

**AIHJA  
IASAJ**

**Association Internationale  
des Hautes Juridictions Administratives**

XII<sup>e</sup> Congrès  
Istanbul  
2016

# **LES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS EN MATIÈRE ADMINISTRATIVE**

**2016**



«En application de la loi du 11 mars 1957 (article 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1<sup>er</sup> juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.»

© Direction de l'information légale  
et administrative. Paris 2016

ISBN : 111-1-11-111111-1



### **Directeur de la publication**

Catherine BERGEAL

Secrétaire générale du Conseil d'État de France  
Secrétaire générale de l'Association internationale  
des hautes juridictions administratives

### **Directeur de la rédaction**

Nathalie LAURENT-ATTHALIN

Cheffe de cabinet du Conseil d'État de France,  
Secrétaire de l'Association internationale des hautes  
juridictions administratives

Louis MARTIN

Doctorant en droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Chargé de mission auprès de l'Association internationale des hautes  
juridictions administratives

# Sommaire

## 9 RAPPORT GÉNÉRAL

- 10 1 ] Propos introductifs
- 10 2 ] Définition et objectifs des procédures alternatives de règlement des différends
  - 2.1 Définition et caractéristiques distinctives des procédures alternatives de règlement des différends
  - 2.2 Évolution des procédures alternatives de règlement des différends
  - 2.3 Objectifs et finalités des procédures alternatives
- 14 3 ] Procédures alternatives de règlement des différends exercées en matière administrative
  - 3.1 Le règlement amiable
  - 3.2 La conciliation
  - 3.3 La médiation
  - 3.4 L'Ombudsman
  - 3.5 Recours à des autorités ou des conseils indépendants ou administratifs spécialisés
  - 3.6 Recours administratifs (recours gracieux et recours hiérarchiques)
  - 3.7 Réclamations par voie de requête et demande
  - 3.8 La boucle administrative
  - 3.9 Procédures juridictionnelles alternatives de règlement des différends
  - 3.10 L'arbitrage
  - 3.11 Règlement des différends en ligne
  - 3.12 Procédures alternatives mises en œuvre dans le cadre de questions administratives liées à la fiscalité
- 34 4 ] Règles restreignant l'usage des procédures alternatives de règlement des différends
  - 4.1 Règles restreignant l'usage des procédures alternatives de règlement des différends en fonction de l'objet
  - 4.2 Règles restreignant l'usage des procédures alternatives de règlement des différends en matière administrative en ce qui concerne les personnes
    - 4.2.1 Parties aux procédures alternatives de règlement des différends
    - 4.2.2 Acteurs de procédures alternatives de règlement des différends autres que les parties au litige
      - 4.2.2.1 Intervention de tiers dans les procédures alternatives de règlement des différends

42

## 5 ] Efficacité des procédures alternatives de règlement des différends

- 5.1 Cadre juridique des accords conclus en matière administrative par le biais des procédures alternatives de règlement des différends
  - 5.1.1 Nature juridique et contraignante des accords conclus en matière administrative par le biais des procédures alternatives de règlement des différends
  - 5.1.2 Procédures disponibles en cas de violation d'un accord conclu en matière administrative au terme d'une procédure alternative
- 5.2 Évaluations des procédures alternatives de règlement des différends en matière administrative
  - 5.2.1 Avantages des procédures alternatives de règlement des différends en matière administrative des procédures alternatives de règlement des différends
  - 5.2.2 Inconvénients des procédures alternatives de règlement des différends en matière administrative
  - 5.2.3 Appréciations relatives au développement des procédures alternatives en matière administrative

- 4.2.2.2 Intervention du juge administratif et du juge du tribunal dans les procédures alternatives de règlement des différends
- 4.2.2.3 Évaluation des procédures alternatives confiées aux juges administratifs
  - 4.2.2.3.1 Avantages des procédures alternatives confiées aux juges administratifs
  - 4.2.2.3.2 Inconvénients des procédures alternatives confiées aux juges administratifs

## 49 COMPTE-RENDU DES TRAVAUX EN COMMISSION

- 1 ] Rapport de la Commission « Contrats et marchés publics »
- 2 ] Rapport de la Commission « Fiscalité et régulation économique »
- 3 ] Rapport de la Commission « Fonction publique »

69

## QUESTIONNAIRE



# Bureau de l'association internationale des hautes juridictions administratives



## **M. Carlos CHAURAND**

Président du tribunal fédéral de justice administrative du Mexique,  
Président de l'Association internationale  
des hautes juridictions administratives

## **MME CATHERINE BERGEAL**

Secrétaire générale du Conseil d'État de France  
Secrétaire générale de l'Association internationale  
des hautes juridictions administratives

## **M. JACQUES JAUMOTTE**

Président du Conseil d'État de Belgique,  
Trésorier de l'Association internationale  
des hautes juridictions administratives

## **MME AIKATERINI SAKELLAROPOULOU**

Présidente du Conseil d'État de Grèce,

## **M. MAREK ZIRK-SADOWSKI**

Président de la Cour administrative suprême  
de Pologne

## **M. MAMADOU BADIO CAMARA**

Président de la Cour suprême du Sénégal

## **MME ZERRIN GÜNGÖR**

Présidente du Conseil d'État de Turquie

# RAPPORT GÉNÉRAL

Seran KARATARI KÖSTÜ  
Juge Rapporteur  
Conseil d'État de Turquie

## 1] Propos introductifs

Les rapports nationaux sont disponibles en téléchargement sur le site de l'association à l'adresse : [www.aihja.org](http://www.aihja.org)

Le congrès de l'Association internationale des hautes juridictions administratives s'étant tenu à Istanbul en 2016 avait pour thème « Les modes alternatifs de règlement des différends en matière administrative ». Le principal objectif du congrès était de susciter une prise de conscience et de partager les expériences en matière de procédures alternatives de règlement des différends en s'appuyant sur la vaste expérience des pays et sur les différentes pratiques juridiques, de développer et de renforcer les pratiques existantes à la lumière des informations disponibles, de faciliter le règlement des différends administratifs par des procédures alternatives en introduisant de nouvelles pratiques dans les systèmes juridiques et d'alléger la charge de travail des juridictions administratives. Le questionnaire établi dans le cadre de cette thématique mettait particulièrement l'accent sur l'application des procédures alternatives de règlement sur le plan administratif plutôt que sur leur recours de manière générale et a été envoyé à tous les membres de l'Association afin de recueillir des informations sur l'objectif, la portée, les parties, l'application et l'efficacité de ces procédures.

Il convient de noter que dans le cadre de l'évaluation des réponses au questionnaire, la définition des procédures alternatives de règlement des différends et « les questions en matière administrative » ont été traitées dans un contexte plus large afin de permettre un partage de toutes les pratiques dans les différents pays. Le présent rapport général a été établi en se fondant sur les réponses des 39 États membres<sup>1</sup> ayant répondu au questionnaire.

Sans prétendre à l'exhaustivité, le rapport général est construit autour de quatre axes : la définition préalable des procédures alternatives de règlement des différends, de leur évolution et des objectifs qu'elles poursuivent (II), la présentation de ces procédures dans leur diversité et avec leurs spécificités nationales (III), les règles restreignant l'utilisation de ces procédures (IV) et l'évaluation de l'efficacité des procédures alternatives de règlement des différends (V).

## 2] Définition et caractéristiques distinctives des procédures alternatives de règlement des différends

### 2.1 Définition et caractéristiques distinctives des procédures alternatives de règlement des différends

Il n'existe aucune définition officielle des procédures alternatives de règlement des différends dans la plupart des pays. Néanmoins, si l'on écarte les différentes définitions disponibles et si l'on se base uniquement sur les réponses des États membres, certains points communs de définitions en termes de pratiques juridiques

nous permettent d'obtenir une définition générale de ces procédures alternatives de règlement des différends en tant que procédures offrant la possibilité de régler les différends par d'autres moyens que ceux offerts par les voies de recours juridictionnelles. Les procédures alternatives de règlement auxquelles ont recours les parties devant le tribunal après avoir exercé les procédures juridictionnelles (procédures juridictionnelles alternatives de règlement) ne sont pas considérées relever du contentieux même si elles sont mises en œuvre dans le cadre d'un processus judiciaire.

Les caractéristiques de ces procédures se retrouvent dans le principe du pouvoir discrétionnaire, la souplesse dans le cadre de l'accord et du processus décisionnel, le dialogue, le principe de confidentialité et le rapport coût-efficacité, ces caractéristiques constituant les différences essentielles qui existent entre les procédures alternatives et les procédures juridictionnelles. Selon une autre opinion intéressante, une décision rendue au terme d'une procédure de règlement des différends réputée alternative au système juridictionnel n'est pas définitive comme peut l'être une décision judiciaire, et si tel était le cas, cette procédure devrait également être considérée comme une procédure juridictionnelle.

Conformément au principe du pouvoir discrétionnaire, le choix des procédures alternatives de règlement des différends autres que les procédures juridictionnelles alternatives, la désignation de la personne qui conduira la procédure alternative de règlement des différends et la décision d'accepter ou non la conclusion à laquelle a abouti le processus seront entièrement laissés à l'appréciation des parties, qui seront également autorisées à se désister de la procédure alternative à tout moment.

La souplesse des procédures alternatives découle de l'absence de réglementation légale prévoyant des règles strictes et rigoureuses régissant le processus de règlement, ce qui permet aux parties d'intervenir avec une plus grande flexibilité, tout en prenant en compte l'équité, la bonne foi, les usages, etc. en adéquation avec les besoins et les intérêts des parties et sans enfreindre les lois.

Le principe de confidentialité se définit par le respect de la vie privée et la confidentialité des négociations et des réunions entre les parties dans le cadre de la procédure alternative de règlement des différends, ainsi que l'interdiction d'utilisation et, si nécessaire, la destruction des informations, documents et éléments de preuves présentés pendant le processus sans autorisation des parties.

#### 2.1.1 Procédures alternatives de règlement des différends et recours administratifs

Différents points de vue s'opposent en ce qui concerne l'intervention d'un tiers impartial et indépendant dans les procédures alternatives et amènent à se demander si les recours administratifs peuvent être considérés comme des procédures alternatives de règlement des différends. En effet, dans le cadre des recours adressés à l'autorité compétente ou à l'autorité de surveillance à la suite d'actes ou d'actions administratives, l'une des parties est un agent de l'administration et use de la force publique; or lors de ces négociations, il n'existe pas de tiers impartial et les parties ne sont pas en position d'égalité. Elles ne disposent pas non plus d'un pouvoir discrétionnaire absolu pour prendre leurs décisions. De plus, on constate que le pouvoir discrétionnaire dont dispose éventuellement l'administration a une incidence considérable sur le processus. À cet égard, il est également précisé que les recours administratifs ne doivent pas être considérés comme des procédures alternatives de règlement des différends, mais plutôt comme des procédures de règlement associées à des procédures alternatives.

Néanmoins, il convient de se pencher sur les systèmes dans le cadre desquels un comité consultatif indépendant est consulté par les autorités administratives,

<sup>1</sup> Algérie, Australie, Autriche, Belgique, Cameroun, Canada, République Tchèque, Chili, Chine, Colombie, Côte-d'Ivoire, Chypre, Espagne, France, Finlande, Allemagne, Grèce, Hongrie, Israël, Liban, Lituanie, Luxembourg, Maroc, Mexique, Pays-Bas, Niger, Norvège, Pérou, Pologne, Portugal, Sénégal, Slovaquie, Slovénie, Suisse, Suède, Thaïlande, Togo, Turquie, Ukraine

examine la décision objet du différend et émet un avis à l'autorité administrative concernant la décision à prendre.

En ce qui concerne les recours administratifs, bien que ces procédures soient considérées par certains pays comme des procédures alternatives, d'autres les définissent comme de «longs processus décisionnels unilatéraux» et non comme des procédures alternatives devant s'appuyer sur le principe de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, au motif que ces procédures n'accordent pas aux parties la possibilité de choisir entre la procédure alternative et la procédure juridictionnelle.

### 2.1.2 Procédures alternatives de règlement des différends et arbitrage

Les réponses diffèrent quant à savoir si l'arbitrage est ou non une procédure alternative de règlement des différends. Certains pays considèrent que l'arbitrage est une procédure alternative de règlement des différends dans la mesure où il constitue une alternative aux procédures juridictionnelles, tandis que pour d'autres, l'arbitrage se définit comme une procédure située entre les procédures alternatives de règlement des différends et les procédures juridictionnelles dans la mesure où il est conduit d'un commun accord entre les parties ou découle de stipulations préalablement convenues entre les parties, qu'il offre une flexibilité limitée en raison de l'application de règles juridiques et que la sentence rendue par les arbitres est définitive et opposable. En outre, l'arbitrage est une procédure plus coûteuse que les procédures alternatives de règlement des différends.

## 2.2 Évolution des procédures alternatives de règlement des différends

L'évolution des procédures alternatives de règlement des différends est motivée par des objectifs tels que la promotion de la communication entre les administrés et les autorités administratives, le règlement des différends sans recours aux procédures juridictionnelles, l'absence de longues formalités et la mise à disposition d'instruments de règlement alternatif autres que ceux proposés par un système judiciaire coûteux et lent. Les recours les plus anciens à ces procédures alternatives semblent exister en Suisse et aux Pays-Bas.

Aux Pays-Bas, l'origine des procédures de recours administratifs remonte au XIX<sup>e</sup> siècle. Un certain nombre de lois et d'ordonnances prévoyaient le droit de demander à une autre autorité administrative d'examiner la décision objet du différend. L'autorité administrative chargée de l'examen de la décision avait habituellement un pouvoir (hiérarchique) sur l'autorité administrative qui avait pris la décision initiale. Les deux procédures administratives de recours les plus connues étaient le *Kroonberoep* (recours auprès de la Couronne<sup>2</sup>) et le *Gedeputeerde Staten-beroep* (recours auprès de l'exécutif provincial).

En Suisse, la loi fédérale adoptée en 1850, qui régit l'expropriation pour cause d'intérêt public, prévoit la conciliation et conclut que dans certains cas les procédures alternatives peuvent être plus efficaces que les procédures juridictionnelles. Entre autres procédures alternatives, les recours administratifs et les mécanismes de réclamation mis en œuvre au moyen de requêtes et demandes semblent avoir en comparaison une plus longue histoire. À de rares exceptions près parmi les pays bénéficiaires, le recours à ces procédures semble avoir commencé au XX<sup>e</sup> siècle et s'est étendu au XXI<sup>e</sup> siècle.

Une évolution importante est constatée en Autriche: les procédures alternatives, autrefois obligatoires, ne le sont plus suite à une décision de la Cour de justice de l'Union européenne (C-230/02, *Grossman Airservice*, C-410/01, *Fritsch, Chiari & Partner*). La CJUE justifie sa position en déclarant que la subordination des voies de recours à l'exercice de la conciliation, comme le prévoit la directive relative à l'application

des procédures de recours (89/665), constitue une violation des objectifs de la Directive que sont la célérité et l'efficacité.

Il convient de noter que la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale a également eu un impact partiel sur l'évolution des procédures en question, qui s'est toutefois limité aux questions civiles et commerciales.

Les réglementations qui abordent en partie les questions en matière administrative par une transposition de cette directive dans le droit national, sont les suivantes: la loi sur la médiation n°202/2012 de la République Tchèque et la loi sur la médiation du Portugal du 19 avril 2013 couvrant toutes les questions relatives à la médiation publique, la médiation civile et commerciale, qui a été adoptée après promulgation de l'ordonnance n°29/2009 du 29 juillet. Cette directive a été transposée par la France dans le droit national par l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011. Il est précisé que les définitions et principes de la loi s'appliqueront aux questions en matière administrative par renvoi à la loi n°95-125, mais il est toutefois prévu que le recours se limite aux différends transfrontaliers dans le domaine desquels aucune prérogative de puissance publique n'est exercée.

Les Pays-Bas, Chypre, le Luxembourg, la Slovaquie et la Slovénie ont transposé la directive dans leur système juridique national par une loi. Toutefois, les questions en matière administrative ne relèvent pas du champ d'application de ces lois. De même, en Hongrie, la loi sur la médiation de 2002, renforcée par les dispositions relatives à la médiation judiciaire en 2012, ne couvre que les questions de droit privé à l'exclusion des questions administratives.

La Lituanie renvoie à la directive citée dans la circulaire n°1R-256 du ministère de la Justice du 23 novembre 2010, qui prévoit qu'une mesure analytique doit être prise en vue de développer les procédures alternatives, or aucune mesure abordant les questions administratives n'est prise en application de la directive.

La Finlande critique la directive au motif que son application se limite aux questions civiles et commerciales et ne couvre ni les thématiques liées aux comptes publics, aux douanes et aux questions administratives ni les responsabilités afférentes à l'exercice de la force publique. Elle ajoute que cette situation rend impossible l'application de la directive en droit public à quelques exceptions mineures près.

Il est constaté d'une part qu'aucun texte juridique ne régit les questions administratives dans le cadre de l'exercice de procédures alternatives et d'autre part que des réglementations légales dispersées, dont les dates et ordres hiérarchiques diffèrent, s'appliquent en fonction des nécessités de procédures alternatives de règlement des différends. La plupart des pays soulignent que la loi relative aux procédures alternatives est contraignante. Toutefois, on considère que des réglementations détaillées applicables aux procédures alternatives pourraient minimiser la flexibilité requise pour de telles procédures.

## 2.3 Objectifs et finalités des procédures alternatives

L'objectif principal des procédures alternatives de règlement des différends est de permettre aux parties à un différend de conclure une transaction par des procédures simplifiées, plus rapides et moins coûteuses que celles utilisées dans le cadre des procédures juridictionnelles.

Le règlement des différends par voie extrajudiciaire ou sans l'exercice de procédures juridictionnelles conventionnelles lorsque le différend est porté devant un tribunal, améliorera la qualité du système judiciaire en allégeant la charge de travail et en accélérant le processus juridictionnel et contribuera à la protection des droits de l'Homme et notamment au droit à un procès équitable.

<sup>2</sup> Cette procédure a par la suite été abrogée après l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Bentham*, qui a statué que le *Kroonberoep* n'était pas une procédure menée devant un juge indépendant et impartial ex-article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. CEDH 23 octobre 1985, n° 8848/80.

On s'attend à ce que ces procédures contribuent à l'établissement d'une culture de la conciliation au sein de la société civile (au détriment des procès), et instaurent également la paix sociale et juridique.

Par ailleurs, il est estimé que le règlement rapide et simplifié des différends sera également favorable à l'économie. L'utilisation efficace des ressources, en évitant les coûts inutiles et en minimisant les processus juridictionnels longs et incertains, garantira la sécurité juridique des parties qui participent à l'économie, soutiendra la croissance des activités économiques et encouragera les investissements.

On constate que les recours administratifs et hiérarchiques permettent aux requérants d'obtenir une nouvelle décision administrative satisfaisante ou des informations et des explications complémentaires concernant la décision objet du litige, de sorte que les voies de recours juridictionnelles sont évitées et que les nouveaux recours formés auprès de la même autorité de surveillance constituent un filtre en ce sens qu'ils présentent une position administrative uniforme et contribuent à éviter les interprétations et les applications juridiques contradictoires dans une même affaire.

### 3] Procédures alternatives de règlement des différends exercées en matière administrative

Bien que presque tous les États membres qui ont répondu au questionnaire déclarent que diverses procédures alternatives de règlement des différends (y compris les recours administratifs et hiérarchiques et l'arbitrage) sont appliquées, lorsque la question se limite à l'application de procédures alternatives en matière administrative, certains pays précisent que les procédures alternatives de règlement des différends ne sont en aucun cas exercées en matière administrative et en droit public.

Bien que les procédures alternatives utilisées en matière administrative diffèrent dans ces pays, les modes suivants sont recensés : l'accord amiable, la conciliation, la médiation, la saisine de l'Ombudsman, les recours formés auprès de conseils ou d'autorités indépendantes ou administratives spécialisées, la boucle administrative, le recours administratif (recours gracieux et examen hiérarchique), les procédures juridictionnelles alternatives de règlement des différends, le mécanisme de réclamation par voie de requête et de demandes, l'arbitrage, le règlement des différends en ligne.

Les procédures susmentionnées peuvent être définies et détaillées comme suit sur la base des rapports des pays ayant répondu au questionnaire :

#### 3.1 Le règlement amiable

Un règlement amiable se définit comme un accord écrit de droit privé en vertu duquel les parties résolvent un différend ou empêchent sa survenue ; toutefois, selon les précédents établis, en droit belge, pour qu'un accord soit considéré comme un règlement amiable, les parties doivent faire des compromis réciproques en faveur l'une de l'autre. Cela ne signifie toutefois pas que l'une des parties doit se soumettre aux demandes de l'autre partie.

Le règlement amiable est définitif et ne peut être contesté par les parties. Toute personne qui n'est pas considérée par la loi comme n'ayant pas de capacité juridique peut conclure un règlement amiable.

Le règlement amiable est fréquemment exercé par les autorités administratives en ce qui concerne les questions relatives aux contrats publics.

En Lituanie, un règlement amiable constitue le meilleur moyen de résoudre certains différends administratifs tels que les contentieux afférents au personnel interne soumis à l'exercice de l'autorité publique ainsi que les obligations non contractuelles des administrations centrales ou locales. Les parties à un différend peuvent finaliser le processus juridictionnel d'un commun accord à tout stade de la procédure à condition que le différend soit compatible et que les conditions relatives à la forme et au fond du règlement amiable soient satisfaites.

De même, l'ordonnance n° 659 sur l'exécution des services juridiques dans les administrations publiques prévoit le règlement des différends administratifs au travers de procédures non juridictionnelles. Les personnes qui estiment que leurs droits sont enfreints par un acte administratif peuvent réclamer à l'administration l'indemnisation des préjudices par voie amiable dans le délai imparti pour le dépôt d'une action. Celles qui prétendent avoir subi un préjudice en raison d'un acte administratif peuvent également solliciter un règlement amiable avant de déposer une action devant les tribunaux administratifs. La demande de règlement amiable est laissée à l'appréciation de la partie concernée en cas de préjudices résultant d'actes administratifs. Elle n'est pas obligatoire. La demande de règlement amiable doit être tranchée par les administrations dans les soixante jours. Si cette demande n'est pas tranchée dans les soixante jours, elle est réputée refusée. La demande de règlement amiable peut être refusée par l'administration concernée si son objet n'est pas spécifique ou si la requête n'est pas concrète. Les recours non refusés par l'Administration sont renvoyés au comité d'évaluation des différends juridiques et le rapport établi par ce comité est soumis aux tribunaux habilités à statuer. Après acceptation par ces comités de la demande de règlement amiable, le requérant dispose d'au moins quinze jours pour signer le rapport de règlement amiable. La lettre d'invitation correspondante précise que le requérant doit se présenter à la date indiquée ou se faire représenter, à défaut de quoi, il sera réputé ne pas avoir accepté le rapport de règlement amiable et indique également que le requérant est en droit de s'adresser aux tribunaux aux fins d'indemnisation de ses préjudices. Le comité d'évaluation des différends juridiques procède à tous les examens et à toutes les investigations nécessaires, et notamment à l'examen d'expertise, et détermine le montant du dommage après avoir entendu les personnes ayant connaissance de l'affaire. Si l'administration et le requérant concluent un règlement amiable concernant le montant de l'indemnisation et les modalités de paiement, le rapport émis et signé par les parties a force de jugement. Aucune action ne peut être formée à l'égard de l'objet et du montant du règlement amiable.

En Pologne, un règlement amiable est autorisé si les parties présentent des déclarations conjointes concernant leur intention de conclure un règlement amiable devant l'organe de l'administration publique. Les stipulations de l'accord sont laissées à l'entière appréciation des parties et l'administration ne peut en aucun cas établir ou modifier le contenu de l'accord. Aucun tiers n'est autorisé à conduire la procédure de règlement amiable.

### 3.2 La conciliation

Au Portugal, la conciliation implique l'intervention d'un tiers, le pouvoir dudit tiers se limitant à faire converger les positions des parties dans la mesure où il appartient aux parties de prendre la décision.

Au vu de la plupart des réponses au questionnaire, il semble que la conciliation soit utilisée dans des domaines spécifiques régis par des lois spéciales plutôt que dans le cadre de questions administratives.

La conciliation est prévue au Mexique dans la loi sur les travaux publics, la loi sur les services et marchés publics, la loi sur les partenariats publics/privés et la loi sur les hydrocarbures, qui régissent la procédure de règlement devant être exécutée devant le ministère mexicain de l'Administration publique à la demande de l'une des parties au litige suite à la conclusion d'un contrat public entre des organismes publics et des fournisseurs.

Le Comité supérieur d'audit mis en place en 1970 en Belgique est autorisé à conclure un règlement amiable pour les différends découlant de marchés publics signés par les concessionnaires de travaux publics ou certains organes des pouvoirs publics.

L'objectif de la loi n° 5233 sur l'indemnisation des dommages résultant du terrorisme et de la lutte contre le terrorisme est d'indemniser les personnes physiques ou morales victimes d'actes terroristes et de la lutte contre le terrorisme et la procédure de règlement en matière douanière prévue à l'article 244 de la loi sur les douanes n° 4458, qui est reformulée par la loi n° 6111, vise le règlement rapide par l'administration des différends entre l'administration et ses débiteurs sans passer par les voies de recours juridictionnelles.

La loi d'expropriation n° 2942 prévoit qu'à la suite d'une décision d'expropriation, le propriétaire peut accepter l'offre de l'administration portant sur le paiement du prix d'expropriation à l'avance ou en plusieurs versements, sous réserve de conditions requises existantes, ou la vente par négociation ou l'échange avec un bien de l'administration, suite à des négociations tenues le jour fixé par un comité de conciliation établi au sein de l'administration et composé de trois personnes, l'accord conclu concernant le prix ou l'échange ne devant pas dépasser l'estimation de la valeur déterminée par le comité d'évaluation.

En Côte d'Ivoire, la procédure de conciliation dans le cadre des marchés publics est engagée à la suite d'une demande adressée au Comité de conciliation administrative. Le pouvoir adjudicateur, l'administration ou l'organisme habilité dans le cadre du marché fait une demande au Comité de conciliation administrative par le biais d'une réclamation adressée au Président du Comité. La signature, l'exécution et la supervision du marché objet du litige sont suspendues par la demande faite au Comité. L'avis de décision du Comité est émis sur approbation du ministre ou du sous-ministre responsable de la passation des marchés publics dans les 7 jours ouvrés suivant l'acceptation de la requête. Le manquement du ministre à répondre dans les délais vaut approbation de l'avis. La décision du ministre responsable des marchés publics peut être contestée par voie judiciaire.

### 3.3 La médiation

La médiation est une procédure au moyen de laquelle un médiateur tente d'établir un dialogue entre les parties de manière impartiale et sans imposer un quelconque règlement aux parties. La médiation permet aux parties d'éviter l'administration publique et ainsi d'évoluer dans une sphère impartiale et privée au sein de laquelle peuvent être prises en considération non seulement les conséquences juridiques, mais également les conséquences psychologiques et sociologiques.

L'article 1 de la loi allemande sur la médiation définit la médiation comme un processus confidentiel et structuré dans le cadre duquel les parties ont volontairement recours à un ou plusieurs médiateurs et recherchent le règlement de leur conflit de manière responsable. Un médiateur est une personne indépendante et neutre qui ne fait pas partie de l'exécutif et qui guide les parties au travers de la médiation.

Dans le système de médiation portugais, un tiers propose des recommandations concrètes de règlement en intervenant activement dans le différend. Il est précisé que le différend peut être réglé conformément à la recommandation du médiateur en lieu et place des parties. Toutefois, la responsabilité découlant de la décision incombe aux parties et le médiateur n'est pas habilité à prendre une décision, par opposition au juge ou à l'arbitre.

L'article 42 de l'Ordonnance du 4 avril 2014 relative à l'organisation et aux procédures des juridictions administratives flamandes, promulguée par le Parlement flamand, est présenté comme un exemple de médiation en matière administrative en Belgique. Selon ses dispositions, le Conseil pour les contestations des autorisations peut opter pour la médiation en vue du règlement d'un différend soumis à son examen, soit sur demande conjointe des parties soit d'office après avoir obtenu l'autorisation des parties. Des juges administratifs, greffiers, vérificateurs ou tiers choisis d'un commun accord entre les parties peuvent être nommés par le Conseil pour les contestations des autorisations en qualité de médiateurs. Si la médiation aboutit à un accord, les parties peuvent ou l'une des parties peut demander au Conseil, pour les contestations des autorisations, d'homologuer l'accord et le Conseil ne peut refuser une telle demande qu'au motif que l'accord viole l'ordre public, les règlements et les règles urbaines. Si la médiation n'aboutit à aucun accord ou si le Conseil pour les contestations des autorisations conclut que les conditions requises pour une médiation réussie ne sont pas satisfaites, il est décidé par voie d'ordonnance provisoire de poursuivre la voie de recours juridictionnelle. La demande de médiation suspend les délais fixés pour les actions.

Aux Pays-Bas, la médiation se fonde sur les principes d'égalité et de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et est considérée aboutir si les parties sont disposées à parvenir à un accord. La médiation n'est plus considérée utile si le conflit entre les parties a dégénéré, ou si les parties souhaitent foncièrement obtenir la décision d'un tribunal.

Au Maroc, une procédure de médiation contractuelle peut être conduite et l'accord de médiation peut être inclus dans le contrat initial (clause de médiation). L'accord peut également être signé par les parties après introduction de l'action. Si les parties parviennent à un accord par voie de médiation, le résultat est notifié au tribunal dans les plus brefs délais et l'action prend fin.

Alors qu'en France, la médiation s'exerce uniquement dans le cadre de rares différends transfrontaliers et ne concerne pas les conflits nationaux, au Mexique, la loi sur le secteur électrique prévoit la négociation et la médiation pour l'utilisation des terres en relation avec les services et activités d'électricité.

En Suisse, l'article 33b de la loi fédérale sur les procédures administratives prévoit une médiation administrative si les parties consentent à la médiation. L'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire et aucune règle juridique impérative n'impose un règlement négocié.

### 3.4 L'Ombudsman

À la lumière des définitions disponibles, l'Ombudsman ou en d'autres termes, l'arbitre public ou le médiateur de l'État, peut se définir comme un médiateur désigné par la loi.

En Suisse, l'Ombudsman est le superviseur de l'administration, soit à la demande des administrés, soit de sa propre initiative. L'Ombudsman a également pour fonction de faciliter le dialogue entre l'administration et les administrés. Le recours à l'Ombudsman n'est possible que si la loi le prévoit. La Confédération n'a pas de médiateur institutionnel. Toutefois, certains cantons comme Vaud et Zoug proposent des Ombudsman-médiateurs.

En Norvège, plutôt que de saisir les tribunaux dans le cadre d'un litige administratif, les administrés peuvent déposer une réclamation auprès de l'Ombudsman, qui supervise les organismes de l'administration publique. L'Ombudsman traite les réclamations qui s'appliquent aux administrations gouvernementales, municipales ou des comtés, et peut également traiter certaines questions de sa propre initiative. Avant de porter une réclamation devant l'Ombudsman, toutes les procédures de recours administratif et local doivent avoir été épuisées. En règle générale, les administrations publiques se conforment aux recommandations de l'Ombudsman, même si celles-ci ne sont pas juridiquement contraignantes.

Au Niger, les pouvoirs du Médiateur de l'État se limitent aux réclamations portant sur le fonctionnement de l'administration centrale, des collectivités locales (régions et districts), des organismes publics et de tout organisme ayant mission de service public. La réclamation peut être déposée par toute personne morale ou physique qui allègue que l'administration publique compétente ne remplit pas la fonction publique prévue par la loi dans le respect de cette loi. À l'instar de la réglementation norvégienne, les démarches nécessaires doivent être entreprises auprès des administrations concernées avant le dépôt direct de la réclamation auprès du médiateur. Il est précisé que le recours à l'Ombudsman n'a pas d'incidence sur les délais fixés pour le dépôt des actions auprès des tribunaux civils ou administratifs.

L'institution de l'Ombudsman a pour mission d'examiner, d'enquêter et de soumettre des recommandations à l'Administration concernant tous types d'actes, d'actions, de comportements et d'agissements de l'Administration en cas de réclamation portant sur le fonctionnement de l'Administration dans le cadre d'une justice fondée sur la compréhension des droits de l'Homme et aux fins de légalité et de respect des principes d'équité. L'Ombudsman rejette les demandes non admissibles ou, après examen et enquête, informe de ses conclusions ou recommandations, le cas échéant, l'autorité compétente ou le requérant. L'institution rédige un rapport annuel sur ses activités et recommandations à la fin de chaque année civile et le publie au Journal officiel.

Les principales fonctions du Commissaire aux droits de l'Homme et à l'administration qui est considéré comme l'organe non judiciaire le plus important à Chypre en matière de supervision de l'administration et de protection des droits de l'Homme, consistent à veiller au respect de la loi, en favorisant la bonne administration, en luttant contre la prévarication et en veillant à la protection des droits et en particulier ceux des citoyens.

En Belgique, la loi du 22 mars 1995, qui établit les « médiateurs fédéraux », réglemente les recours à l'Ombudsman. Les personnes intéressées doivent présenter une demande par voie écrite ou orale, portant sur les actes ou sur le fonctionnement des organes administratifs, étant donné que l'Ombudsman n'est pas en droit de prendre une décision d'office. Les questions unilatérales, juridiques, individuelles ou contractuelles ainsi que les différends relatifs aux agissements de l'autorité administrative, à tout acte ou action d'une autorité ou d'agents administratifs, aux actes pris en vue d'une décision, aux actes portant approbation de tels actes, aux avis officieux, aux actes juridiques de l'administration et au défaut d'agir de l'administration peuvent faire l'objet d'une demande auprès de l'Ombudsman. Les demandes sont refusées si l'identité du requérant n'est pas connue, si le différend est manifestement infondé, si

la personne intéressée ne s'est pas adressée à l'autorité administrative compétente ou si le différend est identique à un différend ayant déjà fait l'objet d'un rejet et ne contenant aucun élément nouveau. La décision de rejet doit être motivée.

L'Ombudsman peut procéder à des examens sur place et demander la soumission de tout document ou de toute information relative au différend qu'il estime nécessaire et peut entendre les personnes intéressées le cas échéant. Bien qu'il soit dans l'obligation d'examiner la légitimité des agissements de l'administration, l'Ombudsman ne peut que recommander à l'administration de revoir son comportement ou sa décision au vu de son examen, mais cette recommandation n'a pas force d'obligation pour l'administration.

Au Luxembourg, le médiateur est un facilitateur des relations entre l'administration et la société civile. Il vise à rapprocher l'administration des administrés et à améliorer leurs relations. Le médiateur est rattaché à la Chambre des députés et sa mission se limite à la réception des réclamations des administrés concernant le fonctionnement des administrations de l'État et des communes, à l'exception des activités industrielles, financières et commerciales des établissements publics rattachés aux administrations de l'État et des communes. Le médiateur intervient à titre de conseiller juridique auprès du requérant et de l'administration et formule les recommandations qu'il estime nécessaires pour le règlement amiable du différend entre l'administration et le requérant. Le médiateur peut formuler des recommandations visant à améliorer le fonctionnement de l'administration.

Le Conseil supérieur de la fonction publique au Togo a été établi sous la supervision du ministre chargé de la fonction publique et est un organe de consultation, de dialogue et de médiation au sein duquel l'administration, les syndicats et les fonctionnaires sont équitablement représentés.

### 3.5 Recours à des autorités ou des conseils indépendants ou administratifs spécialisés

En Turquie, les autorités publiques de réglementation et de surveillance, ou en d'autres termes les « autorités administratives indépendantes », sont des organismes indépendants habilités à prendre des décisions au nom de l'État en ce qui concerne les fonctions de réglementation et de supervision relatives à des domaines sensibles de la vie publique telles que les marchés de capitaux, la concurrence, l'énergie, les appels d'offres, la radiodiffusion et la diffusion télévisée ainsi que les services bancaires. Parmi ces autorités, on compte le Conseil suprême de la radio et de la télévision, l'Agence de communication et des technologies de l'Information, le Conseil des marchés de capitaux, l'Agence de surveillance et de réglementation bancaire, l'Autorité réglementaire du marché de l'énergie, l'Autorité des appels d'offres, l'Autorité de la concurrence, l'Autorité de réglementation du marché du tabac et de l'alcool et l'Autorité des normes de contrôle, de comptabilité et de surveillance publique.

Ces conseils sont désignés pour régler les différends chronophages dans le cadre des procédures juridictionnelles de nature plus technique ou complexe. Les attributions de ces autorités se limitent aux différends qui relèvent de leur pouvoir de réglementer et de superviser comme le stipulent les réglementations juridiques qui leur sont applicables.

En France, il est prévu que le règlement amiable des différends administratifs soit résolu par une autorité administrative tierce qui est institutionnellement indépendante de l'administration partie au différend. Ces organismes peuvent disposer de pouvoirs étendus comme par exemple le Défenseur des droits qui est né du regroupement du médiateur de la République, du défenseur des enfants, de la commission nationale de déontologie de la sécurité et de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, ou opérer en tant qu'organes administratifs spécialisés

dans le traitement de différends spécifiques selon le service public ou la question concernée. Certains organismes sont désignés pour le traitement des litiges relatifs au fonctionnement du service public de l'éducation nationale (médiateur de l'éducation nationale ou médiateur académique) ou au service universel postal (Médiateur de la Poste).

Il est également indiqué qu'il existe des commissions administratives spécialisées présidées par des juges administratifs qui statuent pour faciliter le règlement du conflit et préviennent la formation d'un contentieux devant le juge administratif sans engager l'administration partie au différend. C'est notamment le cas des préjudices subis dans le domaine fiscal (Commissions départementales des impôts), médical (Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales) ou des dommages aux travaux publics (création de commissions d'indemnisation amiable portant sur des opérations d'aménagement de voirie ou de rénovation urbaine, comme par exemple la création de lignes de tramway ou de métro, d'infrastructures routières ou de parkings souterrains).

Le Tribunal des appels administratifs d'Australie a été mis en place le 1er juillet 1976 en tant que tribunal indépendant pour l'examen des décisions administratives prises par les autorités administratives. Le 1er juillet 2015, le Migration Review Tribunal (Tribunal des migrations) a été fusionné avec le Refugee Review Tribunal (Tribunal des réfugiés) et le Social Security Appeals Tribunal (Tribunal des recours de sécurité sociale). Le Tribunal est autorisé à approuver, modifier, annuler et remplacer ou renvoyer une décision à l'administration décisionnaire en vue de son réexamen.

Le Tribunal peut examiner les décisions administratives dans le cadre de plus de 400 lois et règlements. Les décisions les plus fréquentes examinées par le Tribunal portent sur la pension alimentaire, le paiement des travailleurs australiens, le soutien familial, les congés payés parentaux, la sécurité sociale et le soutien aux étudiants, la migration et les visas de réfugiés et les décisions relatives aux visas, la fiscalité et les droits des vétérans ; le Tribunal examine également les différends relatifs à la citoyenneté australienne, l'insolvabilité, l'aviation civile, les douanes, les entreprises et les services financiers, la liberté de l'information, le régime d'assurance-invalidité nationale, les passeports et l'agence australienne des renseignements de sécurité.

Le Tribunal examine une décision sur le fond et prend en compte les nouvelles informations relatives à des faits importants pour aboutir à la décision qui s'impose. Toutefois, il est précisé que cet examen est différent de l'examen judiciaire par la Cour fédérale d'Australie qui se concentre sur la légalité d'une décision en tenant compte des conclusions de fait établies par le décisionnaire administratif initial.

Dans certains cas, le Tribunal des appels administratifs ne peut pas examiner une décision tant qu'il n'y a pas eu d'examen de la décision initiale en interne ou par un organisme spécialisé tel que le Comité d'examen des vétérans. La Cour fédérale doit être saisie pour les questions juridiques.

Au Canada, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications propose le règlement par voie de médiation en ce qui concerne certains différends portant sur la réglementation des entreprises privées et publiques de radiodiffusion. La procédure de médiation prévue par le règlement de 1986 sur la télédistribution est donnée à titre d'exemple.

En Norvège, certains aspects des services publics peuvent faire l'objet de contestations auprès de l'autorité administrative supérieure dans un premier temps, puis auprès du Tribunal national des assurances qui, contrairement à ce qu'indique son intitulé, n'est pas un « simple tribunal », sinon une cour d'appel spécialisée. Le Tribunal national des assurances se compose d'un(e) Président(e), de son adjoint(e) et

d'environ 25 autres membres permanents ayant une spécialisation professionnelle en droit, en médecine ou en réinsertion professionnelle. Une décision administrative relevant de la compétence du Tribunal national des assurances ne peut pas être contestée devant les tribunaux ordinaires avant que le recours n'ait été statué par le Tribunal national des assurances. Bien que les décisions du Tribunal national des assurances soient contestables devant la Cour d'appel, les chiffres du Tribunal national des assurances indiquent que seulement 2 % des décisions font l'objet d'un appel.

Le Tribunal des réclamations des marchés publics est saisi des réclamations relatives à des violations de la loi dans le domaine des marchés et des contrats publics. S'appuyant sur un secrétariat composé de dix membres, dont le Président et des avocats, le Tribunal émet des avis consultatifs qui n'ont pas force de loi. Une réclamation déposée au Tribunal ne suspend pas la procédure d'attribution d'un marché à un soumissionnaire, elle garantit uniquement un examen plus rapide et moins coûteux que les procédures juridictionnelles.

La Commission des recours pour les questions d'immigration constitue un autre exemple d'organe administratif quasi judiciaire spécialisé présenté par la Norvège. La Commission des recours pour les questions d'immigration examine les recours contre les décisions de rejet par le Directeur de l'immigration en matière d'asile, d'immigration et de citoyenneté. Une décision administrative en matière d'asile, d'immigration ou de citoyenneté ne peut pas être contestée devant les tribunaux ordinaires tant qu'un recours n'a pas été formé auprès de cette Commission.

En Lituanie, les activités de la Commission Générale de règlement des contentieux administratifs sont régies par la loi sur la Commission de règlement des contentieux administratifs. La Commission Générale de règlement des contentieux administratifs est constituée par le Gouvernement de la République de Lituanie et siège durant 4 ans. Elle se compose de cinq membres ayant une formation juridique supérieure. La Commission Générale de règlement des contentieux administratifs examine les réclamations portant sur des actes administratifs individuels adoptés par les organes de l'administration centrale de l'État et leurs actions, ainsi que sur le refus ou le retard de ces organes à prendre des mesures étant de leur ressort. Les réclamations dont est saisie la Commission de règlement des contentieux administratifs sont examinées et la décision est adoptée au plus tard dans les 14 jours suivant leur réception. La décision est généralement prise par consensus en présence d'au moins trois membres. Il est précisé que les Commissions de règlement des contentieux administratifs ne sont pas considérées comme des entités de l'administration publique, et sont des organismes indépendants et distincts constitués dans le seul but de résoudre les différends de nature administrative.

En Espagne, un « Organe spécialisé » désigné « Tribunal administratif central pour les actions contractuelles », et appelé à statuer pour les cas particuliers requis en vertu de la loi sur les contrats du secteur public et de la législation de l'UE, exerce son pouvoir en toute indépendance de l'autorité de l'État pour ce qui est de son organisation et de ses fonctions.

Dans le domaine du sport, et dans le cadre des démarches menées en vue du règlement des différends découlant des activités, de la supervision et du contrôle du gouvernement en matière sportive, à la suite du Comité supérieur de discipline sportive établi par la loi sur les activités physiques, la culture et le sport du 30 mars 1980 et considéré comme le « Tribunal supérieur du sport », il est fait mention du nouveau « Comité administratif des sports ». Bien qu'il soit expressément précisé que les décisions de ce Comité ne peuvent pas être contestées auprès des tribunaux administratifs, des procédures judiciaires peuvent être engagées à l'encontre de ses décisions.

### 3.6 Recours administratifs (recours gracieux et recours hiérarchiques)

Les recours administratifs sont de deux sortes : les recours gracieux et les recours hiérarchiques fondés sur les pratiques des États membres. La définition la plus générale du recours gracieux est une demande faite par une personne à une administration ayant pris une décision de revoir sa propre décision. Dans le cadre d'un recours hiérarchique, une personne conteste une décision administrative auprès d'une autorité administrative qui supervise l'administration ayant pris la décision litigieuse. Les recours administratifs sont également subdivisés en deux catégories que sont les recours obligatoires et les recours facultatifs. Alors que les recours facultatifs permettent à la personne intéressée de s'adresser à l'administration ou aux tribunaux, les recours administratifs obligatoires constituent une condition préalable à la saisine des tribunaux judiciaires. En d'autres termes, la loi exige de la personne intéressée qu'elle forme un recours administratif avant de saisir le juge. On constate que de nombreux pays ont mis en place la pratique des recours administratifs, parmi lesquels l'Allemagne, l'Australie, la Belgique, l'Algérie, la République Tchèque, la Chine, Israël, la France, la Côte d'Ivoire, la Finlande, les Pays-Bas, la Suisse, le Cameroun, Chypre, la Lituanie, le Liban, le Luxembourg, la Hongrie, le Niger, la Norvège, la Pologne, le Portugal, le Sénégal, la Slovaquie, la Thaïlande, la Turquie et la Grèce.

Le rapport de la Grèce précise qu'aucun mode alternatif de règlement des différends n'est exercé en Grèce et que les recours administratifs se divisent en deux catégories que sont les recours administratifs simplifiés et les recours administratifs spéciaux. Il est précisé que les recours administratifs simplifiés ne sont soumis à aucun délai particulier et que la demande d'examen formulée dans le cadre d'un recours administratif simplifié vise la modification ou la révocation de l'acte concerné tandis que le recours hiérarchique vise uniquement la révocation de l'acte. Il est expliqué que les recours administratifs spéciaux portent sur l'examen de la conformité de l'acte administratif avec la loi. Pour qu'un recours auprès de l'administration se définisse en tant que tel, l'autorité administrative à laquelle est adressée la demande et le délai de la demande doivent avoir été prévus par une disposition légale particulière et une telle demande peut uniquement entraîner la révocation d'un acte administratif. Il est précisé que les recours administratifs obligatoires formés dans le cadre du processus juridictionnel doivent également être réglementés par une loi spéciale qui prévoit l'autorité à laquelle doit être adressée la demande et le délai de la demande. Cette demande accorde également à l'administration la possibilité de revoir sa décision sur le fond et de corriger ses erreurs le cas échéant.

En France, les personnes intéressées peuvent exercer un recours administratif sans contrainte de délai ni de forme. Comme l'a jugé le Conseil d'État (CE, Sect., 30 Haziran 1950, Quéralt), tout administré peut former un tel recours et l'autorité administrative à laquelle cette demande est faite ne peut rejeter cette demande au motif qu'aucune loi ne prévoit un tel recours. Dans certains cas, un administré a l'obligation de former un recours administratif avant de saisir le juge ; il est précisé qu'il existe en France plus de 140 recours administratifs obligatoires.

En Chine, les administrés peuvent engager un recours administratif ou une procédure juridictionnelle à leur appréciation, s'ils estiment que leurs droits légaux ou leurs avantages sociaux ont été enfreints par des personnes morales ou physiques. Toutefois, dans certains différends en matière fiscale ou douanière ou dans le cadre de litiges relatifs à des actes administratifs ayant donné lieu à une violation par l'administration des droits de propriété ou de disposition de particuliers acquis en vertu de la loi, la loi oblige les parties à présenter un recours gracieux avant de saisir l'instance juridictionnelle.

En Côte d'Ivoire, le recours administratif est obligatoire dans le cadre d'un excès de pouvoir contre les décisions des autorités administratives et constitue une condition préalable à l'action en annulation. Les marchés publics font également l'objet de recours administratifs et sont une condition préalable aux demandes judiciaires en ce qui concerne les différends découlant de la signature, de l'exécution, de la réglementation et de la supervision des marchés publics (Loi sur les Marchés publics, article 166).

En Lituanie, les différends en matière fiscale, les contestations d'actes administratifs du Centre du Registre du commerce d'État, les contestations contre les conditions dans les prisons et les centres de détention et les contestations contre les actes du Bureau pour les personnes handicapées et l'évaluation des capacités professionnelles doivent être examinés dans le cadre d'un recours administratif obligatoire. Dans le cas de procédures précontentieuses obligatoires, certains organes d'investigation préalable sont généralement rattachés au système d'organisation interne d'une institution particulière de l'administration publique et l'examen des différends administratifs est l'une de leurs fonctions. À titre d'exemple, un différend doit être déposé au bureau de contrôle fiscal du ministère des Finances pour les différends en matière fiscale et au Centre du Registre du commerce d'État en ce qui concerne les actes du Centre du Registre du commerce d'État.

Les principales autorités en charge de ces investigations préalables en Lituanie sont les Commissions municipales sur les différends administratifs et la Commission générale de règlement des contentieux administratifs.

Les Commissions municipales sont constituées pour quatre ans par décision du Conseil municipal et se composent de cinq membres. Le Président et le Secrétaire doivent avoir une formation juridique supérieure. Les Commissions municipales examinent les réclamations concernant les actes administratifs individuels des entités municipales de l'administration publique.

Un recours peut être formé auprès du tribunal administratif dans les 20 jours suivant la date de la décision de ces institutions en ce qui concerne l'acte administratif objet du différend.

Au Liban, deux recours administratifs sont disponibles. Le premier est obligatoire en raison des statuts du Conseil d'État qui stipule qu'aucune demande ne peut être adressée au Conseil d'État si l'acte du tribunal administratif n'a pas fait l'objet d'un recours. Si l'administration n'a pas pris de décision, la personne intéressée est tenue de demander à l'autorité compétente de prendre une décision et le défaut de réponse d'une telle autorité est considéré équivaloir à un refus. La personne intéressée est tenue de soumettre à cette autorité administrative les mêmes réclamations et plaintes que celles présentées au juge administratif.

Le deuxième recours administratif est facultatif. Il s'agit d'un recours gracieux dans le cadre duquel la personne intéressée demande à l'administration le réexamen de sa décision. Cette demande suspend le délai imparti pour la procédure juridictionnelle.

En Belgique, en vertu de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité du personnel de service des entités publiques, les actions en indemnisation portant sur un service public font l'objet d'un recours administratif obligatoire.

En Turquie, de nombreux recours administratifs obligatoires et facultatifs sont disponibles et sont régis par la législation applicable. Conformément à la loi sur les procédures administratives n° 2577 qui est l'un des règlements les plus exhaustifs, avant le dépôt d'une action par les parties concernées, il peut être demandé à un bureau principal ou, en l'absence d'un tel bureau principal, au bureau qui a établi l'acte d'abroger, de révoquer, de modifier ou de remplacer l'acte administratif dans

le délai imparti pour le dépôt d'une action. En outre, l'ordonnance relative à l'exécution des services juridiques au sein des administrations publiques bénéficiant d'un budget général et des administrations bénéficiant d'un budget spécial, publiée au Journal officiel n° 659 du 02/11/2011, prévoit que les personnes qui estiment que leurs droits ont été enfreints par l'administration peuvent déposer une action en indemnisation dans les délais impartis pour une telle action. Celles qui allèguent avoir subi un préjudice en raison d'un acte administratif peuvent également avoir recours à cette procédure avant de déposer une action auprès des tribunaux administratifs. La demande est laissée à l'appréciation de la partie concernée en cas de préjudices résultant d'actes administratifs.

Au Chili, il est précisé que l'intégrité du système judiciaire est en place et qu'aucun tribunal administratif distinct n'existe. Toutefois des recours administratifs et hiérarchiques sont possibles en matière administrative.

### 3.7 Réclamations par voie de requête et demande

Il est précisé que le système d'avis de réclamation par voie de requêtes et de demandes est une procédure de règlement des différends administratifs qui revêt de l'importance en Chine. L'article 2 du Règlement sur les lettres et visites définit l'expression « lettres et demandes » en expliquant que les administrés, les personnes morales ou toutes autres organisations peuvent communiquer des informations, formuler des commentaires ou des suggestions et déposer des réclamations à tous les niveaux du gouvernement populaire ou auprès des départements du gouvernement populaire au niveau du comté ou à un niveau supérieur, par le biais de lettres, e-mails, télécopies, appels téléphoniques, visites, etc., qui sont traités par les autorités administratives compétentes conformément à la loi. Il est indiqué que le nombre de différends administratifs résolus par an grâce à cette procédure est supérieur à celui des différends réglés au travers d'actions administratives et de recours gracieux. Actuellement, étant donné que tous les mécanismes de règlement des différends administratifs au sein des organes administratifs ont été intégrés au système de « lettres et demandes », la portée précise du système et sa position sont de plus en plus floues et doivent faire l'objet de réformes et d'améliorations urgentes.

### 3.8 La boucle administrative

Le mécanisme de la « boucle administrative » mis en place par le 1<sup>er</sup> paragraphe de l'article 38 de la loi belge sur le Conseil d'État tel que modifié par la loi du 20 janvier 2014 donne au Conseil d'État la possibilité de recommander à l'autorité contestée de remédier à son acte au travers d'une décision provisoire. Le Conseil d'État se prononce sur le mode et le délai de correction qui ne peut être apportée que pour les questions mentionnées dans la décision provisoire. La correction de l'irrégularité met fin au litige et empêche l'annulation de l'acte. Lorsque l'opposant exécute la décision provisoire, il précise également les modalités de correction et en informe le Conseil d'État par écrit. Si l'irrégularité n'est pas entièrement corrigée, la boucle administrative inverse s'opère et la demande est refusée. Si le manquement n'est pas corrigé du tout ou de manière appropriée ou si la recommandation est refusée dans les quinze jours suivant la date d'expiration de la période de correction déterminée par la décision provisoire, l'acte contesté est annulé. Si la chambre de l'action administrative constate que le manquement n'est pas totalement corrigé ou si la correction entraîne d'autres manquements, l'acte corrigé ou le nouvel acte, le cas échéant, est annulé.

La technique de la boucle administrative qui trouve son origine aux Pays-Bas a pour la première fois été mise en application dans la région de Flandre par le décret de la région flamande du 6 juillet 2012 modifiant diverses dispositions de la loi flamande sur le règlement des terres relative au Conseil pour les contestations des autorisations.

Dans sa décision du 8 mai 2014, n° 74/2014, la Cour constitutionnelle a abrogé la pratique de la boucle administrative fédérale au motif que le fait pour le Conseil d'État de dévoiler sa position sur le différend en émettant une recommandation dans le cadre d'une décision provisoire constitue une violation des principes d'indépendance et d'impartialité du magistrat. En outre, le fait que la personne intéressée n'ait pas la possibilité de contester la décision rendue dans le cadre de la boucle administrative enfreint le droit de dépôt d'une action judiciaire.

Actuellement, la « boucle administrative » reformulée dans la région de Flandre est rétablie par un décret daté du 3 juillet 2015.

### 3.9 Procédures juridictionnelles alternatives de règlement des différends

En Allemagne, le Güterichter (arbitre judiciaire) a été intégré au Code de procédure civile par la loi sur la promotion de la médiation et d'autres procédures alternatives de règlement des différends du 21 juillet 2012. Conformément à la réglementation, l'arbitre judiciaire est un magistrat du tribunal, mais n'est pas membre de la chambre compétente chargée de statuer sur l'affaire. Cet arbitre n'a aucun pouvoir décisionnaire, mais peut avoir recours à tous les modes de règlement des différends, y compris à la médiation. La chambre compétente pour statuer sur l'affaire renvoie celle-ci à l'arbitre judiciaire après avoir entendu les parties si elle le juge nécessaire. L'affaire est suspendue au cours de la période durant laquelle l'arbitre judiciaire tente de parvenir à un accord avec les parties.

Les efforts déployés par l'arbitre judiciaire visent à produire des alternatives et des options de règlements conjoints et à long terme. Par conséquent, c'est l'équilibre mutuel des intérêts, et non les lois, qui est pris en compte.

La procédure de recours à l'arbitre judiciaire est exercée pour les actions administratives auprès des tribunaux administratifs d'une instance, en application de l'article 173 de la loi allemande sur la procédure administrative. Dans la pratique, ce mécanisme est utilisé par les tribunaux administratifs dans le cadre d'affaires qui se caractérisent par des relations à long terme entre les parties, notamment les affaires impliquant les fonctionnaires, les subventions et l'aide sociale. Cette procédure est également utile dans le cadre des conflits de voisinage latents entre le requérant et le tiers dans des affaires liées à des bâtiments publics ou à l'environnement.

En Allemagne, les parties peuvent choisir entre la « médiation » en tant que procédure extrajudiciaire en présence d'un médiateur non exécutif indépendant et neutre et les fonctions d'un Güterichter judiciaire (un juge officiant en tant qu'arbitre judiciaire) dans une affaire en instance devant le tribunal. Toutefois, dans les actions conjointes devant un tribunal, l'arbitre judiciaire est généralement privilégié.

En France, la loi n° 86-1 du 6 janvier 1986 et la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 donnent respectivement aux juges administratifs et aux juges de cours d'appel le pouvoir d'organiser la conciliation. En outre, malgré l'absence de disposition légale, le juge administratif peut également avoir recours à un conciliateur extérieur à la juridiction administrative avec l'accord des parties.

En Autriche, en cas de pluralité de parties ayant des revendications opposées et impliquées dans une procédure, les juges des tribunaux administratifs de première instance peuvent conduire une procédure de règlement. Tout au long de la procédure de règlement, le juge recherche une solution équitable qui trouve un équilibre entre l'intérêt public et les intérêts opposés des parties.

Au Canada, une instance à gestion spéciale peut être portée devant la Cour d'appel fédérale conformément à la procédure alternative exercée dans le cadre du processus juridictionnel. Le juge chargé de la gestion de l'instance ne suit pas la procédure générale décrite dans les règles et est habilité à donner toutes directives

nécessaires pour permettre d'apporter une solution au litige qui soit la plus juste et économique possible, pour fixer les délais applicables aux mesures à prendre dans le cadre de l'instance sans tenir compte des délais prescrits par les textes, pour organiser les conférences de règlement des litiges, pour entendre et statuer sur les requêtes ou pour décider d'examiner l'affaire.

Les conférences de règlement des litiges donnent aux parties la possibilité de négocier avec les avocats le cas échéant, de déterminer les points de différend et d'assister à une procédure alternative présidée par un juge ou un protonotaire qui aidera les parties à cerner leurs intérêts respectifs et à trouver des solutions acceptables de règlement. Cette procédure alternative permet aux parties de comprendre les positions de l'autre partie et de mettre en place des solutions plus créatives. En principe, la conférence de règlement des litiges ne peut pas s'étendre sur plus de 30 jours. En cas de règlement de l'instance lors de la conférence de règlement des litiges, un règlement amiable est signé par les parties et leurs avocats et un avis de règlement est déposé dans les 10 jours suivant la date de règlement.

Les règles de la Cour canadienne de l'impôt prévoient des dispositions relatives aux conférences de règlement des litiges. De son propre chef ou à la demande d'une partie, la Cour canadienne de l'impôt peut ordonner la tenue d'une conférence afin d'examiner la possibilité de régler les questions en litige, en tout ou en partie.

Le Tribunal administratif du Québec établi en vertu de la loi sur la justice administrative de 1987 examine les différends sur des décisions prises par des ministères, organismes publics ou administrations locales et liées aux questions de permis ou d'autorisations prévues dans différentes lois de contrôle économique, professionnel ou commercial, et offre aux parties un service de conciliation présidé par l'un des membres du tribunal.

La médiation mise en place en Pologne le 1er janvier 2004 se définit comme une médiation judiciaire rattachée aux tribunaux administratifs de première instance en termes de fonction et d'organisation. Elle se fonde sur la décision consultative n° Rec (2001)9 relative aux alternatives aux différends entre les autorités administratives et les parties de droit privé dans les États membres. Conformément à la décision consultative, les parties de droit privé sont en droit de demander la modification, l'annulation ou la révocation d'un acte étant donné que l'objectif de la médiation est de permettre aux parties de parvenir à un accord. La raison fondamentale de l'introduction de la médiation dans les procédures portées devant les juridictions administratives régionales était d'éviter l'engorgement des tribunaux administratifs, de permettre aux organismes de remédier à leurs erreurs éventuelles survenues au cours de la procédure administrative et de traiter les contestations légitimes des requérants.

La médiation peut s'appliquer à tous les actes et procédures qui peuvent être portés devant les tribunaux administratifs, y compris les défauts d'agir. La seule restriction concerne l'obligation de présenter la requête avant que le tribunal ne fixe une date d'audience.

La procédure de médiation ne peut être conduite que par un juge ou un assistant de justice. Le juge, ou l'assistant de justice chargé de la médiation a pour obligation de participer activement à la procédure de médiation : le médiateur doit identifier les problèmes et proposer des solutions acceptables pour les parties ; le médiateur doit veiller à ce que les solutions proposées et approuvées par les parties se conforment à la loi. Aucun tiers n'est en droit d'exécuter une procédure de médiation.

Le tribunal peut engager et exécuter une procédure de médiation de sa propre initiative, même si les parties ne demandent pas l'introduction d'une telle procédure. La procédure de médiation peut également être engagée d'office suite à une demande de médiation de la part de l'une des parties après expiration du délai.

### 3.10 L'arbitrage

En règle générale, l'arbitrage est un mode de règlement des différends qui vise à régler définitivement un litige existant ou futur, dans le cadre duquel les parties transfèrent une ou plusieurs compétences à un arbitre. Les parties ayant recours à l'arbitrage renoncent à toute intervention du pouvoir juridictionnel sur le sujet. La sentence arbitrale est réputée valoir jugement définitif. Au vu des pratiques nationales, l'arbitrage est surtout utilisé dans le cadre des marchés publics. La soumission d'un litige à l'arbitrage dans le cadre de marchés publics permet un règlement efficace et dans les délais des différends nés de l'exécution de contrats signés par l'État avec des fournisseurs ou des entrepreneurs, pour garantir par exemple l'achèvement d'une construction ou l'obtention des fournitures nécessaires.

En Belgique, l'arbitrage est un mode de règlement qui relève de la justice privée, qui découle d'un contrat privé et qui prend fin avec la décision définitive de l'organe administratif. Seules les actions associées à la propriété et celles qui peuvent être réglées en dépit du fait qu'elles ne sont pas associées à la propriété peuvent faire l'objet d'un arbitrage.

En Côte d'Ivoire, il est précisé que la décision adoptée est définitive, même si ce règlement doit être reconnu et homologué pour pouvoir être exécuté.

Bien que l'arbitrage soit reconnu depuis 1913 dans le domaine juridique et commercial au Maroc, il a fait l'objet d'une réforme légale le 6 décembre 2007, et son champ d'application a été élargi de sorte à inclure toutes les parties ayant la capacité de signer un accord sur leurs droits et de leur plein gré.

D'autre part, les différends concernant les contrats signés par le Gouvernement ou les administrations locales peuvent faire l'objet d'un contrat d'arbitrage sous réserve du respect des dispositions sur le contrôle ou le curateur.

Au Maroc, il est précisé que les principes et les procédures prévus par les dispositions légales en matière d'arbitrage interne et d'arbitrage international sont totalement distincts les uns des autres ; l'arbitrage international a été reconnu comme une catégorie qui relève d'intérêts associés au commerce international et dont au moins l'une des parties se situe à l'étranger.

En ce qui concerne l'arbitrage interne, celui-ci doit faire l'objet d'un accord écrit entre les parties sous la forme d'une clause d'arbitrage insérée dans un contrat ou une convention d'arbitrage, en vertu de laquelle les parties s'engagent à avoir recours à un tribunal arbitral en cas de différend. En cas de non-respect de ces contrats et clauses tant sur le fond que sur la forme, des règles juridiques rigoureuses s'appliquent et peuvent entraîner leur nullité.

Pour une action à laquelle une entité publique est partie, il est précisé que la sentence arbitrale ne peut être rendue définitive que sur décision de mise à exécution d'un juge administratif.

Au Pérou, les procédures d'acceptation du recours à l'arbitrage et de renonciation à la compétence des autorités judiciaires ne peuvent être établies par les parties que sous forme écrite. Les sentences arbitrales sont définitives et ne peuvent faire l'objet d'aucun appel, sauf dans le cas de sentences arbitrales ayant entraîné une cause d'annulation, habituellement associée à la violation d'une procédure régulière, auquel cas, l'intéressé peut faire appel de la décision auprès des instances judiciaires.

Tout différend entre les parties concernant la mise en œuvre, l'interprétation, la

résiliation, l'absence, l'inefficacité ou la nullité des contrats de marchés publics peut être résolu par voie de conciliation ou d'arbitrage d'un commun accord entre les parties ; toutefois, dans la pratique, tous les différends sont réglés par voie d'arbitrage.

Au Pérou, l'arbitrage dans le cadre des marchés publics peut être privé ou institutionnel, selon que son organisation et sa mise en œuvre ont été attribuées ou non à une institution d'arbitrage, conformément à l'accord conclu entre les parties dans la convention d'arbitrage. L'arbitrage institutionnel est conduit dans une institution d'arbitrage reconnue par le Conseil de Surveillance des marchés publics qui est affilié à l'exécutif.

En outre, il convient également de noter qu'avant la passation de marchés d'approvisionnement (au cours du processus de sélection des entrepreneurs et même avant la prise d'effet du contrat) des différends peuvent également survenir, qui font l'objet d'un règlement administratif par voie de recours. Le recours est entendu et statué par le Tribunal de Contrataciones del Estado (Tribunal des marchés publics) qui fait partie du Conseil de Surveillance des marchés publics (si la valeur de référence dépasse 65 UIT3, soit environ 75 833 USD) ou par le directeur du Conseil (si la valeur de référence est inférieure à 65 UIT4). Le règlement du recours administratif met fin à la procédure administrative et ouvre la voie à l'appel, le cas échéant, devant les instances juridictionnelles, au moyen du dépôt d'une action administrative.

Au Portugal, la loi sur le Code de procédure des tribunaux administratifs prévoit des « tribunaux d'arbitrage et des centres d'arbitrage ». Il est précisé qu'en cas de modification de la loi, la validité des actes administratifs peut être soumise à arbitrage, hormis pour les différends qui peuvent être résolus par voie d'arbitrage. En conséquence, des tribunaux d'arbitrage peuvent être saisis pour les litiges énoncés ci-dessous à condition que cette procédure ne soit pas en contradiction avec d'autres dispositions de la loi :

- A. Les différends contractuels, y compris la résiliation ou la nullité d'une résolution concernant des actes administratifs ;
- B. Les différends relatifs aux responsabilités civiles qui ne relèvent pas du champ d'application du contrat dans le cadre du droit administratif, et notamment la mise en place du droit de recours ou l'indemnisation ;
- C. Sauf décision contraire, les différends concernant la validité des actes administratifs ;
- D. Les différends relatifs à l'emploi public, à l'exception des droits non cessibles, des accidents du travail et des maladies professionnelles.

En cas d'intérêts des tiers en question, la création d'un tribunal arbitral est subordonnée à l'acceptation de l'arbitrage par les tiers.

Le gouvernement peut autoriser la création de centres d'arbitrage pour gérer le règlement des différends indiqués ci-dessus, et dans un tel cadre, ces centres peuvent avoir pour mission de transiger sur les différends en matière de relations juridiques concernant l'emploi public, les systèmes de protection sociale mis en place par l'État et les litiges relatifs à l'urbanisation.

Les centres d'arbitrage se sont vus confier la mission de conciliation, de médiation et de consultation, l'objectif étant que les décisions administratives puissent être contestées.

En Turquie, les contrats et les accords de concession relatifs aux services publics peuvent prévoir le règlement des différends qui en découlent par voie d'arbitrage national ou international et seuls les différends ayant une composante étrangère peuvent être soumis à l'arbitrage international. Toutefois, certains différends à caractère international peuvent également être soumis à l'arbitrage national.

Il est précisé qu'au Niger, l'arbitrage est tout particulièrement utilisé pour les marchés publics et les prérogatives de la fonction publique.

### 3.11 Règlement des différends en ligne

Le règlement des différends en ligne se démarque des autres procédures alternatives de règlement des litiges. Dans la Province de Nouvelle-Galles du Sud en Australie, le Tribunal civil et administratif de Nouvelle-Galles du Sud statue sur le bien-fondé des décisions administratives prises par le gouvernement de Nouvelle-Galles du Sud ou par ses différents organes. En vertu de l'article 37 (1) de la Loi sur le Tribunal civil et administratif de 2013, le Tribunal civil et administratif peut, le cas échéant, avoir recours ou contraindre les parties à avoir recours à une ou plusieurs « procédures de règlement ». Afin de permettre aux parties d'aboutir à un accord à moindre coût et au travers de procédures alternatives plus pratiques, le Tribunal civil et administratif propose aux parties d'utiliser la technologie numérique dans le cadre du règlement des différends en ligne.

Cette procédure, qui a fait l'objet d'une mise en œuvre pilote pendant trois mois en début d'année 2012 pour certaines transactions du Département des affaires commerciales et de la consommation, permet aux parties d'échanger en ligne des informations sur le différend 24 h/24 et 7 jours/7 par l'intermédiaire d'un portail fiable sans qu'il soit nécessaire de s'adresser en personne au Tribunal civil et administratif ou d'organiser des conférences de visu. Le processus était structuré de manière à aider les parties à se concentrer sur les questions qu'elles souhaitent résoudre et à les amener vers une issue mutuellement acceptable de sorte à pouvoir éventuellement parvenir à un accord négocié. Si un accord était conclu, les parties pouvaient saisir le Tribunal pour obtenir une ordonnance exécutoire et donner effet à leur accord. Si aucun accord n'était conclu, ou si l'une des parties avait décidé de se désister de la procédure, le Tribunal était saisi du différend et devait statuer de la manière habituelle.

Bien que la mise en œuvre pilote ne soit pas associée à un examen au fond, elle a permis aux parties de régler leur litige à moindre coût et dans un court laps de temps, compte tenu des résultats obtenus. À cet égard, il a été estimé que ce mode de règlement devait faire l'objet de certaines améliorations par le Conseil, et qu'il pouvait permettre au Conseil de gagner en efficacité tout en facilitant l'accès. Il semble que le mode de Règlement des différends en ligne évoluera encore en 2016 dans le cadre de l'examen du contenu des droits administratifs.

### 3.12 Procédures alternatives mises en œuvre dans le cadre de questions administratives liées à la fiscalité

La législation belge a mis en place diverses dispositions qui permettent un règlement en droit fiscal. À titre d'exemple, l'alinéa 2 de l'article 84 de la loi sur la TVA prévoit que le ministère des Finances peut transiger avec le débiteur, sauf si ce règlement se traduit par une déduction ou une exemption fiscale. Le règlement prévu dans ces dispositions ne peut concerner que des « questions financières » ou des ambiguïtés financières, et non des « questions juridiques ». L'article 263 de la Loi générale sur les douanes et accises prévoit qu'il pourra être transigé en ce qui concerne l'amende, la confiscation et la fermeture d'usines ou d'ateliers, si l'affaire est accompagnée de circonstances atténuantes, et qu'on peut raisonnablement supposer que l'infraction doit être attribuée à une négligence ou une erreur.

Au Maroc, les Commissions locales de la fiscalité et la Commission nationale des contestations en matière d'impôt traitent les différends liés à la fiscalité.

Les Commissions locales de la fiscalité se composent d'un juge qui siège en qualité de Président de la Commission et qui est désigné par le Premier ministre, du représentant du gouverneur de la province où se situe le siège de la Commission, du respon-

sable du service fiscal local ou son représentant agissant en qualité de secrétaire-rapporteur et d'un représentant élu parmi les membres de l'organisation professionnelle représentant, au plus grand nombre, l'activité du groupe du requérant. Le but des Commissions est de réduire le nombre de contestations en matière d'impôt, telles que les erreurs importantes, la double imposition ou l'imposition erronée, l'élimination des ambiguïtés des dispositions fiscales, etc.

Une demande est déposée auprès des Commissions locales de la fiscalité au moyen d'une requête écrite, motivée et détaillée, qui est adressée à l'administration fiscale, et l'administration fiscale compétente renvoie le dossier d'examen à la Commission. Le contribuable est tenu d'indiquer explicitement dans sa requête, sa demande de comparution devant une Commission locale de la fiscalité. Avant la session de la Commission locale de la fiscalité, et sur instructions du Président, le secrétaire-rapporteur convoque tous les membres de la Commission. À cette convocation est jointe la liste de tous les litiges de nature fiscale dont est saisie la Commission, ainsi que les copies des rapports établis par l'inspecteur. La Commission peut entendre les parties, individuellement ou collectivement, à la demande de ces dernières. La Commission peut prendre une décision si au moins trois membres, dont le Président et des représentants des contribuables, sont présents. Les décisions sont prises à la majorité des voix, et en cas d'égalité, le Président dispose d'une voix prépondérante. À compter de la date de la demande, 24 mois maximum doivent s'écouler entre deux décisions de la Commission. À l'issue de ce délai et si aucune décision n'a été prise par la Commission, le contribuable est informé par écrit du fait que le délai (24 mois) a expiré et qu'il lui est loisible de formuler une demande auprès de la Commission nationale des contestations en matière d'impôt dans les soixante jours suivant la date de notification du courrier. En l'absence de demande, il est possible que le contribuable soit taxé, malgré la poursuite du recours en contestation administrative.

Les avis selon lesquels une commission constituée d'un magistrat permet de garantir la mise en œuvre rigoureuse de tous les règlements, facilite la distinction entre les questions concrètes et juridiques, garantit le respect des procédures, des notifications et des règles, et offre une garantie en raison de la présence d'un responsable du service fiscal local du fait de sa formation technique dans le domaine, tant en termes de déclarations fiscales qu'en ce qui concerne les contribuables, s'accompagnent de critiques telles que l'absentéisme des membres de la Commission et la lenteur du processus décisionnel, le caractère superficiel des débats sur les différentes questions qui font l'objet des litiges, et le fait que la plupart des contestations de décisions sont soumises à la Commission nationale des contestations en matière d'impôt.

La Commission nationale des contestations en matière d'impôt est un comité permanent, ayant son siège à Rabat, et étant directement rattachée au Premier ministre. Elle est composée de sept magistrats, affiliés à un comité de juges et nommés par le Premier ministre sur proposition du ministère de la Justice, de trente fonctionnaires ayant au moins le grade d'inspecteurs et diplômés en fiscalité, comptabilité, droit ou économie, nommés par le Premier ministre sur proposition du ministre des Finances, et d'une centaine de personnes issues de la sphère économique et désignées par le Premier ministre sur proposition conjointe des ministres du Commerce, de l'Industrie, des Ouvriers professionnels, de la Pêche pélagique et des Finances. Ces personnes sont choisies parmi les membres de l'organisation professionnelle représentée au plus grand nombre (industrie, secteur des services, ouvriers professionnels, pêche pélagique). Les représentants des contribuables et de l'administration siègent à la Commission pour expliquer les différents aspects des activités ou professions qu'ils représentent et connaissent bien. Cette Commission est habilitée à statuer sur toutes les questions dont elle est saisie en matière de détermination

des bases d'imposition et de frais, mais elle est autorisée à interpréter les dispositions des règlements administratifs.

La Commission est à la disposition des contribuables et de l'administration. Les deux parties peuvent y recourir pour contester les décisions des Commissions locales de la fiscalité. La non-contestation par le contribuable de la décision de la Commission locale de la fiscalité vaut acceptation implicite de l'impôt concerné et de la décision.

La Commission nationale sur les contestations en matière d'impôt informe l'autre partie de la contestation à compter de la date à laquelle le recours est formé, envoie une copie de la requête reçue, et demande à l'administration de lui transmettre le dossier fiscal relatif à l'action pour la période objet du litige. Le dossier doit être transmis directement à la Commission dans les trente jours. Les décisions sont prises à la majorité des voix, et en cas d'égalité, le Président a une voix prépondérante. La Commission peut tenir autant de sessions qu'elle l'estime nécessaire et peut demander l'avis d'un expert ou la conduite d'une enquête ou d'un examen complémentaire.

La décision doit être prise dans un délai de douze mois suivant la date à laquelle la Commission a formulé sa demande, et cette décision doit être détaillée et motivée. Dans le cas contraire, l'administration dispose d'un droit d'amendement. Les décisions de la Commission peuvent être portées en appel devant les autorités judiciaires dans la mesure où elles sont mises à la disposition du contribuable et de l'administration.

À Chypre, une demande peut être déposée auprès du tribunal des impôts qui est l'organe indépendant habilité à examiner les décisions du Directeur de l'administration fiscale.

Le mécanisme de décision préalable en matière fiscale est une procédure introduite il y a environ 60 ans en Suède, qui est associée à la Cour administrative suprême. Ce système a pour but de permettre aux contribuables d'obtenir une décision définitive de la part du Conseil des décisions préalables en matière fiscale, qui est une autorité indépendante, concernant les incidences fiscales d'une transaction prévue nécessitant une interprétation nouvelle ou complexe d'une disposition fiscale, et de bénéficier ainsi d'une disposition juridique finale. À la demande d'un contribuable, l'administration fiscale suédoise est convoquée à comparaitre en tant que partie adverse devant le Conseil. Cette procédure de règlement peut donc se définir comme une procédure juridictionnelle préalable.

Le Conseil dispose d'un pouvoir discrétionnaire étendu pour déterminer s'il convient d'émettre une décision préalable en matière fiscale. Plutôt qu'un organe administratif, il s'agit d'un semi-tribunal dont les décisions préalables peuvent être portées en appel devant la Cour administrative suprême par le contribuable ou par le Comité de la fiscalité suédois. La décision du Conseil de ne pas rendre une décision préalable ne peut pas être portée en appel.

La Cour administrative suprême applique une procédure spéciale qui est propre à ces actions, et traite directement le contenu en donnant la priorité au règlement définitif de ces actions. La Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire étendu, peut infirmer une décision ou l'approuver en modifiant ses motifs. En appel, la Cour a bien sûr compétence pour saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne en vue d'obtenir une décision préliminaire en la matière.

Au Cameroun, où sont prévues des possibilités de recours administratifs pour les questions fiscales, conformément à l'article L.119 du Code Général des Impôts, le contribuable qui estime que le calcul fiscal dont il fait l'objet n'est pas équitable et œuvre en sa défaveur ou qu'un montant excessif lui est réclamé, doit s'adresser à l'administration fiscale. Si sa demande est refusée, il peut former un recours admi-

nistratif préalable auprès du ministère des Finances dans les 30 jours. L'absence de réponse du ministère des Finances dans les délais prévus par la législation applicable vaut refus implicite. De même, en Lituanie, la contestation doit être formulée au Bureau de l'inspection des impôts du ministère des Finances pour les litiges de nature fiscale. Au Luxembourg, en principe, chaque contribuable doit s'adresser dans un premier temps au responsable de l'administration fiscale avant de formuler sa demande au juge (recours hiérarchique obligatoire). En matière réglementaire économique, il est généralement possible d'intervenir auprès des autorités administratives contre les décisions des organismes de contrôle indépendants dotés d'une personnalité juridique propre.

Au Mexique, où des procédures alternatives prévues dans le cadre de certaines lois administratives sont appliquées dans le domaine fiscal et réglementaire économique, le protocole d'entente se distingue des autres procédures alternatives et se définit comme une procédure de conciliation portant sur des questions fiscales avant le procès administratif prévu par le droit fiscal fédéral mexicain suite aux réformes fiscales de 2014.

Cette procédure est menée par le Procuraduría de la Defensa del contribuyente (Bureau mexicain de défense des contribuables, PRODECON) au Mexique, dont la mission est d'assurer l'impartialité et l'équité dans la relation juridique qui unit les contribuables à l'administration fiscale.

Le protocole d'entente peut être demandé dans le cadre d'un processus d'inspection ou de vérification si l'administration fiscale n'accepte pas les faits ou en cas d'absence d'informations dans les documents soumis par le contribuable au cours d'une inspection ou d'une vérification. Aucune demande de protocole d'entente ne peut être formulée une fois la décision finale rendue en ce qui concerne l'inspection.

Après le dépôt de la demande par le contribuable, celle-ci doit être notifiée à l'administration fiscale. Le défenseur des contribuables mexicain fixe alors une date de tenue de conférences afin de débiter la conciliation. Le dépôt de cette procédure suspend le processus de vérification ou de contrôle jusqu'à ce qu'un accord ou une résolution finale soit émise. Après entente entre les parties, un accord est émis et signé ; en l'absence d'accord, la décision finale est émise et la procédure de conciliation prend fin.

Le principal facteur de contribution au développement et au renforcement du protocole d'entente réside dans la simplicité de la procédure et dans sa facilité d'accès au travers du défenseur des contribuables mexicain. Selon le rapport de 2014 publié par le défenseur des contribuables mexicain, 332 demandes de protocoles d'accord sur les 873 reçues en 2014 ont fait l'objet d'une décision définitive, dont 220 ayant donné lieu à un protocole d'entente.

Au Portugal, la loi sur le Code de procédure des tribunaux administratifs prévoit des « tribunaux d'arbitrage et des centres d'arbitrage ». Les pouvoirs des tribunaux d'arbitrage ont été mis en place dans un premier temps en matière fiscale, conformément au Décret-loi n° 10/2011 du 20 janvier 2011 qui porte approbation du régime juridique sur l'arbitrage fiscal.

Selon ce Décret-loi, les pouvoirs des tribunaux d'arbitrage se limitent à l'examen des demandes portant sur l'illégalité des opérations relatives au calcul fiscal, aux déclarations de revenus, à la retenue à la source et au paiement des impôts, ainsi qu'aux questions concernant l'impôt couru et autres déterminations de valeur visant la collecte des taxes et leur perception.

Au Togo, un contribuable qui souhaite contester en tout ou en partie un impôt dont il fait l'objet, doit dans un premier temps s'adresser à l'administration fiscale de son lieu de rattachement. En droit fiscal général, une telle demande est considé-

rée comme un recours administratif obligatoire. En ce qui concerne la contestation, l'administration fiscale mène une enquête et la décision correspondante est prise dans les six mois suivant la demande. L'administration fiscale peut bénéficier d'un délai supplémentaire de trois mois maximum, à condition que le contribuable en soit informé avant la date d'expiration initiale. La décision de rejeter la contestation, en tout ou en partie, doit être notifiée au contribuable accompagnée d'un exposé des motifs. Ce processus suspend les délais et les dates de procès devant un juge administratif. Les décisions prises par l'administration concernant des contestations et qui ne satisfont pas pleinement les contribuables peuvent être portées devant les juridictions administratives des tribunaux d'appel intermédiaires. Les décisions pleinement satisfaisantes ont valeur d'obligation pour les parties et doivent être mises à exécution.

En Ukraine, en vertu de l'article 56 du Code des impôts, une demande écrite peut être déposée auprès de l'autorité de surveillance (le cas échéant, avec des copies certifiées de documents, règlements et preuves) dans les dix jours suivant la date à laquelle le contribuable a reçu l'avis d'imposition ou toute autre décision contestée de l'autorité de surveillance. Dans le cadre de la procédure de recours administratif, la charge de la preuve incombe à l'autorité de surveillance. L'autorité de surveillance qui examine la réclamation du contribuable est dans l'obligation de prendre une décision motivée et de la communiquer dans les vingt jours civils. Les décisions faisant suite aux réclamations des contribuables et prises par l'autorité exécutive centrale responsable de la politique fiscale et douanière nationale et de sa mise en œuvre sont définitives ; ces décisions ne peuvent pas être contestées dans le cadre d'une autre procédure alternative administrative, mais peuvent être portées devant les tribunaux.

En droit fiscal turc, la conciliation est appliquée conformément aux dispositions de la loi de procédure fiscale n° 213, du Règlement sur la conciliation et du Règlement sur la pré-conciliation et se divise en deux catégories que sont la conciliation avant et après l'imposition. La conciliation avant l'imposition est un droit pouvant être exercé avant toute imposition par les contribuables faisant l'objet d'un contrôle fiscal. La conciliation avant l'imposition concerne les impôts, les droits et les taxes devant être imposés sur l'assiette fiscale ou les différences de l'assiette fiscale constatées à la suite d'un contrôle fiscal et l'amende pour perte fiscale correspondante (à l'exception de l'amende imposée en cas de pertes fiscales causées en raison d'infractions et de sanctions relatives à la contrebande) ainsi que l'irrégularité ou les pénalités particulières pour irrégularité, à tout moment pendant la période suivant le début de l'inspection jusqu'à l'émission du rapport final. En cas « d'invitation à la conciliation » par les inspecteurs, la demande de conciliation peut être faite au plus tard dans les quinze jours suivant la date à laquelle la lettre d'invitation est notifiée au contribuable. Dans le cas où le contribuable ne répondrait pas à l'invitation du comité de conciliation ou ne signerait pas le rapport de conciliation en dépit de sa présence ou souhaiterait signer ce rapport en émettant des réserves, la conciliation sera considérée avoir échoué, auquel cas le droit de conciliation du contribuable après l'imposition s'éteindra. Si aucune conciliation n'est possible lors des réunions tenues avec le comité de conciliation qui ont été convoquées en présence du contribuable ou de son représentant à la date et à l'heure prévues pour la conciliation, le comité émettra un rapport, dont un exemplaire sera remis au contribuable et un exemplaire sera transmis à l'administration fiscale. Si aucune conciliation n'est obtenue à l'issue des négociations, l'administration fiscale procèdera à l'évaluation nécessaire sur l'assiette fiscale proposée dans le rapport d'enquête ou sur la différence entre les assiettes fiscales. Le droit de recours contre l'imposition déterminée par l'administration fiscale à l'égard de l'impôt ou de la pénalité pour

laquelle aucune conciliation n'a été obtenue reste exerçable auprès des tribunaux ou des autorités administratives durant 30 jours après notification de l'imposition. Le contribuable est en droit d'accepter l'offre du comité par la suite. À réception du rapport et du rapport d'enquête par le bureau de l'administration fiscale, le contribuable peut accepter l'offre du comité de conciliation avant la fin du délai pour le dépôt d'une action qui commencera à courir à partir du jour suivant la notification au contribuable de l'imposition par l'administration fiscale. Si une conciliation est obtenue à l'issue des négociations, le comité établira un rapport indiquant l'issue des négociations. Le procès-verbal des négociations émis pour la conciliation est définitif et l'administration fiscale concernée engagera les mesures correspondantes. Peu importe la raison d'une conciliation et son décisionnaire, tout rapport peut être porté devant un tribunal ou une autorité administrative.

La conciliation après imposition est un recours exerçable après l'imposition de la taxe et la délivrance de l'amende. Si une conciliation est obtenue à l'issue des négociations tenues à la date désignée de conciliation, le rapport de négociation émis par le comité est définitif et ni une action, ni une réclamation ne pourront être déposées auprès des tribunaux ou des autorités administratives à l'égard des questions mutuellement convenues et déterminées dans le rapport. Si une action a également été déposée concernant le même impôt ou la même perte fiscale parallèlement à la demande de conciliation, l'action ne sera pas traitée par les tribunaux des impôts avant la fin de la procédure de conciliation et si une telle action est traitée et statuée pour une raison quelconque, la décision sera infirmée. En cas de conciliation, l'affaire sera notifiée au tribunal et sera déboutée sans être traitée. Si le contribuable a à la fois déposé une action et demandé une conciliation, en cas de non aboutissement de la conciliation, l'administration fiscale en avisera le tribunal des impôts.

## 4] Règles restreignant l'usage des procédures alternatives de règlement des différends

### 4.1 Règles restreignant l'usage des procédures alternatives de règlement des différends en fonction de l'objet

Dans certains des pays faisant l'objet de l'enquête, tels que l'Autriche, l'Allemagne, le Cameroun et le Niger, aucune restriction n'empêche d'avoir légalement recours à des procédures alternatives, et même dans le cas de la Chine, la portée des procédures alternatives est élargie en fonction de l'objet de l'action administrative.

Par opposition, dans certains pays étudiés, des règles restreignant l'usage s'appliquent en termes de personnes, d'objet et de délai.

En Pologne, trois conditions sont visées pour négocier un protocole d'entente. Ainsi, la structure de l'action doit être appropriée (l'action doit être soumise à la procédure administrative et liée aux personnes ayant des intérêts communs), la conclusion d'un accord doit faciliter et simplifier les transactions, et aucune disposition législative ne doit venir empêcher la signature du protocole d'entente.

En cas d'actions visant une expropriation ou des constructions non autorisées, il est impossible de signer un protocole d'entente.

En Australie, les procédures alternatives de règlement des différends ne s'ap-

pliquent ni à la migration et aux migrants, ni aux services sociaux et à la pension alimentaire pour enfants, ni aux évaluations de sécurité menées par l'Agence australienne des renseignements de sécurité.

Les raisons sont les suivantes : pour les migrations et les migrants, des règles différentes ou supplémentaires s'appliquent expressément ; en ce qui concerne les services sociaux et la pension alimentaire pour enfants, il s'agit d'un processus non officiel qui ne peut prêter à controverse et qui exige une inspection et un examen immédiat<sup>3</sup>.

D'autre part, il est précisé que les restrictions ci-dessus relatives aux types de décisions administratives par le Conseil des contestations administratives ne s'appliquaient pas à la Cour fédérale.

En Belgique, comme c'est le cas pour d'autres accords, l'autorité publique doit respecter certaines conditions pour utiliser ce mécanisme de contrat. Selon les conditions mentionnées, les demandes de procédures alternatives ne peuvent pas être en contradiction avec les dispositions légales positives ayant force obligatoire. Aucun règlement ne peut être conclu par une administration publique qui entraînerait le déni de son mandat ou du mandat d'une autre institution, une restriction de son pouvoir discrétionnaire ou la violation des règles générales du droit public.

Outre les règles générales du droit, en Belgique, conformément à la législation applicable, les contrats privés ne peuvent pas enfreindre les lois sur l'ordre public et l'éthique. La position particulière de l'administration est expliquée en tenant compte des règles et des conditions de son mandat de droit public en ce qui concerne l'ordre public, tandis que la détermination des limites de l'administration publique au cours de la conciliation à partir du moment où l'administration est impliquée dans l'intérêt public et prend des décisions transverses, est justifiée par le mandat et le pouvoir discrétionnaire dépendant de l'administration. Si l'administration détient un mandat exclusif dépendant, il n'y a en principe pas de pouvoir discrétionnaire ; ainsi, il est admis qu'elle ne dispose pas du pouvoir de transiger. Le taux d'imposition est donné en tant qu'exemple-type sur lequel il n'est pas possible de transiger.

En règle générale, il est admis que le droit fiscal est rattaché à l'ordre public. Pour ces questions, l'administration ne peut pas recourir à l'arbitrage, et, sauf indication contraire, ne peut pas non plus transiger dans la mesure où elle établit les principales composantes de l'impôt. En outre, les dispositions en place permettent le règlement en droit fiscal. À titre d'exemple, l'article 84 de la loi sur la TVA prévoit que le ministère des Finances peut transiger avec le débiteur, sauf si ce règlement se traduit par une déduction ou une exemption fiscale. Des dispositions similaires sont incluses dans la Loi sur le registre et l'hypothèque, la loi sur les droits de succession et la Loi sur les impôts et frais divers. Le règlement prévu dans ces dispositions peut uniquement être associé à des « questions financières » ou à des ambiguïtés financières, et non à des « questions juridiques ».

D'autre part, seules les actions liées à la propriété, et celles sur lesquelles il peut être transigé bien qu'elles ne soient pas liées à la propriété, peuvent être réglées par voie d'arbitrage.

L'action concernant la propriété est interprétée au sens large, et il est admis qu'elle peut concerner les intérêts pécuniaires d'au moins une partie à l'action.

Si l'action n'est pas liée à la propriété, le législateur recherche la capacité à s'accorder. Toutefois, pour ce faire, l'objet de l'action doit être transférable, et en conséquence, les droits fermement attachés à la personne, aux biens publics, aux services publics ou aux impôts ne peuvent pas faire l'objet d'un arbitrage. De même, l'attribution des fonctions publiques, les questions pénales et les actions fiscales sortent traditionnellement du cadre de l'arbitrage en raison de leur caractère public.

<sup>3</sup> Il a été considéré que la façon la plus fiable et efficace de prendre des décisions à ce sujet était de s'assurer que le membre était directement concerné par l'inspection ou le contrôle.

En Belgique, les personnes publiques ne peuvent être parties à une médiation qu'après débats du conseil exécutif concernant le Décret royal.

Au Maroc, les droits personnels qui ne relèvent pas du commerce, les litiges découlant de transactions unilatérales du gouvernement, des administrations locales ou d'autres établissements ayant une mission publique sont maintenus en dehors du périmètre de l'arbitrage. Toutefois, les contestations d'ordre pécuniaire qui en découlent peuvent être soumises à l'arbitrage, à l'exception de celles étant liées à la mise en application d'une loi fiscale.

En France, les établissements publics et les administrations locales ont le pouvoir de transiger avec l'autorisation expresse du Premier ministre. L'objet de la transaction doit respecter les règles d'ordre public, les principes d'indisponibilité des compétences des personnes publiques, le principe de légalité et la prohibition des libéralités. La personne publique ne peut maintenir en vigueur un document illégal, ne peut pas payer une somme qu'elle ne doit pas, et ne peut pas renoncer à l'exercice de ses compétences.

L'arbitrage est en principe interdit aux personnes publiques depuis le Code de procédure civile de 1806 et en vertu d'un principe général du droit public français, réaffirmé par la jurisprudence. Toutefois, il existe des exceptions pour certains différends en droit interne –notamment les marchés publics (article 128 de la loi relative aux marchés publics) ou les statuts (article L.1414-12-1 du droit général des administrations locales) – ou par exemple, dans le cas d'un litige international né de l'exécution d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public français et une personne de droit étranger (Conseil d'État, 6 mars 1986, Eurodisney).

Quant à la médiation en matière administrative, elle ne peut être appliquée qu'aux différends transfrontaliers, à condition qu'ils ne concernent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

En Espagne, l'administration publique peut conclure un protocole d'entente ou des contrats d'alliance avec des personnes de droit public et privé, à condition qu'ils ne soient pas contraires à la loi et visent à satisfaire l'intérêt public confié, dans le cadre, pour le but et le régime juridique spécifique prévu dans chaque cas par les dispositions qui les règlementent.

Ces solutions classiques ne peuvent pas contredire l'Ordre juridique, et pour les questions relevant de la compétence du Conseil des ministres, l'homologation expresse de celui-ci est nécessaire. « Les accords conclus n'impliquent pas de modification de la compétence des organes administratifs et des responsabilités qui incombent aux autorités et aux fonctionnaires concernant le fonctionnement des organismes de services publics ».

Les actions dont la mise en œuvre effective est illégale ou celles qui obligent l'une des parties à une relation litigieuse à accepter une question sont considérées être en conflit avec la Constitution.

- Dans la loi 47/2003 du 26 novembre 2003 sur le budget général, l'article 7 interdit de transiger, par voie judiciaire ou extrajudiciaire, sur les droits du Trésor, ainsi que de soumettre à l'arbitrage « les dissensions en résultant, sans décret royal pris en Conseil des ministres, après consultation du Conseil d'État dans son intégralité ».
- Dans la loi 33/2003 du 3 novembre 2003 relative au patrimoine des administrations publiques, seuls la transaction et l'arbitrage des différends portant sur le capital de l'État sont prévus et seulement avec l'autorisation expresse du Conseil des ministres (par Décret royal), et après consultation du Conseil d'État dans son intégralité.

Il est précisé que si l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la loi canadienne est limité, toute entente négociée par un fonctionnaire est invalide et la Couronne ne peut renoncer à ses privilèges et dispose d'immunités spécifiques contre l'exécution forcée des stipulations contractuelles.

En Lituanie, un protocole d'entente peut être négocié dans le cadre de toute action, sauf en ce qui concerne les actions en justice portant sur la légalité de la réglementation des transactions des autorités administratives.

Comme cela est le cas pour les actions portant sur le statut des migrants, les actions de mesures préventives prises à des fins de sécurité nationale par les administrations publiques ou concernant des lois supranationales, constituent une exception. Dans le cadre de ces actions, les administrations publiques sont tenues de respecter à la lettre les dispositions légales et les mesures prises et ne peuvent pas signer de protocoles d'entente flexibles (statut des migrants par exemple).

Au Luxembourg, les recours administratifs préalables sont limités par les délais prévus par la loi.

En ce qui concerne les contrats et marchés publics, l'arbitrage n'est pas applicable dans certains cas, comme les contentieux administratifs liés à la résiliation d'un contrat en raison de violations des entrepreneurs. Le recours partiel à l'arbitrage dans le cadre de marchés publics prévoyant une clause d'arbitrage est possible car ces contrats impliquent à la fois des actes d'une autorité qui sont de nature publique et ne sont pas arbitrables (application stricte de la loi), et des actes privés de nature commerciale.

En Suisse, la médiation (voire même la conciliation) est soumise à des règles impératives, et est illégale en matière de droit des étrangers, de droit pénal administratif et dans les domaines relatifs à la santé et la sécurité publique. Des procédures alternatives sont réputées ne pas être adaptées si elles ne se conforment pas aux principes généraux du droit public, comme le principe de transparence (pour les questions qui concernent un vaste public) et le principe d'égalité de traitement (par exemple, le droit fiscal, le droit des marchés publics ...).

Au Mexique, étant donné que le service public est considéré relever de l'ordre public, il n'y a pas de procédure alternative de règlement des différends applicable aux services publics. L'arbitrage n'est pas autorisé dans le domaine fiscal. Les arguments en la matière se fondent sur le fait que les créances fiscales ne peuvent donner lieu à aucune négociation et le gouvernement doit être la seule autorité compétente pour imposer et percevoir les impôts et décider des créances fiscales. En mars 2012, un projet de loi ouvrant la voie de la transaction en matière fiscale (conciliation et arbitrage) pour les différends en matière fiscale a été refusé par la Commission à la Chambre des Représentants en août 2012, et aucune autre mesure n'a été prise à cet effet.

Le rapport de l'Ukraine donne des exemples de différends pour lesquels aucune procédure alternative préalable au procès n'est acceptée à la suite des constatations faites dans les tribunaux administratifs en matière de médiation : le recours contre les règles édictées par des autorités exécutives et législatives, des organes d'entités locales ayant une autonomie de gouvernement et autres entités publiques, les affaires relatives aux procédures d'élection ou de référendum, les limitations du droit de réunion pacifique, les décisions, les actes ou les omissions des autorités exécutives, la cessation des pouvoirs des députés du peuple, l'examen des actes des douanes ou des services fiscaux sur la base d'enquêtes menées par le service de sécurité de l'Ukraine, l'expulsion des étrangers et des apatrides ou le statut de réfugié, bien qu'il soit indiqué que la médiation peut être appliquée sans condition pour des questions telles que la révocation illégale d'une charge publique, l'enregistrement de l'état civil, la non-communication d'informations, etc.

Il est précisé que la possibilité est faible de recourir à des procédures alternatives de règlement des différends dans le cadre de problèmes relatifs à l'ordre public en Algérie, de questions liées à l'intérêt public en Thaïlande, d'affaires associées aux intérêts et aux droits de tiers en République Tchèque, et de transactions réglementaires ainsi que de questions directement rattachées à l'intérêt public telles que l'environnement, l'histoire, la protection des valeurs culturelles et la mise en œuvre de plans de développement en Turquie. Pour sa part, la Slovénie déclare que la médiation n'est pas possible pour les transactions administratives fondées sur le pouvoir public qui font l'objet d'un contrôle de la légalité auprès des tribunaux administratifs et constitutionnels, mais ajoute que des procédures alternatives de règlement des différends, et notamment l'arbitrage, peuvent être utilisées pour les accords, tels que les accords de concession, qui sont conclus entre une personne de droit privé et une autorité publique et qui associent les caractéristiques du droit privé et du droit public.

#### 4.2 Règles restreignant l'usage des procédures alternatives de règlement des différends en matière administrative en ce qui concerne les personnes

##### 4.2.1 Parties aux procédures alternatives de règlement des différends

À la question de savoir qui pouvait avoir recours à des procédures alternatives de règlement des différends, il a été répondu que toutes les personnes physiques et morales pouvaient y recourir, par la plupart des pays membres dont l'Allemagne, la Lituanie, le Canada, le Cameroun, la Colombie, le Luxembourg, le Mexique, le Niger, la Norvège, le Portugal, l'Ukraine et le Sénégal. Il n'existe aucune restriction à ce sujet sauf pour les exceptions prévues par les droits privés. La Chine a répondu à cette question en précisant que d'autres institutions disposant de budgets indépendants pouvaient rechercher une solution en ayant recours à ces procédures ; en Pologne, il est précisé que si elles sont parties à la transaction, les institutions sociales ne disposant pas d'une personnalité juridique pouvaient également avoir recours à la médiation, ce qui implique donc une portée un peu plus large.

En France, les personnes publiques ne peuvent transiger que si le pouvoir de transiger leur est accordé sur autorisation expresse du Premier ministre. D'autre part, en principe et sauf exceptions, les personnes morales publiques ne peuvent pas avoir recours à l'arbitrage.

En Australie, la violation des intérêts est nécessaire pour que les personnes physiques et morales puissent s'adresser au Conseil des contestations administratives. De même, aux Pays-Bas, toute personne physique ou morale ayant un intérêt peut avoir recours aux modes de recours administratif, si elle estime être une partie concernée. L'expression « Partie concernée » désigne toute personne dont les intérêts sont affectés par une décision, et les autorités administratives sont réputées être des détenteurs d'intérêts dans leur domaine de responsabilité, tandis que les intérêts des personnes morales englobent les intérêts généraux et collectifs qu'elles représentent en fonction de leur secteur et de leurs activités. Au contraire, aux Pays-Bas, toute personne physique et morale peut recourir à la médiation, y compris les autorités administratives qui sont régies par le droit public.

En ce qui concerne les dispositions de droit privé, il est précisé que les personnes parties à l'accord peuvent avoir recours à ces procédures, telles que les clients des services postaux, les groupes d'intérêt et les prestataires de services postaux en droit postal/des télécommunications/de la publication, tous les utilisateurs du réseau d'énergie, les fournisseurs d'électricité, les opérateurs de réseaux ou autres entreprises opérant dans le secteur de l'électricité ou du gaz naturel en droit de l'énergie.

En Belgique, toute personne non déclarée incapable peut conclure un règlement

amiable et signer une convention d'arbitrage, à l'exception toutefois des cas protégés par le droit privé, les personnes morales de droit public peuvent avoir recours à l'arbitrage uniquement pour les différends découlant de contrats, et l'arbitrage peut être autorisé dans d'autres domaines uniquement par la loi ou le Décret royal débattu en conseil exécutif. De même, à l'exception des cas prévus par la loi ou par le Décret royal débattu en conseil exécutif, les personnes publiques ne peuvent pas avoir recours à la médiation.

En Algérie, toutes les personnes physiques peuvent avoir recours à des procédures alternatives, tandis que les personnes morales font l'objet de restrictions ; les établissements publics ne peuvent pas transiger, sauf pour les questions afférentes à des accords internationaux ou des marchés publics précédemment signés. Les ministres peuvent avoir recours à l'arbitrage si l'objet concerne le gouvernement, de même que le Gouverneur ou le Président du conseil public du district si l'objet concerne la province ou le district.

En République Tchèque, conformément à une disposition constitutionnelle stipulant que la mission publique peut être exercée de la manière prévue par la loi et dans les limites fixées, les autorités administratives de droit public peuvent avoir recours à ces procédures uniquement lorsque la loi le dispose.

En Côte d'Ivoire, la loi prévoit une distinction pour les contrats en matière de conciliation ; seuls les soumissionnaires personnes physiques ou morales peuvent s'adresser à la Commission de conciliation pour les différends nés de la signature du contrat, tandis que seules les personnes morales publiques concernées, en dehors des partenaires contractuels (pouvoir adjudicateur, structure administrative autorisée et organismes dans le cadre de l'appel d'offres concerné) peuvent avoir recours à la Commission de conciliation pour les différends nés de l'exécution du contrat. Les parties au contrat peuvent indifféremment avoir recours à l'arbitrage.

En Suisse, dans le cadre de la médiation, les décisionnaires ne sont pas seulement les parties, mais également ceux qui ont le pouvoir de les contester. Dans une décision prise en 2010<sup>4</sup>, le Tribunal administratif fédéral a statué que l'administration ne pouvait pas être partie à une action de médiation. En effet, le Tribunal administratif a déterminé que dans le cadre d'une action où aucun tiers n'était impliqué, où seuls une personne physique et un établissement public se faisaient face, il n'y avait pas deux parties, et donc que l'article 33b de la loi fédérale sur la procédure administrative n'était pas applicable.

En Côte d'Ivoire, chaque personne physique ou morale qui fait l'objet d'une décision lui étant préjudiciable peut avoir recours à des procédures administratives préalables.

##### 4.2.2 Acteurs de procédures alternatives de règlement des différends autres que les parties au litige

###### 4.2.2.1 Intervention de tiers dans les procédures alternatives de règlement des différends

Dans les procédures alternatives de règlement des différends, le processus est conduit par un tiers ou par un organisme désigné avec l'accord des parties. La législation des pays membres détermine les personnes ou organismes qui participeront au processus, de quelle façon, selon quels critères et sous quel mode de surveillance.

En règle générale, dans les pays membres ayant répondu à l'enquête, les parties au différend peuvent confier la mission de conduire la procédure alternative de règlement à un tiers<sup>5</sup>. D'autre part, des établissements ou des organisations administratives ou indépendantes ayant une expertise en matière de médiation et de conciliation et leurs agents, ainsi que les arbitres ou le conseil des arbitres qui mène

<sup>4</sup> 22 janvier 2010, décision n° A-6085/2009

<sup>5</sup> Suisse (médiation), Sénégal, Autriche (médiation dans le cadre de l'évaluation de la viabilité de l'environnement), République Tchèque (médiation), Côte-d'Ivoire (contrats), France, Pays-Bas (médiation), Portugal

l'arbitrage peuvent intervenir à la place du tiers mentionné.

En Lituanie, aucun obstacle juridique n'empêche un tiers de conduire une procédure de transaction (protocole d'entente).

La conduite des procédures alternatives de règlement des différends n'est pas confiée à des tiers au Mexique, sauf pour l'arbitrage ou en matière fiscale, où un protocole d'entente est prévu par la loi, et au Cameroun aucun tiers n'intervient. En Pologne, la procédure de conciliation concerne des personnes ayant des intérêts contradictoires, qui ont recours à une administration publique et qui signent un contrat, de sorte qu'aucun tiers n'est désigné.

L'autorité qui conduit une procédure administrative préalable est généralement une autorité réglementaire ou son supérieur hiérarchique dans le cadre de sa propre mission publique. Ainsi, à moins d'une disposition exceptionnelle prévue par les lois, aucune institution administrative ne peut désigner un tiers dans le cadre d'une telle procédure qui pourrait exercer une quelconque mission publique<sup>6</sup>.

Dans les procédures juridictionnelles alternatives de règlement des différends, pour ce qui est des différends portés devant le tribunal, une procédure alternative peut être conduite par le juge, le greffier ou un tiers si nécessaire. Dans certains pays membres comme l'Autriche, le Canada et le Sénégal, aucun tiers ne peut être désigné dans les procédures conduites directement par le magistrat. De même, en Pologne, la médiation ne peut être menée que par un juge ou un avocat devant le tribunal. Au contraire, en France et en Algérie, le juge, avec l'accord des parties, peut désigner un médiateur qui peut être un tiers ou une entité, alors qu'aux Pays-Bas, la médiation doit être soumise à un médiateur inscrit au Centre du registre qualité de la Fédération des Médiateurs et approuvé par les parties.

En Autriche, étant donné que le Comité de contestations administratives est considéré être un « tribunal administratif » au sein duquel le Président du Comité peut soumettre toute question à des procédures alternatives de règlement des différends, en la soumettant en particulier à une personne interne ou externe au Comité, les procédures alternatives de règlement des différends sont conduites par des agents autorisés ou des membres du Comité, tandis qu'auprès de la Cour fédérale, une action judiciaire peut, en tout ou en partie, être soumise à l'appréciation d'un arbitre à des fins d'arbitrage, à un médiateur à des fins de médiation ou à une personne compétente qui statuera au travers d'une procédure alternative de règlement des litiges.

#### **4.2.2.2. Intervention du juge administratif et du juge du tribunal dans les procédures alternatives de règlement des différends**

Dans certains pays membres ayant répondu à l'enquête<sup>7</sup>, les juges administratifs peuvent participer à des procédures alternatives de règlement des différends, conformément à leurs obligations judiciaires et extrajudiciaires ; dans d'autres pays<sup>8</sup>, les tribunaux administratifs n'ont aucune autorité sur les procédures alternatives de règlement des différends, et en conséquence, un juge administratif ne peut pas être désigné en tant qu'arbitre ou médiateur.

Dans la plupart des pays où les juges administratifs peuvent participer au processus en formulant des suggestions ou en conduisant des procédures alternatives de règlement des différends<sup>9</sup>, les parties ne sont pas contraintes par les juges administratifs d'avoir recours à une procédure alternative, judiciaire ou extrajudiciaire, mais y sont invitées si le tribunal ou la loi l'estime nécessaire dans le cadre de certains litiges, et des procédures alternatives de règlement des différends peuvent donc être menées.

Par opposition, au Canada, en vertu de l'article 386 des Règles des Cours fédé-

rales, la Haute Cour peut ordonner qu'une instance ou un différend fasse l'objet d'un accord, y compris par la médiation, un mini-procès, etc., et une telle procédure de règlement des différends confiée à un juge responsable de la gestion de l'instance ou à un notaire ne peut être refusée par les parties. De même, en Espagne (dans les litiges réservés aux estimations de valeur objet d'activités commerciales) et en Pologne, le tribunal peut engager une procédure alternative de règlement des différends, soit d'office soit sur demande.

Outre les généralités qui précèdent, dans le rapport de la Côte d'Ivoire, l'invitation faite aux parties par le juge administratif à la procédure administrative préalable dans le cadre d'un recours en annulation, à condition qu'il n'ait pas expiré, est considérée valoir intervention de sa part dans les procédures alternatives de règlement des différends.

En Belgique, aucune procédure n'est en place au sein du Conseil d'État, et les fonctions des médiateurs désignés par la loi, par un décret ou une décision, aboutissent à une action formée devant le Conseil d'État. Au contraire, en vertu du troisième alinéa de l'article 42 du décret du 4 avril 2014 relatif à l'organisation et à la procédure de certaines juridictions administratives, des juges administratifs, des greffiers, des contrôleurs ou des tiers présentés conjointement par les parties peuvent être désignés en tant que médiateurs par le Conseil pour les Contestations des Autorisations.

#### **4.2.2.3. Évaluation des procédures alternatives confiées aux juges administratifs**

Les évaluations des pays membres à l'égard des procédures alternatives confiées aux juges administratifs peuvent être recensées sous deux catégories, positives ou négatives.

##### **4.2.2.3.1. Avantages des procédures alternatives confiées aux juges administratifs**

- Le Juge est impartial, il assume la mission de rendre justice et dispose de l'autorité morale dont ne pourrait bénéficier un tiers médiateur à l'égard des parties
- Le professionnalisme, l'expérience et les connaissances techniques des magistrats peuvent être bénéfiques dans le domaine des questions de droit et d'administration
- Les conclusions de la médiation conduite par un juge sont plus fiables et facilement acceptables par les parties
- La résolution des différends par des procédures alternatives atténue la charge de travail et contribue à la célérité de la procédure
- Les juges qui participent aux procédures alternatives permettent d'écartier la nécessité d'un médiateur et d'un conciliateur
- En supposant qu'un juge intervienne, les parties s'abstiennent d'éventuels règlements illicites des différends
- Les juges sont les gardiens de l'ordre public et des valeurs démocratiques, ils participent à la transformation du système de justice civile classique avec les citoyens et contribuent à réduire l'écart entre les avocats et la société civile.

##### **4.2.2.3.2. Inconvénients des procédures alternatives confiées aux juges administratifs**

- Le Juge peut avoir tendance à trop respecter les règles
- Les parties peuvent aboutir à un accord de médiation dans le cadre de conditions obligatoires.
- L'expérience traditionnelle des juges peut également poser problème étant donné qu'ils statuent généralement sans demander l'intervention ni l'accord mutuel des parties
- Le conflit existant entre le devoir de statuer du juge qui l'oblige à appliquer

<sup>6</sup> Autriche, Chine, Pays-Bas

<sup>7</sup> Chine (dans les tribunaux publics), France, Pays-Bas (protocole d'entente), Portugal (conciliation)

<sup>8</sup> République Tchèque, Cameroun, Lituanie, Mexique, Ukraine

<sup>9</sup> Allemagne, Algérie, Sénégal (actions sur la responsabilité administrative), France, Pays-Bas, Suisse, Lituanie

les lois et le mode alternatif de règlement des différends qui détourne le juge des frontières artificielles de l'accord et exige de rechercher des solutions dans des sources qui ne relèvent pas de ses attributions dans le cadre de procédures assurant confidentialité et flexibilité.

- Ces procédures détournent les juges de leurs fonctions juridictionnelles
- Si les parties ne parviennent pas à un accord en raison de l'orientation de règlement donnée par le juge administratif, elles peuvent se sentir acculées à transiger car elles craignent que le refus de transiger aboutisse à une issue défavorable de la procédure judiciaire.
- Une charge de travail implicite peut en résulter dans la mesure où le juge chargé de la procédure alternative de règlement des différends n'assurera pas ses fonctions consistant à statuer dans le cadre de cette action

## 5] Efficacité des procédures alternatives de règlement des différends

### 5.1 Cadre juridique des accords conclus en matière administrative par le biais des procédures alternatives de règlement des différends

#### 5.1.1 Nature juridique et contraignante des accords conclus en matière administrative par le biais des procédures alternatives de règlement des différends

On observe dans les pays membres que l'entente conclue à la suite d'une procédure alternative est généralement opposable aux parties en raison de caractéristiques de droit privé. L'intervention d'un juge est requise en vue de mettre à exécution une entente contraignante entre les parties. En Côte d'Ivoire, le juge administratif n'est pas autorisé à approuver une telle entente, mais il détermine l'existence de l'accord si cela lui est demandé, alors qu'au Sénégal, l'accord de médiation et de conciliation, et en République Tchèque et aux Pays-Bas l'accord de conciliation, font l'objet d'une certification notariée ou sont soumis à l'homologation du juge compétent. En Espagne, la conciliation devant le tribunal ne peut être mise à exécution que si elle est soumise à l'homologation du juge compétent.

En France, en cas de transaction conclue avant un procès, comme déterminé par voie prétorienne du Conseil d'État, aucun recours ne peut être formé devant un tribunal, et l'homologation du juge ne peut pas non plus être demandée. Cette exception vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation, ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières. Il est précisé que cela peut être le cas en particulier dans le cadre des marchés publics et des prérogatives de la fonction publique.

En Australie, les parties peuvent directement conclure un accord pour les questions qui ne relèvent pas de la sphère des attributions du Conseil des contestations administratives, et les décisions prises au moyen des procédures alternatives au

sein du Conseil des contestations administratives ne sont opposables que sur homologation du Conseil. En Pologne, l'homologation de l'administration publique est nécessaire pour le protocole d'entente signé sur déclaration conjointe des parties en présence d'un organisme public en vue d'aboutir à la conciliation, et un accord homologué a le même effet avec des instruments administratifs.

Au Cameroun, il est précisé que les accords conclus au terme des procédures alternatives s'imposent à tous, et aucun organe d'homologation n'est prévu par la législation.

En Turquie, les décisions prises en conséquence d'une transaction et d'une conciliation ne sont pas de même nature qu'une ordonnance du tribunal, mais ces décisions ne peuvent pas faire l'objet d'un recours dans la mesure où elles sont définitives et ont force d'obligation pour les parties, conformément aux dispositions légales en la matière ; toutefois, un recours juridique est possible pour les questions qui ne peuvent faire l'objet d'aucun accord.

Au Portugal, une distinction est faite en fonction de l'objet et il est indiqué qu'un accord de médiation peut être demandé sans qu'une homologation ne soit nécessaire par les organes judiciaires si les parties disposent de la capacité requise, si le contenu de l'accord n'est pas en contradiction avec l'ordre public et si le médiateur est inscrit sur la liste tenue par le ministère de la Justice (à l'exception des processus de médiation dans le cadre de la médiation publique), à condition qu'il ne soit pas nécessaire que l'objet du différend résolu par voie de médiation soit homologué par les organes judiciaires.

En ce qui concerne le statut juridique des décisions adoptées au terme de procédures juridictionnelles alternatives, alors que la teneur de l'accord conclu au terme d'une procédure alternative auprès de la Cour fédérale d'Australie nécessite d'être enregistrée sur décision de la juridiction compétente, au Canada, il est considéré suffisant de consigner et de verser aux dossiers du tribunal le règlement obtenu suite à la conférence de règlement des litiges conformément aux Règles de la Haute Cour. En Lituanie, l'accord est homologué par ordonnance du tribunal et le processus juridictionnel est finalisé avec la même ordonnance, et l'accord est réputé avoir force de décision judiciaire. En France, le règlement vaut jugement définitif entre les parties et a force exécutoire ; à cet égard, le règlement mettra fin à l'action dont est saisi le juge administratif, dans un tel cas, le juge statue que le recours dont il a été saisi est devenu sans objet<sup>10</sup> ou, le cas échéant, il donne acte au requérant de son désistement<sup>11</sup>. Afin de pouvoir exercer le contrôle qui lui incombe en ce qui concerne l'homologation d'un règlement amiable dont l'objet relève de son domaine de compétence, le juge administratif lance une enquête, communique la demande d'homologation à toute personne qui aurait eu la qualité de partie à une instance ayant pour objet de trancher le même litige et, en outre, peut ordonner aux parties la production de tout élément et demander à toute personne de produire des observations susceptibles de l'éclairer. Le juge administratif dispose de l'ensemble des moyens ordinaires d'investigation : expertise, visite des lieux, enquête, vérification d'écritures.

À ce stade, il convient de noter que dans certains pays<sup>12</sup>, des critères doivent être remplis pour que des accords conclus au terme de procédures alternatives soient homologués par un juge : les accords de médiation ou d'arbitrage ne peuvent pas être en contradiction avec la volonté des parties, la loi, l'ordre public et l'éthique, l'intérêt public ou les intérêts de tiers et il ne peut pas s'agir non plus de transactions juridiques gratuites. En France, il est même précisé qu'un règlement amiable est frappé de nullité s'il n'est pas homologué par le juge.

Dans les pays où l'Ombudsman et la médiation fédérale sont en place, on observe que les administrations publiques respectent souvent leurs recommandations, bien

<sup>10</sup> CE, 12 novembre 1948, Société Dolfus, recueil Lebon p. 560

<sup>11</sup> CE, 8 décembre 1991, Abbé Lemoine, recueil Lebon p. 1171

<sup>12</sup> France, Espagne, Sénégal

que ces recommandations ne soient pas juridiquement contraignantes.

Il est entendu que les sentences arbitrales deviennent obligatoires et exécutoires une fois qu'elles sont rendues définitives, tout comme les décisions judiciaires.

Dans de nombreux pays où les recours administratifs sont appliqués, les parties ne concluent pas d'accord au terme de la procédure, et l'autorité administrative prend une nouvelle décision administrative.

En Chine, les règlements adoptés au terme de procédures alternatives dans le cadre d'un différend administratif sont réputés être des accords administratifs, soumis en conséquence à la justice administrative. Aucune disposition n'est en place en ce qui concerne la prise d'effet des accords administratifs ou leurs conséquences juridiques. Ceux-ci sont mis en œuvre sans faire l'objet d'un examen préalable par le tribunal à condition qu'ils soient volontairement conclus conformément aux lois ; dans certains cas expressément prévus par la loi, ces accords sont juridiquement exécutoires. À titre d'exemple, l'article 40 du Règlement relatif à l'application de la loi de réexamen administratif de la République populaire de Chine dispose ce qui suit : « Tout citoyen, toute personne morale ou toute autre organisation qui refuse d'accepter l'acte administratif d'une administration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, comme le prescrivent les lois et règlements, et qui demande un réexamen administratif, mais conclut volontairement un accord avec cette administration avant qu'une décision ne soit rendue dans le cadre du réexamen administratif, est tenue de soumettre un protocole d'entente écrit à l'administration en charge du réexamen administratif ». L'organe de révision administrative permet la conciliation, à condition que les intérêts publics et les droits légitimes des tiers ne soient pas enfreints. Il est expliqué que ce protocole d'entente est un accord administratif juridiquement contraignant.

### 5.1.2 Procédures disponibles en cas de violation d'un accord conclu en matière administrative au terme d'une procédure alternative

Les accords conclus entre les parties en matière administrative au terme de procédures alternatives sont surtout considérés comme des outils ayant force exécutoire pour les parties, peuvent faire l'objet d'une action s'ils ne sont pas mis à exécution et faire naître des réclamations. Au Cameroun, dont la situation se distingue de ces généralités, il est précisé qu'en cas de violation des accords conclus au terme de procédures alternatives, une mise à exécution directe est possible.

En ce qui concerne les types d'actions qui peuvent être engagées, bien que les pays n'en précisent pas les détails, les exemples de mesures pouvant être prises par la victime suite au non-respect de l'accord conclu au terme de la procédure (le règlement amiable) aux fins d'indemnisation des préjudices subis sont les suivants : le recours de pleine juridiction devant le tribunal administratif contre l'administration qui est partie à l'accord<sup>13</sup>, le recours en annulation par les soumissionnaires d'un appel d'offres ou des requérants s'ils prouvent que l'entrepreneur ne respecte pas l'accord<sup>14</sup>, les actions devant les tribunaux généraux, en cas de violation de l'accord de conciliation<sup>15</sup>.

En outre, lorsque des accords (tels qu'un protocole d'entente) sont homologués par le juge, ou si un accord est conclu au terme d'une procédure conduite par le juge administratif dans le cadre d'une procédure juridictionnelle alternative (auquel cas, les accords sont consignés avec un rapport ou une décision de justice), ces accords sont exécutoires et les parties peuvent recourir à des procédures de droit privé pour l'application de leurs stipulations telles que les mises en demeure, l'exécution forcée, etc.<sup>16</sup>

Suite à un recours administratif, aucun accord n'est conclu entre les parties, la

nouvelle décision administrative est prise par l'administration, et peut faire l'objet d'une demande auprès du tribunal administratif par une action en justice ou directement auprès de la Haute Cour, comme ceci est le cas des décisions de l'administration fiscale suédoise.<sup>17</sup>

## 5.2 Évaluations des procédures alternatives de règlement des différends en matière administrative

### 5.2.1. Avantages des procédures alternatives de règlement des différends en matière administrative

- \* Règlement des différends au moyen de procédures simples et rapides
- \* Flexibilité pour les parties

L'un des principaux avantages de ces procédures est la flexibilité offerte aux parties. En effet, elles permettent aux parties de trouver des solutions plus créatives en intégrant dans l'accord les aspects extrajudiciaires du différend en fonction de leurs besoins et intérêts au travers de différentes méthodes qui ne sont pas possibles avec les mécanismes traditionnels. Ainsi, il est possible de prendre en compte les intérêts des parties qui ne peuvent s'exprimer avec des termes juridiques.

- \* Réduction des coûts par rapport aux procédures juridictionnelles et d'arbitrage
- \* Résolution durable, effective et viable pour les parties, qui assure un équilibre entre leurs intérêts et leurs besoins

Grâce à la flexibilité des résolutions mutuellement convenues, les procédures alternatives permettent aux parties au différend de se rencontrer régulièrement et de déployer des efforts conjoints. La possibilité d'aboutir à un résultat satisfaisant pour les deux parties augmente et le litige est réglé de manière durable, effective et viable en garantissant un équilibre entre les intérêts et les besoins des parties.

- \*\* Rôle de restauration et de protection de la relation entre les parties au différend

Aucune partie n'estime avoir perdu à l'issue du processus, ce qui contribue à la restauration et à la protection à long terme de la relation entre les parties, par exemple un fonctionnaire avec son supérieur hiérarchique, une entité de droit public avec le partenaire contractuel ou le bénéficiaire d'un service public.

- \*\* Offre aux parties au différend un environnement transparent et de confiance mutuelle, tout en garantissant la confidentialité

Les négociations et conférences confidentielles tenues à huis clos entre les parties en vue d'aboutir à un accord dans le cadre de la procédure alternative de règlement des différends et l'interdiction de les utiliser lors de processus ultérieurs (y compris au cours de procédures juridictionnelles) et, si nécessaire, la destruction des informations, des documents et des éléments de preuve présentés tout au long de la procédure sans l'autorisation des parties, permettent de protéger les parties et de préserver la confidentialité de l'objet du différend.

- \* Contribue à réduire le nombre de différends portés devant le système judiciaire, et à atténuer ainsi la charge de travail.
- \* Permet le règlement des différends par voie de transaction et empêche que des actions ne soient engagées contre l'administration, ce qui contribue à renforcer la réputation des établissements et organes administratifs
- \* Contribue au processus ultérieur d'actions éventuelles

La présentation au tribunal au cours d'un processus judiciaire ultérieur des supports et documents compilés, même si les parties ne parviennent pas à un accord au travers de procédures alternatives de règlement des différends, sous réserve de l'accord des deux parties, facilite le processus.

<sup>13</sup> France, Cameroun

<sup>14</sup> Province de Basse-Autriche

<sup>15</sup> République Tchèque

<sup>16</sup> Cour fédérale d'Australie, France, Allemagne, Algérie, Suisse, Lituanie, Portugal

<sup>17</sup> Par exemple, les Pays-Bas, le Luxembourg, la Suède, la République Tchèque

### 5.2.2. Inconvénients des procédures alternatives de règlement des différends en matière administrative

- \* Les tiers ou les membres de comités qui conduisent les procédures alternatives de règlement des différends n'ont parfois pas les connaissances techniques ou juridiques nécessaires
- \* Les domaines de mise en œuvre des procédures alternatives de règlement des différends sont très limités, notamment en matière administrative
- \* Les administrés ne manifestent pas d'intérêt à l'égard des procédures alternatives de règlement des différends, étant donné qu'ils ne disposent pas d'informations sur ces procédures qui ont été récemment introduites dans les pays membres
- \* Les autorités administratives n'affichent pas d'intérêt à l'égard de ces procédures, étant donné qu'elles évitent de prendre des initiatives et sont réticentes à l'idée d'assumer la responsabilité de décisions prises à la suite de négociations dans le but d'échapper à toute responsabilité financière étant donné que les domaines dans lesquels elles peuvent exercer un pouvoir discrétionnaire exclusif sont limités, dans le cas où elles exerceraient un tel pouvoir
- \* Dans de nombreux cas, la loi interdit aux autorités administratives de proposer des accords en raison de leur relation avec l'ordre public, etc.

### 5.2.3. Appréciations relatives au développement des procédures alternatives en matière administrative

Les réflexions sur le développement des procédures alternatives se concentrent principalement autour de trois avis distincts. Dans la plupart des pays, il est précisé que les procédures alternatives nécessitent des améliorations compte tenu des avantages pratiques qu'elles réservent pour l'avenir, alors que certains pays n'envisagent pas de perspectives positives d'amélioration de ces procédures, que ce soit totalement ou en partie, étant donné que celles-ci ne sont pas mises en œuvre ou ne sont pas nécessaires. Enfin, d'autres pays<sup>18</sup> estiment qu'il serait plus raisonnable de les évaluer après avoir obtenu des résultats dans la mesure où ces pratiques sont très nouvelles.

Compte tenu de l'importance croissante du développement des procédures alternatives dans de nombreuses juridictions à travers le monde et de l'introduction de réformes juridiques dans certains pays qui prévoient même la médiation pénale et la possibilité de méthodes juridictionnelles alternatives et préalables au procès en tant que solutions permettant de palier la charge de travail excessive des tribunaux, les pratiques existantes dans les pays doivent être améliorées, des méthodes de règlement plus appropriées doivent être proposées aux parties et de nouvelles procédures qui assureront leur rôle actif dans le règlement des différends doivent être adoptées, institutionnalisées et promulguées. À cette fin, il est nécessaire de faire intervenir des experts juridiques compétents. Dans ce contexte, les pistes d'amélioration possible des procédures alternatives sont notamment les suivantes : l'offre de programmes de formation initiale et continue aux juges administratifs sur les procé-

<sup>18</sup> Ex : Belgique

<sup>19</sup> Une convention a par exemple été conclue avec succès en 2013 entre le barreau de Grenoble, le conseil général de l'Isère, la commune de Grenoble et le centre de gestion de la fonction publique territoriale, sous l'égide du tribunal administratif de Grenoble. Cette convention, destinée à s'appliquer prioritairement dans les contentieux de la fonction publique, des contrats publics, de l'urbanisme et du domaine public, fixe la durée maximale (3 mois) et une grille tarifaire (entre 200 euros et 500 euros HT) pour les procédures de médiation engagées par ces acteurs. Cette convention comprend aussi une charte éthique, garantissant l'indépendance et les compétences des médiateurs, qui sont tenus à une stricte obligation de discrétion professionnelle. Il est précisé que depuis la conclusion de cette convention, les procédures de médiation ont connu un réel essor dans le ressort du tribunal de Grenoble (environ une cinquantaine de procédures engagées en trois ans).

<sup>20</sup> Par exemple, prendre des dispositions juridiques pour étendre le champ de mise en œuvre de la médiation, couvrir les frais de médiation, pouvoir bénéficier de l'aide juridictionnelle et interrompre les délais de recours, lorsqu'une médiation est engagée par les parties et jusqu'à la fin de cette procédure, etc.

<sup>21</sup> Voir le rapport de la France

dures alternatives de règlement des différends avec le soutien des centres de formation de la justice administrative, l'élaboration d'un guide de recours aux procédures de médiation et de conciliation, la signature de conventions au niveau local entre les juridictions administratives, les associations de barreaux et les administrations afin de fixer un cadre pour les procédures alternatives et de les promouvoir<sup>19</sup>, l'adoption de dispositions éthiques auxquelles seront soumis les médiateurs et conciliateurs, l'enrichissement et la modernisation<sup>20</sup> des textes juridiques applicables aux procédures de règlement juridictionnel alternatif des différends.<sup>21</sup>

D'autre part, dans certains pays tels que la Hongrie, il semble, pour l'heure, que la question ne porte pas sur le développement ultérieur des procédures alternatives, mais plutôt sur la création même et sur l'introduction de ces procédures dans le système juridique.

Les principaux obstacles à l'amélioration des procédures alternatives sont les suivants : la liberté d'entente dont disposent les parties qui se limite aux principes généraux du droit administratif (égalité, intérêt public, proportionnalité) en matière administrative et entraîne la résolution d'un nombre limité de différends par le biais des procédures alternatives<sup>22</sup>, le pouvoir de l'administration dans le règlement des différends administratifs qui conduit à un statut inégal entre les parties au cours des procédures de médiation ou à l'incapacité de bénéficier de flexibilité<sup>23</sup>, la réticence permanente à l'égard des procédures alternatives qui font l'objet de critiques concernant leur méconnaissance par les parties et les juges administratifs, l'absence de mode d'emploi clair et opérationnel permettant aux parties d'y recourir régulièrement, la prolongation des instances en cours et l'incapacité d'assurer l'égalité des armes en l'absence de règles procédurales claires et rigoureuses<sup>24</sup>, les futures dispositions détaillées sur les procédures alternatives contribuant à limiter la flexibilité nécessaire à de telles procédures. De tels obstacles sont considérés affecter négativement la productivité et le taux de réussite attendu des procédures alternatives.

À des degrés plus ou moins divers, certains pays n'entrevoient pas de perspectives positives à l'égard du développement des procédures alternatives en matière administrative.

En Finlande, en Autriche, à Chypre et en Norvège, il est précisé qu'en matière administrative, les procédures alternatives de règlement des différends ne sont pas en place et qu'aucune tendance n'indique le contraire. Au Mexique, pour ce qui est du Tribunal fédéral administratif et des impôts ainsi qu'en Pologne, en ce qui concerne les tribunaux administratifs, les procédures alternatives de règlement sont considérées plus rapides, les litiges administratifs étant résolus dans un délai raisonnable, et parfois même dans un très court délai.

L'Allemagne précise qu'il n'est pas nécessaire d'améliorer les procédures juridictionnelles alternatives, mais qu'en matière d'aménagement des terrains (plans d'aménagement, planification de l'infrastructure), il est prévu d'avoir plus souvent recours aux procédures préalables. Le rapport des Pays-Bas indique qu'étant donné le bon fonctionnement des procédures de recours administratif permettant de réduire le nombre de recours formés devant les tribunaux administratifs, il n'est pas nécessaire d'améliorer les procédures alternatives de règlement des différends. Toutefois, une loi est en cours d'élaboration et vise à mettre en place et à encourager le recours à la médiation dans le domaine du droit administratif.

<sup>22</sup> Allemagne, Suisse

<sup>23</sup> Pologne

<sup>24</sup> France

# COMPTE- RENDU DES TRAVAUX EN COMMISSION

# 1] Rapport de la Commission « Contrats et marchés publics »

**Intervention de M. Abdoulaye Ndiaye,**  
**Président de la Chambre administrative de la Cour suprême du Sénégal,**  
*Rapporteur de la Commission « Contrats et marchés publics »*

Madame le Président,  
Mesdames, Messieurs les chefs de Cours,  
Mesdames, Messieurs les membres de délégations, chers invités

Au nom du Sénégal, j'ai l'honneur de vous présenter le rapport de la commission n°1 Contrats et Marchés publics.

Je voudrais d'abord indiquer la méthode utilisée pour l'élaboration de ce rapport. Elle consiste, non pas à recenser les questions les unes après les autres et à donner les réponses de chaque pays, mais plutôt à traiter les thèmes issus des questions et les réponses données par les pays selon leur similitude.

Cette méthode présente l'avantage de rendre plus compréhensible les différents systèmes dans leur singularité et d'identifier les éléments communs de manière comparative.

La diversité des traditions juridiques apparaît dans l'organisation des systèmes juridictionnels et a un impact sur la réponse donnée. Il en est ainsi de la division entre affaires judiciaires et affaires administratives puisque dans certains pays, les modes alternatifs et le contrat relèvent de la compétence du juge de l'ordre judiciaire.

Cela étant, la Commission n°1 présidée par Monsieur Marc NADON de la Cour d'appel fédérale du Canada devait se pencher sur deux cas pratiques.

Vous me permettrez de remercier tous les pays qui ont participé activement aux travaux de la Commission et notamment l'Algérie, la Belgique, le Canada, la Chine, la Colombie, la Côte d'Ivoire, la France, l'Italie, le Liban, le Sénégal, la Suède, la Suisse, le Togo et la Turquie.

Le premier cas soumis à l'appréciation de la Commission concerne l'exécution d'un contrat de marché public relatif à des travaux d'agrandissement d'une piscine, le litige soulevait des questions liées à l'imprévision, aux pénalités de retard, au prix forfaitaire et au caractère exceptionnel des travaux supplémentaires.

Le second cas est relatif à la procédure de passation de marché public lancée par la Direction générale des routes pour l'édification d'un boulevard, le litige tournait autour notamment des exigences de l'appel d'offres jugées non conformes soit à l'objet du marché, soit à la législation, à l'offre anormalement basse, à la preuve d'un document et à une procédure de mise en concurrence infructueuse.

Ces deux cas ont l'avantage d'aborder des problèmes posés lors des deux phases de la procédure en matière de marché public à savoir celle de la passation qui va du lancement à l'attribution et celle de l'exécution qui débute à la signature et s'achève à la livraison.

Le président a ouvert les travaux à 14heures 45minutes et en guise d'introduction ; il a fait l'historique des modes alternatifs de règlement des litiges et indiqué les raisons de son développement. Cependant, il a estimé que les modes alternatifs de règlement des différends sont relativement récents en matière administrative.

Après ces propos liminaires, la Commission a examiné les questions au cours de débats riches et fructueux.

◆ **Sur les modes alternatifs de règlement des différends : admission de la médiation, de la transaction et de l'arbitrage.**

Les réponses n'ont pas été univoques pour un groupe de pays : l'Algérie, la Côte d'Ivoire, la France la Suède. La médiation est possible et peut être confiée à un tiers.

Pour un autre groupe, la Belgique et la Suisse, la marge de manœuvre relève du droit privé car l'accord est un contrat de droit privé et par conséquent, relève du juge de l'ordre judiciaire et non un contrat administratif.

En Italie, il ne peut y avoir ni médiation ni transaction en matière de marchés publics et l'exécution du contrat relève de la compétence du juge judiciaire.

◆ **Sur la personne du Médiateur, personne privée, personne publique ou organe administratif, ses pouvoirs, sa compétence, son indépendance et sa rémunération.**

L'on retrouve les trois personnes pour un groupe de pays : la Côte d'Ivoire, le Sénégal, le Togo et la Turquie, il existe une autorité administrative indépendante chargée de régler les conflits et de mener les médiations.

Le Médiateur doit bénéficier de garanties d'indépendance et d'impartialité et il perçoit une rémunération soit de l'Etat soit des parties.

Il résulte des débats qu'il ne bénéficie pas d'une formation spécifique et ne peut connaître ensuite du litige en cas de contentieux.

◆ **Sur la valeur juridique de la transaction, le caractère suspensif ou interruptif de la procédure de médiation, l'homologation et le recours contre la convention de transaction.**

La convention de transaction homologuée a la même valeur qu'un jugement et celle d'un contrat liant les deux parties. La procédure a un caractère suspensif sur les délais de prescription (Belgique, France), par contre elle n'est pas suspensive au Canada. Il existe d'une manière générale un recours contre la convention de transaction, cependant, en Côte d'Ivoire, une fois homologuée, la convention n'est plus susceptible de recours.

◆ **Sur l'arbitrage, sa valeur juridique et l'exercice des voies de recours.**

L'arbitrage est admis en matière de marchés publics dans beaucoup de pays, c'est le cas en Algérie, en Côte d'Ivoire, en France, au Sénégal et au Togo.

Il n'est pas possible en Belgique, en Suède.

La sentence arbitrale a la valeur d'un jugement et il existe des voies de recours contre la décision rendue.

Il faut remarquer qu'en Algérie, la sentence arbitrale est susceptible d'appel dans un délai d'un mois à compter de son prononcé devant le ressort de laquelle elle a été rendue, à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage.

La conciliation constatée dans un procès-verbal signé par les parties est un titre exécutoire et n'est susceptible d'aucune voie de recours.

En revanche, les arrêts rendus en appel relatifs à la sentence arbitrale sont seuls susceptibles de pourvoi en cassation conformément au code de procédure civile et administrative.

◆ **Sur le recours préalable, la compétence et le recours parallèle ou concomitant.**

Dans certains pays, il faut exercer le recours préalable, c'est le cas de la France et des pays de l'Union Economique Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), la Colombie. Dans d'autres, ce recours n'est pas nécessaire, c'est le cas de la Belgique et du Togo.

D'une part, il existe un recours préalable, recours gracieux ou hiérarchique par lequel le requérant s'adresse directement à l'administration pour le règlement de ses réclamations et d'autre part, le recours préalable devant l'autorité indépendante qui par-delà la médiation rend une décision sur les points litigieux, cette décision est susceptible de recours devant le juge administratif.

Relativement à la compétence en France et dans les pays de l'UEMOA, en Suisse, c'est le juge administratif qui est compétent tandis que dans de nombreux pays, le juge de l'ordre judiciaire est seul compétent : il s'agit de la Chine, du Canada, de la Belgique, de la Colombie.

Au Liban, la médiation n'est pas institutionnalisée et pour la médiation en matière de marchés publics, la personne publique doit avoir l'autorisation du Conseil des ministres pour ce faire.

Admis au Canada et en France, le recours parallèle ne l'est pas dans d'autres pays tels que la Belgique, l'Italie, et la Suède.

◆ **Sur l'office du juge et les voies de recours des parties**

D'une manière générale, le juge peut proposer une procédure amiable ou en décider après accord des parties mais en aucun cas il ne peut leur imposer une telle procédure, il peut conduire ladite procédure ou la confier à un tiers, les parties peuvent contester l'accord amiable devant le juge.

◆ **S'agissant du cas pratique relatif à la procédure de passation des marchés**

1) Qui peut avoir recours, à quels modes de règlement et dans quels délais

Toutes les personnes ayant un intérêt, les soumissionnaires et les candidats évincés du fait de violation de la loi, en Chine toute personne au nom de l'intérêt général.

Dans certains pays, le règlement du litige portant sur la procédure de passation de marchés publics passe par une autorité administrative indépendante, c'est le cas de la Côte d'Ivoire, du Sénégal, du Togo, et de la Turquie. Par contre, dans d'autres comme la France, toute la procédure est dévolue au juge administratif du référé pré-contractuel au référé contractuel et puis au contentieux de l'exécution.

D'une manière générale, les délais sont très courts allant de 30 jours en Belgique, 12 à 15 mois au Canada, 1 mois après publication et 6 mois en cas de non publication en France pour le droit européen et 2 mois avant signature pour actes détachables et après signature pour le recours direct contre le contrat en droit interne, en Turquie 5 jours et 10 jours selon le cas.

2) Quelle est la valeur juridique de la décision rendue ; quelles sont les sanctions en cas d'inexécution, quelles sont les voies de recours, existe-t-il un recours parallèle

Les décisions rendues par les organes administratifs indépendants ont une valeur de jugement

En Turquie, sur 100.000 appels d'offres, il y a 4.000 à 5.000 recours et seul 15 % sont portés en justice.

La décision peut faire l'objet de voies de recours devant les juridictions compétentes, le recours préalable devant l'autorité indépendante est obligatoire dans les pays où elle existe, en revanche, tel n'est pas le cas en Suède, en Belgique, au Canada.

Il résulte des débats que les différences sont mineures et constituent à n'en pas douter une source d'enrichissement mutuel et il est apparu des échanges que si les modes alternatifs de règlement des différends peuvent prospérer lors de l'exécution du contrat qui met en présence deux cocontractants avec des obligations bien définies, il en est autrement lors de la procédure de passation des marchés puisque celle-ci est régie par des traités, des principes fondamentaux notamment de transparence et d'égalité des candidats, des règles d'ordre public et met en présence la puissance publique et les opérateurs économiques rendant ainsi difficilement acceptables ces modes alternatifs.

Je vous présente mes excuses pour les imperfections de ce rapport et vous remercie de votre indulgente attention

**Intervention de M. Wehua Li,  
Juge à la Cour populaire suprême de Chine,  
Rapporteur de la Commission « Contrats et marchés publics »**

Deux cas pratiques ont été discutés lors du comité n°1 sur le thème des marchés publics. Nous avons choisi de présenter nos observations sur le cas 2 en premier. Les observations sur le cas 1 suivent.

◆ **Partie I : cas 2**

1.1. Principe fondamental des marchés publics

Certains pays ont adopté un code indépendant des marchés publics tandis que d'autres n'en ont pas encore adopté. Qu'un code indépendant des marchés publics ait été ou non adopté, l'autorité administrative doit suivre certains principes fondamentaux, notamment la liberté d'accès, l'égalité et la transparence. Le principe de base est indubitablement celui de l'égalité de traitement pour tous les soumissionnaires potentiels. La plupart des différends concernant les marchés publics sont dans une certaine mesure liés à l'égalité de traitement.

1.2. Les deux phases du marché public

Généralement, le marché public peut être divisé en deux phases. La première phase se situe avant la signature du marché public et la seconde phase se situe après celle-ci.

Dans certains pays, les différends qui surviennent lors des deux phases sont des questions de droit public. Le marché public est considéré comme un contrat de droit public. En conséquence, ces différends sont tous traités par des juges administratifs. Dans certains autres pays, les différends qui surviennent lors de la première phase sont des questions de droit public. Les différends relatifs à la mise en œuvre du marché public qui surviennent lors de la seconde phase constituent des questions de droit privé. Les différends relatifs à la signature d'un marché public qui sont invoqués par une partie non contractante constituent des questions de droit public.

Dans certains pays, si une partie non contractante intente une action, l'objet devrait être la validité du marché public. La partie non contractante peut poursuivre en vue de l'annulation du contrat. Dans certains autres pays, l'objet devrait être la légalité de la décision d'attribution du contrat de l'autorité administrative. La partie non contractante peut intenter des poursuites en vue d'annuler la décision.

### 1.3. Recours juridique quant à des différends survenant lors de la première phase

Dans certains pays, il convient de saisir l'autorité administrative en premier. Si la partie lésée n'est pas satisfaite de la décision de l'autorité administrative, elle peut contester la décision devant une cour de justice. Dans le même temps, la partie est liée par l'objet et les réclamations faites dans sa demande antérieure à l'autorité administrative. Dans certains autres pays, la demande préalable à l'autorité administrative n'est pas obligatoire et la partie lésée peut directement intenter une action devant une cour de justice.

Dans certains pays, l'autorité administrative compétente devant traiter la demande de réexamen est l'autorité administrative contractante. Dans certains autres pays, l'autorité compétente peut être l'autorité administrative contractante ou un comité indépendant.

Les modes alternatifs de règlement des différends (MARD) ne s'appliquent pas, principalement en raison du délai assez bref de la procédure de marché public et du fait que la légalité de l'acte administratif ne peut être appréciée par la médiation.

### 1.4. Recours d'un demandeur en cas de différends survenant lors de la première phase

Dans certains pays, seuls les soumissionnaires auxquels le contrat n'a pas été attribué peuvent intenter une action à l'encontre de la décision d'attribution d'un contrat de l'autorité administrative. L'objet de l'action est la décision de l'autorité administrative relative à l'attribution du contrat. Dans certains autres pays, une partie intéressée qui n'a pas soumis d'offre peut intenter une action en vue de demander la nullité du contrat.

Dans certains pays, tous les contractants potentiels jouissent du droit d'ester en justice. Le demandeur peut être un opérateur économique intéressé qui n'a pas été autorisé à soumettre une offre en raison de certaines conditions énoncées dans le document de la commande publique.

Dans certains pays, à l'expiration du délai pour intenter une action à l'encontre d'un document de la commande publique, une partie qui n'est pas satisfaite du document de la commande publique n'est pas autorisée à intenter une action. La raison en est que la partie a lu le document et l'a accepté.

### 1.5. Délai pour demander un réexamen ou intenter une action

Dans la mesure où une demande de réexamen à l'autorité administrative ou l'introduction d'une action devant une cour de justice peut suspendre la procédure de marché public, la partie lésée est généralement tenue de faire sa demande de réexamen ou d'intenter une action dans un bref délai. Ce délai diffère d'un pays à l'autre et peut être de 15 jours, de 30 jours, de 45 jours, etc. En conséquence, une procédure d'urgence est appliquée dans certains pays en vue d'un règlement en temps voulu.

Dans certains pays, il n'existe aucun délai pour la demande de nullité d'un marché public par une partie.

## ◆ Partie II : cas 1

### 2.1. Notes générales

Le règlement alternatif des litiges est, depuis les 30 dernières années, un sujet brûlant dans le monde entier. Dans la mesure où il est simple, moins coûteux, efficace et spécialisé, il est utilisé dans et hors des cours de justice.

Par rapport à une procédure juridictionnelle, le principe directeur d'application du règlement alternatif est le caractère volontaire. Les parties peuvent choisir d'y avoir recours. Les parties peuvent également choisir la date, le lieu et la personne qui mène le règlement du litige.

Certains pays mettent en avant ce mode de règlement et d'autres non. Bien que de nombreux pays aient adopté un droit relatif à l'arbitrage, seuls quelques pays ont légiféré en ce qui concerne la médiation.

### 2.2. Application de modes de règlement alternatif des différends en l'espèce

Comme il est expliqué dans la Partie I, le marché public peut être divisé en deux phases. Les différends qui surgissent dans ce cas sont des questions qui surviennent logiquement au cours de la deuxième phase.

Dans certains pays, les différends sont considérés comme des questions de droit public, alors que dans d'autres, les différends sont considérés comme des questions de droit privé. Quelle que soit sa nature, la médiation peut s'appliquer pendant toute la procédure en justice. Si l'arbitrage a été prévu dans le contrat, les parties peuvent y avoir recours. Lorsqu'une affaire est pendante en justice, le choix des parties de recourir à l'arbitrage mettra un terme à la procédure en justice plutôt que de la suspendre.

Si la médiation est appliquée lors d'une procédure en justice, le délai pour juger l'affaire peut être prorogé.

### 2.3. Plusieurs questions concernant le médiateur

Pour être médiateur, certains pays imposent des conditions comme, par exemple, l'expertise alors que d'autres pays n'en imposent pas. Si un médiateur est choisi sur la confiance des parties, aucune qualification n'est requise pour être médiateur. Dans le cas où un médiateur est désigné par un juge, le médiateur doit disposer de certaines qualités, même s'il n'existe toutefois généralement aucun critère clair.

Dans certains pays, il est interdit aux juges de suggérer la médiation lors d'une procédure en justice. Dans d'autres pays, le juge qui connaît l'affaire peut suggérer l'application de la médiation. Sur accord des parties, le juge peut même désigner un médiateur.

Dans certains pays, un médiateur doit être une personne réelle. Une entité publique, une autorité administrative ou un fonctionnaire n'est pas autorisé à agir en qualité de médiateur.

Dans certains pays, un médiateur est payé par les parties. Dans certains autres pays, le médiateur n'est pas payé par les parties, mais reçoit une indemnité d'un certain montant du gouvernement.

### 2.4. Effet obligatoire de l'accord de médiation

Généralement, un accord écrit est signé lorsque la médiation a abouti avec succès.

Dans certains pays, une fois l'accord de médiation signé par les parties, l'accord devient juridiquement valable et opposable aux parties signataires. L'accord ne doit pas nécessairement être homologué par un tribunal. Dans certains autres pays l'ac-

cord de médiation doit être homologué par un tribunal pour garantir sa conformité aux dispositions d'ordre public.

Même si l'accord de médiation est légalement opposable aux parties signataires, une partie lésée peut intenter une action en vue de son annulation.

#### 2.5. Un juge peut-il mener ou non une médiation

La question de savoir si un juge peut ou non mener une médiation implique la neutralité judiciaire et la reconnaissance du rôle judiciaire. En tant que juge, il lui est naturellement demandé de rester neutre. La neutralité commande au juge de ne pas recevoir une partie seule. Toutefois, il est normal pour un médiateur de mener une médiation face à face. En tant que juge, son rôle est de prononcer un jugement conformément à la loi. Toutefois, en tant que médiateur, son objectif principal est de régler le différend, que le différend soit réglé légalement ou non. Parfois, le principe de l'équité est appliqué dans une médiation. Une médiation menée par un juge pourrait probablement entraîner une confusion des différents rôles.

Dans certains pays, les juges sont encouragés à mener la médiation, dans la mesure où il est estimé que leur connaissance des faits de l'affaire est favorable à la médiation. En conséquence, les juges reçoivent une formation de médiation dans ces pays. Dans certains autres pays, même si un juge peut mener une médiation, il doit être excusé si la médiation échoue et l'affaire sera confiée à un autre juge pour la tenue d'un procès.

**Intervention de M. Germán Bula,  
Président du Conseil d'Etat de Colombie,  
Rapporteur de la Commission « Contrats et marchés publics »**

Je voudrais rappeler que chaque législation contient ses spécificités et nuances, qui ont une influence importante sur le travail quotidien des avocats et des magistrats. Par exemple, ce n'est pas la même chose d'avoir la possibilité ou au contraire l'obligation d'entamer une procédure de règlement alternative. Sur ce point la législation colombienne est plus complexe que ce qui peut ressortir du rapport. À ce titre, je tenais à souligner la qualité du rapport national de la délégation chinoise.

**Intervention de M. Jacques Jaumotte,  
Juge au Conseil d'État de Belgique,  
Rapporteur de la Commission « Contrats et marchés publics »**

En tant que membre de la délégation belge, j'ai participé aux travaux de la commission des marchés publics, et j'aurais souhaité poser une question pour laquelle il n'y aura peut-être pas de réponse tout de suite, mais qui fait peut-être écho à des réflexions qui ont eu lieu dans d'autres commissions. Recourir à des méthodes alternatives de règlement des conflits pose problème quand il y a plusieurs parties qui sont intéressées par la solution et que participent à la discussion uniquement l'autorité administrative et l'une de ces parties.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle dans les rapports de la Commission travaillant sur les contrats publics nous avons fait la distinction entre la phase précontractuelle, où toute une série de tiers sont intéressés, et la phase non-contractuelle, où ne sont plus en discussion que l'autorité administrative et la personne ayant signé la convention.

Il me semble que dans toute la partie de l'acte administratif ou de la phase administrative où ce qui pourrait être décidé à l'issue d'une procédure d'arbitrage, de médiation, de transaction, peut avoir des effets directs sur des tiers, il est très difficile d'imaginer ce mode de règlement des conflits si des tiers sont lésés par la solution. On doit presque ouvrir une voie de recours aux tiers contre la solution qui est issue du mode alternatif de règlement des conflits.

Je me pose la question de savoir, et nous le verrons peut-être dans l'ensemble des rapports, si ce n'est pas une conclusion transversale aux différentes commissions. Nous avons vu l'exemple pour les marchés publics, mais je peux aussi donner l'exemple d'un permis de construction : si la personne qui l'avait sollicité se voit opposer un refus, qu'il négocie avec l'autorité, pour enfin obtenir son permis sous certaines conditions, cela peut tout de même nuire aux intérêts des tiers, notamment des voisins. Je ne vois pas comment les voisins ne pourraient pas contester à ce moment là le résultat de la médiation ou de la transaction.

**Intervention de Mme Soumia Abdelsadok,  
Présidente du Conseil d'État d'Algérie,  
Rapporteur de la Commission « Contrats et marchés publics »**

Je voudrais m'adresser à M. Abdoulaye Ndiaye, qui a fait un travail très complet et très clair. Je souhaite simplement faire remarquer qu'en Algérie, une sentence arbitrale est susceptible d'appel dans un délai d'un mois à partir de son prononcé devant la Cour dans le ressort de laquelle elle a été rendue, à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage. C'est la conciliation qui est constatée dans un procès verbal signé par les parties qui n'est pas susceptible d'appel.

En ce qui concerne la remarque de M. Jacques Jaumotte, en Algérie il est possible pour une partie lésée de recourir à la procédure de tierce-opposition à l'encontre d'une sentence arbitrale mais pas à l'encontre d'une conciliation, pour laquelle le procès verbal n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours.

## 2] Rapport de la Commission « Fiscalité et régulation économique »

**Intervention de M. Yves Gounin,  
Conseiller d'État au Conseil d'État de France,  
Rapporteur de la Commission « Fiscalité et régulation économique »**

Il me revient l'honneur de faire rapport des travaux du groupe de travail consacré aux questions de fiscalité. Le titre de notre groupe de travail était en fait fiscalité et régulation économique. Mais nos travaux se sont focalisés sur la fiscalité.

Notre groupe était peu nombreux, une vingtaine de délégués seulement, dont une moitié environ de délégués turcs, et des représentants du Mexique de la Suisse (Mme Florence Aubry Girardin), de l'Australie (The Hon Justice Duncan Kerr, President of The Administrative Appeals Tribunal), de la Chine le tout sous la co-présidence de :

- Mahmut VURAL du Danistay turc ;
- Manuel HALLÍVÍS PELAYO Presidente del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa du Mexique.

Cette représentation – quantitativement faible mais qualitativement remarquable – est représentative de la spécificité du contentieux fiscal dans nos pays. Certaines de nos institutions n'ont pas de compétence fiscale (Allemagne, Belgique, Italie...). Quant à celles qui possèdent cette compétence, elle est exercée en leur sein par une catégorie de magistrats hautement spécialisés qui forment un groupe, oserai-je dire une caste dont les techniques et le vocabulaire ne sont pas toujours partagés par leurs collègues, qui ne sont pas toujours comprises d'eux.

L'étude des deux cas pratiques proposés par la Turquie et par la France a permis de passer en revue les modes alternatifs de règlements en matière fiscale.

J'en rendrai compte en trois temps en présentant successivement les finalités du recours aux MARD, leur périmètre et enfin leurs modalités. Les finalités du recours aux MARD en matière fiscale ne sont pas différentes de celles qui prévalent en contentieux général. Pour les parties : faire l'économie de procédures juridictionnelles longues et coûteuses. Pour les juridictions : prévenir leur engorgement. Ajoutons un critère spécifique à la matière fiscale : il s'agit d'un domaine où la marge d'appréciation de l'administration est grande et où, par conséquent, des solutions en équité possibles qui ne violent pas la loi.

Toutefois, notre groupe a soulevé deux points qui tempèrent peut-être l'unanimité qui prévaut autour des MARD. Le premier est la question de l'accès au juge : en créant des MARD et en les rendant obligatoires ne risque-t-on pas de fermer l'accès au juge qui constitue un des principes fondamentaux de l'état de droit et que consacrent nos textes nationaux ou internationaux – même si le moyen tiré de la violation de l'art 6 CEDH est inopérant en droit fiscal ? Deuxième sujet de préoccupation : la suspension ou l'interruption des délais de recours si elle est nécessaire pour

laisser du temps aux procédures de conciliation et de médiation constituées, pour les contribuables de mauvaise foi, une opportunité pour repousser le paiement de leur dette fiscale, sauf à leur refuser tout sursis

J'en viens au périmètre des MARD. Notre groupe a entrepris un utile travail de clarification terminologique. Car les mêmes mots ne regroupent pas les mêmes procédures d'un pays à l'autre. Ce travail a probablement été entrepris par les deux autres groupes. La conciliation, la médiation et l'arbitrage doivent être distingués.

La conciliation rapproche les deux parties sans faire intervenir de tiers et propose une solution qui ne les lie pas. La médiation fait intervenir une tierce partie, un médiateur qui peut être une personne publique comme l'ombudsman fiscal au Mexique, ou privée, un organisme collégial (comme la CDI en France) ou une entité unipersonnelle. Et la médiation aboutit, comme la conciliation a une proposition qui ne lie pas les parties : enfin l'arbitrage fait, comme la médiation, intervenir un tiers, arbitre, mais à la différence de la conciliation et de l'arbitrage, aboutit à une solution qui lie les parties.

À quelles étapes de la procédure ces MARD sont-ils sollicités ? Ce sera mon troisième et dernier point. Pour le présenter je reprendrai la très claire présentation de notre collègue suisse.

Elle a évoqué la procédure de rescrit que nous n'avions pas spontanément envisagée mais qui, à la réflexion, nous semble avoir sa place dans les MARD. Le rescrit – dont il est inutile de rappeler qu'il s'agit d'une réponse donnée par l'administration à une question posée par un administré qui lie, dans une certaine mesure, l'administration en vertu des principes de sécurité juridique et de confiance légitime – permet en effet de prévenir une procédure juridictionnelle à l'instar des autres MARD. Il mérite donc, à notre avis, une mention dans nos travaux

Nous sommes ici avant la fixation de l'impôt. Lorsque l'impôt a été fixé par l'administration fiscale, le contribuable dispose de plusieurs possibilités pour en contester le montant sans saisir un juge. Le premier est celui du recours administratif, auprès de l'autorité auteur de la décision ou de son supérieur hiérarchique. Cette possibilité est ouverte dans la plupart des pays : en Turquie, au Mexique, en Chine... Dans certains pays comme la France ce recours administratif préalable est obligatoire : la saisine du juge sera irrecevable si le contribuable n'a pas préalablement satisfait à cette obligation. Il ne faut pas y voir un obstacle dressé sur la voie d'accès au juge mais bien au contraire un moyen, d'ailleurs efficace, de prévenir le contentieux en permettant avant la saisine du juge le dialogue entre le contribuable et l'administration.

Mais, une fois le juge saisi, nous partageons tous une grande frilosité à l'égard des MARD. Pour reprendre les mots de notre collègue suisse : « possible dans les seuls litiges qui sont à la disposition des parties, l'arbitrage est incompatible par nature avec la matière fiscale. »

Je conclurai de la même façon que j'ai commencé. Pas en turc car je vous ai déjà dit tout ce que j'en savais. Mais en soulignant l'originalité du juge fiscal. Un juge administratif avec ses spécificités ; mais un juge administratif qui participe comme nous tous à la construction de l'État de droit. Un juge, si j'osais paraphraser le poète français Verlaine, qui n'est ni tout à fait le même ni tout à fait un autre.

**Intervention de Mme Catherine Bergeal,  
Secrétaire générale du Conseil d'État de France,  
Rapporteur de la Commission « Fiscalité et régulation économique »**

La délégation française lorsqu'elle a préparé ce Congrès, et notamment le cas pratique sur la fiscalité, n'avait effectivement pas envisagé le rescrit comme technique de mode alternatif de règlement des litiges le rescrit. Pourtant, et je m'exprime comme ayant exercé aussi les fonctions de juge fiscal pendant des années, et aussi comme membre d'un groupe de travail qui s'est tenu l'année dernière au Conseil d'État de France pour étudier les apports du rescrit, ses bénéfices, ses avantages, je dois reconnaître que, comme l'a souligné notre rapporteur, le rescrit en matière fiscale, est effectivement un mode de règlement alternatif des litiges, puisqu'il intervient avant, en principe, avant même que le litige soit né, puisque l'administration en répondant à une question précise qui lui est posée, explique sa position, prend des engagements à laquelle elle devra ensuite se tenir, et c'est bien par conséquent en effet, comme l'a fait observer notre collègue suisse, un mode alternatif de règlement des litiges. Il empêche le litige de naître en réalité. En matière fiscale, le rescrit a connu en France depuis quelques années un développement considérable. Son succès a été tel que nous l'avons étendu à d'autres contentieux, et notamment en matière de sécurité sociale et en matière de droits sociaux, qui relèvent pour partie du juge judiciaire mais pour partie aussi du juge administratif.

**Intervention de M. Jacques Jaumotte,  
Juge au Conseil d'État de Belgique,  
Rapporteur de la Commission « Fiscalité et régulation économique »**

Je me posais la question de savoir si la notion de rescrit peut se traduire en anglais par la notion de ruling, notamment de ruling fiscaux. Parce que, si tel est bien le cas, je me pose deux questions. La première est de savoir pour quelle raison Monsieur le rapporteur aurait dit qu'il y avait une certaine méfiance vis-à-vis de l'arbitrage une fois que le litige est né, et que l'on n'aurait pas cette méfiance vis-à-vis de la procédure de ruling ou de rescrit, qui est donc réglée avant même la naissance du litige, et qui fait jouer le principe de confiance légitime dans celui qui bénéficie du rescrit ou du ruling. La deuxième question que je me pose est que, plus fondamentalement, on ne va pas entrer dans les discussions aujourd'hui, mais on sait qu'au niveau européen, la problématique des ruling a été largement. Est-ce que le recours trop poussé à cette procédure, qui naît donc avant le litige, et qui permet à l'administré de se prévaloir du principe de confiance légitime, ne pose pas plus fondamentalement alors un problème d'égalité devant l'impôt ?

### 3] Rapport de la Commission « Fonction publique »

**Intervention de M. Burakhan Nelikoglu,  
Juge au Conseil d'État de Turquie,  
Rapporteur de la Commission « Fonction publique »**

Ce rapport visait à refléter les informations obtenues et les avis généraux formulés en conséquence des délibérations et consultations menées dans le cadre des « Modes alternatifs de règlement des différends en matière administrative » par le « Comité des services publics » mis en place dans le cadre du 12<sup>ème</sup> Congrès de l'Association internationale des hautes juridictions administratives.

Le comité a travaillé sur le fondement des deux pratiques en matière règlement des différends développées antérieurement. L'une des deux pratiques en question concerne le renvoi d'un agent public et l'autre concerne le transfert d'un agent public en raison de problèmes de santé. Dans ce contexte, les délibérations et consultations au sein du Comité se sont concentrées sur l'applicabilité des « Modes alternatifs de règlement des différends » à des contentieux administratifs impliquant des agents publics ; les pratiques concernées de différents pays ont été partagées afin de tenter de développer différents modes de règlement des différends.

Le Comité a évité les discussions théoriques sur la définition du concept de « Modes alternatifs de règlement des différends » et a traité la question sous un angle le plus large possible, en discutant de toutes les pratiques et modes différents de règlement des différends.

Les délégations de Belgique, France, Allemagne, Portugal, Thaïlande, Venezuela, Pologne, Liban, Niger, Congo, Mozambique, Suisse, Pays-Bas, Chine, Espagne, Côte d'Ivoire, Ukraine et Turquie ont assisté aux sessions du Comité.

En termes de méthodologie, le rapport tentera de présenter la situation générale observée et les avis généraux formulés plutôt que de présenter des pratiques individuelles et avis partagés par les délégations participantes concernant leurs pays respectifs. Dans le même temps, des titres/sections séparés seront créés pour chaque mode alternatif de règlement des différends discuté par le Comité.

#### ► CONTESTATIONS ADMINISTRATIVES CONVENTIONNELLES

Il a été observé que les contestations administratives sont interprétées et considérées comme des demandes déposées auprès de l'autorité qui a accompli l'acte administratif, ou sa ou son supérieur hiérarchique, en vue de la révocation, de la modification ou de l'annulation de l'acte administratif. Les contestations administratives font partie intégrante des systèmes juridiques de tous les pays participants, et alors qu'elles constituent un droit facultatif dans la majorité de ces pays, elles sont obligatoires pour tout ou partie de certaines affaires dans un petit nombre de pays.

Même si le nombre de ces contestations est très élevé, il a été indiqué qu'elles sont rarement couronnées de succès et ont peu d'effet sur le règlement des diffé-

rends. Il a été observé que cette situation résultait de différentes raisons, notamment l'emploi du temps chargé de l'autorité administrative ayant exécuté les actes administratifs, sa certitude quant à la validité de sa décision et sa réticence à reconsidérer l'acte ; il a également été constaté qu'une situation similaire existe dans presque chaque pays.

Il a été souligné que les contestations administratives devaient jouer un rôle plus influent dans le règlement des différends administratifs ; toutefois, il a été conclu qu'à titre de condition préalable, cela nécessitait le développement de méthodes plus fonctionnelles pour traiter les contestations de même que des organisations et un personnel adéquats.

#### ► ARBITRAGE

Il a été observé que l'arbitrage - qui est considéré comme un mode de règlement des différends dans lequel les parties à un différend conviennent d'attribuer la compétence à un arbitre - n'a pas été reconnu dans presque tous les pays participants en vue du règlement des différends administratifs, particulièrement ceux impliquant des agents publics. Même si l'arbitrage a été observé dans certaines zones limitées du Portugal, il semble qu'il n'ait pas été appliqué à divers différends impliquant des agents publics, particulièrement des différends concernant des mesures disciplinaires.

Il a été conclu que l'arbitrage n'est pas très privilégié concernant les différends administratifs dans la mesure où le droit administratif, dominé par les concepts d'intérêt public et d'ordre public, estime que les arbitres, qui ne sont pas obligés de tenir compte de ses concepts, ne peuvent régler les différends avec succès.

#### ► MÉDIATEUR

Il a été observé que la quasi-totalité des pays participants dispose d'un médiateur qui, en dépit des différents noms, partage des fonctions similaires. Il a été entendu que les décisions du médiateur représentaient des recommandations et n'étaient pas opposables à l'administration dans la quasi-totalité des pays. En général, le dépôt d'une demande auprès d'un médiateur est un droit facultatif. Même si son effet sur la période pendant laquelle des poursuites administratives peuvent être intentées varie d'un pays à l'autre, il ne limite pas le droit d'intenter une action.

Il est généralement convenu qu'il est peu probable qu'une demande déposée auprès d'un médiateur conduise au règlement d'un différend administratif.

#### ► MÉDIATION

On observe que la médiation est considérée comme un processus par lequel un tiers établit un dialogue entre les parties afin de tenter de parvenir à un compromis et présente des solutions potentielles sans tenter de les imposer, et que cette méthode est privilégiée et appliquée le plus souvent par les pays participants, dans la mesure où elle offre non seulement des résultats juridiques positifs, mais également un dialogue autonome informel, garantissant un résultat psychologique positif pour les personnes déposant la contestation.

L'image générale qui s'est dégagée des discussions était que la médiation devait être divisée en deux catégories, à savoir celles réalisées avant et après le procès. L'expérience acquise au cours des délibérations sur les deux types de médiation sera présentée dans le rapport, mais nous avons également estimé nécessaire d'évoquer

tout d'abord les évaluations faites et débats qui ont eu lieu concernant ces types de médiation dans le contexte du principe de légalité, le droit d'accès à un tribunal et l'intérêt public par opposition à l'intérêt individuel.

#### Le principe de légalité et médiation :

Au cours des délibérations du comité, il a été souligné que le principe de légalité devait être suivi de manière stricte et que l'administration ne devait pas avoir la possibilité de recourir à la médiation si l'administration est soumise à une compétence non discrétionnaire. Un consensus sur ce sujet parmi la quasi-totalité des pays participants a été constaté. Il a été observé qu'il existait même une forme de mécanisme de contrôle à cet égard dans certains pays, et qu'un accord conclu entre les parties était soumis à l'approbation d'un juge afin de vérifier que l'accord conclu par l'intermédiaire d'un médiateur est conforme aux normes juridiques.

Il a toutefois été souligné que, même dans les cas où le principe de légalité s'applique et que l'administration est soumise à une compétence non discrétionnaire, les parties pourraient également trouver différentes solutions en profitant de l'autonomie qui leur est accordée, à la condition que ces solutions ne s'opposent pas à l'ordre public et aux normes juridiques.

En outre, il a été souligné que même si les questions pour lesquelles l'administration a de vastes pouvoirs discrétionnaires étaient plus adaptées à la méthode de la médiation, son application devait se limiter à des questions spécifiques.

#### La médiation dans le cadre de l'intérêt public par opposition à l'intérêt individuel :

Au cours des discussions, il a été souligné qu'il ne serait pas possible de recourir à la médiation si l'intérêt public bénéficiait d'un statut prioritaire et si les normes juridiques protégeant l'ordre public s'appliquent. Dans ce contexte, le comité a réitéré les conclusions établies concernant le principe de légalité souligné dans la section qui précède.

Il a, toutefois, été indiqué que la médiation pourrait être utilisée plus facilement si les bénéfices individuels prévalaient.

#### Droit d'accès à un tribunal et médiation :

Le comité a également discuté du conflit éventuel entre la médiation et le droit d'avoir accès à un tribunal, qui est un droit constitutionnel. Il a été soutenu que le droit d'avoir accès à un tribunal serait violé s'il était obligatoire de recourir à un médiateur ou si le juge soumettait le différend à un médiateur même si les parties n'en avaient pas fait la demande. Il a également été indiqué que le fait de recourir à un médiateur pourrait également violer le droit d'avoir accès à un tribunal en entraînant un retard dans le règlement final du différend ou en empêchant une partie d'intenter une action dans le délai imparti.

Toutefois, il a été noté que de tels problèmes ne se produiraient pas si le recours à un médiateur dépendait du souhait mutuel des parties et si le processus de médiation était également défini par les demandes et accords des parties.

À la suite de ces évaluations générales, nous traitons les questions qui ont été posées pour les deux types de modes de médiation mentionnés ci-dessus.

En fonction de l'existence ou non d'un fondement juridique pour le mode de médiation, les pays participants peuvent être classés comme suit :

- Les pays qui ont pris de mesures juridiques et les ont appliquées ;

- Les pays qui ont transposé la directive de l'Union européenne dans leur droit national, mais l'appliquent rarement en raison de l'absence d'un cadre juridique ;
- Les pays qui n'ont pris aucune mesure juridique ;
- Les pays qui n'ont pris aucune mesure juridique, mais débattent actuellement de la question ou sont sur le point d'adopter un projet de loi.

Il doit être souligné que même si les pays qui n'ont pris aucune mesure juridique sont majoritaires, le nombre de pays qui les ont prises est également considérable.

En ce qui concerne l'étendue et la portée du domaine d'application de la médiation dans les pays qui disposent de la base juridique nécessaire, les pays participants peuvent être classés comme suit :

- Les pays dans lesquels aucune restriction juridique n'est précisée ;
- Les pays où, en dépit de l'absence de restriction juridique, certains différends ne sont, par nature, pas soumis à la médiation pour des raisons d'ordre public et de principe de légalité ;
- Les pays qui autorisent la médiation concernant certaines questions limitées.

À ce stade, les pays du deuxième groupe - en d'autres termes, les pays où certains différends ne sont pas, par nature, soumis à la médiation pour des raisons d'ordre public et de principe de légalité - sont majoritaires.

En même temps, quasiment tous les participants ont indiqué que la médiation est rarement utilisée pour les différends administratifs en raison du manque de connaissance du public quant à cette méthode, de la tendance de cette méthode à retarder le processus du procès, de la conviction générale qu'il est peu probable que cette méthode aboutisse avec succès ou de la réticence des avocats recourir à cette méthode puisqu'ils estiment qu'elle limitera leur activité.

Sur le fondement de l'expérience partagée par les pays participants, les informations obtenues concernant le choix des médiateurs et leurs qualifications et pouvoirs sont les suivantes :

- Un médiateur peut être une personne physique, un agent public ou un juge ;
- Si un juge doit agir en qualité de médiateur, il ou elle ne doit pas avoir été impliquée dans le différend avant et ne doit pas agir en tant que juge lorsqu'il agit en tant que médiateur ;
- Il serait plus approprié de nommer des personnes physiques en tant que médiateur dans la mesure où la désignation de juges en qualité de médiateurs peut entraîner des problèmes en termes d'indépendance et d'impartialité ;
- Une personne physique devrait agir en qualité de médiateur volontairement ;
- Les avocats agissent habituellement en tant que médiateur ;
- Un médiateur, qui n'est pas un agent public, doit être agréé et contrôlé par un organisme public ;
- Les normes éthiques applicables aux médiateurs doivent être précisées par avance.

Les pays ayant une expérience dans ce domaine soulignent les points suivants qui permettent de garantir le succès de l'activité de médiation :

- En sus des parties au différend, les réunions de médiation devraient également impliquer les personnes qui ont un intérêt direct ou indirect et ces personnes devraient également participer au règlement. À défaut, d'autres personnes pourraient s'opposer à une décision rendue par l'administration au titre d'un règlement et tenter une action ;
- La mesure prise par l'administration en fonction du règlement convenu devrait être incluse dans le texte du règlement, de même que tous les détails relatifs à la mesure. À défaut, il pourrait être allégué que la mesure devant être prise par l'administration s'oppose au règlement.

Enfin, il serait approprié de mentionner également que certains pays qui ne disposent pas actuellement d'un cadre juridique concernant la médiation ont indiqué avoir entamé des préparations en vue d'un cadre juridique sur ce sujet. Il a été entendu que ces pays considèrent la médiation comme un moyen de remédier à la charge de travail excessive des tribunaux administratifs et qu'ils souhaitaient préparer des mesures juridiques dès que possible. Ils ont également indiqué être disposés à ce que son domaine d'application soit aussi vaste que possible.

#### ► AUTRES ALTERNATIVES PROPOSÉES AU COURS DES DÉLIBÉRATIONS

Au cours des délibérations du comité, il a été indiqué que les « méthodes de règlement amiable » qui permettraient aux parties à un différend de parvenir à un règlement devraient être utilisées indépendamment des modes alternatifs de règlement des différends précisés dans les systèmes juridiques nationaux ; que la responsabilité principale à cet égard incombait à l'administration ; que l'administration devait être ouverte au dialogue et qu'un différend pourrait être réglé par le dialogue sur le fondement du principe de bonne foi sans recourir à une méthode juridique - un avis qui a été soutenu par tous les participants.

Dans ce contexte, les concepts de « bonnes pratiques administratives » et de « droit à une bonne administration » ont également été discutés et il a été indiqué que ces concepts émergents pourraient être utiles dans la mesure où ils étaient également pris en compte par l'administration dans le règlement des différends administratifs. Même s'il a été indiqué que des exemples de bonne administration - notamment permettre à des personnes physiques de participer à toutes les phases des actions les concernant et d'exprimer leur avis avant que toute action ait un effet négatif à leur encontre - doivent encore devenir des normes juridiques contraignantes, tous les participants ont convenu qu'un différend pourrait être évité si ces principes directeurs étaient respectés.

#### ► CONCLUSION

À l'issue des sessions du Comité, il a été observé un consensus parmi tous les participants concernant le fait que les modes alternatifs de règlement des différends représentaient une alternative aux procès et qu'ils devaient être améliorés et appliqués plus largement. Toutefois, compte tenu des pratiques du passé, il a été entendu qu'elles étaient rarement appliquées et ne pouvaient être appliquées davantage à l'avenir dans des domaines largement influencés par le concept d'ordre public, d'intérêt public et de principe de légalité ou dans des domaines où le pouvoir de l'administration est limité. Pour cette raison, il a été souligné que ces modes pourraient être appliqués aux domaines administratifs où l'intérêt individuel est prioritaire et où l'administration dispose de larges pouvoirs.

**Intervention de M. Mehmet Ali Gümüş,**  
**Haut juge au Conseil d'État de Turquie,**  
*Rapporteur de la Commission « Fonction publique »*

Je tiens d'abord à remercier tous les organisateurs et les personnes qui ont participé à ce Congrès. Je souhaite ensuite faire une remarque qui concerne l'ensemble des commissions, et pas seulement la troisième dont nous venons d'entendre le

rapport. Les juges sont responsables de la résolution des litiges en général, mais l'enjeu de notre sujet est de régler les différends avant que ceux-ci ne deviennent juridictionnels. Il y a donc une réflexion à avoir par rapport au droit à l'accès au juge défendu par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui implique une certaine responsabilité des juges.

La réconciliation peut passer par l'arbitrage, la médiation ou un Ombudsman par exemple, mais avant cela il y a une phase de négociation, de marchandage, qui nécessite d'avoir accès à un maximum d'informations pour obtenir les meilleurs résultats possibles. Cela implique également que les parties doivent savoir quelles sont les implications de l'intervention du juge afin de parvenir à une négociation plus efficace et à un accord plus raisonnable. Peut-être que la commission peut en parler dans son rapport ?

**Intervention de M. Assoc. Prof. Dr. Selami Demirkol,  
Haut juge de la session plénière de la Chambre administrative  
du Conseil d'État de Turquie,  
Rapporteur de la Commission « Fonction publique »**

Cette commission était composée de participants venant de différents pays et propose trois modes alternatifs de règlement des différends. La question que je souhaite soulever est la suivante : « pourquoi avons-nous besoin de MARL ? ». La charge de travail très importante des juridictions est bien sûr une première réponse, mais l'accord peut éventuellement être attaqué devant le juge. L'intérêt des MARL est toutefois d'éviter une résolution juridictionnelle du différend, et de le résoudre avant cela. Le problème est que la garantie d'un procès équitable n'est pas garantie par les modes alternatifs de règlement des litiges. Les parties ne sont pas toujours en mesure de se défendre, et le consensus autour duquel interviennent les MARL est parfois biaisé. La conclusion de cette commission, à laquelle j'ai participé, est donc de dire que la médiation ou les autres modes alternatifs de règlement des différends ne peuvent pas être réellement appliqués avec succès aux litiges concernant les agents publics. Cette conclusion va nous permettre d'éclairer les débats législatifs actuels de notre pays.

**Intervention de M. Mats Melin,  
Président de la Cour administrative suprême de Suède,  
Rapporteur de la Commission « Fonction publique »**

Je voudrais remercier le rapporteur de la troisième commission pour avoir également soulevé les problèmes liés aux mécanismes de règlement alternatif des litiges dans le cadre du droit administratif. Bien sûr, il est important de tirer les leçons du fardeau que constitue le travail ordinaire des tribunaux pour rendre les procédures contentieuses plus efficaces. Mais le droit administratif, c'est fondamentalement ap-

pliquer un droit contre un individu, lui imposer un fardeau, comme l'impôt, ou lui en octroyer les bénéfices, comme l'assistance sociale. Je voulais simplement souligner qu'à côté de la bonne application du droit, qui est aussi une affaire de respect de la légalité et de l'ordre public, se pose également la question de l'égalité de traitement entre individus. Être capable de négocier la portée du fardeau que l'État veut vous imposer, ou le niveau de bénéfice que l'État veut vous fournir, peut poser problème au regard de l'égalité devant la loi entre les citoyens et les entreprises.

**Intervention de M. Machatine Mungambe,  
Président du Tribunal administratif du Mozambique,  
Rapporteur de la Commission « Fonction publique »**

Ma question est liée au dernier commentaire car la limitation des alternatives aux modes alternatifs de règlement des litiges en droit public est principalement due aux normes d'ordre public. Le droit public régit l'utilisation du pouvoir par l'État et la limitation portée aux droits fondamentaux des individus. Ma question est donc la suivante : doit-on considérer l'ordre public comme dénominateur commun de tous les problèmes que nous mentionnons ici ? Je n'ai entendu la mention de l'ordre public que dans le rapport de la troisième commission, or je pense que nous pouvons également l'évoquer concernant les contrats et la fiscalité. Je pense par conséquent que l'une des limites importantes aux modes alternatifs de règlement des différends est cette question d'ordre public car il y a un cas dans chacun de ces domaines où nous ne pouvons pas avoir recours aux modes alternatifs de règlement des litiges parce qu'il s'agit d'une affaire d'ordre public. Je voudrais donc proposer que nous incluions ce problème dans tous les rapports des commissions car nous aurons des limitations dans toutes ces hypothèses lorsque nous aurons recours aux modes alternatifs de règlement des différends.

**Intervention de M. Jean-Marc Sauvé,  
Vice-Président du Conseil d'État de France,  
Rapporteur de la Commission « Fonction publique »**

Je voudrais faire écho aux dernières interventions. Il est bien évident que les modes alternatifs de règlement des différends ne peuvent pas conduire à s'affranchir du principe de légalité, ne peuvent pas conduire à mettre sous la table les règles d'ordre public qui s'imposent à l'administration et, comme l'a dit également notre collègue Mats Melin il y a un instant, le principe d'égalité ne doit pas être perdu de vue. Il n'en demeure pas moins qu'il y a de vastes espaces de pouvoir d'appréciation des administrations et qui permettent d'ouvrir la voie à des règlements alternatifs qui tiennent compte notamment de l'équité. Il y a donc une ligne étroite à suivre et je pense effectivement que les sujets que nous venons d'évoquer à l'instant sont bien en facteur commun aux trois groupes. Par exemple, en ce qui concerne la passation des marchés publics, c'est une matière qui est régie par des règles qui, la plupart

du temps, sont extrêmement strictes. Par voie de conséquence, l'espace de régulation des différends par les modes alternatifs se trouve réduit d'autant. En revanche, dans le cadre de l'exécution de contrats publics et de marchés publics, il y a plus de pouvoir discrétionnaire, plus de marge d'appréciation, et par conséquent, on peut plus aisément recourir à la médiation. Puisque j'évoque le troisième comité, et que je viens de parler du premier comité, je voudrais dire un mot du deuxième comité et revenir sur la question du rescrit ou des *ruling*. Dans ce domaine comme dans les autres, il faut conjuguer le principe de sécurité juridique ou le principe de confiance légitime avec le principe de légalité. Les *ruling*, c'est-à-dire l'interprétation que donne l'administration de la loi fiscale, ce n'est pas n'importe quoi. Ce n'est pas le droit de prendre le contrepied de la loi. D'ailleurs, les pays qui pratiquent le rescrit ou le *ruling* permettent d'effectuer un contrôle de légalité sur ces rescrits ou ces *ruling*, en particulier lorsque ceux-ci sont publiés. Donc, si des interprétations de la loi fiscale sont fantaisistes, violent grossièrement, directement, manifestement la loi, il y a des voies de recours qui sont ouvertes. Il y a bien sûr possibilité d'obtenir l'annulation de ces interprétations. En tout cas, si certains d'entre vous s'y intéressent, je pourrai leur donner des précisions sur la jurisprudence française en la matière.

# QUESTIONNAIRE

# Les modes alternatifs de règlement des différends en matière administrative

Les procédures alternatives de règlement des différends ont comme caractéristique commune d'offrir aux parties un moyen de régler leur litige, d'une manière souple et rapide, sans avoir recours au juge.

Le présent questionnaire ne porte sur ces procédures qu'en tant qu'elles sont mises en œuvre dans le champ des matières administratives et, donc, dans le domaine de compétence du juge administratif.

Pour autant, dans ce domaine ciblé, le questionnaire retient une conception des procédures alternatives plus large que celle traditionnelle.

Il peut notamment s'agir :

- de procédures conduites devant l'administration, avant la saisine du juge et sans sa participation, sous la forme d'un recours administratif préalable, obligatoire ou facultatif ;
- de procédures de médiation ou de conciliation, conduites par un tiers ;
- de procédures faisant intervenir le juge administratif, d'une manière directe ou indirecte, soit en préalable d'une procédure juridictionnelle, soit au cours de celle-ci.

Plusieurs facteurs ont contribué au développement contemporain de ces procédures d'évitement du recours au juge. Celles-ci répondent à une demande croissante de proximité et de célérité. Elles sont aussi le moyen d'éviter l'encombrement des juridictions. Des réformes ont ainsi été menées pour en développer l'importance dans de nombreux États membres de l'Association, comme au sein de l'Union européenne.

## Questions introductives

1. Comment définissez-vous les procédures alternatives ? Quelles différences faites-vous avec les procédures juridictionnelles et les procédures d'arbitrage ?
2. Existe-t-il des procédures alternatives dans votre pays telles que celles définies ci-dessus ? S'il n'existe pas de procédures alternatives dans votre pays, avez-vous des projets de création de telles procédures ? Pouvez-vous exposer l'état de vos réflexions en ce domaine ?

## I. Les finalités et le périmètre des procédures alternatives

1. Dans quels buts sont utilisées ces procédures ? Quels sont les avantages et les bénéfices qui en sont attendus ?
2. Les procédures alternatives sont-elles utilisées dans votre pays en matière administrative ? Depuis quand ? Quels ont été les facteurs de leur développement et quelle est la part des différends administratifs qui sont réglés chaque année par de telles procédures ?
3. Existe-t-il dans votre pays des règles restreignant l'usage des procédures alternatives en matière administrative ? Quels sont, selon vous, les types de litiges pour lesquels ces procédures ne seraient pas appropriées ?
4. Existe-t-il dans votre pays des textes qui organisent l'usage des procédures administratives en matière administrative ? Dans l'affirmative, ces textes ont-ils une valeur juridique contraignante (droit dur / droit souple) ?
5. Si votre Etat est membre de l'Union européenne, comment a été transposée la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ?

**Attention ! Cette question n'est posée qu'en tant que cette directive peut régir des matières « administratives » selon votre droit interne.**

## II. Les acteurs des procédures alternatives

1. Quelles catégories de personnes, physiques ou morales, ont recours aux procédures alternatives ? Toutes les personnes publiques peuvent-elles y avoir recours ?
2. Les parties à un différend administratif peuvent-elles confier la conduite d'une procédure amiable à un tiers ? Quel rôle ce tiers est-il appelé à jouer ?
3. Existe-t-il dans votre pays des standards encadrant l'activité de ces tiers (qualification requise, formation continue, rémunération, déontologie, ...) ? Y a-t-il des instances chargées de veiller au respect de ces standards (organismes publics, organisations professionnelles, associations éventuellement agréées...) ?
4. Le juge administratif peut-il inviter, voire obliger les parties à un litige porté devant lui à recourir à une procédure alternative ? Le juge administratif peut-il confier une mission de médiation à un tiers ?
5. Le juge administratif peut-il lui-même conduire une procédure de médiation ? Quels sont, selon vous, les avantages et les inconvénients d'une procédure amiable conduite par un juge ? Dans quels types de litiges, l'intervention directe du juge apparaît-elle la plus appropriée ?

### III. Les procédures des procédures alternatives

1. Pouvez-vous détailler les différentes procédures alternatives applicables en matière administrative dans votre pays ? Comment les parties choisissent-elles parmi les différentes procédures alternatives disponibles ?
2. Existe-t-il dans votre pays des recours administratifs qui sont obligatoires avant la saisine du juge administratif ? Ou facultatifs ? Comment sont-ils organisés ? L'introduction d'un recours administratif modifie-t-elle les conditions de formation et d'examen d'un recours ultérieur devant le juge ? Par exemple, les parties peuvent-elles soulever devant le juge administratif des arguments qui n'auraient pas été exposés à l'occasion d'un précédent recours administratif ?
3. Quels sont les principes généraux qui organisent les procédures alternatives (principe du contradictoire, principe d'impartialité, règles de confidentialité, délais, ...) ? De quelle autonomie disposent les parties pour organiser le déroulement d'une procédure alternative ?
4. L'engagement d'une procédure alternative permet-il de suspendre ou d'interrompre les délais de prescription ? Et les délais de recours contentieux ?
5. Le juge peut-il intervenir, même partiellement, au cours d'une procédure alternative ? Si oui, sous quelle forme ?

### IV. L'efficacité des procédures alternatives

1. Estimez-vous que les procédures alternatives sont plus rapides ou moins coûteuses que les procédures juridictionnelles ? Pouvez-vous évaluer cet écart ?
2. Quelle est la part des différends administratifs définitivement réglés par des procédures alternatives ? Quels sont les facteurs de réussite ou d'échec ?
3. Quelle est la valeur juridique de l'accord conclu au terme d'une procédure alternative ? Le juge administratif peut-il être saisi d'une demande d'homologation ou d'enregistrement d'un tel accord ?
4. De quels outils et de quelles procédures disposent les parties en cas de violation de l'accord conclu au terme d'une procédure alternative, éventuellement homologué par le juge administratif ?
5. Estimez-vous nécessaire de développer davantage les procédures alternatives dans votre pays ? Pourquoi ? Sous quelle forme ?

