

**CRAPS**

Upresa 8026

CENTRE NATIONAL  
DE LA RECHERCHE  
SCIENTIFIQUE

## LES ALTERNATIVES AU REGLEMENT PAR LES JURIDICTIONS ETATIQUES DES LITIGES INTERESSANT L'ADMINISTRATION

Recherche réalisée avec le soutien du Groupement d'intérêt public « Mission de Recherche  
Droit et Justice »

### Synthèse de la recherche

La recherche de modes alternatifs de règlement des litiges n'a de sens que par rapport aux difficultés rencontrées par les juridictions étatiques pour exercer cette mission. En matière administrative, cette recherche est rendue particulièrement délicate du fait de la dimension essentielle jurisprudentielle du droit administratif, de son caractère exorbitant du droit commun et de l'irréductibilité des personnes publiques par rapport aux personnes privées. Aussi est-il nécessaire de distinguer la transposition en cette matière de procédés issus du droit privé et la réorientation en ce sens de techniques propres au droit administratif.

Depuis près d'une vingtaine d'années, le Conseil d'Etat s'interroge en effet sur ces modes alternatifs de règlement des litiges pour faire face à l'inflation du contentieux administratif. Le Parlement s'est lui aussi penché sur la question. Leur constat rejoint celui de la doctrine : les alternatives au règlement juridictionnel des litiges sont soit inefficaces en ce qui concerne les modes propres au droit administratif (recours administratifs), soit inadaptés en ce qui concerne les modes communs au droit privé (transaction, médiation, conciliation et arbitrage). Des propositions ont été émises pour y remédier. Mais le bilan de ces réformes est toutefois en l'état du droit extrêmement réduit : une disposition légale rarement mise en oeuvre (la mission de conciliation des tribunaux administratifs), une autre disposition dont aucun des décrets auxquels son application est subordonnée n'a été adopté et deux circulaires du Premier ministre sans valeur juridique.

En matière administrative, cette problématique souffre de nombreuses ambiguïtés. Les réformes engagées ou prônées n'ont dans la plupart des cas envisagé ces modes alternatifs qu'au regard d'un objectif de prévention du contentieux administratif. Cet objectif est pourtant inséparable de la recherche d'une amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Par-delà leur indéniable diversité, les modes alternatifs se distinguent radicalement du règlement des litiges par les juridictions étatiques du fait de leur dimension consensuelle.

Cette dimension consensuelle s'exprime de manière différente dans chacun de ces modes alternatifs. Contrat réglant un litige né ou à naître par des concessions réciproques, la transaction est par définition même le produit d'un consensus entre les parties. La médiation et la

UNIVERSITE LILLE 2

Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales

1, Place Déliot - BP 629 - F - 59024 Lille Cedex

Tél : 33 (0)3 20 90 74 51 - Fax : 33 (0)3 20 90 77 00

<http://www.univ-lille2.fr/droit/CRAPS>mel : [craps@hp-sc.univ-lille2.fr](mailto:craps@hp-sc.univ-lille2.fr)



conciliation sont elles des procédures auxquelles les parties acceptent de se soumettre – spontanément ou en application des clauses contractuelles qui les lient – pour essayer de régler le différend les opposant. Ces procédures sont donc en elles-mêmes d'ordre consensuel. Faisant ou non intervenir un tiers indépendant chargé de mener cette procédure, elles supposent toutes deux que les parties s'inscrivent dans une démarche transactionnelle. Même l'arbitrage est caractérisé par cette dimension consensuelle. En effet, si l'arbitre statue en tant que juge et dispose par voie de conséquence du pouvoir d'imposer sa solution aux parties, le recours à l'arbitrage, la désignation de l'arbitre et l'ampleur de ses pouvoirs dépendent de leur seule volonté. L'arbitrage est mis en œuvre sur la base d'une clause compromissoire ou d'un compromis, c'est-à-dire d'un contrat par lequel les parties confient à un tiers le pouvoir de régler leur différend. Le fondement de l'arbitrage est donc d'ordre consensuel.

Même les modes alternatifs propres au droit administratif reposent sur cette logique. Les recours administratifs se concluent certes par des décisions administratives, c'est-à-dire par des actes pris unilatéralement par l'autorité administrative saisie du recours. Mais le dépôt d'un recours administratif, qu'il s'agisse d'un recours gracieux adressé à l'auteur de la décision contestée ou d'un recours hiérarchique adressé à l'autorité dotée du pouvoir hiérarchique, repose par principe sur la confiance du requérant en l'administration. Le litige est alors susceptible d'être réglé de plusieurs manières : soit l'administration infléchit totalement ou partiellement sa position pour prendre en compte les arguments du requérant, soit ce dernier est convaincu par l'administration de la pertinence de la décision initiale.

Aucun de ces modes alternatifs ne peut par contre régler définitivement de lui-même un litige. C'est évident en ce qui concerne les procédures : d'une part une médiation et une conciliation n'aboutissent pas nécessairement, d'autre part la décision prise par l'autorité administrative sur le recours dont elle a été saisie peut ne pas satisfaire le requérant. Un recours peut alors être déposé devant le juge qui réglera le litige. C'est encore évident en ce qui concerne la transaction : si le consensus entre les parties est rompu, l'une d'entre elles peut saisir le juge pour qu'il vérifie la validité de ce contrat et sa conformité à l'ordre public. C'est même le cas pour l'arbitrage qui peut faire l'objet d'un appel devant le juge étatique ou, à défaut, d'un recours en annulation. On le voit, les modes alternatifs de règlement des litiges ne se substituent pas totalement aux actions juridictionnelles et leurs existences peuvent se combiner harmonieusement.

En matière administrative, l'essor des modes alternatifs se heurte à des difficultés résultant de l'inaboutissement de la transposition des procédés du droit privé et de l'ineffectivité des procédés propres au droit administratif.

Le droit privé connaît en effet plusieurs modes alternatifs de règlement des litiges dont l'adaptation en matière administrative est variable. La transaction est depuis longtemps utilisée par les administrations dans le cadre des contentieux des contrats et de la responsabilité extra-contractuelle, c'est-à-dire dans des domaines où l'administration dispose de la faculté de renoncer. La jurisprudence a toutefois encadré strictement ce procédé pour garantir la protection des deniers publics. D'une part, la réciprocité des concessions caractérisant la transaction ne doit pas conduire l'administration à accorder une libéralité à l'autre partie. D'autre part, la jurisprudence administrative a consacré un principe général du droit interdisant à l'administration de payer une somme qu'elle ne doit pas. Enfin, l'administration ne peut pas insérer dans des contrats, notamment les transactions, des clauses par lesquelles elle renoncerait par exemple au bénéfice de la prescription quadriennale des dettes publiques.



La médiation et la conciliation se sont développées récemment depuis la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 relative au Médiateur de la République. Chargée d'intervenir dans tous les litiges opposant les administrations *lato sensu*, c'est-à-dire les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public, aux administrés, cette institution a suscité de profondes inquiétudes du fait de son originalité par rapport à l'ordonnement classique de l'administration française. La soustraction du Médiateur de la République à tout pouvoir hiérarchique, les conditions de son intervention – gratuité, proposition de solution en équité, etc. - et la facilité avec laquelle il peut être saisi, notamment depuis l'implantation de délégués départementaux, en ont fait un instrument efficace de règlement des conflits, notamment de ceux à l'égard desquels les juridictions étatiques se révéleraient incompétentes. Une telle institution contribue chaque année au règlement de dizaines de milliers de conflits.

L'exemple du Médiateur de la République a été reproduit dans de nombreuses administrations, qu'il s'agisse de l'Etat, de ses établissements ou des collectivités locales. Ces reproductions pèchent par leur absence d'autorité. N'étant pas extérieurs à l'administration à l'égard de laquelle ils sont censés intervenir, l'action de ces organes ne bénéficie pas du poids suffisant pour infléchir sensiblement la position de l'administration. Leur nombre et les faibles dimensions de leurs domaines d'activités font qu'ils sont méconnus du grand public. Reste que la médiation évolue en matière administrative vers une logique de régulation de domaines sensibles par des autorités administratives indépendantes.

Une conciliation existe encore en matière administrative. A l'exemple de la conciliation dans le domaine des contrats, elle est marquée soit par une faible différenciation des médiateurs et conciliateurs par rapport aux personnes publiques, soit par un glissement vers le paritarisme. Quant à la mission de conciliation confiée aux tribunaux administratifs par la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986, sa mise en œuvre à l'égard des litiges dont ces juridictions administratives sont saisies soulève davantage de questions qu'elle n'en résout.

L'arbitrage est d'utilisation exceptionnelle en matière administrative et ne semble pas pouvoir s'y imposer tant les adaptations du droit administratif pour ce faire semblent importantes. Aucun des textes reconnaissant, à titre exceptionnel, à une administration le droit de recourir à l'arbitrage n'a connu d'application substantielle. A tel point qu'il existe de très nombreuses interrogations sur le régime même de l'arbitrage en matière administrative. Le Conseil d'Etat a certes proposé des solutions propres au droit administratif. Elles n'emportent guère la conviction, tant l'implantation de l'arbitrage en matière administrative suppose de dérogations aux règles les mieux établies du droit administratif.

Quant aux modes de règlement des litiges propres au droit administratif, leur réactivation est nécessaire pour leur permettre, à l'exemple de la réclamation préalable devant le service des impôts, de régler effectivement les litiges. Car, sous réserve de cette réclamation préalable, l'effectivité des recours administratifs dans cette mission de règlement des litiges est réduite. Même les recours spéciaux obligatoires ne contribuent guère à ce règlement dans la mesure où leur champ d'application est, dans la plupart des cas, extrêmement étroit et correspond à des domaines sensibles dans lesquels le législateur a estimé que la position de l'administration devait, avant tout recours juridictionnel, être obligatoirement fixée par l'autorité hiérarchique. Dans ces conditions, les recours administratifs spéciaux n'ont pas été institués dans la perspective du règlement des litiges, mais dans celui d'un contrôle systématique de l'administration sur elle-même, lorsque son action ne suscite pas l'adhésion de ses destinataires.

Quant aux recours administratifs de droit commun, leur régime juridique a été façonné par la jurisprudence administrative en les distinguant radicalement des recours juridictionnels. Elle



leur a fait perdre toutes les garanties dont certains d'entre eux bénéficiaient au 19<sup>ème</sup> siècle du fait de la confusion existant alors entre les recours administratifs et juridictionnels. Ces garanties sont donc, en l'état du droit, insuffisantes pour être attrayantes à l'égard des requérants. En l'absence d'instruction contradictoire, de sursis à exécution de la décision contestée durant cette instruction et de motivation obligatoire des décisions prises par les autorités administratives saisies de ces recours, les requérants n'ont guère d'intérêt à diligenter des recours administratifs plutôt que de saisir directement le juge administratif.

Dans tous les cas, les modes alternatifs de règlement des litiges sont caractérisés par une réelle complexité de leur régime juridique en matière administrative. Les administrations, notamment locales, éprouvent fréquemment des difficultés pour en maîtriser la teneur. La sécurité des rapports consensuels entre les parties en est profondément affectée.

Il est encore nécessaire de clarifier le champ d'application de chacun de ces procédés, pour les rendre intelligibles en droit administratif et dissiper le brouillard qui y caractérise leur perception. Les recours administratifs ne sont recevables qu'à l'égard de décisions administratives dont il s'agit d'apprécier la légalité. Leur domaine correspond étroitement à celui du contentieux de l'excès de pouvoir. Par contre, l'administration ne peut transiger sur l'exercice de ses compétences, auxquelles elle ne peut régulièrement renoncer. La transaction n'est donc possible qu'en matière de contentieux des contrats ou de la responsabilité extra-contractuelle, dans l'exacte mesure où l'administration peut y accorder des concessions. Les procédures d'ordre transactionnel – médiation et conciliation – suivent dans une très large mesure ce découpage, le respect de la légalité s'imposant en tout état de cause en matière d'excès de pouvoir alors que seul le respect de l'ordre public est contrôlé en matière de transaction.

Au-delà même de cette distinction entre les catégories de litiges, il est nécessaire d'opérer des distinctions quant au champ d'application de ces modes alternatifs selon la nature des fonctions exercées par les administrations. En effet, les activités de l'administration sont en elles-mêmes profondément disparates. Elles sont caractérisées par des situations juridiques profondément différentes, dans lesquelles les rapports entretenus entre les administrations et les destinataires de leurs actions diffèrent de manière radicale. Il est vraisemblable que les modes alternatifs puissent faire l'objet d'une adaptation satisfaisante en les articulant par rapport à ces situations fonctionnelles.

Certaines des fonctions exercées par les administrations sont absolument rétives à toute logique contractuelle. Tel est évidemment le cas des fonctions de réglementation et de police administrative. Par voie de conséquence, les pratiques d'ordre transactionnel devraient être clairement interdites en ce qui les concerne. La jurisprudence administrative admet par contre évidemment l'utilisation des recours administratifs gracieux et hiérarchique à leur égard. La raison en est simple : quelle que soit leur dimension consensuelle, ils préservent formellement le rapport de sujétion entre l'autorité administrative et les administrés qui caractérise l'exercice de ces fonctions. Même s'ils aboutissent à un règlement amiable des litiges et à la réalisation de concessions, leur nature juridique est compatible avec la situation, c'est-à-dire le rapport entre l'administration et les destinataires de son action, correspondant à la nature de ces fonctions.

On trouve une situation juridique comparable en ce qui concerne la fonction de répression administrative, dans la mesure où la mission confiée à l'administration est alors de sanctionner des comportements, et en matière fiscale, qui constitue pour l'administration davantage un moyen qu'une fonction. Dans les deux cas, les pouvoirs dont l'administration dispose sont tellement importants qu'il n'est tout simplement pas vraisemblable qu'elle les exerce



fréquemment. Par voie de conséquence, de nombreux textes ont autorisé l'administration à recourir à la transaction, ce qu'elle ne manque pas d'utiliser.

L'autre fonction essentielle remplie par l'administration est, dans son principe même, beaucoup plus accueillante à l'égard des modes alternatifs de règlement des litiges issus du droit privé, à l'exception de l'arbitrage, comme des recours administratifs. Lorsqu'il s'agit de réaliser des prestations (fonction de service public), la gamme des modes alternatifs de règlement des litiges est utilisable, dans l'exacte mesure où l'utilisateur se trouve dans la plupart des cas en situation de profane ou de demandeur à l'égard des services fournis par l'administration. La seule réserve réside en ce que ces modes de règlement amiable doivent présenter un attrait du point de vue des requérants. En l'absence de garanties procédurales en ce qui concerne les recours administratifs et d'adaptation des contrôles financiers et comptables sur les transactions, les litiges ne peuvent massivement être réglés de manière amiable.

L'organisation des administrations n'est par ailleurs guère adaptée à l'exercice de cette fonction contentieuse de règlement des litiges. La recherche d'un consensus à travers ces modes alternatifs se heurte concrètement d'une part à leur faible déconcentration : les agents avec lesquels les requérants négocient ont rarement le pouvoir d'engager l'administration qu'ils représentent. D'autre part, les services juridiques sont rarement associés aux services techniques pour déterminer l'attitude de l'administration. Enfin, la comptabilité publique impose des contrôles susceptibles de remettre en cause le consensus établi entre les parties.

Un développement des modes alternatifs de règlement des litiges doit lever ces obstacles. Mais la nature même des collectivités publiques doit être prise en compte et les droits et intérêts des tiers garantis, c'est-à-dire ceux des membres de ces collectivités autres que le requérant. Il semble en tout état de cause nécessaire d'une part d'organiser une véritable publicité quant à l'exercice de ces modes alternatifs de règlement des litiges, d'autre part de prévoir des moyens d'action leur permettant, le cas échéant, de provoquer un contrôle de leur exercice. Car la nature même des collectivités publiques l'impose logiquement.