

EXPÉRIMENTATION DE LA MÉDIATION PRÉALABLE OBLIGATOIRE

C'est parti !

La généralisation de l'idée de médiation dans les administrations est récente, portée par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016. Antérieurement, le code de justice administrative distinguait la conciliation, qui permettait aux présidents des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel d'organiser, avec l'accord des parties, une mission de conciliation, et de désigner les personnes qui en étaient chargées. La conciliation, dans laquelle le conciliateur s'attache à trouver une solution amiable qui convienne aux deux parties, intéressait tous les litiges, y compris ceux concernant les prérogatives de puissance publique.



LA NOTION DE MÉDIATION

La médiation, par laquelle deux parties tentent de parvenir à un accord sur le règlement amiable d'un litige, exclut les différends concernant la mise en œuvre par l'une des parties de prérogatives de puissance publique, et se limitait aux litiges transfrontaliers. Ne subsiste aujourd'hui que le seul concept de médiation (articles L213-1 à 10 du code de justice administrative). Elle s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir

à un accord pour régler amiablement leurs différends, avec l'aide d'un tiers médiateur, qu'elles choisissent, ou que la juridiction désigne avec leur accord. La médiation porte sur tout ou partie d'un litige et peut être confiée à une personne physique ou à une personne morale. Dans ce dernier cas, son représentant légal désigne la ou les personnes physiques qui assureront, en son sein et en son nom, l'exécution de la mission, ce qui impose par construction un agent propre de la structure ou plus exceptionnellement une personne spécifiquement recrutée, à l'exclusion d'une structure extérieure, comme un cabinet d'avocat (articles R 213-1 et 2 du code).

Le médiateur doit être impartial, compétent et diligent et, sauf accord contraire des parties, la médiation respecte un principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies ne peuvent donc être divulguées à un tiers ni invoquées ou produites dans une instance juridictionnelle ou arbitrale, sans l'accord de ces dernières. Le texte retient néanmoins deux exceptions, les raisons impérieuses d'ordre public, et les motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne d'une part, et lorsque la révélation des divulgations du contenu de l'accord est nécessaire à sa mise en œuvre d'autre part.

Attention : la personne physique qui réalisera la médiation doit d'une part posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige, et d'autre part, justifier selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation (art R 213-3 du code).

LES CONDITIONS DE VALIDITÉ D'UNE TRANSACTION

En raison des spécificités du secteur public et notamment de la gestion de fonds publics, l'accord éventuellement conclu ne saurait porter atteinte aux droits dont les parties n'ont pas la libre disposition. En effet, les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas, et cette interdiction d'ordre public sera soulevée d'office par le juge (CE n° 79962 Sieurs Z et B du 19 mars 1971).

Il vérifie plus généralement que les parties consentent effectivement à la transaction, que son objet est licite, qu'elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique intéressée une libéralité, et ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public (CE, Ass., avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses*, n° 249153). Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. Le juge vérifie donc que l'avocat concluant une transaction au nom d'un particulier dispose bien d'un mandat de sa part (CE, Sect., 5 janv. 1966,



La médiation s'entend de tout processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord pour régler amiablement leurs différends, avec l'aide d'un tiers médiateur.



Hawezack, Rec. p. 6) ou que l'autorité administrative qui l'a fait dispose bien d'une délégation régulière (TA Melun, 4 déc. 2001, *Ministre de la Défense*, BJCP n° 23, p. 308 et s., concl. Jarrige), l'incompétence du signataire d'un acte contractuel engageant une collectivité publique étant une règle d'ordre public (CE, Sect., 28 janv. 1977, *Ministre de l'Economie et des Finances c/ Société Heurtey*, Rec. p. 50).

Rappelons que le juge judiciaire vérifie un certain nombre d'éléments relatifs au fond de la transaction. Outre le contrôle de son objet, il s'assure que la transaction comporte bien des concessions réciproques (Cass. soc., 28 mars 2000, D. 2000, Jur. p. 537, note J. Savatier), qu'elle ne fait pas suite à une procédure irrégulière (pour la nullité de la transaction intervenue à la suite d'un licenciement prononcé dans des formes irrégulières Cass. soc., 2 déc. 1997, Bull. civ. V, n° 416) ou ne fait pas obstacle à une règle de droit de niveau supérieur, notamment communautaire. Si elle est sollicitée en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où une médiation a été engagée, homologuer et donner force exécutoire à l'accord qui en est issu. Une fois acceptée, l'homologation a l'autorité relative de la chose jugée, ce qui n'ouvre qu'un recours en cassation (CE n° 249153 du 6 décembre 2002).

LA MÉDIATION À L'INITIATIVE DES PARTIES

La médiation s'articule autour de dispositions pérennes qui distinguent les médiations déclenchées par les parties elles-mêmes à un contentieux, assez rares en pratique, et les médiations dont le juge est l'initiateur, et qui constituent l'essentiel des médiations pratiquées. S'y ajoutent une expérimentation qualifiée de « médiation préalable obligatoire » (MPO) confiée aux centres de gestion pour la fonction publique territoriale.

S'agissant de la médiation à l'initiative des parties, en dehors de toute procédure juridictionnelle, elles peuvent en effet organiser une mission de médiation, et désigner la ou les personnes qui en sont chargées. Elles peuvent aussi demander au président du tribunal administratif ou de la cour, d'organiser cette mission et de désigner les personnes qui en sont chargées ou plus simplement, lui demander de désigner ces personnes pour une mission qu'elles ont organisée. S'il la confie à une personne extérieure à la juridiction, il détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et le cas échéant, en fixe le montant.





Attention : si elle est un préalable obligatoire au recours contentieux par le jeu d'un texte, la médiation est gratuite pour les parties. S'agissant de la MPO, cela signifie en particulier que l'agent n'aura pas de frais à engager, le rattachement de cette médiation aux missions facultatives proposées par les centres de gestion imposant en effet une participation financière de l'employeur (voir ci-après). Le choix d'une médiation interrompt les délais de recours contentieux et suspend les prescriptions à compter du jour où, après la survenance du différend, les parties conviennent de recourir à la médiation, ou à défaut d'écrit, à compter de la première réunion de médiation (articles L 213-5 et 6 du code).

Rappel : le délai de prescription des créances détenues sur une collectivité publique est suspendu à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'accord écrit, à compter de la première réunion de médiation. La suspension de la prescription ne peut excéder une durée de 6 mois. Les délais de prescription courent à nouveau, pour une durée qui ne peut être inférieure à 6 mois, à compter de la date à laquelle soit l'une au moins des parties, soit le médiateur, déclare que la médiation est terminée (article 2-1 de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968). S'agissant du délai de recours contentieux de 2 mois, son interruption a pour effet qu'il recommencera intégralement à courir à l'issue de la médiation.

Le décret précise (article R213-4 du code) que lorsque le délai de recours a été interrompu par une médiation, l'exercice d'un

recours gracieux ou hiérarchique n'interrompt pas à nouveau ce délai, sauf s'il constitue un préalable obligatoire à l'exercice de recours contentieux. En pratique, ces délais recommencent à courir à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur, déclare la médiation terminée. Les délais de prescription recommencent donc à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à 6 mois.

LA MÉDIATION À L'INITIATIVE DU JUGE

Lorsqu'un tribunal ou la cour est saisie d'un litige, le président de la formation de jugement peut, avec l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord (articles L 213-7 à 10 du code).

Rappel : il peut à tout moment proposer une médiation et fixe aux parties un délai pour répondre à sa proposition, mais en aucun cas, la médiation ne dessaisit le juge, qui peut prendre à tout moment les mesures d'instruction qui lui paraissent nécessaires (art R 213-5 et 8 du code).

Si la mission est confiée à une personne extérieure à la juridiction, il détermine s'il y a lieu de la rémunérer, et fixe le montant de cette rémunération. Lorsque les frais de la médiation sont à la charge des parties, elles déterminent librement leur répartition qui sera à parts égales, à défaut d'accord, sauf si le juge l'estime inéquitable au regard de la situation économique de l'une des parties. Si une aide juridictionnelle est ac-

cordée, les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide sont à la charge de l'État, sauf conditions particulières de retrait de l'aide juridique (article 50 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991).

La décision du juge mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur et, le cas échéant, fixe la durée de sa mission et les modalités de sa rémunération. Le juge fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur et désigne les parties qui constitueront la provision dans le délai qu'il fixe.

Le médiateur peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent, tient le juge informé des difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission, et de l'existence ou non d'un accord au terme de la médiation. Il informe le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord.

Le juge met fin à la médiation à la demande d'une des parties ou du médiateur. Il peut aussi y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la médiation lui apparaît compromis (article R 213-9 du code).

Les dispositions expérimentales de la médiation préalable obligatoire (MPO)

À titre expérimental et pour 4 ans à compter du 19 novembre 2016, date de publication de la loi, donc jusqu'au 19 novembre 2020, les recours contentieux formés par certains agents publics à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle d'une part, et les requêtes concernant les prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide sociale ou de l'action sociale, du logement, ou en faveur des travailleurs privés d'emploi d'autre part, peuvent faire l'objet d'une « médiation préalable obligatoire ».

La notion d'obligation a une portée limitée, signifiant seulement que les employeurs et structures concernés s'engagent à examiner la possibilité d'une médiation dans certains domaines. Cet engagement ne les oblige ni à mener une médiation pour un dossier donné parce qu'il ne se prêtera pas à la médiation, ni bien sûr à parvenir à un accord puisque, par essence, la médiation repose sur la volonté des parties en cause.

LES CATÉGORIES DE DÉCISIONS CONCERNÉES

Dans le champ de la fonction publique, 7 catégories de décisions sont concernées :

- les décisions individuelles défavorables concernant un élément de la rémunération des agents (traitement, indemnité de résidence, supplément familial de traitement, primes et indemnités prévues par un texte) ;
- les refus de détachement, de disponibilité ou de congés non rémunérés pour les contractuels (congés non rémunérés pour élever un enfant ou donner des soins à un enfant à charge, au conjoint, partenaire d'un PACS ou à un ascendant, pour suivre son partenaire ou son conjoint astreint à déménager pour des raisons professionnelles, congés non rémunérés pour convenances personnelles, congés non rémunérés pour créer ou reprendre une entreprise et congé de mobilité - articles 15, 17, 18 et 35-2 du décret n° 88-145 du 15 février 1988) ;

- les décisions individuelles défavorables de réintégration à l'issue d'un détachement, d'une disponibilité, d'un congé parental, ou relatives au réemploi d'un contractuel à l'issue d'un congé non rémunéré ;
- les décisions individuelles défavorables de classement après un avancement de grade ou une promotion interne ;
- les décisions individuelles défavorables concernant la formation professionnelle tout au long de la vie ;
- les décisions défavorables concernant les mesures appropriées prises par les employeurs publics à l'égard des travailleurs handicapés, pour leur permettre d'accéder à un emploi ou de le conserver ;
- Et enfin, les décisions défavorables concernant l'aménagement des conditions de travail des fonctionnaires qui ne sont plus en mesure d'exercer leurs fonctions pour des raisons d'inaptitude physique.

Toute la fonction publique n'est pas concernée par l'expérimentation, puisqu'à l'État, sont intéressés le ministère des affaires étrangères, les agents de l'Etat affectés dans les services académiques ou départementaux, les écoles maternelles et élémentaires, et les établissements publics locaux d'enseignement du ressort de certaines académies, et surtout les agents territoriaux employés par des collectivités situées dans le ressort de certains centres de gestion dont la liste a été fixée par arrêté (dont le CIG de la Grande couronne). En pratique, une quarantaine de centres se sont déclarés volontaires.

Rappel : à l'État, le médiateur des affaires étrangères et le médiateur académique localement compétent assurent cette mission de médiation.

Dans le domaine social, et dans un nombre limité de circonscriptions départementales identifiées dans 4 régions fixées par arrêté, et choisies en raison de la diversité des situations qu'elles présentent, sont concernées les décisions relatives au revenu de solidarité active (RSA) du président du conseil départemental, aux aides exceptionnelles de fin d'année accordées par l'État aux allocataires du RSA, les décisions d'aide personnalisée au logement du directeur de l'organisme payeur, celles relatives à l'allocation de solidarité spécifique prises par Pôle emploi, et les décisions de radiation de la liste des

demandeurs d'emploi prononcées par le directeur régional de Pôle emploi. La médiation est assurée par le Défenseur des droits et par le médiateur régional de Pôle emploi pour les décisions concernant l'allocation de solidarité spécifique, et la radiation de la liste des demandeurs d'emploi.

L'INSCRIPTION DE LA MPO DANS LES MISSIONS FACULTATIVES DES CENTRES DE GESTION

Les collectivités, dans le ressort de ces centres, doivent en outre avoir accepté de conclure avec ces derniers une convention fondée sur l'article 25 de la loi du 26 janvier 1984 (n° 84-53), qui autorise les centres à assurer des missions de conseil juridique aux collectivités de leur ressort, affiliées ou non affiliées, à leur demande.

Ces conventions, qui font nécessairement l'objet d'un financement (même modique) conventionnel ou par voie de cotisation additionnelle des collectivités concernées (articles 22 et 25 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984), devront obligatoirement avoir été conclues avant le 1^{er} septembre 2018, engageront les employeurs à confier au centre de gestion une mission de médiation préalable obligatoire en cas de litige avec leurs agents sur l'une des décisions dans le champ de l'expérimentation.

Rappel : présentant un caractère obligatoire pour l'agent, elle reste nécessairement gratuite pour lui, étant un préalable obligatoire avant un éventuel recours contentieux (article L 213-5 du code de justice administrative).





LES PARTICULARITÉS DE LA MPO

En pratique, cette médiation préalable obligatoire s'exerce dans le droit commun de la médiation, sous réserve de certaines particularités. Elle doit être ainsi engagée dans le délai de recours contentieux de 2 mois à compter de la notification de la publication de la décision (article R421-1 du code), majorés le cas échéant pour les départements et territoires d'outre-mer.

Attention : il revient à l'employeur d'informer l'intéressé de cette obligation de saisir préalablement le médiateur et de lui indiquer les coordonnées de ce dernier. À défaut, le délai de recours ne court pas à l'encontre de la décision.

La saisine du médiateur comprend une lettre de saisine de l'intéressé, et lorsque la décision contestée est explicite, une copie de cette dernière. Si elle est implicite (silence de 2 mois de l'employeur sur la demande, article R 421-2 du code), l'agent fournira une copie de la demande qui a fait naître cette décision implicite. Si le tribunal se trouve saisi directement d'une décision entrant dans le champ de la médiation préalable obligatoire, sans saisine préalable du médiateur du centre de gestion, son président ou le magistrat qu'il délègue, rejette la requête ordonnance et transmet le dossier au médiateur. La date à retenir pour apprécier si la médiation est engagée dans le délai de recours contentieux est celle de l'enregistrement de la requête présentée devant le tribunal.

Attention : dans la construction du décret, c'est à l'agent de saisir préalablement le médiateur, sans donc devoir s'adresser initialement au tribunal administratif.

LES EFFETS DE LA MPO

Comme dans le droit commun de la médiation, la saisine du médiateur interrompt le délai de recours, les 2 mois recommençant le cas échéant à courir à l'issue de la tentative de médiation, et suspend les délais de prescription qui continueront à courir à compter de la date à laquelle l'une des parties ou les 2 ou le médiateur déclare de façon non équivoque et par tout moyen permettant d'en attester la connaissance par l'ensemble des parties, que la médiation est terminée. De même, l'exercice d'un recours gracieux ou hiérarchique après l'organisation de la médiation n'interrompt pas à nouveau le délai de recours. Les parties peuvent se mettre d'accord sur la suspension des effets de la décision contestée, dans l'attente de l'issue de la médiation.

Dans le cadre de l'expérimentation, les médiateurs établissent un rapport annuel d'activité relevant le nombre de saisines ayant abouti à une résolution totale ou partielle du litige, et le nombre de médiations infructueuses, avec les éventuelles difficultés rencontrées, et porte une appréciation sur l'expérimentation en cours. Ce rapport est transmis au ministre concerné et au vice-président du Conseil d'État avant le 1^{er} juin de chaque année.

L'expérimentation fera globalement l'objet d'un rapport d'évaluation du Garde des Sceaux, au Parlement et au Conseil commun de la fonction publique, au plus tard 6 mois avant l'expiration du délai d'expérimentation. Par ailleurs, les missions de conciliation confiées à un tiers avant la loi, se poursuivent avec l'accord des parties, selon le régime de la médiation dans sa nouvelle rédaction.

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016
Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017
Décret n° 2018-101 du 16 février 2018

● **Pierre-Yves Blanchard**
Directeur général adjoint

LA MÉDIATION EST-ELLE UTILE ?

Selon un bilan dressé par le Conseil d'État pour l'année 2017, sur 562 initiatives de médiation lancées par les juges eux-mêmes dans 90 % des cas, plus de 60 % des médiations engagées ont abouti à un accord, ce qui est plus ou moins la norme en matière de médiation, et les demandes d'homologation de ces accords auprès des juges n'ont à ce jour concerné qu'une poignée d'entre eux (moins de 10 %). Les initiatives ayant abouti ont duré entre 2 et 5 mois, avec une grande majorité d'entre elles à 3 ou 4 mois.

Dans les affaires concernées, le gain de temps était évident pour les parties comme pour la juridiction. Certains contentieux se prêtent apparemment plus que d'autres aux initiatives de médiation : marchés publics (22 %), fonctions publiques (18 %), travaux publics (16 %), urbanisme (11 %).

Quant aux échecs en phase de proposition, ils s'expliquent essentiellement par des refus de principe, le plus souvent des administrations, que le Conseil d'État rattache à un processus qui reste encore peu connu. Les refus s'expliquent plus souvent par des réserves et des incompréhensions (potentielle menace pour les prérogatives de certaines autorités ou responsables, difficulté à percevoir l'utilité, la pertinence, l'opportunité voire la légitimité de la médiation, notamment au regard de l'importance accordée à la solution « en droit » à un litige), que par de véritables incompatibilités, justifiant un effort particulier d'explication de l'intérêt de ce processus.

Indices positifs

LA DEMANDE DU REQUÉRANT, DE LA PERSONNE PUBLIQUE OU DE LEURS CONSEILS

C'est peut-être l'indice le plus important. Si une des parties suggère le recours à la médiation, il faudrait considérer cette demande très sérieusement.

L'URGENCE DE LA SITUATION

Un dossier d'où il ressort une certaine urgence peut utilement aller en médiation. Moins parce que la médiation gagnera nécessairement un temps précieux par rapport à celui d'un juge, mais surtout parce que la médiation (si elle aboutit) permettra un accord et une solution définitive du dossier.

LE BESOIN D'UNE SOLUTION SUR-MESURE/NOVATRICE

S'il apparaît qu'il faille une solution innovatrice et/ou hors-cadre pour résoudre un litige de façon durable, la médiation fournit un cadre flexible et approprié.

LA CONTINUITÉ DES RELATIONS ENTRE LES PARTIES

Après l'intervention d'un jugement, il est souvent difficile pour les parties de reprendre des relations « normales » et harmonieuses. La médiation pourra éviter ce type de rupture et permettra même de rapprocher des parties dont les relations sont malaisées. C'est particulièrement vrai dans les litiges avec les agents publics.

DERRIÈRE LE LITIGE SE CACHE UN AUTRE CONFLIT

Bien souvent, se cache un conflit d'une toute autre nature derrière le recours introduit devant le juge administratif. La médiation permet de dépasser le conflit immédiat ou apparent et d'atteindre ce conflit caché. En privilégiant une résolution globale du conflit, l'accord trouvé en médiation sera durable (problèmes de communication, de reconnaissance, de management...).

LA COMPLEXITÉ DES FAITS

Le recours à la médiation est aussi recommandé lorsque les circonstances de fait sont particulièrement complexes. La médiation permet que l'on mette toutes ces circonstances à plat, et que l'on aille au fond de la complexité.

LES RECOURS EN RAFALE

A partir du moment où des recours multiples liés au même litige initial sont introduits, il y a souvent avantage à proposer une médiation. La multiplicité de ces recours tend à indiquer un conflit aux enjeux importants (financiers, politiques ou émotionnels) ou multi-dimensionnels (avec des intérêts variés).

LA FORTE CHARGE ÉMOTIONNELLE DU LITIGE

Si un litige s'accompagne d'une charge émotionnelle importante, la médiation permettra de la gérer, et même de la transformer de manière à ce qu'elle ne fasse pas obstruction à un accord.

L'INSTRUMENTALISATION DE LA MÉDIATION À DES BUTS NÉFASTES

La médiation peut être instrumentalisée par la/les parties à des buts plus ou moins néfastes. Une partie peut être tentée de recourir à la médiation pour retarder la décision ou l'action administrative, ou même de se servir de la médiation comme un moyen pervers de nuire ou de prendre une revanche sur l'autre partie. Notons que ces indices ne sont pas toujours décelables en début de procédure.

UNE PARTIE / INTÉRÊT AU CONFLIT N'EST PAS PARTIE AU LITIGE

Si une personne représente un intérêt important ou joue un rôle décisif dans le conflit, mais qu'elle n'est pas partie au litige, là encore, la médiation est fortement conseillée. De fait, il sera possible de donner une place à cet intérêt ou de faire rentrer cette personne dans la médiation.

L'ÉQUILIBRE DES CHANCES / L'ALÉA

La médiation peut aussi jouer un rôle quand apparaît un certain équilibre des chances entre les parties ; quant au regard des faits et du droit, il est difficile de déterminer les parties « gagnantes » et « perdantes ».

LE TEMPS ET L'ÉCONOMIE FINANCIÈRE,

puisque une médiation peut raisonnablement être menée à son terme dans un délai de 3 à 6 mois, entre 2 ans en moyenne pour un jugement du tribunal, et que le coût financier qui est attaché est sensiblement inférieur à l'ensemble des frais liés par un procès.

L'ORDRE PUBLIC,

lorsqu'elle met en cause le versement notamment d'une somme d'argent que la collectivité ne peut pas payer. Cela peut notamment se trouver en matière de supplément familial de traitement, dont les règles d'attribution sont rigoureusement encadrées.

LE BESOIN DE DIRE LE DROIT,

certaines demandes de médiation relevant moins de la recherche d'un accord que d'un besoin d'explication de l'état du droit et d'une bonne compréhension de la règle applicable.

Indices négatifs

LA VULNÉRABILITÉ MENTALE OU PSYCHOLOGIQUE DU REQUÉRANT

La médiation est fortement déconseillée en cas d'instabilité psychologique ou de vulnérabilité mentale du requérant. Cela risque de nuire à la conduite de la médiation, de rendre difficile (si ce n'est impossible) tout accord, ou de nuire à la légitimité et la durabilité de cet accord (si une solution était trouvée).