

2248

La conciliation en droit administratif : un état des lieux

Marie-Odile DIEMER,

maître de conférences de droit public,
université Côte d'Azur, CERDACC (UPR 7267)



Si la conciliation est une notion familière des chercheurs et des textes en droit privé, elle se fait plus discrète en droit public. La médiation règne en effet en maître tant auprès tant du juge administratif que de certaines institutions. Pourtant, si l'office conciliatoire du juge administratif est assurément disparu, la technique et la dénomination survivent toujours auprès d'organes et organismes divers. Le temps d'un état des lieux et d'une réactivation des réflexions sur la conciliation en droit public est donc venu.

1 - Discuter plutôt que se disputer, est-ce forcément se concilier ? Peu disert sur le choix des termes, le garde des Sceaux, dans ses récentes annonces, semble dans tous les cas favoriser une course à l'amiable¹. Les effets dans la pratique ne se démentent d'ailleurs pas : la toute fraîche entrée en vigueur du décret du 11 mai 2023 restaurant l'article 750-1 du Code de procédure civile², celle du décret du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire³, et les nouvelles nominations des personnalités composant le jeune Conseil de la médiation⁴ confirment cette volonté d'imposer l'alternatif dans le paysage juridique du moins du côté du droit privé.

Un regard sur les outils parallèles à la procédure juridictionnelle utilisés en la matière en droit public s'avère nécessaire, et plus particulièrement concernant la conciliation. Car concilier est-ce forcément discuter ?

La conciliation en droit public ne bénéficie en effet que de très peu d'études sur son fonctionnement⁵. Surtout citée concernant l'im-

possibilité de la distinguer de la médiation, ou intégrée plus globalement dans les modes contractuels de résolution des litiges⁶, la doctrine ne cherche pas à aller au-delà de cet état claudiquant de la catégorisation des modes amiables. Les auteurs ne prennent donc plus le temps d'approfondir les mécanismes conciliatoires en droit public⁷ ou de réfléchir sur le choix de ce terme⁸. Il n'y a donc guère que les spécialistes des modes amiables qui exhument encore un article disparu du Code de justice administrative pour tenter d'en comprendre les tenants et les aboutissants⁹. Le chapitre clos de la conciliation juridictionnelle est ainsi certainement la raison pour laquelle les études dédiées à la conciliation se sont taries. En à peine 5 ans, c'est en effet la médiation conventionnelle en droit administratif qui s'est déjà forgé une légende : chamboulant tout sur son passage, elle serait devenue le mode amiable par excellence en droit public

1. Déclaration de M. Éric Dupond-Moretti, garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur la politique de l'amiable, à Paris le 13 janvier 2023 ; Projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 déposé le 3 mai en première lecture au Sénat.
2. D. n° 2023-357, 11 mai 2023, relatif à la tentative préalable obligatoire de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile : JO 12 mai 2023.
3. D. n° 2023-686, 29 juill. 2023, portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire : JO 30 juill. 2023 ; F. Vert, Médiation, conciliation, audience de règlement amiable : vers un office conciliatoire effectif du juge français ? : JCP G 2023, 60004, n° 1024.
4. D. n° 2022-1353, 25 oct. 2022, relatif à la composition et aux modalités de fonctionnement du Conseil national de la médiation. – A. 25 mai 2023, portant nomination au Conseil national de la médiation.
5. A. Guihal, La conciliation et la médiation administratives : Gaz. Pal. 1996, p. 954. – F. Munoz, Pour une logique de la conciliation : AJDA 1997, p. 41. –

- R.-C. Dupuy, La pratique de la conciliation au Tribunal administratif de Nantes. Rappel des principes de la conciliation, une nouvelle forme de règlement des conflits : RDFA 1999, p. 611. – J.-M. Le Gars, La conciliation par le juge administratif : AJDA 2008, p. 1468. – E. Costa, La conciliation devant le juge administratif : AJDA 2012, p. 1834.
6. J. Saison-Demars, Contractualisation et règlement des litiges administratifs : RFDA 2018, p. 230.
7. V. cependant B. Blohorn-Brenneur et J. Biancarelli (dir.), Conciliation et médiation devant la juridiction administrative, Actes du Colloque du Conseil d'État du 17 juin 2015 : L'Harmattan, 2019. – Et pour des études en droit privé : M. Reverchon-Billot, Conciliation et médiation : des modes amiables concrètement différents : Procédures 2021, étude 11, n° 12.
8. V. cependant M. Guillaume-Hoffnung, La médiation : AJDA 1997, p. 30, qui développe « la regrettable confusion opérée par des textes de droit public entre médiation et conciliation ».
9. En effet, l'ancien article L. 211-4 du CJA prévoyait que « Dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont d'accord, organiser une mission de conciliation et désigner à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées ».

éclipsant, voire enterrant toute concurrence à son égard¹⁰. Se parant de ce mythe fondateur, la conciliation n'y aurait pas résisté¹¹.

Il est vrai qu'il n'est pas forcément aisé de s'y retrouver au milieu de tous les modes alternatifs qui existent, égrenés par le célèbre triptyque *médiation, conciliation et transaction*¹² et surtout qui se subdivisent en sous-catégories. Par exemple, la médiation peut être conventionnelle ou institutionnelle dans son organisation, elle peut aussi être facultative ou obligatoire dans ses modalités de fonctionnement¹³. Et à chaque sous-catégorie correspond logiquement un régime juridique différent. La conciliation elle-même connaît ses catégories : la fameuse conciliation juridictionnelle¹⁴, la conciliation conventionnelle lorsqu'elle est intégrée dans un contrat et la conciliation institutionnelle lorsqu'elle est gérée par un organe constitué à cet effet.

L'article L. 213-1 du CJA en tant qu'article englobant sur les processus alternatifs donne le ton et impose presque le silence à l'égard de la conciliation : « *La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction* ». Le choix de la dénomination finalement importerait peu selon les premières lignes de l'article du moment que l'accord gouverne le processus. La médiation semble ainsi intégrer la conciliation et pourtant évoque le tiers comme étant « *le médiateur* » et ne prévoit pas d'éventuelle alternative avec un « *conciliateur* ». Ces formulations ne poseraient pas de problèmes si la conciliation avait vraiment et totalement été éradiquée des codes. Ce n'est pourtant pas le cas : elle est mentionnée dans le Code des relations entre le public et l'administration¹⁵ et disséminée à travers plusieurs codes encadrant des matières de droit

public à l'instar du droit de la santé¹⁶, du droit de l'urbanisme¹⁷ ou encore du droit fiscal (*CGI, art. 1653-3*)¹⁸ pour ne citer qu'elles. Mais cette survie de la conciliation concerne un mécanisme précis : il s'agit de la conciliation institutionnelle. Cette dernière n'a donc jamais été emportée par le tourbillon formé par la médiation. Les commissions ou comités conciliatoires divers font ainsi toujours bonne figure dans la législation et la réglementation en vigueur. C'est donc à elle – la conciliation institutionnelle – qu'il faut principalement se référer lorsque l'on parle de conciliation en droit public. Toutefois, le seul inventaire des divers organismes recourant à la conciliation ne constitue qu'une première étape afin de restituer la notoriété nécessaire de ce mode alternatif. La seconde étape consiste à s'interroger sur le mécanisme fonctionnel qui pourrait faire émerger une notion et une définition plus précises de la conciliation à l'instar d'une notion de médiation désormais acquise en droit public¹⁹. L'auteur de ces lignes refuse donc de faire « *le deuil d'une clarification* »²⁰ entre la médiation et la conciliation, même s'il faudra faire le deuil de l'exhaustivité afin de balayer un maximum de problématiques relatives à la conciliation. L'objectif étant surtout de redonner toute sa place à la conciliation en droit public afin d'identifier une technique précise au-delà d'un simple label apposé sur des procédures disparates.

Ainsi, s'il est certain que la conciliation intègre les modes alternatifs d'une façon large, cela ne permet pas forcément d'en déduire une notion autonome clairement séparée de la médiation, intégrant plus précisément l'amiable et reposant exclusivement sur l'accord des parties. Il faudra ainsi s'interroger sur les divers mécanismes de conciliation pour mieux comprendre ce processus.

1. L'intégration certaine de la conciliation au sein des modes alternatifs de règlement des litiges

2 - Le choix du terme pour comprendre le A de MARD n'est absolument jamais neutre concernant l'étude du droit processuel en la matière²¹. L'amiable tend justement à se substituer dans les textes à l'alternatif dans la détermination du « A » qui compose l'acronyme des MARD²². En effet, parler d'amiable permet d'insister sur la dimension consensuelle du processus et de ne pas simplement en faire une catégorie secondaire de résolution des différends aux côtés de la

10. L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle. – D. n° 2017-566, 18 avr. 2017, relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif.

11. S. Monnier, *Le médiateur, nouvelle figure du droit public* : RFDA 2015, p. 1175. – G. Benard-Vincent, *Les périmètres de la médiation en droit public* : Lexbase Hebdo éd. publique, 23 mars 2017, n° 453. – A. Minet-Leleu, *La médiation administrative* : RDP 2017, p. 1191. – P. Gazagnes, *La médiation administrative* : AJDA 2018, p. 2334. – Conseil d'État, *Les assises nationales de la médiation administrative*, 18 décembre 2019, actes du colloque disponibles en vidéo sur le site du Conseil d'État. – M.-O. Diemer (dir.), *Justice administrative et médiation*, Actes du Séminaire du 15 octobre 2020, Université Nice Côte d'Azur : Lexbase Hebdo Éd. publique, 7 janv. 2021. – B. Nuret, *La médiation en droit public : d'une chimère à une obligation ?* : JCP A 2019, 2060, n° 9. – V. également A. Claeys et A.-L. Girard, *Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif* : Presses universitaires de Poitiers, mai 2017. – M. Guillaume-Hoffnung, *La médiation : Que sais-je ?*, 2020. – R. Bousta, *La notion de médiation administrative* : L'Harmattan, 2021.

12. D'autres triptyques ont été mis en avant par la Haute Juridiction administrative : Conseil d'État, *Règlement autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, étude 1993.

13. D. n° 2018-101, 16 févr. 2018, portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux. – D. n° 2020-1303, 27 oct. 2020, modifiant le 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. – D. n° 2022-433, 25 mars 2022, relatif à la procédure de médiation préalable obligatoire applicable à certains litiges de la fonction publique et à certains litiges sociaux. – B. Nuret, *La médiation préalable obligatoire : du regard bienveillant à l'analyse critique* : JCP A 2022, 2245, n° 35.

14. M. Levy, *La conciliation par le tribunal administratif et le rôle du juge dans l'instruction des litiges* : AJDA 1987, p. 499. – Dossier, *La pratique de la conciliation au Tribunal administratif de Nantes* : RFDA 1999, p. 611-622. – E. Costa, *La conciliation devant le juge administratif* : AJDA 2012, p. 1834.

15. Article L. 421-1 : « Il peut être recouru à une procédure de conciliation ou de médiation en vue du règlement amiable d'un différend avec l'administration, avant qu'une procédure juridictionnelle ne soit, en cas d'échec, engagée ou menée à son terme ».

16. CSP, art. 1142-5 : « Dans chaque région, une ou plusieurs commissions de conciliation et d'indemnisation sont chargées de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de produits de santé mentionnés aux articles L. 1142-1 et L. 1142-2 ».

17. C. urb., art. L. 132-14 : « Il est institué, dans chaque département, une commission de conciliation chargée, à titre principal, de rechercher un accord entre l'autorité compétente pour élaborer les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme ou les cartes communales et les autres personnes associées à cette élaboration ou de formuler en tant que de besoin des propositions alternatives ».

18. V. par ex. : C. Lopez, *La saisine des commissions départementales : une solution aux conflits ?*, in T. Lambert (dir.), *Le contentieux fiscal en débats*, Actes du colloque organisé les 15 et 16 novembre 2013 à Aix Marseille : LGDJ, 2014, p. 355.

19. R. Bousta, *La notion de médiation administrative* : L'Harmattan, 2022.

20. L. Richer, *Arbitrage et conciliation*, in *Répertoire de contentieux administratif*, janv. 2012, n° 22.

21. S. Amrani-Mekki, *Pour des modes « adaptés » de résolution des différends : les nouveaux MARD* : Gaz. Pal. 9 mai 2023, p. 36.

22. D. n° 2012-66, 20 janv. 2012, relatif à la résolution amiable des différends : JO 22 janv. 2012, p. 1280, n° 0019. – B. Bernarbé, *Les chemins de l'amiable résolution des différends* : Cah. just. 2014/4, p. 631.

prétendue noble voie qu'est la voie juridictionnelle²³. Ce choix permet notamment d'éliminer le recours administratif préalable. La conciliation s'inscrit-elle alors dans cette perspective de discussion ? La réponse à cette question aidera peut-être à séparer la médiation et la conciliation plutôt qu'à se référer sempiternellement à la fonction du tiers qui ne semble pas être un angle de vue suffisant en la matière.

A. - L'amiable, terme pivot pour comprendre médiation et conciliation ?

3 - Il faut au préalable noter que le traitement des termes « amiable » et « alternatif » est différent en droit privé et en droit public. Le livre V du Code de procédure civile s'intitule « La résolution amiable des différends » tandis que le Code des relations entre le public et l'administration refuse de faire un choix entre les deux termes. Le livre IV concernant le règlement des différends avec l'Administration consacre un titre II aux « autres modes non juridictionnels de règlement de résolution des différends », ne permettant pas d'isoler réellement les processus alternatifs. Ils sont au contraire toujours identifiés dans l'ombre et en référence à la procédure juridictionnelle²⁴. L'amiable n'est cependant pas écarté du droit public à l'instar de la matière du droit des marchés publics, aujourd'hui étendu à la commande publique qui l'intègre pleinement dans les procédures prévues à cet effet²⁵.

Pour comprendre le choix du mot, il faut s'interroger sur la signification du mot et l'un conditionne l'autre. L'amiable convoque le dialogue et le compromis. Selon L. Cadet, « l'amiable postule de l'altérité, donc des concessions, de la souplesse, de la flexibilité »²⁶. Le Vocabulaire Cornu ne trahit pas cet esprit consensuel en précisant qu'il est « issu d'un commun accord », mais aussi « par extension se dit aussi de certains modes de solution des litiges ». Le « certains » ne permet cependant pas de connaître lesquels sont concernés ou exclus. Dans tous les cas, le terme d'amiable permet de mieux comprendre le mécanisme propre des modes alternatifs sans simplement en faire des voies de bas-côté.

Toutefois, l'amiable est-il au cœur de la conciliation en droit administratif ? Une récente étude sur les accords amiables en droit public n'évoque d'ailleurs absolument jamais la conciliation²⁷.

L'amiable serait-il finalement l'incarnation même du consensuel ?

Il faut finalement s'attacher à séparer le contractuel de l'accord concernant la conciliation et ainsi séparer conciliation conventionnelle et institutionnelle. En effet, la conciliation peut tout à fait être intégrée dans un contrat. Elle anticipe alors le conflit et organise le début d'une éventuelle conciliation en cas de différend. Il s'agit du cœur de la conciliation conventionnelle qui repose sur un accord mais sur un accord comme point de départ. C'est par exemple l'article L. 2197-1 du Code de la commande publique qui prévoit

que : « les parties à un contrat administratif peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur, dans les conditions fixées par les chapitres I^{er} et II du titre II du livre IV du code des relations entre le public et l'administration ». La jurisprudence a d'ailleurs permis de discipliner ces clauses de conciliation notamment dans les célèbres arrêts du Conseil d'État Société Excelsia²⁸ et Société Valéor²⁹. Cependant, malgré cet accord en amont, la conciliation ne se solde pas nécessairement par un accord et tourne parfois autour d'avis ou de propositions lorsqu'elle est ou se transforme en conciliation institutionnelle. Une scission serait-elle alors à réaliser en fonction de la catégorie de conciliation concernée, à savoir entre la conciliation institutionnelle et la conciliation conventionnelle qui peuvent se mêler ? La conciliation serait finalement un mode *compromissaire*, au sens de l'arrangement, reposant sur la volonté d'échapper au juge et au carcan du processus juridictionnel sans pour autant aboutir à un accord au sens strict mais plutôt à une solution, qu'elle soit formalisée dans un accord ou alors préconisée dans une proposition. L'amiable en tant que résultat de la conciliation ne peut en effet pas être généralisé au regard de la diversité des pratiques.

La variété des domaines d'intervention de la conciliation et des procédés conciliatoires trouble un peu plus la volonté de délimitation et semble condamner la conciliation en droit public à échapper aux catégories préalables.

B. - La variété des domaines d'intervention de la conciliation

4 - Si l'on continue de se concentrer sur la conciliation institutionnelle, la variété des conciliateurs institutionnels s'est substituée au défaut du juge conciliateur. Ce dernier appartient en effet à un temps révolu depuis la disparition de l'article L. 211-4 du Code de justice administrative. Là encore, le droit privé diverge profondément du droit public puisque la conciliation fait partie pleinement des principes directeurs du procès dans le Code de procédure civile³⁰. La récente volonté d'intégrer l'audience de règlement amiable s'intègre également dans cette perspective³¹. Le droit administratif semble quant à lui avoir fait le deuil de cette modalité d'intervention du juge et relègue forcément l'amiable et l'alternatif à d'autres tiers que lui³².

D'où provient alors la conciliation publiciste ? Si l'on peut tout à fait remonter à la période révolutionnaire concernant l'institution des juges de paix il faut cependant se replacer au cours du XX^e siècle pour voir apparaître les premières modalités de la conciliation institutionnelle. Ce n'est en effet qu'en 1957 que la conciliation institutionnelle émerge en droit public avec la création par arrêté de deux nouveaux conciliateurs spécialisés : les comités de conciliation de la distribution de l'électricité et de la distribution du gaz³³. Ces deux comités ont permis par la suite d'en développer d'autres³⁴. Par

23. B. De Belval, *La médiation un mode amiable comme un autre* : Gaz. Pal. 28 févr. 2017, n° 287, p. 18.

24. Certains écrits ont pu mélanger les deux références : G. Keromnes, *Les modes alternatifs de règlement amiable des litiges en matière administrative* : Gaz. Pal. 25 févr. 1997, p. 346.

25. C. Dègre, *Une procédure de règlement amiable des litiges, les comités de règlement amiable des marchés* : Marchés publ. 1981, n° 175, p. 175. – C. Bréchon, *Le règlement amiable dans les marchés publics* : Marchés publ. 1987, n° 225, p. 21. – J. Massot, *La phase de conciliation dans le règlement amiable des litiges en matière de marchés publics* : Marchés publ. 1991, n° 283, p. 41. – Et plus généralement : Y. Gaudemet, *Le précontentieux : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics* : AJDA 1994, p. 84. – D. Chabanol, *La conciliation : un autre mode de règlement des litiges* : CP-ACCP 2007, p. 30.

26. L. Cadet et T. Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits, Connaissance du droit* : Dalloz, 2^e éd., 2017, p. 20.

27. M. Lahouazi, *La consolidation du régime des accords amiables en droit administratif* : Contrats-Marchés publ. 2023, étude 5.

28. J.-S. Boda, *Renforcement du statut contentieux des clauses de règlement amiable insérées dans les contrats administratifs : applicabilité en cas de recours Béziers* : JCP A 2021, 2164, n° 21. – J. Bousquet, *L'application des clauses de règlement des différends du contrat administratif illégal* : AJDA 2020, p. 2207.

29. V. Lasserre, *Validité et portée des clauses de conciliation ou de médiation* : JCP G 2020, doct. 906, n° 29.

30. CPC, art. 21 : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ».

31. « Politique de l'amiable, une révolution culturelle annoncée » : JCP G 2023, 112, n° 3. V. également le récent décret du 29 juillet 2023 préc.

32. V. cependant dans le cadre de la procédure juridictionnelle la mission de conciliation confiée anciennement à l'expert : CJA, art. R. 621-1 modifié par D. n° 2019-82, 7 févr. 2019 et remplacée désormais par une mission de médiation.

33. A. 25 juill. 1957, création auprès du Ministre chargé de l'électricité et du gaz de comités de conciliation.

34. V. M. Vrignaud, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, 496 p. dactyl, Nantes, 2016, p. 40 et s.

exemple, dans le cadre de la commande publique, un sous-titre est consacré dans le code de la commande publique au fonctionnement des comités consultatifs institués en la matière. Le cadre juridique est notamment fixé par l'article R. 2197-1 qui précise qu'« *En cas de différend concernant l'exécution des marchés, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends relatifs aux marchés. Les comités consultatifs de règlement amiable des différends, qui peuvent être nationaux ou locaux, ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable aux différends relatifs à l'exécution des marchés* ».

Dans le domaine de la santé publique, il faut se référer à l'article L. 1142-5 du code qui précise que « *Dans chaque région, une ou plusieurs commissions de conciliation et d'indemnisation sont chargées de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de produits de santé mentionnés aux articles L. 1142-1 et L. 1142-2* ».

Surtout dans un même domaine, il peut y avoir des procédures différentes. C'est le cas en droit de la santé publique qui distingue la procédure de règlement amiable et la conciliation³⁵.

En effet, l'article R. 1142-13 concerne les demandes d'indemnisation et sont intégrées dans la procédure de règlement amiable tandis que la conciliation est encadrée par l'article R. 1142-19 et concerne : 1° *Les contestations relatives aux droits des malades et des usagers du système de santé mettant en cause un professionnel ou un établissement de santé de son ressort* ; 2° *Les demandes relatives aux litiges ou difficultés nés à l'occasion d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, ou réalisé dans le cadre d'une recherche biomédicale, effectué dans son ressort*. Cette scission posée par le Code de la santé publique réinterroge sur la distinction entre amiable et conciliation qui ne serait ainsi pas nécessairement des notions fongibles. Les commissions d'indemnisation amiables pour les travaux publics s'intègrent d'ailleurs dans la même perspective : elles permettent de se positionner sur une proposition d'indemnisation et leurs missions ne se limitent qu'à cet objet. Elles se présentent ainsi comme des sortes de recours administratifs préalables uniquement envisagés dans une perspective indemnitaire. La conciliation présente ainsi une vocation de règlement des différends plus large.

Ces différentes procédures confirment le trouble à délimiter précisément la fonction de conciliation et d'identifier une notion de conciliation.

2. L'incertitude quant à l'identification d'une notion de conciliation en droit public

5 - La disparité des organes de conciliation ne rend-elle pas vaine la volonté de trouver des traits communs ? Surtout, le fonctionnement de la conciliation tourne parfois autour d'un acte procédural particulier qu'est celui de l'avis, cet acte se doit d'être étudié pour comprendre son statut juridique. Également il faut se réintéresser au tiers afin de déterminer si les rôles du conciliateur et du médiateur sont radicalement différents en droit public.

A. - Un acte procédural particulier dans la conciliation institutionnelle : l'avis

6 - Il faut au préalable noter que l'avis n'est pas le seul acte procédural produit au sein de la conciliation institutionnelle puisqu'il

existe des procès-verbaux de conciliation ou des procès-verbaux faisant état de la réunion de la commission. Toutefois, l'on note la présence de l'avis dans de nombreuses procédures de conciliation, que l'avis soit préparatoire ou qu'il constate une non-conciliation. La qualité des commissions de conciliation oscille ainsi entre des organes de médiation au sens général et des organes consultatifs administratifs classiques. Cette classification résulte notamment de la dénomination des actes qu'elles produisent. En effet, elles formulent des propositions ou encore des avis. Par exemple, la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires émet des avis sur les redressements. La commission départementale de conciliation concernant l'évaluation vénale des biens émet elle aussi des avis. Ce terme d'avis n'est pas neutre et impose que l'avis soit motivé et cela en constitue une formalité substantielle. La Cour de cassation a d'ailleurs pu se positionner sur le statut de ces avis mais dans la matière médicale en précisant que « *les CRCI étant des commissions administratives dont la mission est de faciliter, par des mesures préparatoires, un éventuel règlement amiable des litiges relatifs à des accidents médicaux, des affections iatrogènes ou des infections nosocomiales, la cour d'appel a retenu, par une exacte application des textes prétendument violés, que l'ONIAM n'était pas lié par l'avis émis par la CRCI* »³⁶.

Certaines commissions font donc office de préparation à une future décision sans en soi solder le litige et les exemples sont pléthoriques concernant également le domaine sportif, celui de l'urbanisme ou encore par le biais des commissions amiables dans les marchés publics.

Le panorama mériterait beaucoup plus d'approfondissements, cependant il interroge concernant le rôle du tiers dans la procédure de conciliation qui, dans cette fonction de préparation préalable, s'apparente à un rôle d'autorité administrative indépendante.

B. - Le rôle du tiers : une mesure fiable pour départager la médiation de la conciliation ?

7 - Concilier ce n'est pas forcément discuter mais c'est surtout « s'en référer à ». Comment ce rôle de tiers pourrait-il être mieux précisé ? R. Bousta a permis de dégager une notion de médiation qui permet d'englober le conventionnel et l'institutionnel mais qui n'incorpore pas la conciliation. Pourtant, sa définition ne serait-elle pas finalement satisfaisante ? Selon elle, « *La médiation administrative peut être envisagée comme un processus ternaire encadré par un tiers neutre et impartial consistant à (r)établir un lien avec une administration publique* »³⁷. Si séduisante qu'elle soit, cette définition est difficilement transposable car elle n'intègre pas le rôle de préparation assigné souvent à la conciliation. Les textes eux-mêmes confondent les rôles assignés au tiers. Par exemple, on retrouve cette confusion entre commission et médiateur à l'article R. 1142-23 du Code de la santé publique en ces termes : « *La commission peut déléguer la conciliation à l'un de ses membres ou à un ou plusieurs médiateurs indépendants qui, en raison de leurs qualifications et de leur expérience, présentent des garanties de compétence et d'indépendance* ». Si l'on cherche à les distinguer, le conciliateur propose, le médiateur suggère³⁸ : c'est sans doute la distinction de posture du tiers qui semble être la plus acceptée, du moins par les auteurs du droit public

36. Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2010, n° 09-66-947.

37. R. Bousta, *La notion de médiation administrative*, préc., p. 213.

38. B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage* : PUF, 1998, p. 35 : « le médiateur a pour mission d'aider les parties à parvenir à un accord ; il s'efforce de clarifier leurs points de vue respectifs et de les rapprocher pour qu'elles puissent parvenir elles-mêmes à une solution de compromis. Le conciliateur, après avoir rencontré séparément ou ensemble les parties propose lui-même à ces dernières un accord transactionnel susceptible de constituer une juste issue au différend qui les oppose ».

35. S. Leloup, *Le dispositif amiable, les CRCI et l'ONIAM : missions et bilan statistique* : RDSS 2022 p. 255.

et même par les auteurs du droit privé³⁹. Concernant le droit public par exemple, F. Munoz nous précise qu'« Ainsi, la différence entre la médiation et la conciliation est une différence de méthode dans la recherche de l'accord des parties. Et c'est alors que la distinction commence à avoir un réel intérêt pratique ; car qui dit différence de méthode dit différence d'organisation de la procédure suivie par le conciliateur et le médiateur ». Toutefois ce rappel de différence de méthode repose surtout sur la différence de classification. On mettra en effet à part la médiation juridictionnelle, très peu usitée⁴⁰ et la conciliation juridictionnelle, apparemment condamnée depuis 2017. Puisque la conciliation est principalement institutionnelle en droit administratif, ne faut-il alors pas la comparer seulement avec la médiation institutionnelle ? Dans ce cas, la tâche se complique. Le fonctionnement de la médiation institutionnelle est en effet également pléthorique. Il semble effectivement que la fonction de suggestion du médiateur conventionnel soit remplacée par une fonction de résolution active du litige en se faisant le relais et le porte-voix de l'adminis-

tré mécontent⁴¹, voire d'« intercesseur »⁴² auprès de l'Administration par le médiateur institutionnel. Il faudrait alors peut-être s'interroger sur l'isolement d'une notion de médiation institutionnelle et de conciliation institutionnelle, en miroir des mécanismes conventionnels. La conciliation en matière institutionnelle ne serait-elle pas celle qui absorberait finalement celle qui est parfois improprement appelée « médiation institutionnelle » ?

Au terme de ce panorama rapide des modes conciliatoires, c'est moins la conciliation qui semble être identifiée que le mode institutionnel qui doit être réinterrogé. Les modes alternatifs deviennent ainsi simplement modes administratifs quand ils sont institutionnalisés. Les conciliateurs et médiateurs institutionnels sont en effet dans des démarches qui échappent souvent aux définitions et aux principes applicables aux modes conventionnels. Les questions posées par les parties divergent en effet selon que l'on soit face à du conventionnel ou de l'institutionnel : le conventionnel s'interroge sur la manière de rapprocher les parties et de les faire discuter autrement que dans le processus structuré et balisé du procès tandis que l'institutionnel cherche à trouver une solution, à intégrer la règle légale et la manière de l'adapter au mieux pour les parties. Le droit à une discussion et le droit à une solution seraient alors peut-être à séparer pour mieux comprendre ces divers modes qui révèlent des techniques profondément différentes. ■

39. N. Fricero : « le conciliateur serait plutôt celui qui propose une solution pour mettre fin au différend alors que le médiateur serait plutôt un rétablissement de lien, un accoucheur ou un facilitateur de solution », in *Conciliation et médiation devant la juridiction administrative*, préc., p. 51.

40. V. cependant G. Eveillard, *L'impartialité du médiateur dans le cadre des médiations juridictionnelles* : Dr. adm. 2023, comm. 21, n° 5. – J. Dietenhoef, *Partialité du rapporteur public se prononçant sur un litige après en avoir été médiateur* : Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 93, n° 3.

41. C. Chauvet, *Le médiateur* : RDP 2021, p. 1436.

42. M. Guillaume-Hoffnung, *La médiation*, préc.