

La juridicisation du règlement amiable des conflits administratifs en droit fédéral

Christine Guy-Ecabert | *Le règlement alternatif ou consensuel des conflits gagne progressivement tous les champs du droit, y compris celui du droit administratif. Praticué de tout temps de manière informelle dans les relations entre l'administration et les administrés, il s'est progressivement intégré dans certaines lois spéciales et prend depuis peu racine dans les lois générales de procédure. Comment s'explique ce regain d'intérêt? Comment le législateur intègre-t-il ces modes consensuels de règlement des conflits dans le droit public? Quelles perspectives cette juridicisation ouvre-t-elle? Quelques exemples tirés et du droit administratif spécial et du droit général de procédure permettent de dresser un bilan provisoire des caractéristiques et des problématiques communes au règlement amiable des conflits administratifs.*

Sommaire

- 1 Du conflit au conflit administratif
- 2 De la décision autoritaire au règlement consensuel
- 3 Du règlement amiable informel au règlement amiable formel
- 4 Des lois spéciales...
- 5 ...aux lois de procédure
- 6 Bilan provisoire

1 Du conflit au conflit administratif

Le conflit tire son étymologie du bas latin, langue dans laquelle le terme *conflictus* caractérisait tout simplement «un choc». Dans un sens moderne, le dictionnaire le définit comme «la rencontre d'éléments, de sentiments contraires qui s'opposent» et lui attribue des synonymes aussi divers que «antagonisme», «conflagration», «discorde», «lutte», «opposition» ou «tiraillement» (Petit Robert 2001). Par (dé)formation professionnelle, les juristes s'intéressent avant tout au conflit juridique, comme en atteste l'affirmation de deux spécialistes français de la procédure civile: «Les querelles d'historiens, de théologiens ou d'amoureux (enfermées dans leur objet) ne nous regardent pas, mais seulement les litiges qui touchent à la vie du droit par leur origine et par leur formation» (Cornu/Foyer 1958).

Mais nous vivons une ère nouvelle. Sous l'influence de l'interdisciplinarité, les juristes prennent conscience de la nécessité de s'ouvrir à d'autres rationalités que la science juridique. Cette compréhension moderne de notre société a pour conséquence que le règlement autoritaire des conflits ne donne pas pleinement satisfaction, d'une part, parce qu'il est limité à certaines catégories d'actes étatiques, la protection juridique ne s'étendant pas à tous les actes de l'Etat, d'autre part, parce que le règlement juridictionnel ne donne une réponse qu'aux aspects juridiques du conflit et non pas à ses dimensions émotionnelles et sociales. Voici sans doute quelques-unes des nombreuses raisons qui expliquent pourquoi le règlement alternatif des conflits connaît aujourd'hui un développement dans tous les champs interpersonnels et sociaux et en particulier dans les relations entre l'administration et les administrés.

Pour bien cerner la notion de conflit administratif, on se souviendra que l'Etat déploie son activité sur deux versants bien distincts. Dans le premier versant, celui de la procédure législative, il adopte les lois, sous forme de normes générales et abstraites, destinées à régler le comportement futur des personnes physiques et morales. Sont ainsi visées non pas des personnes individualisées, mais tous ceux qui un jour ou l'autre se trouveront dans le champ d'application de la loi. Le deuxième versant de l'activité étatique est celui de l'application de la loi ou procédure administrative. Dans une situation donnée, l'Etat concrétise la loi par une décision ou une sanction en tenant compte des particularités du cas d'espèce. C'est à ce second versant que l'on va s'intéresser dans le cadre de la présente contribution. L'Etat appliquant la loi par l'intermédiaire de son administration, on définira le conflit administratif comme le conflit opposant l'administration à un administré. Le conflit législatif se définirait en revanche comme opposant l'Etat à un citoyen.

Le lien administratif se distingue du lien entre deux particuliers par le fait que l'administration, en tant que pouvoir étatique, est titulaire du pouvoir de puissance publique ou *imperium*. Elle statue unilatéralement, en rendant des décisions. Elle occupe dans cette activité une position juridique prééminente, qui se caractérise par une inégalité de principe. Elle peut en effet faire exécuter ses décisions par la force publique, usant ainsi de la violence dite légitime.

Mais ce n'est pas la seule différence. Alors que les particuliers créent eux-mêmes leurs rapports de droit, par la manifestation réciproque et concordante de leurs volontés (art. 1, al. 2 CO), et que leur activité n'est, sous réserve du droit impératif, encadrée qu'à titre subsidiaire par le droit privé, l'ad-

ministration est tenue par le principe de légalité. Non seulement son activité est régie par la loi (suprématie de la loi), ce qui limite, dans une large mesure, sa liberté dans la création des rapports de droit. Mais encore, ses actes ne sont valables que s'ils reposent sur une base légale fondant sa compétence (principe de la réserve de la loi). Dans la mesure où l'autorité exerce son pouvoir d'office ou dispose d'un pouvoir d'appréciation, le conflit administratif peut néanmoins trouver son règlement par un mode amiable ou alternatif.

Enfin, le conflit administratif se singularise par le nombre des parties au différend. Comme le conflit privé, il est certes souvent bipolaire, à l'exemple d'un conflit fiscal. Mais il est aussi susceptible de s'étendre à de nombreuses personnes lorsqu'il concerne des intérêts publics dont la diffusion est large, comme ceux concernant l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement ou les marchés publics.

D'un côté se trouve donc l'Etat, représenté par son administration. Il n'est d'ailleurs pas inutile de rappeler ici que ni l'administration ni ses subdivisions que sont les offices n'ont la personnalité juridique. De l'autre côté, un ou plusieurs administrés, mais également des tiers. Or, l'intégration de ces derniers dans la procédure ne date que de 1969, date de l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021), laquelle a redéfini la qualité pour recourir. Initialement, le droit public a en effet été pensé, sur le modèle du droit des obligations, à partir des concepts de droits subjectifs, d'autonomie de la volonté et de relativité des contrats – *res inter alios acta aliis nec prodest, nec nocet*. En conséquence, dans un premier temps, seul le destinataire de la décision, touché dans ses droits subjectifs (ou droits juridiquement protégés) s'est vu reconnaître la qualité pour recourir. L'élargissement de cette notion à un intérêt de fait a permis à des tiers (voisins, concurrents, par exemple) d'acquérir la qualité de partie dans la procédure. Dans la même foulée, les lois spéciales ont reconnu la qualité de partie aussi bien aux organisations à but idéal qu'aux autorités fédérales, aux cantons et aux communes (Moor 2004).

Le conflit administratif s'ouvre donc de plus en plus souvent à un grand nombre d'acteurs. Mais ceux-ci représentent également des intérêts éclatés et multiples jusqu'à former un véritable caléidoscope. La polarisation ne se marque plus seulement entre l'intérêt public, d'un côté, et les intérêts privés, de l'autre. L'intérêt public s'est fragmenté en une multitude d'intérêts publics qui divergent ou qui, au contraire, se recoupent en fonction des finalités divergentes des lois spéciales.

2 De la décision autoritaire au règlement consensuel

De même que pour les conflits privés entre particuliers, le règlement des conflits administratifs peut être délégué à une autorité. Les particuliers en conflit saisiront le juge civil, alors que l'administré qui conteste la légalité d'une décision peut saisir une autorité de recours. Il s'agit du contrôle juridictionnel de l'activité administrative. La procédure peut se dérouler en plusieurs étapes, d'abord devant une autre instance administrative (recours interne) et ensuite devant une autorité judiciaire ou une commission spécialisée (recours externe).

Ce système de contrôle s'avère cependant incomplet. Soit parce que l'acte contesté échappe à la procédure administrative, à l'exemple des actes matériels de l'Etat qui ne produisent pas d'effets juridiques. Soit parce qu'aucune partie n'a qualité pour faire valoir des intérêts publics et induire le contrôle de l'acte. Soit parce que le contrôle recherché n'est pas un contrôle de légalité, l'administré étant mécontent de la solution donnée sans que le droit soit pour autant violé.

Ces lacunes constituent une première raison pour laquelle on se tourne désormais vers de nouveaux modes de règlement des conflits. Mais ce n'est pas la seule. La justice administrative joue un rôle fondamental, celui de dire le droit. Ce rôle est nécessaire, mais pas suffisant. Les modes consensuels sont en effet propres à régler les conflits, justiciables ou non, sous des aspects autres que juridiques. Ils sont également aptes à prévenir des conflits ultérieurs en intervenant tout au long du processus de décision.

On entend traditionnellement par mode consensuel de règlement des conflits un processus choisi par les parties, par lequel elles acceptent d'avance de se soumettre à la décision élaborée en commun par elles ou avec le concours d'un tiers. L'usage, qui est friand d'acronymes, veut que l'on parle souvent de mode alternatif de règlement des conflits (MARC, qui est l'équivalent francophone de l'ADR anglophone, *Alternative Dispute Resolution*). Concevant une réticence à l'égard du terme « alternatif », qui s'érige en opposition aux modes autoritaires, on lui préférera dans cet article le qualificatif « consensuel » ou « amiable ».

En droit public, on considère que la négociation, la conciliation, la médiation et le recours à l'ombudsman sont les principales formes de règlement consensuel des conflits. L'arbitrage au sens étroit du terme, dans lequel l'arbitre est choisi et investi par les parties du pouvoir de trancher à la place des juridictions étatiques ordinaires n'a en revanche guère de pertinence en droit public, à tout le moins dans les domaines dans lesquels l'administra-

tion ne peut renoncer à sa compétence et doit l'exercer sous la forme d'un acte étatique (plan, décision ou autorisation, acte matériel). Quelques formes particulières d'arbitrage sont néanmoins pratiquées, que l'on pourrait qualifier d'atténuées. Les tribunaux arbitraux cantonaux instaurés par l'article 89 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal; -RS 832.10) en sont un exemple. Compétents pour juger des litiges entre assureurs et fournisseurs de prestations, ils se composent d'un président neutre et de représentants en nombre égal des assureurs d'une part, et des fournisseurs de prestations concernés, d'autre part (art. 89, al. 4, LAMal).

Une première approche de ces modes consiste à les classer en deux catégories, selon qu'ils font ou non l'objet de l'intervention d'un tiers. La négociation, qui se déroule entre les seules parties au conflit, est donc qualifiée de mode dyadique. Inversement, la conciliation, la médiation et le recours à l'ombudsman sont des modes triadiques.

La conciliation et la médiation sont proches,¹ mais le sens de ces termes varie selon les auteurs et les cultures. Pour simplifier, on s'en tiendra à des définitions qui font pratiquement le consensus en Suisse. La médiation se caractérise par le fait que son résultat reste sous le contrôle des parties. La conciliation suppose une moindre prise en charge du conflit par les protagonistes du fait que souvent le conciliateur propose lui-même un règlement du conflit, sans toutefois l'imposer. Lorsque la conciliation est le fait de l'autorité qui tranchera l'affaire ou fera une recommandation au fond en cas d'échec, cela limite la liberté de négocier des parties, lesquelles sont contraintes de discuter «à l'ombre» de la décision ou de la recommandation et ne dévoileront donc pas nécessairement des propositions qui risqueraient d'être retenues à leur détriment si la conciliation échoue. La médiation est en revanche le fait d'un tiers indépendant et impartial et sans pouvoir de décision immédiat ni différé (Guy-Ecabert 2002, 25–32). Institution complexe, l'ombudsman se caractérise fondamentalement par le cumul des fonctions de règlement des conflits et de surveillance de l'institution, qu'elle soit publique ou privée. A l'instar du médiateur et du conciliateur, il n'a pas de pouvoir de décision. Il se distingue des autres modes consensuels par le fait que, par le biais de ses rapports, il a la possibilité de formuler des propositions de modification de l'institution ou de ses normes.

Toujours en théorie générale du règlement amiable des conflits, qu'il soit conciliateur ou médiateur, le tiers doit être indépendant et impartial. Il est choisi par les parties, contrairement au juge ou à l'autorité administrative qui leur sont imposés par la loi.

Ces quelques bases étant posées, on examinera maintenant comment le législateur fédéral est en train de donner un statut juridique au règlement amiable des conflits, en d'autres termes de le juridiciser.

3 Du règlement amiable informel au règlement amiable formel

Le règlement consensuel des conflits ne s'appuie pas obligatoirement sur une base constitutionnelle (Aubert/Mahon 2005, 69) ou légale. Toute administration publique pratique d'ailleurs la négociation et la conciliation de façon informelle. Le droit d'être entendu avant que ne soit prise une décision en est l'occasion, bien que cette garantie de procédure n'implique en principe pas le droit d'être entendu oralement, en ce sens que son titulaire ne pourrait exiger d'être auditionné par l'autorité (ATF 125 I 209). La négociation et la conciliation peuvent s'exercer également au travers de procédures participatives, par exemple pour les plans dont l'adoption est prévue par la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (art. 4, al. 2 LAT).

Il est également possible de recourir à la conciliation ou à la médiation d'un tiers externe à l'administration, sans que des bases légales soient nécessaires à cet effet. Il suffit que le règlement du conflit intervienne dans le cadre des compétences de l'autorité concernée. Si toutefois la loi prévoit que la procédure doit aboutir à une décision, l'accord éventuellement intervenu ne la remplacera pas. La médiation ou la conciliation seront alors considérées comme des phases préjuridictionnelles. On verra plus loin que la loi doit alors trouver un moyen de lier juridiquement la solution négociée et la décision.

On trouve dans la littérature spécialisée de nombreux exemples de procédures de médiation effectuées par des tiers externes à l'administration, en particulier dans les conflits environnementaux (Pfisterer 2004). Ce mode de faire se justifie particulièrement lorsque la Confédération est à la fois autorité de décision et maître d'œuvre. On pense en particulier aux grands projets d'installations publiques (transversales ferroviaires, autoroutes, grandes décharges ou gravières, etc.).

La question de l'opportunité de juridiciser le règlement amiable des conflits administratifs est délicate à résoudre. Avec un évident bon sens, la Recommandation (Rec 2001) 9 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées laisse le choix entre l'institutionnalisation et le recours au règlement alternatif au cas par cas (annexe, 3 i).

4 Des lois spéciales...

Le règlement amiable des conflits a trouvé son ancrage dans les lois spéciales depuis un siècle et demi, puisque la première loi fédérale du 1^{er} mai 1850 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique l'intégrait déjà (art. 26). On passera ici en revue quelques processus représentatifs, ceux instaurés en matière d'expropriation formelle, de programmes de radio et télévision et enfin de droit à l'information.

- a) La loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (LEx; RS 711) et l'ordonnance du 24 avril 1972 concernant les commissions fédérales d'estimation (RS 711.1) donnent un bon exemple d'une procédure de conciliation particulièrement réglementée, dont le but est d'aplanir les conflits entre l'expropriant et l'exproprié. L'expropriation formelle a pour conséquence de priver totalement ou partiellement de ses droits le titulaire de droits réels ou personnels sur un immeuble (art. 5 LEx). Il s'agit d'une procédure ouverte d'office par l'autorité. L'objet de la conciliation est large puisqu'elle peut porter sur le principe même de l'expropriation, sur les demandes de modification des plans ou sur les demandes d'indemnités (art. 48 LEx). La conciliation est assurée par le président de la commission d'estimation compétente (art. 45, al. 2 LEx), lequel est nommé par le Tribunal fédéral (art. 59, al. 1, let. a LEx).

Parmi les acteurs sont réunis non seulement l'expropriant et les expropriés, mais également les co-intéressés, tiers titulaires de droits réels restreints ou de droits personnels (art. 47 LEx). Dans la mesure du possible, pour assurer l'unité de la procédure, le président cite tous les expropriés à la même audience de conciliation (art. 24 de l'ordonnance). La transparence et la bonne foi des acteurs sont protégées: en cas d'accord provisoire avec certains expropriés, ceux-ci ont le droit de connaître tous les accords passés avec l'expropriant et d'infirmer ou de confirmer l'accord provisoire (art. 31, al. 2 de l'ordonnance). L'accord final est rédigé sous la forme d'un procès-verbal de conciliation. Ce dernier protocole les accords intervenus, que les parties signent (art. 49, let. c LEx). Si la procédure aboutit à une entente des parties sur les indemnités, le procès-verbal, qui est également signé par le président de la commission d'estimation, a la même valeur qu'un prononcé définitif de la même commission (art. 53, al. 1 LEx). Il n'est opposable aux co-intéressés que si ces derniers l'ont signé ou ont fait défaut à l'audience de conciliation (art. 53, al. 2 LEx).

On notera encore que la conciliation est une phase préjuridictionnelle obligatoire, en ce sens que le président de la commission d'estimation l'organise d'office (art. 45, al. 2 LEx). Si les intéressés n'y participent pas, la procédure ordinaire se poursuit.

- b) La loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision (LRTV; RS 784.40)² a instauré des organes de médiation (*Ombudstellen*) chargés de traiter les réclamations relatives au contenu des programmes. La procédure s'ouvre par une réclamation adressée à l'organe de médiation. Elle relève davantage de la surveillance que de la protection juridique individuelle. L'indépendance de l'organe de médiation – actuellement institué par les diffuseurs nationaux – est assurée par le fait qu'il se compose de personnes qui n'ont pas de rapport de travail avec le diffuseur et ne collaborent pas de manière régulière à ses émissions (art. 57 LRTV). La réclamation, assujettie à un délai et à la forme écrite, doit être brièvement motivée (art. 60, al. 1 et 2 LRTV). L'organe de médiation n'a le pouvoir ni de prendre des décisions, ni de donner des instructions (art. 61, al. 2 LRTV). Il peut s'entretenir de l'affaire avec le diffuseur ou, dans les cas peu importants, lui transmettre le dossier pour règlement, confronter l'auteur de la réclamation et les représentants du diffuseur, adresser des recommandations au diffuseur et informer le réclamant sur les organes compétents, les dispositions applicables et les voies de droit (art. 61, al. 1 LRTV). L'auteur est informé par écrit – ou oralement en cas d'accord du réclamant – du mode de traitement de sa réclamation (art. 61, al. 3 et 4 LRTV). En cas d'échec de la médiation, le réclamant peut poursuivre par la voie de la plainte à l'autorité de plainte (art. 62, al. 1 LRTV). La phase de conciliation préjuridictionnelle est obligatoire, le dépôt du rapport de l'organe de médiation étant une condition de la saisine de l'autorité de plainte (ATF 123 II 122 cons. 3).
- c) Très récemment, le législateur fédéral a adopté la loi sur la transparence (loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration, LTrans; FF 2004 6807), dont l'objectif est de promouvoir la transparence de la mission, de l'organisation et de l'activité de l'administration par la reconnaissance d'un droit subjectif à l'accès aux documents officiels (art. 1). Une procédure de médiation a été introduite dans la loi pour permettre la liquidation d'un grand nombre de cas litigieux sans qu'il faille rendre une décision et passer par les différentes étapes de la procédure administrative (message du Conseil fédéral, FF 2003 1859). Le préposé fédéral à la protection des données – qui devient le pré-

posé fédéral à la protection des données et à la transparence – est l'autorité de médiation. La demande de médiation, ouverte à chacun sans restriction (art. 6, al. 1 LTrans), est dirigée contre le refus partiel ou total de consultation, la tardiveté de la prise de position ou l'autorisation d'accès aux documents contre l'avis d'un opposant (art. 13, al. 1 LTrans). Elle est assujettie à la forme écrite et doit intervenir dans un délai de vingt jours (art. 13, al. 1 et 2 LTrans). Lorsque la médiation aboutit, l'affaire est classée (art. 13, al. 3 LTrans). En cas d'échec, le préposé établit une recommandation écrite à l'intention des parties. La procédure peut se poursuivre à la demande de l'administré par une décision de l'autorité compétente, elle-même attaquable par la voie d'un recours administratif (art. 15 et 16 LTrans). La médiation est une phase obligatoire de la procédure. Comme en matière d'expropriation, il s'agit d'une phase pré-juridictionnelle.

On ne saurait clore ce chapitre sans rappeler que l'ombudsman fédéral (médiateur fédéral) n'a pas connu le même succès politique que la médiation et la conciliation. Depuis bientôt trente ans, les projets de lois se succèdent pour regagner à chaque fois les tiroirs de l'administration fédérale et des services du Parlement. Le volet de surveillance de cette institution n'est probablement pas étranger à ces réactions de rejet répétitives du Conseil fédéral et des commissions parlementaires.³

5 ...aux lois de procédure

Au niveau fédéral, jusqu'à récemment, la PA ne réglait pas les modes amiables de règlement des conflits, ce qui ne signifie pas qu'elle ne s'en accommodait pas.

L'adoption de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1) a ouvert une première brèche, assurément modeste, dans la procédure ordinaire, en y introduisant la transaction. Les litiges portant sur des prestations des assurances sociales peuvent en effet être réglés par une transaction (art. 50 LPGA). Certes le législateur a volontairement exclu les négociations sur les cotisations. Il n'en demeure pas moins que c'est une première avancée. La LPGA se préoccupe particulièrement du lien entre la transaction et la décision. L'alinéa 2 de l'article 50 LPGA prévoit en effet que l'assureur est tenu de notifier la transaction sous la forme d'une décision sujette à recours. Or, les motifs du recours sont non seulement les vices de procédure et les vices de la volonté qui entacheront la transaction, mais également toute violation du droit (Kieser, art. 50 n. 13). La qualité pour recourir appartient au destinataire que la loi

entend ainsi protéger des pressions éventuelles de l'assureur. Elle appartient aussi aux tiers concernés, en particulier aux autres assureurs. Cette disposition est destinée à protéger les tiers qui n'ont pas participé aux négociations comme un autre assureur social, par exemple une caisse de pension. La transaction n'a donc pas davantage de portée qu'un contrat de droit administratif et reste exposée à la contestation tant des *insiders* que des *outsiders*.

Prochaine étape de la juridicisation du règlement alternatif des conflits, la PA est sur le point de s'enrichir de deux nouvelles dispositions sur la médiation et l'accord amiable. Dans le cadre de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a en effet proposé d'intégrer dans la PA deux nouvelles dispositions qui ne faisaient pas partie du projet du Conseil fédéral (CAJ-CE [01.023]).⁴

Art. 16, al. 1bis

^{1bis} *Le médiateur peut refuser de témoigner sur des faits dont il a eu connaissance dans le cadre de l'activité qui lui est confié en vertu de l'art. 33b*

Art. 33b Accord amiable et médiation

¹ *L'autorité peut suspendre la procédure, avec le consentement des parties, afin de permettre à celles-ci de se mettre d'accord sur le contenu de la décision. L'accord doit inclure une clause de renonciation des parties aux voies de droit ainsi qu'une clause réglant le partage des frais.*

² *Afin de favoriser la conclusion d'un accord, l'autorité peut désigner comme médiateur une personne physique neutre et expérimentée.*

³ *Le médiateur est soumis uniquement à la loi et au mandat de l'autorité. Il peut administrer des preuves; il ne peut procéder à une inspection locale, demander une expertise ou entendre des témoins qu'après y avoir été habilité par l'autorité.*

⁴ *L'autorité fait de l'accord le contenu de sa décision, sauf si l'accord comporte d'un vice au sens de l'art. 49.*

⁵ *Si les parties parviennent à un accord, l'autorité ne prélève pas de frais de procédure. Si elles n'y parviennent pas, l'autorité peut renoncer à leur imposer des débours pour la médiation pour autant que les intérêts en cause le justifient.*

⁶ *Chaque partie peut en tout temps demander la reprise de la procédure.*

Ces dispositions consacrent la place de la négociation (art. 33b al. 1), de la conciliation – effectuée par l'autorité – et de la médiation – confiée à un tiers – (al. 2) dans les conflits administratifs. Les parties peuvent faire usage de ces modes amiables de règlement des conflits dès l'ouverture de la procédure de première instance et également dans la procédure de recours interne (art. 1, al. 1 PA).

Il s'agit ici d'un mécanisme qui concerne les procédures administratives aboutissant à une décision, peu importe que l'autorité intervienne à la demande de l'administré ou d'office. Ne sont pas visées les procédures de planification (art. 1, al. 1 PA a contrario). Celles portant sur des actes matériels peuvent connaître une phase de médiation dans la mesure où une décision de constatation est rendue (art. 25a nouveau PA, pas encore en vigueur).

Le nouvel article 33b PA réglemente *a minima* la médiation administrative. Il donne un certain nombre de lignes directrices à l'autorité et aux parties, qui disposent d'un large pouvoir d'appréciation dans l'organisation du processus de médiation, ainsi qu'en atteste la forme potestative de la plupart des alinéas. Il convient donc de le comprendre comme un descriptif, facultatif sous réserve toutefois de règles impératives comme celles concernant le contrôle de l'accord final de médiation par l'autorité administrative (al. 4) ou le droit de demander en tout temps la reprise de la procédure.

L'engagement du processus est subordonné à l'accord des parties; il est toutefois laissé à la libre disposition de l'autorité, à qui il incombe de décider s'il est ou non opportun de suspendre la procédure ordinaire (art. 33b, al. 1, 1^e phr.). La reprise de la procédure ordinaire est en revanche laissée, en tout temps, à la libre disposition des parties (art. 33b, al. 6).

La médiation constitue une dérivation de la procédure ordinaire, laquelle est suspendue dans l'attente de l'accord entre les parties (art. 33b al. 1 et 2).

L'article 33b PA ne régit pas l'accord initial de médiation, celui qui consacre au moins la détermination des parties en faveur de la médiation et le choix du médiateur. A cet égard, on remarquera que la formulation de la deuxième phrase de l'alinéa 1 de la version française de l'article 33b PA ne correspond pas au texte allemand aux termes duquel, «*Die Behörde kann das Verfahren im Einverständnis mit den Parteien sistieren, damit sich diese über den Inhalt der Verfügung einigen können. Die Einigung soll einschließen, dass die Parteien auf Rechtsmittel verzichten und wie sie die Kosten verteilen*». Dans le texte français, l'accord mentionné au début de la deuxième phrase vise, contrairement aux apparences, l'accord final de médiation (convention finale ou transaction) et non pas l'accord initial de médiation comme on pourrait le comprendre *prima facie*.

La sécurité des rapports juridiques voudrait que l'accord initial soit passé par écrit et qu'il règle d'ores et déjà la question des frais de la procédure de médiation et la renonciation à faire usage des voies de droit en cas d'accord. Ce contrat constitue clairement un contrat de mandat (art. 394 ss CO). Les parties à ce contrat sont les parties à la procédure, d'un côté, et l'autorité administrative, de l'autre. Si les parties n'ont pas passé cet accord préalable, la loi instaure quelques obligations légales subsidiaires. Premièrement, l'autorité administrative désigne le médiateur (art. 33b, al. 2). D'ailleurs, cette précision surprend, dès lors que le libre choix du médiateur par les parties constitue l'un des fondements consensuels de la médiation. Cette disposition ne dispense toutefois pas l'autorité de mettre autant que possible les parties d'accord sur le choix du médiateur. Deuxièmement, les parties devront régler le partage des frais de la médiation dans la convention finale.

Le médiateur peut administrer des preuves, ce qui n'est pas une tâche habituellement rattachée à cette fonction. L'idée qui y préside est sans doute l'économie de la procédure, le législateur étant parti du point de vue que, si l'administration de preuves est nécessaire dans la phase de médiation, tant qu'à faire, autant pouvoir en faire usage dans la procédure ordinaire. Cela a une conséquence importante, l'obligation pour le médiateur de constituer un dossier et de le remettre à l'autorité. Il n'est pas exclu qu'il soit appelé comme témoin et doive dans certaines hypothèses se soustraire au secret de la médiation (art. 16, al. 1^{bis} PA).

Contrairement à ce que prévoit la LPGA, les parties qui sont parvenues à un accord doivent renoncer à utiliser ultérieurement les voies de droit, ce qui n'est somme toute qu'une expression raisonnable du principe de la bonne foi. Cela ne dispense toutefois pas l'autorité de contrôler le contenu de la convention. Ce contrôle va même très loin puisqu'il porte sur la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, sur la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et sur l'inopportunité (art. 49 applicable par renvoi de l'art. 33b, al. 4). Il intervient dans la logique du droit public, la négociation des intérêts privés des parties devant en effet être conforme aux intérêts publics. Si toutefois il devait avoir pour effet de mettre systématiquement à néant l'accord longuement négocié entre les parties, il affaiblirait sensiblement l'intérêt à la négociation. Aussi serait-il indispensable que, si les circonstances le justifient et si en particulier des intérêts publics importants sont en jeu, l'autorité n'effectue pas qu'un contrôle *a posteriori* mais qu'elle assiste dans la mesure du possible aux pourparlers et procède au contrôle de la légalité et de l'opportunité des accords successifs qui ponctuent toute médiation. Une bonne formule con-

sisterait à faire des prises de position liantes. On regrettera que l'article 33b, alinéas 4 et 5 ne prévoient pas cette possibilité d'instaurer une procédure dialogique entre les parties et l'autorité concernée (voire les autorités concernées, en cas de procédure complexe).

Une autre disposition démontre que, dans le modèle choisi, le médiateur se trouve sous l'étroite surveillance de l'autorité. Il n'est en effet pas soumis qu'au principe de la légalité, mais également au mandat de l'autorité (art. 33b, al. 3 PA). Divers actes de procédure, comme une visite des lieux, un mandat à un expert ou l'audition de témoins nécessitent l'accord de l'autorité. Certes, à tout le moins pour ce qui concerne cette dernière hypothèse, cela s'explique par le fait que seul un certain nombre d'autorités compétentes pour ordonner l'audition de témoins peut déléguer cette tâche à une autre personne chargée de tâches étatiques (art. 14, al. 1 à 3 PA).

La question de la portée de l'accord pour les tiers à la procédure non déterminables (ou *outsiders*) n'est pas réglée par l'article 33b PA. Si l'autorité les a invités à participer à la procédure par exemple dans le cadre de la procédure spéciale prévue par l'art. 30a PA ou dans celui d'une procédure d'enquête publique préalable, ils seront identifiés et pourront donc participer à la médiation et se voir opposer la transaction éventuellement passée, puisqu'ils auront renoncé à l'avance à leur droit de recours. Mais si une enquête publique préalable n'est pas imposée par la loi, les *outsiders* pourront toujours remettre en question la décision incorporant un accord auquel ils n'ont pas participé.

On regrettera également que le législateur n'ait pas envisagé une disposition instaurant un minimum de transparence, du type de l'article 31, alinéa 2 de l'ordonnance concernant les commissions fédérales d'estimation. Cette disposition donne à l'exproprié le droit de revenir sur l'accord provisoirement conclu avec l'expropriant après qu'il a eu connaissance des accords passés avec les autres expropriés.

Les honoraires du médiateur font partie des frais de la procédure. Si les parties parviennent à un accord, l'autorité ne prélève pas de frais (art. 33b, al. 5, 1^e phr. PA). Dans cette hypothèse, la médiation est donc gratuite. Si en revanche elles n'y parviennent pas, l'autorité peut certes renoncer à leur imposer des débours pour la médiation pour autant que les intérêts en cause le justifient (art. 33b, al. 5, 1^e phr. PA), mais elle peut également en exiger. Or, la PA ne règle pas la question des débours en procédure non contentieuse, sous réserve de quelques dispositions éparses et peu pertinentes en l'espèce (Kölz/Häner 1998, N. 371). Des débours ne peuvent donc être mis à la charge des parties que si une loi fédérale spéciale le prévoit ou sur la base de

l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0), laquelle sera vraisemblablement modifiée.

Le secret de la médiation est protégé par l'article 16, alinéa 1^{bis} nouveau, qui autorise le médiateur à refuser de témoigner sur des faits dont il a eu connaissance dans le cadre de l'activité qui lui est confiée en vertu de l'article 33b PA. Cette disposition donne un grand pouvoir d'appréciation au médiateur. En règle générale, on lui préfère une obligation de refuser de témoigner, mieux à même de protéger le secret de la médiation. S'agissant toutefois de conflits administratifs dans lesquels sont pondérés des intérêts publics et des intérêts privés, les exigences de transparence peuvent l'emporter et justifier que le médiateur, dans des cas exceptionnels, prenne la décision de témoigner dans la procédure administrative, en cas d'échec de la médiation. Il faut toutefois être conscient que cette ouverture affaiblit la portée de la médiation.

6 Bilan provisoire

L'examen comparatif de ces processus particuliers – dans la mesure où ils sont intégrés dans des lois spéciales – ou généraux – dans la mesure où ils appartiennent à des lois générales de procédure – permet de mettre en évidence quelques-unes de leurs caractéristiques ou de leur problématiques communes.

1. L'imprécision de la terminologie pose problème, aussi bien en français qu'en allemand. Le terme «médiation» utilisé en français en matière de radio et de télévision et en matière de transparence n'est pas approprié, dès lors que l'organe concerné dispose du pouvoir, en cas d'échec des pourparlers amiables, de formuler des recommandations. Il s'agit donc d'un conciliateur plutôt que d'un médiateur. De même, en allemand, le terme «*Ombudsstelle*», utilisé pour qualifier l'organe de médiation, ne correspond pas non plus à la réalité de l'institution: la caractéristique principale de l'ombudsman réside en effet dans sa position d'autorité de surveillance qui se concrétise dans le rapport annuel par le biais duquel il peut faire des propositions de révision de la législation ou de réforme de l'institution. Or, la LRTV ne prévoyant pas un tel droit de proposition, il s'agit d'un organe de conciliation et non pas d'un ombudsman. Le terme «médiation» est en revanche approprié au processus intégré dans l'article 33b PA, sauf que les puristes regretteront que le médiateur puisse être choisi par l'autorité administrative plutôt que par les parties (al. 2).

2. Le choix des médiateurs parmi les professionnels de la médiation et de la conciliation, qu'il s'agisse de particuliers ou d'autorités, augure d'une accélération de la professionnalisation du métier (Bonafé Schmitt 2003). A cet égard, il sera intéressant de voir comment le législateur interprétera la notion de «médiateur expérimenté» de l'article 33b, alinéa 2 PA, à moins qu'une disposition d'exécution ne la précise un jour. On remarque en effet une tendance des législateurs cantonaux à créer des tableaux officiels des médiateurs (voir par exemple les art. 161 A et B de la loi genevoise modifiant la loi d'organisation judiciaire).
3. Le règlement consensuel instauré par les lois spéciales est passablement formalisé. La demande de médiation ou de conciliation est assujettie à la forme écrite (art. 60, al. 2 LRTV, art. 13, al. 2 LTrans). A l'heure du guichet unique, on n'envisage pas même une saisine par un courrier électronique, ce qui pourrait changer en matière de médiation administrative, le Conseil fédéral ayant des projets novateurs en matière de communication électronique. Par ailleurs, des délais parfois brefs sont instaurés par les lois spéciales (art. 60, al. 1 LRTV, art. 13, al. 2 LTrans), ce qui n'étonne pas particulièrement lorsque l'on comprend, à la lecture des travaux préparatoires, que le règlement consensuel des conflits est prioritairement conçu pour décharger l'autorité de décision.
4. La gratuité du processus constitue une incitation particulièrement appréciable à la médiation (art. 66 LRTV et 17, al. 2, let. b LTrans); seule la conciliation en matière d'expropriation formelle échappe à ce principe (art. 56 al. 1 de l'ordonnance concernant les commissions fédérales d'estimation). Il est à souhaiter que le Conseil fédéral fasse preuve de retenue lorsqu'il modifiera l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative pour fixer les débours dus en cas d'échec de la médiation.
5. L'articulation de la phase de conciliation avec la procédure ordinaire est d'importance. Elle se décompose en plusieurs sous-questions:
 - a) S'agit-il d'une phase autonome, soustraite aux règles de la PA, ou y est-elle au contraire assujettie? Par exemple, en cas de réclamations multiples en matière de publicité des documents officiels, le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence pourrait-il contraindre les requérants à choisir un ou des représentants communs, voire, en cas de refus de leur part, leur en imposer (art. 11a al. 1 et 2 PA)? Plusieurs raisons militent en faveur de l'inapplicabilité de principe des dispositions générales de la PA (art. 7 à 43) à la phase de médiation ou de conciliation. Le médiateur ou le conciliateur tra-

vailent par définition dans un esprit de consensus avec les parties au conflit. Ils n'ont pas le pouvoir de rendre des décisions (art. 13 LTrans, implicitement; art. 89, al. 2 LRTV), ni finales ni incidentes. Même si l'obligation de désigner un représentant constitue une décision incidente soustraite au recours (art. 46, let. f PA), elle a néanmoins pour conséquence que les administrés doivent, en cas d'échec de la médiation (art. 33b al. 5, 1^{er} phr. PA), supporter les honoraires du représentant qui leur est imposé. Si une situation de saisine de masse se présente, il appartient au conciliateur de mobiliser son pouvoir de persuasion pour convaincre les parties de se faire représenter. En cas d'échec, la procédure contentieuse reprend et la désignation d'un mandataire commun devient l'affaire de l'autorité compétente. Il serait de même regrettable de rendre obligatoire en règlement amiable des conflits le principe du contradictoire qui veut que toutes les parties concernées puissent faire connaître leur point de vue et prendre connaissance de toutes les positions et de tous les faits avancés par l'autre partie. Cela pourrait avoir pour conséquence que le médiateur ou le conciliateur aurait l'obligation de toujours entendre les parties l'une en présence de l'autre. Or, l'audition séparée des parties par le médiateur (dite caucus dans le langage spécialisé⁵) peut dans certains cas sauver une médiation. Elle est d'ailleurs préconisée par la Recommandation (2001) 9 du Conseil de l'Europe (annexe, III. 2 ii). Quelques règles générales posées par la PA pourraient néanmoins s'appliquer au médiateur, celles qui concernent l'administration des preuves (art. 12 à 19 PA) et qui sont en lien avec l'article 33b, alinéa 3, 2^e phrase PA.

- b) Les effets de la transaction sur la décision diffèrent selon les intérêts à peser. Lorsque des intérêts privés entrent en jeu, l'accord entre les parties est vérifié par l'autorité. En matière d'expropriation formelle, le président de la commission fédérale d'estimation joue un rôle de conciliateur très actif. Il procède en particulier aux constatations nécessaires pour élucider les points litigieux ou douteux et cherche à mettre les parties d'accord (art. 48 LEx). Dans la PA, on a vu ci-dessus que l'autorité contrôle non seulement que les parties ont librement exprimé leur volonté et que la décision est conforme à la loi, mais également qu'elle est opportune (art. 49 PA applicable par renvoi de l'art. 33b, al. 4 PA). Le procès-verbal de l'audience de conciliation (art. 49 et 53LEx) et la décision entérinant l'accord final lient les par-

ties à l'accord (33b, al. 4 PA). L'article 12 de l'ordonnance sur les commissions décrit de manière intéressante le contenu minimum de la transaction. Dans la procédure d'expropriation, une entente directe peut également intervenir entre les parties en dehors de la procédure de conciliation. Il s'agit alors d'une transaction extrajudiciaire qui peut être soumise au président de la commission d'estimation (art. 54, al. 1 LEx). L'article 33b PA ne prévoit malheureusement pas l'équivalent.

- c) La portée pour les tiers de l'accord ou de la transaction reste la pierre d'achoppement du règlement amiable des conflits. Si les tiers non identifiables n'ont pas été appelés à participer à la procédure par une enquête publique préalable (art. 30a, al. 1 PA) et que la loi ne prévoit pas leur exclusion de la procédure s'ils ne participent pas, ils pourront toujours provoquer un contrôle judiciaire ultérieur de la décision, même si elle a été négociée. La seule solution à ce problème est de contraindre les tiers à participer à la phase de négociation ou de médiation, sous peine de perdre leurs droits de procéder ultérieurement. Elle est déjà valable pour les associations écologistes et les communes en vertu des articles 12a, alinéa 2 de la loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature, 55 de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement et 14, alinéa 4 de la loi fédérale du 4 octobre 1985 sur les chemins pour piétons et les chemins de randonnée pédestre (LCPR).⁶

Il serait prématuré de tirer aujourd'hui un bilan même provisoire de ces dispositions, dont certaines n'ont pas encore passé l'épreuve de leur mise en œuvre. La juridicisation du règlement amiable des conflits administratifs a un mérite incontestable, celui de contribuer à sa visibilité et à sa promotion. Les processus bien rodés, comme la conciliation en matière d'expropriation formelle et la médiation en matière de radio-télévision, ont pour leur part fait leurs preuves. La gratuité de l'intervention du conciliateur ou du médiateur n'est assurément pas étrangère à ce succès.

Comme on l'a vu plus haut, l'introduction d'une «vraie» phase de médiation dans la procédure administrative ordinaire constitue une innovation de première importance. Le législateur accepte ainsi l'intervention d'un tiers externe à l'administration dans le processus de recherche de l'accord en vue d'une décision administrative. Cette innovation témoigne d'un changement de paradigme dans le sens d'une conception de plus en plus dialogique de la démocratie.

Notes

- Je remercie mon collègue de l'Office fédéral de la justice, Philippe Gerber, dr en droit, de sa relecture attentive de cet article et de ses remarques pertinentes.
- 1 Dans sa recommandation du 5 septembre 2001 (Rec [2001] 9), dont il sera question plus bas, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe les traite d'ailleurs sous une même rubrique.
 - 2 La LRTV est en plein processus de révision. Le Conseil fédéral a présenté au Parlement un projet de loi du 18 décembre 2002, qui reprend dans une large mesure le système actuel (FF 2003 1425 ss).
 - 3 Pour un historique de cette question, voir Loi fédérale sur le bureau fédéral de médiation, Avant-projet et rapport explicatif de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 4 juillet 2003, ch. 1.1.
 - 4 Le texte de cette disposition est publié à la FF 2005 3875. Il fait partie des dispositions finales de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF), qui n'est pas encore promulguée.
 - 5 Selon le site www.mediation-net.com, ce terme serait dérivé du mot algonquin (peuple aborigène amérindienne de l'Ontario) "KAW-KAW-WAS" qui signifie à l'origine "conseiller", mais aujourd'hui aussi "comité".
 - 6 On remarquera que cette solution a été repoussée par la majorité de la Commission juridique du Conseil des Etats dans le cadre de la révision de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (Pfisterer 2005, 121).

Bibliographie

- Aubert, Jean-François/Mahon, Pascal, 2005, Un regard extérieur, in: *La nouvelle Constitution fribourgeoise*, n° spécial de la Revue fribourgeoise de jurisprudence, p. 49–57.
- Bonafé Schmitt, Jean-Pierre, 2003, Les médiateurs: vers une professionnalisation, in: Chevalier, Pierre/Desdevises, Yvon/Milburn Philip (édit.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges. Les voies nouvelles d'une autre justice*.
- Cornu, Gérard/Foyer, Jean, 1958, *Procédure civile*, Paris.
- Guy-Ecabert, Christine, 2002, *Procédure administrative et médiation. Inscription d'un modèle procédural de médiation dans un contexte en mutation*, Zurich/Bruxelles.
- Kölz, Alfred/Häner, Isabelle, 1998, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich.
- Kieser, Ueli, 2003, *Kommentar zum Bundesgesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000*, Zürich/Basel/Genf.
- Moor, Pierre, 2004, La notion de participation dans la systématique du droit public, in: Tiers dans la procédure administrative, Genève, p. 9–31.
- Pfisterer, Thomas, 2004, *Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich*, Zürich/Basel/Genf.
- Pfisterer, Thomas, 2005, *Verhandeln und Konsens im Verwaltungs- und insbesondere im Umweltrecht, Umweltrecht in der Praxis/Droit de l'environnement dans la pratique (URP/DEP) 2005*, S. 99–125.
- Siegwart, Karine, 2002, *Ombudsstellen und Mediation, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)*, 2002, S. 561–578.

Zusammenfassung

Die Formen gütlicher Konfliktbeilegung erleben in allen Rechtsbereichen und namentlich im Bereich des Verwaltungsrechts einen regelrechten Aufschwung. Bevor solche Konfliktbeilegungsformen gesetzlich geregelt werden, sollten jedoch die Besonderheiten verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten bekannt sein. Es braucht auch die Erkenntnis, dass die Entwicklung unserer Gesellschaft die Suche nach neuen Lösungswegen für Konflikte zwischen dem Staat einerseits und den Bürgerinnen und Bürgern andererseits rechtfertigt. In diesem Beitrag wird zunächst eine kurze Typologie der alternativen, das heisst gütlichen Formen der Konfliktbeilegung erstellt. Danach wird anhand einiger Beispiele gezeigt, wie der Gesetzgeber die einvernehmliche Konfliktbeilegung heute verrechtlicht. So ist ihre Verankerung in Spezialgesetzen zwar nicht neu, kommt aber immer häufiger vor. Zudem finden solche Verfahren wie die Verhandlung und die Mediation jetzt auch Eingang in die allgemeinen Verfahrensgesetze. Dadurch wächst sicher der Bekanntheitsgrad der einvernehmlichen Konfliktbeilegung. Dies ist vor allem für die Mediation eine Chance: Sie steht in Verwaltungsstreitigkeiten, die dem Verwaltungsverfahren unterstehen, den Konfliktparteien in Zukunft grundsätzlich unentgeltlich offen.