, année d'avènement de la justice administrative : à l'origine, « *juge de la puissance publique* », en charge du contrôle que l'administration fait de ses pouvoirs et garant du respect de l'intérêt général, le juge doit être « *doté de réels pouvoirs* ». Longtemps cantonné à un rôle de vérification de la légalité des actes, le juge a vu son rôle évoluer vers le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation puis de l'erreur d'appréciation pour aller ensuite vers celui des mesures d'ordre intérieur. C'est souvent le juge administratif qui a lui-même fait évoluer son office. Ainsi[353], depuis l'ouverture du recours pour excès de pouvoir même sans texte contre toute décision administrative depuis l'arrêt Lamotte, le juge n'a cessé d'élargir son champ de compétences, donnant qualité à agir à des personnes morales, acceptant de s'intéresser à des catégories d'actes de plus en plus diverses qui n'étaient pas initialement sous son contrôle, comme les actes de droit souple[354], acceptant même la contestation devant lui du refus d'abroger[355] un texte.

Mais aujourd'hui, le juge administratif est confronté à un problème d'une nature nouvelle, à savoir comment traiter un contentieux de masse qui porte sur des décisions... individuelles. Conscient qu'il ne peut répondre tout seul à la demande sans cesse croissante, le juge administratif est contraint d'accepter le développement des modes alternatifs de règlement des conflits, ce qu'il va faire en adaptant son rôle à la fois aux pouvoirs étendus qui lui sont confiés par le législateur et aux nouvelles problématiques portées à sa connaissance.

Dans son nouveau rôle qu'il est parfois amené à définir lui-même, le juge administratif va devoir se positionner de diverses façons, en commençant par se reconnaitre compétent à la place du juge judiciaire et en précisant la nature de son contrôle (Paragraphe 1). Par ailleurs, le juge, à l'occasion de diverses jurisprudences, va faire évoluer son propre rôle en l'élargissant, notamment à l'occasion d'un recours contre une sentence arbitrale, d'un processus de médiation ou de transaction porté devant lui (Paragraphe 2).

---

[353] Inspiré de DOMINO, X., « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 44, Dossier : Le Conseil constitutionnel et le procès équitable, 2014.

[354] CE, Ass., 21 mars 2016, « Société Fairvesta International GMBH et autres » et CE Ass., 21 mars 2016, « Société NC Numericable », n°s 368082, 368083, 368084.

[355] CE, Ass., 3 févr. 1989, « Cie Alitalia », n°74052.

Paragraphe 1 : La reconnaissance de la compétence du juge administratif dans le processus des modes alternatifs de règlement des conflits

Dans le domaine des modes alternatifs de règlement des conflits, la compétence, le rôle et la nature du contrôle du juge administratif n'ont pas toujours été définis précisément par les textes. C'est pourquoi le juge administratif a dû commencer par se reconnaitre lui-même compétent, parfois au détriment du juge judiciaire, et ce en application du principe de « *bonne administration* », comme affirmé dans les considérants seize et dix-huit de la décision[356] du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987. Le juge administratif va souvent être aidé en ce sens par le Tribunal des conflits.

En matière de transaction, la compétence du juge est basée sur la nature de cet acte. Ainsi, comme l'a dégagé l'un des principes de l'avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002 « Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses », la transaction est un contrat administratif « *sous réserve que* [celle-ci] *ait pour objet le règlement ou la prévention de litiges pour le jugement desquels la juridiction administrative serait compétente* ». Par ailleurs, les transactions relatives aux marchés publics sont des contrats administratifs[357], de même que celles relatives aux conséquences de dommages de travaux publics, comme le précise un arrêt[358] de la Cour de cassation en date du 26 juin 2001 selon lequel « *la transaction litigieuse ayant pour objet les modalités de réparation d'un dommage causé par un travail public, le juge administratif était seul compétent pour connaître des difficultés de son exécution, sans que les parties puissent déroger par voie conventionnelle à cette règle d'ordre public* ». *A contrario*, lorsque l'objet du litige est de droit privé, la transaction est elle-même un contrat de droit privé comme le reconnait le Tribunal des conflits, le 18 juin 2007, dans un arrêt[359] selon lequel « *l'homologation d'une transaction et les litiges nés de son exécution relèvent de la compétence du juge judiciaire, hormis le cas où il est manifeste que les différends qui s'y trouvent compris ressortissent principalement à la compétence du juge administratif* ».

---

[356] Conseil constitutionnel, 23 janv. 1987, « Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », décision n°86-224 DC.

[357] CE, 10 nov. 2004, n°256031.

[358] Civ 1ère, 26 juin 2001, n°99-17.586.

[359] T. confl., 18 juin 2007, « Sté Briançon bus et Brunet », n°C3600.

Quant à elle, la circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits prévoit que « *le contrat de transaction relève de la compétence du juge qui aurait été compétent pour statuer sur le litige au fond, s'il avait été porté devant un tribunal* ». La règle de répartition des compétences dans le domaine de la transaction est ainsi fixée.

En matière d'arbitrage, alors que le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 précise le juge compétent et son mode d'intervention dans ce domaine, comme Olivier Le Bot le précise[360], aujourd'hui *a contrario* aucun texte n'encadre le contentieux administratif de l'arbitrage ou ne précise le rôle du juge administratif dans ce domaine. A ce sujet, le considérant cinq de l'arrêt du 9 novembre 2016 « FOSMAX LNG » précise bien qu'il n'existe pas de « *règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative* ». De plus, comme l'explique le considérant quatre de cette même décision d'assemblée de 2016, le fait qu'une sentence arbitrale relative à un marché public ait été rendue en France sur le fondement de l'article 90 de l'ordonnance[361] du 23 juillet 2015 qui renvoie aux dispositions du Livre IV du Code de procédure civile traitant de l'arbitrage, ne remet pas en cause les répartitions des deux ordres juridictionnels français liées en particulier à la nature juridique du contrat et en ce qui concerne les voies de recours contre la sentence arbitrale.

Et si seule la jurisprudence est intervenue jusqu'ici pour apporter des éléments de réponse sur la répartition des compétences entre les deux ordres juridiques, notamment à travers les décisions du Tribunal des conflits et les arrêts du Conseil d'Etat, cette jurisprudence a évolué au fil des années, principalement sur la base de deux arrêts, l'arrêt « INSERM » rendu par le Tribunal des conflits en 2010 et l'arrêt « FOSMAX LNG » rendu par le Conseil d'Etat en 2016.

Initialement, dans une décision[362] en date du 16 octobre 2006, le Tribunal des conflits saisi d'un conflit d'attribution par le Conseil d'Etat suite à une procédure d'arbitrage entre la Mutuelle des Architectes Français et la Caisse centrale de réassurance a jugé que le

---

[360] LE BOT, O. « La sécurisation des MARL par le juge administratif », 2018.

[361] Ordonnance relative aux marchés publics.

[362] T. confl., 16 octobre 2006, « Caisse centrale de réassurance contre Mutuelle des Architectes Français », n°C3506.

tribunal compétent était celui déterminé par la nature juridique du contrat et non pas par la procédure d'arbitrage. En l'occurrence, la Caisse centrale de réassurance étant un Etablissement Public Industriel et Commercial agissant dans le cas présent « *en son nom et pour son compte* », et la convention litigieuse passée avec une entité privée ne présentant aucune clause exorbitante du droit commun, le contrat était de droit privé et par conséquent le litige relevait de la juridiction judiciaire. Dans la même décision et en complément, le Tribunal des conflits a retenu que « *sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu* » et non au jour de la formation du litige.

Dans sa décision « INSERM »[363] en 2010, le Tribunal des conflits reconnait que le juge judiciaire est compétent pour traiter d'un recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, le litige trouvant sa source dans un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, ce contrat, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, même s'il est administratif eu égard au droit français. Cette partie tirée de l'un des considérants de l'arrêt « INSERM » constitue une position de principe. La solution retenue s'appuie sur l'article 1505 du Code de procédure civile qui dispose qu'en « *matière d'arbitrage international, le juge d'appui*[364] *de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris lorsque l'arbitrage se déroule en France ; ou* [lorsque] *les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ; ou* [lorsque] *les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ; ou* [lorsque] *l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice* ». Toutefois, le même considérant de l'arrêt précise que « *lorsque le recours dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public, ces contrats relevant d'un régime administratif*

---

[363] T. confl., 17 mai 2010, « INSERM », n°C3754.

[364] CORNU, G., Vocabulaire juridique, *PUF*, 2013 : « *nom donné, dans la pratique, au magistrat de la justice étatique qui intervient ponctuellement et subsidiairement dans le fonctionnement de l'arbitrage pour lever les difficultés incidentes que soulève la constitution du tribunal arbitral, la prorogation du délai de la mission des arbitres ou la récusation d'un arbitre* ». C'est une mission assumée par le président du Tribunal de grande instance ou le président du tribunal de commerce.

d'ordre public ». C'est alors le juge administratif qui est compétent, ce qui signifie que l'article 1505 du Code de procédure civile fait du juge judiciaire le juge compétent par défaut. Et dès que la nature juridique du contrat fait que ce dernier relève du droit public, c'est le juge administratif qui est compétent.

Dans une décision[365] de 2013, le Conseil d'Etat complète le considérant de principe de l'arrêt précédent en précisant que les marchés publics relevant « *d'un régime administratif d'ordre public* », si un litige issu de ce contrat qui a été conclu entre une personne morale de droit public et une personne morale de droit étranger a donné lieu à une sentence arbitrale rendue en France, le recours dirigé contre cette sentence relève du juge administratif chargé de contrôler la conformité de la sentence « *aux règles impératives du droit public français* ». Cet arrêt précise de plus que dans ce cas, c'est le Conseil d'Etat qui est compétent en premier et dernier ressort en vertu de l'article L321-2 du Code de justice administrative. *A contrario*, si « *la sentence arbitrale a été rendue par une juridiction siégeant à l'étranger, la juridiction administrative française est* (...) *incompétente* ». Cependant aucune indication n'est donnée sur le juge compétent dans ce cas-là.

Le Conseil d'Etat, à l'occasion de cet arrêt, précise également que « *quel que soit le siège de la juridiction arbitrale qui a statué sur un litige né d'un tel contrat, le juge administratif est toujours compétent pour connaître d'une demande tendant à l'exequatur de la sentence* ». Par contre et bien évidemment, « *l'exécution forcée ne saurait être autorisée si elle est contraire à l'ordre public* ». Alors que le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort pour statuer sur le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, c'est le Tribunal administratif qui est compétent en premier ressort pour mettre en œuvre l'exequatur de la sentence arbitrale, et ce conformément à l'article L311-1 du Code de justice administrative.

Enfin, dans la décision[366] la plus récente concernant le Syndicat Mixte des aéroports de Charente en 2017, le Tribunal des conflits a repris les termes de la « décision INSERM » de 2010 en ce qui concerne l'attribution du contentieux à la juridiction judiciaire, termes qu'il a complétés par le fait que la juridiction judiciaire est compétente à la fois pour le recours formé contre une sentence rendue en France ou à l'étranger et pour son exequatur

---

[365] CE 19 avril 2013, « Synd. Mixte des aéroports de Charente », n°352750.

[366] T. confl., 24 avril 2017, n°C4075.

mais en précisant toutefois que « *dans le cas où le contrat à l'origine du litige sur lequel l'arbitre s'est prononcé est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique, le recours contre la sentence rendue en France et la demande d'exequatur relèvent de la compétence de la juridiction administrative* ».

Si le juge est amené à se reconnaitre compétent, il est également parfois amené à préciser la nature et la teneur de son contrôle. Ainsi, les décisions gracieuses peuvent faire l'objet, comme toute décision administrative, d'un recours pour excès de pouvoir et dans ce cas, c'est le juge administratif qui se reconnait compétence exclusive, comme le précise l'arrêt[367] de la Cour administrative d'appel de Paris en date du 6 juillet 2000 selon lequel « *le juge administratif est compétent pour se prononcer sur les recours pour excès de pouvoir dirigés contre les décisions de rejet des demandes de remise gracieuse de pénalités fiscales, quel que soit l'impôt concerné, et notamment des impôts dont le contentieux relève de l'ordre judiciaire, tel l'ISF* ». A ce titre, s'il « *n'appartient qu'à l'autorité administrative de prononcer à titre gracieux la remise ou la modération de l'impôt* », « *le juge administratif peut seulement être saisi comme juge de l'excès de pouvoir des recours formés par les intéressés contre les décisions prises sur les demandes en remise ou modération* », et par conséquent « *est irrecevable la requête présentée directement au juge administratif* »[368]. En conclusion, si une décision de refus n'est pas attaquable sur le fond devant le juge, c'est-à-dire que le pouvoir décisionnaire et discrétionnaire de l'administration ne peut faire l'objet d'une révision par le juge, cet acte administratif unilatéral peut toujours être attaqué dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir dans lequel le juge administratif ne peut exercer qu'un contrôle restreint, à savoir sur la compétence de l'auteur de la décision, l'éventuelle erreur de droit ou de fait, l'erreur manifeste d'appréciation ou le détournement de pouvoir.

En 2018, le Conseil d'Etat dans un arrêt[369] en date du 7 mars, en même temps qu'il confirme la possibilité d'exercer un recours contentieux suite à un recours gracieux qui a été rejeté par l'administration, explique le rôle que doit exercer le juge dans ce cas-là : il doit interpréter les conclusions qui lui sont présentées comme étant dirigées contre la décision

---

[367] CAA Paris, 6 juin 2000, n°98PA02319.

[368] Cette position se retrouve confirmée dans le domaine des recours administratifs préalables obligatoires avec l'arrêt de section du contentieux du 13 mai 1970 « Conseil départemental de l'ordre des médecins de l'Eure », n°75198.

[369] CE, 7 mars 2018, « Mme A. », n°404079.

administrative initiale, même si ces conclusions concernent le rejet du recours gracieux. En effet, le Conseil d'Etat considère qu'il n'y a pas d'intérêt à contester le rejet du recours gracieux quant à ses vices propres, seule la décision initiale pouvant être utilement contestée. Ce faisant, le Conseil d'Etat a suivi les conclusions de son rapporteur public qui lui a suggéré de profiter de l'occasion présentée par ce recours contentieux pour affirmer clairement que, sauf dans les cas où le recours « *ne comporte que des moyens soulevant des vices propres à la décision prise sur son recours* »[370], le juge doit considérer qu'il a été « *saisi de conclusions dirigées contre la décision elle-même* ». Cet arrêt fait suite à l'arrêt[371] de section du 6 mars 2009 dans lequel le Conseil d'Etat reconnait à l'occasion d'un recours contentieux faisant suite à un recours gracieux que les vices propres dont la décision de rejet du recours gracieux pourrait être entachée ne peuvent être utilement invoqués.

En matière de droit des étrangers, lorsque le requérant a saisi la commission de recours contre les refus de visa, l'appel se fait devant la Cour administrative de Nantes et la cassation devant le Conseil d'Etat. Avant 2010, le Conseil d'Etat intervenait en premier ressort. Dans une jurisprudence constante, le Conseil d'Etat affirme[372] par exemple en 1992 et en 2010 que « *le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle normal sur l'appréciation portée par l'administration en cas de refus de visa fondé sur l'absence d'adéquation de la qualification et de l'expérience professionnelle du demandeur avec l'emploi proposé* ».

Si le juge est amené à se reconnaitre compétent et à définir son rôle suite au développement des modes alternatifs de règlement des conflits, il va également être amené en pratique à élargir son rôle, ce qu'il fait notamment à l'occasion de l'examen d'une sentence arbitrale, d'un processus de médiation ou de transaction.

---

[370] Conclusions de DOMINO, X. sur l'arrêt du 7 mars 2018, n°404079.

[371] CE, Sect., 6 mars 2009, « Syndicat national des ingénieurs de l'industrie et des mines, » n°309922.

[372] CE 22 avr. 1992, n°118336 et CE 30 déc. 2010, n°335170.

Paragraphe 2 : Le rôle du juge administratif élargi par l'exercice des modes alternatifs de règlement des conflits

Si l'arbitrage et la transaction ont permis au juge d'élargir son rôle (A), tout ou presque reste à écrire dans le cadre de la médiation (B).

A- Un rôle du juge élargi dans le cadre de l'arbitrage et de la transaction

Si le juge peut être saisi pour accorder l'exequatur à une sentence arbitrale lorsqu'un arbitrage a été mené à son terme, il peut également être saisi pour se prononcer sur le recours formé à l'encontre de la sentence arbitrale qui en découle.

Ainsi, comme l'explique Françoise Ducarouge dans la *RFDA* en 1996, la sentence arbitrale n'étant pas suivie d'appel devant le Conseil d'Etat, « *l'arbitrage vient perturber le jeu des règles normales de compétence* », aussi sa place « *ne peut* [-elle] *rester que marginale* ». En 2009, le vice-président du Conseil d'Etat alors qu'il propose d'étendre le champ de l'arbitrage à l'ensemble des personnes publiques, précise d'ailleurs que ce mode alternatif doit tenir compte de la mission particulière des personnes publiques, à savoir « *garantir le respect de l'intérêt général et le bon fonctionnement des services publics* »[373] dans le respect des droits fondamentaux et que pour cela, le contentieux de l'annulation ou la réformation des actes issus de l'arbitrage ne peuvent relever que du juge administratif. En effet, la possibilité d'étendre le recours à l'arbitrage pour l'ensemble des marchés publics aurait sinon pour inconvénient de faire disparaitre du contrôle du juge des pans entiers d'activité.

Depuis, le droit a évolué. Ainsi, lorsque le juge administratif est saisi au titre de l'irrégularité d'un arbitrage, et dans la mesure où il est compétent, il considère désormais que le recours relève de l'appel conformément au considérant quatre de l'arrêt d'assemblée du 9 novembre 2016[374] selon lequel « *au sein de la juridiction administrative, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître des recours dirigés contre une telle sentence arbitrale, en application de l'article L. 321-2 du code de justice administrative* ». Cet arrêt confirme un autre arrêt[375] du Conseil d'Etat rendu le 3 mars 1989 dans lequel la haute juridiction se reconnait compétente pour « *évoquer et statuer immédiatement sur les réclamations*

---

[373] SAUVE, J.-M., « L'arbitrage et les personnes morales de droit public », *Conseil d'Etat*, 2009.

[374] CE, Ass., 9 nov. 2016, « Sté FOSMAX LNG », n°388806.

[375] CE, sect., 3 mars 1989, « Sté des autoroutes de la région Rhône-Alpes », n°79532.

présentées » par le requérant devant le collège arbitral. Olivier Le Bot évoque à ce sujet[376] la fragilité de la position adoptée par le Conseil d'Etat. En effet, si ce dernier accepte de juger en appel une sentence arbitrale, c'est qu'il reconnait les « *tribunaux arbitraux* » comme des juridictions administratives spéciales. Or, seul l'Etat peut créer une juridiction administrative, fut-elle spéciale, ce qui n'est pas le cas des tribunaux arbitraux dont la création est d'origine purement privée. Par ailleurs, Olivier Le Bot rappelle que si le Conseil d'Etat accepte de contrôler le travail de l'arbitre, il devrait le faire en tant que cassation et non qu'appel, ce dernier n'étant possible que si un texte le prévoit, ce qui n'est pas le cas. Ces propos ont été réaffirmés par Frédéric Lombard dans l'article « Arbitrage et droit administratif »[377] dans lequel il explique que la position du Conseil d'Etat « *est d'autant plus critiquable que le contrôle qu'exerce le Conseil d'Etat est notablement moins poussé que le traditionnel contrôle du juge administratif d'appel* ». A titre historique, l'article 52 alinéa trois du décret n°2004-490 du 3 juin 2004[378] prévoyait jusqu'en 2011 que « *la décision de l'arbitre a valeur de jugement de tribunal administratif* ».

Lorsqu'il est saisi d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale, le juge va exercer un contrôle restreint, il ne va pas rentrer dans le fond du litige. Mais si le rôle du juge s'apparente alors à celui qu'il joue dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, le juge précise lui-même les caractéristiques de son contrôle pour les adapter à la problématique des modes alternatifs de règlement des conflits, ce qui va le conduire *in fine* à élargir son propre rôle. Le contrôle du juge porte d'abord sur l'arbitrabilité du litige comme l'explique un arrêt[379] du Conseil d'Etat en date du 3 mars 1989. En l'occurrence, le Conseil d'Etat a reconnu comme nulle une clause compromissoire insérée dans un marché de travaux publics, aucune disposition législative n'en prévoyant la possibilité ; il a par conséquent annulé la sentence arbitrale, l'ayant jugée dépourvue de base légale. Le considérant six de l'arrêt FOSMAX LNG de 2016 retient à ce sujet que, à l'issue du contrôle qu'il réalise, si le Conseil d'Etat constate l'illégalité du recours à l'arbitrage « *notamment du fait de la méconnaissance du principe de l'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage sauf*

---

[376] LE BOT, O., « La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? », *CAPJA*, 2015, p. 243.

[377] *RTD Com*, 2017, p.54.

[378] Décret relatif aux procédures administratives et financières en matière d'archéologie préventive.

[379] CE, Sect., 3 mars 1989, « Sté des autoroutes de la région Rhône-Alpes », n°79532.

dérogation prévue par des dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne, il prononce l'annulation de la sentence arbitrale ». Ceci démontre que le Conseil d'Etat a la possibilité de déclarer illégal le recours à l'arbitrage en se basant sur une règle de droit purement français. A ce sujet, Frédéric Lombard fait part de son étonnement[380] quant à la possibilité de remettre en cause un arbitrage international par application d'une règle nationale prohibant le recours à l'arbitrage, ceci remettant en cause la philosophie même de l'arbitrage.

Le contrôle du juge porte ensuite sur la régularité de la procédure comme le précise le considérant cinq de l'arrêt d'assemblée[381] du 9 novembre 2016 selon lequel « *il appartient au Conseil d'Etat de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis ; que ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés, d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des conditions irrégulières et, d'autre part, de ce qu'elle est contraire à l'ordre public* ». Le Conseil d'Etat limite volontairement le contrôle qu'il exerce sur la régularité de la sentence arbitrale. Concernant la régularité de la procédure, le Conseil d'Etat précise dans le même considérant qu'en « *l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée, s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure ou s'il n'a pas motivé sa sentence* ».

Le contrôle porte enfin sur le respect des règles d'ordre public comme le met en avant le considérant sept de l'arrêt FOSMAX LNG selon lequel « *l'exécution forcée d'une sentence arbitrale ne saurait être autorisée si elle est contraire à l'ordre public ; que, par suite, un contrôle analogue à celui décrit au point 5 doit être exercé par le juge administratif lorsqu'il est saisi d'une demande tendant à l'exequatur d'une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution d'un contrat administratif entre une personne morale de droit*

---

[380] LOMBARD, F., « Arbitrage et droit administratif », *RTD Com*, 2017, p.54.

[381] CE, Ass., 9 nov. 2016, « Sté FOSMAX LNG », n°388806.

public français et une personne de droit étranger, mettant en jeu les intérêts du commerce international et soumis à un régime administratif d'ordre public, qu'elle ait été rendue en France ou à l'étranger »[382]. Outre l'impact sur le rôle dans l'exequatur du juge administratif, ce considérant attribue à ce dernier un nouveau rôle puisque le Conseil d'Etat s'accorde désormais la possibilité de contrôler une sentence arbitrale, non pas alors qu'il est saisi d'un recours en annulation, mais simplement à l'occasion d'une demande d'exequatur. Cela signifie que le juge administratif se donne la faculté d'annuler une sentence arbitrale alors qu'il n'est questionné que sur la nécessité de lui donner force exécutoire. Il est donc en mesure de remettre en cause ce traitement amiable entre les parties qui a été accepté par elles. Le juge administratif s'immisce dans les règlements amiables. Ce rôle peut surprendre mais en même temps cela se comprend dans la mesure où si le juge est chargé de donner force exécutoire à un acte, il ne peut pas le faire sans être sûr que l'acte ne remette en cause les principes fondamentaux du droit.

Lorsque le juge annule une sentence arbitrale, la question se pose de savoir quelle suite doit être donnée à cette décision. Ainsi et toujours dans l'arrêt d'assemblée « FOSMAX LNG », le Conseil d'Etat précise dans quel cas il peut et doit intervenir lorsqu'il annule une sentence arbitrale. En effet, selon le considérant six expliqué précédemment, si le Conseil d'Etat constate l'illégalité du recours à l'arbitrage et annule la sentence arbitrale, il peut décider « *soit de renvoyer le litige au tribunal administratif compétent pour en connaître, soit d'évoquer l'affaire et de statuer lui-même sur les réclamations présentées devant le collège arbitral ; s'il constate que le litige est arbitrable, il peut rejeter le recours dirigé contre la sentence arbitrale ou annuler, totalement ou partiellement, celle-ci ; il ne peut ensuite régler lui-même l'affaire au fond que si la convention d'arbitrage l'a prévu ou s'il est invité à le faire par les deux parties ; à défaut de stipulation en ce sens ou d'accord des parties sur ce point, il revient à celles-ci de déterminer si elles entendent de nouveau porter leur litige contractuel devant un tribunal arbitral, à moins qu'elles ne décident conjointement de saisir le tribunal administratif compétent* ». Finalement, le juge administratif statue sur le litige seulement si celui-ci est inarbitrable et dans le cas contraire, l'arbitre reste compétent, sauf volonté expresse des parties. Une fois de plus, à partir du

[382] CE, Ass., 9 nov. 2016, « Sté FOSMAX LNG », n°388806.

moment où la sentence arbitrale repose sur un fondement légal, le juge administratif ne va pas intervenir.

Toutefois, lorsqu'il contrôle une sentence arbitrale, le haut juge administratif ne rejuge pas le litige sur le fond, même si l'arbitre a commis une erreur. Dans l'arrêt précité par exemple, si un tribunal arbitral a répertorié dans le droit privé un contrat de droit public, il n'y a pas lieu de considérer que ce tribunal n'a pas assumé la mission confiée par les parties. En effet, le juge qui a été écarté, avec son consentement, des modes alternatifs, souhaite laisser une marge de manœuvre importante à celui qui exerce un pouvoir juridictionnel à sa place, en l'espèce l'arbitre, lui reconnaissant alors toute sa valeur. Ainsi, lorsque le Conseil d'Etat est saisi au titre du recours contre une sentence arbitrale, les conventions formées entre les parties s'expriment pleinement et empêchent le juge d'effectuer un contrôle aussi poussé que celui qu'il exercerait dans le cadre d'un recours contentieux. Cette position sera confirmée par le considérant neuf de l'arrêt « FOSMAX LNG » selon lequel si le tribunal arbitral a conclu que le contrat devait être qualifié de « *contrat d'entreprise de droit privé au sens du droit français applicable* » alors qu'il résulte de la décision rendue par le Tribunal des conflits rendue en date du 11 avril 2016 que le contrat litigieux est un contrat de droit public, cette circonstance ne saurait conduire à considérer que le tribunal arbitral ne s'est pas conformé à sa mission telle qu'elle avait été définie par les parties, ce que confirme le considérant onze du même arrêt selon lequel « *le contrôle du juge administratif sur une sentence arbitrale doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée de la convention liant les parties, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution méconnaît une règle d'ordre public ; que s'il résulte de la décision rendue par le Tribunal des conflits le 11 avril 2016 que le contrat en cause était un contrat administratif et si, par suite, c'est à tort que les arbitres, chargés de déterminer le droit applicable au contrat, ont estimé que le litige était régi par le droit privé, la censure de la sentence par le Conseil d'Etat ne saurait être encourue que dans la mesure où cette erreur de qualification aurait conduit les arbitres à écarter ou à méconnaître une règle d'ordre public applicable aux contrats administratifs* ».

Ainsi donc, le juge administratif ne s'autorise pas à remettre en cause sur le fond une sentence arbitrale dès lors qu'aucune règle d'ordre public applicable au contrat administratif n'a été écartée. Cela sous-entend que le Conseil d'Etat respecte le choix des parties même en cas d'erreur de la part de l'arbitre qu'il laisse souverainement trancher.

Si la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un contrôle par le juge, l'arbitrage n'a pas force exécutoire bien qu'ayant autorité de chose jugée, comme le précise l'alinéa un de l'article 1484 du Code de procédure civile qui dispose que « *la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* ». Pour donner force exécutoire à la sentence arbitrale, le juge doit par conséquent lui accorder l'exequatur, même si la jurisprudence judiciaire a retenu que « *la sentence arbitrale, qui a autorité relative de la chose jugée entre les parties, n'en est pas moins opposable aux tiers* »[383]. D'autres juridictions du même ordre juridictionnel ont retenu que « *l'autorité de chose jugée ne s'attache qu'à ce qui a été définitivement jugé* »[384] et cela « *suppose que ce qui a été jugé l'a été sans réserves, ni conditions* »[385].

Et si le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent pour délivrer l'exequatur à une sentence arbitrale dès l'arrêt « SMAC » de 2013, il a étendu sa compétence à toute sentence arbitrale, quelle que soit la localisation du siège de la juridiction arbitrale qui l'a rendue. Dans le considérant sept de l'arrêt d'assemblée « FOSMAX LNG » de 2016, le Conseil d'Etat confirme que toute demande d'exequatur relève de la compétence du juge administratif, dès lors que le contrat dont il s'agit est un contrat administratif entre une personne morale de droit public français et une personne de droit étranger, que la sentence ait été rendue en France ou à l'étranger. Cette position sera confirmée par la décision du Tribunal des conflits en 2017 lorsqu'il précisera que lorsque le contrat relève de la juridiction administrative française, le juge administratif est compétent pour délivrer l'exequatur, que la sentence ait été rendue en France ou à l'étranger.

En conclusion sur l'arbitrage, il faut retenir que c'est le Conseil d'Etat qui a défini les règles juridiques applicables, le rôle qu'il doit jouer dans ce domaine, ainsi que l'étendue de sa propre compétence. Il s'est inspiré pour cela de règles figurant dans le Code de procédure civile, dans le Code civil, dans le Code des marchés publics, d'idées apportées par les divers rapports sur le sujet, et il a créé une jurisprudence nouvelle, le Code de justice administrative restant relativement muet sur le sujet. Mais il semble que rien ne soit définitif

---

[383] Com. 7 janv. 2004, n°02-11.014 P et 23 janv. 2007.

[384] Paris, 20 nov. 1981.

[385] Paris, 25 juin 1982.

et que l'histoire de la juridiction administrative dans l'arbitrage reste encore à écrire, même s'il apparait que le juge s'est octroyé au fil des années un rôle de plus en plus important.

Si le juge a été amené à élargir son rôle en se penchant sur l'arbitrage, il a légalement été amené à le faire dans le domaine de la transaction. Dans ce domaine en effet, le juge administratif qui doit intervenir pour homologuer une transaction doit à nouveau définir son rôle, élargissant par la même son champ de compétences. C'est ce qu'il a fait, comme en témoigne, le résumé de l'avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002, « Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses » qui pose les grands principes de la transaction administrative ainsi que le rôle du juge dans ce domaine. En particulier, lorsque le juge est saisi de conclusions recevables quant à l'homologation de la transaction, il doit vérifier que les parties ont consenti librement à la transaction, que l'objet de la transaction est licite, qu'elle ne correspond pas à une libéralité de la part de la collectivité publique et qu'elle ne méconnait pas les règles d'ordre public. Il s'agit simplement de l'application des règles générales du droit des obligations. Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, la transaction n'est pas homologuée et devient caduque.

Pour exercer son contrôle, le juge dirige une instruction contradictoire, écrite ou orale ; il peut demander des éléments à toute personne dont il juge qu'elle pourra l'aider dans sa décision et ordonner aux parties de la transaction de lui donner tout élément nécessaire. Il peut refuser l'homologation simplement parce qu'il ne dispose pas des éléments demandés. Le juge peut également utiliser tous les moyens d'investigation nécessaires. La décision ou le refus d'homologation a autorité de chose jugée en dernier ressort et peut faire l'objet d'un recours en appel devant la Cour administrative d'appel compétente. A ce sujet, Jean-Grégoire Mahinga, toujours dans *les Petites Affiches*, en 2003, a précisé que cette position était justifiée et pertinente dans la mesure « *où la procédure aboutissant à cette décision est conduite dans le respect du principe du contradictoire, le juge saisi procédera au contrôle des dires des parties* »[386]. Le juge procède à un véritable contrôle juridictionnel.

[386] MAHINGA, J.-G., « La transaction en droit public (A propos de l'avis de l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002) », *Petites affiches*, 2003, n° 119, p.12.

Concernant l'homologation par le juge administratif, aucune procédure particulière n'est prévue mais comme le précise la circulaire[387] du 6 avril 2011, le Conseil d'Etat a admis « *la recevabilité d'une demande d'homologation présentée au juge administratif, en dehors de toute instance juridictionnelle « dans l'intérêt général, lorsque la conclusion d'une transaction vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières »* ». Toutefois, la transaction constitue en elle-même un titre exécutoire et l'homologation par le juge administratif doit rester une exception. D'ailleurs, « *le juge administratif n'admet la recevabilité d'une demande d'homologation que lorsque son exécution rencontre une difficulté sérieuse* »[388] comme le confirme l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai en date du 13 avril 2006. Le juge peut refuser d'homologuer une transaction, après avoir vérifié que tous les principes ont été appliqués, ce qui entrainera la nullité de cet acte, comme le confirme un arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon selon lequel « *le refus d'homologation pour illégalité rend la transaction nulle et de nul effet* »[389]. Le contrôle effectué par le juge administratif est plus poussé que celui exercé par le juge judiciaire.

Si l'arbitrage et la transaction ont permis au juge d'élargir son rôle, la problématique est différente dans le cadre de la médiation puisqu'il s'agit d'un exercice nouveau pour le juge.

---

[387] Circulaire relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

[388] CAA Douai, 13 avr. 2006, n°02DA00157.

[389] CAA Lyon 7 janv. 2010, « société Brace ingénierie » n° 08LY00326.

B- Un nouveau rôle du juge restant à définir dans le cadre de la médiation

Si le juge administratif a lui-même élargi son rôle dans le cadre de l'arbitrage et de la transaction et au fil de ses différentes jurisprudences, en matière de médiation, son rôle a initialement été étendu par le législateur qui lui a conféré de nouveaux pouvoirs à l'occasion de la loi « J21 ». La médiation administrative étant nouvelle, en tout cas dans sa forme actuelle, c'est certainement le domaine dans lequel le juge va véritablement devoir concevoir son nouvel office.

Ainsi, dans le cas où il s'agit d'une médiation à l'initiative du juge ou juridictionnelle, le litige a déjà été porté à la connaissance des juges administratifs compétents. Dans ce cas, l'article L111-4 du Code de justice administrative dispose désormais que « *lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'un litige en premier et dernier ressort, il peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci selon les modalités prévues au chapitre III du titre Ier du livre II* ». Le Conseil d'Etat se voit donc doté d'une nouvelle attribution, la médiation, au même titre que ses attributions consultatives, contentieuses, administratives et législatives. En effet, jusqu'à la loi du 18 novembre 2016, alors que les Tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel avaient quelques possibilités de conciliation en vertu de l'article L211-4 du Code de justice administrative ou de médiation en vertu de l'article L771-3 du même Code, le Conseil d'Etat était complètement dépourvu d'outils de règlement non juridictionnels des litiges[390] en dehors d'une possibilité très restreinte de conciliation dans le cadre de l'expertise[391]. En vertu de l'article R111-4 du Code de justice administrative, « *la médiation devant le Conseil d'Etat est régie par les dispositions du chapitre III du titre Ier du livre II. Pour l'application de ces dispositions, les pouvoirs dévolus au président de la juridiction sont exercés par le président de la section du contentieux* ». Comme l'explique Alice Minet-Leleu, dans la *Revue du droit public*[392] en 2017, *a contrario* il semble que la médiation ne soit pas possible lorsque le Conseil d'Etat est saisi soit en appel, soit en cassation.

---

[390] CE, 22 mars 1995, « Dadillon », n°155718.

[391] CE, Sect., 11 févr. 2005, « Organisme de gestion du cours du Sacré-Cœur et a. », n°259290.

[392] MINET-LELEU, A., « La médiation administrative », *Lextenso*, Revue du droit public, 2017, n° 5, p.1191.

Quand un litige est porté à la connaissance du Tribunal administratif ou de la Cour administrative d'appel, l'article L213-7 du Code de justice administrative précise que le président de la juridiction saisie peut « *ordonner une médiation* » après avoir obtenu l'accord des parties. L'article R213-5 du Code de justice administrative prévoit alors la possibilité pour le juge de proposer une médiation lorsque le litige *« est susceptible de trouver une issue amiable* ». Comme en matière de médiation à l'initiative des parties, le médiateur peut être extérieur à la juridiction ; le juge peut décider d'une rémunération pour le médiateur. La répartition des frais est alors déterminée librement par les parties et à défaut d'accord, les frais sont répartis à parts égales sauf décision particulière du juge fondée sur la situation économique des parties. En vertu de l'article L213-9 du Code de justice administrative, le médiateur doit informer le juge de l'issue de la médiation. D'ailleurs, l'article R213-8 du Code de justice administrative reconnait que le juge n'est pas dessaisi de l'affaire par la médiation et qu'il peut prendre toutes les mesures d'instruction qui lui paraissent nécessaires. Ceci est confirmé par l'article R213-9 du Code de justice administrative qui prévoit que le médiateur informe le juge des difficultés qu'il peut rencontrer dans le cadre de sa mission. Enfin, les décisions prises par le juge ne sont pas susceptibles de recours, comme le précise l'article L213-10 du Code de justice administrative.

Ainsi, l'évolution connue par le juge administratif en matière de médiation part de la situation antérieure à la loi « J21 » qui faisait que, et contrairement à ce qui était déjà possible en matière de procédure civile avec l'article 21 du Code de procédure civile, le juge administratif n'avait absolument aucune obligation de concilier les parties avant de statuer sur une demande contentieuse dont il était saisi, même si l'une des parties avait fait une demande de conciliation, comme l'a confirmé un arrêt de la Cour administrative de Paris en date du 28 septembre 1995, « Epoux Lestienne et Commune de Viroflay »[393]. De plus, comme l'a souligné l'assemblée du contentieux dans un arrêt[394] « Vériter » en date du 23 juin 1989 « *eu égard à la nature de la mission de conciliation ainsi confiée aux tribunaux administratifs, la décision par laquelle un tribunal administratif refuse d'exercer ladite mission n'est pas susceptible de recours* ». La médiation administrative, en ce que le juge doit désormais en connaître, est donc quelque chose de nouveau pour le juge administratif qui va devoir apprendre à gérer ce nouveau processus.

---

[393] CAA Paris, 28 sept. 1995, « « Epoux Lestienne et Commune de Viroflay », n°94PA00865 et n°94PA00906.

[394] CE, Ass., 23 juin 1989, « Vériter », n°84799.

Mais au-delà de la nécessité d'apprendre à gérer ce processus, possibilité est donnée au juge de se dessaisir lui-même de la phase contentieuse portée devant lui pour réorienter le conflit vers la médiation. Le juge peut ainsi lui-même être un acteur actif non seulement dans le processus amiable mais également dans le fait de désengorger les juridictions. Il aura alors certainement un contrôle de proportionnalité à faire entre l'utilité d'apporter une solution juridictionnelle respectant son *imperium* ou de renvoyer vers le médiateur.

En conclusion, le juge, bien que dépourvu en partie de son pouvoir de décision reconnu par le Code de justice administrative en matière de médiation, conserve un rôle important à jouer, que ce soit par ses diverses interventions possibles ou nécessaires pendant le processus de médiation, pour procéder à l'homologation de la médiation ou encore pour contrôler la légalité de cet acte. Face à ce processus nouveau de médiation, le juge va non seulement devoir faire sienne la réforme pour la faire vivre, mais également devoir faire preuve d'une grande adaptabilité pour être capable, sans suivre le processus de bout en bout, de le diriger, de le valider et de lui donner une force juridique. Cela signifie donc que le juge, s'il veut avoir un avis éclairé à chaque moment où il est susceptible d'intervenir dans le processus de médiation, doit suivre le déroulé de la médiation dans son ensemble, ou alors faire le pari, tout en faisant une impasse, de rendre la bonne décision. Dans une logique de performance liée à des restrictions budgétaires, comme le juge va-t-il manœuvrer ? C'est ce que *suggère* d'ailleurs en 2017 Yvon Goutal, avocat, lorsqu'il affirme qu'au « *lieu de désengorger les juridictions administratives, la médiation risque fort de simplement transformer – et sans la simplifier – la mission du juge* »[395]. La jurisprudence dans le domaine de la médiation est encore à écrire.

[395] GOUTAL, Y., « Médiation : une réforme aux pieds d'argile - Au lendemain de la loi « J21 » et de ses textes d'application », *AJ Collectivités Territoriales*, 2017, p.427.

Conclusion

Développés dans un souci de « *bonne administration* », les modes alternatifs de règlement des conflits ont cherché à éviter la saisine du juge en dehors des cas où cela est strictement nécessaire. Mais le « *droit à un procès équitable* » impose que l'accès au juge reste une possibilité et d'ailleurs, loin d'être écarté des processus alternatifs, le juge y trouve toute l'expression de son *imperium*. Les modes alternatifs de règlement des conflits finalement, s'ils retardent parfois l'accès au juge administratif, ne constituent pas une remise en cause de son accessibilité et, comme l'a rappelé le vice-président du Conseil d'Etat en 2016, « *il existe* (...) *une réelle complémentarité entre les procédures amiables et les procédures juridictionnelles et, dans certains cas, une continuité et un enchainement vertueux* »[396].

[396] SAUVE, J.-M., « Les modes amiables de règlement des différends », *Conseil d'Etat*, 2016.

Bibliographie

Ouvrages :

AUSTRY, S., « QPC fiscale et effets de la décision dans le temps », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 33, Dossier : le Conseil constitutionnel et l'impôt, 2011.

BONICHOT, J.-.C, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », *Mélanges* en l'honneur de Daniel Labetoulle, *Dalloz*, 2007, p.81 et s.

CHAPUS, R., « Droit du contentieux administratif », *Montchrestien*, 2006.

CORNU, G., Vocabulaire juridique, *PUF*, 2013.

DOMINO, X. « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 44, Dossier : Le Conseil constitutionnel et le procès équitable, 2014.

DONIER, V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., « L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit », *Bruylant*, 2013.

Les recours administratifs préalables obligatoires, Les études du Conseil d'Etat, *La Documentation française*, 2008.

Doctrine :

ABLARD T., et CORNILLE M., « Règlement non juridictionnel des litiges », *JurisClasseur* Contrats et Marchés Publics, 2017.

ALHAMA, F., « Transaction et renonciation à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2017 p.503.

AMRANI-MEKKI, S., « Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Lextenso*, *Gazette du Palais*, 2017, n°5, p.46.

AUBY, J.-.M, « Les recours administratifs préalables », *AJDA*, 1997 p.10.

APCHAIN, H., « Retour sur la notion de la bonne administration de la justice », *AJDA*, 2012, p.587.

AYRAULT, L., « L'accès au juge de l'impôt en cas de cession Daily d'une créance de taxe sur la valeur ajoutée : la voie est ouverte aux deux parties, Chronique de droit public financier, *RFDA*, 2017, p.1197.

BELDA, B., « Faut-il généraliser le recours administratif préalable obligatoire ? », *Lextenso*, Revue du droit public, 2008, n°6, p.1483.

BELORGEY, J.-.M, « Deux RAPO pour le prix d'un », *AJDA*, 2016, p. 2185.

BENARD-VINCENT, G., « Les enjeux de la médiation en droit administratif », *Blog droit administratif*, 2017.

BENICHOU, M., « L'accès à la justice, un droit menacé », *Lextenso*, *Gazette du Palais*, 2014, n°256, p.9.

BEZZINA, A.-.C, « A propos du nouveau recours pour excès de pouvoir contre le rescrit : retour sur les paradoxes de la subjectivisation du droit fiscal », *Revue française de finances publiques*, *Lextenso*, 2017, n°138, p.277.

BLUMANN, C., « Médiateur européen », *JurisClasseur* Europe Traité, 2015.

BOUSQUET, J.-B, « Une circulaire pour favoriser le recours aux transactions administratives (À propos de la circulaire du 7 septembre 2009) », *Petites affiches*, 2009, n°236, p.6.

BOUSSARD, S., « Modes alternatifs de règlement des litiges », *JurisClasseur* Justice administrative, 2011.

BRISSON, J.-.F, « Problèmes de procédure administrative non contentieuse » : Les recours administratifs préalables obligatoires en droit public français, alternative au juge ou voie sans issue ? » *SciencesPo*, 2009.

CADIET, L., « L'accès à la justice », *D.* 2017, p.522.

CANTIE, C., « Marchés publics – Prévention et résolution amiable des litiges », *JurisClasseur* Collectivités territoriales, 2017.

CHASSIN, C.-.A, « De l'urgence et du refus de visa », *Lextenso*, *L'essentiel Droit de la famille et des personnes*, 2017, n°9, p.6.

CHIFFLOT, N., « La médiation devant le juge administratif enfin dans les starting-blocks ! », *Procédures* n° 6, Juin 2017, alerte 18.

CLAY, T., « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI siècle » Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 », *La Semaine Juridique* Edition Générale n° 48, 2016, doctr. 1295.

CLAY, T., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *Dalloz*, 2017, p.2559.

CLEMENT, M., « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ? », *AJDA*, 2017 p.2453.

COLLET, M., « De l'équité à la légalité : le contrôle juridictionnel de l'activité gracieuse de l'administration fiscale », Chronique de droit public financier, *RFDA*, 2017, p.1197.

COQ, V., « La notion de juridiction gracieuse en droit fiscal », *Revue du droit public*, *Lextenso*, 2015, n°2, p.389.

DAMERON, A., « Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs : pour un équilibre des parties ? », *Petites affiches*, 2017, n° 101, p.7.

DARCY, G., « Défenseur des droits », *JurisClasseur* Collectivités territoriales, 2014.

DELESALLE, H., « Effets d'une demande d'aide juridictionnelle sur le délai d'un recours administratif préalable obligatoire », *AJDA*, 2016 p.1410.

DELPECH, X., « Précisions règlementaires sur la médiation administrative », *AJ Contrat*, 2017, p.196.

DE MONTECLER, M.-.C, « L'expérimentation du recours administratif préalable pour les fonctionnaires de l'Etat est lancée », *AJDA*, 2012 p.972.

DIDRICHE, O., « Modes alternatifs de règlement des différends dans les collectivités Au lendemain de la loi « J21 » et de ses textes d'application », *AJ Collectivités Territoriales*, 2017, p.420.

DIEU, F., « Délais applicables aux recours administratifs », *AJDA*, 2009, p.2294.

DOMINO, X., « Innovations : la médiation et l'action collective en droit administratif », *RFDA*, 2017, p.19.

DUCAROUGE, F., « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, 1996, p. 86.

DUFOUR O. et TEITGEN, F., « L'accès au droit et à la justice est un pilier de la démocratie », *Petites affiches*, 2000, n°233, p.5.

DUPIC, E., « La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, dernière réforme judiciaire du quinquennat », *Lextenso*, *Gazette du Palais*, 2016, n°41, p.14.

ESCLASSAN, M.-C., « Le règlement des litiges fiscaux par l'administration en France », *Revue française de finances publiques*, *Lextenso*, 2015, n° 132, p.105.

EVEILLARD, G., « Nouvelles précisions sur le recours administratif préalable obligatoire », *Droit Administratif* n° 12, Décembre 2013, comm. 87.

FIEVET, R., « Après le contrôle, les recours », *Juris associations*, 2014, n°496, p.30.

FRICERO, N., « Obligation de tenter un règlement amiable avant toute saisine d'un juge », *Procédures* n° 5, 2015, comm. 159.

GAUTIER J. et CORVEE, D., « De la nécessité de penser le processus de médiation ou comment réellement développer les modes alternatifs de règlement des conflits », *Petites affiches*, 2017, n°115, p.21.

GEBHARDT, H., « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Lextenso*, *Gazette du Palais*, 2013, n°106.

GILAVERT, M., « La médiation, nouvelle arme du juge administratif », *Le Petit Juriste*, n°38, 2017.

GUERARD, S., « Recours administratif sur recours administratif vaut ! », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1439, 29 mars 2010.

GUILLAUME, B., « Le rescrit fiscal au peigne fin », *Juris associations*, 2017, n°560, p.24.

GUILLAUME, G. « Le droit au juge : droit ou slogan ? », *Académie des sciences morales et politiques*, 2011.

GUILLAUME-HOFNUNG, M., « La médiation », *AJDA*, 1997 p.30.

GOUTAL, Y., « Médiation : une réforme aux pieds d'argile - Au lendemain de la loi « J21 » et de ses textes d'application », *AJ Collectivités Territoriales*, 2017, p.427.

GUYOMAR, M., « Précisions sur les pouvoirs de la commission de recours contre les refus de visa d'entrée en France », *AJDA*, 2007, p.810.

HELMLINGER, L., « Les réflexions du Conseil d'État sur la « justice administrative du XXIe siècle » », *Lextenso*, Revue du droit public, 2017, n° 5, p.1170.

HUGLO, C., MOUSTARDIER A. et GIRARD, J., « Médiation, action de groupe... Le droit et le contentieux de l'environnement face aux nouvelles procédures instituées par la loi l'environnement face aux nouvelles procédures instituées par la loi Justice du XXIe siècle », *Petites affiches*, 2017, n° 091-092, p.7.

IWEINS, D., « La transformation progressive du Défenseur des droits », *Lextenso, Gazette du Palais*, 2016, n°43, p.7.

JALLAMION, C., « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », *Lextenso, Gazette du Palais*, 2009, n°17, p.3.

JARROSSON, C., « L'arbitrage en droit public », *AJDA*, 1997 p.16.

LAMBERT-WIBER, S., « Les modes alternatifs au règlement des litiges fiscaux », *Les Petites Affiches*, 2007, n°102, p.8.

LE BOT, O. « La sécurisation des MARL par le juge administratif », *HAL*, 2018.

LE BOT, O., « La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? », *CAPJA*, 2015, p. 243.

LE CHATELIER, G., « De la transaction à la médiation », *AJ Collectivités Territoriales*, 2012 p.246.

LE GARS, J.-.M., « Justice administrative et médiation », *AJ Contrat*, 2017, p.370.

LE GARS, J.-.M, « La juridiction administrative saisie par la médiation ? », *AJDA*, 2016, p.2272.

LECUCQ, O. « Étranger : contentieux de l'entrée et du séjour », *Répertoire de contentieux administratif*, 2014.

LINGIBE, P., « La médiation en droit public », *AJ Collectivités Territoriales*, 2017, p.431.

LOMBARD, F. « Arbitrage et droit administratif », *RTD Com.*, 2017, p.54.

LYON-CAEN, A., « Sur la transaction en droit administratif », *AJDA*, 1997 p.48.

MAHINGA, J.-G., « La transaction en droit public (A propos de l'avis de l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002) », *Petites affiches*, 2003, n° 119, p.12.

MELLERAY, F., « La justice administrative doit-elle craindre la « justice prédictive » ?, *AJDA*, 2017, p.193.

MALLET-BRICOUT, B., « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi « Justice du XXIe siècle » : un nouveau souffle », *RTD Civ.*, 2017, p.221.

MATUTANO, E., « Défenseur des droits », *JurisClasseur* Administratif, 2017.

MINET-LELEU, A., « La médiation administrative », *Lextenso*, Revue du droit public, 2017, n° 5, p.1191.

MONNIER, S., « Le médiateur, nouvelle figure du droit public », *RFDA*, 2015, p.1175.

MUNOZ, F., « Pour une logique de la conciliation », *AJDA*, 1997 p.41.

NOËL, G., « Relations entre l'administration fiscale et les contribuables – amélioration des relations – perspectives d'avenir », *JurisClasseur* Procédures fiscales, 2015.

PERROTIN, F., « L'importance du recours hiérarchique », *Petites affiches*, 2018, n°5, p.4.

PIEDELIEVRE, S., « Médiation et accès à la justice », *Lextenso*, *Gazette du Palais*, 2017, n°31, p.36.

PIERRE, J.-.L, « Modération, remise ou transaction », *Procédures* n° 3, mars 2004, comm. 69.

PIERRE, J.-.L, « Modération, remise ou transaction », *Procédures* n° 1, janvier 2007, comm. 27.

PLESSIX, B., « Le contentieux d'un rescrit fiscal », *RFDA*, 2017, p.351.

PLESSIX, B., « Les modes alternatifs de règlement des litiges entre personnes publiques », *Droit Administratif* n° 8-9, Août 2017, 13.

POULET, F, « La justice administrative de demain selon les décrets du 2 novembre 2016. Quelles avancées, quels reculs ? », *AJDA*, 2017, p.279.

PUPPINCK, G., « Synthèse sur la situation des recommandations du Comité des Ministres dans le paysage juridique du Conseil de l'Europe », *European Centre for Law and Justice*, 2012.

RABAULT, H., « La transaction en droit fiscal : quelques doutes sur la constitutionnalité La transaction en droit fiscal : quelques doutes sur la constitutionnalité de l'article L. 251 du Livre des procédures fiscales », *Les Petites affiches*, *Lextenso*, 2014, n° 84, p.7.

RICHER, L., « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *AJDA*, 1997 p.3.

RICHER, L., « Arbitrage et conciliation », Répertoire de contentieux administratif, *Dalloz*, 2017.

ROMNICIANU, M., « La décision du Défenseur des droits d'intervenir devant une juridiction est insusceptible de recours », *AJDA*, 2017 p.1186.

SCHRAMECK, O., « Le recours administratif préalable obligatoire est un investissement rentable pour l'administration », *AJDA*, 2008, p.1628.

TARON D. et GRESY, J., « La médiation administrative : panorama des récentes évolutions », *Petites affiches*, 2017, n°169-170, p.6.

TCHEN, V., « Recours administratifs », *JurisClasseur* Administratif, 2017.

TRUILHE, J.-.C, « Décision prise sur recours administratif préalable et obligation de motivation », *AJDA*, 2010 p.218.

VINCENT J.-.Y et QUILLEVERE, G., « Motivation de l'acte administratif », *JurisClasseur* Administratif, 2017.

Articles généralistes :

« Actions collectives », *Conseil d'Etat*, 2017.

DOMINO, X., Conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat, 2e et 7e ch., 7 mars 2018, n°404079, Mme A.

MENGUY, B., « Pari réussi pour la première association des médiateurs des collectivités territoriales », *La Gazette des communes*, 2013.

« Moyens pouvant être soulevés contre une décision prise sur recours administratif préalable », *AJDA*, 2009 p.390.

« Pas de cristallisation du débat contentieux dès l'exercice du recours administratif préalable obligatoire », *AJDA*, 2007, p.661.

« La médiation dans les litiges administratifs », La justice administrative en pratique, *Conseil d'Etat*.

« Effets d'une demande d'aide juridictionnelle sur le délai d'un recours administratif préalable obligatoire », *AJDA*, 2016 p.1410.

« L'information du militaire en matière de recours administratif préalable », *AJDA*, 2009 p.1465.

Le Lamy prud'hommes, « La médiation du Défenseur des droits, alternative au règlement du conflit devant le conseil de prud'hommes », *Lamy*, 2017.

Le Lamy droit public des affaires, « Nature juridique de la transaction », *Lamy*, 2017.

Le Lamy droit public des affaires, « Règlement non juridictionnel des litiges administratifs », *Lamy*, 2017.

« Le recours administratif de l'article R. 412-14 du code de l'urbanisme est un recours administratif préalable obligatoire avant tout recours contentieux », *AJ Collectivités Territoriales*, 2014, p.332.

« Mise en oeuvre de la médiation préalable obligatoire en matière de fonction publique et d'action sociale », *La Gazette des communes*, 2018.

« Expérimentation de la médiation préalable obligatoire : les prestations et minima sociaux aussi », *Caisse des dépôts*, 2018.

« DALO : Le recours injonction n'est pas un préalable au recours indemnitaire », *Editions législatives*, 2017.

La lettre de la justice administrative, *Conseil d'Etat*, n°39, 2015.

Sitographie :

L'ensemble des sites répertorié dans la sitographie ont été consultés en décembre 2017, janvier, février, mars, avril, mai 2018.

Bulletin officiel des Finances Publiques – Impôts

CTX – La juridiction gracieuse (BOI-CTX-GCX-20120912).
http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/2254-PGP.html

CTX – La juridiction gracieuse - Demandes gracieuses de transaction, modération ou remise (BOI-CTX-GCX-10-20120912).
http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/2254-PGP.html

CTX - La juridiction gracieuse - Demandes gracieuses des tiers mis en cause (BOI-CTX-GCX-30-20120912).
http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/778-PGP

CTX - Contentieux de l'assiette de l'impôt - Procédure devant la cour administrative d'appel (BOI-CTX-ADM-20-20120912).
http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1877-PGP.html?identifiant=BOI-CTX-ADM-20-20-20120912

CTX - Contentieux de l'assiette de l'impôt - Procédure devant le Conseil d'État, juge de cassation (BOI-CTX-ADM-30-20120912).
http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1869-PGP.html?identifiant=BOI-CTX-ADM-30-10-20120912

CTX – Contentieux de l'assiette de l'impôt – Procédure devant la Cour d'appel (BOI-CTX-JUD-20-20120912).
http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/2945-PGP.html?identifiant=BOI-CTX-JUD-20-20-20120912

CTX - Procédures contentieuses – Le contentieux de l'assiette de l'impôt – Procédure devant la Cour de cassation (BOI-CTX-JUD-30-20120912).
http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/274-PGP.html?identifiant=BOI-CTX-JUD-10-30-10-20120912

CTX – Recours pour excès de pouvoir en matière fiscale (BOI-CTX-REP-20120912).
http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/2192-PGP.html?identifiant=BOI-CTX-REP-20120912

CTX - Contentieux de la responsabilité (BOI-CTX-RDI-20120912).
http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/2197-PGP.html?identifiant=BOI-CTX-RDI-20120912

INT - Dispositions communes - Droit conventionnel - Procédures amiables d'élimination des doubles impositions - Règlement des différends et procédures amiables (BOI-INT-DG-20-30-10-20170201).
http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/5344-PGP.html

REC – Contentieux des poursuites – Opposition aux actes de poursuite (BOI-REC-EVTS-20-10-30-20170308).
http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1003-PGP.html?identifiant=BOI-REC-EVTS-20-10-30-20170308

REC - Contentieux des poursuites - Opposition à poursuites - Phase juridictionnelle (BOI-REC-EVTS-20-10-30-20170308).
http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1003-PGP.html?identifiant=BOI-REC-EVTS-20-10-30-20170308

Articles Internet

Comité du contentieux fiscal, douanier et des changes, rapport annuel 2016 à l'intention du Gouvernement et du Parlement, *Direction de l'information légale et administrative*, 2017 :
http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/02/01/65636855.pdf

Etude d'impact, Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle, JUSX1515639L, *Gouvernement*, 2015.
file:///C:/Users/asus/Downloads/ei_justice_XXI_siecle_cm_31.07.2015.pdf

Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable (volet civil), *Cour européenne des droits de l'Homme*, 2017.
https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_FRA.pdf

« Médiation – Urbanisme », conclusions de LESTARQUIT H., rapporteur public de la 1ère chambre du Tribunal administratif de Strasbourg concernant l'homologation d'un protocole d'accord transactionnel suite à une médiation dans le cadre d'un litige portant sur un permis de construire :
http://strasbourg.tribunal-administratif.fr/content/download/121879/1232422/version/1/file/M%C3%A9diation.pdf

« Les modes alternatifs de règlement des différents : La médiation devant le tribunal administratif », *Tribunal administratif de Lyon*, 2017 :
http://www.conseil-etat.fr/tacaa_lyo/A-savoir/Communiques/Les-modes-alternatifs-de-reglement-des-differents-La-mediation-devant-le-tribunal-administratif

« La médiation, une alternative efficace à un contentieux juridictionnel », *Tribunal administratif de Lyon*, 2017 :
http://www.conseil-etat.fr/tacaa_lyo/A-savoir/Communiques/La-mediation-une-alternative-efficace-a-un-contentieux-juridictionnel

« Médiation dans les litiges administratifs : signature de la convention cadre nationale », *Conseil d'Etat*, 2017 :
http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiques/Mediation-dans-les-litiges-administratifs-signature-de-la-convention-cadre-nationale

Convention cadre nationale relative à la mise en œuvre de la médiation dans les litiges administratifs entre le Conseil d'État et le Conseil national des barreaux, Conseil d'Etat et Conseil national des barreaux :
http://www.conseil-etat.fr/content/download/121215/1225484/version/2/file/Dossier%20de%20presse.pdf

Centre national de médiation des avocats :
https://cnma.avocat.fr/

Médiation administrative, Rapport annuel 2013, *Caisse nationale des Allocations Familiales*, 2014.
https://www.caf.fr/sites/default/files/cnaf/Documents/DCom/Presse/Communiqu%C3%A9s%202014/Rapport_mediation_administrative_2013.pdf

Rapport annuel d'activité du Défenseur des droits, 2016.
https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa2017_num-accessibilite-10.04.2018.pdf

Rapport annuel du Médiateur national, rapport 2017, *Pôle Emploi*, 2018.
http://www.pole-emploi.org/accueil/communiques/rapport-2017-de-jean-louis-walte.html?type=article

Charte du médiateur national de Pôle Emploi
https://www.pole-emploi.fr/candidat/la-charte-du-mediateur-national-de-pole-emploi-@/article.jspz?id=61455

Association des médiateurs des collectivités territoriales
http://www.amct-mediation.fr/sites/www.amct-mediation.fr/files/ARTICLE%20SO%2026.02.18.pdf

Réflexions pour la justice administrative de demain, Rapport du groupe de travail présidé par Odile Piérart, Chef de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives, 2015.

Question orale n°1053S du sénateur Richard Yung :
https://www.senat.fr/questions/base/2015/qSEQ15021053S.html

Question n°9926 de ZUMKELLER, M., *Assemblée nationale*, 2013 :
http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-9926QE.htm

Question n° 1998 de BLEIN, Y., *Assemblée nationale*, 2013.
http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-1998QE.htm

***Textes juridiques* :**

Recommandation Rec(2001)9 sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées.

Convention européenne des droits de l'Homme.

Loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

Loi n°77-1453 du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière.

Loi n°87-502 du 8 juillet 1987 dite Aicardi modifiant les procédures fiscales et douanières.

Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

Décret n°81-859 du 15 septembre 1981 portant codification des textes législatifs concernant les procédures fiscales

Décret n°2004-490 du 3 juin 2004 relatif aux procédures administratives et financières en matière d'archéologie préventive.

Décret n°2011-574 du 24 mai 2011.

Décret n°2012-765 du 10 mai 2012 portant expérimentation de la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des agents civils de l'Etat.

Décret n°2013-443 du 30 mai 2013 relatif aux règles de compétence et de délégation de signature applicables au traitement des réclamations contentieuses et des demandes à titre gracieux présentées par les contribuables.

Décret n°2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux

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.

Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

Circulaire du 5 octobre 2012 relative à l'application du décret n° 2012-765 du 10 mai 2012 portant expérimentation de la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des agents civils de l'Etat.

Arrêté du 2 mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique territoriale.

Arrêté du 6 mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges sociaux.

Décisions de justice :

CEDH

CEDH, 22 oct. 1984, « Sramek contre Autriche », n°8790/79.
CEDH, 1er juill. 1997, « Chypre contre Turquie », n°23196/94.
CEDH, 20 mai 1998, « Gautrin contre France », n°38/1997/822/1025-1028.
CEDH, 10 mai 2001, « Rolf Gustafon contre Suède », n°25781/94.
CEDH, 15 oct. 2002, « Cañete de Goñi c. Espagne », n° 55782/00.
CEDH, 26 mars 2015, « Momčilović contre Croatie », n°11239/11.
CEDH, 9 avr. 2015, « Tchokontio Happy contre France », n°65829/12.

Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel, 22 juill. 1980, « Loi portant validation d'actes administratifs », décision n°80-119 DC.

Conseil constitutionnel, 18 janv. 1985, « Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises », décision n°84-183 DC.

Conseil constitutionnel, 23 janv. 1987, « Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », décision n°86-224 DC.

Conseil constitutionnel, 10 mars 1988, « Nature juridique des deux premiers alinéas de l'article 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public », décision n°88 -154 L.

Conseil constitutionnel, 13 août 1993, « Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France », décision n°93-325 DC.

Conseil constitutionnel, 21 janv. 1994, « Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction », décision n°93-335 DC.

Conseil constitutionnel, 9 avr. 1996, « Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française », décision n°96-373 DC.

Conseil constitutionnel, 21 déc. 1999, « Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000 », décision n°99-422 DC.

Conseil constitutionnel, 2 déc. 2004, « Loi de simplification du droit », décision n°2004-506 DC.

Conseil constitutionnel, 26 nov. 2010, « Mlle Danielle S. », décision n°2010-71 QPC.

Conseil constitutionnel, 29 mars 2011, « Loi organique relative au Défenseur des droits », décision n°2011-626 DC.

Conseil constitutionnel, 13 juil. 2011, « M. Samir A. », décision n°2011-153 QPC.

Tribunal des conflits

T. confl., 8 févr. 1873, « Blanco ».

T. confl., 14 mai 1984, n°02302.

T. confl., 17 oct. 1988, n°2523.

T. confl., 16 oct. 2006, « Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français », n°C3506.

T. confl., 18 juin 2007, « Société Briançon bus et Brunet », n°C3600.

T. confl., 17 mai 2010, « INSERM », n°C3754.

T. confl. 13 avr. 2015, n°C3988.

T. confl. 24 avril 2017, n°C4075.

Conseil d'Etat

CE, 22 juin 1883, « ministre de la Marine contre Corbet ».

CE, 17 mars 1893, « Compagnie du Nord, de l'Est et autres ».

CE, 4 août 1905, « Martin ».

CE, 25 juin 1920.

CE, 23 mars 1945, « Vinciguerra ».

CE, 19 nov. 1956, n°38216.

CE, 2 nov. 1957.

CE, 26 janv. 1968, n°69765.

CE, 18 déc. 1970, n°75639.

CE, Sect., 19 mars 1971, « Mergui », n°79962.

CE, 13 oct. 1971, n°80516.

CE, 26 nov. 1971, n°83409.

CE, 3 janv. 1973, n°82270.

CE, 11 juill. 1973, n°81913.

CE, 17 avr. 1974, n°92252.

CE, 30 oct. 1974, n°88044.

CE, 16 juill. 1976, n°00240.

CE, 11 mai 1977, n°99076.

CE, 15 oct. 1980, n°17482.

CE, 8 mai 1981, n°17929.

CE, Ass., 10 juill. 1981.

CE, 9 févr. 1983, n°29313.

CE, 20 avr. 1983, n°29118.

CE, Sect., 28 sept. 1983, n°11513.

CE 11 juill. 1984, n°36866.

CE 11 juill. 1984, n°21851.
CE, 16 juin 1986, n°46743.
CE, 17 nov. 1986, n°30576.
CE, 12 juin 1987, « Ruat et Gril », n°81718.
CE, 4 mai 1988, n°59198.
CE 29 juin 1988, n°58265
CE, 8 juill. 1988, n°77118.
CE, 27 janv. 1989, n°6448.
CE, Ass., 3 févr. 1989, « Cie Alitalia », n°74052.
CE, Sect. 3 mars 1989, n°79532.
CE, 5 juin 1989, n°64036.
CE, 23 juin 1989, n°89799.
CE, 21 sept. 1990, n°89251.
CE, 29 mars 1991, n°101719.
CE, Sect. 19 avril 1991, « préfet de Police Paris c/ Demir », n°120435.
CE, 22 avr. 1992, n°118336.
CE, Sect., 13 mai 1992, n°110184.
CE, 23 juill. 1993, n°99391.
CE, 8 oct. 1993, n°118827.
CE, 26 oct. 1994, n°89713.
CE, 22 mars 1995, « Dadillon », n°155718.
CE, Ass., 20 déc. 1995, « Vedel et Jannot », n°132183.
CE, 30 oct. 1996, n°141043.
CE, avis 21 janv. 1997, n°359996.
CE, avis 7 mai 1997, n°184499.
CE, 17 mars 1999, n°163929.
CE, Sect., 5 janv. 2000, « Cne Mâcot-la-Plagne », n°170954.
CE, Sect., 28 juill. 2000, n°151068.
CE, 29 déc. 2000, n°219918.
CE, 16 févr. 2001, n°217890.
CE, 23 avr. 2001, n°215552.
CE, Sect., 12 oct. 2001, n°237376.
CE, 5 décembre 2001, « Sté CAPMA-CAPMI », n°203591.
CE, 27 nov. 2002, n°234211.
CE, 27 nov. 2002, n°236208.
CE, 6 déc. 2002, « Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses », n°249153.
CE, 19 févr. 2003, n°235697.
CE, 28 nov. 2003, n°246501.
CE, 19 mai 2004, n°248175.
CE, 16 févr. 2004, n°242846.
CE, 10 nov. 2004, n°256031.
CE, Sect., 15 juil. 2004, n°266479.
CE, 20 janv. 2005, n°276475.

CE, Sect. 11 févr. 2005, « Organisme de gestion du cours du Sacré-Cœur et a. », n°259290.
CE, Sect. 22 avr. 2005, n°257406.
CE, 27 juill. 2005, « Mme Houdelette », n°271916.
CE, Sect., 18 nov. 2005, n°270075.
CE, 13 févr. 2006, n°281840.
CE, ord. 13 mars 2006, n°291118.
CE, Sect., 10 oct. 2006, « Leroy Merlin », n°278220.
CE, 15 nov. 2006, n°264636.
CE, 26 mars 2008, « Association Pro Musica », n°278858.
CE, 26 mars 2008, « Chachay », n°286742.
CE, 31 déc. 2008, n°303504.
CE, 4 mars 2009, « Sté RPS », n°295288.
CE, Sect., 6 mars 2009, n°309922.
CE, 21 juill. 2009, n°324809.
CE, 7 oct. 2009, « Lounès O. », n°322581.
CE, 1er mars 2010, n°337029.
CE, 4 mars 2010, n°336700.
CE, 10 mai 2010, n°337874.
CE, Sect., 13 mai 2010, « Conseil départemental de l'ordre des médecins », n°75198.
CE, 1er avril 2010, n°334465.
CE, 2 juin 2010, n°300412.
CE, 30 déc. 2010, n°335170.
CE, 21 mars 2011, n°306225.
CE, 28 déc. 2012, n°357494.
CE, 19 avr. 2013, n°352750.
CE, Ass., 4 avr. 2014, « Département Tarn et Garonne », n°359884.
CE, 19 sept. 2014, n°362568.
CE, Sect., 23 oct. 2015, n°37025.
CE, 4 nov. 2015, n°384241.
CE, 9 nov. 2015, n°374884.
CE, Ass., 21 mars 2016, « Société Fairvesta International GMBH et autres » n°368082.
CE, Ass., 21 mars 2016, « Société NC Numericable », n°390023.
CE, 4 mai 2016, n°377617.
CE, Ass., 13 juill. 2016, « Czabaj », n°387763.
CE, Ass., 9 nov. 2016, « Fosmax LNG », n°388806.
CE, 2 déc. 2016, n°387613.
CE, 18 janv. 2017, « Sté MRB », n°386434.
CE, 19 juin 2017, n°403096.
CE, 12 juil. 2017, n°401461.
CE, 28 juill. 2017, n°397513.
CE, 7 mars 2018, « Mme A. », n°404079.

Cours administratives d'appel

CAA Lyon, 26 juill. 1990, n°1663.
CAA Paris, 25 oct. 1994, n°93973.
CAA Paris, 2 nov. 1994.
CAA Paris, 28 sept. 1995, n°94PA00865.
CAA Paris, 28 sept. 1995, n°94PA00906.
CAA Paris, 30 déc. 1996, n°94PA02185.
CAA Paris, 6 juin 2000, n°98PA02319.
CAA Douai, 13 avr. 2006, n°02DA00157.
CAA Lyon, 7 janv. 2010, n°08LY00326.
CAA Marseille, 16 juin 2015, 13MA04423.
CAA Versailles, 6 avril 2017, n°15PA03145.
CAA Bordeaux, 30 nov. 2017, n°15BX01869.

Tribunaux administratifs

TA Bordeaux, 17 avr. 1997, n°922576.
TA Cergy-Pontoise, 8 janv. 2015, n°1209831.

Cour de cassation

Civ 1ère, 3 mai 2000, n°98-12.819.
Civ 1ère, 26 juin 2001, n°99-17.586.
Com., 7 janv. 2004, n°02-11014.

Cours d'appel

Paris, 20 nov. 1981.
Paris, 25 juin 1982.

Discours :

LE GARS, J.-M., « L'ouverture de la juridiction administrative à la médiation », *Village de la justice*, 2017 :
https://www.village-justice.com/articles/ouverture-juridiction-administrative-mediation,24769.html

SAUVE, J.-.M, « Les développements de la médiation », *Conseil d'Etat*, 2011.
http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Les-developpements-de-la-mediation

SAUVE, J.-M., « La codification de la procédure administrative dans l'Union européenne », *Conseil d'Etat*, 2014.
http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-codification-de-la-procedure-administrative-dans-l-Union-europeenne

SAUVE, J.-M., « La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative », *Conseil d'Etat*, 2015.
http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-mediation-et-la-conciliation-devant-la-juridiction-administrative

SAUVE, J.-M., « La médiation en matière administrative : signature d'une convention entre le Conseil d'État et le Conseil national des barreaux », *Conseil d'Etat*, 2017 :
http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-mediation-en-matiere-administrative-signature-d-une-convention-entre-le-Conseil-d-Etat-et-le-Conseil-national-des-barreaux

SAUVE, J.-M., « Les modes amiables de règlement des différends », *Conseil d'Etat*, 2016 :
http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Les-modes-amiables-de-reglement-des-differends

SAUVE, J.-M., « Paris, place internationale des modes alternatifs de règlements des litiges - Développer la médiation en matière administrative », *Conseil d'Etat*, 2016 :
http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Paris-place-internationale-des-modes-alternatifs-de-reglements-des-litiges-Developper-la-mediation-en-matiere-administrative

Conseil national des barreaux et Conseil d'Etat, « Convention cadre nationale relative à la mise en œuvre de la médiation dans les litiges administratifs entre le Conseil d'État et le Conseil national des barreaux », 2017 :
https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/documents/dossier-de-presse-mediation.pdf

INDEX

Thématique	Pages
Arbitre	33-42-50-86-88-109-110-170-174-176-177.
Conciliation	11-12-15-16-18-19-20-31-35-39-68-88-99-154-181-182.
« *Bonne administration* »	8-19-22-23-24-25-27-31-69-102-103-107-116-117-146-156-157-160-162-164-165-184.
Intérêt à agir	51-125-126-151-161-162-163.
JADE	19-73-74-77-80-144.
Juge judiciaire	19-148-149-154-155-166-167-169-170-180.
« J21 »	9-12-14-22-25-34-35-36-47-53-63-69-80-81-92-93-95-96-97-103-104-118-120-130-181.
Modes amiables	10-15-27-127.
Ordre public	9-39-50-56-57-107-118-123-124-125-129-141-164-167-169-170-175-176-177-179.
Pouvoir normatif	117-118-136.
Tiers	10-12-19-20-36-55-57-71-79-80-86-88-89-104-405-107-112-113-118-123-129-163-178.
Tribunal	6-88-10-107-150.

TABLE DES MATIERES

Partie 1 : Des modes filtrant l'accès au juge perfectibles, sources d'amélioration de la justice.....25

Chapitre 1 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, une mise en œuvre du principe de « bonne administration »....26

Section 1 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, des modes visant à rapprocher l'administration de l'administré.....26

Paragraphe 1 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, un terme générique, des réalités différentes....27

A- Des recours alternatifs traditionnels....28

B- Des recours alternatifs novateurs en plein devenir....33

Paragraphe 2 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, une opportunité séductrice....38

A- Des modes alternatifs de règlement des conflits, base d'une relation de confiance entre l'administration et l'administré....39

B- Des modes facilitateurs du travail de l'administration et souhaités par les juridictions....43

Section 2 : L'efficacité des modes alternatifs de règlement des conflits à l'épreuve de la réalité.....48

Paragraphe 1 : Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits, un exercice contraignant....48

A- Des conditions textuelles d'exercice strictes....48

B- Des domaines interdits et des impératifs liant l'administration....53

Paragraphe 2 : Les modes alternatifs de règlement des conflits, une barrière sur la voie d'accès au juge....59

A- Un administré face à un parcours d'obstacles....59

B- Une administration en manque de moyens, des magistrats dépossédés de leurs prérogatives....63

Chapitre 2 : Le chemin de l'amélioration de la justice administrative, un dédale tortueux.....69

Section 1 : Une alternative à la saisine du juge en recherche d'optimisation..... 69

Paragraphe 1 : Des études, sources de nouvelles propositions d'évolution.....69

A- L'analyse des recours administratifs préalables obligatoires comme base de la réflexion.....69

B- Des propositions de développement des modes alternatifs de règlement des conflits 72

Paragraphe 2 : Une évolution juridique nécessaire, des expérimentations nouvelles.....77

A- Des modes alternatifs de règlement des conflits, fruits de nouveaux textes juridiques.....77

B- Des lois comme une expérimentation du développement des modes alternatifs de règlement des conflits.....80

Section 2 : Un foisonnement d'acteurs se dressant sur le chemin d'accès au juge.....85

Paragraphe 1 : Les « organes administratifs sectoriels », des aides à la résolution des conflits.....85

A- Les commissions et les tiers, des intervenants traditionnels.....85

B- Le médiateur, une figure aux multiples visages.....88

Paragraphe 2 : Le médiateur, un rôle fondamental, un positionnement complexe depuis la loi du 18 novembre 2016.....92

A- Des médiateurs prenant une nouvelle importance.....92

B- La difficile cohabitation d'un ancien et d'un nouveau système.....96

Partie 2 : Un accès au juge seulement différé dans le temps.....100

Chapitre 1 : Le juge, un incontournable dans la vie des modes alternatifs de règlement des conflits.....101

Section 1 : La reconnaissance de la nécessité de l'action d'un « juge » dans les modes alternatifs de règlement des conflits.....101

Paragraphe 1 : Une convergence avec la notion de juge.....101

A- Des « juges » mais pas des magistrats.....102

B- Des qualités au service de la « bonne administration » de la justice.....106

Paragraphe 2 : L'absence de forme et de force d'un jugement.....110

A- Le réel pouvoir du médiateur, un pouvoir tronqué.....110

B- Un médiateur sous l'aile protectrice du juge, un processus soumis à la volonté des parties.....113

Section 2 : Le rôle de créateur de droit du juge renforcé par un souci de « bonne administration ».....116

Paragraphe 1 : L'application du pouvoir normatif du juge au fonctionnement des modes alternatifs de règlement des conflits.....117

A- Les modes alternatifs de règlement des conflits, une existence reconnue et délimitée par le juge.....117

B- Les modes alternatifs de règlement des conflits, un exercice encadré par la jurisprudence.....124

Paragraphe 2 : La force juridique donnée par le juge aux décisions issues des règlements alternatifs.....136

Chapitre 2 : Le rôle du juge revisité par les modes alternatifs de règlement des conflits.....143

Section 1: Un rôle du juge réaffirmé.....144

Paragraphe 1 : Un accès au juge administratif comme garantie du « droit à un procès équitable » 145

A- L'effectivité de l'accessibilité du juge.....145

B- Un accès au juge modulé par le type de recours.....149

Paragraphe 2 : Des conditions impératives d'accès au juge garantes d'une « bonne administration » 156

A- Un accès au juge limité par la nature de l'acte.....156

B- La recevabilité de la requête, condition substantielle de l'accès au juge....159

Section 2 : Un nouveau rôle à définir par le juge lui-même.....165

Paragraphe 1 : La reconnaissance de la compétence du juge administratif dans le processus des modes alternatifs de règlement des conflits.....166

Paragraphe 2 : Le rôle du juge administratif élargi par l'exercice des modes alternatifs de règlement des conflits.....172

A- Un rôle du juge élargi dans le cadre de l'arbitrage et de la transaction.....172

B- Un nouveau rôle du juge restant à définir dans le cadre de la médiation....180

RÉSUMÉ

Face au constat que le juge administratif est confronté à un contentieux de plus en plus important, voire de masse, et à des restrictions budgétaires de l'Etat croissantes, les autorités politiques et administratives conscientes du problème, et sous l'influence d'éléments extérieurs comme l'Union européenne, le droit international et le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, cherchent à développer les modes alternatifs de règlement des conflits qui ont pour but d'éviter la saisine du juge, afin que celui-ci puisse se concentrer sur le cœur de son office. Cette évolution correspond à l'application du principe de « *bonne administration* » qui cherche à placer l'administré au cœur du règlement de son conflit et à améliorer la justice, notamment en réduisant le délai de traitement des affaires. Les modes alternatifs, qui ont entre autres pour but de désengorger les juridictions administratives, font intervenir différents acteurs parmi lesquels la figure du médiateur prend une importance particulière. Ces modes, anciens pour la plupart, novateurs pour d'autres en droit administratif, qui visent à permettre la résolution des conflits sans avoir recours immédiatement au juge n'ont toutefois pas pour conséquence de fermer l'accès au juge mais simplement de le différer dans le temps, respectant ainsi le « *droit à un procès équitable* ». D'ailleurs le juge, loin d'être exclu du domaine des modes alternatifs de règlement des conflits, s'y trouve de fait complètement impliqué, ce qui entraine pour lui un nouveau rôle qu'il se doit de définir dans le silence des textes.

Mots-clés : modes alternatifs de règlement des conflits, « *bonne administration* », médiation.

SUMMARY

It's a long time since Alternative dispute resolutions exist in the French judicial system but due to new problems that the State has to face as an economical crisis, the Government is looking for means to improve the administrative Justice and this is why the main idea of the justice is to developp these Alternative dispute resolutions which are approved by international and European institutions. This development involves the apparition of different actors whose importance is growing up. But the question is to know what impact these Alternative dispute resolutions can have on the access to the judge. This is very important because this access is part of the right of a fair trial which is granted by the article 6 of the European convention on Human Rights. In fact, these Alternative dispute resolutions do not represent fence to the access to the judge. They are simply a means to delay the access to the judge who will always be the last one to judge. But to do this, the judge will have to make clear his new competences especially in the silence of the texts.

Key words : Alternative dispute resolutions, right of a fair trial.