



LA MEDIATION DANS LE CONTENTIEUX DE L'EXECUTION DES MARCHES PUBLICS POUR UN DEVELOPPEMENT DURABLE

Caroline ZUELGARAY

*Sous l'autorité de,
Marianne POUGET, Présidente du tribunal administratif de Nice,
Amaury LENOIR, Délégué national à la médiation pour les juridictions administratives.*

Nice, le 30 mai 2024

INTRODUCTION

Parmi les contentieux administratifs dans lesquels la médiation s'est déployée ces dernières années, celui de l'exécution des marchés publics emporte de nombreuses faveurs¹.

En effet, la spécificité de la matière réside dans sa dimension technique, économique, et si ce n'est affective, fortement relationnelle. Ainsi, cette singularité requiert-elle une approche pluridisciplinaire pour laquelle la médiation apparaît comme le processus idoine de règlement de ces conflits.

Du reste, les tribunaux administratifs qui y ont recours dans ce domaine font état de résultats très encourageants.

En parallèle, de plus en plus de cabinets d'avocats spécialisés en droit public des affaires², de collectivités publiques et d'entreprises plébiscitent le processus de médiation.

Si la médiation infuse lentement dans tous les esprits, son développement demeure encore inachevé et l'heure des satisfécits n'a pas encore sonné.

¹ La passation est quant à elle et sauf exception, exclue du champ de la médiation compte tenu de la prégnance des règles de droit relevant de l'office du juge.

² Voir par exemple le webinaire du Moniteur Juris, <https://www.youtube.com/watch?v=MUIBVII>; ou webinaire <https://youtu.be/ANfdfPoa74Y>

A cet égard, la juridiction administrative joue un rôle éminemment crucial. En tant que prescripteur et promoteur de médiation, elle participe directement et indirectement, par l'effet des retombées positives de la mise en œuvre du processus, à son développement et son renforcement.

L'objet de la présente note est de mettre en exergue le caractère particulièrement pertinent du processus de médiation dans le contentieux de l'exécution des marchés publics.

A titre liminaire, il convient d'évoquer le contexte dans lequel la juridiction estime qu'elle peut effectuer une proposition de médiation.

Tout d'abord, il convient de rappeler que le législateur a introduit en 1992 un dispositif de règlement amiable intégré aux articles L. 2197-3 et suivants et R 2197-1 et s. du Code de la commande publique permettant d'éteindre certains litiges naissant à l'occasion de l'exécution d'un marché public. Ont ainsi été institués, des comités consultatifs de règlement amiable (CCRA) nationaux et locaux dont la compétence est répartie en fonction de la nature du marché³.

Ces comités « *ont pour mission de rechercher les éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable aux différends relatif à l'exécution des marchés* »⁴. Ils peuvent être saisis par l'une ou l'autre des parties prenantes.

Au regard de leur fonctionnement⁵, le recours aux CCRA peut être source de déconvenue pour les parties.

En effet, au terme d'échanges strictement écrits et de la désignation d'un rapporteur, le comité émet un avis, non contraignant⁶ dans un délai de 6 mois à compter de sa saisine.

En pratique, ce délai est souvent allongé, laissant les parties dans l'attente de cet avis, par essence dépourvu d'effet obligatoire.

La médiation peut alors apparaître plus opportune à plusieurs égards :

- elle offre un espace de rencontres et de dialogue favorisant les échanges spontanés, ouverts et constructifs qui n'enserrent pas le conflit dans les revendications initiales de chacun ;
- elle permet aux parties de fixer librement les termes de leur accord.

C'est pourquoi, dans le cadre du développement des modes amiables, de plus en plus de justiciables se tournent vers la médiation.

³ Les comités nationaux traitent des marchés passés par les services centraux de l'Etat et lorsque ces marchés couvrent des besoins excédant la circonscription d'un seul comité local, et ceux par les services à compétence nationale et les établissements publics de l'Etat autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial. Les comités locaux eux, connaissent des litiges relatifs aux marchés passés par les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics, par les services déconcentrés de l'Etat ainsi que, lorsque ces marchés couvrent des besoins limités à la circonscription de compétence du comité local, par les services à compétence nationale et les établissements publics de l'Etat autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial (Articles R2197-2 et R.2197-3 du Code de la commande publique).

⁴ Art R. 2197-1 du CCP.

⁵https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/ccra/contacts/2021/Procedure22122921.pdf?v=1707149558.

⁶https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/ccra/contacts/2021/Apr%C3%A8s_avis22122021.pdf?v=1707149558.

On mentionnera à ce titre, la possibilité pour elles de faire appel à des médiateurs institutionnels comme le médiateur territorial ⁷ lorsqu'il existe, ou le médiateur des entreprises ⁸. Institué par Bercy, ce dernier peut connaître de certains litiges en phase précontentieuse (y compris après saisine de la CCRA) ou en cours de procédure à la demande des parties.

Son intervention est gratuite, mais il est parfois victime de son succès et donc moins disponible.

A défaut de médiation précontentieuse (institutionnelle, territoriale ou conventionnelle) et lorsqu'une requête a été introduite devant le tribunal, une nouvelle occasion d'envisager la médiation s'offre aux parties.

En effet, le choix de la procédure contentieuse ne doit pas être considéré comme définitif.

Lorsqu'une partie saisit le juge, elle se soumet immédiatement à l'aléa du jugement qui sera rendu.

On se plaît souvent à évoquer le fait qu'à l'issue d'un procès, le juge désigne un gagnant et un perdant. Si tel était le cas, celui-ci serait au moins assuré de contenter pleinement et durablement le vainqueur. Pourtant, il arrive fréquemment que la décision ne satisfasse ni l'un, ni l'autre ce qui multiplie les chances qu'une partie interjette appel ou que la décision ne soit pas exécutée générant ainsi des recours en cascade.

Au contraire, la médiation propose un système « gagnant-gagnant » exclusif d'aléa dans lequel chacun fixe librement le périmètre de ses concessions et revendications.

La satisfaction pour le justiciable et l'économie réalisable pour la justice administrative s'évaluent alors sur le long terme.

C'est dans ce contexte que la médiation a vocation à être proposée le plus largement possible **(I)** afin de laisser ensuite - et conformément à l'essence même de la médiation - , les protagonistes se saisir de leur conflit pour en trouver une issue favorable et satisfaisante **(II)**.

I. LA JURIDICTION, FORCE DE PROPOSITION

L'analyse des dossiers au regard de leurs éléments objectifs conduit à penser que l'orientation en médiation s'avère pertinente dans bon nombre de situations **(A)**. De surcroît, il existe également et incontestablement une dimension subjective de l'affaire qui constitue un motif supplémentaire de proposer la médiation **(B)**.

A. UNE ORIENTATION PERTINENTE AU REGARD DES ELEMENTS OBJECTIFS CONNUS DU DOSSIER

- L'ancienneté du dossier

⁷ Depuis la loi 2019- 1461 du 27/12/19 dite « loi engagement et proximité » les collectivités territoriales peuvent se doter d'un médiateur dont elles fixent le périmètre d'intervention. A cet égard, et dès 2014, la ville de Nice avait mis en place un service de médiation avant de nommer Sophie Henry comme médiateur municipal en 2016, puis médiateur métropolitain en 2019.

⁸ Article 142 du décret 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ; voir aussi Fiche n°3 du 15 mars 2023 Clauses de promotion de la médiation : exemples pratiques pour les organisations signataires de la Charte let labellisées RFAR (« Relations Fournisseurs et Achats Responsables »).

Naturellement, une orientation dite « précoce » en médiation participe de l'efficacité revendiquée du processus.

Dès lors que les parties ont franchi le pas de la procédure contentieuse, elles peuvent en redouter légitimement les effets secondaires - pour ne pas dire délétères - et notamment ceux qui résultent du délai moyen de jugement. La médiation peut alors apparaître comme une alternative salubre pour les parties, sans pour autant les exposer au risque d'abandonner leurs prétentions si elle venait à échouer.

Les dossiers plus anciens, introduits depuis plusieurs mois ou années, ne sont pas nécessairement exclus du champ de la médiation.

Une proposition de médiation peut s'avérer particulièrement opportune et ne s'apparente nullement à un refus de juger.

En effet, les parties usées par le temps peuvent percevoir dans cette proposition, une véritable perspective de s'extirper d'une procédure contentieuse devenue pesante, chronophage, onéreuse et incertaine.

Plus spécifiquement, dans les contentieux de l'exécution des marchés publics, la médiation est également un moyen pour le créancier, d'envisager plus rapidement un retour à meilleure fortune, et pour le débiteur, de mieux maîtriser sa dépense.

- Les enjeux du dossier

Ils sont extrêmement variables dans le contentieux de l'exécution. Il peut s'agir de quelques milliers, centaines de milliers voire plusieurs millions d'euros.

Lorsque l'enjeu est faible, les parties ont tout intérêt à trouver un accord car la procédure dans son ensemble, entraîne des frais et une perte de temps pouvant apparaître disproportionnés.

En revanche, lorsque l'enjeu financier est important, ce sont les spécificités de la médiation qui la rendent attractive, notamment son caractère confidentiel et la maîtrise de l'issue du litige par les parties qu'elle permet.

- La nature du litige

Les circonstances entourant l'exécution d'un marché de travaux sont autant d'occasions pour l'acheteur et le titulaire de rencontrer un différend.

En pratique, les intempéries, les difficultés matérielles (comme les situations d'imprévision⁹, les sujétions techniques imprévues¹⁰), les travaux supplémentaires, sont autant de faits générateurs de contestation du solde du marché.

Ainsi, il pourra s'agir en phase contentieuse d'un litige relatif :

- au solde du marché (refus ou absence de paiement, contestation relative à son montant et de toutes les questions qui peuvent entourer ce différend) ;
- à la responsabilité des constructeurs.

⁹ Sur l'imprévision, voir l'article de Laurent RICHTER, L'imprévision et les marchés publics, Réflexions à partir de la circulaire du 27 mars 2022, AJDA 2022, p. 1497 et s. ; Charles-André DUBREUIL, Nouvelles récentes d'une illustre vieillarde : la théorie de l'imprévision, RDC 2023 p.121 et s.

¹⁰ CE 25 mars 2020, n° 427085, *Ministre de la transition écologique et solidaire* ; 30 juillet 2003, n° 223445, *Commune de Lens*, Lebon ; Mathias AMILHAT, la théorie des sujétions techniques imprévues, une construction jurisprudentielle dépassée ? AJDA 2022, p. 2169.

Si de nombreux dossiers peuvent se prêter à la médiation sur la base de critères objectifs, certains éléments plus subjectifs tenant notamment à la relation existante entre les parties justifient pleinement le recours à la médiation.

B. UNE ORIENTATION PERTINENTE AU REGARD DES ELEMENTS SUBJECTIFS INCONNUS DU DOSSIER

La requête contentieuse ne donne qu'une vision technique, pour ne pas dire sèche, du conflit. Pourtant, les questions juridiques soumises au juge ne sont parfois que le paravent d'une relation qui s'est délitée.

Dans le cadre d'un marché de travaux, les difficultés objectives d'exécution rencontrées par l'attributaire (intempéries, problèmes d'accès, caractéristiques du sol, anomalies géophysiques ...etc) sont parfois sources de malentendus ou d'incompréhensions. Il en va de même des négligences administratives, des changements de direction ou d'interlocuteurs.

Le défaut de communication qui en résulte déclenche souvent une réaction en chaîne conduisant à la rupture et au blocage. C'est alors que la relation cordiale se transforme en relation conflictuelle.

De surcroît, le caractère concurrentiel du secteur ainsi que le contexte global de crise économique peuvent contribuer à une crispation des chefs d'entreprise lorsque le différend survient.

De son côté, la personne publique se réfugie parfois derrière une certaine rigueur renforçant ainsi sa position de « pot de fer ».

La relation antérieure entre le pouvoir adjudicateur et l'entreprise, la personnalité de leurs représentants, les projets et les ambitions de ces derniers sont autant d'éléments sous-jacents qui échappent à la connaissance de la juridiction.

Ce sont ces « angles morts » du dossier qui doivent conduire le tribunal à proposer une médiation.

En effet, la médiation offre un cadre spécifique qui permet aux parties de retracer les événements qui ont conduit à la rupture. En reconstituant leur histoire commune, ces dernières dissipent les malentendus, regagnent en considération mutuelle et sont alors plus enclines à prendre leur part de responsabilité dans la genèse du conflit qui les oppose.

C'est également l'occasion pour elles de se rappeler, avec l'aide du médiateur, qu'elles ont souvent entretenu jusqu'alors une relation de confiance qu'elles ont intérêt à préserver pour de futurs projets. Dans ce contexte, qui est pourtant celui de la commande publique, la dimension relationnelle devenue prépondérante occulte alors les questions techniques qui ne deviennent que des leviers d'intimidation ou de revendication.

Ainsi, l'approche rationnelle et objective du dossier s'avère insuffisante pour apprécier l'opportunité d'une médiation. Par conséquent, en la proposant le plus largement possible, le juge accroît ses chances d'embrasser les situations les plus propices à la médiation. Qui plus est, le délai accordé aux parties pour accepter de s'engager en médiation leur permet d'être accompagnées dans leur réflexion, d'être informées, voire rassurées par le médiateur et/ou leur conseil sur le processus.

Lorsque la médiation est acceptée et ordonnée, les parties redeviennent maîtres de leur conflit car ce sont elles, qui avec l'aide du médiateur, en détermineront l'issue.

II. LES PARTIES, FORCES DE SOLUTIONS

En regard d'une grande diversité de situations occasionnant un litige, les parties bénéficient d'une grande latitude dans la rédaction du protocole d'accord dont la jurisprudence a fixé les contours.

A. UNE SOLUTION ELABOREE PAR LES PARTIES

Pour les parties, le champ des possibles se trouve dans l'application combinée des règles communes à tous les protocoles de médiation administrative (transactionnels ou non) et des règles spécifiques de la commande publique.

A cet égard, il convient de préciser que l'interdiction de consentir des libéralités pour une personne publique ¹¹ ne doit pas être interprétée abusivement et érigée en obstacle dirimant à la conclusion d'un accord.

Fondé principalement sur la protection des deniers publics, ce principe interdit à l'administration le versement d'une somme d'argent sans contrepartie.

Nulle raison dès lors, de proscrire ce paiement dans un cadre contractuel porteur de droits et d'obligations pour les parties.

Il appartiendra alors à l'entreprise de produire tous les justificatifs propres à fonder une demande en paiement et partant, dissiper le spectre des libéralités.

Sur la forme, les parties pourront signer un protocole d'accord ou une transaction.

Sur le fond, elles pourront notamment :

- renoncer à exercer un recours, renonciation dont il conviendra de fixer le périmètre matériel et calendaire ;
- convenir du solde de marché restant dû (la renonciation aux intérêts moratoires étant en revanche totalement proscrite ¹²) ;
- s'accorder des concessions réciproques (auquel cas le protocole sera soumis au régime de la transaction) ;
- modifier ou interpréter des clauses contractuelles (modifier des clauses de prix, porter indemnisation liée à des surcoûts supportés dans l'exécution des contrats publics) ;
- renoncer à des pénalités de retard ;
- conclure un protocole indemnitaire pour imprévision (l'indemnité pour imprévision étant de nature extracontractuelle) ;
- indemniser une résiliation du marché ou une annulation d'un contrat (par opposition aux bénéfices escomptés d'un futur contrat).

¹¹ CE., Section, 19 mars 1971, *Mergui*, requête n° 79962, rec. p. 235 « *Considérant que les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas ; que cette interdiction est d'ordre public et doit être soulevée d'office par la juridiction à laquelle une telle condamnation est demandée ; (...)* », Julie SALENNE-BELLETT, Les libéralités dans les contrats administratifs, RFDA 2023, p. 461.

¹² (Article 67 de la loi n° 94-679 du 8 août 1994 codifié à l'article L.2192-14 du Code de la commande publique) Vincent CRESSIN, Vers un essor de la transaction administrative, conséquence de l'évolution de son régime (1), AJ Collectivités Territoriales 2022, p. 263 ; CE 18 mai 2021, n° 443153, *Communauté d'agglomération de Lens Liévin* ; Dalloz Actualités 1^{er} juin 2021, obs. Nathalie MARIAPPA ; Jérémy BOUSQUET, Concession d'aménagement, transaction et renonciation au paiement des intérêts moratoires, AJDA 2021, p. 1873 ; CE, 10 novembre 2004 n° 256031, *Paul Millet*, AJDA 2005, p.53 ; CE 17 octobre 2003, n° 249822, *Ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales*, AJDA 2003, p. 2267, note J.-D DREYFUS ; J-F LAFAIX, Renonciation aux intérêts moratoires et ordre public, AJDA 2004, p. 1631 et s.

Au vu de ces éléments, il apparaît que les parties disposent d'une large palette de solutions pour régler leur(s) différend(s) et envisager, par conséquent, de poursuivre leur relation.

Ainsi, l'accord de médiation ne se réduit pas à un mode de règlement des conflits mais constitue un véritable outil de leur prévention, la confidentialité des échanges et la rapidité de mise en œuvre du processus en renforçant l'efficacité.

En outre, et au regard des contingences politiques auxquelles elle est soumise, la personne publique peut trouver un vif intérêt au règlement amiable du conflit.

L'accord de médiation, transactionnel ou non peut faire l'objet d'une demande d'homologation par les parties.

B. UNE SOLUTION CONTROLEE PAR LE JUGE A L'INITIATIVE DES PARTIES

Une fois le protocole d'accord signé, les parties auront la possibilité de le soumettre à l'homologation du juge administratif¹³ afin de lui conférer force exécutoire¹⁴.

En effet, L'article 213-4 du CJA dispose : « *Saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation* ».

Ces dispositions figurent dans la Section 1 « dispositions générales » du Chapitre III consacré à la médiation et s'appliquent aux médiations à l'initiative des parties¹⁵ comme aux médiations à l'initiative du juge¹⁶.

Ainsi, tout accord issu de médiation, transactionnel ou non, peut être soumis à homologation.

A cet égard, il convient de préciser qu'une transaction conclue postérieurement à une médiation, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 213-4 du CJA¹⁷.

En pareille hypothèse, il convient de se référer au célèbre avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002 *Syndicat Intercommunal Des Etablissements Du Second Cycle Du Second Degré Du District de L'Hay-*

¹³ Article 213-4 du Code de justice administrative ; pour une synthèse générale, voir la note d'Amaury LENOIR, accords issus de médiation et homologation, note du 12 mai 2022 ; l'homologation relève de la compétence du juge administratif lorsque la transaction a « *pour objet le règlement ou la prévention de différends pour le jugement desquels la juridiction administrative est principalement compétente* », voir TC, 7 février 2022, *SARL Guyacom c/ Société publique locale pour l'aménagement numérique de la Guyane*, n° 4233, AJDA 2022, p. 740, note Dorothee PRADINES et Thomas JANICOT.

¹⁴ Exécutoire : « *Qui peut être mis à exécution, au besoin par la force (avec le concours de la force publique) ; qui a force exécutoire*, G. Cornu, Vocabulaire juridique PUF p. 343.

¹⁵ Article 213-5 et s. du CJA.

¹⁶ Article L. 213-7et s. du CJA.

¹⁷ CAA Marseille, 18 mars 2024 n°22MA00453 : en l'espèce, les parties avaient engagé, en-dehors de toute procédure juridictionnelle, une médiation sous l'égide du juge conformément à l'article L. 213-5 du CJA.

L'une d'elles ayant récusé le médiateur et aucun autre n'ayant été désigné, il avait été mis fin au processus. Poursuivant leurs discussions sans l'intervention d'un tiers, elles étaient parvenues à transiger, puis avaient soumis leur accord à homologation. Pour la Cour, la recevabilité de leur requête aux fins d'homologation ne pouvait s'apprécier au regard des dispositions de l'article 213-4 du CJA qui vise expressément l'accord issu de médiation.

*Les-Roses*¹⁸, qui prévoit deux cas dans lesquels il est possible, « dans l'intérêt général », de demander l'homologation d'une transaction conclue en dehors de toute procédure juridictionnelle¹⁹ :

- lorsque, la transaction vise à remédier à une annulation ou à la constatation d'une illégalité ne pouvant donner lieu à régularisation ;
- lorsque son exécution de heurte à des difficultés particulières.

Faute pour les parties d'établir qu'elles se trouvent dans l'une de ces deux hypothèses, leur requête aux fins d'homologation est irrecevable.

Les parties ayant eu recours à une médiation fructueuse ont donc toute latitude pour soumettre leur accord au contrôle du juge et lui conférer force exécutoire.

Son contrôle s'exercera alors différemment selon que le protocole d'accord revêt ou non la forme d'une transaction²⁰.

Il s'agit là d'une simple faculté dont l'opportunité devra être évaluée en considération de l'allongement du temps nécessaire au règlement du litige qu'elle induit.

En pratique, cette homologation est parfois requise par le comptable public réticent à faire droit à une demande en paiement de l'ordonnateur fondée sur une simple convention établie en dehors du juge.

Dans l'avis précité du 6 décembre 2002, *District de L'Haye -Les-Roses*²¹, le Conseil d'Etat rappelait que : « le contrat de transaction (...) a entre ces parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Il est exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique » précisant néanmoins, « en dehors des cas où la contestation à laquelle il est mis fin a été précédemment portée devant le juge administratif ».

En reconnaissant le caractère « exécutoire de plein droit » à la transaction, le juge entend lui conférer une efficacité particulière. Cette expression, qui ne doit pas être confondue ici avec « la force

¹⁸ Conseil d'Etat, Assemblée, du 6 décembre 2002, *Syndicat Intercommunal Des Etablissements Du Second Cycle Du Second Degré Du District de L'Hay-Les-Roses* n° 249153, publié au recueil Lebon

¹⁹ Concernant les transactions intervenues en cours de procédure, le Conseil d'Etat admettait déjà que les parties puissent en demander l'homologation ; voir en ce sens, CE, 9 février 1934, n° 24919, *Chemin de fer du nord c/ Sieur de Brigode*, Recueil Lebon 194 ; CE, 30 octobre 1974, n°880044, *Commune de Sain- Pierre-les-bois c/ Gohin*.

²⁰Dans le premier cas et par application de l'article L. 423-1 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA), il lui appartiendra de vérifier que :

- les parties consentent effectivement à la transaction (et donc que l'organe délibérant de la collectivité a validé le protocole (CE 11 septembre 2006, *Commune de Théoule sur mer*, Req n° 255757)
- l'objet est licite ;
- les parties ne portent pas atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition (Article 213-3 du Code de justice administrative) ;
- la transaction est conforme à l'ordre public ;
- il n'est pas constitutif de libéralité de la part de la personne publique ;
- il contient des concessions réciproques et équilibrées.

En présence d'un accord de médiation « simple » le juge procède aux mêmes vérifications hormis la recherche de concessions réciproques ; voir en ce sens, TA Lyon, 27 mars 2019, n° 1704535, AJDA 2019. p.1296, conclusions d'Elisabeth de LACOSTE LAREYMONDIE, rapporteur public, Office du juge administratif saisi d'une demande d'homologation d'un accord né d'une médiation.

²¹ Conseil d'Etat, Assemblée, du 6 décembre 2002, *Syndicat Intercommunal Des Etablissements Du Second Cycle Du Second Degré Du District de L'Hay-Les-Roses* 249153, publié au recueil Lebon.

exécutoire » induit l'idée d'automaticité. En d'autres termes, un contrat « *exécutoire de plein droit* » est un acte qui se suffit à lui-même pour être exécuté ²².

Par conséquent, la conclusion d'une transaction produit ses effets, y compris à l'égard du comptable public, sans qu'il soit nécessaire de l'homologuer ²³.

La lecture de cet avis appelle trois remarques.

D'abord, il semblerait qu'il demeure « *opérationnel* ²⁴ » sous l'empire du nouvel article 2052 du Code civil issu de la loi du 18 novembre 2016 ²⁵.

Il n'y a pas lieu de penser que l'élargissement des conditions de recevabilité de la requête aux fins d'homologation institué par l'article L. 213-4 du CJA remette en question la nature et le caractère « *exécutoire de plein droit* » de la transaction ²⁶, que celle-ci intervienne en dehors de toute saisine contentieuse ou en cours de procédure.

En effet, le Conseil d'Etat exclut les transactions conclues en cours d'instance du champ de l'irrecevabilité de la demande d'homologation, non pour leur dénier leur caractère exécutoire, mais pour ne pas « *juridictionnaliser* » ²⁷ celles qui ont justement permis de s'éloigner du juge.

Ainsi ne doit-on pas confondre recevabilité de la demande d'homologation et nécessité de celle-ci.

Ensuite, il convient de s'interroger sur le sort des accords de médiation « *simples* » qui ne revêtent pas la forme de la transaction.

Relégués au statut de simples conventions, ils ne disposeraient pas d'une force obligatoire suffisante pour être exécutés sans autre formalité.

Pour autant, et au vu de certaines positions doctrinales ²⁸ et de la jurisprudence ²⁹, il n'est pas certain que l'homologation d'un protocole de médiation, même non transactionnel, doive constituer un passage obligé pour le comptable public.

²² Christian ATIAS, *De plein droit*, D. 2013. p. 2183 ; Laurent BONNARD, *L'homologation des transactions et des accords de médiation par le juge administratif*, *Contrats publics* 2019, n°194, p. 61.

²³ Voir également CAA Marseille, 16 juillet 2012 n° 09MA00879, inédit ; Rappelons toutefois que lorsqu'une administration de l'Etat souhaite transiger, l'article L. 423-2 du CRPA issu de la loi du 20 juillet 2018 « *pour un Etat au service d'une société de confiance* », Décret n° 2018-1029 du 23 novembre 2018, impose la saisine obligatoire du « *comité ministériel de la transaction* » lorsque le montant de la transaction excède 500 000 €.

²⁴ Transaction ou accord, attention au terme choisi, Conclusions de Nicolas NORMAND, rapporteur public, (extraits), *AJDA* 2020, n°11, p.632 ; pour un avis contraire, voir Thierry DAL FARRA, *Les obstacles à la transaction administrative*, *Bulletin juridique des contrats publics*, Juillet-Août 2019, 125.

²⁵ Article 2052 du Code civil : « *La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet.* »

²⁶ Conclusions de M. Gilles LE CHATELIER publiées sous l'avis du Conseil d'Etat, Assemblée, du 6 décembre 2002, *Syndicat Intercommunal Des Etablissements Du Second Cycle Du Second Degré Du District de L'Hay-Les-Roses* n° 249153 « *A ce stade, on peut légitimement douter de l'intérêt de reconnaître au juge administratif un tel pouvoir d'homologation des transactions. D'abord, parce que dans de très nombreux domaines, l'homologation du juge n'apportera rien par rapport à la force juridique de la transaction simple. Les dispositions de l'article 2052 du Code civil (...) suffisent dans de nombreux cas pour conclure des conventions qui auront l'autorité nécessaire pour se voir exécutées par les parties* »

²⁷ Conclusions de M. Gilles LE CHATELIER, préc.

²⁸ Laurent BONNARD, *L'homologation des transactions et des accords de médiation par le juge administratif*, préc.

²⁹ Pour une reconnaissance du « *caractère exécutoire de plein droit* » d'un protocole de médiation, TA Poitiers 12 juillet 2018, req n° 1701757 ; Le comptable n'est pas juge de la légalité des pièces, voir en ce sens, CE 23 mai 1980, *Commune d'Evaux-les Bains*, req n°17583, Rec. p. 239 concl. D. LABETOUILLE ; *AJDA* 1981 p. 157 ; CE 8

Enfin, avec l'instauration de la responsabilité unifiée des gestionnaires publics ³⁰ applicable depuis le 1^{er} janvier 2023, « *une nouvelle ère s'ouvre dans le contrôle de bon emploi des deniers publics* ³¹ ». En effet, la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics devant la Cour de discipline budgétaire et financière disparaît au profit d'un régime de responsabilité unique des comptables et ordonnateurs visant à ne sanctionner que les fautes purement formelles ou procédurales, qui « *doivent relever d'une logique de responsabilité purement managériale* ³²».

Dans ces conditions, il appartiendra au comptable public de déterminer si l'homologation de l'accord de médiation, transactionnel ou non, est nécessaire.

Pour l'heure, elle reste une démarche de soumission volontaire au contrôle du juge pour conférer force exécutoire à un accord de médiation, et n'a pas vocation à devenir un processus incontournable de sa validation ³³.

CONCLUSION

Il apparaît que la médiation est particulièrement adaptée au contentieux des marchés publics. Les indices dits « favorables » d'orientation en médiation s'avèrent nombreux et les spécificités du processus répondent parfaitement aux besoins des parties. Sans doute que la dimension contractuelle de la commande publique la prédispose naturellement au processus de médiation.

La mise en œuvre de la médiation dans les marchés publics ainsi que les modalités de sa conduite exigent de tenir compte de certaines spécificités de la matière.

D'abord, une communication organisée, régulière et continue entre la 6^{ème} chambre et le pôle médiation constitue le préalable d'une orientation en médiation réfléchie, affinée et adaptée. A cet égard, la formation des magistrats à la médiation (locale ou au sein du CFJA) renforcerait indiscutablement l'efficacité de cette collaboration. Plus encore, elle s'inscrirait dans la continuité du développement d'une politique de l'amiable au sein des juridictions administratives.

Ensuite, et à l'instar de ce que font d'autres juridictions, il serait tout à fait pertinent d'aller à la rencontre des acteurs du secteur, notamment les dirigeants et juristes des entreprises du BTP. Ces

février 2012, CCAS de Polaincourt, req n° 340698 : « *Considérant qu'il résulte de ces dispositions que pour apprécier la validité des créances, les comptables doivent notamment exercer leur contrôle sur la production des justifications (...) que si ce contrôle peut conduire les comptables à porter une appréciation juridique sur les actes administratifs à l'origine de la créance et s'il leur appartient alors d'en donner une interprétation conforme à la réglementation en vigueur, ils n'ont pas le pouvoir de se faire juges de leur légalité* », AJDA 2012. p. 698 ;

³⁰ Ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 ; Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN et Jean-Pierre LASSALE, De la responsabilité financière des ordonnateurs et des comptables publics à la responsabilité financière des gestionnaires publics, Finances publiques, sept. 2023, Lextenso, 97822751138886.

³¹ Robin DEGRON, Le contrôle financier de l'Etat, un système multi-acteur en pleine mutation, RFFP 2022, n°160, p. 131.

³² « Quelle est la responsabilité des comptables publics ? », www.vie-publique.fr, fiches/21853.

³³ Les parties devant garder à l'esprit que l'homologation d'un accord de médiation ne fait pas obstacle ce qu'il soit fait appel de la décision : CAA Bordeaux, 2 mai 2022, ML. c/ CCAS de Saint Pierre, n° 22BX0220, AJDA n°32/2022, p. 1843.

échanges participeraient du travail nécessaire d'acculturation à la médiation qui souffre encore d'un manque de notoriété immérité.

La méconnaissance du processus qui subsiste encore largement chez les avocats ne doit pas non plus être occultée. Elle constitue encore et souvent une véritable entrave à son développement. A ce titre, elle doit être combattue par tous, y compris nos référents médiation qui sont nos ambassadeurs de l'amiable du quotidien.

Enfin, le choix du médiateur s'avère décisif dans une matière aussi spécifique.

Il est illusoire de considérer qu'il suffit d'être formé en médiation pour assurer de telles missions. La raison tient au fait que pour appréhender un litige, il est indispensable que le médiateur connaisse, au moins à grands traits, les fondamentaux de la matière.

Pour autant, se tourner vers l'hyper spécialiste du domaine n'est pas nécessairement la panacée.

En effet, son inclination naturelle pour le droit le portera à n'envisager la situation que sous cet angle restreint alors que la médiation se situe dans un cadre beaucoup plus large.

Au vu de ces exigeantes ambitions, le médiateur se dessine sous les traits d'un aigle à deux têtes, celle du spécialiste de la relation et celle du juriste en marchés publics l'une n'éclipsant jamais l'autre. L'image empruntée à la mythologie apportera le prestige que mérite un processus qui réussit le défi de concilier une approche résolument relationnelle avec une approche juridique et technique.